



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

université
Paris Ovest
Nanterre La Défense

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei
Ecole doctorale de Droit et Science Politique

XXVI ciclo

Tesi di Dottorato - Thèse de Doctorat

**Il ruolo della deontologia medica nel sistema delle
fonti del diritto: un'analisi comparata**

**Le rôle de la déontologie médicale dans les sources
du droit : analyse comparée**

Relatori/Directeurs

Prof. Carlo Casonato

Prof. Stéphanie Hennette-Vauchez

Dottoranda/doctorante

Elisabetta Pulice

anno accademico- année universitaire
2012-2013



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

université
Paris Ovest
Nanterre La Défense

TESI DI DOTTORATO - THESE DE DOCTORAT

Presentata da - Présentée par
Elisabetta Pulice

Per il conseguimento del titolo di - pour obtenir le grade de
DOTTORE DI RICERCA dell'Università di Trento
DOCTEUR de l'Université Paris Ovest Nanterre la Défense

IL RUOLO DELLA DEONTOLOGIA MEDICA NEL SISTEMA DELLE FONTI DEL DIRITTO: UN'ANALISI COMPARATA

LE RÔLE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE DANS LES SOURCES DU DROIT : ANALYSE COMPARÉE

Relatori/Directeurs:

**Prof. Carlo Casonato
Prof. Stéphanie Hennette -Vauchez**

Anno accademico – année universitaire
2012-2013

Indirizzo specialistico in Scienze pubblicistiche

XXVI ciclo

Spécialité : droit public

Arrêté ministériel: 7 août 2006

Esame finale/ date de la soutenance : 23/09/2014

Commissione esaminatrice/ Jury:

Prof. *Joel Moret -Bailly*, Université de Lyon (rapporteur)

Prof. *Paolo Veronesi*, Università degli Studi di Ferrara (rapporteur)

Prof. *Carlo Casonato*, Università degli Studi di Trento

**Prof. *Stéphanie Hennette -Vauchez*, Université Paris Ouest Nanterre
La Défense**

INDICE

	Pag.
ABSTRACT	7
INTRODUZIONE	9
PARTE PRIMA	
DALL'ETICA AL DIRITTO: LE PECULIARITÀ DELLA DEONTOLOGIA MEDICA	11
CAPITOLO PRIMO	
TRA DEONTOLOGIA E DIRITTO: LE QUESTIONI APERTE	13
CAPITOLO SECONDO	
LINGUA E DIRITTO: IL SIGNIFICATO DI DEONTOLOGIA	31
1. Complessità del problema e obiettivi dell'analisi linguistica	31
2. Le definizioni: una riflessione comparata	34
2.1 <i>Origine ed evoluzione del termine "deontologia"</i>	34
2.2 <i>La deontologia nella letteratura giuridica e nella normativa di riferimento</i>	39
2.3 <i>Standesethik, Berufsethos, Standesrecht, Berufsordnung: varietà e specificità della terminologia tedesca</i>	47
2.4 <i>Ärztliche Standesrecht e deontologia medica</i>	58
2.5 <i>Ulteriori esempi dal panorama comparato: il caso della Svizzera.</i>	61
3. Elementi comuni e oggetto dell'indagine	62
PARTE SECONDA	
LA CODIFICAZIONE DELL' ETICA PROFESSIONALE	65

CAPITOLO PRIMO	
DALLA DIMENSIONE DEONTOLOGICA A QUELLA STATALE: ALCUNE PREMESSE	67
CAPITOLO SECONDO	
FONDAMENTO GIURIDICO E POTERE NORMATIVO DEGLI ORDINI PROFESSIONALI	73
1. Abilitazione legislativa espressa e integrazione della deontologia nell'ordinamento giuridico francese	73
2. Berufsordnung come espressione dell'autonomia amministrativa degli ordini professionali in Germania	79
3. Vaghezza della legislazione italiana e prospettive di riforma	85
CAPITOLO TERZO	
I CODICI DEONTOLOGICI TRA CATEGORIA PROFESSIONALE E DIRITTO STATALE	97
1. Francia: L'intervento dello stato nei procedimenti di formazione e di controllo della déontologie médicale	97
2. Germania: I limiti della Satzungsbefugnis e del contenuto della Berufsordnung	103
3. Italia: Un procedimento interno alla categoria professionale	110
CAPITOLO QUARTO	
VALORE GIURIDICO DELLE NORME DEONTOLOGICHE E COLLOCAZIONE DEL CODICE TRA LE FONTI DEL DIRITTO	113
1. Il code de déontologie médicale nell'ordinamento francese	113
2. Berufsordnung e Richtlinien nell'esperienza tedesca	119
3. La controversa natura giuridica delle norme del codice deontologico italiano	123

PARTE TERZA	
IL RUOLO DELLA DEONTOLOGIA NEL BIODIRITTO	137
INTRODUZIONE	139
CAPITOLO PRIMO	
CODICI DEONTOLOGICI E DIRITTO: ALCUNE SIGNIFICATIVE ASSONANZE	143
1. L'evoluzione della deontologia medica e i principali contenuti dei codici deontologici.	143
2. La tutela dei diritti fondamentali	155
2.1 <i>Diritti fondamentali e deontologia nell'esperienza francese</i>	156
2.2 <i>Diritti fondamentali e deontologia nell'esperienza tedesca</i>	161
2.3 <i>Diritti fondamentali e deontologia nell'esperienza italiana</i>	166
3. La relazione di cura	173
CAPITOLO SECONDO	
CONTENUTI E RUOLO DELLA NORMATIVA DEONTOLOGICA: LE INFLUENZE TRA BIODIRITTO E DEONTOLOGIA	183
1. Considerazioni generali	183
1.1 <i>Le caratteristiche dell'oggetto da disciplinare</i>	183
1.2 <i>Le scelte di intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto</i>	192
1.3 <i>Il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica</i>	198
1.4 <i>La capacità della categoria professionale di farsi carico delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali.</i>	206
2. L'esempio della procreazione medicalmente assistita	214
2.1 <i>L'esperienza francese</i>	215
2.2 <i>L'esperienza tedesca</i>	221
2.3 <i>L'esperienza italiana</i>	226

INDICE

3. Informazione e consenso: tra diritti dei pazienti e dovere dei medici	233
CAPITOLO TERZO	
PROFILI PECULIARI DEL RUOLO DELLA DEONTOLOGIA NEL BIODIRITTO	255
1. La scelta responsabile: indipendenza del medico, interesse del paziente e principi deontologici	255
2. Interruzione dei trattamenti e suicidio assistito: la deontologia tra scelte legislative, coscienza del medico e volontà del paziente	267
CAPITOLO QUARTO	
ALCUNI ESEMPI SIGNIFICATIVI DAL PANORAMA COMPARATO E LA DIMENSIONE EUROPEA	285
PARTE QUARTA	
LA VIOLAZIONE DELLA DEONTOLOGIA	301
CAPITOLO PRIMO	
IL RISPETTO DELLA DEONTOLOGIA TRA CONTROLLO STATALE E INDIPENDENZA DELLA PROFESSIONE. ALCUNE CONSIDERAZIONI GENERALI	303
CAPITOLO SECONDO	
FONDAMENTO GIURIDICO DEL POTERE DISCIPLINARE E FONTI DELLA RESPONSABILITÀ DEONTOLOGICA	313
CAPITOLO TERZO	
IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE	325
1. La composizione delle commissioni disciplinari	326
1.1 <i>L'imparzialità delle commissioni disciplinari francesi</i>	331

INDICE

<i>1.2 Il modello dell'échevinage</i>	337
2. I gradi di giudizio	338
3. I principi applicabili al procedimento disciplinare e il ruolo del paziente	340
4. La giurisprudenza disciplinare. Alcune considerazioni conclusive	345
PARTE QUINTA	351
CONCLUSIONI E PROSPETTIVE DI RIFORMA	
CAPITOLO PRIMO	
IL QUADRO DEI RAPPORTI TRA DEONTOLOGIA E DIRITTO EMERSO DALL'ANALISI COMPARATA	353
1. Deontologia e diritto: pluralità di fonti, istanze e attori coinvolti. Alcune considerazioni generali	353
2. Ingresso "mediato" e "non mediato" della deontologia nell'ordinamento giuridico	358
3. I possibili ruoli della deontologia nel (bio)diritto	364
4. Deontologia medica e procedimenti disciplinari a confronto	370
<i>4.1 Le commissioni disciplinari tra dimensione professionale e dimensione statale: giudizio interno ed esterno all'ordine dei medici</i>	370
<i>4.2 La prospettiva medico-paziente</i>	373
5. Tensioni e incoerenze tra profili formali e sostanziali del rapporto tra diritto e deontologia	375
CAPITOLO SECONDO	379
LA DIMENSIONE EUROPEA DELLA DEONTOLOGIA	
1. Le influenze dell'oggetto del biodiritto sulle evoluzioni delle discipline deontologiche in Europa	381
2. Norme deontologiche e libera circolazione dei professionisti nell'Unione europea	383
3. Il progetto di un codice europeo di deontologia medica	391

CAPITOLO TERZO	
IPOTESI DI RIFORMA PER UN NUOVO MODELLO ITALIANO	397
1. Punti di forza e contraddizioni del modello italiano	397
2. Ingresso della deontologia nel sistema delle fonti del diritto: l'importanza del dualismo e la riforma della legge professionale	399
3. La riforma del procedimento disciplinare	404
4. Tra deontologia, diritto e società: i tasselli mancanti	407
4.1 <i>L'intervento del diritto sull'attività medica e sulla relazione di cura: il ruolo della deontologia</i>	407
4.2 <i>L'elaborazione del codice deontologico</i>	409
4.3 <i>La conoscenza della deontologia all'interno e all'esterno della categoria professionale</i>	413
4.4 <i>"Gli stati generali della deontologia"</i>	414
RÉSUMÉ	417
Introduction	419
Titre préliminaire	
Problématique et présentation générale de la structure de la thèse	423
Chapitre premier	
Langue et droit : la signification de déontologie	429
Chapitre deuxième	
Le cadre des rapports entre déontologie et droit qui résulte de l'analyse comparée	437
BIBLIOGRAFIA	477

ABSTRACT

L'obiettivo della presente tesi è un'analisi comparata del ruolo della deontologia medica nel sistema delle fonti del diritto in Italia, Francia e Germania.

Nella prima Parte alcune considerazioni preliminari e l'analisi linguistica hanno permesso di definire l'ambito di indagine e i profili di maggiore complessità del rapporto tra dimensione deontologica e dimensione giuridica sui quali nelle Parti successive si è concentrata l'indagine.

La seconda Parte, dedicata alla codificazione dell'etica medica, ha messo in luce la varietà di soluzioni e di modalità di ingresso della norma deontologica nell'ordinamento giuridico. Dal punto di vista comparato, possono distinguersi almeno due modelli principali. In alcuni ordinamenti, infatti, il codice deontologico assume la forma di una fonte del diritto e viene collocato così in maniera "non mediata" nel sistema delle fonti dell'ordinamento statale. Nel modello di ingresso "mediato", invece, la norma deontologica acquisisce rilevanza sul piano giuridico attraverso il rinvio che ad essa fanno altri principi, norme e clausole generali dell'ordinamento. Il codice di deontologia medica italiano rientra in questo secondo modello, poiché, nonostante assuma significativa rilevanza sul piano giuridico, dal punto di vista strettamente formale rimane ancora un regolamento interno alla categoria professionale. Del modello "non mediato" fanno invece parte il codice deontologico francese (e, più in generale, la categoria di *déontologies étatiques*, a cui esso appartiene) e le *Berufsordnungen* del *Länder* tedeschi. Ciò nonostante, le due esperienze presentano diversità sostanziali nella struttura dei rapporti tra diritto e deontologia. Nell'ordinamento francese il codice di deontologia medica diventa infatti una fonte dello Stato poiché viene pubblicato sul *Journal Officiel* come decreto del Primo Ministro, nello specifico come *décret en Conseil d'Etat*, ossia un decreto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato francese ed è stato infine integrato in un codice statale, il *Code de la santé publique*. In Germania, invece, i codici deontologici vengono emanati dagli ordini professionali con la forma di *Satzungen*, fonti sublegislative (*untergesetzlich*) che rimangono però espressione dell'autonomia amministrativa riconosciuta agli ordini professionali in qualità di

Körperschaft des öffentlichen Rechts. Rispetto a questi due modelli, in Italia la collocazione del codice deontologico tra le fonti del diritto risulta quindi più complesso e la definizione della sua natura giuridica rimane ancora controversa.

Nella terza Parte è stato analizzato il ruolo della deontologia medica nell'ambito del biodiritto, sottolineando innanzitutto l'esistenza di un nucleo di principi comuni ai codici deontologici, i quali si sono progressivamente aperti ad una sostanziale tutela dei diritti fondamentali della persona assistita, in sintonia con i principi elaborati a livello costituzionale, nazionale e internazionale. L'analisi comparata dei rapporti tra deontologia e diritto in alcuni ambiti specifici ha però evidenziato come, al di là di tale nucleo comune, l'evoluzione di contenuti concreti dei codici e l'ampiezza di determinate discipline dipenda da quattro fattori principali: le caratteristiche dell'oggetto da disciplinare; le scelte di intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto; il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica e la capacità della categoria professionale di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali. La combinazione tra questi fattori può variare in maniera significativa nei singoli ordinamenti, dando vita ad esiti anche molto diversi sul piano normativo. Lo studio di alcuni specifici ambiti del biodiritto ha messo inoltre in luce le peculiarità del ruolo della deontologia medica, la quale svolge una funzione essenziale nella definizione del caso concreto, ma può anche costituire fonte di disciplina specifica del biodiritto, in ragione di un'inerzia o di una specifica delega del legislatore.

La quarta Parte è dedicata alla violazione della deontologia e ai procedimenti disciplinari, che sono stati valutati in relazione alla loro idoneità ad emancipare l'accertamento della responsabilità deontologica dalla dimensione meramente corporativistica.

Infine nella Parte conclusiva sono stati analizzati alcuni profili legati alla dimensione europea della deontologia e, alla luce di quanto emerso dall'analisi comparata, sono state proposte alcune ipotesi di riforma per un modello italiano più coerente, flessibile ed efficace dei rapporti tra diritto e deontologia.

INTRODUZIONE

Lo scopo del presente lavoro consiste nell'analizzare in prospettiva comparata il ruolo della deontologia medica in Italia, Francia e Germania.

Per tenere conto della complessità dei rapporti tra deontologia e diritto verranno analizzati sia gli aspetti formali di tale rapporto, sia i profili sostanziali del ruolo della deontologia medica nell'ordinamento giuridico. Si studieranno quindi, innanzitutto, le modalità di codificazione della deontologia, il ruolo normativo degli ordini professionali e il valore giuridico dei codici deontologici. Si cercherà poi di comprendere come la dimensione giuridica e quella deontologica si intersecano sul piano sostanziale, in particolare nell'ambito del biodiritto. L'analisi verrà inoltre estesa alle specificità del rapporto tra dimensione statale e dimensione professionale nel procedimento disciplinare e al ruolo della deontologia nel contesto europeo.

Per approfondire tutti questi profili, ma anche al fine di precisare il significato del termine "deontologia" negli ordinamenti analizzati e articolare in maniera adeguata le conclusioni e la complessità dei risultati ottenuti, la tesi sarà suddivisa in cinque parti.

La *prima parte* sarà dedicata al significato di deontologia, all'analisi delle sue peculiarità attraverso la prospettiva "lingua e diritto" e ad alcune "questioni aperte" del rapporto tra diritto e deontologia, comuni a tutti gli ordinamenti analizzati.

La *seconda parte* sarà dedicata alla codificazione dell'etica professionale, mentre il ruolo della deontologia nel biodiritto sarà analizzato nella *terza parte*.

La *quarta parte* riguarderà il procedimento disciplinare, che verrà analizzato con riferimento sia al rapporto tra commissioni disciplinari e poteri pubblici, sia alla prospettiva medico-paziente.

La *quinta parte* sarà infine dedicata alla ricostruzione critica di quanto emerso dall'analisi comparata, alla prospettiva europea e alla proposta di un diverso modello italiano che ricostruisca con maggiore coerenza, efficacia e flessibilità il rapporto fra la deontologia medica e il diritto, tenendo conto dei profili problematici emersi grazie all'analisi comparata.

Per quanto riguarda la comparazione, si è deciso di concentrare l'analisi su tre paesi che presentano una tradizione simile per quanto riguarda il sistema delle fonti del diritto, escludendo, ad esempio, paesi di common law. Inoltre, gli ordinamenti francese e

tedesco sono stati scelti in ragione di alcune loro specificità in rapporto al modello italiano. A fronte di analoghe problematiche sul piano concreto, gli ordinamenti analizzati presentano, infatti, modelli di rapporti tra deontologia e diritto e tra stato e professioni diversi tra loro. Ciò permette di analizzare il ruolo e le funzioni della deontologia, dei codici deontologici e degli ordini professionali, nonché i punti di forza, i profili problematici e le incoerenze del rapporto tra deontologia e diritto, confrontando un ordinamento in cui le due dimensioni (deontologica e giuridica) rimangono formalmente separate (Italia) con ordinamenti in cui la fonte deontologica è inserita in maniera diretta nel sistema delle fonti del diritto (Francia e Germania). Parallelamente la scelta di questi ordinamenti permette di comparare due diversi approcci di integrazione della norma deontologica nell'ordinamento giuridico statale.

Anche dal punto di vista del procedimento disciplinare i tre ordinamenti presentano modelli di integrazione tra dimensione deontologica e statale molto diversi, alla luce dei quali comparare la coerenza e l'efficacia dello strumento disciplinare.

I tre ordinamenti scelti sono inoltre caratterizzati da diversi approcci del legislatore nel biodiritto, ma anche da diverse sensibilità della categoria professionale rispetto ad alcune tematiche sensibili. Infine, la comparazione è stata in alcuni casi estesa ad altri ordinamenti, scelti in ragione di alcune peculiarità del rapporto tra diritto e deontologia che risultano particolarmente utili all'analisi di specifiche tematiche.

Il lavoro di tesi è stato svolto nel quadro della convenzione di cotutela tra l'Università di Trento e l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense e le ricerche sono state condotte presso istituti e centri specializzati: il *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* di Friburgo per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, l'*Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel* per gli aspetti legati al contesto svizzero e il *CREDOF (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux)* dell'Université de Paris Ouest- Nanterre la Défense per quanto attiene all'ordinamento francese.

PARTE PRIMA

DALL'ETICA AL DIRITTO: LE PECULIARITÀ DELLA
DEONTOLOGIA MEDICA

CAPITOLO PRIMO

TRA DEONTOLOGIA E DIRITTO: LE QUESTIONI APERTE

Il presente lavoro si propone di analizzare il ruolo svolto dalla deontologia, in particolare quella medica, all'interno del complessivo sistema delle fonti del diritto, in Italia, Francia e Germania.

Nel condurre tale analisi, uno dei primi elementi di complessità è rappresentato dall'esigenza di studiare in prospettiva comparata un fenomeno – quello deontologico appunto – la cui portata e i cui contorni sfuggono a classificazioni omogenee.

Tale complessità deriva da diversi fattori, alcuni dei quali intrinsecamente legati al fenomeno deontologico, altri alle evoluzioni del comune sentire etico in ambito sociale e professionale, altri ancora all'approccio del diritto rispetto alle nuove istanze che emergono da questi ambiti.

Inoltre, di dimensione etica e deontologica si sente parlare in diversi e sempre più numerosi settori, da quello professionale a quello privato¹, dalle società quotate alle associazioni od organizzazioni imprenditoriali, dai centri di ricerca alle amministrazioni pubbliche. Un fenomeno che infatti caratterizza ormai la maggior parte delle società contemporanee è indubbiamente il crescente moltiplicarsi di codici etici, deontologici, regole di condotta, direttive di comportamento, codici di disciplina. Soprattutto negli anni più recenti si assiste quindi al proliferare di nuove forme di deontologia che si aggiungono al quadro già estremamente vario e complesso dell'autoregolamentazione professionale, ampliando il ricorso che nel linguaggio comune viene fatto ad una non meglio definita dimensione deontologica.

Varie sono le denominazioni concretamente adottate – codice deontologico, codice etico, codice di condotta, codice di comportamento – e sulla stessa necessità di una loro diversa classificazione la dottrina è divisa: alcuni autori affermano sia corretto

¹ Cfr. ad esempio H. AUBRY, *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, in *Rassemblement Dalloz*, n°37, 2009, pp. 2504-2507.

mantenere distinte le tipologie², altri invece ritengono che la distinzione sia più formale che sostanziale, essendo «criteri, principi e contenuti (...) tendenzialmente uniformi»³.

Inoltre, anche negli ambiti interessati dalle cosiddette professioni liberali, di norme di etica o di disciplina di una professione si parla anche con riferimento alle regolamentazioni provenienti da enti diversi, variamente nominati, che sono sì espressione, in maniera più o meno diretta, della categoria professionale di riferimento, ma che non coincidono con gli ordini professionali⁴.

Tutto ciò contribuisce a conferire indeterminatezza al concetto di “deontologia”, quindi al concreto significato attribuibile a questo termine nei vari contesti nei quali viene utilizzato e il problema risulta inevitabilmente più complesso se si sposta lo sguardo dal contesto nazionale e si analizza il fenomeno in prospettiva comparata.

La riflessione sul concreto ruolo riconosciuto alla componente deontologica nei vari ordinamenti analizzati non può pertanto prescindere da una definizione dell’oggetto della ricerca, quindi da un’analisi sul significato attribuito, ai fini del presente studio, al termine “deontologia” e sulla portata di tale concetto negli ordinamenti presi in considerazione.

A tal fine il presente lavoro si aprirà con un capitolo dedicato all’analisi linguistica, nel quale si cercherà di fare emergere, partendo da una prospettiva particolare – quella del rapporto tra lingua e diritto – alcuni profili che caratterizzano intrinsecamente la deontologia professionale e i codici deontologici.

In particolare, si indagherà, in chiave comparata, il significato di deontologia, cercando di comprendere il processo sociale e culturale che nel tempo ha portato, nei vari ordinamenti giuridici, alla scelta di un determinato termine e alla prassi – più o meno consapevole – di un suo uso progressivamente e storicamente più preciso. Partire da un’analisi linguistica permetterà così non solo di identificare l’oggetto della ricerca, ma di mettere anche subito in luce alcune complessità legate alla comparazione del fenomeno deontologico in Italia, Francia e Germania; complessità delle quali sarà

²Cfr., tra gli altri, R. DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008.

³S. CASSESE, *I codici di condotta*, in *Documenti Giustizia*, 7-8, 1994, p.1373. Si veda inoltre J-MORET-BAILLY, *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001, in cui si afferma: «ces codes sont assimilables aux codes de déontologies stricto sensu en raison de leur communauté d’objets et de fonctions», p. 101.

⁴Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ad autorità quali l’Accademia svizzera delle scienze mediche (ASSM), che ha come scopo, tra gli altri, anche quello di elaborare direttive e raccomandazioni etiche per la pratica e la ricerca medica (ad esempio determinazione della morte, esperimenti su animali, fecondazione artificiale, terapia genetica).

necessario tenere conto al fine di analizzare compiutamente tutti gli aspetti legati al ruolo della dimensione deontologica nel sistema delle fonti nei vari ordinamenti.

Inoltre, proprio l'individuazione dei concetti da analizzare in prospettiva comparata – quindi anche l'implicita ricerca di possibili traduzioni linguistiche del fenomeno deontologico per come lo si conosce in Italia e il confronto con le scelte lessicali compiute in altri ordinamenti – consentirà di comprendere meglio il fenomeno stesso, quindi la portata e i confini di ciò che in Italia viene designato con il termine “deontologia”. Attraverso l'analisi linguistica sarà così possibile mettere in luce sia le specificità e gli aspetti peculiari del fenomeno deontologico nei vari ordinamenti, sia gli elementi comuni ai modelli di deontologia dei paesi oggetto di comparazione.

Per chiarire il ruolo della deontologia medica nel più ampio e complessivo sistema delle fonti del diritto è necessario inoltre interrogarsi preliminarmente sui possibili profili di rilevanza che la dimensione deontologica può assumere sul piano sia sociale che giuridico. La deontologia, infatti, da etica interna alla professione ha assunto in epoca moderna sempre maggiore rilevanza esterna, regolando un significativo numero di aspetti ed esigenze, anche di interesse pubblico. I codici deontologici, quindi, in ragione dell'ampiezza e importanza dei settori, diritti e interessi sui quali incidono, sono destinati ad acquisire innegabile rilevanza sul piano giuridico.

Da questo punto di vista va innanzitutto evidenziato come anche la deontologia medica si inserisca in quel crescente interesse per la codificazione dell'etica professionale che generalmente caratterizza le società contemporanee.

Prima di proseguire nell'analisi del ruolo della deontologia medica, conviene quindi soffermarsi brevemente a riflettere sul perché il fenomeno deontologico riscuota, per come esso si presenta ai giorni nostri, sempre maggiori attenzioni; perché, più in generale, «la codificazione dell'etica» sia ormai diventata «un fenomeno del nostro tempo»⁵ e quali siano le esigenze alle quali la deontologia è chiamata a rispondere.

Ciò permetterà di collocare con maggiore precisione il ruolo della deontologia medica anche a livello sociale e di valutare le specificità di tale ruolo con riferimento ad un ambito del tutto peculiare in cui dimensione etica, sociale, deontologica e giuridica si intrecciano: quello del biodiritto.

⁵B.G.MATTARELLA, *Le regole dell'onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008, p.139.

In termini generali, molte e diverse possono essere le ragioni che spingono a integrare le norme giuridiche con un diritto di fonte non statale, che nasce e viene elaborato direttamente dall'autonomia delle categorie professionali interessate. In alcuni casi ciò può essere semplicemente legato al pluralismo etico e culturale che caratterizza le società contemporanee, nelle quali è progressivamente venuta meno un'etica unanimemente condivisa e accettata, tale da assicurare omogeneità e correttezza nei comportamenti e tale da rappresentare un chiaro punto di riferimento per l'ordinamento giuridico. Da qui, quindi, l'esigenza di riaffermare, codificandoli, dei valori etici condivisi⁶. Tale esigenza è evidentemente amplificata negli ambiti in cui i progressi scientifico-tecnologici sono più rapidi e incisivi e in cui quindi più complesse sono le sfide poste alla comunità sociale e, in particolare, ai professionisti. Questi ultimi, infatti, possono essere chiamati a prestare la loro attività in contesti nei quali i nuovi problemi etici non possono essere, almeno non nel breve periodo, accompagnati da un'adeguata riflessione politico-giuridica e da conseguenti efficaci scelte legislative in grado di garantire la certezza necessaria al sereno svolgimento delle attività professionali, nel rispetto delle libertà e dei diritti di ognuno. Quando i contorni normativi non sono chiaramente definiti può diventare così di essenziale importanza l'ausilio della deontologia, quindi dei principi etici fondamentali che la categoria professionale riconosce come connaturati alla sua stessa esistenza.

Va inoltre sottolineata la rilevanza delle regole contenute nei codici deontologici, sia in quanto oggettivamente percepibili dai destinatari dell'attività professionale, sia in quanto chiaramente e facilmente conoscibili da coloro i quali sono tenuti a rispettarle. Tra le ragioni alla base della codificazione dei principi deontologici vi è anche l'esigenza, comune a tutti gli ambiti professionali, di garantire una maggiore certezza delle norme deontologiche anche attraverso la possibilità di una loro immediata conoscenza a vantaggio di tutti i soggetti interessati⁷.

⁶G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 2, 2007, p.551.

⁷Come vedremo, però, proprio la conoscenza della deontologia sia all'interno che all'esterno della professione costituisce ancora uno degli ambiti in cui la componente deontologica presenta lacune e incoerenze. Al ruolo della deontologia come strumento di tutela sia dei destinatari dell'attività professionale che degli stessi professionisti vanno aggiunti gli ulteriori vantaggi che potrebbero derivare dalla possibilità di periodiche revisioni dei codici deontologici. Ciò può permettere, infatti, un'elaborazione progressiva delle norme, che favorisca maggiore aderenza alle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali e una maggiore comprensione delle norme proprio attraverso la loro elaborazione

Inoltre, in un contesto di innovazione e veloce progresso scientifico, di nuove e rilevanti questioni etiche e di crescente complessità sociale, è evidentemente maggiore il divario tra il professionista, portatore di conoscenze tecnico-scientifiche specifiche, e i destinatari della sua attività professionale. Conseguentemente maggiore è l'esigenza avvertita dal singolo di sapere che il professionista a cui si rivolge si sia impegnato a rispettare, nell'esercizio della sua attività, regole e valori etici posti a tutela della persona, dei suoi diritti e delle libertà fondamentali. L'accettazione sociale dell'attività professionale deve dunque necessariamente passare da una forma di autolimitazione dei professionisti, dall'autoimposizione di principi e regole che siano percepibili anche, e soprattutto, sul piano oggettivo dai destinatari dell'attività professionale. I principi deontologici, quindi, proprio perché promuovono la competenza e la correttezza, incentivando così la fiducia, svolgono l'importante ruolo di ovviare alle asimmetrie che caratterizzano i rapporti tra gli esercenti la professione e i destinatari di essa⁸. Indipendentemente da quelli che, come vedremo, sono i modelli legislativi in materia, i codici deontologici trovano una, quanto meno implicita, forma di legittimazione proprio nella loro intrinseca finalità di tutela dei diritti e degli interessi della persona. Ciò è particolarmente rilevante quando l'attività oggetto di autoregolamentazione va ad incidere su beni e libertà costituzionalmente garantite e i principi deontologici possono quindi porsi come possibile risposta a questioni etico-morali di rilevanza fondamentale per la persona.

Nel quadro fin qui delineato la deontologia medica si inserisce in modo del tutto peculiare in ragione delle scelte e dei diritti fondamentali sui quali è chiamata ad incidere e delle peculiarità del suo ambito di applicazione, quello della salute e delle scienze della vita.

Analizzare il suo ruolo tra le fonti del diritto significa, quindi, tenere in considerazione i profili di rilevanza giuridica e sociale tradizionalmente comuni a tutte le deontologie; ma occuparsi della deontologia medica significa anche, e soprattutto, fare un passo ulteriore riconoscendo quella che è la peculiarità di questa professione e cercando di

e i dibattiti di riforma. Tuttavia, come si vedrà nella terza Parte, non sempre le riforme dei codici di deontologia medica analizzati soddisfano queste esigenze.

⁸ E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, p. 925. Si veda inoltre A. PATRONI GRIFFI, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 248.

cogliere l'autonomia e specificità delle considerazioni in merito al suo ruolo negli ordinamenti giuridici, in particolare tra le fonti del biodiritto.

Con riferimento alla specificità della deontologia medica, tre sono i principali profili che devono essere tenuti in considerazione e due gli ambiti in cui tale specificità si esprime in maniera più significativa.

Il primo profilo attiene alle nuove sfide e nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali che caratterizzano la professione medica in epoca moderna e che si sommano a quelle a cui la deontologia è stata tradizionalmente chiamata a rispondere. In particolare, le nuove sfide ed esigenze di tutela emergono sia nelle questioni più spinose dal punto di vista bioetico, sia nella quotidianità dell'attività medica.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va sottolineato come la medicina sia ormai in grado di intervenire in maniera sempre più diretta e incisiva sui processi vitali, sull'origine, i confini e la qualità della vita, quindi sugli ambiti prima regolati da leggi naturali, generalmente ritenute inviolabili⁹. Le nuove possibilità di scelta che il progresso scientifico ha messo a disposizione dell'uomo incidono così sullo stesso ruolo del medico, conferendo a colui che detiene le informazioni e che quindi può potenzialmente gestire anche i criteri di scelta, un considerevole potere su diritti fondamentali della persona¹⁰. L'introduzione di nuove tecnologie e nuovi macchinari, l'accelerazione dei progressi in ambito genetico, il costante sviluppo delle conoscenze biologiche hanno infatti ricadute tanto sorprendenti in termini di nuove speranze terapeutiche quanto problematiche se poste in relazione alla tutela di valori e diritti fondamentali quali ad esempio la vita, la salute, la libertà di autodeterminazione, l'eguaglianza e la dignità della persona.

Con riferimento al secondo aspetto, va ricordato come anche nella quotidianità dell'agire del medico la costruzione della relazione di cura possa confrontarsi in modo problematico con l'esistenza di diversi fattori che incidono sulla decisione del

⁹ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012.

¹⁰ Per un approfondimento sul nuovo ruolo del medico si rinvia a F. BELLIVIER, C. NOVILLE (a cura di), *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Paris, 2006. Cfr. Inoltre P. CATTORINI, *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2008, p. 1205; I. MARINO, *Nelle tue mani. Medicina, fede, etica e diritti*, Torino, 2009; ID., *Credere e curare*, Torino, 2005. J. MORET- BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, in *RDSS*, 2, 2005; B. MATHIEU, *La bioéthique*, Paris, 2009, p. 2; J.A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, 2005; J. SCHRÖTER, *Die Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten an Angehörige eines Patienten*, Frankfurt am Main, 2011; J. VOLLMANN, J. SCHILDMANN, A. SIMON (a cura di), *Klinische Ethik. Aktuelle Entwicklung in Theorie und Praxis*, Frankfurt-New York, 2009.

professionista. Ciò può accadere, ad esempio, con i vincoli di natura contabile che attualmente caratterizzano la realtà dell'attività medica in molti contesti nazionali. Vincoli di questo tipo possono incidere, anche in maniera significativa, sulla scelta del medico, che potrebbe essere indotto a non valorizzare la centralità e l'interesse del paziente¹¹. Inoltre, sempre a titolo esemplificativo, si può menzionare un fenomeno che da anni caratterizza l'attività clinica, ossia la progressiva estensione dei confini della medicalizzazione delle persone che solleva complesse questioni nella gestione della relazione di cura e nella tutela del bene del paziente¹².

Il secondo profilo di specificità attiene ai diritti e alle scelte sui quali l'attività medica incide. La deontologia, in questo caso, non solo si confronta con valori e diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ma disciplina ambiti di attività professionale che incidono in maniera significativa sulla struttura morale di ogni persona e quindi sulle scelte che in maniera più profonda coinvolgono l'essenza stessa dell'essere umano¹³.

Il già menzionato ruolo di riequilibrio che l'esistenza di principi deontologici svolge tra la posizione del professionista e quella del destinatario della sua attività assume quindi significati ancora più pregnanti proprio con riferimento alla relazione medico-paziente, in cui più delicata è l'implicazione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona umana e al contempo più alto è il potenziale lesivo delle attività professionali rispetto a tali valori. Proprio la peculiare relazione asimmetrica che caratterizza la relazione di cura ha infatti reso necessaria fin dalle origini una forma di autolimitazione del potere esercitato dal medico, autolimitazione affidata, come già sottolineato, proprio alla deontologia. Già il Giuramento d'Ippocrate rappresenta del resto uno, il più noto, degli esempi di questa esigenza risalente e profondamente radicata nella professione medica,

¹¹ *Infra* Parte III.

¹² In particolare: abbassamento dei valori soglia di malattia, *disease mongering*, aumento delle capacità diagnostiche in radiologia e laboratorio. Da un lato, infatti, informazione e prevenzione rientrano tra i diritti del paziente che il medico è tenuto a garantire, dall'altro lato, però, le conseguenze degli interventi di diagnosi e di cura potrebbero trasformarsi in fenomeni che in ambito medico vengono definiti di *over diagnosis* od *over treatment*. Ciò può comportare un'espansione delle concezioni di malato e di malattia, che non sempre corrisponde ad un'ideale e responsabile costruzione della relazione di cura. Si rischia così di spostare il fulcro della decisione e di non orientarla esclusivamente all'interesse del paziente. *Infra* Parte III.

¹³ Si veda, con particolare riferimento alle caratteristiche peculiari del biodiritto, C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, 179-208: «coinvolge tipicamente la *struttura morale* più profonda di ognuno e, con essa, il significato stesso di concetti anche antropologicamente delicati e divisivi come quelli di salute, di malattia, di morte, di dignità; e con essi il concetto stesso di essere umano» (p.180).

di inquadrare la propria attività in una cornice di principi e dettami, percepibili dal medico e dal paziente e dai quali scaturiscano doveri in capo al primo a tutela del secondo. Le nuove sfide con cui il medico deve confrontarsi rendono ora necessaria una rinnovata riflessione sul ruolo della deontologia e sulla sua capacità di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

Il terzo profilo riguarda infine le peculiarità del contesto giuridico di riferimento.

Lo sviluppo scientifico-tecnologico e le sue ricadute sulla quotidianità del lavoro del medico sono infatti spesso così radicali, a volte persino “tumultuose”¹⁴, e il ritmo del loro susseguirsi è così elevato, da non rendere sempre possibile nel breve periodo un’adeguata maturazione culturale e giuridica. Si tratta, inoltre, di ambiti in cui il diritto, proprio in ragione dei diritti che è chiamato a tutelare e delle scelte morali sulle quali anche esso va ad incidere, richiede un grado di condivisione tale da rendere del tutto inadeguata una disciplina giuridica che si basi, sia in fase di elaborazione che di applicazione normativa, sull’esclusività dello strumento legislativo senza tener conto di tutte le componenti culturali e normative presenti nella comunità sociale e professionale¹⁵.

Si tratta di tre profili intimamente connessi tra loro. Va ricordato, infatti, come proprio la capacità della deontologia di incidere su vari aspetti della vita sociale, di farsi carico a più livelli delle esigenze di tutela dei diritti e degli interessi coinvolti nell’esercizio professionale e di riequilibrare, generando fiducia, le posizioni del professionista e della persona destinataria della sua attività, le abbiano permesso di affiancare alla tradizionale funzione di regolamentazione della professione, un concreto ruolo come possibile componente normativa in ambiti che sollevano questioni particolarmente delicate dal punto di vista etico, giuridico e professionale.

Sono due quindi gli ambiti nei quali confluiscono gli aspetti più specifici della deontologia medica fin qui richiamati: il primo attiene al rapporto medico-paziente e

¹⁴Documento del Consiglio Nazionale FNOMCeO “Etica e deontologia di inizio vita” approvato a Ferrara il 25 ottobre 2008, in www.fnomceo.it : “Lo sviluppo tumultuoso della scienza e di una tecnologia sanitaria che si è mostrata capace di modificare l’evoluzione della vita [...] ha aperto nuovi spazi alla normazione deontologica che, pur non essendo fonte primaria di diritto, è tutt’altro che indifferente alla sua interpretazione e applicazione, nel quadro dell’irrinunciabile autonomia del medico e della tutela della salute del cittadino.[...]Queste tematiche coinvolgono i medici secondo più profili: quello tecnico professionale, basato sulle migliori evidenze scientifiche disponibili e quello etico-deontologico che attiene ai principi deontologici sia comuni a tutta la professione sia individuali, propri cioè dei singoli statuti morali”.

¹⁵ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit.

alla necessità di una nuova riflessione deontologica a fronte dei maggiori poteri che scienza e tecnologia conferiscono al medico e il secondo riguarda la rilevanza assunta e variamente riconosciuta alla deontologia come fonte del biodiritto.

Proprio rispetto a tali due ambiti è pertanto essenziale analizzare il ruolo e i rapporti della dimensione deontologica con quella giuridica.

Sono due aspetti inevitabilmente e intimamente interconnessi ed entrambi sono a loro volta influenzati dal contesto giuridico, ma vanno concettualmente distinti perché afferiscono a due funzioni diverse della deontologia medica. Il primo aspetto può essere infatti considerato come una specifica evoluzione della tradizionale funzione che accomuna la deontologia medica alle altre deontologie professionali e che la caratterizza fin dalle sue origini. Il secondo aspetto rappresenta invece una specificità propria di alcune deontologie nell'epoca moderna e una possibile ulteriore funzione che – in ragione delle peculiari esigenze del quadro normativo dell'ambito sul quale la deontologia medica va ad incidere e rispetto al quale può offrire il suo contributo – si aggiunge alle tradizionali ed originarie funzioni della deontologia. Evidentemente questo secondo aspetto è condizionato, oltre che dall'approccio del diritto, anche da come la categoria professionale esprime, nella prima delle funzioni menzionate, la sua capacità di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti dei pazienti in ambito biomedico, ma non si esaurisce in ciò, ricomprendendo anche altre peculiarità della normativa deontologica. La funzione relativa alla protezione dei diritti del paziente nel rapporto con il medico e le specifiche caratteristiche che essa può assumere in ragione dell'ambito di applicazione può a sua volta essere influenzata, nella sua portata pratica, dalla natura giuridica o meno riconosciuta alle norme deontologiche, ma sussiste indipendentemente da ciò ed è comunque indipendente dal concreto ruolo che potrebbe essere riconosciuto alla normativa deontologica come fonte del biodiritto. Si tratta infatti di un ruolo che, quanto meno nel suo nucleo essenziale, caratterizza la deontologia indipendentemente dalla sua eventuale rilevanza giuridica tra le forme di regolamentazione della scienza e dell'evoluzione della sua normativa in tal senso.

Nonostante inevitabili punti di incontro e reciproche influenze, diversi sono inoltre i piani sui quali la dimensione deontologica può intersecarsi con quella giuridica nell'esercizio delle due funzioni menzionate.

Di entrambe queste dimensioni e delle conseguenze sul piano giuridico si terrà conto nel presente lavoro, ma, come si avrà modo di analizzare nei capitoli a ciò dedicati, è proprio nei punti di intersezione tra questi due ambiti di rilevanza della deontologia medica che forse più significativo e carico di conseguenze pratiche è il contributo della componente deontologica e quindi più interessante e complessa l'analisi comparata dei suoi rapporti con il diritto.

Va tuttavia precisato che in questi ambiti la deontologia presenta alcuni peculiari punti di forza, ma anche dei profili di debolezza.

Tra i punti di forza va sicuramente menzionata la flessibilità e dinamicità delle soluzioni nel caso concreto¹⁶, nonché l'apporto tecnico-professionale alla normativa giuridica. A ciò deve aggiungersi la sintonia che emerge in alcuni contesti tra norme deontologiche e principi costituzionali¹⁷. Come si vedrà più nello specifico nella terza Parte del presente lavoro, la categoria professionale ha infatti dato vita, in tempi più recenti (anche se con sensibili differenze nelle esperienze dei singoli ordinamenti), a un'interessante evoluzione delle proprie norme deontologiche verso una tutela sempre più concreta dei diritti inviolabili del paziente, uscendo da una dimensione meramente corporativa e paternalistica e facendo propria una concezione del rapporto medico-paziente progressivamente più attenta alla centralità di quest'ultimo¹⁸. In sintonia con i principi elaborati anche a livello europeo e internazionale si è quindi affermata l'idea di una più paritaria alleanza terapeutica basata sul rapporto tra due autonomie e responsabilità. Di qui l'elaborazione diffusa di codici di deontologia medica e il susseguirsi nel tempo di loro modifiche in una progressiva evoluzione volta a rispecchiare il mutamento della percezione sociale e culturale dell'attività medica quale riflesso del mutamento nella consapevolezza dei diritti e valori fondamentali della persona¹⁹.

Va inoltre menzionato il significativo legame tra normativa deontologica, società ed esigenze legate al sistema sanitario nazionale. Tale legame emerge anche dai preamboli e articoli dei codici deontologici. Con riferimento al rapporto tra deontologia e società,

¹⁶ La deontologia può rivelarsi infatti uno strumento normativo estremamente duttile ed efficace in quanto in grado di coniugare la promozione della responsabilità professionale e la tutela della persona con la necessaria flessibilità e dinamicità delle soluzioni nel caso concreto. Cfr. E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit.

¹⁷ *Infra* Parte III.

¹⁸ L'evoluzione dei codici deontologici verrà analizzata dettagliatamente nella III parte di questo lavoro.

¹⁹ Cfr. E. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, in ALPA G., ZATTI P., *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006., p. 76.

ad esempio, è emblematica l'affermazione riportata nel codice di deontologia medica spagnolo, in base al quale «*Este Código sirve para confirmar el compromiso de la profesión médica con la sociedad a la que presta su servicio*»²⁰.

Per quanto riguarda invece i profili di debolezza, va preliminarmente precisato che proprio le nuove sfide ed esigenze di tutela dei diritti sollevate dallo sviluppo tecnologico, se da un lato fanno emergere le possibili potenzialità della deontologia, dall'altro ne segnano anche il limite. La deontologia e gli strumenti tradizionali elaborati dalla categoria professionale non bastano infatti da soli a garantire in maniera adeguata la tutela dei diritti e interessi coinvolti nell'esercizio dell'attività professionale. Tra i principali punti critici della dimensione deontologica va sicuramente menzionato il pericolo che il ruolo della deontologia si trasformi in autoreferenzialità o in forme di chiusura corporativa. Spesso, inoltre, le strutture ordinistiche sono caratterizzate da una scarsa democraticità delle decisioni. A ciò deve infine aggiungersi una contraddizione ancora presente in molte dimensioni deontologiche: il contrasto tra una significativa tutela dei diritti fondamentali nei codici deontologici e un livello di efficacia dello strumento disciplinare spesso non adeguato.

Nel quadro fin qui delineato, il rapporto tra diritto e deontologia si manifesta quindi in un insieme estremamente variegato di reciproche influenze, reciproci arricchimenti e reciproche limitazioni.

Così, ad esempio, se da un lato, la legge necessita di altre componenti normative e la permeabilità tra dimensione legislativa e componente tecnico-professionale è ormai non solo un'esigenza, ma di fatto una realtà innegabile, dall'altro, però, il potenziale ruolo normativo della componente tecnico-professionale, nella sua dimensione dinamica e flessibile, si scontra e deve essere arginato dalle esigenze di certezza del diritto. Similmente, nella sua dimensione di fonte autonoma, la deontologia è limitata dal principio democratico e dalla necessità che determinate scelte particolarmente delicate o la definizione dei principi fondamentali siano adottate con le garanzie offerte dalla legge e dai dibattiti parlamentari, quali espressioni della volontà generale.

Inoltre, la deontologia può entrare nelle fasi di elaborazione normativa o attraverso procedimenti legislativi attenti al confronto plurale o, più semplicemente, attraverso l'influenza politica della categoria professionale. Allo stesso tempo, i riferimenti alla

²⁰ *Código de deontología médica* – Preambolo. Reperibile sul sito: https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf.

legge entrano nei codici deontologici e la stessa legislazione può influire – con modalità e intensità che variano da ordinamento a ordinamento – sul processo di formazione e sui contenuti dei codici.

Anche con riferimento al profilo della tutela dei pazienti, il diritto in alcuni casi fa propria nella legislazione la tradizione deontologica di elaborazione di determinati principi, risultandone quindi influenzato²¹. Analogamente l'evoluzione dei codici deontologici può essere stimolata – in maniera più o meno diretta – dalle evoluzioni in ambito normativo.

In generale la complessità di rapporti emerge in più ambiti e a diversi livelli. Riguarda, ad esempio, oltre ai citati profili delle fonti del (bio)diritto e della tutela dei diritti dei pazienti, anche la responsabilità professionale, il rapporto tra stato e professioni e tra giurisdizioni disciplinari e giurisdizioni statali.

Per tenere conto in maniera compiuta di tutti questi aspetti, l'analisi verrà condotta sia sugli aspetti formali del rapporto tra la deontologia e il sistema delle fonti del diritto, sia sui profili sostanziali del ruolo della deontologia nell'ordinamento giuridico.

Nella seconda Parte del presente lavoro si procederà innanzitutto con una ricostruzione teorica dei concreti rapporti tra dimensione giuridica e dimensione deontologica con riferimento alla formazione dei codici e delle normative deontologiche, alla loro collocazione nel sistema delle fonti del diritto e ai rispettivi ruoli dei pubblici poteri e della categoria professionale nei processi di codificazione dell'etica professionale.

Una volta ricostruito dal punto di vista formale il ruolo della deontologia nel complessivo sistema delle fonti del diritto si potranno analizzare con più precisione i rapporti tra dimensione deontologica e giuridica alla luce della loro reciproca influenza nell'ambito del biodiritto.

Nella terza Parte si proseguirà, dunque, con una riflessione sul ruolo e le funzioni della deontologia, degli ordini professionali e dei codici deontologici attraverso l'individuazione e l'analisi dei principali profili problematici del rapporto tra deontologia e diritto e dei più significativi ambiti di rispettiva rilevanza e reciproca influenza, quali emergono da esempi concreti nel panorama biogiuridico europeo e nella pratica clinica e terapeutica.

²¹ J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, 157-186.

Per comprendere il fenomeno, valutare la coerenza o gli aspetti problematici nei vari sistemi e per ipotizzare modelli dei rapporti tra deontologia e diritto in grado di migliorare gli aspetti di incoerenza e valorizzare i punti di forza, sarà inoltre importante condurre le ricerche partendo da un'analisi di entrambe le dimensioni, quella dell'ordinamento generale e quella deontologico-professionale, indagando innanzitutto i rispettivi approcci nei confronti delle questioni oggetto di riflessione.

Sullo sfondo di questa analisi vanno inoltre tenute in considerazione, anche da un punto di vista delle diverse tradizioni deontologiche, le relazioni tra poteri pubblici e professionisti della salute, per come si sono sviluppate nei vari ordinamenti, in particolare a partire dal secondo dopo guerra. Anche l'analisi di alcune dinamiche legate a questi profili permette infatti di capire la pluralità di livelli sui quali possono svilupparsi e intersecarsi i rapporti tra dimensione giuridica e dimensione deontologica. Da un lato, infatti, i rapporti tra pubblici poteri e professionisti sono spesso stati (e ancora sono) caratterizzati da reciproca diffidenza, anche se con esiti diversi nei vari ordinamenti. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, in Francia dove la professione medica ha, almeno in origine, costruito la sua identità in opposizione ai pubblici poteri²² e dove la storia caotica e conflittuale dei rapporti tra medici e poteri pubblici ha influenzato l'organizzazione del sistema sanitario, ancora oggi caratterizzato da «*rendez-vous manqués*»²³.

Dall'altro lato, però, ai professionisti vengono riconosciute forme di autonomia che incidono anche al di là dell'elaborazione di norme deontologiche. Sempre in Francia, ad esempio, nonostante la conflittualità menzionata e nonostante la *loi Le Chapelier* avesse abolito tutte le corporazioni, la costituzione e il conferimento di funzioni di diritto pubblico ad alcuni ordini professionali risultano tra i pochi atti del regime di Vichy di cui è stato mantenuto nella sostanza il contenuto, evidentemente proprio in ragione dell'importanza riconosciuta al ruolo degli organismi professionali per la tutela di determinati interessi²⁴.

Comprendere come tutte le problematiche cui si è fatta menzione siano affrontate dalla componente giuridica e da quella deontologica permette di analizzare poi con maggiore

²² Ibidem.

²³ D. TABUTEAU, *Pouvoirs publics et professions de santé*, in *Les Tribunes de la santé (Sève)*, n° 26, printemps 2010, p. 103.

²⁴ Benché infatti la relativa legge del 7 ottobre 1940 fosse stata formalmente abolita, con ordinanza del settembre 1945 venne sostanzialmente ripristinato un regime identico. Cfr. *infra* parte II cap. II.

consapevolezza i casi concreti di interazioni e reciproche influenze tra le due dimensioni.

Inoltre, dal punto di vista comparato, l'analisi degli aspetti sia formali che sostanziali del rapporto tra deontologia e diritto, permetterà di mettere in relazione un determinato tipo di approccio o di scelta adottato in ambito giuridico, con specifiche conseguenze sul piano deontologico e dei rapporti tra fonti e, viceversa, di valutare l'influenza di una determinata tradizione o evoluzione deontologica sulle reazioni dell'ordinamento giuridico e i riflessi che ciò può avere sul ruolo stesso riconosciuto alla deontologia.

Tale ricostruzione dinamica e su più livelli dei rapporti tra deontologia e diritto mira a mettere in luce i punti di forza, ma anche i possibili aspetti problematici e le incoerenze nel rapporto tra deontologia medica e diritto presenti nei vari ordinamenti.

La valutazione di tutti questi aspetti sarà inoltre funzionale all'ulteriore obiettivo del presente lavoro che, oltre alla ricostruzione critica di quanto emerge dall'analisi comparata, si propone di elaborare ipotesi teoriche e pratico-applicative relative ad un modello italiano in grado di ricostruire con maggiore coerenza, efficacia e flessibilità il rapporto fra la deontologia medica e il diritto.

Lo studio comparato dovrà inoltre tenere conto del ruolo della giurisprudenza, sia per quanto riguarda il valore giuridico riconosciuto alle norme deontologiche sia per quanto attiene al concreto ruolo riconosciuto alla deontologia nelle pronunce in ambito biomedico.

Alla luce di tutti gli elementi di complessità fin qui delineati, l'analisi dei rapporti tra deontologia e diritto nei singoli ordinamenti dovrà essere condotta cercando di valutare, in ogni ambito analizzato, non solo il ruolo riconosciuto alla deontologia nel concreto delle situazioni indagate, ma anche, da un lato, la coerenza di tale ruolo con la struttura e le dinamiche complessive dell'ordinamento e, dall'altro, la coerenza tra le scelte degli ordinamenti e le prassi interne alla categoria professionale. Ci si dovrà inoltre interrogare su quali ambiti le esigenze cui deontologia e diritto mirano a rispondere possono convergere e su quali invece le due dimensioni mirano a tutelare interessi e diritti diversi. Nel primo caso si dovrà valutare se l'analisi comparata mostri esempi di fruttuosa collaborazione tra le due fonti e individuare dove invece profili di incoerenza o di reciproca diffidenza rendano necessario migliorare i rapporti tra diritto e deontologia. Nel secondo caso bisognerà invece interrogarsi su quale possa essere il

punto di equilibrio tra le esigenze e le competenze della dimensione legislativa e di quella deontologica, quali i limiti reciproci e quali le garanzie sia in un senso che nell'altro.

Con particolare riferimento al biodiritto, inoltre, nell'analisi dei rapporti tra approccio del legislatore e ruolo della deontologia, alla luce del quadro che emergerà dall'analisi comparata, ci si dovrà anche chiedere se, indipendentemente dal modello di regolamentazione adottato, possa residuare un ambito in cui l'apporto della dimensione deontologica risulti essere in ogni caso, in qualche modo, insostituibile e, di conseguenza, quali siano gli strumenti che legislatore e categoria professionale possono adottare per garantire, nel concreto, la tutela della persona e la necessaria flessibilità delle soluzioni.

Già da tutto quanto fin qui accennato – sulla rilevanza esterna della deontologia, sul suo possibile ruolo come componente normativa del biodiritto e nella protezione dei diritti fondamentali, sulla delicatezza e importanza delle scelte sulle quali va ad incidere, sul potere e influenza della categoria professionale – emergono due necessità specifiche.

Innanzitutto quella di valutare il grado di conoscenza delle norme deontologiche all'interno della stessa categoria professionale e la pubblicità di esse a livello sociale, quindi il grado di consapevolezza anche della società rispetto alla dimensione deontologica e il dialogo tra categoria professionale e il contesto sociale di riferimento.

A ciò deve aggiungersi inoltre l'ulteriore necessità alla quale verrà dedicata una parte del presente lavoro: analizzare e valutare l'effettività delle norme deontologiche nel momento della loro violazione e quindi il grado di coerenza ed efficacia dello strumento disciplinare. In particolare, proprio l'effettività delle norme deontologiche e la responsabilità disciplinare si pongono come snodo essenziale nel tentativo di trovare un punto di incontro e proficuo equilibrio tra le diverse esigenze che caratterizzano i reciproci rapporti tra diritto e deontologia. Ciò sulla base della considerazione che il rilievo e il ruolo normativo da riconoscere alla deontologia passi inevitabilmente anche dalla concreta effettività delle norme deontologiche nel momento di una loro eventuale violazione e da una maggiore conoscibilità e consapevolezza di esse, sia interna che esterna alla categoria professionale.

Nella quarta Parte i rapporti tra diritto e deontologia verranno quindi analizzati con riferimento al procedimento disciplinare, cercando di analizzare e ricostruire in chiave

comparata i principali settori di intervento, le reazioni della componente professionale rispetto alle violazioni delle norme deontologiche e i rapporti tra commissioni disciplinari e giurisdizioni statali. Si prenderanno altresì in considerazione le procedure adottate, con particolare riferimento alle garanzie del giusto processo e alla possibilità di contraddittorio con il paziente prevista in alcuni ordinamenti, nonché la composizione, eventualmente pluridisciplinare, delle commissioni disciplinari e i rapporti tra queste e i poteri pubblici.

Infine, la complessità dei rapporti tra diritto e deontologia, la varietà di modelli e soluzioni rinvenibili sia per quanto attiene ai contenuti delle normative deontologiche che per quanto riguarda la loro rilevanza sul piano giuridico e le conseguenze di una loro violazione sul piano della responsabilità medica possono avere riflessi significativi anche in ambito europeo. Regole deontologiche potenzialmente configgenti tra loro e modelli dei rapporti tra deontologia, diritto e responsabilità medica molto diversi a livello europeo, potrebbero, infatti, non agevolare, se non addirittura ostacolare, la libera circolazione dei professionisti e dei pazienti.

Lo stesso diritto dell'Unione Europea fa espresso riferimento alla deontologia e all'adozione di codici di condotta a livello europeo²⁵. Nella quinta Parte del lavoro, tale prospettiva dovrà essere valutata, almeno per quanto riguarda l'ambito medico, alla luce delle differenze che ancora permangono tra le normative dei singoli stati e della stretta connessione tra dimensione deontologica e legislazione dei paesi di riferimento. Dal punto di vista formale, l'adozione di un codice unico a livello europeo presupporrebbe un'uniformazione dei modelli di deontologia e di responsabilità disciplinare dei singoli ordinamenti giuridici che pare difficilmente attuabile allo stato attuale. Ciò nonostante proprio le normative sulla libera circolazione in Europa, nel creare nuove opportunità, pongono anche nuovi interrogativi, che rendono non più rinviabile un concreto confronto tra culture e sistemi giuridici diversi, in un percorso di coordinamento e armonizzazione delle regolamentazioni volto a garantire un'adeguata protezione dei diritti e una proficua, quanto consapevole, circolazione di professionisti e pazienti. L'analisi dei rapporti tra deontologia e diritto non può quindi non tenere conto anche della dimensione europea e provare ad individuare alcuni possibili profili di

²⁵ *Infra* parte V.

coordinamento a livello europeo tra i modelli di deontologia analizzati nello studio comparato.

Di tutti gli elementi di complessità delineati si cercherà quindi di tenere conto nel presente lavoro, provando a dare, attraverso l'analisi comparata, una risposta agli interrogativi fin qui sollevati.

CAPITOLO SECONDO

LINGUA E DIRITTO: IL SIGNIFICATO DI DEONTOLOGIA

1. Complessità del problema e obiettivi dell'analisi linguistica.

In questo capitolo si comincerà a dare alcune risposte agli interrogativi sollevati in precedenza, partendo proprio dalla prospettiva del rapporto tra lingua e diritto.

In qualsiasi comunità sociale, infatti, le parole non sono mai neutre, ma sono il portato della cultura, della storia e dell'*ethos*, quindi di quell'insieme di valori propri di ogni comunità umana, dal quale il diritto deriva e dipende²⁶. I concetti giuridici sono quindi intimamente legati alla lingua con la quale un dato contesto sociale si esprime e il diritto, in quanto fenomeno di organizzazione sociale, dipende anche dal linguaggio. Le lingue giuridiche, le specificità dei vari linguaggi sono pertanto espressione e allo stesso tempo componenti di specifiche tradizioni giuridiche e sono molti gli aspetti del diritto che la prospettiva linguistica permette non solo di comprendere e studiare, ma anche direttamente di svelare²⁷.

Ciò vale sia per l'analisi di un determinato ordinamento sia, e soprattutto, per la comparazione giuridica. L'analisi comparata porta infatti con sé l'esigenza di identificare nei vari ordinamenti analizzati i termini (diversi) con cui un medesimo concetto è descritto. Il rapporto tra lingua e linguaggio specifico, quindi l'esigenza avvertita all'interno di ogni lingua di individuare e comprendere il significato che i termini assumono nella specificità del linguaggio giuridico, risulta pertanto inevitabilmente più complicato qualora si debbano analizzare concetti espressi in lingue diverse.

²⁶ Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma – Bari, 2003, p. 15 e 21.

²⁷ B. POZZO, M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008.

Proprio le riflessioni alle quali è chiamato il giurista comparatista mettono infatti in luce sia l'importanza sia le peculiarità e le difficoltà della traduzione giuridica. Con questi aspetti ci dovrà, seppur brevemente, confrontare nel presente lavoro²⁸.

Da un punto di vista metodologico va innanzitutto sottolineato che, mentre per Italia e Francia ci si potrà occupare del significato e dell'evoluzione dello stesso termine – ossia di quello originariamente coniato da Jeremy Bentham come “*deontology*”, nelle sue traduzioni italiana e francese – per l'ordinamento tedesco sarà invece necessario seguire un ragionamento diverso, poiché non esiste, almeno non nell'ambito oggetto della presente analisi, una traduzione equivalente.

Va infatti subito chiarito che il termine *Deontologie*, che pur viene riportato in alcuni dizionari, corrisponde ad una traduzione dell'accezione filosofica del termine e non viene mai usato nel linguaggio giuridico tedesco nel senso che, come si vedrà, il termine deontologia ha invece assunto nei linguaggi giuridici italiano e francese.

Per quanto riguarda la Germania bisognerà quindi preliminarmente interrogarsi sulla stessa possibilità di tradurre concetti giuridici dell'esperienza tedesca con termini solitamente utilizzati nell'esperienza italiana e francese. Nell'analisi linguistica con la quale si apre il presente lavoro sarà quindi necessario, nel riferirsi all'ordinamento giuridico tedesco, premettere un'indagine sul contesto di riferimento per riuscire ad individuare con sufficiente precisione le diverse terminologie usate e, tra esse, i significati che corrispondono al medesimo oggetto espresso in italiano e francese con il termine “deontologia” e “codice deontologico”.

Nell'individuazione della portata e dei contenuti dei concetti da analizzare va inoltre tenuto in considerazione che i tradizionali e già complessi problemi legati alla comparazione giuridica – e quindi alla traduzione dei significati di riferimento – sono inevitabilmente influenzati dalle peculiarità e complessità che l'ambito di analisi presenta nei singoli ordinamenti, sia per quanto attiene alla definizione dei concetti

²⁸ La letteratura è molto vasta. Si vedano, ad esempio, R. TONIATTI, *Le droit traduit et comparé, in Traduire les savoirs*, Berne, 2011, p. 279-296S. CAVAGNOLI, E. IORIATTI (a cura di), *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, 2009; B. POZZO, *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in E. IORIATTI (a cura di), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008, 133 p. -; J. VISCONTI (a cura di), *Lingua e diritto: livelli di analisi*, Milano, 2010. In particolare, R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, p.21.

giuridici utilizzati, sia per quanto riguarda il rapporto tra essi e le categorie giuridiche tradizionali²⁹.

Innanzitutto, il fatto che la dimensione deontologica non possa essere completamente assimilata né all'etica né al diritto, ma rappresenti una sorta di anello di congiunzione che, come efficacemente sottolineato in dottrina, permette «il difficile e delicato passaggio dal discorso etico al discorso giuridico»³⁰, pone la definizione dell'oggetto del presente lavoro in un ambito – quello dinamico del passaggio appunto – che non è inquadrabile né attraverso le categorie del punto di partenza (etica) né attraverso quelle del punto di arrivo (diritto), ma che è al tempo stesso condizionato dai processi sociali e culturali che di tali categorie determinano l'evoluzione.

Rispetto al piano più generale, inoltre, la deontologia medica interviene in settori nei quali lo stesso ruolo del diritto – in particolare della norma legislativa – e il suo rapporto con altre componenti normative è oggetto di dibattito. Non a caso, come si vedrà, diversi sono i modelli di intervento del diritto in ambito medico e diverse sono le scelte con riferimento agli spazi di intervento lasciati ad altre componenti normative³¹.

Ciò rende particolarmente complessa la ricostruzione dei rapporti tra dimensione giuridica e dimensione deontologica e la difficoltà, per quanto qui più interessa, risiede proprio nel fatto che questi stessi modelli di rapporti tra le due dimensioni incidono sul contenuto e sulla portata della normativa deontologica e quindi sull'individuazione stessa dell'oggetto di analisi nei vari ordinamenti.

Per tenere conto di tutte queste complessità sembra quindi fondamentale svolgere un'analisi del significato del termine deontologia, che indagli non solo la sua origine e la sua evoluzione, ma che permetta anche di comprendere perché tale fenomeno sia presente, come e fino a che livello esso sia problematizzato in un dato ordinamento giuridico, partendo quindi anche dalla riflessione sulla significativa presenza (o sulla –

²⁹ Cfr. *infra* Parte III.

³⁰ Cfr. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, cit. p. 938. Per quanto riguarda la difficoltà di inquadrare la dimensione deontologica tra quella etica e quella giuridica, si vedano, tra gli altri, J. MORET- BAILLY, *Les déontologies*, cit.; ID., *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, cit.; B. FEUILLET- LE MINTIER, *De l'éthique au droit en passant par la régulation professionnelle*, Mission de recherche "Droit et justice": MIRE, CRJO Rennes, 1999, M. L. MOQUET-ANGER, *Déontologie médicale, droit ou auto-régulation avec contrôle juridictionnel?*, in B. FEUILLET-LE MINTIER (a cura di), *Normativité et biomedicine*, Paris, 2003; H. G. KOCH, *Medizinrecht : Ersatz oder Pendant medizinischer Ethik*, in *Ethik in der Medizin*, Springer, 1994, pp. 2-12; J. TAUPITZ, *Die Standesordnungen Der Freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, Berlin, 1991.

³¹ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 89 e ss.

in alcuni casi forse ancora più sintomatica – assenza) della parola nelle fonti, nei formanti e nei generi letterali.

2. Le definizioni: una riflessione comparata.

2.1 Origine ed evoluzione del termine “deontologia”.

Alcuni interessanti spunti di riflessione sono offerti già dalle definizioni presenti nei dizionari, nelle enciclopedie generali e in quelle specializzate, e dagli stessi criteri di scelta e di sistemazione in essi adottati³².

Iniziando proprio dallo studio scientifico dell'origine della parola, nel *Dizionario etimologico della lingua italiana* della Zanichelli, a cura di Manlio Cortellazzo e Paolo Zolli, troviamo la seguente definizione di *deontologia*:

Ingl. *deontology*, dal greco *déontos*, genitivo di *déon* “dovere” col suffisso – *logy* ‘-logia’ : “coniato da Bentham, appare nel trattato postumo *Deontology or the Science of Morality*, 1834” (Mig. Onom.), ma il Bentham aveva già diffuso la voce tant’è vero che essa appare in Francia già nel 1823, G. Bentham, *Essai sur la nomenclature et la classification des principales branches d’art et science*, Paris, p.196.

Similmente, il *Dizionario etimologico della lingua italiana* del 1951, a cura di Carlo Battisti e Giovanni Alessio definisce espressamente la deontologia come «teoria dei doveri»³³.

Dal punto di vista della storia del lessico fu quindi Jeremy Bentham a coniare il termine *deontologia*, chiamando così la sua dottrina utilitaristica dei doveri. Lo stesso Bentham spiega di usare il termine deontologia «per la sola ragione che non esiste, nella parte originaria della lingua inglese, una singola parola con la quale si possa esprimere lo

³²Va però sottolineato che, almeno per quanto riguarda il contesto italiano, la voce *deontologia* non è presente con la stessa costanza nei primi decenni del XX sec.: la si trova nell'*Enciclopedia italiana* della Treccani del 1931, ma non è invece presente, ad esempio, nel *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, edito da Sonzogno nel 1936. La disomogeneità della presenza di terminologie riferite alla dimensione deontologia è, come si vedrà, un elemento che caratterizza in maniera trasversale gli ordinamenti analizzati.

³³C. BATTISTI C., G. ALESSIO, *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1951.

stesso significato»³⁴ e che «(p)er ‘deontologia’ intesa nel senso più ampio, si intende quel settore dell’arte e scienza che ha per suo oggetto il fare in ogni occasione ciò che è giusto e conveniente fare», precisando inoltre che «(i)l compito della deontologia consiste principalmente nella distribuzione degli obblighi: nel segnare sul campo dell’azione i luoghi nei quali si può ritenere convenientemente che sorga un obbligo; e, in caso di conflitto fra obblighi derivanti da fonti diverse, nello stabilire quale debba ottenere la preferenza e quale debba rinunciarvi. Gli uomini hanno bisogno di venire informati degli obblighi che gravano su di loro».

Ai fini della presente ricerca l’interesse per l’opera di Bentham non va però oltre quello della storia dell’origine del termine, poiché il filosofo e giurista inglese, nonostante abbia coniato il neologismo, non può essere considerato come il primo teorico della deontologia per come essa è oggi concepita a seguito della successiva evoluzione che ne ha segnato in maniera sostanziale il significato³⁵.

Anche in questo caso lo studio delle definizioni disponibili in dizionari ed enciclopedie fornisce un elemento chiaro per la nostra analisi, riflettendo in maniera pressoché univoca tale evoluzione. La deontologia infatti «si cala nella professione»³⁶ legando, già a partire dalla metà del XIX secolo, il suo significato all’esercizio delle professioni liberali, le quali cominciano progressivamente a codificare le norme comportamentali che disciplinano le loro specifiche attività professionali, anche al fine di esercitare un potere disciplinare sugli appartenenti alla categoria. Si compie così il passaggio alla deontologia nell’accezione attuale (distinta dall’etica).

Interessante da questo punto di vista l’opera di M. Simon del 1845 con la quale il termine viene introdotto in Francia, tra l’altro proprio con riferimento alla professione medica: *Déontologie médicale ou des droits et devoirs des médecins dans l’état actuel*

³⁴J. BENTHAM, *Deontology*, a cura di S. CREMASCHI, Firenze, 2000, citato in C. SARTEA, *L’emergenza deontologica, Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009.

³⁵ Si vedano, tra gli altri, D. RODRIGUEZ, *Jeremy Bentham e la Deontology or Science of Morality*, relazione svolta il 19 ottobre 2000 nella sede della Facoltà di Medicina e Chirurgia dell’Università degli Studi di Ancona nell’ambito del ciclo di conferenze “Memoria ed attualità della Medicina” e reperibile al sito <http://www.lauriedizioni.com/lauri/abstract/517ab.pdf>; Cfr. inoltre C. SARTEA, *L’emergenza deontologica*, cit.

³⁶ Così si legge nell’incipit della voce *deontologia medica* in S. LEONE, S. PRIVITERA (a cura di), *Dizionario di bioetica*, ISB, 1994.

*de la civilisation*³⁷. È già evidente come il significato si sia modificato legandosi al concetto di diritti e doveri dei professionisti. Non a caso la riflessione deontologica si svilupperà lungo tutto il XIX e fino agli inizi del XX secolo essenzialmente all'interno delle professioni medica e forense³⁸.

Come tale evoluzione abbia influenzato il significato più comune del termine deontologia emerge anche dall'*Enciclopedia Filosofica*³⁹, la quale afferma in primo luogo ciò che la deontologia "in generale significa": «quella parte della morale che riguarda i doveri specifici di alcuni stati professionali». La voce dell'*Enciclopedia* definisce invece come "significato del tutto particolare" quello in cui la deontologia è concepita da Bentham: «in questo senso la scienza deontologica consiste nel sapere valutare preliminarmente le conseguenze di un'azione in modo da poter stabilire, in base alla somma di piacere o dolore che se ne può derivare, se essa è moralmente da compiersi o meno»⁴⁰. Già a livello intuitivo, leggendo questa frase, è evidente la distanza rispetto a quelle posizioni che noi oggi chiamiamo deontologiche, per le quali le azioni vanno giudicate in base al principio che le guida, in base quindi al loro valore intrinseco e non solo in base alla valutazione utilitaristica delle conseguenze. Inoltre, la distanza rispetto al moderno concetto di deontologia emerge anche rispetto a ciò che Bentham stesso afferma essere l'obiettivo della sua opera, ossia «quello di collocare nella prospettiva più chiara e soddisfacente possibile gli interessi e i doveri dell'uomo in ogni momento della vita privata»⁴¹. La scelta di concepire la deontologia come strettamente legata alla vita privata, escludendo il riferimento alla sfera sociale, implica di per sé l'assenza di ogni riferimento anche a quella specifica dimensione sociale costituita dalle relazioni professionali⁴².

³⁷ M. SIMON, «*Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*», Paris Baillière, 1845. Cfr. inoltre i *commentaires* del codice deontologico francese: <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/introduction-aux-commentaires-du-code-225>.

³⁸ Cfr. J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, cit., p.158 e ID. Qu'est-ce que la déontologie?, in B. BEIGNIER, B. BLANCHARD, J. VILLACEQUE, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, 2ème édition, Paris, 2007, pp. 49-77.

³⁹ *Enciclopedia Filosofica*, Milano, 2006, voce *deontologia* a cura di G. MASI e G. COSI, vol. III, p.2684 e ss.

⁴⁰ Ibid. Addirittura, nella *Grande Enciclopedia* De Agostini si legge: «termine proposto da Bentham per indicare la scienza del conveniente, fondata sul principio dell'utilità che prescinde da ogni riferimento al dovere. In senso più ampio, per deontologia si intende la filosofia morale che individua e discute i doveri propri delle condizioni professionali. Questa doppia accezione è resa possibile dalla polivalenza di significati dell'etimo greco».

⁴¹ J. BENTHAM, *Deontology or the Science of Morality*, 1834.

⁴² Cfr. C. SARTEA, *L'emergenza deontologica*, cit.

Il fatto che, invece, «il termine fu poi usato per indicare lo studio (empirico) di determinati doveri in rapporto a particolari situazioni sociali» compare alla voce “deontologia” in molte opere dell’Istituto dell’Enciclopedia italiana Treccani.

Il termine deontologia per come lo si concepisce attualmente si riferisce quindi ai doveri specifici di alcuni stati professionali e proprio la specifica relazione con il mondo della professione impedisce ormai di fare riferimento alla deontologia in modo semplicemente astratto e autoreferenziale⁴³: essa oggi esiste e viene quindi intesa essenzialmente come etica professionale.

Proprio l’aggettivo *professionale* è legato al sostantivo deontologia, ad esempio, nel *Grande dizionario della lingua italiana* di Salvatore Battaglia⁴⁴; ma se qui tale relazione è sottolineata solo nell’accezione dedicata al diritto (la terza dopo quella dedicata a una prospettiva di filosofia generale⁴⁵ e quella relativa a Bentham) il Vocabolario della Treccani⁴⁶ porta direttamente, come unica, la seguente definizione di *deontologia*:

Insieme di norme etico-sociali che disciplinano il comportamento morale e più in particolare l’esercizio di una professione.

Analoghe definizioni si trovano nel contesto francese. Nel *Grand Larousse*⁴⁷, ad esempio, per *deontologie* s’intende:

Ensemble des règles et des devoirs qui régissent une profession, la conduite de ceux qui l'exercent, les rapports entre ceux-ci et leurs clients et le public.

La deontologia è quindi intrinsecamente legata alla professione e, come si vedrà, proprio in questo legame si esprime anche una delle più importanti funzioni dell’autoregolamentazione deontologica, ossia la possibilità di riequilibrare quella situazione di fisiologica disparità che caratterizza i rapporti tra professionista e comune cittadino. La deontologia, infatti, come ci ricorda anche la già citata *Enciclopedia Filosofica*, «fondamentalmente s’incarica (...) di arginare in forma autodisciplinare la possibilità degli eccessi nell’esercizio del proprio potere tecnico da parte dei

⁴³Ibid.

⁴⁴«Dir. Deontologia *professionale*: il complesso di norme etico – sociali che disciplinano l’esercizio di una professione».

⁴⁵«Filos. Parte della filosofia che tratta l’origine, la natura, il fine del dovere (in contrapposizione con l’*ontologia*, che tratta l’origine, la natura, il fine dell’essere)».

⁴⁶*Il Treccani*, Roma, 2003.

⁴⁷*Grand Larousse*, Paris, 1995.

professionisti, i quali risulterebbero altrimenti incontrollabili da parte dei profani mediante strumenti di tipo consensualistico o in senso lato democratico»⁴⁸.

L'importanza della dimensione deontologica è tale da divenire, in un panorama di continua variabilità e costante cambiamento del mondo professionale, com'è ormai tipico della società moderna, uno dei requisiti identificativi della stessa professione, uno di quei pochi elementi comuni alle varie professioni, che valgono quindi a riconoscerle come tali e a legittimarle⁴⁹: «(o)gni professione, infatti, deve possedere un patrimonio scientifico o pratico (i), deve avere rilevanza sociale (ii) e infine deve esprimere principi etico-deontologici, con i mezzi associativi e organizzativi per difenderli (iii)»⁵⁰.

Non a caso, inoltre, in ambito europeo la conoscenza della deontologia è richiamata dalla direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali tra i requisiti specifici che uno Stato può imporre a chiunque eserciti una professione nel suo territorio e tra le materie fondamentali nel percorso formativo delle varie professioni sanitarie menzionate⁵¹.

Già da questa prima analisi delle definizioni disponibili emergono alcuni elementi caratteristici della deontologia sui quali si tornerà più ampiamente nel corso del presente lavoro: essa è intesa come etica professionale che si esprime sotto forma di norme di autodisciplina con vocazione a regolare – tramite la previsione di regole, doveri e strumenti per garantirne il rispetto – l'esercizio professionale e il comportamento dei professionisti sia nei rapporti tra loro che nei rapporti con i destinatari della loro attività professionale. Si possono quindi già intravedere i riferimenti alla dimensione normativa della deontologia e alla sua vocazione ad incidere sia all'interno che all'esterno della categoria professionale di riferimento⁵²: non si tratta quindi di generici principi di etica professionale, ma di regole, doveri, discipline elaborati da organismi professionali e garantiti attraverso strumenti di natura sia associativa che organizzativa. Rispetto all'idea dell'etica professionale – che non è certo invenzione dell'epoca moderna, ma che affonda le sue radici già nell'antichità, nelle varie opere filosofiche e

⁴⁸ *Enciclopedia Filosofica*, cit, p. 2685.

⁴⁹ R. DANONI, *Codici deontologici*, Milano, 2000.

⁵⁰ *Ibid.* p.6.

⁵¹ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, reperibile sul sito:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005L0036:IT:NOT>.

⁵² Si vedrà *infra* che ampiezza e che rilevanza hanno assunto attualmente queste dimensioni, in particolare con riferimento alla deontologia medica.

letterarie e in particolare nell'epoca romana classica⁵³ – è proprio l'apparato organizzativo, più o meno complesso e articolato, di cui le varie professioni si dotano nel darsi regole deontologiche sempre più specifiche e dettagliate, a costituire infatti un elemento di novità caratterizzante l'ambito professionale nell'epoca moderna.

Nel tempo la dimensione normativa della deontologia si è concretizzata nella codificazione delle regole dell'etica professionale in codici deontologici⁵⁴. Con questo termine, infatti, ci si riferisce generalmente proprio a quei complessi di regole che gli appartenenti ad una determinata categoria professionale adottano, in maniera più o meno autonoma, per disciplinare il corretto esercizio della propria attività, sia per quanto riguarda i rapporti interni alla categoria che per i rapporti con la società (elemento prevalente all'inizio) e i destinatari dell'attività stessa (e i relativi diritti: ultimo passaggio). La crescente importanza della normativa deontologica in ambito professionale è testimoniata proprio dalla fortuna di questo tipo di fonte e dal suo proliferare in diversi ambiti professionali⁵⁵.

2.2 La deontologia nella letteratura giuridica e nella normativa di riferimento

Una volta individuati i primi elementi che definiscono l'ambito di rilevanza della deontologia nel significato che essa è venuta ad assumere in epoca moderna, può essere interessante proseguire l'analisi concentrandosi sulla letteratura giuridica e sulle fonti che definiscono la cornice normativa entro la quale opera la deontologia.

Da questo punto di vista preme rilevare innanzitutto un dato che potrebbe essere forse sintomatico di una scarsa attenzione al fenomeno deontologico da parte del diritto o della complessità di definirne il ruolo in ambito giuridico, quanto meno in Italia:

⁵³Si pensi, ad esempio, al *De officiis* di Cicerone. Per un'analisi della classicità dell'idea di etica professionale si rinvia a C. SARTEA, *L'emergenza deontologica*, cit.

⁵⁴ All'origine dei codici deontologici, al loro fondamento giuridico e al potere normativo degli Ordini professionali si farà riferimento nel capitolo espressamente dedicato alla codificazione dell'etica professionale, *infra* Parte II.

⁵⁵Cfr., tra gli altri, E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto, in Responsabilità civile e previdenza*, 4-5, 2002, p. 926 e ss; Id., *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA, P. ZATTI, *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006, p.69 e ss; G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Rivista italiana di medicina legale*, cit., fasc. 2, p.551 e ss.

l'assenza, proprio nelle principali enciclopedie giuridiche italiane, di una voce specifica dedicata alla deontologia⁵⁶.

Curiosamente, a fronte della sua assenza nelle enciclopedie e nei dizionari giuridici italiani, il termine deontologia è invece generalmente presente, o come voce autonoma o come traduzione settoriale di alcuni termini, nei dizionari giuridici bilingui, quasi a indicare come l'esigenza di una sua esplicita e specifica menzione si avverta soprattutto nel momento in cui si debbano tradurre le principali definizioni, e con esse i fondamentali concetti, di un ordinamento in un altro linguaggio giuridico.

La deontologia è ancora poco presente anche nei manuali e nelle voci enciclopediche dedicate al tema delle fonti del diritto. In quasi tutti i volumi più recenti è fatto ovviamente riferimento alla graduale trasformazione del sistema delle fonti rispetto alla tradizionale, e a lungo indiscussa, elencazione delle *Preleggi*, in base alla quale leggi e regolamenti esaurirebbero il sistema delle fonti atto statali. Ciò nonostante è ancora raro trovare esplicito riferimento alla fonte deontologica anche laddove si parli, ad esempio, di *soft law* o di fonti di diritto *extra ordinem*⁵⁷.

A tal proposito interessante e significativo è il riferimento alla deontologia contenuto nel manuale di diritto costituzionale di Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella⁵⁸, in cui, nel capitolo relativo alle fonti dell'ordinamento italiano, dopo la trattazione relativa alla fonte legislativa e a quella regolamentare, in un paragrafo significativamente intitolato "E poi?"⁵⁹ si menziona il problema dell'emergere di «zone d'ombra in cui è difficile vedere chiaro, create da processi in corso nella società che spingono verso la proliferazione di atti regolativi anomali» e con esso quindi l'irrisolto problema «di dire

⁵⁶ Il termine non è presente, ad esempio, nei Digesti, siano essi dedicati alle discipline privatistiche, pubblicistiche o penalistiche; nemmeno nel *Nuovissimo Digesto italiano*, nell'*Enciclopedia giuridica* Treccani e nel più recente *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Sabino Cassese ed edito nel 2006. L'Enciclopedia del diritto della Giuffrè inserisce, negli aggiornamenti del 1997, la voce *bioetica*, ma altrettanto non fa, nemmeno in quelli più recenti⁵⁶, per una voce specifica di *deontologia* (vi è solo negli aggiornamenti del 1999 un riferimento terminologico all'interno della voce "Difensore", "Doveri del difensore". Sono invece presenti, com'è facile intuire, riferimenti indiretti all'etica professionale alle voci "Ordini Professionali" e "Professioni". Per ulteriori riflessioni di carattere epistemologico si veda inoltre SARTEA, *L'emergenza deontologica*, cit.

⁵⁷ Il tema dei codici di condotta e dei codici deontologici è affrontato, ad esempio, in E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, in cui però con riferimento ai secondi (a differenza di quanto sostenuto per i primi) si afferma: «Il codice deontologico, in sostanza, è sì un atto di *self regulation*, tuttavia non ha le caratteristiche di flessibilità in ordine all'efficacia che caratterizzano le norme di *soft law*» (p.144).

⁵⁸ R. BIN., G. PITRUZZELLA., *Diritto Costituzionale*, XIV ed., Torino, 2013.

⁵⁹ Ibid.

ciò che è diritto e ciò che non lo è»⁶⁰. È in questo contesto che, all'interno di un riquadro di approfondimento denominato, anch'esso significativamente, «diritto sì, diritto no», gli autori partono dall'esempio del codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali per porre l'interrogativo «tutt'altro che semplice» della rilevanza giuridica del codice deontologico e del suo essere o meno parte e fonte dell'ordinamento giuridico⁶¹.

La rara presenza di voci, definizioni e trattazioni relative alla deontologia nella letteratura giuridica e i toni problematici con i quali ci si riferisce ad essa nelle opere che la menzionano sono indice di come il ruolo della deontologia nelle fonti del diritto e i suoi rapporti con la dimensione giuridica siano ancora lontane da una chiara e univoca definizione, in particolare nel contesto italiano. Come si avrà modo di approfondire nei prossimi capitoli, il quadro che emerge da questa breve analisi a livello terminologico riflette infatti alcune caratteristiche del fenomeno deontologico italiano anche sul piano legislativo e giurisprudenziale, in particolare, la scarsa attenzione mostrata dal legislatore nei confronti della dimensione deontologica e le diverse e opposte concezioni espresse dalla giurisprudenza con riferimento alla natura delle norme deontologiche.

Indicazioni più specifiche su contenuti, portata ed obiettivi della deontologia e dei codici deontologici emergono invece dai riferimenti contenuti nella legislazione professionale di riferimento, soprattutto quella più recente, negli stessi codici (in particolare nei loro preamboli e articoli preliminari) e nei documenti elaborati dalla categoria professionale.

⁶⁰Ibid.

⁶¹Ibid.: «Tutto sta a capire cosa sia il “Codice deontologico” e quanto conti, giuridicamente, il fatto che esso sia stato approvato anche dall'Autorità garante della privacy: è parte dell'ordinamento giuridico o no? È fonte dell'ordinamento giuridico o è solo un atto interno alla “corporazione” dei giornalisti, che certo come tale non potrebbe pretendere di produrre effetti per chi giornalista non è? Il problema è tutt'altro che semplice». Tutti questi aspetti, con particolare riferimento al codice deontologico dei medici e alle opposte e diverse concezioni rinvenibili sia in dottrina che nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, verranno approfonditi in prospettiva comparata *infra* parte II. Va precisato che il codice deontologico dei giornalisti occupa una posizione peculiare in relazione sia al fenomeno deontologico italiano, sia alle varietà di modelli e soluzioni rinvenibili nei diversi ordinamenti. Nel contesto italiano, ad esempio, il codice deontologico dei giornalisti, in ragione dello specifico legame con il codice privacy presenta alcune caratteristiche simili alle deontologie francesi cd. “*étatiques*” (cioè “statali” su cui si tornerà nella parte II), tra le quali rientra anche la deontologia medica francese. In Francia, invece, il codice deontologico dei giornalisti rientra nella categoria delle deontologie “*extra-étatiques*” presentando alcune caratteristiche simili al codice di deontologia medica in Italia. Per un approfondimento sui codici di autoregolamentazione legati al codice privacy nell'ordinamento italiano, cfr., ad esempio, H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

Da questo punto di vista, mentre la legislazione relativa alla professione medica⁶² non offre indicazioni particolarmente utili, significativamente più articolate, anche rispetto alla dimensione deontologica, sono invece le legislazioni più recenti relative ad altri ordinamenti professionali, quali ad esempio quella forense⁶³. L'articolo 3 della legge del 2012 definisce, ad esempio, in questi termini il codice deontologico ai cui principi l'avvocato deve uniformarsi nell'esercizio della professione:

Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare⁶⁴.

Un altro elemento che emerge da questa definizione e che caratterizza la deontologia professionale per come è oggi concepita e per come la si prenderà in considerazione nel presente lavoro, è la sua rilevanza sul piano della responsabilità disciplinare.

Proprio dal fatto che la dimensione deontologica risponda ad esigenze non solo interne alla categoria, ma anche di rilevanza pubblica, ponendosi quale normativa a garanzia dei diritti dei destinatari dell'attività professionale e quindi, in generale, dell'interesse pubblico al corretto esercizio della professione, derivano infatti alcune importanti conseguenze sul piano dell'ordinamento giuridico. Innanzitutto lo stato ha nel tempo avvocato a sé la determinazione del quadro giuridico di riferimento, disciplinando composizione, ruolo e funzione degli organismi professionali a base associativa cui è

⁶² In particolare: d.lgs.c.p.s. 13 Settembre 1946, n. 233, relativa alla “Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse” e d.p.r. 5 aprile 1950, n. 221, recante “Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell'esercizio delle professioni stesse”. Per un'analisi più approfondita cfr. *infra* parte II.

⁶³ Proprio la recente riforma dell'ordinamento forense testimonia infatti l'esigenza di adeguare la legislazione statale, originariamente molto simile a quella emanata in ambito medico, all'evoluzione del ruolo della deontologia nelle società contemporanee e quindi nell'ordinamento giuridico. Per un confronto con i disegni legge in materia di riforma degli Ordini delle professioni sanitarie, cfr. *infra* parte II.

⁶⁴ Legge 31 dicembre 2012 n. 247, “Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense”, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 15 del 18 gennaio 2013. L'articolo citato prevede altresì che “Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile”. Sul procedimento disciplinare e sul rapporto tra dimensione deontologica e dimensione statale cfr. *infra* Parte IV.

conferito, in maniera più o meno esplicita e con limitazioni e influenze che variano da stato a stato, il compito di elaborare norme deontologiche, garantirne il rispetto e, in generale, vegliare sulla qualità e il corretto esercizio della professione⁶⁵.

Inoltre, la violazione della deontologia rileva sul piano giuridico attraverso la responsabilità disciplinare, le cui sanzioni e i cui rapporti con altre forme di responsabilità (soprattutto penale) sono generalmente previste dallo stesso legislatore statale⁶⁶.

Analoghe caratteristiche si ritrovano anche nella definizione contenuta nel primo articolo del codice deontologico medico e nel successivo articolo dedicato alla potestà e alle sanzioni disciplinari:

Art. 1 (Definizioni)

Il Codice di deontologia medica ... identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l'esercizio professionale del medico chirurgo e dell'odontoiatra ... iscritti ai rispettivi Albi professionali.

Art. 2 (Potestà e sanzioni disciplinari)

L'inosservanza o la violazione del Codice, anche se derivante da ignoranza costituisce illecito disciplinare, valutato secondo le procedure e nei termini previsti dall'ordinamento professionale.

La relazione con la dimensione giuridica, di cui la responsabilità disciplinare è solo una delle tante manifestazioni che verranno analizzate nel presente lavoro, non esaurisce però la vocazione della deontologia a incidere e intersecarsi a più livelli con i valori della società civile e con altri ambiti del sapere umano.

I principi deontologici a cui il medico deve attenersi pongono infatti necessariamente la sua attività in stretta relazione con altre discipline e ciò è particolarmente vero in ambito sanitario e biomedico.

Della reciproca influenza tra deontologia e altre discipline umane si trova ad esempio riscontro, tornando alle definizioni generali, alla voce *deontologia medica* nella già citata *Grande Enciclopedia De Agostini*:

⁶⁵ Sul ruolo degli ordini professionali si veda *infra* parte II, cap. I.

⁶⁶ *Ibid.*

Complesso di norme che riguardano i rapporti del medico con gli ammalati, i colleghi, le autorità, ecc.. La deontologia medica interferisce soprattutto con i principi fondamentali dell'etica e con la morale corrente, ma anche con il diritto, la psicologia e la biologia.

Questa caratteristica della deontologia è sottolineata in maniera ancora più chiara nel cd. Documento di Erice, stilato da studiosi di bioetica, deontologia medica e medicina legale nel corso del 53rd Course “*New trends in forensic haematology and genetics. Bioethical problems*” e approvato nel maggio 1991 dal Consiglio Direttivo della Società Italiana di Medicina Legale e delle Assicurazioni⁶⁷. In tale documento, che espressamente «si propone come strumento di interpretazione e di chiarificazione», il gruppo di studio, nel tentativo di affrontare proprio i persistenti equivoci sulla specifica natura della bioetica e della deontologia medica e delle loro relazioni con la medicina legale, ha formulato significative definizioni di queste tre discipline «tra loro interconnesse ma nel contempo autonome, i cui reciproci rapporti e confini, tuttavia, non sempre risultano evidenti al pubblico e talora agli stessi cultori delle materie». Particolarmente ampia è proprio la definizione offerta di deontologia medica: «la *Deontologia Medica* è una disciplina il cui oggetto è lo studio delle norme di comportamento professionale specifiche delle professioni sanitarie. Questa disciplina include tre ordini di norme:

- a) le norme morali, oggetto dell'etica medica tradizionale, e oggi considerate all'interno della Bioetica alla cui “costruzione l'etica medica ha preparato il terreno”;
- b) le norme deontologiche propriamente dette, raccolte nei codici, e in tutta la tradizione orale e scritta della professione medica;
- c) le norme giuridiche proprie di ciascun Paese».

La natura interdisciplinare è ancora più evidente nella parte relativa a quelli che vengono definiti “gli *strumenti* di studio delle tre aree”:

- a) lo studio delle norme morali e della loro aggiornata rilettura è sviluppato in stretto collegamento con le conclusioni che provengono dalla bioetica;

⁶⁷Documento di Erice sui rapporti della bioetica e della deontologia medica con la medicina legale (18-21 Febbraio 1991). Il Documento di Erice è stato pubblicato tra l'altro su *Medicina e morale*, 1991, pp. 561 ss.

b) l'aggiornamento delle norme deontologiche propriamente dette comporta una costante comparazione con i codici deontologici nazionali e internazionali:

c) le norme giuridiche a carattere deontologico sono studiate sotto il profilo del diritto vigente e condendo di ciascun paese, anche allo scopo di ricercare una corrispondenza con i valori deontologici.

Il documento prosegue infine affermando esplicitamente che «(1) *a natura delle competenze* è pluridisciplinare, cioè medica, medico-legale, giuridica e bioetica».

E proprio in questa ulteriore caratteristica della deontologia medica si innesta la peculiarità del suo ruolo tra le fonti del biodiritto, che sarà oggetto di analisi nel presente lavoro⁶⁸.

In prospettiva comparata, per quanto riguarda la presenza della deontologia nella letteratura giuridica, parzialmente diversa è la situazione nell'ordinamento francese e ciò è probabilmente legato al diverso ingresso di alcuni tipi di deontologia, tra le quali anche quella medica, nell'ordinamento giuridico. Si tratta in particolare di quelle deontologie definite *étatiques*⁶⁹ in quanto inserite tra le fonti del diritto attraverso la loro pubblicazione sul *Journal Officiel* sotto forma di decreti statali; il codice di deontologia medica, inoltre, è stato direttamente integrato in un codice statale, il *code de la santé publique*. A una posizione più definita della codificazione deontologica all'interno del sistema delle fonti, corrisponde quindi una maggiore presenza della deontologia anche nei manuali, nei vocabolari giuridici e nella dottrina giuridica⁷⁰. A differenza di quanto avviene in Italia, infatti, la voce *déontologie* è presente pressoché in tutti i dizionari giuridici⁷¹. Così ad esempio, nel *Vocabulaire juridique* di Gérard Cornu, la deontologia viene definita come:

⁶⁸ Come già detto, la capacità della deontologia di porsi all'intersezione tra diverse discipline umane le ha permesso di acquisire rilevanza come componente normativa in ambiti che sollevano questioni particolarmente delicate dal punto di vista etico, giuridico e professionale. Come si vedrà nei prossimi capitoli, la deontologia medica ha inoltre progressivamente sviluppato una significativa attenzione alla tutela dei diritti fondamentali, spesso in sintonia sia con le Costituzioni nazionali che con i principi bioetici affermati a livello europeo e internazionale. *Infra* parte III.

⁶⁹ *Infra* parte II, cap. I.

⁷⁰ Si veda, in particolare, J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, cit., che ricostruisce in maniera dettagliata i rapporti tra diritto e diverse deontologie professionali attraverso la fondamentale classificazione dei vari modelli in *déontologies étatiques* e *déontologies extra étatiques*. Per un ulteriore approfondimento si vedano, tra gli altri, P. ALMERAS, H. PÉQUIGNOT, *La déontologie médicale*, Paris, 1996; E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003.

⁷¹ Per citarne solo alcuni: G. CORNU (a cura di), *Vocabulaire juridique*, VIII ed., PUF, 2007; *Le droit de A à Z, Dictionnaire juridique pratique*, III ed., EJE, 1998; *Lexique des termes juridiques*, DALLOZ, 16°ed.,

« *Ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent définis par un ordre professionnel* ».

Le ulteriori caratteristiche della deontologia a cui si è fatto riferimento analizzando le definizioni italiane emergono in maniera sostanzialmente analoga nell'ordinamento francese⁷². La diversità tra i due ordinamenti riguarda, invece, come si vedrà, le conseguenze sul piano dell'ordinamento giuridico statale.

Analogamente a quanto visto in Italia, sul sito dell' *ordre national des médecins* si legge, ad esempio, che

« *Le code de déontologie médicale (articles R.4127-1 à R.4127-112 du code de la santé publique) définit les devoirs des médecins vis-à-vis de leurs patients, de leurs confrères et des autres professionnels de santé* ».

Il primo articolo del codice deontologico precisa poi che

« *Conformément à l'article L.4122-1 du code de la santé publique, l'Ordre des médecins est chargé de veiller au respect de ces dispositions. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'Ordre* ».

In quanto norma anche formalmente inserita nella gerarchia delle fonti del diritto francese a livello regolamentare, il riferimento alla deontologia medica è inoltre presente in maniera pressoché costante in tutti i manuali di *droit de la santé* e *droit médical*⁷³, benché la dottrina non sia stata sempre concorde nel riconoscerle natura sostanzialmente giuridica⁷⁴.

Nonostante la maggiore, e spesso più precisa, problematizzazione del fenomeno deontologico nella dottrina e nella manualistica francese, un dato che è però interessante

2007 ; *Guide du langage juridique*, III ed., Foucher, 2004 ; R. CABRILLAC (a cura di) *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, Objectif Droit, 2008.

⁷² Si riporta quanto scritto già nel 1965 da Y. BUFFELAN nella *Semaine Juridique*, J.C.P. 1962 I Nr. 1695: « *La déontologie est la science traitant des devoirs que crée, pour un individu, l'exercice d'une certaine profession. On entend par code de déontologie l'ensemble de préceptes qui régissent la conduite des personnes appartenant à des professions organisées en Ordres* », precisando anche che « *En matière professionnelle, le terme « code de déontologie » recouvre des actes élaborés, non par le législateur ou l'Administration, mais par les représentants des Ordres professionnels* ». Analogamente Thouvenin, in *Rec.Dall.Sir.* 1985 I, *Chronique*, 21, 23: « *La déontologie définit les devoirs qu'impose aux médecins l'exercice même de leur profession* ».

⁷³ Si vedano, ad esempio, A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, PUF, coll.Thémis Droit, Paris, 2012; J-R. BINET, *Droit médicale*, coll. « Cours », Paris, 2010.

⁷⁴ Va però sottolineato come tali posizioni siano più risalenti nel tempo e generalmente antecedenti all'integrazione del codice deontologico nel *Code de la santé publique*, infra Parte II.

sottolineare, in particolare nel confronto con la realtà italiana, è l'assenza della voce *déontologie* anche in molte enciclopedie giuridiche francesi⁷⁵.

Il fatto che anche nell'ordinamento francese – pur a fronte dell'inegabile rilevanza di molte deontologie professionali sul piano giuridico, dell'ingresso dei codici deontologici tra le fonti del diritto attraverso la loro emanazione come decreti statali e, nel caso della deontologia medica, pur a fronte della sua integrazione in un codice statale – non esista nelle enciclopedie giuridiche una voce specificamente dedicata a *déontologie* solleva la necessità di legare le ragioni di tale assenza a considerazioni diverse e più ampie di quelle ipotizzate per l'ordinamento italiano.

La spiegazione potrebbe infatti essere individuata non tanto nella scarsa attenzione al fenomeno deontologico, quanto più ad altre caratteristiche proprie del fenomeno stesso e del suo rapporto con il diritto: la coesistenza di una pluralità di modelli e soluzioni diverse sul piano giuridico per cui, ad esempio, anche in Francia non tutte le deontologie delle professioni liberali possono rientrare nella stessa definizione e, soprattutto, l'intrinseca trasversalità e interdisciplinarietà della deontologia. Forse proprio questa sua trasversalità e interdisciplinarietà, accompagnata al fatto che la stesura delle singole voci nelle enciclopedie sia suddivisa e affidata a studiosi in base alle loro competenze specifiche e settoriali, potrebbe infatti aver impedito, almeno per ora, l'inserimento di una voce specificamente dedicata alla deontologia.

2.3 Standesethik, Berufsethos, Standesrecht, Berufsordnung: varietà e specificità della terminologia tedesca

Come già accennato, proprio dall'analisi linguistica emergono alcune complessità del fenomeno deontologico nell'ordinamento tedesco di cui è necessario tenere conto nell'individuazione dei concetti giuridici da comparare. Già il fatto stesso che in Germania il termine *Deontologie* non sia legato agli ambiti in cui esso si è sviluppato in Francia e Italia e non possa quindi essere utilizzato per definire l'etica professionale nell'accezione e con le caratteristiche ad essa attribuite in questi due ordinamenti pone l'esigenza di indagare il significato e l'evoluzione di altri termini.

⁷⁵ Essa non è presente, ad esempio, né nell'*Encyclopedie* né nella *Guide juridique* Dalloz, tanto meno nel *Nouveau Répertoire de Droit*, e nemmeno nelle *mis à Jour*, né nella sezione dell'*Encycloplédie* dedicata al *droit administratif*, né in quella del *contentieux administratif* benché, come si vedrà, le giurisdizioni disciplinari ordinarie rientrano nella categoria delle giurisdizioni amministrative cd. *d'attribution* (cfr. *infra* Parte IV).

In particolare, nell'individuare l'attuale portata di determinati concetti giuridici bisognerà tenere presente sia il loro legame con le specifiche classificazioni e categorie che si sono progressivamente sviluppate in relazione all'ambito di indagine e al contesto complessivo, sia il fatto che i concetti stessi possano essere il portato di una stratificazione di significati diversi⁷⁶. Ciò è particolarmente importante nello studio di un ambito, quale quello dei rapporti tra dimensione professionale e dimensione statale, la cui origine è risalente nel tempo e la cui definizione ha subito evoluzioni, anche significative, nei tempi più recenti.

Forse proprio per la complessità intrinseca del fenomeno e la difficoltà di inserirlo, soprattutto attraverso la traduzione dei termini che lo designano, in concetti precisi da una lingua all'altra, i dizionari bilingui, sia generali che giuridici, non sono sempre in grado di fornire un quadro sufficientemente preciso delle terminologie di riferimento. In molti casi la voce deontologia semplicemente non esiste, in altri, l'analisi comparata delle traduzioni disponibili dall'italiano o dal francese al tedesco e viceversa mostra una grande varietà di scelte lessicali possibili.

Così, ad esempio, nei Grandi Dizionari Sansoni, la *Déontologie* è legata espressamente all'ambito filosofico, mentre per l'ambito medico, quindi in un contesto in cui la deontologia è utilizzata nell'accezione moderna, la traduzione di deontologia è *ärztliche Pflicht*⁷⁷. Il riferimento è quindi ai doveri dei medici. Come già sottolineato, il termine *Deontologie*, inteso in ambito tedesco semplicemente come *Ethik als Pflichtenlehre*⁷⁸, non entra a far parte del linguaggio giuridico nel senso visto in Italia e Francia. Non a caso quindi non compare né in molti dizionari giuridici bilingui, né nei dizionari giuridici tedeschi⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. B. POZZO, M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, cit.

⁷⁷ Il dizionario monolingue Duden porta la seguente definizione del termine Pflicht (dovere): «*Aufgabe, die jemandem aus ethischen, moralischen, religiösen Gründen erwächst und deren Erfüllung er sich einer inneren Notwendigkeit zufolge nicht entziehen kann oder die jemandem obliegt, die als Anforderung von außen an ihn herantritt und für ihn verbindlich ist*».

⁷⁸ «etica come teoria dei doveri». Questa è la definizione del dizionario monolingue Duden. «*Sitten oder Pflichtenlehre*» è anche la traduzione dal francese *déontologie* che si trova nel *Sachs – Villatte Grand Dictionnaire Langenscheidt*.

⁷⁹ Non compare, ad esempio, in *Dizionario Giuridico, Italiano-Tedesco, Tedesco-Italiano*, LINHART K., MOROSINI F., Beck Juristischer Verlag; Giuffrè; HELBING & LICHTENH, Stand August 2012 XI; *Etymologisches Rechtswörterbuch*, KÖBLER, GERHARD, MOHR SIEBECK, Tübingen, 1995; *Juristisches Wörterbuch*, KÖBLER G., Vahlen F. GmbH, 1991; *Rechtsenglisch: Deutsch-englisches und englisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, KÖBLER G., SCHUSTERSCHITZ G., Vahlen F. GmbH, München, 1996; *Rechtsfranzösisch - Deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, KÖBLER GERHARD (Unter Mitarbeit von Peter Winkler), Vahlen Franz GmbH, München,

Interessanti, alla luce dell'evoluzione del termine deontologia e del suo legame con il contesto professionale a cui si è fatto riferimento, sono invece le traduzioni contenute nel Harrap's Universal Dictionnaire⁸⁰: il francese *déontologie* è tradotto infatti con *Beruf]sethik*⁸¹ e *déontologie médicale* con *Berufsethik des Arztes*⁸² e nella traduzione dal tedesco è il termine *Berufsethos*⁸³ a corrispondere al francese *déontologie [professionnelle]*. In entrambi i casi è evidente come il concetto di etica o di ethos sia legato già nel termine stesso al significato di professione, *Beruf* appunto, nei casi in cui debba tradurre il termine *déontologie*.

Analogamente il dizionario giuridico Potonnier traduce, nella sua terza edizione, *Berufsethik* (specificando tra parentesi il termine *Standesregeln*, quindi regole dello *Stand*, qui inteso come categoria professionale) con *déontologie* e prevede come uso specifico quello relativo ai *Berufspflichten des Arztes*, quindi ai doveri professionali del medico, che viene tradotto con *déontologie médicale*⁸⁴. Già nella seconda edizione la traduzione non era sostanzialmente diversa e compariva sempre come esempio l'ambito medico: *Berufsethik (z.B. des Arztes)*⁸⁵ era tradotto infatti con *déontologie (médicale)*, confermando il legame tra deontologia e professione anche nella scelta lessicale. I maggiori dettagli presenti a partire dalla terza edizione, quindi i riferimenti alla dimensione più specifica delle *Standesregeln* e dei *Berufspflichten*, possono spiegarsi con la maggiore attenzione alla dimensione comparata che caratterizzerebbe questa edizione rispetto alla precedente, almeno secondo il *working paper* "The Quality of Legal Dictionaries: an assesment" pubblicato nel 2008 dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Maastricht a cura di Gerard-René de Groot e Conrad J.P. van Laer,

1996; *Rechtsitalienisch: Deutsch-italienisches und italienisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, GERHARD KÖBLER; ESTHER NEULICHEDL; MONIKA HOHENAUER, Vahlen Franz GmbH, München, 1996; *Dizionario giuridico ed economico-Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache*, GIUSEPPE CONTE, HANS BOSS, Giuffrè editore, Milano, 1989; *Vocabolario del diritto e dell'economia tedesco-italiano – Wörterbuch für Recht und Wirtschaft deutsch-italienisch*, TROIKE STRAMBACI HANNELORE; HELFFRICH MARIANI E., 2 ed., Giuffrè editore, Milano, 1997.

⁸⁰ Harrap's Universal Dictionnaire Allemand-Français Français-Allemand, 2004.

⁸¹ «Etica professionale».

⁸² «Etica professionale dei medici».

⁸³ «Ethos professionale».

⁸⁴ POTONNIER, G.E. & POTONNIER, B., *Wörterbuch für Wirtschaft, Recht und Handel*, Vol 1: *Deutsch-Französisch*, 3. völlig neu bearb. und erw. Auflage Wiesbaden [Brandstetter] 1997. Analogamente nel Vol 2: *Französisch-Deutsch: déontologie* è tradotto con *Berufsethos*, *Standesregeln* e *déontologie médicale* con *Berufspflichten des Arztes*.

⁸⁵ «Etica professionale (ad esempio dei medici)».

che a sua volta cita il volume “*Einführung in die Terminologearbeit*” di R. Arntz, H. Picht e F. Mayer⁸⁶.

Ancora più preciso sembra il Doucet-Fleck *Dictionnaire juridique et économique* della Beck che traduce anche codice deontologico e che prima di riportare le traduzioni di *déontologie* indica tra parentesi una breve spiegazione del termine: «*ensemble des règles et des devoirs régissant une profession*». Tra le traduzioni si trova *Standesrecht*, *Berufsethos*, ma anche «*Grundsätze einer ordnungsmäßigen Berufsausübung*». I riferimenti sono quindi al diritto che proviene da una categoria professionale, all’etica professionale e ai principi relativi ad un esercizio regolato della professione. Numerose le traduzioni anche per *code de déontologie*: *Standesordnung*, *Berufsordnung*, *Kodex der Standespflichten*, *Ehrenordnung eines Berufsstandes* e tra gli esempi si rimanda a medici e avvocati.

Si segnala però che non sempre questi termini vengono tradotti in maniera omogenea.

Nella versione dal tedesco al francese del Fleck *Wörterbuch Recht* sempre della Beck, ad esempio, il termine *Standesrecht*, che, come visto, è riportato come prima traduzione di *déontologie* nel citato *Dictionnaire juridique et économique* (e che, come vedremo, è il termine più frequentemente usato anche dalla dottrina tedesca) viene tradotto semplicemente come *droit professionnel ou corporatif* mentre con *déontologie*, legata a *éthique professionnelle* o a *obligations professionnelles* vengono tradotti rispettivamente *Standesethik* e *Standespflichten*.

Anche nel *Wörterbuch für Recht und Wirtschaft* della Giuffrè⁸⁷ *Standesrecht* è tradotto in italiano con diritto professionale (stessa traduzione che in altri dizionari è riportata per *Berufsrecht* e *Berufsordnung*) nella sua accezione di ordinamento o regolamento professionale, ma in nessun caso compare il riferimento a “deontologia”, voce tra l’altro assente nel volume dall’italiano al tedesco. *Standesrecht* è tradotto con *droit corporatif* anche nel già citato *Harrap’s Universal Dictionnaire*, mentre il termine non compare nel dizionario Potonnier a cui anche si è fatto riferimento.

⁸⁶ Maastricht Faculty of Law Working Paper 2008/6 : «The third edition has a stronger comparative law perspective than the second edition, according to R. ARNTZ et al., *Einführung in die Terminologearbeit*, 4., gründlich überarb. Auflage, Hildesheim 2002, p. 208-209». Nello stesso dizionario compare anche *Berufsethos*, tradotto con *éthique professionnelle* (o anche con *morale* o *conscience professionnelle*).

⁸⁷ *Wörterbuch für Recht und Wirtschaft*, H. TROIKE STRAMBACI/E. HELFFRICH MARIANI Giuffrè editore, Milano.

Sintomatico della varietà di termini che nel linguaggio giuridico tedesco possono designare ambiti che negli ordinamenti francese e italiano rientrano nell'accezione di "deontologia" è il contesto delle normative dell'Unione europea. La traduzione giuridica in ambito comunitario presenta specificità e difficoltà che esulano dalla presente analisi⁸⁸, tuttavia è interessante notare che, ad esempio, nella direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, mentre le versioni in italiano, francese e spagnolo, utilizzano in una decina di disposizioni solo il termine deontologia o deontologico, la versione tedesca prevede almeno sette diverse scelte lessicali.

Ad esempio, al considerando n. 11, tra i requisiti specifici che uno Stato può imporre, vengono menzionate «le norme professionali, comprese quelle deontologiche» e tale espressione nella versione tedesca è resa con «*die beruflichen Standards, einschließlich der standesrechtlichen Regeln*». Il termine di riferimento per deontologia è quindi in questo caso *Standesrecht*.

Il riferimento alla deontologia applicabile alle attività professionali nello Stato membro ospitante la cui conoscenza può essere richiesta nella prova attitudinale di cui all'art. 3 è reso in tedesco con «*berufsständischen Regeln*». Viene quindi utilizzato l'aggettivo *berufsständisch* che nella maggior parte dei dizionari bilingui analizzati viene tradotto con professionale o corporativo.

Nell'art. 36 relativo all'esercizio dell'attività di dentista il rispetto delle «disposizioni regolamentari e delle regole deontologiche che disciplinano la professione» è reso nella versione tedesca con i termini «*Rechtsvorschriften und Standesregeln*». Il primo si riferisce alle disposizioni regolamentari, mentre il secondo condensa il significato di regole e di *Stand*, inteso qui come categoria professionale, e quindi sostituisce l'espressione «regole deontologiche che disciplinano la professione».

L'articolo 40, in materia di formazione di ostetrica, fa riferimento all'adeguata conoscenza «*der Berufsethik*» und «*des Berufsrechts*», termini che nella versione italiana sono resi rispettivamente con deontologia e legislazione professionale. In questo caso quindi il concetto di deontologia viene reso con il termine che letteralmente significa etica professionale, *Berufsethik* appunto.

⁸⁸ Per un approfondimento si veda, ad esempio, E. IORIATTI, *Interpretazione comparante e multilinguismo europeo*, Padova, 2013.

Inoltre, il riferimento alle norme deontologiche sulle quali devono, se necessario, essere fornite informazioni ai cittadini e ai punti di contatto degli Stati membri, in quanto elementi utili al riconoscimento delle qualifiche professionali ai sensi dell'art. 57, viene reso nella versione tedesca con due termini: *Standesregeln* und *berufsethische Regeln*.

In relazione al programma di studi per veterinari, invece, alla deontologia che compare tra la lista delle materie specifiche, corrisponde nella versione tedesca il termine *Berufskunde*, mentre tra le materie fondamentali nel programma di studi per i farmacisti, quello che nella versione italiana è reso con deontologia in tedesco è indicato con *Standesordnung*.

A fronte di questa varietà di termini con i quali possono essere indicate nell'ordinamento tedesco dimensioni che in Italia e Francia vengono uniformemente designate con il termine deontologia, è necessario provare ad individuare i concetti che nell'ordinamento tedesco corrispondono ad un fenomeno caratterizzato dagli stessi elementi che definiscono la deontologia nella sua accezione moderna, per come è emersa dall'analisi effettuata e per come è concepita nel presente lavoro. Non basta pertanto il pur essenziale legame con la professione e quindi un generico riferimento all'etica professionale, ma è necessario individuare quelle dimensioni e quelle fonti che esprimono anche la funzione normativa tipica della deontologia, la sua vocazione a regolare l'esercizio della professione sia al suo interno che nella tutela dei destinatari della sua attività, attraverso l'elaborazione da parte di organismi professionali rappresentativi di regole il cui rispetto è garantito da meccanismi di responsabilità disciplinare.

Un rapido sguardo alle definizioni contenute nei dizionari e nelle enciclopedie tedesche mostra che, in generale, per *Berufsethos* si intende «*das mit der Ausübung eines Berufes verbundene Ethos*»⁸⁹ e la «*hohe sittliche Vorstellung vom Wert und den Pflichten eines Berufes*»⁹⁰. Il riferimento è quindi all'*ethos* nel senso di valori e doveri legati all'esercizio di una professione. *Standesethos* fa invece più specificamente riferimento al comune sentire etico degli appartenenti ad una determinata categoria. Esso è generalmente definito come «*die von den Angehörigen eines bestimmten Standes*

⁸⁹ Brockhaus Wähning Deutsches Woerterbuch in sechs Banden L'esempio riportato è anche qui quello medico: *das Berufsethos des Arztes*.

⁹⁰ Cfr. Duden.

anerkannte Norm der sittlichen Gesinnung und Haltung»⁹¹. Per capire però quali siano nel concreto le fonti della deontologia nell'ordinamento tedesco bisogna fare direttamente riferimento al quadro normativo che in Germania definisce i rapporti tra Stato e professioni, oltre che alla stessa normativa elaborata dalla categoria professionale di riferimento e alla letteratura giuridica del settore.

Proprio partendo da un'analisi di quest'ultima, con riferimento alla deontologia medica emerge come in molti dei manuali, commentari, trattati dedicati al *Medizinrecht*, all'*Arztrecht* o a varie tematiche bioetiche, tra le fonti normative rilevanti compare *ärztliche Standesrecht*⁹².

Per *Standesrecht* si intende infatti in termini generali «*das besondere Recht eines bestimmten Berufsstandes (z.B. Rechtsanwälte; Ärzte usw.)*»⁹³, ossia il diritto specifico di una determinata categoria professionale. Dal punto di vista delle categorie giuridiche, ad esso si fa generalmente riferimento come a quella parte del *Berufsrecht*, quindi del complesso di norme che disciplinano l'esercizio della professione medica, elaborata dall'autonomia normativa riconosciuta agli organismi rappresentativi della categoria professionale e in particolare alle *Landesärztekammern*, quali enti di diritto pubblico. Ad esse, in qualità di «*Teil der mittelbaren Staatsverwaltung*»⁹⁴, le leggi dei singoli *Länder* conferiscono esplicitamente il compito di condensare i doveri professionali del medico in una *Berufsordnung*, quindi sostanzialmente nella forma di un codice. Dal punto di vista delle fonti del diritto, tali *Berufsordnungen* sono delle *Satzungen* che contengono la disciplina dell'attività medica; i doveri professionali in esse previsti sono vincolanti per tutti gli appartenenti alla categoria e la loro violazione può portare all'applicazione di sanzioni disciplinari⁹⁵.

⁹¹ Brockhaus *Wahring Deutsches Woerterbuch* in sechs Banden. Più ampia la definizione contenuta nel Duden „*ethisches Bewusstsein des Menschen, das sich aus seiner sozialen Stellung, seiner Funktion und Leistung in Familie, Beruf und Gesellschaft ergibt*“.

⁹² Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, il capitolo *Ärztliches Standesrecht* in H.-P. RIES et al., *Arztrecht*, Springer, 2012, p. 87 e ss; il commentario alla MBO, R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Fünfte Auflage, Springer, 2010; il capitolo „*Das ärztliche Standesrecht*“ in C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion*, p. 290 e ss.; J. HEBERER, *Das ärztliche Berufs- und Standesrecht*, 2001; H.-D. LIPPERT, *Recht und Ethik in der Medizin*, in B. BRINKMANN, B. MADEA (a cura di), *Handbuch Gerichtliche Medizin*, p.1325; J.A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, cit.

⁹³ *Deutsches Rechtswörterbuch*, Beck.

⁹⁴ C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion*, cit., p. 291. Sul concetto di *mittelbare Staatsverwaltung* *infra* parte II.

⁹⁵ La letteratura sul punto è vastissima, sia per quanto riguarda l'ambito biomedico che il diritto amministrativo. Si vedano, tra gli altri, il *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte*

In particolare, tornando ancora alle definizioni generali, nella *Brockhaus Enzyklopädie* si trova la seguente spiegazione della voce *Standesrecht*:⁹⁶

«die Gesamtheit der Regelungen, die für Angehörige bestimmter Berufe gelten und Ausdruck enges gewachsenen berufsständ. Ethos sind. Standesrecht gilt bes. für einige (akadem.) Berufe - v.a. für Anwälte, Apotheker, Architekten, Ärzte, Steuerberater - und wird i.d.R. von ihren Standesorganisationen ausgearbeitet. Es stützt sich auf generalklauselartige gesetzl. Regelungen des Berufsrechts ... Standesrecht normiert Verhaltenspflichten der Berufsangehörigen bei der prakt. Berufsausübung. Ihre Verletzung wird als Pflichtwidrigkeit angesehen, die vor Berufsgerichten (Ehrengerichten) geahndet werden und auch Haftungstatbestände auslösen kann».

Possono chiaramente riconoscersi in questa definizione gli elementi che caratterizzano anche in Italia e Francia la deontologia nella sua dimensione normativa.

Quindi, se in generale *Berufsethos* e *Standesethos* si riferiscono a valori e principi dell'etica professionale, al comune sentire etico degli appartenenti a una determinata categoria professionale – e, come tali, certamente rientrano nell'accezione di deontologia per come la si intende in Italia e Francia – la dimensione più propriamente normativa che pure caratterizza il fenomeno deontologico viene definita in altro e più specifico modo, prevalentemente attraverso il termine *Standesrecht*.

Da questo punto di vista, significativa è la classificazione elaborata da Jochen Taupitz in “*Die Standesordnungen der freien Berufe*”⁹⁷.

In tale ampio studio sugli ordinamenti delle professioni liberali, l'autore analizza infatti dettagliatamente le caratteristiche dello *Standesrecht*, i suoi rapporti con il *Berufsrecht*, ma anche con i concetti di *Standespflichten* e *Standesordnung*. Inoltre, sempre a dimostrazione della complessità di individuare la sfumata linea di demarcazione tra le varie dimensioni che possono porsi in relazione con il concetto di *Standesrecht*, l'autore

(MBO), cit.; J.A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, cit., H.-P. RIES et al., *Arztrecht*, cit., p. 90; C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion*, cit. Cfr. *infra* parte II e parte IV.

⁹⁶ *Brockhaus Enzyklopädie* in 30 Bänden. Similmente nel CARL CREIFELDS, *Rechtswörterbuch* si legge «Unter Standesrecht verstand man Elemente des Berufsrecht der freien Berufe, vor allem der Ärzte und Rechtsanwälte, aus dem Grenzbereich von Rechts- und Anstandspflichten, die durch di "Standes" vertretungen und durch bezeichnenderweise "Ehren" gerichte genannte Spruchstellen des Berufstandes gewahrt und weitgehend auch formuliert wurden».

⁹⁷ J. TAUPITZ, *Die Standesordnungen Der Freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, op. cit.

dedica un intero capitolo allo studio, anche in prospettiva comparata, dei contenuti, della portata e delle eventuali reciproche relazioni tra alcuni importanti concetti, quali *(Standes)pfllichten*, *(Standes)Recht*, *(Standes)Ethik* e *Deontologie*, quest'ultima intesa non nel senso meramente filosofico, ma nel suo significato di «*Lehre von den beruflichen Pflichten*»⁹⁸. Il riferimento è in particolare all'uso di “*code de déontologie*” che viene fatto «*im Auslan*» (all'estero) e l'accezione nella quale viene richiamato è quella sviluppatasi a seguito della già citata opera francese di Simon che ha, appunto, introdotto il concetto di *déontologie* di origine benthamiana nell'ambito della professione medica. Anche Taupitz sottolinea come negli ordinamenti in cui viene utilizzata questa espressione, essa sia legata all'ambito dei doveri professionali e che per “*code de déontologie*” si intende generalmente un «*Pflichtenkompendium ... das vom Berufsstand selbst geschaffen wurde*»⁹⁹.

Per quanto più nello specifico riguarda il termine tedesco *Standesrecht*, esso viene significativamente definito dall'autore «*das eigene Recht des Standes, gesetzt durch den Stand*»: il diritto proprio di una categoria posto *durch* (letteralmente “a mezzo di”, “attraverso”) la categoria stessa¹⁰⁰.

Tra le fonti principali dello *Standesrecht*, come visto, la dottrina e la stessa legislazione in materia, ma anche i manuali di diritto amministrativo, indicano la *Berufsordnung*, ossia il codice elaborato dalle *Landesärztekammern*. La *Berufsordnung* viene definita, ad esempio,

«*Satzung der Ärztekammer, die Regelungen darüber enthält, was ein Arzt bei der Ausübung seines Berufes zu beachten hat und unter Vermeidung berufsgerichtlicher Sanktionen zu unterlassen hat*».

Il riferimento quindi è direttamente anche alla forma giuridica che la *Berufsordnung* assume, oltre che al suo contenuto di regole da rispettare nell'esercizio della professione (medica) e alle conseguenze sanzionatorie che potrebbero derivare da una mancata osservanza di esse.

⁹⁸ Con riferimento, dunque, ai doveri professionali (letteralmente “teoria dei doveri professionali”). Tra l'altro tale espressione ricorda la terminologia utilizzata, in ambito medico, nella versione fiamminga del *code de déontologie* in Belgio, “*Code van geneeskundige plichtenleer*”. Cfr. il sito dell'ordine: <http://www.ordomedic.be/nl/code/inhoud/>

⁹⁹ Un compendio di doveri elaborato dalla categoria professionale. *Ibid.*, pag. 188.

¹⁰⁰ Precisa ulteriormente l'autore: «*Demgegenüber handelt es sich beim (übrigen) Berufsrecht um Regelungen, die von außen, und zwar von der staatlich verfaßten Rechtsgemeinschaft, an den Stand herangetragen werden, die dem Stand gesetzt werden*».

La definizione prosegue poi riferendosi all'autorizzazione legislativa conferita alle camere professionali dei *Länder* per l'adozione delle *Berufsordnungen* e alla funzione di modello svolta dal codice adottato dal generale *Ärztetag* dei medici tedeschi:

«Die Heilberufs- und Kammergesetze der jeweiligen Bundesländer ermächtigen die Ärztekammern zum Erlass einer Berufsordnung. Als Musterentwurf dient die vom Deutschen Ärztetag beschlossene Musterberufsordnung»¹⁰¹.

Utile anche in questo caso un rapido sguardo a quanto contenuto nelle stesse normative deontologiche con riferimento alla definizione del loro ambito di applicazione e dei loro obiettivi. La (*Muster-*)*Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte*¹⁰², quindi il modello di *Berufsordnung* elaborato dalla *Bundesärztekammer* (BÄK), ma analoga è la formulazione nelle *Berufsordnungen* dei *Länder*¹⁰³, espressamente dichiara nel suo preambolo che la *Berufsordnung*:

«stellt die Überzeugung der Ärzteschaft zum Verhalten von Ärztinnen und Ärzten gegenüber den Patientinnen und Patienten, den Kolleginnen und Kollegen, den anderen Partnerinnen und Partnern im Gesundheitswesen sowie zum Verhalten in der Öffentlichkeit dar».

Tra gli obiettivi vengono indicati:

- *das Vertrauen zwischen Ärztinnen und Ärzten und Patientinnen und Patienten zu erhalten und zu fördern;*
- *die Freiheit und das Ansehen des Arztberufes zu wahren;*
- *berufswürdiges Verhalten zu fördern und berufsunwürdiges Verhalten zu verhindern.*

Si possono quindi riconoscere gli elementi che, almeno in generale, caratterizzano anche i codici deontologici in Italia e Francia.

Da questa breve analisi si possono però ricavare alcune osservazioni sul rapporto tra deontologia e i termini impiegati nell'ordinamento tedesco per designarla.

¹⁰¹ *Brockhaus - Fachlexikon Recht* .

¹⁰² Il codice deontologico federale: (*Muster-*)*Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte - MBO-Ä 1997 - in der Fassung der Beschlüsse des 114. Deutschen Ärztetages 2011 in Kiel*, reperibile sul sito della BÄK: <http://www.bundesaerztekammer.de/>.

¹⁰³ Per i rapporti tra livello federale e livello dei singoli *Länder* e per il ruolo normativo delle fonti deontologiche elaborate da questi due livelli cfr. *infra* parte II.

Innanzitutto, sia che il riferimento sia a *Berufsethos*, a *Berufsordnung*, *Standesethos* o *Standesrecht*, emerge già nella parola stessa il legame con la dimensione professionale che, come visto, caratterizza l'accezione moderna di deontologia.

Per quanto riguarda il termine *Stand*, quale parte di *Standesethos* e *Standesrecht*, va precisato che, nonostante la sua origine richiami l'idea dei ceti sociali e quindi di quella che anticamente era un'articolazione di tipo classista della società, basata, almeno nell'antico diritto tedesco, sull'appartenenza per nascita a determinati gruppi sociali¹⁰⁴, tale termine, con il quale in generale si designa «*eine Zusammenfassung von Menschen, di durch ihre gleichartige Stellung eine Gemeinschaft bilden*»¹⁰⁵ ha subito una significativa evoluzione nel corso del tempo, in ragione dei mutamenti culturali in ambito sociale e professionale.

Il concetto di *Stand* è infatti, come ci ricorda Taupitz «*eine Erscheinungsform der gesellschaftlichen Gliederung, die sich entsprechend der zeitbedingten Wandlung der gesellschaftlichen Zusammenhänge und Institutionen ändert*»¹⁰⁶. Il concetto giuridico designato è quindi frutto di quella stratificazione ed evoluzione di significati di cui è necessario tener conto in un'analisi comparata¹⁰⁷.

Per ciò che qui più interessa, va sottolineato l'attuale identificazione del concetto di *Stand* con quello di *Beruf* o *Berufsgruppe* e quindi il legame di *Standesrecht*, analogamente a quanto caratterizza anche il concetto di deontologia, agli elementi oggettivi della professione, quindi alla sua funzione e al suo esercizio e non più all'idea dell'appartenenza soggettiva ad un ceto sociale¹⁰⁸.

Inoltre, tutti i termini che in Germania vengono utilizzati per designare concetti che negli ordinamenti francese ed italiano rientrano nell'ambito del termine deontologia contengono già nella loro maggiore specificità, tipica della lingua tedesca, il riferimento a ciò che al generale termine deontologia è stato progressivamente associato in ragione dell'evoluzione del suo significato, delle sue funzioni e dei suoi usi. Ciò è particolarmente evidente nel caso della dimensione normativa della deontologia che è

¹⁰⁴ Cfr. J. TAUPITZ, cit., p. 152.

¹⁰⁵ Nella *Brockhaus Enzyklopädie* viene definito ad esempio: «*in Abgrenzung zu Schicht, Klasse, Kaste eine rechtlich und sozial abgeschlossene Gruppe in einem hierarch. Gesellschaftssystem*».

¹⁰⁶ Quindi sostanzialmente una manifestazione dell'articolazione della società che muta in relazione alle evoluzioni che nel tempo caratterizzano il contesto sociale e istituzionale.

¹⁰⁷ Per l'evoluzione di tale concetto con riferimento all'evoluzione della società e dell'idea di professione, si rimanda nuovamente allo studio di TAUPITZ, cit., in particolare pag. 171 e ss.

¹⁰⁸ Ibid.

espressa, accanto a quella professionale resa con *Beruf* o *Stand*, nel termine stesso, (*Standes*)*recht* appunto. L'intrinseca valenza giuridica della deontologia e il suo legame con il contesto professionale sono quindi espressi già all'interno dello stesso termine.

2.4 *Ärztliche Standesrecht e deontologia medica*

La complessità dell'analisi comparata del ruolo delle fonti deontologiche in Germania, Francia e Italia non è però solo linguistica. Se, da un lato, *Standesrecht* può essere considerato come l'insieme delle regole e dei doveri elaborati dalla categoria professionale per disciplinare l'esercizio della professione e corrisponde quindi all'accezione in cui la deontologia è attualmente considerata anche negli altri ordinamenti oggetto di comparazione, dall'altro, anche ad una prima analisi emergono alcune differenze con riferimento alle fonti attraverso le quali tale potere conferito alla categoria professionale si esprime.

In generale in Italia e in Francia le fonti della deontologia si identificano nel codice deontologico e nei cd. principi deontologici generali non scritti, ma ricavati in via interpretativa¹⁰⁹; le fonti dello *Standesrecht*, quindi le fonti che in Germania ricadono nella competenza della categoria professionale e che possono potenzialmente incidere anche sulla normativa biogiuridica sono invece più complesse. Esse ricomprendono, accanto alla *Berufsordnung*, anche altre fonti¹¹⁰, tra le quali quelle maggiormente rilevanti, in quanto allegate alla *Munster-Berufsordnung* (MBO), sono rappresentate da un determinato tipo di *Richtlinien*.

Spesso tali fonti, come è evidente in ambito di procreazione medicalmente assistita, contengono discipline anche molto estese e dettagliate¹¹¹.

In riferimento a ciò, è bene sottolineare fin da subito un ulteriore elemento di complessità, che verrà analizzato nel presente lavoro, ma la cui presenza deve essere necessariamente presa fin da subito in considerazione nel definire i contenuti dell'analisi comparata. Il contenuto e l'ampiezza delle normative la cui emanazione è affidata alla categoria professionale, infatti, è influenzata in Germania, non solo, come

¹⁰⁹ Si veda sul punto *infra* l'*arrêt Milhaud* del Consiglio di Stato francese, parte II e IV.

¹¹⁰ Per una descrizione generale cfr., ad esempio, H-D. LIPPERT, *Recht und Ethik in der Medizin*, in B. BRINKMANN, B. MADEA. (a cura di), *Handbuch Gerichtliche Medizin*, Berlin – Heidelberg, 2003; C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion Und Gleichgeschlechtlich Elternschaft*, Berlin, 2009.

¹¹¹ *Infra* parte III.

in Italia e in Francia, dal rapporto stato-professioni, ma anche dalla stessa struttura federale della Repubblica tedesca.

La MBO adottata a livello federale non ha, ad esempio, valore giuridico e solo le *Berufsordnungen* adottate dalle *Landesärztekammer* sulla base delle legislazioni dei singoli *Länder* acquisiscono la forma e la natura giuridica di *Satzungen*¹¹². Le singole legislazioni dei *Länder* definiscono inoltre esplicitamente i possibili ambiti di intervento delle *Berufsordnungen*, che poi spetterà alla rispettiva categoria professionale concretizzare in norme all'interno del codice. La possibilità che all'interno di tale fonte – quindi con lo stesso valore giuridico di *Satzung* – siano ricomprese anche le *Richtlinien* adottate sulla base del MBO, e recanti una disciplina in grado di incidere in maniera sostanziale sul settore di riferimento, dipende dalla scelta adottata a livello dei singoli *Länder*. È infatti a questo livello che le *Richtlinien* devono essere recepite e trasformate in normative giuridicamente rilevanti¹¹³. Proprio in questo settore però emerge una significativa disomogeneità poiché non in tutti i codici deontologici dei *Länder* le *Richtlinien* sono recepite allo stesso modo¹¹⁴.

L'analisi comparata e l'individuazione dei significati che possono corrispondere a concetti equivalenti dal punto di vista funzionale mettono quindi in luce l'ulteriore difficoltà legata alle tipologie delle fonti professionali che, nonostante molti punti in comune, risultano parzialmente diverse nei vari ordinamenti analizzati.

Il problema delle diverse tipologie delle fonti normative la cui adozione è, più o meno direttamente, affidata dallo stato alle categorie professionali va letto, inoltre, alla luce dell'ulteriore elemento che riguarda tutti gli ordinamenti considerati e che emerge anche solo ad una prima lettura delle normative deontologiche: le differenze che ne caratterizzano i contenuti nelle singole esperienze nazionali.

¹¹² Cfr. *infra*.

¹¹³ Per un'ampia trattazione sul tema delle *Richtlinien* si veda, tra gli altri, M. UHL, *Richtlinien der Bundesärztekammer. Ein verfassungsrechtlicher Beitrag zur exekutiven Rechtsnormsetzung, Schriftenreihe Medizinrecht in Forschung und Praxis*, Hamburg, 2008.

¹¹⁴ Il fenomeno di documenti e dichiarazioni allegati ai codici deontologici e ai quali è conferito il loro stesso valore è presente anche in altri ordinamenti. In Spagna, ad esempio, è lo stesso codice a prevedere espressamente che “*Las declaraciones de la Comisión Central de Deontología aprobadas por la Asamblea General de la Organización Médica Colegial tienen naturaleza normativa e igual carácter vinculante que los preceptos contenidos en este Código*”. Si pensi inoltre alle direttive dell'Accademia svizzera delle scienze mediche che sono allegate al codice di deontologia medica, ma è con riferimento all'ordinamento tedesco che, in ragione della particolare posizione che le *Richtlinien* possono assumere tra le fonti del diritto, della rilevanza del loro contenuto in ambito biogiuridico e delle differenze a livello federale, il fenomeno acquista particolare interesse sul piano dei rapporti tra diritto e deontologia. *Infra* parte III.

Dei contenuti dei codici si renderà conto in maniera più analitica in diverse parti di questo lavoro¹¹⁵, ma va fin da ora sottolineato come anche tipologie di fonti analoghe possano presentare differenze significative con riferimento ad alcune discipline particolarmente delicate. Come emergerà chiaramente nei capitoli a ciò espressamente dedicati, proprio negli ambiti che nelle *Berufsordnungen* tedesche sono denominati «*Besondere medizinische Verfahren*»¹¹⁶, emergono alcuni dei profili più interessanti nell'analisi comparata del ruolo della componente etico-professionale e dei suoi rapporti con quella legislativa.

Nello studio dei contenuti delle normative elaborate dalle categorie professionali si intersecano infatti il profilo dell'approccio della stessa professione rispetto ad alcune tematiche¹¹⁷, quello dell'approccio legislativo alle medesime questioni (sia nei contenuti che per quanto riguarda il modello di intervento e il grado di condivisione delle normative), quello della qualità e costanza del dialogo tra componente legislativa e componente tecnico-professionale e quello dell'ampiezza dei poteri normativi riconosciuti agli ordini professionali¹¹⁸. Nell'individuazione dei concetti giuridici da analizzare bisogna quindi tenere subito in considerazione che il termine *Berufsordnung* può fare riferimento ad una fonte con un contenuto per alcuni profili più ampio rispetto ai codici deontologici italiani e francesi¹¹⁹ e, per altri, potenzialmente più ristretto in ragione delle delimitazioni legislative delle tematiche che può disciplinare.

Analogamente, il codice deontologico francese, in ragione della sua incorporazione in un codice statale e del suo rapporto con una legislazione molto dettagliata in ambito bioetico contiene semplici rinvii alla legge in contesti nei quali invece il codice

¹¹⁵ Cfr. parte II, cap. II relativo all'intervento dello stato nel procedimento di formazione dei codici e quindi alla possibile influenza sul loro contenuto e, soprattutto, Parte III relativa alla rilevanza della deontologia medica nel biodiritto, nella quale si analizzerà nel dettaglio l'evoluzione dei codici deontologici e il suo rapporto con l'evoluzione legislativa.

¹¹⁶ Cfr. § 13 (*Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte* - MBO-Ä.

¹¹⁷ Mentre per alcuni principi ormai consolidati a livello europeo e internazionale le differenze sono generalmente trascurabili, maggiori e più incisive dal punto di vista pratico sono le differenze in ambiti eticamente sensibili. Si vedrà però, infra parte III, come anche un ambito rispetto al quale c'è ormai un diffuso consenso, ossia quello dell'informazione al paziente, possa sollevare problematiche interessanti dal punto di vista comparato con riferimento ai rapporti tra professioni e stato, nonché per quanto riguarda la libera circolazione di pazienti e professionisti in ambito europeo.

¹¹⁸ Da qui l'importanza di un'analisi in grado di coordinare in maniera dinamica lo studio comparato di tutti questi aspetti, cfr. *infra* cap. III.

¹¹⁹ Ad esempio nelle *Berufsordnungen* che hanno deciso di allegare, conferendo quindi loro stesso valore normativo, *Richtlinien* con dettagliata normativa in materia di procreazione medicalmente assistita.

deontologico italiano e le *Berufsordnungen* tedesche prevedono discipline più specifiche o addirittura rappresentano l'unica fonte di disciplina del caso concreto¹²⁰.

2.5 Ulteriori esempi dal panorama comparato: il caso della Svizzera.

Può essere infine interessante notare alcune peculiarità linguistiche estendendo l'analisi anche ad ordinamenti diversi da quelli principalmente analizzati in questa ricerca, ma nei quali sono utilizzate le stesse lingue ufficiali. Da questo punto di vista, l'esempio più significativo è sicuramente la Svizzera¹²¹ sia per la presenza di tutte e tre le lingue analizzate nel presente studio, sia per le peculiarità del suo modello di deontologia nel panorama europeo. Sul sito della Federazione dei medici svizzeri (FMH) sono presenti le versioni del codice deontologico nelle due principali lingue co-ufficiali, il francese *code de déontologie* e il tedesco *Standesordnung*. È evidente però come pur a fronte di termini analoghi per designarla, la fonte normativa assuma quanto a contenuto, tradizione e impostazione un significato diverso da ciò che in Germania è definito con *Standesrecht* e *Berufsordnung*. Allo stesso modo, pur condividendo con il significato di *déontologie* la dimensione dei principi e valori dell'etica professionale, il *code de déontologie* in Svizzera non è una fonte che necessariamente riguarda tutti i medici, trattandosi del prodotto di un'associazione di diritto privato, la FMH appunto, alla quale i medici non hanno l'obbligo giuridico di iscriversi. Al *code de déontologie/Standesordnung* svizzero, inoltre, non è direttamente affidata la disciplina delle questioni eticamente sensibili, le quali sono oggetto di un formante diverso, prodotto da un'istituzione differente. Si tratta in particolare delle direttive della

¹²⁰ Cfr. *infra* parte III.

¹²¹ Si segnalano però brevemente anche le scelte lessicali compiute nei contesti bilingui del Belgio e dell'Alto Adige/Südtirol.

Al primo caso si è fatto già brevemente riferimento *supra*. Il termine fiammingo per designare il co-ufficiale francese *code de déontologie* traduce anch'esso il significato più specifico che il generale termine *deontologie* è venuto ad assumere. Il riferimento è alla teoria dei doveri (*plichtenleer*) contestualizzata nell'ambito della professione medica (*geneeskundige*): <http://www.ordomedic.be/nl/code/inhoud/>. Per quanto riguarda il secondo caso, si tratta della traduzione della fonte italiana del codice deontologico per uno specifico contesto linguistico provinciale. L'ordine dei medici della Provincia di Bolzano traduce in generale il riferimento al codice deontologico italiano con *Berufsordnung*, utilizzando quindi lo stesso termine impiegato nell'ordinamento tedesco e in quello austriaco. Ciò nonostante, in maniera del tutto originale, spiegabile forse in ragione della diversità e specificità della fonte italiana rispetto al contesto nel quale viene generalmente utilizzato questo termine in altri ordinamenti, nel file ufficiale della traduzione del codice deontologico, accanto al termine *Berufsordnung*, viene riportato come titolo il termine "Codex Deontologicus": <http://www.ordinemedici.bz.it/de/berufsordnung/>.

Accademia svizzera delle scienze mediche (ASSM), sorta nel 1943 e sostenuta dalle cinque facoltà di medicina, dalle due facoltà di medicina veterinaria e dalla stessa FMH. Queste direttive sono quindi sempre elaborate da un'istituzione del corpo medico e, pur non avendo di per sé valore giuridico, sono allegare al codice deontologico, assumendo quindi, come si legge nel testo *“Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag. Ein Leitfaden für die Praxis”* pubblicato proprio dalla FMH e dalla ASSM¹²², „die Stufe des *Standesrechts*“¹²³. Tuttavia il codice e le direttive allegare rimangono espressioni dell'autonomia privata degli organismi di riferimento. Non a caso il documento citato pone lo *Standesrecht*, quindi la *Standesordnung* e le direttive dell'ASSM ad essa allegare, tra le *«privaten Regelwerke»*¹²⁴. Ciò non esclude, come si vedrà, forme di rilevanza anche significative delle norme del codice anche al di fuori della Federazione, ma, almeno dal punto di vista formale, il codice deontologico svizzero non si riferisce ad un fenomeno che identifica tutta la categoria professionale di riferimento nei suoi rapporti con la società e i pubblici poteri.

3. Elementi comuni e oggetto dell'indagine

L'analisi fin qui condotta permette di individuare alcuni elementi che caratterizzano il fenomeno deontologico indipendentemente dall'ordinamento giuridico di riferimento.

Innanzitutto la deontologia è intesa come forma di autoregolamentazione professionale, quindi come disciplina elaborata dalla categoria professionale di riferimento, la quale traduce in regole e doveri, vincolanti per i professionisti, principi dell'etica professionale, ossia di quello che è percepito come il comune sentire etico degli appartenenti alla categoria di riferimento.

L'autoregolamentazione riguarda sia l'esercizio dell'attività professionale, quindi l'imposizione di doveri che ne garantiscono la qualità, sia i rapporti tra professionisti, sia i rapporti tra i professionisti e i destinatari della loro attività, quindi la società e gli individui.

¹²² Il documento è pubblicato anche in versione francese : ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES (ASSM) e FEDERATION DES MEDECINS SUISSES (FMH), *Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique*, 2° éd., Berne, 2013, al quale si rimanda anche per un approfondimento sulla regolamentazione giuridica e deontologica dell'attività medica in Svizzera. In particolare, per quanto attiene al ruolo delle norme deontologiche nel sistema delle fonti del diritto, cfr. pp. 10 e ss.

¹²³ Ibid., p. 13 : «*élevées au rang de normes professionnelles*» nella versione francese.

¹²⁴ Ibid., p. 12: «*réglementations privées*» nella versione francese.

Tali regole e doveri si concretizzano in fonti normative, in particolare in codici, la cui posizione tra le fonti del diritto varia da ordinamento ad ordinamento, ma che sono comunque espressione dell'inevitabile dimensione normativa della deontologia che, in ragione dell'ampiezza e importanza dei settori, diritti e interessi sui quali è destinata ad incidere, acquisisce rilevanza esterna sul piano dell'ordinamento generale.

Proprio sulla vocazione della deontologia a incidere su diversi aspetti della vita sociale e di farsi carico dei diritti fondamentali e degli interessi sui quali l'attività professionale va incidere, si basa la presenza nei codici di deontologia medica di norme dedicate agli aspetti eticamente più sensibili nell'ambito biogiuridico e quindi la sua rilevanza come componente normativa del biodiritto.

Alla dimensione normativa della deontologia si affianca, in tutti gli ordinamenti benché con riflessi diversi sul piano giuridico, quella relativa alla responsabilità disciplinare quale conseguenza della vincolatività delle norme deontologiche per i professionisti.

Un altro elemento comune a tutte le deontologie è il duplice approccio dello stato con riferimento al fenomeno deontologico. Da un lato, infatti, l'ordinamento giuridico riconosce l'autonomia della categoria professionale a regolamentare direttamente determinati aspetti che la riguardano (con un'ampiezza spesso anche significativa) e il ruolo degli ordini professionali nel garantire il corretto esercizio della professione. Dall'altro lato, però, lo stato in qualche modo "acquisisce" il fenomeno deontologico, facendolo entrare nell'ordinamento giuridico entro più livelli. Ciò è avvenuto, ad esempio, con la scelta degli ordinamenti di definire attraverso fonti statali, in maniera più o meno incisiva, il quadro giuridico di riferimento della dimensione deontologica e della relativa responsabilità disciplinare. Tale approccio statale è ravvisabile però anche nelle forme di controllo sulla dimensione deontologica che gli ordinamenti hanno progressivamente sentito il bisogno di affermare in maniera più concreta. In Francia questo tipo di controllo si esplica, ad esempio, attraverso la scelta di pubblicare, a partire dagli anni Cinquanta, il codice deontologico come decreto statale e si concretizza nel conseguente ruolo svolto dal *Conseil d'Etat* in fase di formazione dei codici. In Germania sui confini dell'autonomia normativa della categoria professionale e sul relativo ruolo della fonte legislativa ha preso posizione negli anni Settanta il *Bundesverfassungsgericht*. Attualmente, inoltre, le tematiche sulle quali può intervenire la normativa deontologica sono stabilite a livello legislativo dai *Länder*. Anche in Italia,

nonostante non ci sia un quadro ben definito dei rapporti tra codici deontologici e fonti del diritto, la Corte di Cassazione ha, ad esempio, riconosciuto la sua competenza a pronunciarsi sull'interpretazione delle norme dei codici deontologici, quindi a svolgere la stessa funzione nomofilattica che le è propria rispetto alle norme giuridiche¹²⁵.

Infine, il contenuto e l'ampiezza delle fonti deontologiche dipendono in ogni ordinamento dai modelli dei rapporti tra dimensione deontologica e dimensione giuridica.

Nel presente lavoro, l'analisi del ruolo della deontologia tra le fonti del diritto avrà come principale oggetto di riferimento la deontologia codificata, quindi i codici deontologici. Ciò permetterà di studiare in maniera analitica e con maggiore precisione e concretezza il ruolo riconosciuto alla normativa deontologica e i suoi rapporti con la dimensione giuridica in tutti gli ambiti e i livelli in cui le due normative (e i poteri che le hanno prodotte e che vigilano sul loro rispetto) si intersecano e influenzano reciprocamente. L'analisi terrà però in considerazione anche i principi deontologici generali non scritti e la riflessione deontologica interna alle categorie professionali analizzate.

Per quanto nello specifico riguarda l'ordinamento tedesco, tra le fonti dello *Standesrecht* verranno prese in considerazione insieme alla *Berufsordnung* le *Richtlinien* allegate al MBO e ciò in ragione della loro potenziale rilevanza sul piano giuridico e dell'importanza della disciplina in esse contenuta. In particolare, per la rilevanza che assumono in ambito biogiuridico, ci si concentrerà prevalentemente sulle *Richtlinien* in materia di procreazione medicalmente assistita. L'analisi dei rapporti tra deontologia e diritto si estenderà poi alle fonti della responsabilità disciplinare e al relativo procedimento.

¹²⁵ Su tutti questi aspetti cfr. *infra* parte II.

PARTE SECONDA

LA CODIFICAZIONE DELL' ETICA PROFESSIONALE

PARTE II

CAPITOLO PRIMO

DALLA DIMENSIONE DEONTOLOGICA A QUELLA STATALE: ALCUNE PREMESSE

Studiare la codificazione dell'etica professionale significa anche studiare più da vicino il percorso di avvicinamento della dimensione deontologica a quella giuridica, quindi quello che è stato definito il «passaggio significativo dalla mera individuazione dei problemi etici a un vero e proprio diritto deontologico»¹. La stessa idea di un codice, di un corpus di regole deontologiche è del resto in sintonia con quella «scelta fondamentale della civiltà giuridica moderna compiutamente definitasi tra Sette e Ottocento nell'Europa continentale»².

Il percorso che ha portato la deontologia ad essere progressivamente più vicina alla dimensione giuridica è caratterizzato da fattori e scelte diverse nei singoli paesi ed è sfociato in conseguenze parzialmente diverse sul piano giuridico. Si tratta però di un fenomeno che certamente accomuna, seppur con intensità diversa, tutti gli ordinamenti analizzati. Benché diverse siano le gradazioni e le forme nelle quali può manifestarsi tale progressivo avvicinamento, ciò che è infatti osservabile in tutti i contesti è l'evoluzione da una fase originaria in cui le deontologie professionali – in particolare quella medica che è indubbiamente la più risalente e frutto di una costante tradizione – venivano elaborate al di fuori di qualsiasi intervento esterno alla professione, ad una fase in cui la normativa deontologica ha cominciato ad assumere forme sempre più integrate nella dimensione statale.

In questa prospettiva sono almeno due i profili dell'intervento dello stato che occorre analizzare. Il primo attiene al ruolo da esso assunto nell'elaborazione e predisposizione concreta del codice deontologico, quindi in una fase “a monte” della

¹ Così scrive R. DANОВI nel saggio introduttivo “Dalle regole alla codificazione” nel *Commentario al codice deontologico forense* da lui curato, II. ed., Milano, 2004, p. 4.

² P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, 2000, p. 579-599, soprattutto p. 598.

sua adozione. Il secondo riguarda invece la dimensione per così dire “a valle”, ossia il riconoscimento e l’inserimento del codice nel sistema delle fonti del diritto.

L’esito del percorso di avvicinamento tra dimensione deontologica e dimensione statale ha un’incidenza potenzialmente tanto rilevante sulla portata e le funzioni moderne delle deontologie da portare la dottrina francese, ad esempio, a distinguere all’interno del vasto panorama di modelli di deontologia, alcune dette *étatiques* da altre che rimangono invece su un piano *extra-étatique*³.

La possibilità di tracciare una distinzione significativa, con riferimento sia alla loro forma che alla loro forza obbligatoria, tra *déontologie étatiques* e *déontologie extra-étatiques* è un elemento che caratterizza espressamente l’ordinamento francese, ma che è interessante in prospettiva comparata poiché sintomatico delle conseguenze pratiche cui possono condurre determinati modelli di rapporti tra deontologia e diritto e perché alcuni elementi sostanzialmente equivalenti possono individuarsi anche in altri ordinamenti giuridici, seppur espressi diversamente sul piano formale.

Per quanto riguarda l’evoluzione a cui si è appena fatto cenno, è innanzitutto interessante notare come la forma di deontologie *extra-étatiques* fosse generalmente quella della maggior parte delle deontologie prima che ricevessero un diretto riconoscimento statale e spesso la produzione di una deontologia da parte di un’associazione o di un sindacato è servita da preludio ad un suo successivo riconoscimento ufficiale.

In generale la distinzione tra i due tipi di deontologia si basa proprio sull’inclusione delle deontologie *étatiques* all’interno della produzione normativa statale. Più nello specifico, per quanto riguarda l’ordinamento francese, tale distinzione si basa principalmente su una definizione di “*droit de l’État*” come «*ensemble de actes et décisions publiés au Journal Officiel de la République*» e ciò in ragione del fatto che la produzione del diritto statale è governata dal principio di pubblicità e che «*toute sa production juridique est publique au sens de publiée*»⁴. Le deontologie *étatiques* si caratterizzano quindi generalmente per la forma di fonti statali che esse assumono e per la pubblicazione sul *Journal Officiel*.

In ragione di ciò, altre forme di produzione normativa come, ad esempio, i regolamenti interni di associazioni, di sindacati o di imprese, benché prese in

³ J. MORET- BAILLY, *Les déontologies*, cit., p. 152 e ss. e p. 398 e ss.

⁴Ibid., p. 79.

considerazione dallo stato, sono qualificate come regole di origine *extra-étatique* proprio in quanto non s'incarnano nella produzione statale, ma rimangono al di fuori di essa. Inevitabilmente, la pubblicazione e quindi, più in generale, l'avallo da parte dello stato di una deontologia manifesta la rilevanza di quest'ultima all'interno del sistema giuridico e pertanto «*les déontologies consacrées par l'état sont-elle appelées à des développements auxquels ne peuvent prétendre celles qui ne le sont pas*»⁵. Senza un riconoscimento statale l'efficacia di una normativa deontologica all'interno del sistema di diritto positivo è infatti necessariamente più limitata⁶. La ridotta operatività di questi tipi di deontologia risulta proprio dal fatto che il loro ambito di validità rimanga confinato a quello dell'istituzione che le ha prodotte⁷.

Come si avrà modo di analizzare più avanti, nell'ordinamento francese la dimensione del riconoscimento statale dei codici deontologici si accompagna generalmente ad un intervento dei pubblici poteri anche nella fase di elaborazione che precede la loro adozione.

Benché tali due profili di intervento statale non coincidano necessariamente in tutti gli ordinamenti analizzati, la distinzione tra *déontologies étatiques* ed *extra-étatiques* e più in generale il legame tra una normativa deontologica e gli strumenti giuridici predisposti a livello statale sono estremamente significativi per comprendere la rilevanza, le funzioni e i limiti della deontologia sul piano dell'ordinamento generale e costituiscono un elemento di valutazione essenziale nell'analisi comparata.

In particolare, il legame tra dimensione deontologica e dimensione statale è il portato dell'evoluzione storica, culturale, normativa e giurisprudenziale dei rapporti tra stato e professioni ed emerge in maniera significativa proprio dalle dinamiche legate alla codificazione deontologica.

In questa seconda parte verranno quindi analizzate dal punto di vista formale le modalità di ingresso della deontologia negli ordinamenti francese, tedesco e italiano. Il rapporto tra deontologia e diritto e tra professioni e stato verrà pertanto affrontato

⁵Ibid.

⁶ J. MORET-BAILLY, *Une déontologie commune?*, in I. DE LAMBERTERIE, E. VERGES (a cura di), *Quel droit pour la recherche?*, Paris, 2006, pp. 181-194, soprattutto p.187.

⁷ Anche la stessa deontologia medica francese, ad esempio, aveva originariamente un'efficacia considerevolmente limitata se paragonata a quella attuale, in quanto prodotta semplicemente da sindacati o associazioni senza la forma di fonte statale vincolante: in particolare, per il professionista che non volesse sottomettersi alla regolamentazione deontologica era sufficiente non aderire alle istituzioni che cercavano di promuoverla per non esservi vincolato. Si veda J.-P. ALMERAS, H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, cit., p.35.

dal punto di vista della codificazione dell'etica professionale e della sua rilevanza nell'ordinamento giuridico, con particolare riferimento alla dicotomia tra autonomia della professione e controllo dei pubblici poteri. Ci si chiederà innanzitutto se i codici trovano un preciso fondamento normativo nelle fonti statali e se agli ordini professionali sia riconosciuto un vero e proprio potere regolamentare.

Del potere normativo degli ordini professionali si indagherà poi l'ampiezza e il livello di autonomia rispetto a meccanismi di intervento e di controllo statale, in particolare per quanto riguarda il procedimento di formazione delle fonti deontologiche e la determinazione del loro contenuto.

Con specifico riferimento ai codici deontologici e al profilo del loro riconoscimento da parte dello stato, si analizzerà infine la forma da essi assunta, quindi la loro collocazione nel complessivo sistema delle fonti del diritto.

Da questo punto di vista, ogni ordinamento analizzato rivela specifiche diversità nel modo di concepire i rapporti tra diritto e deontologia e nelle modalità in cui permette l'ingresso della normativa deontologica nell'ordinamento giuridico statale. In ogni capitolo, quindi, l'analisi procederà cercando di individuare e approfondire gli elementi che maggiormente caratterizzano le singole esperienze nazionali.

Indipendentemente dalla formale collocazione del codice deontologico negli ordinamenti trattati – che, come si vedrà, può variare anche in maniera significativa e non dare risposte esaustive per tutte le dimensioni deontologiche analizzate – in alcuni casi ci si dovrà quindi più in generale interrogare sulla natura giuridica o meno delle norme contenute nelle fonti deontologiche (sia nei codici che, ad esempio, nelle *Richtlinien* tedesche), anche attraverso lo studio della giurisprudenza e di altre forme di rilevanza esterna della componente deontologica. Per adeguare il percorso argomentativo alla specificità dei modelli analizzati, l'analisi di alcune esperienze sarà quindi maggiormente basata sugli elementi formali della codificazione deontologica, mentre lo studio di altre, in particolare di quella italiana, dovrà estendersi ad elementi diversi ed ulteriori rispetto alla forma del codice.

L'obiettivo della presente sezione è quello di capire se del fenomeno deontologico si possa parlare in termini di diritto, quindi di fonte normativa inserita nell'ordinamento giuridico generale o di semplice forma di autodisciplina professionale con meccanismi di controllo statale.

La portata di tale distinzione sarà poi ancora più chiara con riferimento a due ulteriori profili del rapporto tra dimensione deontologica e dimensione statale: il ruolo della deontologia medica nel biodiritto e la sua rilevanza in ambito di responsabilità professionale.

La ricostruzione teorica dei modelli di rapporti tra fonti deontologiche e fonti statali consentirà infatti di collocare e analizzare con maggiore precisione le interazioni e le reciproche influenze tra diritto e deontologia. Allo stesso tempo, però, proprio lo studio dell'intersecarsi di queste due componenti, delle loro funzioni e della portata delle rispettive fonti in ambito biomedico permetterà di valutare la tenuta sul piano pratico dei modelli descritti in questa sezione e la loro capacità di offrire, nel concreto, risposte coerenti, certe, ma sufficientemente flessibili alla complessità di questioni etiche, giuridiche e deontologiche che emergeranno nell'ambito di analisi.

PARTE II

CAPITOLO SECONDO

FONDAMENTO GIURIDICO E POTERE NORMATIVO DEGLI ORDINI PROFESSIONALI

1. Abilitazione legislativa espressa e integrazione della deontologia nell'ordinamento giuridico francese

Nell'ordinamento francese l'attuale fondamento giuridico del codice deontologico è contenuto in una norma del *code de la santé publique* (CSP). Tale norma rappresenta sia il punto di arrivo di un'evoluzione dei rapporti tra diritto e deontologia sfociata nella concreta integrazione del codice deontologico nel sistema delle fonti statali, sia la sintesi di un peculiare rapporto tra categoria professionale e pubblici poteri nell'elaborazione della normativa deontologica.

Di questo peculiare rapporto nella formazione del codice si parlerà nel prossimo capitolo; in questa sede si cercherà invece di rendere conto del percorso di integrazione della deontologia nell'ordinamento giuridico statale.

Dal punto di vista storico, la normativa deontologica nacque in Francia come semplice forma di autoregolamentazione e cominciò il suo graduale processo di avvicinamento al diritto a partire dal XIX secolo, divenendo oggetto costante di dibattiti in ambito professionale e cominciando ad essere elaborata in codici prodotti da sindacati ed associazioni mediche.

L'elaborazione di un corpo di regole deontologiche è stato voluto, infatti, dalla stessa professione medica, la quale, stimolata in particolare dalle opere di Simon⁸, cominciò a manifestare parallelamente anche una spiccata volontà di unificazione e istituzionalizzazione⁹. Sono quindi le riflessioni e le spinte interne alla categoria

⁸ SIMON, *Déontologie médicale ou des devoirs et des droits des médecins dans l'état actuel de la civilisation*, cit. Un altro autore che in quegli anni ha probabilmente esercitato una significativa influenza è J. GRASSET, con il suo scritto *Consultations médicale sur quelques maladies fréquentes*, Masson, Paris et Coulet, Montpellier, 4^e ed., 1896. Per un'analisi storica più approfondita cfr. E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit. p. 90.

⁹ E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit., p.93.

professionale a preparare in qualche modo il terreno a quello che sarebbe stato poi l'intervento dei poteri pubblici, grazie al quale la deontologia medica francese ha assunto il suo attuale ruolo all'interno delle fonti del diritto.

Agli inizi del XX secolo la deontologia cominciò progressivamente ad assumere una dimensione giuridica, benché ancora solo come insieme di regole interne a istituzioni, associazioni o sindacati professionali. Come già ricordato, il limite di queste produzioni normative consisteva nella non obbligatorietà dell'adesione alle organizzazioni che le avevano elaborate. Da qui la volontà dei principali organismi professionali di ottenere un riconoscimento della deontologia da parte dello stato. Sul piano concreto tale volontà si manifestò attraverso la proposizione di diversi disegni di legge volti ad ottenere l'organizzazione di un ordine professionale cui affidare l'incarico di elaborare ed applicare la deontologia.

È interessante sottolineare l'idea progressivamente emersa del legame tra riconoscimento sul piano giuridico della deontologia e la sua capacità di svolgere nel concreto le funzioni che le sono proprie. A ciò, in un contesto storicamente caratterizzato da una spiccata diffidenza nei confronti delle corporazioni, si è unita la volontà dello stato di controllare il fenomeno ordinistico e deontologico. È stata probabilmente la sinergia tra queste due volontà ad aver condotto all'attuale peculiare assetto della deontologia medica in Francia.

Originariamente, infatti, durante la rivoluzione francese la *loi Le Chapelier* dell'agosto 1791 aveva abolito tutte le corporazioni per contrastare quello che veniva definito un «*corporatisme contraignant les libertés*»¹⁰. L'idea di un'«*Institution ordinale médicale*» cominciò a riemergere già nel 1845 in occasione del *Congrès Médical de France* che propose proprio la creazione di un ordine professionale. Nonostante le spinte interne alla categoria e diversi progetti depositati in Parlamento, si dovette aspettare però il 1940 perché venisse creato un organismo al quale tutti i medici dovessero obbligatoriamente aderire e che imponesse loro delle regole di condotta. L'ordine, in particolare il «*Conseil supérieur des médecins*», venne creato infatti solo durante il Regime di Vichy con la legge del 17 ottobre 1940, che conferì

¹⁰ Interessante notare che dopo tale abolizione, Napoleone, che pure creò l'ordine degli avvocati, non ritenne necessario codificare delle regole per l'esercizio della medicina, ad eccezione della stesura nel 1810 dell'articolo 378 del codice penale in materia di segreto professionale. Cfr. il sito dell'ordine dei medici francese . <http://www.conseil-national.medecin.fr/>.

ad esso, tra l'altro, l'incarico di elaborare «*tous règlements d'ordre intérieur*». Su queste basi, nell'aprile 1941, venne creato il primo codice di deontologia, in vigore fino alla promulgazione del successivo nel 1947.

Il codice del 1942 rappresentò così la prima concreta tappa nel percorso di avvicinamento tra dimensione deontologica e dimensione giuridica. Il cambiamento più radicale e significativo fu però la nascita di un ordine professionale capace di raggruppare in maniera obbligatoria e non più solo su mera base volontaria l'insieme dei professionisti. A partire da questo momento, infatti, tutte le regole elaborate dal *Conseil* e, in particolare, il suo regolamento interno si applicarono a tutti i professionisti. La deontologia si affermò così come dimensione caratterizzante l'intera professione, come insieme di norme che ne regolano l'esercizio, alle quali tutti i medici sono sottoposti.

Tale modello di organizzazione così affermatosi nella seconda guerra mondiale venne mantenuto anche dopo la fine del regime. Nonostante la formale soppressione, subito dopo la liberazione della Francia, dell'ordine creato nel 1940, l'attuale ordine dei medici francese venne infatti creato con un'ordinanza del Generale de Gaulle, firmata dall'allora Ministro della Salute François Billioux, già il 24 settembre 1945¹¹. Ciò testimonia la consapevolezza da parte delle istituzioni statali dell'utilità del ruolo di un ordine professionale. A tale consapevolezza si unisce però un ulteriore aspetto legato al mantenimento dell'ordine¹². L'idea che emerge dalla creazione moderna degli ordini è infatti quella di organizzare un controllo amministrativo delle professioni¹³. L'ordine assume così anche la funzione di garantire interessi di rilievo pubblico e proprio al fine di garantire il controllo sulla qualità e la correttezza dell'esercizio professionale ad esso viene attribuito, accanto alla competenze in ambito deontologico, un ruolo amministrativo¹⁴.

Interessante è da questo punto di vista la giurisprudenza con la quale il Consiglio di Stato francese, già a partire dal 1943, ha affermato la sua competenza a giudicare della liceità degli atti degli ordini professionali. Si tratta in particolare della decisione

¹¹ Cfr. J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, cit.

¹² Aspetto ulteriore rispetto agli intenti del regime di Vichy che con la creazione dell'ordine mirava soprattutto al «*dépassement de la lutte des classes*»; cfr. J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, cit.

¹³ Ibid. L'autore fa espresso riferimento all'obiettivo di «*organiser la police administrative des professions*».

¹⁴ Per un quadro completo delle competenze dell'ordine cfr. <http://www.conseil-national.medecin.fr/>.

Bouguen¹⁵, pronunciata con riferimento ad una causa insorta tra un medico e l'allora consiglio superiore dell'ordine. La portata di tale *arrêt* è particolarmente ampia perché, da un lato, ha inciso sulla definizione della natura giuridica dell'ordine professionale e, dall'altro, costituisce la base del regime giuridico applicabile agli atti di tutti gli ordini professionali. Per quanto riguarda il primo aspetto, in assenza di una previsione legislativa di riferimento, le difficoltà che a lungo hanno impegnato la dottrina francese attenevano al problematico inserimento della figura dell'ordine tra la categoria dell'ente pubblico e quella della persona giuridica di diritto privato. Il *Conseil d'Etat* in questa decisione ha escluso espressamente che si trattasse di enti pubblici, senza però concretamente qualificarne la natura sul piano giuridico.

Con riferimento al secondo aspetto, invece, il *Conseil*, per fondare la sua competenza a decidere sul caso, ha precisato che il legislatore, creando gli ordini, ha voluto fare dell'organizzazione e del controllo dell'esercizio delle relative professioni un servizio pubblico¹⁶. Da qui, quindi, una competenza molto ampia del giudice amministrativo nel giudicare gli atti degli ordini professionali.

A lungo tale pronuncia, pur avendo posto un punto fermo escludendo la natura di *établissements publics*, ha lasciato parte della dottrina nell'incertezza sulla possibile configurabilità di una terza figura a metà strada tra la persona giuridica di diritto pubblico e quella di diritto privato. Da un lato, infatti, il rilievo pubblico delle funzioni attribuite agli ordini faceva propendere per la prima categoria; dall'altro, però, l'analisi della loro struttura interna – completamente di diritto privato – ne rendeva difficile la qualificazione all'interno del diritto pubblico¹⁷. La questione venne poi risolta sempre in via giurisprudenziale dal *Conseil d'Etat*, il quale a partire dagli anni Sessanta ha in maniera costante definito gli ordini professionali come «*organismes privés chargés d'une mission de service public*»¹⁸, quindi organismi privati con funzioni di servizio pubblico. Si può pertanto sostenere, come sottolineato

¹⁵ 2 avril 1943 - Bouguen - Rec. Lebon p. 86.

¹⁶ Cfr. la sezione *Présentation des grands arrêts* sul sito del *Conseil d'Etat* <http://www.conseiletat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/2-avril-1943-bouguen.html> La letteratura sul punto è molto vasta.

¹⁷ Il dibattito si inserisce in quello più ampio relativo alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato nel diritto amministrativo francese. Si vedano, tra gli altri, L. WALINE, *droit administratif*, 23e éd., Pairs, 2010, p.251; P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Paris, 2011. Si vedrà nel prossimo paragrafo come la controversa natura degli ordini professionali in Francia costituisca una differenza rispetto all'ordinamento tedesco, nel quale invece le *Ärzttekammern* sono *Körperschaften des öffentlichen Rechts*, *infra* § 2.2.

¹⁸ Arrêt Magnier del 13 gennaio 1961.

anche in dottrina che «*le droit privé régit la structure de l'ordre, et le droit public l'exercice de sa mission*»¹⁹.

Sempre all'interno di una logica di definizione a livello statale dell'ambito di rilevanza della componente professionale, anche il modello di elaborazione delle norme deontologiche, in particolare del codice, venne riorganizzato: dal secondo dopo guerra in poi il codice deontologico assunse infatti la forma di un atto amministrativo statale. Ed è questo il secondo cambiamento radicale dal punto di vista giuridico: la deontologia medica francese è sostanzialmente «*échappé(e) à la sphère de la seule régulation sociale, pour intégrer l'ordre du droit*». La deontologia medica in Francia è quindi integrata nel diritto statale, assumendo inizialmente la forma di *règlement d'administration publique*, a sua volta rinominato dalla Costituzione del 4 ottobre 1958 *décrets en Conseil d'État*²⁰.

Per quanto nello specifico attiene al fondamento giuridico del codice deontologico, l'articolo 66 dell'originaria ordinanza del 1945 è attualmente confluito nell'articolo L 4127-1 del CSP ai sensi del quale «*un Code de déontologie, propre à chacune des professions de médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes sera préparé par le Conseil-National de l'Ordre intéressé et soumis au Conseil D'État pour être édicté sous la forme d'un règlement d'administration publique*».

Già in questo articolo, come anticipato, ci sono tutti gli elementi che sintetizzano dal punto di vista formale l'attuale modello francese di ingresso del codice di deontologia medica nell'ordinamento giuridico.

É innanzitutto una norma giuridica statale a conferire espressamente il potere normativo all'ordine dei medici francese, prevedendolo non in termini generici, ma con esplicito riferimento all'adozione di un codice deontologico. Di quest'ultimo viene anche contestualmente stabilita la forma giuridica che deve assumere, quindi la relativa posizione nella gerarchia delle fonti. Il codice deontologico assume così la forma di un regolamento amministrativo, nello specifico un decreto *en Conseil d'Etat*.

¹⁹ L. WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 252.

²⁰ J. MORET - BAILLY, *Une déontologie commune?*, cit, p.183. Per un approfondimento su questo tipo di fonte cfr., ad esempio, P. BRUNET, *Les normes législatives et administratives*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Paris, 2011, pp. 491-528.

Proprio sulla base di questa norma è stato adottato il codice del 1947²¹. A questo codice hanno fatto poi seguito altri adottati nel 1955, nel 1979 e nel 1995, successivamente modificati nel 2006 e nel 2012²².

La codificazione del 1947 ha quindi permesso alla deontologia medica di uscire dall'universo chiuso dell'autoregolamentazione per assumere la forma di deontologia *étatique* e divenire così una vera e propria fonte del diritto.

In un secondo momento, il codice di deontologia medica è stato inserito nel più ampio progetto di codificazione *à droit constant*, che ha interessato l'ordinamento francese a partire dalla fine degli anni Novanta, venendo così addirittura integrato nel diritto positivo attraverso la trasposizione del suo contenuto nel *code de la santé publique*.

Su questo processo di integrazione e sulla concreta posizione del codice deontologico tra le fonti del diritto si tornerà a breve. All'esito di quest'analisi del percorso che ha portato la deontologia francese ad avvicinarsi, prima, e ad integrarsi poi, nell'ordinamento giuridico statale, ciò che si può fin da subito sottolineare è come tale integrazione rappresenti un elemento originale anche nel panorama delle deontologie francesi, con riferimento al quale si può forse sostenere che «*l'État s'approprie un ensemble de normes autonomes issues d'un groupe particulier*»²³.

²¹ Sul significativo ruolo del *Conseil d'Etat* per la deontologia nel sistema delle fonti dell'ordinamento francese cfr. *infra*. Cap. III.

²² Per un'analisi storica della deontologia medica francese e dei vari codici si veda, tra gli altri, G. MÉMETEAU, *Droit médicale et déontologie: suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement*, in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, 1992, p.747 e ss; TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit., J-P. ALMERAS et H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, cit. e inoltre il sito del *Conseil National de l'Ordre des Médecins*: www.conseil-national.medecin.fr.

²³S. POIRE, *Le médecin, maillon du système de « gouvernement de la santé »*, in F. BELLIVIER., C. NOIVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, cit., p.23. Cfr. inoltre V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 2005, vol. 16, pp. 103-123.

2. *Berufsordnung* come espressione dell'autonomia amministrativa degli ordini professionali in Germania

Per comprendere il quadro giuridico nel quale inserire il fondamento normativo della *Berufsordnung* nell'ordinamento tedesco è necessario collocare con precisione la previsione ed elaborazione del codice nelle dinamiche legate alla struttura federale della Repubblica tedesca e alla natura giuridica e autonomia amministrativa degli ordini professionali.

In termini generali, la codificazione dei doveri del medico elaborata dalla categoria professionale si articola in Germania su due livelli, cui corrisponde una diversa rilevanza sul piano giuridico: quello statale comprende le *Berufsordnungen* elaborate dalle Camere dei medici (*Landesärztekammern*) sulla base della rispettiva legislazione professionale statale (*Heilberufe-Kammergesetz*); quello federale si esprime attraverso la (*Muster-*) *Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte* (*MBO*) elaborata dal *Deutsche Ärztetag* e dal consiglio dell'ordine federale dei medici tedeschi, la *Bundesärztekammer* (BÄK).

Per *Deutsche Ärztetag* si intende l'assemblea nazionale che ogni anno riunisce, a livello federale, i medici tedeschi, per discutere di alcune delle questioni più rilevanti o eticamente sensibili legate all'esercizio della professione. Dal punto di vista storico, il primo *Deutsche Ärztetag* risale al settembre del 1873. In quell'occasione venne redatto lo statuto per un *Ärztevereinsbund*, con l'obiettivo di unire le varie associazioni dei medici tedeschi perché il confronto tra esse fosse di reciproco stimolo e per incentivare e valorizzare il riconoscimento sul piano scientifico, pratico, ma anche sociale della categoria professionale. Già a partire dal 1878 l'organismo associativo così creato contava un significativo numero di adesioni, che raddoppiò nel 1890, aumentando costantemente fino a fare del *Deutsche Ärztetag* quella che oggi viene definita la "*parlamentarische Versammlung*", l'assemblea parlamentare dei medici tedeschi.

Per molti decenni i dibattiti ebbero come oggetto principale le questioni di politica sanitaria e il confronto sull'allora controverso rapporto con la legislazione in materia di servizio sanitario nazionale. Sul percorso così iniziato dalla categoria professionale, com'è noto, incise però in maniera drammatica l'esperienza del nazionalsocialismo e i crimini commessi, anche dai medici, durante il Terzo Reich.

Ciò rimise inevitabilmente in discussione l'immagine della professione medica e di quell'insieme di valori e principi etici di cui dovrebbe essere portatrice, con conseguenze che a lungo condizionarono poi la riflessione sia all'interno che all'esterno della categoria professionale. Dell'influenza di tale esperienza sulla dimensione deontologica, sul suo ruolo, sui contenuti e l'evoluzione delle norme professionali e sul rispettivo approccio di stato e professione, si tratterà nella prossima sezione, studiando il ruolo della deontologia in ambito biomedico; con riferimento all'evoluzione di cui in questa sede si tracciano le tappe fondamentali, va sottolineato che la crisi sociale e politica che colpì la Germania influì in maniera diretta anche sulle organizzazioni professionali. Già dal 1932, poi per tutto il Terzo *Reich* e fino al 1947 nessuna assemblea nazionale dei medici tedeschi ebbe infatti luogo. Dal 1933 del resto non esisteva più alcuna organizzazione medica che fosse libera.

Da questa pagina, senza dubbio la più nera nella storia della professione medica, è poi, a conflitto terminato, progressivamente ripartita la ricostruzione dei rapporti tra stato e categoria professionale. Le dinamiche culturali, sociali, politiche e giuridiche che caratterizzarono la Germania del secondo dopo guerra – in particolare la sua ricostruzione e riunificazione, nonché l'entrata in vigore della Legge Fondamentale e la definizione delle competenze tra *Bund* e *Länder* – hanno rappresentato quindi il contesto all'interno del quale venne ricostruito l'attuale assetto dell'autonomia amministrativa e regolamentare riconosciuta alla professione medica.

Per quanto riguarda gli ordini professionali, subito dopo la seconda guerra mondiale e fino alla fine del 1945 esse poterono riprendere ad esercitare su base in gran parte volontaria nelle tre zone occupate della Germania Ovest. La prima nuova *Ärztetikammer* venne istituita nel 1946 in Baviera come ente collettivo di diritto pubblico e, in seguito, anche le legislazioni degli altri *Länder* cominciarono a istituire ordini professionali con analoga struttura e natura giuridica. In questa ricostruzione intrapresa nella Germania Ovest e terminata con la fondazione dell'ordine dei medici di Berlino nel 1962, gli ordini professionali, nel sostituirsi alle organizzazioni professionali attive in epoca precedente, hanno quindi fatto ricorso al diritto, in particolare al diritto pubblico, per la definizione della loro sfera di

competenza²⁴. Nella Germania Est si dovette invece aspettare la fine della DDR e la riunificazione tedesca per la ricostruzione di un contesto democratico all'interno del quale fondare l'autonomia amministrativa degli ordini. Dopo il 1990, quindi, anche nei nuovi cinque *Länder* vennero istituiti ordini e associazioni professionali nella forma di enti collettivi di diritto pubblico. Poiché nel *Land Nordrhein-Westfalen* vennero istituiti due ordini professionali corrispondenti alle due regioni, in Germania sono attualmente presenti 17 *Ärzttekammern*, ciascuna delle quali elabora una propria *Berufsordnung*.

Per quanto riguarda la comunità professionale nel suo complesso, dopo 17 anni di interruzione, con il cinquantunesimo *Deutsche Ärztetag* di Stoccarda ripresero anche le annuali assemblee dei medici tedeschi, che però solo dopo riunificazione divennero veramente rappresentative di tutta la categoria professionale tedesca. Nel 1947 venne inoltre istituita la “*Arbeitsgemeinschaft der Westdeutschen Ärzttekammern*”, poi divenuta l'attuale *Bundesärztekammer*.

La nuova realtà federale non permise però il realizzarsi dell'originario obiettivo, portato avanti dalle rappresentanze della categoria medica, di riunire la comunità professionale in un unico ente federale di diritto pubblico e di creare un uniforme diritto della professione medica su base federale²⁵. La sfera di competenza e le funzioni dell'ordine federale dei medici tedeschi furono infatti condizionate dall'emergente contesto di organizzazione su base statale della professione.

Dal punto di vista giuridico, elemento essenziale del nuovo quadro normativo di riferimento è infatti proprio la struttura federale così come disciplinata dalla *Grundgesetz* (GG). In particolare, per quanto riguarda la ripartizione di competenze tra livello federale e livello statale, in base all'articolo 30 GG «l'esercizio dei poteri statali e l'adempimento dei compiti statali spettano ai *Länder*, salvo che questa Legge

²⁴ Cfr. il sito della BÄK:

<http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.66.67.1771#Grundgesetz>. Per un approfondimento sul fenomeno deontologico in Germania si vedano, tra gli altri, H.-P. RIES et al., *Arztrecht*, Berlin Heidelberg, 2012; J. HEBERER, *Das ärztliche Berufs- und Standesrecht*, Landsberg/Lech, 2001; W. Bruchhausen, H.-G. HOFER, *Ärztliches Ethos im Kontext. Historische, phänomenologische und didaktische Analysen*, Bonn, 2010.

²⁵ Cfr. il sito della BÄK:

<http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=3.66.67.1771#Grundgesetz>.

Fondamentale disponga o consenta altrimenti»²⁶. Ai sensi dell'articolo 70, inoltre, in tutte le materie non riservate al *Bund*, i *Länder* hanno il diritto di legiferare²⁷.

In ambito sanitario la GG si limita a prevedere tra le materie di legislazione concorrente le misure contro le malattie dell'uomo e degli animali contagiose e pericolose per la collettività pubblica, l'abilitazione alla professione medica e ad altre professioni e attività del settore sanitario, nonché, nella versione originaria del 1949, la circolazione di medicinali, farmaci, narcotici e veleni e nella versione attuale «il diritto delle farmacie, dei medicinali e dei prodotti medici, dei farmaci, dei narcotici e dei veleni»²⁸.

Con riguardo alla professione medica l'unico riferimento è quindi quello alla materia dell'abilitazione professionale. La giurisprudenza ha però precisato che nel concetto di *Zulassung* di cui all'art. 74 n. 19 GG non rientrano questioni legate alla pratica e all'esercizio professionale; quindi non vi rientra, ad esempio, l'*Ärztammerrecht*, la legislazione in materia di ordini dei medici²⁹, che rimane pertanto all'interno della competenza legislativa dei *Länder*.

Nell'esercizio di tale competenza legislativa le cd. *Kammer- und Heilberufsgesetze*, ossia le leggi dei singoli *Länder* in materia di ordini e professioni sanitarie conferiscono agli ordini professionali il compito di stabilire i doveri professionali dei medici in una *Berufsordnung*. Nel quadro giuridico attuale, l'emanazione dello

²⁶ Art. 30 GG: «*Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zuläßt*». Per la versione italiana cfr. G. CERRINA FERONI, T. E. FROSINI, A. TORRE (a cura di) *Codice delle Costituzioni. Volume I - Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Spagna, Svizzera, Usa e Weimar*, Torino, 2009.

²⁷ Art. 70 (1) GG: *Die Länder haben das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht*. Nella traduzione italiana: «I *Länder* hanno il diritto di legiferare nella misura in cui questa Legge Fondamentale non attribuisca competenze legislative allo Stato federale».

²⁸ Art. 74 n. 19 nella versione originaria del 1949: «*die Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren, die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe, den Verkehr mit Arzneien, Heil- und Betäubungsmitteln und Giften*». La formulazione è ora stata ampliata e prevede «il diritto delle farmacie, dei medicinali e dei prodotti medici, dei farmaci, dei narcotici e dei veleni». All'articolo 19° è stata inoltre aggiunta «la garanzia della stabilità economica degli ospedali e la regolamentazione delle tariffe ospedaliere». La versione attuale prevede infatti: «*Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren, Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe, sowie das Recht des Apothekenwesens, der Arzneien, der Medizinprodukte, der Heilmittel, der Betäubungsmittel und der Gifte*».

²⁹ Cfr. BVerwGE 39, 110/112; 41, 261/262. Sul punto si vedano, tra gli altri, H. D. JARASS, B. PIEROTH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 11. Auflage, Beck, 2011, art. 74, p. 834.

Standesrecht, nella forma di codice deontologico, è quindi compito delle 17 *Landesärztekammern*, le quali, in quanto autonome *Körperschaften des öffentlichen Rechts*, sono parte integrante dell'amministrazione statale, in particolare di quella indiretta, la cd. *mittelbare Staatsverwaltung*.

All'interno di questa complessa cornice di rapporti tra livello federale, livello statale e livello professionale, l'attuale ampiezza dei poteri normativi attribuiti alle camere professionali e quindi, più in generale, l'attuale portata della dimensione deontologica nell'ordinamento tedesco affonda inoltre le sue radici in una storica sentenza del *Bundesverfassungsgericht*. Si tratta della cd. *Facharzt-Beschluß* del 9 maggio 1972³⁰ con la quale il Tribunale costituzionale tedesco si è espresso con riferimento ai medici specialisti e alla *Weiterbildungsordnung*, ossia il codice elaborato dalla categoria professionale per disciplinare la loro formazione continua. Si tratta però di una pronuncia che per l'importanza del suo contenuto e l'incidenza sulle competenze della categoria professionale rappresenta senza dubbio il *leading case* anche nella definizione del potere normativo relativo alle *Berufsordnungen*.

In tale sentenza, il BVerfG, dopo aver ripercorso le tappe dell'evoluzione dello *Standesrecht* e delle istituzioni ordinistiche nell'ordinamento tedesco, affronta la questione della competenza legislativa in materia di medici specialisti. Affermando l'unitarietà del concetto di "ärztliche Berufe" (di professione medica) di cui all'art. 74 della GG e riferendosi alla citata giurisprudenza sul concetto di *Zulassung*, conferma anche in questo caso che «Die Regelung der ärztlichen Weiterbildung nach Erteilung der Approbation und damit die gesamte Regelung des Facharztwesens gehört dagegen zur ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder»³¹. Si tratta quindi di competenza esclusiva dei *Länder*. Questa pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco assume però particolare rilevanza soprattutto per la definizione dei reciproci rapporti tra competenza legislativa e competenza della categoria professionale in ambito deontologico. Di essa si analizzeranno quindi i passaggi più rilevanti nel prossimo capitolo. Per quanto riguarda il fondamento giuridico dell'emanazione della *Berufsordnung*, va sottolineato come proprio in questa sentenza il BVerfG abbia espressamente riconosciuto la liceità, ma anche l'utilità della regolamentazione professionale attraverso *Satzungen* emanate da

³⁰ BVerfGE 33, 125.

³¹ Ibid.

organizzazioni professionali dotate di autonomia. In sostanza, quindi, la giurisprudenza costituzionale ha affermato la liceità della creazione da parte del legislatore di ordini professionali quali organismi facenti parte della cd. *mittelbare Staatsverwaltung* e del trasferimento a questi di funzioni normative con riferimento alla loro sfera di attività.

Anche nell'ordinamento tedesco, pertanto, come avviene in quello francese, il codice deontologico trova fondamento espresso in una legge statale. In Germania, più nello specifico, la legge conferisce tale funzione ad organismi professionali che sono inseriti in maniera peculiare nella struttura amministrativa statale e sono pertanto dotati di una significativa forma di autonomia. I codici adottati dagli ordini professionali assumono quindi la forma tipica degli atti di questi enti collettivi e dal punto di vista giuridico sono dei regolamenti propri di un'associazione professionale dotata di autonomia amministrativa (*Satzungen*).

Le *Körperschaften des öffentlichen Rechts* sono infatti persone giuridiche create non attraverso un atto di autonomia privata, ma istituite direttamente da una legge o sulla base di essa³². Rientrano in questa categoria, ad esempio, anche i comuni, i quali però ricoprono una posizione peculiare trovando fondamento direttamente nel diritto costituzionale. Tra gli enti collettivi di diritto pubblico, le camere professionali dei medici rientrano nelle cd. *Personalkörperschaften*, l'appartenenza alle quali si fonda su determinate qualifiche della persona, generalmente la professione³³.

Nel contesto tedesco il concetto di *mittelbare Staatsverwaltung* si riferisce, come anticipato, a forme di amministrazione indiretta, nel senso che lo stato non esercita le sue funzioni amministrative in forma diretta, attraverso propri organi, ma le cede o trasferisce ad organi che sono giuridicamente indipendenti e autonomi, benché inseriti nell'organizzazione amministrativa statale³⁴. Tecnicamente quindi la

³² Cfr., tra gli altri, H. SODAN, J. ZIEKOW, *Grundkurs öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht*, Beck, 2012, p. 415; R. SCHMIDT, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens; Staatshaftungsrecht*, 11. Auflage, Verlag, 2007, p. 30 e ss.

³³ H. SODAN, J. ZIEKOW, *Grundkurs öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht*, cit., p. 428; F.-J. PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, C.F. Müller, 2011, p. 19.

³⁴ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, Beck, 2011, p. 582; H. SODAN, J. ZIEKOW, *Grundkurs öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht*, cit., p. 415 e ss., F.-J. PEINE, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 18 e ss.

funzione di rilasciare *Satzungen* deriva da una delega statale e le norme così adottate sono fonti di diritto derivato³⁵.

Il quadro giuridico entro il quale è inserita la categoria professionale medica in Germania conferisce così una precisa collocazione nell'ordinamento giuridico anche alla dimensione deontologia che tale professione esprime.

Ciò vale però solo a livello statale. Diversa è infatti la qualificazione sul piano giuridico della dimensione deontologica elaborata a livello federale dalla *Bundesärztekammer* (da ora BÄK) e dal *Deutschen Ärztetag*.

Quale organizzazione di vertice della categoria professionale e quindi istituzione rappresentativa dell'autonomia ad essa riconosciuta, la BÄK ha un ruolo sicuramente molto attivo nel dibattito etico, politico e giuridico tedesco. Inoltre, proprio attraverso lo strumento del cd. "*Parlament der Ärzteschaft*", ossia il *Deutsche Ärztetag* esercita una fondamentale funzione nel tentativo di uniformare, per quanto possibile, le varie posizioni che dal punto di vista deontologico possono emergere nella categoria, soprattutto con riguardo ad alcune delle questioni più delicate dell'esercizio professionale. Dal punto di vista strettamente giuridico, però, la BÄK costituisce un'associazione di organismi collettivi di diritto pubblico, dei quali non condivide la natura: essa rientra infatti nella categoria delle associazioni cd. non registrate³⁶.

Il codice deontologico da essa elaborato, la (*Muster-*) *Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte*, funge quindi solo da modello – *Muster* appunto – le cui norme necessitano della trasposizione a livello delle singole *Landesärztekammern* per acquisire la forma giuridica di *Satzung*.

3. Vaghezza della legislazione italiana e prospettive di riforma

Dall'analisi del quadro giuridico che nell'ordinamento italiano interessa la professione medica emerge, conformemente a quanto avvenuto in altri ordinamenti, la generale attenzione posta dal legislatore sul ruolo degli organismi professionali.

³⁵ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 76 e ss.

³⁶ «Als Arbeitsgemeinschaft ist sie ein organisatorischer Zusammenschluss von Körperschaften öffentlichen Rechts. Die BÄK selbst ist keine Körperschaft, sondern ein nichteingetragener Verein», cfr. <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.1.5985>

Tale attenzione è testimoniata, a partire dal secondo dopo guerra, dal d.lgs. c.p.s. n. 233 del 1946 proprio in materia di “ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitari” dopo la loro soppressione avvenuta in epoca fascista³⁷.

Ciò nonostante, tale analisi non permette di ricavare dalla normativa di riferimento elementi concreti quali quelli che connotano la deontologia medica in Francia e Germania definendone con certezza la natura di fonte del diritto integrata nell’ordinamento giuridico statale.

Anche in Italia gli ordini dei medici, pur in assenza di un’espressa norma in tal senso nelle leggi istitutive, possono essere considerati enti pubblici non economici, la cui ragion d’essere è stata individuata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione proprio «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». La giurisprudenza ha inoltre espressamente sottolineato 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»³⁸.

Anche l’ordinamento italiano si inserisce quindi in quella tendenza che generalmente nelle società moderne caratterizza l’approccio statale nei confronti delle professioni liberali e che si manifesta in un duplice senso: spazio di autonomia riconosciuto alla categoria professionale attraverso il trasferimento di determinate funzioni e controllo da parte dei pubblici poteri, quanto meno sulla struttura e il funzionamento degli ordini. Proprio all’interno di questa dicotomia, come visto, si inseriscono e vengono definiti i contorni e la portata della dimensione deontologica attraverso il riconoscimento o meno di un concreto potere normativo alla categoria professionale

³⁷D.lgs. C.p.s. del 1946 del 13 settembre 1946, n. 233 in materia di “Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell’esercizio delle professioni stesse”, reperibile, ad esempio, sul sito della FNOMCeO: <http://www.fnomceo.it/fnomceo/showArticolo.2puntOT?id=370>. Prima della loro soppressione nel 1935, gli ordini professionali erano stati istituiti con la legge del 10 luglio 1910, n. 455 “che fissa norme per gli ordini dei sanitari” (pubblicata nella GU n. 168 del 19 luglio 1910). Cfr., tra gli altri, P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, 2010, p. 3 e ss.; il volume edito dalla FNOMCeO, *Centenario dell’istituzione degli Ordini dei Medici. Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010.

³⁸ Cons. Stato, V sez, 23 maggio 1997, n. 527 e Corte Cass. Pen. Sez. VI, 1 aprile 2003, n. 28306.

e attraverso l'eventuale individuazione della forma nella quale questo potere può o deve esprimersi.

Rispetto a ciò nell'ordinamento italiano emerge subito un dato rilevante con riferimento alla deontologia medica: manca una norma che espressamente preveda in capo agli ordini professionali l'onere di elaborare ed emanare un codice deontologico.

La citata legislazione professionale prevede infatti tra le varie attribuzioni del consiglio direttivo di ciascun ordine, oltre a quella di «compilare e tenere l'albo dell'Ordine e del Collegio e pubblicarlo al principio di ogni anno» e quella in materia di procedimento disciplinare, di cui si dirà più avanti, semplicemente il compito di «vigilare alla conservazione del decoro e della indipendenza dell'Ordine e del Collegio»³⁹.

Stranamente quindi, pur riferendosi con questa norma a principi dell'etica professionale, il legislatore italiano non disciplina direttamente, né tanto meno menziona, quello che tradizionalmente è stato, e rimane, lo strumento principale di autoregolamentazione professionale. Uno strumento, tra l'altro, del quale professioni così antiche come quella medica hanno storicamente deciso di dotarsi, seppur in forme diverse da quelle attuali, ancor prima dell'intervento statale, ma la cui mancata menzione legislativa ne rende più difficile la collocazione nell'ordinamento giuridico.

Nonostante tale vaghezza della normativa statale, sul piano concreto la funzione di vigilanza si estrinseca comunque nei poteri regolamentari dell'ordine, il quale, oltre a fissare le regole di funzionamento della sua organizzazione interna, detta norme di condotta destinate a tutti gli iscritti all'albo, con la finalità di rendere i loro comportamenti conformi ai principi etici che tradizionalmente caratterizzano la professione medica. L'esigenza di conferire a queste regole maggiore chiarezza e conoscibilità, nonché un carattere più vincolante e solenne, è evidentemente alla base della scelta di condensarle in un codice deontologico, redatto ed emanato dall'organo di governo dell'ordine a livello nazionale, oggi la Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri (FNOMCeO)⁴⁰.

³⁹ D.lgs. C.p.s. n. 223 del 13 settembre 1946, art. 3 lettera b).

⁴⁰ In realtà la possibilità di adottare un codice deontologico appartiene a ciascun ordine sul territorio nazionale, ma per la professione medica, così come in generale anche le altre professioni

Per la precisione, in Italia la storia del codice deontologico iniziò già nel 1903 con il “Codice di Etica e Deontologia” dell’ordine dei medici di Sassari⁴¹. Si trattava di un codice elaborato da una libera associazione di medici poiché precedente all’istituzione degli ordini professionali avvenuta con la legge del 1910⁴².

Successivamente a tale legislazione il primo ordine dei medici ad assumere l’iniziativa di adottare un codice deontologico fu, nel 1912, quello di Torino. Per il primo codice deontologico nazionale si dovette attendere però il 1954, anno in cui venne pubblicato su *Federazione Medica* il testo del codice di deontologia medica noto a tutti come “Codice Frugoni”. Quest’ultimo era in realtà direttamente ispirato al codice torinese che – revisionato nel 1948 dal consiglio dell’Ordine di Torino – fu poi dalla stessa FNOM posto alla base di un referendum tra i medici italiani in vista della redazione di un codice deontologico nazionale⁴³.

Nell’ordinamento italiano, quindi, la deontologia medica, nella sua forma attuale, ossia come codice deontologico nazionale elaborato e approvato dalla FNOMCeO nasce non già come obbligo giuridico, ma all’interno di una disciplina delle professioni sanitarie – risalente al 1946 e da questo specifico punto di vista rimasta per ora ancora immutata – che affida in termini generali a ordini e collegi il compito di vigilare sul rispetto del decoro professionale. Non esiste, in particolare, una norma che esplicitamente assegni al codice di deontologia medica il valore di fonte giuridica o che espressamente lo collochi all’interno di una ben definita competenza normativa della categoria professionale.

nell’ordinamento italiano, il compito è stato conferito all’organo nazionale, il quale, quindi, delibera un unico codice per l’intero territorio nazionale, vincolante per tutti gli iscritti negli albi provinciali. Cfr. M. GRECO, G. MORROCCHESI, *Il potere disciplinare dell’Ordine professionale*, Torino, 2006. La possibilità che alcuni ordini professionali scelgano di non adottare il codice della Fnomceo è tornata attuale a seguito della recente riforma del codice deontologico e delle contestazioni da parte di alcuni ordini. Cfr. *infra* parte III e IV.

⁴¹ Sono stati però recentemente scoperti due codici precedenti a quello di Sassari: il codice professionale della Camera dei Medici dell’Istria del 1897 e il Codice professionale della Camera dei Medici in Trento del 1900. Si tratta di codici formalmente adottati all’interno dell’Impero Austro-Ungarico, ma che possono essere considerati parte dell’esperienza codicistica italiana in quanto scritti in italiano, da medici italiani in territori che godevano di una considerevole autonomia nella gestione sanitaria locale. Cfr. S. PATUZZO; *Il primo Codice di deontologia medica italiano. Nuove ricerche*, in *Professione & Clinical Governance. La cultura della salute fra etica, economia e diritto*, n. 2, 2012, pp. 33-39; id. *Istria, Trento, Sassari. Le origini del Codice di deontologia medica italiano*, in FNOMCeO, *La Professione. Medicina, scienza, etica e società*, n. 1, 2012, pp. 121-134.

⁴² Cfr. *supra* nota n. 37.

⁴³ Cfr. P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, cit., p. 4; Per l’evoluzione del codice di deontologia medica dal punto di vista dei contenuti e dei diritti fondamentali in esso tutelati cfr. *infra* Parte III.

Emerge quindi anche a livello legislativo, almeno per le legislazioni professionali più risalenti come quella medica e, prima della recente riforma, quella forense, quella stessa scarsa attenzione alla dimensione normativa della deontologia, che abbiamo riscontrato anche nell'analisi linguistica, sfogliando i dizionari e le enciclopedie giuridiche italiane (ma anche gran parte della letteratura giuridica di riferimento), nelle quali difficilmente si trovano voci e trattazioni relative alla deontologia⁴⁴.

Rispetto alla vaghezza che caratterizza la legislazione per la professione medica con riguardo alla normativa deontologica, va però segnalato come anche in Italia cominci ad emergere una maggiore sensibilità e coscienza dell'importanza che i codici deontologici rivestono per le singole professioni, anche con riferimento alla loro rilevanza esterna e quindi sul piano dell'ordinamento giuridico statale. In particolare tale sensibilità comincia a manifestarsi anche sul piano delle scelte legislative.

Ciò emerge in generale nelle legislazioni professionali meno risalenti rispetto a quelle attualmente in vigore per la professione medica e da questo punto di vista preme sottolineare, in ambito di professioni sanitarie, il caso della deontologia degli infermieri e i recenti progetti di riforma degli ordini delle professioni sanitarie⁴⁵. Inoltre, particolarmente interessante, anche in prospettiva *de iure condendo* per quella medica, è la recente riforma della professione forense, in quanto riferita ad una dimensione deontologica in Italia tradizionalmente molto simile a quella medica e in ragione dei sostanziali cambiamenti introdotti,

Con riferimento al primo aspetto, sintomatica della progressiva ma concreta evoluzione della percezione del ruolo della deontologia sul piano giuridico è la scelta contenuta nella legge n.42 del 26 febbraio 1999. La normativa rappresenta, in

⁴⁴ Va però precisato, quale ulteriore dimostrazione della varietà di modelli e scelte che caratterizzano il fenomeno deontologico, che anche in Italia esistono codici deontologici, la cui adozione è espressamente prevista o addirittura imposta dal legislatore e che presentano caratteristiche del tutto peculiari con riferimento al ruolo di promozione e di guida dell'autorità statale, al regime di pubblicità legale, alla collocazione nel sistema delle fonti e al grado di vincolatività ad essi riconosciuto. Si pensi, in particolare, ai codici deontologici in materia di protezione dei dati personali, allegati allo stesso codice privacy. Da questo punto di vista, come già detto, particolare rilevanza assume, anche in prospettiva comparata, il codice deontologico dei giornalisti. Cfr., tra gli altri, H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.

⁴⁵ Ci si riferisce in particolare ai recenti disegni di legge in materia di riordino della disciplina degli ordini delle professioni sanitarie di medico-chirurgo e di odontoiatra, di medico veterinario e di farmacista e istituzione degli ordini e degli albi delle professioni sanitarie. Si veda, ad esempio, il sito della Fnomceo:
<http://www.fnomceo.it/fnomceo/Riforma+degli+Ordini+delle+professioni+sanitarie.html?t=a&id=101569>.

generale, una svolta significativa soprattutto per la professione infermieristica, poiché grazie alla nuova disciplina l'infermiere non è più semplicemente un operatore sanitario, ma un vero e proprio professionista dell'assistenza infermieristica⁴⁶. L'aspetto che però qui più interessa è la previsione di cui al secondo comma del primo articolo, il quale abrogando il tradizionale mansionario indica, per la prima volta, nel codice deontologico uno degli elementi che, insieme al profilo professionale e agli ordinamenti didattici, definisce il campo di attività e di responsabilità delle professioni sanitarie diverse da quella medica. Si legge infatti: «il campo proprio di attività e di responsabilità delle professioni sanitarie di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 [...] è determinato dai contenuti dei decreti ministeriali istitutivi dei relativi profili professionali e degli ordinamenti didattici dei rispettivi corsi di diploma universitario e di formazione post-base nonché *degli specifici codici deontologici*, fatte salve le competenze previste per le professioni mediche [...] nel rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali»⁴⁷. In questo specifico ambito esiste quindi una precisa norma legislativa che, nel definire l'area di attività e di responsabilità riconosciuta alla professione, la connota anche con esplicito richiamo alle regole di deontologia professionale.

Per quanto più nello specifico attiene all'individuazione di un preciso riferimento all'elaborazione ed emanazione dei codici deontologici da parte della categoria professionale, l'analisi dei recenti progetti di riforma in ambito di professioni sanitarie e in particolare dei tre disegni di legge attualmente al vaglio del Parlamento, mostra alcuni segnali interessanti. Innanzitutto a dimostrazione della necessità di adeguare la normativa italiana e il ruolo degli ordini professionali in essa delineato al

⁴⁶In questa prospettiva è interessante innanzitutto la sostituzione, operata ai sensi del primo comma dell'art.1 (Definizione delle professioni sanitarie), della tradizionale denominazione «professione sanitaria ausiliaria», contenuta nel testo unico delle leggi sanitarie, con la denominazione «professione sanitaria». Sulla materia è inoltre intervenuta la legge n. 43 del 1° febbraio 2006 recante «Disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione e delega al Governo per l'istituzione dei relativi ordini professionali», la quale, tra le altre importanti novità, prevede la trasformazione dei Collegi professionali in Ordini professionali, nonché la costituzione ex novo di Ordini professionali per tutte quelle categorie che ne sono ancora prive. Cfr. G. BARBERA, *Ordini e collegi: le nuove disposizioni in materia di professioni sanitarie*, in *Rivista di diritto delle professioni sanitarie*, 2006, 9(2), pp. 86-89.

⁴⁷Art.1, c.2 legge n.42 del 26 febbraio 1999 Disposizioni in materia di professioni sanitarie. Corsivo aggiunto. L'art. 6 c.3 d.lgs. 30 dicembre 1992 n.502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421) è a sua volta dedicato alla formazione del personale sanitario infermieristico, tecnico e della riabilitazione.

contesto attuale si legge, ad esempio, nella spiegazione degli obiettivi dei disegni legge che «(l)e novità che hanno in questi anni investito il mondo della medicina, della sanità e delle professioni sanitarie rendono tanto più urgente la necessità del rinnovamento e dell'integrazione del quadro normativo stabilito dal decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233 ... che costituisce a tutt'oggi il testo di riferimento degli ordini e dei collegi vigenti»⁴⁸. Inoltre viene sottolineato come l'impianto ordinistico in sanità abbia «bisogno di una ridefinizione normativa, che ne adegui i contenuti all'attuale contesto professionale e nei rapporti con le istituzioni, i cittadini e i professionisti»⁴⁹ e come «(l)'attuale contesto sociale ed economico – che si connota di un respiro non solo europeo, ma, in una dimensione globalizzata, addirittura internazionale» – reclami un ammodernamento della disciplina ordinistica, come già in parte accaduto per le altre professioni»⁵⁰. Si tratta in generale di prospettive di ampia riforma che interessano il riordino della disciplina degli ordini delle professioni sanitarie di medico-chirurgo e di odontoiatra, di medico veterinario e di farmacista e di istituzione degli ordini e degli albi delle professioni sanitarie già organizzate in collegi e di quelle regolamentate, ma attualmente ancora non strutturate in analoghe istituzioni professionali. Tali prospettive interessano vari aspetti e in particolare anche quello della responsabilità disciplinare e del relativo procedimento su cui si tornerà più nel dettaglio nella parte del presente lavoro a ciò espressamente dedicata⁵¹.

Per quanto riguarda il rapporto tra stato e professioni va richiamata l'affermazione contenuta nel disegno di legge n. 829 del 14 giugno 2013 in base alla quale «(u)n punto fermo di principio, che informa l'intera opera di riforma, è costituito dal presupposto che la potestà legislativa in materia di ordini professionali spetta allo Stato»⁵². Contemporaneamente viene però valorizzato il ruolo degli ordini, dei quali

⁴⁸ Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Bianco, Silvestro, De Biasi, Padua e Lai, n. 829 del 14 giugno 2013, reperibile sul sito della FNOMCeO <http://www.fnomceo.it/fnomceo/Riforma+degli+Ordini+delle+professioni+sanitarie.html?t=a&id=101569>.

⁴⁹ Disegno di legge d'iniziativa dei senatori Silvestro, Bianco, De Biasi, Dirindin, Granaiola, Mattesini, Maturani e Padua, n. 818 del 12 giugno 2013.

⁵⁰ Disegno di legge d'iniziativa del senatore D'ambrosio Lettieri, Bianconi e Romano, n. 725 del 29 maggio 2013.

⁵¹ A specifiche ipotesi di riforma teoriche e pratico-applicative per un modello italiano che costruisca con maggiore coerenza, efficacia e flessibilità i rapporti tra deontologia medica e diritto sarà inoltre dedicato un intero capitolo nella parte conclusiva del presente lavoro, *infra* Parte V.

⁵² *Supra* nota n. 48, p. 2.

viene espressamente sottolineata l'autonomia regolamentare e disciplinare, oltre a quella finanziaria e patrimoniale, pur sotto la vigilanza del Ministero della salute⁵³. Il richiamo al potere di autoregolamentazione degli ordini lo si trova inoltre anche nelle motivazioni; in particolare nel disegno legge del 29 maggio 2013 si legge che «(p)er il mondo delle professioni, nel processo di riforma diviene ... strategico un rinnovamento che assicuri qualificazione professionale, piena concorrenza e controllo delle norme deontologiche e, in tale ottica, particolare importanza deve assumere il potere di autoregolamentazione degli ordini». Interessante anche il legame che si può intravedere in questa affermazione tra il perseguimento di determinati obiettivi e il controllo delle norme deontologiche che, come si vedrà, è uno degli aspetti tanto centrali quanto ancora di complessa e spesso incoerente attuazione⁵⁴.

Con specifico riferimento alle funzioni degli ordini va sottolineata poi la norma che espressamente ne definisce la natura giuridica. Con formulazione analoga in tutti i primi articoli dei disegni presentati si legge infatti che gli ordini «sono enti pubblici non economici e agiscono quali organi sussidiari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale». Viene esplicitato quindi il ruolo degli ordini nella tutela di interessi di rilievo pubblico e la loro funzione sussidiaria rispetto a quella dello stato.

Inoltre, viene introdotto espressamente il riferimento ai codici deontologici, ancora assente nelle leggi istitutive attualmente in vigore. Il richiamo è presente sia nelle motivazioni che nelle norme proposte. Nel disegno di legge presentato il 12 giugno 2013 n. 818 ad esempio, tra i compiti degli ordini compaiono anche «il rafforzamento e la novellazione dei codici deontologici». Due sono in particolare le norme nelle quali verrebbe inserito il riferimento ai codici deontologici qualora la riforma venisse portata a termine. Innanzitutto, tra i compiti degli ordini verrebbe annoverato anche quello della «salvaguardia dei principi etici dell'esercizio professionale indicati nei codici deontologici al fine di garantire la tutela della salute individuale e collettiva». Non si tratterebbe quindi più di un generico riferimento alla

⁵³Si legge inoltre che «(l)a conservazione e la modernizzazione degli ordini deve essere intesa come un'apertura, anche in una prospettiva europea, alla garanzia sempre maggiore dell'utenza nei suoi rapporti con il professionista». Cfr. disegno legge n. 725, cit.

⁵⁴Cfr. *infra* parte IV.

vigilanza sul decoro e l'indipendenza della professione, ma di un espresso riferimento ai principi di etica professionale contenuti nei codici deontologici. Questa previsione normativa indica certo una maggiore consapevolezza rispetto al ruolo dei codici deontologici, ma non può essere in ogni caso paragonata alle norme che nell'ordinamento tedesco e francese fondano la natura di fonti del diritto dei codici deontologici, indicando la forma da essi assunta e inserendoli così direttamente nel sistema delle fonti di diritto statale. Si tratterebbe, nel caso italiano, di un mero riferimento dal quale non emergerebbero conseguenze chiare sul piano della portata giuridica dei codici, almeno non in maniera diretta e immediata come nei casi francese e tedesco.

Più esplicita, almeno con riferimento alla concreta attività affidata alle federazioni nazionali, è la norma, analoga in tutti i disegni di legge, in base alla quale esse «raccolgono e aggiornano le norme deontologiche in un codice nazionale unico per tutti gli iscritti agli albi, definendo le aree condivise tra le diverse professioni, con particolare riferimento alle attività svolte da équipe multiprofessionali in cui le relative responsabilità siano chiaramente identificate ed eticamente fondate». Si tratterebbe quindi di una norma che, qualora adottata, entrerebbe più nel dettaglio delle competenze attribuite alle federazioni con specifico riferimento al codice deontologico. Nulla però ancora si potrebbe ricavare in maniera diretta e immediata con riferimento alla forma giuridica che questo codice andrebbe ad assumere.

Più interessante da questo punto di vista è invece la recente riforma della professione forense, sia per gli aspetti innovativi sia, come già accennato, perché proprio quella forense condivideva con la legislazione professionale medica il semplice riferimento alla conservazione del decoro professionale senza alcun riferimento al codice deontologico e al relativo compito degli ordini di elaborarlo ed emanarlo⁵⁵.

La legge n. 247 del 31 dicembre 2012, oltre a vari richiami al codice e alle norme deontologiche, contiene ora all'art. 3 rubricato “doveri e deontologia” norme espressamente dedicate al codice deontologico cui gli avvocati sono obbligati ad uniformarsi. Del codice viene definito in breve e in termini generali il contenuto, la

⁵⁵ Tra l'altro, come si vedrà nel prossimo capitolo, proprio le similitudini tra i due modelli di deontologia, quella forense e quella medica, permettono l'estensione a quest'ultima della giurisprudenza della Corte di Cassazione in riferimento alla natura giuridica delle norme contenute nei codici deontologici.

cui definizione viene lasciata nel concreto alla categoria professionale. La legge però entra più nello specifico prevedendo anche che «il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare». Inoltre «tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile». Su questi aspetti si tornerà più nel dettaglio anche per quanto riguarda la responsabilità disciplinare, ma è fin da subito interessante notare l'imposizione a livello legislativo sia del principio di tipizzazione della condotta illecita e di espressa indicazione della sanzione, che della distinzione, con riferimento alla rilevanza disciplinare, delle norme deontologiche sulla base della loro rispondenza o meno alla tutela di un interesse pubblico.

Per quanto riguarda i compiti e le attribuzioni del Consiglio Nazionale Forense la legge ora prevede espressamente che esso «emana e aggiorna periodicamente il codice deontologico». La riforma legislativa ha quindi introdotto il concreto riferimento al compito della categoria professionale di emanare il codice deontologico, funzione alla quale si aggiunge contestualmente anche quella di aggiornarlo e di curarne «la pubblicazione e la diffusione in modo da favorirne la più ampia conoscenza, sentiti i consigli dell'ordine circondariali, anche mediante una propria commissione consultiva...». Si riconosce così a livello legislativo la potestà normativa deontologica esclusiva in capo all'organismo professionale, in questo caso il CNF.

Sull'importanza della diffusione e conoscenza delle norme deontologiche sia all'interno che all'esterno della categoria si tornerà anche nella prossima sezione; va però fin da subito segnalato un ulteriore rilevante cambiamento introdotto con la riforma in oggetto che inserisce nel modello italiano di deontologia forense, almeno dal punto di vista strettamente formale, un elemento che lo avvicina alle *déontologies étatiques* francesi. L'ultimo comma dell'articolo 3 della legge sulla professione forense prevede infatti che «codice deontologico ... i suoi aggiornamenti sono pubblicati e resi accessibili a chiunque secondo disposizioni stabilite con decreto del Ministro della giustizia, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23

agosto 1988, n. 400. Il codice deontologico entra in vigore decorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale».

Di tutti i principi inseriti con la riforma della professione forense sarà quindi interessante occuparsi sia in prospettiva comparata che nella prospettiva di elaborare possibili ipotesi di riforma del modello italiano dei rapporti tra deontologia medica e diritto⁵⁶.

⁵⁶ *Infra* parte VI.

PARTE II

CAPITOLO TERZO

I CODICI DEONTOLOGICI TRA CATEGORIA PROFESSIONALE E DIRITTO STATALE

1. Francia: L'intervento dello stato nei procedimenti di formazione e di controllo della déontologie médicale

L'elaborazione del codice deontologico in Francia si inserisce in una procedura del tutto peculiare dalla quale emergono sia il potere riconosciuto alla categoria professionale, sia le forme di controllo che lo stato ha ritenuto di avocare a sé e che vengono esercitate da vari poteri pubblici e in varie fasi della formazione del codice. Come già sottolineato, è innanzitutto lo stesso legislatore statale a conferire all'ordine il compito di preparare il *code de déontologie*. Senza questa abilitazione legislativa espressa, infatti, non sarebbe stato possibile riconoscere il ruolo della deontologia medica francese come *source étatique*⁵⁷. Allo stesso tempo però la norma legislativa fissa i limiti del potere conferito all'ordine, che esiste solo in quanto sia una legge a prevederlo e il cui prodotto, il codice appunto, è «*soumis au Conseil d'État pour être édicté*»⁵⁸. Perché possa essere emanato ed assumere quindi valore giuridico, il codice deontologico deve essere innanzitutto sottoposto al parere del Consiglio di Stato.

Anche da questo punto di vista la norma del *code de la santé publique* racchiude in sé il riferimento alle due dimensioni – deontologica e statale – strettamente connesse anche nel procedimento di formazione del codice. Quest'ultimo è infatti «*préparé par le conseil national dell'ordre*», ma «*édicte sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat*» e tale formula chiama in causa sia il primo Primo Ministro sia, appunto, il *Conseil d'Etat*.

⁵⁷M.-L. MOQUET-ANGER, *Déontologie médicale, droit ou auto-régulation avec contrôle juridictionnel?*, cit., p.122.

⁵⁸E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit., p.182.

Il legislatore ha quindi conferito all'ordine, in particolare al *conseil national*, una funzione che può essere definita di proposta. Il consiglio è infatti incaricato della preparazione del codice e ha quindi la facoltà di elaborare e presentare un insieme di regole, senza però avere anche il potere formale di imporle.

Per quanto sia innegabile l'importanza del ruolo così attribuito ai rappresentanti della professione, è altrettanto innegabile che l'ordine non sia il solo protagonista; non lo è in particolare per quanto riguarda l'atto che dà vita al codice. Dal momento in cui il codice deontologico è emanato sotto forma di decreto *en Conseil d'État* sono due le autorità dello stato coinvolte: una (il *Conseil d'État*) nell'esercitare un controllo *a priori* sulle norme deontologiche e l'altra (il Primo Ministro) nell'adozione del codice stesso. Si tratta, quindi, di due tra le più alte autorità dello stato⁵⁹.

Inoltre, l'integrazione dell'ordine professionale nelle *instances étatiques* ha già di per sé come effetto quello di avvicinare la dimensione deontologica alla dimensione statale⁶⁰. Da questo punto di vista particolarmente significativo è il fatto che il consiglio nazionale dell'ordine dei medici francese sia assistito da un *conseiller d'État* avente facoltà di voto⁶¹.

Il ruolo del *Conseil d'État* nella fase di elaborazione del codice è inoltre fondamentale proprio perché vi interviene in qualità di *conseiller du gouvernement* con le stesse modalità tipiche di ogni *décret en Conseil d'État*⁶². Il suo parere è obbligatorio: se il Primo Ministro non lo richiedesse, il decreto risulterebbe infatti inficiato da vizio d'incompetenza, che potrebbe essere fatto valere davanti al giudice amministrativo. Attraverso questo ruolo consultivo il Consiglio di Stato può così far valere un punto di vista giuridico sulla proposta del codice deontologico e ciò potrebbe avere come effetto anche quello di costringere l'ordine a rivedere delle sue

⁵⁹B. FEUILLET- LE MINTIER, *Déontologie médicale, droit ou auto-regulation avec contrôle juridictionnel?*, cit., p. 122 ; cfr inoltre J. LEFEBVRE, *Déontologie des professions médicales et de santé*, Bordeaux, 2007, p. 41 e ss ; Cfr. inoltre J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, cit

⁶⁰ M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La déontologie médicale*, p.97.

⁶¹ A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, cit., p. 207. Cfr. inoltre B. GLORION, *L'Ordre des médecins quels pouvoirs?*, in *Revue Pouvoirs*, numéro spécial *Les pouvoir médical*, n°89, avril, 1999, p.135 e ss.

⁶² Per un approfondimento sul ruolo del *Conseil d'Etat*, cfr., ad esempio, P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, op. cit..

posizioni qualora quest'ultime rischiassero di essere contrarie alla legalità generale o non accettabili da parte del governo⁶³.

Per quanto riguarda le potenziali interferenze dei pubblici poteri nel procedimento di formazione del codice deontologico, non va inoltre dimenticato l'intervento dell'amministrazione centrale: è infatti il Ministero della Salute a trasmettere il progetto di codice al Consiglio di Stato e potrebbe quindi in quest'occasione sia ritardare la trasmissione stessa sia far valere proprie osservazioni⁶⁴.

Infine, spetta al primo ministro emanare il codice in forma di decreto. Non si tratta però di una competenza vincolata. Il governo, quindi, non essendo formalmente vincolato al punto di vista della categoria professionale potrebbe rifiutare di emanare il codice e chiedere una nuova proposta all'ordine⁶⁵. Se invece il primo ministro decide di emanarlo, il codice viene pubblicato nel *Journal Officiel de la République*. In questo modo il codice deontologico, quindi le norme e i principi in esso contenuti, ricevono «*le sceau de l'État*» e possono così produrre direttamente conseguenze sul piano giuridico⁶⁶.

Nel modello francese di elaborazione del codice deontologico, pertanto, da un lato il primo ministro non può autonomamente emanare o modificare il codice di sua propria iniziativa poiché il relativo testo deve essere elaborato dall'ordine; dall'altro lato, però, la categoria professionale non può autonomamente modificare ed emanare la propria deontologia senza l'accordo del primo ministro, quindi sostanzialmente del ministro della salute cui nella pratica il primo ministro delega il suo potere di negoziazione con l'ordine⁶⁷.

Si tratta quindi di una procedura eccezionale rispetto a quelle tradizionalmente adottate per l'adozione di atti amministrativi. Da tale impostazione emerge il tentativo di coniugare il controllo dello stato su una fonte del proprio ordinamento e le attribuzioni riconosciute alla professione nel definire le regole che si applicano alla sua attività.

⁶³B. FEUILLET-LE MINTIER, *Déontologie médicale, droit ou auto-regulation avec contrôle juridictionnel?*, cit .p. 122.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, 157-186, p.175.

Nell'ordinamento francese, pertanto, la connessione tra dimensione deontologica e dimensione statale si esprime già in maniera sostanziale nella formazione e modifica del codice deontologico. A seguito dell'integrazione del codice nel CSP, inoltre, tale connessione è ancora più marcata, poiché l'elaborazione delle norme deontologiche costituisce ormai modifica della parte regolamentare di un codice statale⁶⁸.

Alle ingerenze e controlli dei pubblici poteri nella formazione del codice devono aggiungersi i generali poteri esercitati dal *Conseil d'Etat* sugli atti dell'ordine professionale. Dalla funzione di servizio pubblico ad esso riconosciuta discendono specifiche conseguenze sul piano giuridico. Le decisioni regolamentari (codici deontologici) o individuali (ad esempio: iscrizioni all'albo) degli ordini sono infatti considerati a tutti gli effetti atti amministrativi unilaterali⁶⁹. Essi presentano quindi le caratteristiche proprie di questa categoria di atti e soggiacciono agli stessi tipi di controlli previsti dall'ordinamento giuridico francese⁷⁰.

Per quanto più nello specifico attiene al codice deontologico, proprio in ragione della sua capacità di modificare l'ordinamento giuridico, in quanto a tutti gli effetti fonte del diritto, il codice può essere soggetto dopo la sua entrata in vigore ad un controllo di legittimità da parte del giudice amministrativo o alla possibilità di un ricorso per eccesso di potere⁷¹. Si tratta di controlli che il *Conseil d'Etat* ha esercitato fin dal già citato *arrêt* Bouguen. Proprio in quell'occasione, ad esempio, il *Conseil*, richiamando, tra l'altro, la sua «*charge d'assurer le respect des lois et règlements en matière médicale*» dichiarò illegittimo l'articolo 27 del codice di deontologia allora vigente, il quale impediva al medico con studio in un comune di aprirne un altro in un comune diverso⁷².

⁶⁸ *Infra* cap. 3.1.

⁶⁹ L. WALINE, *Droit administratif*, cit., p.251.

⁷⁰ Ad esempio, contro gli atti degli ordini professionali può essere esperito ricorso per eccesso di potere. I danni che tali atti possono causare (es: rifiuto di un'iscrizione), se affetti da errore, possono essere fonte di responsabilità per l'ordine secondo le regole di diritto amministrativo. Cfr., ad esempio, L. WALINE, *Droit administratif*, cit. Inoltre, come si vedrà *infra* parte IV, le decisioni disciplinari dell'ordine sono considerate decisioni rese da una giurisdizione amministrativa e contro quelle di ultima istanza è previsto il ricorso *en cassation* al *Conseil d'Etat*.

⁷¹ J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, cit, p.121.

⁷² « *L'article 27, alinéa 2 du Code de déontologie interdisant à un médecin installé dans une commune d'ouvrir une consultation dans une autre commune est illégal* », CE Ass. 2 avril 1943, n. 72210, Publié au recueil Lebon. Nel 1987, invece, rigettò la questione di legittimità dell'articolo 69 dell'allora vigente codice deontologico del 1979 (Decreto 506 del 28 giugno 1979 *portant code de déontologie médicale*) valutandolo in riferimento all'allora articolo L. 257 del CSP ai sensi del quale «*dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de*

Anche il decreto n. 1000 del 1995 contenente il codice deontologico che poi venne integrato nel CSP nel 2004 fu oggetto di ricorso al Consiglio di Stato. In particolare un sindacato regionale dei medici e alcuni medici in forma personale ne chiesero proprio l'annullamento per eccesso di potere.

Tale decisione è particolarmente interessante perché mostra l'ampiezza del controllo che in questi casi il giudice amministrativo può esercitare sul contenuto del codice deontologico. Nella decisione del 30 aprile 1997⁷³ il *Conseil d'Etat* affrontò infatti la questione sia dal punto di vista della *légalité externe* sia di quello della *légalité interne*⁷⁴. Con riferimento al primo aspetto è interessante notare che tra le questioni esaminate dal Consiglio ci fu anche quella relativa al compito di preparazione del codice attribuito alla categoria professionale. Sul punto il giudice ritenne che dalla comparazione dei testi precedenti con quello oggetto di ricorso, non risultasse che fossero state apportate « *au projet ... proposé des adjonctions ou des modifications d'une nature ou d'une ampleur telle que le code de déontologie médicale ne pourrait plus être regardé comme ayant été "préparé" par le Conseil national de l'Ordre des médecins* ». Con riferimento alla legalità cd. interna, invece, venne analiticamente valutata la conformità del codice deontologico con tutta una serie di principi e norme, sia nazionali che internazionali.

Dall'analisi della giurisprudenza del *Conseil d'État* si evince quindi come spesso i ricorsi per eccesso di potere abbiano rappresentato un'occasione per verificare la legalità del codice deontologico in relazione non solo alle fonti dell'ordinamento francese, come ad esempio il CSP, ma anche a quelle sovranazionali e internazionali, tra le quali soprattutto quelle dell'Unione Europea e la CEDU⁷⁵.

l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assurée conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté des prescriptions du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin sauf dispositions contraires en vigueur à la date de promulgation de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971». Poiché l'articolo 69 modificava il codice deontologico previgente, in vigore nel 1971, «*dans un sens plus favorable au respect du principe de la liberté d'installation du médecin*» e quindi le restrizioni apportate dall'articolo non erano contrarie alla norma del CSP, il ricorso venne rigettato (CE 4 / 1 SSR, du 12 juin 1987, 81718). Analogamente nel 1995 il Consiglio di Stato non ritenne illegittimo l'articolo 63 del codice deontologico in quanto le sue restrizioni «*ne méconnaissent pas les dispositions de l'article L.162-2 du code de la sécurité sociale*» in materia di condizioni di esercizio della professione (CE 4 SS, du 21 juin 1995, 152065).

⁷³ CE, 1 / 4 SSR, du 30 avril 1997, 173044 174212, publié au recueil Lebon.

⁷⁴ CE, 1 / 4 SSR, du 30 avril 1997, 173044 174212, publié au recueil Lebon.

⁷⁵ In particolare, con riferimento ai Trattati dell'Unione Europea emergono generalmente questioni relative alle libertà di circolazione, mentre per la CEDU i principi rispetto ai quali viene valutata la

Inoltre – tornando al profilo dell'intervento del Consiglio di Stato nella fase di elaborazione del codice di deontologia medica – alla luce di quanto fin qui esposto, emerge come la funzione di controllo del *Conseil* abbia quale obiettivo anche quello di prevenire eventuali ricorsi per eccesso di potere o eccezioni di illegalità. Il codice avrebbe infatti già ottenuto un avallo del Consiglio di Stato attraverso il suo parere, salvo ovviamente i casi in cui il governo decida di disattenderlo⁷⁶.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, infatti, non va dimenticato che, una volta ricevuto il parere, il governo ha due alternative: adottare il testo originariamente sottoposto al Consiglio o adottare quello eventualmente modificato dal parere⁷⁷. Se ne potrebbe dedurre quindi, almeno a livello teorico, un ruolo incisivo del governo, il quale può innanzitutto tentare d'imporre il suo punto di vista nel quadro stesso della cd. *procédure d'avis* davanti al *Conseil d'État*. Il governo potrebbe, ad esempio, suggerire già nella domanda una possibile decisione. Inoltre esso potrebbe svolgere un ruolo che è stato da alcuni definito di arbitro tra gli organi professionali e il *Conseil d'État*, poiché potrebbe scegliere l'una o l'altra versione del codice deontologico⁷⁸.

Da questo punto di vista è stato in realtà osservato come di fatto, sia per motivi di opportunità politica che per motivi legati al prestigio riconosciuto alle professioni e alle loro tradizioni, le autorità amministrative abbiano generalmente mostrato una «*grande timidité à l'égard des pouvoirs professionnels*»⁷⁹.

Sul piano sostanziale, quindi, il controllo più incisivo sulla fase di elaborazione del codice deontologico rimane quello del *Conseil d'État* sia attraverso l'obbligatorietà del parere sia attraverso la collaborazione con un rappresentante dello stato avente diritto di voto a cui sono tenuti gli ordini professionali. A ciò dovendosi aggiungere il ruolo della giurisprudenza del Consiglio di Stato sia nei ricorsi che possono interessare il codice deontologico sia, come si vedrà, in fase disciplinare⁸⁰.

conformità del codice deontologico sono soprattutto quelli di cui all'art. 6 in relazione all'ambito disciplinare e il rispetto della vita privata di cui all'art. 8. Per un'analisi più dettagliata cfr, tra gli altri, E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit.

⁷⁶ J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, cit, p.122.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 121.

⁷⁸ *Ibid.*, p.123.

⁷⁹ Il riferimento è a R. ODENT, *Le contrôle du Conseil d'État sur les professions professionnelles*, Arch. Phil. Dr. 1953, 109-121 e 111-112, citato in J. MORET BAILLY., *Les déontologies*, cit., p.124.

⁸⁰ *Infra* parte IV.

2. Germania: I limiti della *Satzungsbefugnis* e del contenuto della *Berufsordnung*

Il codice deontologico degli ordini dei medici tedeschi viene interamente elaborato dalla categoria professionale e da questa pubblicato sul rispettivo *Ärzteblatt*. Generalmente il compito della sua emanazione spetta alla *Delegiertenversammlung* (DV), composta interamente da medici ed espressione della volontà generale degli appartenenti all'ordine di riferimento. Non sono quindi espressamente previste forme di collaborazione tra categoria professionale e autorità pubbliche in fase di elaborazione ed emanazione del codice. Ciò discende del resto proprio dalla *ärztlichen Selbstverwaltung* riconosciuta dall'ordinamento tedesco e dalla natura stessa degli ordini professionali quali *Körperschaften des öffentlichen Rechts*. In particolare, la *Satzung* è intesa nell'ordinamento tedesco come la fonte emanata da persone giuridiche di diritto pubblico «zur Regelung ihrer Angelegenheiten», ossia per disciplinare le questioni che le riguardano. Non si tratta quindi, come in Francia, di atti del primo ministro o, più in generale, di atti solamente proposti dall'ordine e adottati da un'altra autorità pubblica. Le *Satzungen* sono infatti proprio le fonti con le quali tipicamente e direttamente si esprime l'autonomia della categoria di enti cui gli ordini professionali appartengono.

Anche rispetto ai decreti normativi dell'ordinamento tedesco (*Rechtsordnungen*)⁸¹, le *Satzungen* si differenziano, ad esempio, per non essere emanate in forma “heteronome”⁸².

Ad esse quindi non si applica, né in maniera diretta, né per analogia l'art. 80 I 2 della GG⁸³. Il primo comma di tale articolo prevede in particolare che la legge possa conferire «al Governo federale, ad un Ministro federale o ai Governi dei *Länder* il potere di emanare decreti normativi». Prosegue poi stabilendo che «nella legge devono essere specificati il contenuto, lo scopo e i limiti della delega concessa». Mentre i decreti normativi necessitano di tale delega legislativa in quanto adottati da organi dell'esecutivo, le *Satzungen*, proprio in quanto espressione dell'autonomia normativa dell'ente che le emana, non hanno bisogno formalmente di una speciale delega legislativa in tal senso. Esse sono infatti generalmente adottate da organi che

⁸¹ Si utilizza in questo caso la traduzione riportata nella versione italiana della GG contenuta nel *Codice delle Costituzioni* a cura di G. CERRINA FERONI, T. E. FROSINI, A. TORRE (a cura di), cit..

⁸² H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 77.

⁸³ *Ibid.*

all'interno di un determinato organismo collettivo vengono eletti democraticamente e assumono il ruolo di "legislatore"⁸⁴.

Tale autonomia non si traduce però ovviamente in assenza di forme di controllo o limitazione provenienti dall'ordinamento giuridico generale.

Nel diritto amministrativo tedesco, infatti, il potere di emanare *Satzungen* soggiace ad alcuni limiti di carattere generale. Sul piano oggettivo, si tratta innanzitutto di un potere normativo confinato all'ambito delle funzioni e delle competenze legislativamente attribuite ad una determinata persona giuridica. Dal punto di vista soggettivo, inoltre, tale potere è limitato ai componenti dell'organismo collettivo⁸⁵. A tali limiti si aggiungono quelli legati alla riserva di legge parlamentare e alla cd. *Wesentlichkeitstheorie* elaborata dal *BverfG*⁸⁶.

Per quanto più nello specifico riguarda il codice deontologico, l'analisi della legislazione e della giurisprudenza in materia mostra un complesso quadro di rapporti e reciproche influenze tra dimensione professionale e dimensione statale.

Da questo punto di vista, tre sono i profili più significativi.

Va innanzitutto sottolineato che le legislazioni statali prevedono espressamente quali siano le tematiche delle quali il codice deontologico può occuparsi. Le *Heilberufes-Kammergesetze* designano quindi la cornice entro la quale può esprimersi il potere normativo dell'ordine.

In particolare, con riferimento ai doveri professionali, il legislatore distingue tra doveri generali e doveri speciali. A livello generale, il medico ha il dovere di esercitare la sua attività in maniera scrupolosa, responsabile e corrispondente alla fiducia che gli viene attribuita in ragione della sua professione. Accanto a questo dovere e alla partecipazione al servizio di guardia medica, la *Berufsordnung* può contenere poi ulteriori doveri professionali. Tutte le legislazioni statali proseguono infatti con una lunga elencazione degli ambiti all'interno dei quali gli ordini possono definire i doveri deontologici dei medici.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid. La letteratura è molto vasta in materia. Si veda ad esempio, tra gli altri, H. SODAN, J. ZIEKOW, *Grundkurs öffentliches Recht*, cit., p. 436: «in sachlicher Hinsicht reicht die Satzungsgewalt nur so weit wie der gesetzlich bestimmte Zuständigkeitsbereich der betreffenden juristischen Person. In personeller Beziehung erschreckt sich die Satzungsbefugnis nur auf die Mitglieder der Körperschaft».

⁸⁶ Cfr., ad esempio, R. SCHMIDT, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens; Staatshaftungsrecht*, cit., p. 53; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 78.

Generalmente le normative statali, pur non essendo identiche sul punto, condividono la gran parte delle previsioni e si riferiscono più o meno alle stesse tematiche. Tra gli ambiti nei quali i codici deontologici possono esprimersi vi rientrano, ad esempio, la riservatezza e il segreto professionale, il rilascio di pareri e testimonianze, gli orari di visita e le visite a domicilio, il generale esercizio dell'attività professionale, l'adeguatezza e il controllo sugli onorari, la pubblicità, la prescrizione di farmaci e medicinali, nonché i profili legati alle relazioni con colleghi e altri professionisti. In alcune legislazioni viene inoltre fatto espresso riferimento all'obbligo di consultazione delle commissioni etiche istituite presso gli ordini professionali. In altre si prevede tra gli ambiti di intervento della *Berufsordnungen* anche quello relativo a questioni etiche, giuridiche e professionali legate ad alcune pratiche specificamente indicate: sperimentazione clinica con l'essere umano, ricerche epidemiologiche condotte su dati personali e ricerca su gameti ed embrioni umani⁸⁷. Pur non trattandosi di una limitazione sui contenuti concreti delle norme elaborate dagli ordini, la delimitazione legislativa delle tematiche affrontabili nel codice deontologico costituisce un'ingerenza diretta sull'ampiezza e sull'ambito di rilevanza della componente deontologica.

A ciò deve aggiungersi l'ulteriore e più generico profilo del controllo esercitato da autorità pubbliche sull'attività degli ordini professionali. In tutte le leggi professionali dei *Länder* sono infatti espressamente previste norme in materia di *Staatsaufsicht*, quindi di controllo e sorveglianza statale.

Si tratta di un controllo che fa capo al Ministro competente e che attiene generalmente al rispetto di quanto contenuto nella legge professionale o di quanto adottato sulla base di essa⁸⁸. In alcuni casi è espressamente previsto il potere di revocare decisioni contrarie a norme legislative o regolamentari. In Assia, ad esempio, la legge professionale prevede che il controllo «*kann Beschlüsse, die ihnen widersprechen, aufheben*»⁸⁹. In altri casi si può trovare il riferimento a un più ampio

⁸⁷ Cfr., ad esempio, § 19 *Heilberufe-Kammergesetz* Bayern.

⁸⁸ Si veda, ad esempio, ma la formula è analoga anche nelle altre legislazioni, quanto affermato nella *Heilberufe-Kammergesetz* del Land *Baden-Württemberg*: «*Soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, ist die Aufsicht darauf beschränkt, die Einhaltung dieses Gesetzes und der auf Grund seiner Bestimmungen erlassenen Vorschriften zu überwachen*».

⁸⁹ *Gesetz über die Berufsvertretungen, die Berufsausübung, die Weiterbildung und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten*

e generico *Rechtsaufsicht* da parte del *Land*. Nella legge del Rheinland-Pfalz si legge infatti che «(d)ie Kammern unterliegen der Aufsicht des Landes. Sie erstreckt sich auf die Beachtung des geltenden Rechts»⁹⁰.

Più in particolare, tutte le legislazioni prevedono una forma di partecipazione dei rappresentanti delle autorità di controllo (*Aufsichtsbehörde*) alle assemblee degli ordini. In alcuni casi è anche previsto che gli ordini debbano consegnare una relazione annuale alle autorità competenti.

Per quanto più nello specifico riguarda la partecipazione alle assemblee, essa viene nel concreto precisata in maniera leggermente diversa nelle varie leggi. Così, ad esempio, nella *Heilberufe-Kammergesetz* del Land *Baden-Württemberg* è previsto che l'autorità possa delegare suoi rappresentanti in occasione delle sedute delle assemblee, ai quali deve essere riconosciuto il diritto di prendere parola⁹¹. Analoga la formulazione in altre legislazioni statali, come ad esempio in Baviera: il Ministro «kann insbesondere zu den Kammersitzungen Vertreter entsenden, denen auf Verlangen jederzeit das Wort erteilt werden muss»⁹².

Nella *Berliner Kammergesetz*⁹³ l'invito e l'ascolto di tali autorità⁹⁴ è previsto come un dovere: «die Aufsichtsbehörde ist zu den Sitzungen der Kammerorgane einzuladen und zu hören»⁹⁵. Ancora più precise sul punto sono le legislazioni di altri *Länder*, nelle quali è previsto che le autorità di controllo debbano essere tempestivamente invitate alle sedute della *Delegiertenversammlung* e che le argomentazioni delle persone designate da questa autorità debbano essere in qualunque momento ascoltate. La stessa DV, inoltre, deve essere indetta qualora

und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Heilberufsgesetz) in der Fassung vom 7. Februar 2003, § 20(2).

⁹⁰ *Heilberufsgesetz (HeilBG) vom 20. Oktober 1978, §17 e ss.*

⁹¹ *Gesetz über das Berufsrecht und die Kammern der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten sowie der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Heilberufe-Kammergesetz - HBKG) in der Fassung vom 16. März 1995 (ultima modifica del 15 giugno 2010), §8(3).*

⁹² *Gesetz über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker sowie der Psychologischen Psychotherapeuten und der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Heilberufe-Kammergesetz - HKaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 6. Februar 2002. Fundstelle: GVBl 2002, S. 42. Art. 16.1.*

⁹³ *Gesetz über die Kammern und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Psychologischen Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten (Berliner Kammergesetz) in der Fassung vom 4. September 1978 (GVBl. S. 1937), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. März 2013 (GVBl. S. 70).*

⁹⁴ Si tratta in particolare dei membri competenti in ambito sanitario del Senato di Berlino (*Berliner Kammergesetz* § 14(1)).

⁹⁵ § 14(2).

l'autorità faccia richiesta in tal senso e in alcune legislazioni è previsto anche che il verbale delle assemblee debba essere trasmesso alle autorità competenti⁹⁶.

Il profilo maggiormente significativo nell'analisi dei rapporti tra dimensione deontologica e dimensione legislativa riguarda però la cd. *Wesentlichkeitstheorie* elaborata dal Tribunale costituzionale tedesco.

In termini generali in base a tale teoria il legislatore deve assumere tutte le decisioni di rilevanza essenziale in ambito normativo. Come più volte ribadito dallo stesso BVerfG, per *wesentlich* (essenziale) si intende «*was für die Grundrechtsverwirklichung wesentlich ist*», quindi ciò che è essenziale per l'attuazione dei diritti fondamentali⁹⁷. In sostanza, quindi, in base alla cd. *Wesentlichkeitstheorie*, così come emerge dalla giurisprudenza consolidata nel tempo del *Bundesverfassungsgericht*, quando la normativa incide sull'ambito di tutela di un diritto fondamentale è il legislatore a dover assumere le «*grundlegenden*»⁹⁸ e «*wesentlichen Entscheidungen*»⁹⁹.

Con riferimento alla limitazione delle *Satzungen* tale teoria è stata applicata e definita con specifico riguardo alla dimensione deontologica in ambito medico nella già citata *Facharzt-Entscheidung*¹⁰⁰.

Benché alcune possibili conseguenze sul piano pratico di tale *leading case* emergano con maggiore evidenza nei capitoli dedicati alle questioni più strettamente biogiuridiche, è importante anticipare fin da subito l'analisi dei principali passaggi della sentenza perché da essi si possono evincere alcuni elementi fondamentali del complessivo rapporto tra deontologia e diritto, e più nello specifico tra codici deontologici e legislazione statale nell'ordinamento tedesco.

⁹⁶ Si vedano, a titolo esemplificativo le legislazioni dei Länder Hessen, Heilberufsgesetz del 7 febbraio 2003, cit., § 21 ; Thüringer (Heilberufegesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Januar 2002), §18; L'autorità di controllo può inoltre in qualunque momento chiedere chiarimenti all'ordine sul suo operato. Ancora più precisa la legislazione del Land Rheinland-Pfalz, il cui § 18(2) prevede che: *Die Aufsichtsbehörde ist zu den Sitzungen der Vertreterversammlung sowie der Hauptversammlung (§ 12 Abs. 2) rechtzeitig unter Angabe der Tagesordnung und unter Beifügung der für die Beratung erforderlichen Unterlagen einzuladen; auf Verlangen der Aufsichtsbehörde ist die Vertreterversammlung oder die Hauptversammlung einzuberufen. Den Bediensteten der Aufsichtsbehörde ist in der Vertreterversammlung und der Hauptversammlung auf Verlangen das Wort zu erteilen. Die Niederschriften über die Sitzungen sind der Aufsichtsbehörde zuzuleiten.*

⁹⁷ Per un approfondimento si veda, tra gli altri, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 128.

⁹⁸ BVerfG 33, 303 (346).

⁹⁹ BVerfG 45, 400 (417f); 47, 46 (78f.), 98, 218 (251); cfr. H. SODAN, J. ZIERKOW, *Grundkurs öffentliches Recht*, cit., p.201.

¹⁰⁰ BVerfG 33, 125. *Supra* par. 2.2.

Si tratta in particolare di un *Verfassungsbeschwerde* presentato da alcuni medici specialisti che erano stati disciplinarmente sanzionati per la violazione di alcuni doveri professionali stabiliti nel codice elaborato dall'ordine dei medici di riferimento. Già dallo strumento esperibile in casi come questo si evince l'incidenza del controllo che direttamente il *Bundesverfassungsgericht* può esercitare sulla dimensione deontologica¹⁰¹.

La norma di riferimento nel caso di specie è in particolare l'art. 12 GG in base al quale, «tutti i tedeschi hanno il diritto di scegliere liberamente la professione ... l'esercizio della professione può essere disciplinato con legge o in base ad una legge»¹⁰².

Secondo il Tribunale tale articolo non impone che le regole che limitano la libertà professionale debbano esclusivamente essere previste a livello legislativo. È quindi lecito che, entro determinati limiti, tali regole possano essere poste anche attraverso *Satzungen*, quindi nell'ambito dell'autonomia riconosciuta agli ordini professionali¹⁰³.

Più nello specifico, come anticipato, il Tribunale riconosce l'utilità di questa forma di autonomia normativa. Secondo il Tribunale infatti l'autonomia riconosciuta a determinati organismi collettivi permette di attivare alcune forze all'interno della società, affidando a determinati gruppi sociali la regolamentazione delle questioni che direttamente li riguardano e quindi le questioni che essi possono valutare con maggiore cognizione di causa rispetto ad altre autorità. Ciò permette anche, secondo il BVerfG, di ridurre la distanza tra l'autorità che pone la norma e i destinatari di essa. Il legislatore viene così anche dispensato dal farsi carico di una serie di questioni rispetto alle quali non potrebbe avere una competenza specifica e soprattutto un'idonea capacità di adeguarsi ai mutamenti del settore¹⁰⁴. È stato poi ulteriormente precisato, come ripreso dallo stesso Tribunale anche in pronunce più recenti, che l'alto livello di autonomia riconosciuta a determinati organismi assume anche un ruolo di compensazione rispetto all'obbligo di iscrizione all'ordine previsto per

¹⁰¹ Cfr. *infra* parte IV dedicata al procedimento disciplinare.

¹⁰² Cfr., per la traduzione italiana, G. CERRINA FERONI, T. E. FROSINI, A. TORRE (a cura di) *Codice delle Costituzioni*, cit.

¹⁰³ BVerfG 33, 125, 157 e ss.

¹⁰⁴ *Ibid.*

determinate professioni¹⁰⁵. Il Tribunale dichiara quindi espressamente che la sua giurisprudenza *«hat niemals in Zweifel gezogen, daß sich der Autonomiegedanke sinnvoll in das System der grundgesetzlichen Ordnung einfügt»*¹⁰⁶.

Ciò nonostante, il Tribunale afferma come anche in questo ambito valga il principio per cui il legislatore non possa totalmente alienare la sua competenza normativa o rinunciare completamente alla sua influenza sul contenuto delle norme adottate da determinati organismi collettivi sulla base della loro autonomia. Ciò deriva, precisa il BVerfG, dal principio democratico e da quello dello stato di diritto.

Più nello specifico, ricordando anche i pericoli che potrebbero derivare da una regolamentazione esclusivamente lasciata nelle mani di associazioni professionali, sia per i destinatari delle loro norme che per la collettività, il Tribunale ritiene che l'ampiezza dei poteri normativi conferiti alla categoria professionale dipenda anche dall'intensità con la quale le norme deontologiche potrebbero incidere sui diritti fondamentali. Viene quindi applicata ed esplicitata anche in questo ambito la cd. *Stufentheorie*, già elaborata in altri contesti dalla giurisprudenza costituzionale.

In particolare il BVerfG ritiene che qualora una norma possa incidere anche sulla libertà (in questo caso professionale) e sugli interessi meritevoli di tutela di persone esterne, quindi nei casi in cui si vada oltre il limite delle *“eigener Angelegenheiten”*, degli affari propri della categoria di riferimento, la competenza debba essere del legislatore. Nei casi che riguardano questioni tecnico-professionali, è generalmente lecita la regolamentazione attraverso i codici delle associazioni professionali. Anche in questo caso, tuttavia, precisa il Tribunale, si deve valutare il grado di interferenza delle norme elaborate dalla categoria professionale sui diritti fondamentali.

Vi è quindi una sorta di gradazione delle possibili esigenze di tutela in ragione dei diversi livelli di incidenza delle norme sui diritti fondamentali: da una situazione in cui le conseguenze su tali diritti sono *“ganz wesentlichen”* e quindi la competenza può essere esclusivamente quella del Parlamento, a una situazione in cui le conseguenze sono *“minder wesentlichen”* e possono quindi essere disciplinate con strumenti diversi dalla legge formale, ma sempre legislativamente determinati, fino a quei casi in cui le conseguenze sono *“unwesentlichen”* e non rientrano quindi nella riserva di legge.

¹⁰⁵ Sentenza del 2002.

¹⁰⁶ BVerfG 33, 125.

É da ritenersi pertanto che «(d)ie Selbstverwaltungskompetenz gibt keine Befugnis zum Eingriff in Grundrechte»¹⁰⁷. La competenza ad interferire su un diritto fondamentale deve essere quindi riservata al legislatore statale, che deve fissare gli elementi fondamentali della disciplina con lo strumento della legge, intesa in senso formale¹⁰⁸.

Per quanto riguarda nello specifico il criterio della “*Wesentlichkeit*”, va sottolineato come entrino in gioco non solo gli interessi dei cittadini i cui diritti fondamentali sono toccati dalla disciplina giuridica, ma anche quelli complementari o contrari della collettività. Il concetto di “*Wesentlichkeit*” non ha quindi un significato fisso e definito, ma ha natura flessibile¹⁰⁹. Conformemente alla gradazione di possibili interferenze sui diritti fondamentali elaborata dalla giurisprudenza, infatti, quanto più importante è una questione per la persona o per la collettività, quanto più tale questione va quindi ad intaccare il nucleo essenziale dei diritti in gioco, tanto più ampio ed esclusivo è riconosciuto il ruolo del Parlamento.

Dal punto di vista della disciplina giuridica ne consegue, inoltre, che quanto più i diritti dei cittadini sono interessati o minacciati in maniera profonda e duratura, quanto più le conseguenze sulla collettività sono rilevanti e più delicate le questioni poste all’opinione pubblica, tanto più puntuale deve essere la disciplina legislativa.

Sarà interessante analizzare nei prossimi capitoli le conseguenze sul piano pratico dei rapporti così definiti tra dimensione deontologica e dimensione legislativa, nell’ambito del biodiritto.

3. Italia: Un procedimento interno alla categoria professionale

Poco c’è da dire con riferimento ai rapporti tra professione medica e poteri pubblici nell’ordinamento giuridico italiano per quanto riguarda il procedimento di formazione del codice deontologico. Si tratta infatti di un procedimento che si sviluppa interamente in seno alla categoria professionale, senza alcuna forma di

¹⁰⁷ F. HEFEN, *Staatsrecht. II Grundrechte*, 3.Auflage, München, 2011, p. 113.

¹⁰⁸ «Ist das Schutzbereich eines Grundrechts berührt, dann müssen also im Gesetz mindestens enthalten sein: die wichtigsten Voraussetzungen, unter denen ein Eingriff in das Grundrecht ermöglicht werden soll; die zu erwartenden Eingriffe, die öffentlichen Belange und Ziele zur Rechtfertigung der Eingriffe». F. HEFEN, *Staatsrecht- II Grundrechte*, cit. p. 114.

¹⁰⁹ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 129.

collaborazione o di intervento di autorità pubbliche, come avviene, ad esempio, nel modello francese.

Al di là di poche disposizioni sul funzionamento delle assemblee, della generale sottoposizione degli ordini alla vigilanza del Ministero competente e della possibilità di scioglimento dei consigli nei casi in cui non siano in grado di funzionare regolarmente – tutte previsioni che, rientrando nella basilare forma di controllo statale sulla dimensione professionale, sono riscontrabili generalmente anche negli altri ordinamenti – non sono previste nell'ordinamento italiano particolari forme di relazione e reciproca influenza con autorità pubbliche che specificamente riguardino l'adozione del codice di deontologia medica, né forme di diretta ingerenza sulle tematiche di cui esso può occuparsi.

Non è inoltre prevista una particolare forma giuridica per l'adozione del codice deontologico e quindi nemmeno il previo parere di un'autorità statale che la legittimi. Per la sua emanazione infine non è legislativamente prevista alcuna forma di pubblicità legale.

Come si vedrà questo circuito tutto interno alla professione viene almeno parzialmente interrotto con riferimento alla Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS), competente in materia di iscrizione e cancellazione all'albo e, per quanto più interessa la dimensione deontologica, in ambito di procedimento disciplinare. La sua composizione testimonia infatti una particolare forma di rapporti tra categoria professionale e amministrazione pubblica statale, poiché di essa non fanno parte solo medici, ma anche un consigliere di stato che la presiede, un membro nominato dal Consiglio Superiore di Sanità e un dirigente amministrativo del Ministero della Salute¹¹⁰. Si tratta però di un elemento di collaborazione tra le due dimensioni che non si estende alla fase di elaborazione del codice deontologico.

Il fatto stesso che per la deontologia medica non esista, come nella recente riforma italiana in ambito forense o come accade nell'esperienza francese e tedesca, una norma specificamente dedicata al codice deontologico è sintomatico di una forma di rapporti tra dimensione statale e dimensione professionale che ancora, almeno per le

¹¹⁰ *Infra* parte IV.

norme attualmente vigenti e da un punto di vista formale, non ha compiutamente preso in considerazione la codificazione deontologica.

Da un lato questo può comportare una maggiore autonomia della categoria professionale, rispetto al cui operato non interferiscono poteri statali né sotto forma di autorità chiamate ad esprimersi e controllare il contenuto del codice né sotto forma di indicazioni o limiti posti a livello legislativo sulla formulazione o il contenuto delle norme deontologiche. Dall'altro lato, però, l'assenza di un'espressa considerazione a livello legislativo può privare il codice deontologico di alcune forme di rilevanza che invece potrebbero derivare da un proficuo rapporto con la dimensione statale.

In ogni caso, per quanto riguarda l'analisi degli elementi formali che potrebbero permettere di individuare con precisione i rapporti del codice deontologico con l'ordinamento giuridico statale, lo studio del procedimento di formazione del codice di deontologia medica in Italia, così come del suo fondamento giuridico, non fornisce risposte certe.

Ciò vale anche con riferimento all'ulteriore profilo che verrà analizzato nei prossimi capitoli, ossia la collocazione del codice deontologico tra le fonti del diritto e la natura, giuridica o extra-giuridica, delle norme deontologiche. Per l'ordinamento italiano tale profilo dovrà quindi essere ricostruito indagando altre forme di rilevanza della normativa deontologica sul piano dell'ordinamento giuridico statale.

CAPITOLO QUARTO

VALORE GIURIDICO DELLE NORME DEONTOLOGICHE E COLLOCAZIONE DEL CODICE TRA LE FONTI DEL DIRITTO

1. Il code de déontologie médicale nell'ordinamento francese

In Francia il codice di deontologia medica ha, come visto, una posizione particolare poiché, da un lato, la legge riserva al consiglio dell'ordine il compito della sua preparazione, dall'altro però esso assume la forma di un decreto *en Conseil d'État*, quindi di un atto del Primo Ministro pubblicato sul *Journal Officiel*, previo parere obbligatorio del Consiglio di Stato. Dal punto di vista giuridico la deontologia medica assume così forma di deontologia *étatique* e attraverso l'emanazione e pubblicazione come *décret en Conseil d'Etat* diventa a tutti gli effetti una *norme intra-étatique*, inserita tra le fonti statali e avente rango e contenuto regolamentare.

Il *décret en Conseil d'État* è infatti una fonte di secondo grado, come tale subordinata alla legge, ma posta, in quanto atto del Primo Ministro, al vertice della gerarchia degli atti amministrativi.

Questo modello di inserimento della deontologia nelle fonti del diritto ha indubbiamente conseguenze significative sulla portata giuridica del codice deontologico. Nella gerarchia delle fonti francesi, infatti, i decreti *en Conseil d'Etat*, proprio in quanto atti del Primo Ministro, si pongono al di sopra dei decreti e delle ordinanze degli altri ministri, quindi anche del ministro della salute. Quest'ultimo non può, pertanto, di norma, adottare regolamenti in contrasto con il codice di deontologia medica¹¹¹.

Alla luce del quadro fin qui delineato, quindi, da un lato, in ragione del ruolo esercitato da entità statali, il progetto presentato dall'ordine potrebbe essere oggetto di modifiche prima della sua pubblicazione¹¹² e l'inserimento formale del codice nella gerarchia delle fonti potrebbe influire sull'autonomia di iniziativa della

¹¹¹ Cfr. J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, cit., p. 175.

¹¹² J. - P. ALMERAS, H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, cit.

categoria professionale; dall'altro lato però, l'inserimento tra le fonti del diritto conferisce al codice deontologico e quindi alle norme in esso contenute maggiore rilevanza e forza obbligatoria.

Con riferimento alla portata delle deontologie *étatiques* va infatti sottolineato che nell'ordinamento giuridico francese quando lo stato procede all'emanazione di una deontologia in forma decretale, essa ha generalmente effettività giuridica e un'applicazione che può ritenersi «*absolument systématique*»¹¹³. Le fonti legislative rinviano infatti in maniera sistematica alla deontologia qualora intervengano negli ambiti di applicazione di quest'ultima.

Con riferimento all'esercizio delle professioni sanitarie, ad esempio, nell'ambito degli ospedali pubblici la legge prevede che il superiore gerarchico del medico debba esercitare la sua autorità nel rispetto delle regole deontologiche e dell'indipendenza professionale. Recita infatti l'articolo L 6143-7 del *Code de santé publique*: «*le directeur exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art*»¹¹⁴. L'autorità del direttore dell'ospedale trova quindi un limite, espressamente previsto dalla legge, nella normativa deontologica¹¹⁵.

Altrettanto accade quando l'attività è lasciata all'iniziativa contrattuale. In tal caso il legislatore prevede espressamente che siano gli ordini professionali a dover controllare il rispetto nei contratti della deontologia e dell'indipendenza dei professionisti¹¹⁶. L'ordine, al quale i medici devono comunicare tutti i contratti che li riguardano, esercita quindi anche un potere di controllo sui contratti professionali al fine di verificare l'assenza di profili di contrarietà alle norme deontologiche della disciplina in essi contenuta. Poiché l'ordine non può direttamente annullare un

¹¹³ J. MORET-BAILLY, *Une déontologie commune?*, cit, p.184. La generale rilevanza delle norme deontologiche sul piano sia legislativo, sia giurisprudenziale è un fenomeno che invece, come si vedrà, caratterizza le deontologie in tutti gli ordinamenti analizzati e anche le deontologie francesi *extra-étatiques*. Per un'analisi dettagliata delle forme di rilevanza della deontologia cfr. J. MORET-BAILLY, *La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies*, in *Droits*, n°32, 2000, pp. 171-182.

¹¹⁴ Art. L6143-7 CSP.

¹¹⁵ Cfr. J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, cit., p. 175.

¹¹⁶ J. MORET-BAILLY, *Une déontologie commune?*, cit, p.184.

contratto di diritto civile, il suo controllo si esplica nel concreto attraverso la possibilità di esercitare il potere disciplinare e sanzionare il medico che violi la deontologia, anche in riferimento ad un contratto. Proprio per ovviare a tali possibili conflitti, l'ordine predispone quindi generalmente dei contratti-tipo conformi alla disciplina deontologica cui i medici possono aderire senza correre il rischio di incorrere in sanzioni disciplinari¹¹⁷.

Infine, le norme contenute nel codice deontologico possono essere utilizzate dal giudice come riferimento per definire la colpa medica ed eventuali errori compiuti dai professionisti nell'esercizio della loro attività¹¹⁸.

Rispetto alle altre deontologie *étatiques*, quella medica presenta l'ulteriore peculiarità di essere stata integrata nel luglio del 2004 nel *Code de la santé publique*, agli articoli da R4127-1 a 112.

L'inserimento in questa “*codification-compilation*” determina quindi un nesso indissolubile tra deontologia medica e *droit de la santé* e ha ripercussioni notevoli, almeno dal punto di vista formale, sulla deontologia medica, la quale, infatti, nella sua formulazione attuale non esiste più solo in forma autonoma come *code de déontologie médicale*, ma si identifica nelle norme del codice statale¹¹⁹.

L'integrazione del codice deontologico nel CSP si inserisce in un più ampio progetto di codificazione iniziato quindici anni prima con l'istituzione, nel 1989, della *Commission supérieure de codification*, e poi in particolare, con la circolare del 30 maggio 1996 che precisò le modalità di programmazione, preparazione e redazione dei nuovi codici¹²⁰. L'obiettivo della codificazione era quello di rendere più facilmente realizzabile il principio per cui “*nemo censetur ignorare legem*”, permettendo una maggiore conoscibilità delle norme, nel tentativo di porre fine alla proliferazione e al groviglio di regole giuridiche che caratterizzava l'ordinamento

¹¹⁷ Cfr. J. MORET-BAILLY, cit. Si vedrà *infra* Parte III il rapporto tra questo potere di controllo dell'ordine e le problematiche sollevate dal punto di vista deontologico dal contratto cd. CAPI.

¹¹⁸ Cfr. J. MORET-BAILLY, *Règles déontologiques et fautes civiles*, in *Recueil Dalloz*, 2002, chron., 2820-2824.

¹¹⁹ S. POIRE, *Le médecin, maillon du système de « gouvernement de la santé »*, in BELLIVIER F., NOIVILLE C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, cit., p.23 ; cfr. inoltre V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, cit.

¹²⁰ A. JUPPE, *Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires*, in *JO* del 5 giugno 1996, n°129, p.8263.

giuridico francese¹²¹. Un'operazione quindi all'insegna della massima semplificazione e della massima chiarezza, che si inserisce in quella che, a partire dai cinque codici napoleonici, è considerata essere una tradizione nazionale¹²².

Il metodo utilizzato è quello di una codificazione *à droit constant*, quindi di una codificazione non innovativa, ma semplicemente razionalizzatrice del diritto già esistente: i codici sono elaborati prendendo in considerazione i testi normativi nella formulazione in vigore al momento della codificazione, senza che a ciò si accompagni una riforma a livello sostanziale.

Con riferimento a quanto qui più interessa, ossia ai rapporti tra dimensione deontologica e dimensione giuridica, il principio della codificazione *à droit constant* deve però essere precisato. L'elaborazione di un codice che non sia incompatibile con le altre fonti superiori comporta infatti, in ogni caso, la necessità di assicurare la validità e attualità delle norme oggetto di codificazione, individuando, ad esempio, le eventuali abrogazioni avvenute e, soprattutto, la doppia conformità del futuro codice alla Costituzione e alle norme internazionali, in particolare al diritto dell'Unione Europea¹²³. Per evitare di riprendere testi che non rispettino le norme gerarchicamente superiori, possono perciò essere apportate in fase di codificazione le modifiche ritenute necessarie e, a tal fine, il Ministero responsabile del codice oggetto di elaborazione e la *Commission supérieure de codification* dispongono di una via privilegiata per proporre, al di là del metodo "*à droit constant*", semplificazioni, miglioramenti e armonizzazioni del diritto¹²⁴.

La tecnica della *codification à droit constant* è stata comunque considerata fin da subito la sola in grado di permettere un'elaborazione dei codici che non fosse rallentata dagli esami e dai lunghi dibattiti che invece devono necessariamente accompagnare una riforma del diritto a livello sostanziale¹²⁵. Ciò nonostante, a dispetto della priorità accordata ad esso a livello governativo, il processo di

¹²¹Ibid: «*La réalisation de cet objectif ambitieux doit faciliter la mise en oeuvre du principe selon lequel «nul n'est censé ignorer la loi» et permettre aux citoyens, aux élus, aux fonctionnaires, aux entreprises de mieux connaître leurs droits et obligations. La prolifération et l'enchevêtrement de règles qui caractérisent aujourd'hui notre ordre juridique sont unanimement dénoncés ; il importe d'y mettre fin*».

¹²²Ibid: «*Cet effort s'inscrit dans une tradition nationale, qui a été illustrée par les cinq grands codes napoléoniens et qui s'est développée depuis la Libération avec le rapport de la Commission supérieure chargée d'étudier la codification*».

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Ibid.

codificazione si arenò pochi anni dopo, proprio a causa dei troppi impegni parlamentari.

Al fine di risolvere tale ritardo è stata adottata nel 1999 la legge n. 1071, la quale ha abilitato il Governo a procedere direttamente con ordinanza all'adozione di nove codici, tra cui anche quello della *santé publique*¹²⁶. Grazie anche all'avallo del *Conseil constitutionnel* chiamato a pronunciarsi sulla sua conformità alla Costituzione¹²⁷, il progetto di codificazione è quindi proseguito.

Conformemente a ciò, nel 2004, il decreto n.802 ha abrogato, all'articolo 5, tra varie normative anche il decreto n. 1000 del 1995 che conteneva il codice di deontologia medica allora vigente e ha inserito il suo contenuto nel *Code de la santé publique*, senza apportarvi alcuna modifica¹²⁸.

In particolare il CSP è suddiviso in parte legislativa e parte regolamentare. Per quanto riguarda la professione medica, nella prima parte sono inserite le norme di rango legislativo che ne disciplinano la struttura e l'esercizio, tra le quali anche il già citato articolo L4127-1¹²⁹ che fonda il potere degli ordini di elaborare il codice deontologico; nella parte regolamentare, a partire dall'articolo R4127-1¹³⁰, è invece inserito il codice deontologico. Anche dal suo inserimento nella struttura del CSP emerge quindi chiaramente la sua posizione nella gerarchia delle fonti.

¹²⁶ Legge n.1071 del 16 dicembre 1999 *portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes*. Art. 1: «[...] le Gouvernement est autorisé à procéder, par ordonnances à l'adoption de la partie législative des codes suivants : [...]3° Code de la santé publique [...]Les dispositions codifiées sont celles en vigueur au moment de la publication des ordonnances, sous la seule réserve des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit».

¹²⁷ La legge del 1999 fu infatti occasione di intervento per il *Conseil constitutionnel*, investito da sessanta deputati della questione di legittimità costituzionale. Con la decisione n. 99-421DC del 16 dicembre 1999 il Conseil ha ritenuto che la codificazione rispondesse « à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » e che « l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la "garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables » . Per un approfondimento cfr. Conseil Constitutionnel, *Commentaire de la décision n. 99-421 DC du 16 novembre 1999*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.8, 1999 : www.conseil-constitutionnel.fr; cfr. inoltre V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, cit., p. 104.

¹²⁸ Decreto n. 802 del 29 luglio 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code.

¹²⁹ La lettera L all'inizio della numerazione indica proprio che si tratta di una norma inserita nella parte legislativa.

¹³⁰ Anche in questo caso la lettera davanti alla numerazione è indicativa della parte del CSP in cui è inserito l'articolo, quindi del valore, in questo caso regolamentare, della norma di riferimento.

L'aspetto più interessante ai fini del presente lavoro è capire quanto tale integrazione possa concretamente influire sull'autonomia dell'ordine dei medici nell'elaborazione delle norme di etica professionale. Di alcuni di questi esempi concreti in ambito biomedico si parlerà in maniera più approfondita nella prossima sezione. Va però fin da subito ricordato che non si tratta, come accennato, di una codificazione statica e immobile, ma che possono essere necessari, almeno sul piano teorico, eventuali «*ajustements, réécritures et adaptations qui permettent de rendre le droit en vigueur en adéquation avec le droit acqûe*»¹³¹ e che le eventuali modifiche del *Code de la santé publique* devono seguire gli stessi principi della codificazione iniziale e che pertanto «*il est indispensable que des textes portant sur une matière déjà codifiée soient rédigés en modifiant ou en complétant immédiatement le code e non en de hors de celui-ci*»¹³². Le eventuali modifiche del codice deontologico apportate dall'ordine professionale, determinando automatiche modifiche del codice statale, devono quindi innanzitutto rispettare tale logica.

In questa prospettiva, due sono le considerazioni che posso emergere.

Innanzitutto, nonostante le norme del codice di deontologia medica coincidano attualmente con gli articoli del *Code de la santé publique*, rimane ferma la disposizione di cui all'art. L4127-1 in base alla quale la preparazione del codice è affidata dal legislatore al consiglio nazionale dell'ordine dei medici. Modificare il codice deontologico significa ora però modificare un codice statale e, da questo punto di vista, potrebbe anche ravvisarsi il conferimento di un potere superiore all'ordine dei medici: quello di elaborare disposizioni che poi diventeranno regole di diritto inserite in un codice statale¹³³.

L'identificazione tra norma del *code de la santé publique* e codice deontologico può però anche restringere il potere della categoria professionale poiché la scelta statale di intervenire sulla disciplina del primo può determinare una modifica del secondo, la cui evoluzione, quindi, non seguirebbe più, in questo caso, logiche e scelte meramente interne alla categoria professionale.

¹³¹ I. LAMBERTERIE, *Quels instruments? Avantages et limites d'un "code de la recherche"*, in I. LAMBERTERIE, E. VERGES (a cura di), *Quel droit pour la recherche ?*, cit., pp.77-86, p.78.

¹³² A. JUPPE, *Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires*, cit.

¹³³ V. CABROL, *La codification de la déontologie médicale*, cit., p. 115.

Si vedrà a breve come proprio queste ipotesi sia siano concretamente verificate in ambito biogiuridico con riferimento, in particolare, alle scelte di fine vita e alle normative in materia di informazione del paziente¹³⁴.

2. *Berufsordnung e Richtlinien nell'esperienza tedesca*

Per quanto riguarda la *Berufsordnung*, da quanto già analizzato nei capitoli precedenti, emerge con chiarezza il suo valore giuridico e la sua posizione nel sistema delle fonti del diritto nell'ordinamento tedesco. La forma di *Satzung* con il quale il codice viene emanato lo rende infatti una norma di diritto, inserita nella gerarchia delle fonti in quanto espressione della significativa autonomia normativa riconosciuta agli ordini professionali. La *Satzung* si differenzia in particolare dalle leggi in senso formale e dalle *Rechtsordnungen* proprio in quanto non è posta dallo stato, inteso in questo caso come legislatore o come organi dell'esecutivo, sia a livello federale che statale.

Con specifico riferimento al rapporto tra diritto federale e diritto dei singoli *Länder*, va precisato che il fatto che la *Satzung* sia generalmente descritta come “*autonomes Recht*” contrapposto al diritto statale, non significa che essa costituisca un terzo livello normativo accanto a quello del *Bund* e dei *Länder*. Le persone giuridiche di diritto pubblico da cui esse vengono adottate sono infatti incorporate nella struttura statale, o federale o dei singoli *Länder* e quindi, a seconda dei casi, devono essere qualificate come *Bundesrecht* o come *Landesrecht*¹³⁵.

I codici deontologici elaborati dagli ordini dei singoli *Länder* sono quindi a tutti gli effetti parte vincolante del diritto professionale (*Berufsrecht*) tedesco, pur se posti nella gerarchia delle fonti al di sotto della Costituzione, delle leggi e dei decreti normativi (*Rechtsverordnungen*).

Più complessa è invece la questione della natura giuridica dell'altra normativa deontologica che andremo brevemente ad analizzare nell'ambito del biodiritto: le

¹³⁴ Si tratta in particolare della modifica dell'art. 37 del codice deontologico in seguito all'emanazione della legge del 2005 sul fine vita e alla procedura collegiale in essa prevista per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e della possibile illegalità delle norme del codice deontologico in materia di informazione al paziente in ragione delle norme contenute su tale aspetto nella parte legislativa del CSP. *Infra* parte III.

¹³⁵ H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 86.

Richtlinien, quindi le direttive elaborate dalla categoria professionale e, in particolare, la cd. „*(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*” adottata in materia di procreazione medicalmente assistita (PMA) dalla *Bundesärztekammer*.

Si tratta di una disciplina molto dettagliata, che tiene conto, come descritto anche nel preambolo, dei recenti dibattiti sulle possibilità e i limiti della pma. La *Muster-Richtlinien* contiene sezioni dedicate sia alle definizioni delle singole tecniche e dei procedimenti, sia alle condizioni di ammissibilità. È quindi una componente normativa importante in questo specifico ambito del biodiritto. In termini generali è tra l'altro espressamente previsto che nell'eseguire tecniche di procreazione medicalmente assistita i medici siano tenuti a rispettare la legge di protezione dell'embrione, ossia la cd. *Embryonenschutzgesetz* e, appunto, la *(Muster)Richtlinie*¹³⁶.

Con riferimento a tale tipo di norma non esiste però una previsione a livello legislativo che attribuisca espressamente la competenza alla *Bundesärztekammer* o agli ordini professionali, in maniera paragonabile a quanto avviene per le *Berufordnungen*. Per questo tipo di direttive non rileva quindi lo stesso quadro giuridico analizzato per i codici deontologici.

In generale, le *Richtlinien* adottate come modello a livello federale per ottenere valore giuridico devono essere recepite a livello dei singoli *Länder* e fatte rientrare nelle fonti dell'autonomia normativa degli ordini professionali. Il valore giuridico delle *Richtlinien* dipende pertanto dalle scelte adottate dalle varie *Landesärztekammern*.

Da questo punto di vista il quadro giuridico non è però uniforme sul territorio tedesco. Con riferimento al recepimento della „*(Muster-)Richtlinie* in ambito di procreazione medicalmente assistita si possono in particolare distinguere tre diversi approcci¹³⁷.

¹³⁶ *(Muster-)Richtlinie*, versione del 2006, art.3.

¹³⁷ Per un approfondimento cfr. M. UHL, *Richtlinien der Bundesärztekammer. Ein verfassungsrechtlicher Beitrag zur exekutiven Rechtsnormsetzung*, Schriftenreihe Medizinrecht in Forschung und Praxis, V. Kovac, Hamburg, 2008. Sul valore vincolante delle linee guida si vedano, ad esempio, H-D. LIPPERT, *Recht und Ethik in der Medizin*, cit., p. 1333 e ss.; C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion*, cit., p. 295 e ss.; J.-W VESTING., *Die Verbindlichkeit von Richtlinien und Empfehlungen der Ärztekammern nach der Musterberufsordnung 1997*, in *MedR* 120

Nel primo caso il testo della direttiva diventa parte integrante della *Berufsordnung*. Il codice deontologico contiene quindi una norma riferita all'osservanza delle *Richtlinien* e, generalmente, una norma nella quale viene espressamente affermato che tali direttive sono parte integrante del codice stesso. In ambito di procreazione medicalmente assistita, questa è, ad esempio, la tecnica adottata dal *Land Baden-Württemberg*. Nel relativo codice deontologico, infatti, il paragrafo 13 dedicato a specifiche procedure mediche richiama innanzitutto il dovere dei medici di osservare le *Richtlinien*; queste ultime vengono poi identificate in tre tipi di direttive relative a diverse tematiche, tra le quali, appunto, anche quella in materia di pma; la norma prevede infine espressamente che tali *Richtlinien* siano parte integrante del codice e ad esso allegate¹³⁸. Questa tecnica normativa permette – in combinato disposto con le norme della legislazione statale che conferiscono agli ordini il potere di adottare il codice deontologico con forma di *Satzung* – di estendere alla direttiva in materia di pma la stessa natura giuridica della *Berufsordnung*.

Un secondo tipo di approccio prevede invece semplicemente un rinvio alla *Muster-Richtlinie* nel codice deontologico. In questo caso oggetto della *Berufsordnung* non è il testo della direttiva, bensì il rinvio ad essa. Norme del codice prevedono in generale che determinate procedure debbano attuarsi nel rispetto di tali direttive. Le *Richtlinien* assumono così una funzione integrativa delle norme giuridiche del codice deontologico. In tal modo però le direttive in materia di pma acquisiscono una rilevanza sul piano regolamentare, ma non un'autonoma validità giuridica¹³⁹. In questo caso infatti il fondamento e quindi il valore giuridico della *Berufsordnung* non si estendono alle *Richtlinien*, le quali hanno una forza obbligatoria limitata alla sola cerchia dei destinatari del codice deontologico¹⁴⁰.

Schriftenreihe Medizinrech, 4, 1998; A. HILLER, *Verbindlichkeit und Verfassungsmäßigkeit der Richtlinien für Ärzte und Krankenkassen*, Baden-Baden, 1989.

¹³⁸ § 13 *Besondere medizinische Verfahren*

(1) *Bei speziellen medizinischen Maßnahmen oder Verfahren, die ethische Probleme aufwerfen und zu denen die Landesärztekammer Richtlinien zur Indikationsstellung und zur Ausführung festgelegt hat, haben Ärztinnen und Ärzte die Richtlinien zu beachten.*

(2) *Im Einzelnen handelt es sich um*

- *die Richtlinien zum Gentransfer in menschliche Körperzellen*
- *die Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion*
- *die Richtlinien zur Regelung von klinischen und anatomischen Sektionen (Sektionsrichtlinien)*

Diese Richtlinien sind Bestandteil dieser Berufsordnung und im Anhang (Kapitel F) abgedruckt.

¹³⁹ M. UHL, *Richtlinien der Bundesärztekammer. Ein verfassungsrechtlicher Beitrag zur exekutiven Rechtsnormsetzung*, cit., p.124.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 125.

Il terzo modello è invece quello in cui la *Munster-Richtlinie* diventa oggetto di un'autonoma disposizione normativa. Gli ordini professionali rinunciano quindi a integrare la direttiva in materia di pma nel codice deontologico e le rispettive assemblee elaborano un proprio testo basato sulla *Munster-Richtlinie* federale. Tale prassi normativa lascia però aperto il dubbio sulla natura giuridica delle direttive così emanate. Per conferire loro in maniera certa la natura di fonti del diritto sarebbe infatti necessaria una previsione all'interno della legge professionale che espressamente contenga il fondamento giuridico della loro adozione all'interno dell'autonomia normativa degli ordini professionali. In assenza di una norma del genere rimane quindi controversa la natura giuridica delle direttive in materia di pma. In sostanza, quindi, l'unico caso che non lascia dubbi relativamente alla concreta portata normativa e alla forza obbligatoria delle *Richtlinien* in materia di pma è quello rappresentato dalla scelta di allegare tali direttive al codice deontologico, considerandole espressamente parti integranti di esso. Negli altri casi, invece, le direttive possono certamente assumere una rilevanza sul piano giuridico, soprattutto attraverso l'integrazione, diretta o indiretta, delle norme del codice deontologico o di altre fonti dell'ordinamento statale e come parametri di valutazione della condotta del medico¹⁴¹, ma non possono acquisire quel particolare ruolo tra le fonti del diritto che invece caratterizza i codici deontologici.

Recentemente si assiste alla diffusa tendenza di adottare il primo modello di recepimento della direttiva della BÄK. Tuttavia, considerando l'ampiezza e l'importanza sul piano biogiuridico delle norme contenute nelle *Richtlinien* in materia di pma, le differenze negli approcci degli ordini professionali rendono ancora variegato il quadro della concreta portata della dimensione deontologica in questo specifico ambito nell'ordinamento tedesco¹⁴².

¹⁴¹ Cfr., ad esempio, H-D. LIPPERT, *Recht und Ethik in der Medizin*, cit. Cfr. Inoltre *infra* Parte III e Parte IV.

¹⁴² Rispetto a tale quadro, va però sottolineato che con le riforme dei codici deontologici introdotte tra il 2011 e il 2013 un maggior numero di ordini professionali ha inserito un richiamo espresso alle direttive nei propri codici.

3. *La controversa natura giuridica delle norme del codice deontologico italiano*

Il fatto che non esista in Italia, almeno per quanto riguarda la deontologia medica, una norma legislativa che definisca la natura giuridica della codificazione deontologica o che ne disciplini l'ingresso nella gerarchia delle fonti, comporta che i codici rimangano, almeno dal punto di vista strettamente formale, strumenti interni alla categoria professionale di riferimento. Ciò è tanto vero che l'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione ha sempre ritenuto, ad esempio con la sentenza n. 10842 del 2003, che «le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali, se non recepite direttamente dal legislatore, non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge»¹⁴³; esse sarebbero quindi «precetti extragiuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi»¹⁴⁴.

Ciò nonostante, sono innegabili anche in Italia forme di rilevanza giuridica esterna, quindi sul piano dell'ordinamento giuridico generale, della deontologia medica.

A differenza dell'analisi condotta per Francia e Germania, quindi, per l'ordinamento italiano è necessario individuare, analizzare e collegare tra loro tutte le situazioni nelle quali tale rilevanza può manifestarsi, al fine di ricostruire in maniera esaustiva il quadro del ruolo della deontologia medica tra le fonti del diritto. Alcune di queste forme di rilevanza verranno approfondite nei capitoli dedicati all'analisi del ruolo della deontologia nel biodiritto e della responsabilità disciplinare. In questa sede ci si concentrerà prevalentemente sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale negli anni più recenti ha riconosciuto la natura giuridica delle norme contenute nei codici deontologici.

Proprio dall'analisi di alcune pronunce emergerà, inoltre, la ricostruzione a livello giurisprudenziale di quegli elementi alla base della rilevanza giuridica del codice che in altri ordinamenti risultano direttamente dalla lettura del dato normativo.

Non si tratta in realtà di sentenze emesse con riferimento specifico alla deontologia medica. Si procederà quindi innanzitutto con l'analisi del percorso argomentativo della Corte, per poi individuare gli elementi che permettono l'estensione della giurisprudenza più innovativa anche all'ambito medico.

¹⁴³ Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842.

¹⁴⁴ Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n.1951.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno innanzitutto precisato nel 2002, con riferimento alla responsabilità disciplinare, che l'accertamento della non conformità delle singole condotte ai canoni della dignità e del decoro previsti nelle leggi professionali, qualora non sia operato in astratto direttamente dal legislatore¹⁴⁵ «è rimesso, per ragioni anche di carattere storico [...] all'autonomia degli ordini professionali, enti esponenziali della categoria, che sono pertanto non soltanto gli organi deputati, in via amministrativa (consigli locali) o giurisdizionale (consiglio nazionale forense) ad applicare le sanzioni, previste - queste sì - dalla legge (artt. 40 ss. R.D.L. n. 1578/33), ma anche ad enunciare le regole di condotta, che i singoli iscritti sono tenuti ad osservare sotto pena di applicazione di dette sanzioni»¹⁴⁶. Agli ordini professionali spetta quindi il potere di applicare le sanzioni ed essi sono inoltre «organi di produzione normativa all'interno della categoria, il fondamento della quale si rinviene, oltre che nella legge professionale, altresì nel riconoscimento costituzionale delle formazioni sociali, nelle quali l'uomo svolge la sua personalità, e nei connessi diritti e doveri (art. 2 della carta costituzionale)»¹⁴⁷. Emerge quindi un primo elemento fondamentale: l'individuazione a livello giurisprudenziale del fondamento della funzione di produzione normativa degli ordini.

Proprio in questa prospettiva, nel giugno dello stesso anno, con la sentenza n. 8225, le Sezioni Unite arrivarono per la prima volta a qualificare come «norme giuridiche vincolanti», seppur nell'ambito dell'ordinamento di categoria, le norme del codice deontologico. Si trattava in particolare del codice approvato dal Consiglio Nazionale forense e il suo fondamento venne individuato nei principi dettati dalla legge professionale a quel tempo in vigore e, in particolare, nell'art. 12¹⁴⁸ che imponeva agli avvocati di adempiere al loro ministero con dignità e decoro e nell'art. 38¹⁴⁹ il quale prevedeva che gli avvocati colpevoli di abusi, mancanze o fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale fossero sottoposti a procedimento disciplinare.

¹⁴⁵ Come avviene, ad esempio, per il regime delle incompatibilità dettato all'art. 3 della stessa legge professionale.

¹⁴⁶ Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n.762.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Art. 12 Regio Decreto-Legge 27 novembre 1933, n. 1578: Gli avvocati ed i procuratori debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia.

¹⁴⁹ Ibid., art. 38: «Gli avvocati ed i procuratori che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare».

Nelle sue argomentazioni la Corte rilevò innanzitutto la necessità per l'interprete, a fronte dell'ampiezza delle formule generalmente adottate dal legislatore in materia di illeciti disciplinari, di «integrare le clausole generali con il ricorso a fonti normative diverse, anche di rango infralegislativo, come le norme di etica professionale». E tale integrazione, come sottolineato dalla Corte, è stata pacificamente ritenuta legittima dalle stesse Sezioni Unite. Con riferimento all'illecito disciplinare, non sarebbe infatti ipotizzabile un contrasto con il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione¹⁵⁰. Inoltre, proprio l'esigenza di evitare che un'elencazione tassativa dei singoli divieti o doveri rischiasse di lasciare esenti da sanzioni comportamenti non previsti – ma pur sempre considerati riprovevoli dalla coscienza collettiva – rende necessario il ricorso a quelli che la Corte ha definito «dati normativi esterni, pur sempre caratterizzati da giuridicità»¹⁵¹. Su ciò si basa tra l'altro l'affidamento agli ordini professionali, in quanto organi deputati dalla legge a valutare il comportamento dei singoli professionisti sotto il profilo disciplinare, del «potere di adattare la previsione legale astratta ai casi concreti», facendo riferimento o a regole già contenute in specifiche previsioni legislative o desumendole da canoni di condotta condivise dalla collettività o dai principi deontologici dettati dai singoli ordinamenti professionali. Prima ancora, però, ne discende «quale espressione di autogoverno della professione e di autodisciplina dei comportamenti dei professionisti», il rispettivo «potere di emanare le regole di deontologia vincolanti per i propri iscritti»¹⁵².

Benché si tratti del primo importante spartiacque nell'orientamento giurisprudenziale in materia di norme deontologiche, questa sentenza non ha tuttavia dato vita a un orientamento costante della Corte di Cassazione. Come già ricordato le Sezione

¹⁵⁰Tra le sentenze che hanno posto in rilievo la legittimità dell'integrazione, cfr. Cass. Sez. un. 1998, n. 11732; 1997 n.10922; 1997 n.5225.

¹⁵¹Cass. Sez. un. 6 giugno 2002, n.8225. Per un approfondimento cfr. R. DANOVÌ, *Regole deontologiche e canoni complementari: un sistema efficace per la difesa della professione* (Nota a Cass. sez. un. civ. 6 giugno 2002, n. 8225), in *Rassegna forense*, 1, 2003, pp. 133-134. Sulla questione della natura giuridica delle norme deontologiche si vedano inoltre U. PERFETTI, *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche*, in *Rassegna forense*, 2, 2006, pp. 931-960; ID., *La responsabilità deontologica*, in *Rassegna forense*, 2, 2006, pp. 961-983; ID., *Corso di deontologia forense*, Padova, 2008; G. ALPA, *Norme deontologiche e Cassazione*, in *Attualità forensi*, n.1, 2005; G. D. COMPORLI, *La deontologia medica nelle prospettive della pluralità degli ordinamenti giuridici* (Nota a Cass. sez. III civ. 30 luglio 2001, n. 10389), in *Rivista italiana di medicina legale*, 3, 2002, pp. 855-865.

¹⁵²Cass. Sez. un. 6 giugno 2002, n.8225.

Unite, appena un anno dopo, con la sentenza del 10 luglio 2003 hanno nuovamente negato, conformemente all'orientamento tradizionale, tanto la natura quanto la caratteristica di norme di legge alle norme dei codici non recepite a livello legislativo¹⁵³. Esse non sarebbero pertanto assoggettabili al criterio interpretativo di cui all'art. 12 delle *Preleggi* poiché – in quanto espressione dei poteri di autorganizzazione degli ordini o dei collegi – esse avrebbero natura meramente pattizia e andrebbero quindi interpretate nel rispetto dei criteri ermeneutici che gli artt. 1362 e ss. del codice civile dettano per l'interpretazione dei contratti¹⁵⁴.

Successivamente, invece, le Sezioni Unite nel 2004 hanno richiamato il nuovo orientamento sostenendo che «non è superfluo premettere [...] che secondo un indirizzo che si va delineando nella giurisprudenza di questa Corte, nell'ambito della violazione di legge va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie vevoli per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare»¹⁵⁵.

Significativa anche la sentenza della III sezione civile, la n.13078 del 14 luglio 2004. Si tratta innanzitutto di una sentenza pronunciata con riferimento al codice deontologico dei geometri, a conferma quindi di come il nuovo orientamento giurisprudenziale possa essere esteso, in presenza di determinati presupposti, anche ad altre deontologie professionali. Inoltre, nell'accogliere il nuovo indirizzo, la Corte ha sviluppato un articolato esame critico dell'orientamento tradizionale, ponendo le basi per quelle argomentazioni che sarebbero state poi assunte dalle Sezioni Unite nella decisiva sentenza del 2007¹⁵⁶. La Corte afferma espressamente, tra l'altro, che l'interpretazione della norma deontologica in questo caso «costituisce una *quaestio*

¹⁵³Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842. Un'eccezione si ha invece, come sottolineato dalla stessa Corte, in materia di segreto professionale che è infatti tutelato anche nei confronti dell'autorità giudiziaria.

¹⁵⁴Ibid. Conforme a questo orientamento anche un'altra sentenza dello stesso anno: Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n.1951, in materia questa volta di deontologia medica, nella quale si afferma che le regole della deontologia professionale si riferiscono a «precetti extragiuridici ovvero a regole interne alle categorie e non già ad atti normativi»; la loro individuazione e la loro applicazione nella valutazione degli addebiti attengono quindi, secondo questa sentenza, al merito del procedimento e, se congruamente motivati, sono pertanto insindacabili in sede di legittimità. Cfr. § 4.1 della motivazione.

¹⁵⁵Cass. Sez. un. 23 marzo 2004, n.5776.

¹⁵⁶ Per un'analisi più dettagliata, cfr. R. DANOVI., *Corso di ordinamento forense e deontologia*, cit.

iuris» prospettabile dinnanzi al giudice di legittimità come violazione di legge¹⁵⁷ «e non una *quaestio facti*».

Nel richiamare inoltre quanto già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2002 sull'interpretazione diretta della norma del codice deontologico che non viola l'autonomia dell'ordine professionale, la Corte ha sottolineato come tale interpretazione si ponga come necessaria garanzia esterna del rispetto della norma deontologica da parte dell'ordine.

Due sono quindi gli orientamenti in contrasto che emergono da questa breve analisi giurisprudenziale: da un lato, quello che non riconosce natura normativa, ma meramente pattizia alle disposizioni del codice deontologico, se non recepite direttamente dal legislatore, con la conseguenza che dette disposizioni andrebbero interpretate secondo gli artt. 1362 c.c. e ss.; dall'altro, quello che invece riconosce natura giuridica alle disposizioni deontologiche ed impone quindi come canoni ermeneutici quelli contenuti nell'art.12 delle *Preleggi*¹⁵⁸. Significative sono le conseguenze della scelta di uno o dell'altro indirizzo: l'affermazione della natura giuridica o meno delle disposizioni del codice deontologico incide infatti sul tipo di violazione censurabile in sede di legittimità e quindi sulle modalità del sindacato che la Corte è chiamata a svolgere.

Per dirimere questo contrasto le Sezioni Unite sono intervenute nel 2007. A fronte del «problema metodologico circa i criteri da seguire nell'interpretazione della norma denunciata», vennero innanzitutto richiamati i due opposti orientamenti e le relative motivazioni, per concludere poi a favore della giuridicità delle norme deontologiche, accogliendo così il secondo e più recente orientamento.

Oltre a richiamare le argomentazioni già dedotte dalla sentenza del 2004 per criticare la tradizionale qualificazione dell'interpretazione del codice deontologico come *quaestio facti*¹⁵⁹, nonché quelle relative alla legittimità dell'interpretazione diretta da parte della Corte delle norme del codice, in quanto autoregolamentazione vincolante

¹⁵⁷ Quindi come motivo di ricorso ex art. 360 n. 3 c.p.c.

¹⁵⁸ Va comunque sottolineato, quale possibile profilo problematico, che l'art. 12 delle *Preleggi* non ha sempre piena centralità a livello interpretativo: si pensi, ad esempio, al principio dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea che muove al di fuori di quanto dettato nelle *Preleggi*.

¹⁵⁹ Sottolinea tra l'altro la Corte come ciò farebbe venir meno «una effettiva garanzia dell'incolpato che ritenga di aver rispettato la norma del codice deontologico e non si realizza la funzione del codice deontologico di autoregolamentazione vincolante non solo per il singolo professionista, ma anche per lo stesso ordine professionale».

non solo per i singoli professionisti, ma anche per gli stessi organi dell'ordine¹⁶⁰, le Sezioni Unite ritennero che il secondo orientamento «all'esito di un'attenta verifica [...]» risultasse «ancorato a dati ordinamentali e perciò preferibile» per una serie di specifiche ragioni dettagliatamente indicate.

L'analisi di queste ragioni è particolarmente utile poiché permette anche di comparare la struttura della professione forense per come era concepita, anche dal punto di vista deontologico, al momento della sentenza e la struttura della professione medica. Proprio l'analogia strutturale tra le due professioni permette infatti di estendere la giurisprudenza in oggetto anche al codice di deontologia medica. Su tale estendibilità, va comunque rilevato, quale argomento di natura del tutto generale, come sia la stessa Corte di Cassazione a richiamare la sua giurisprudenza al fine di sostenere la natura giuridica delle norme deontologiche anche di altre professioni¹⁶¹.

Con riferimento alle argomentazioni adottate dalla Corte di legittimità nel riconoscere natura giuridica alle norme deontologiche, rileva innanzitutto il fatto che il Consiglio Nazionale Forense, quando si pronuncia in materia disciplinare, sia un organo giurisdizionale¹⁶², nello specifico un giudice speciale istituito con il D.Lgs.Lgt. 23 novembre 1944, n. 382 e tuttora vigente, nonostante la revisione degli organi speciali di giurisdizione prevista dalla sesta disposizione transitoria della Costituzione¹⁶³. Davanti ad esso inoltre si svolge un processo di carattere

¹⁶⁰L'interpretazione diretta non viola infatti l'autonomia dell'ordine professionale, poiché essa «si estrinseca nell'approvazione del codice deontologico (consentita dall'ordinamento generale in modo espresso od implicito), codice che, una volta emanato, costituisce una autoregolamentazione vincolante nell'ambito dell'ordinamento di categoria (Cass. 6 giugno 2002 n.8225), e quindi sia per i singoli che per gli organi dell'ordine».

¹⁶¹Cfr. Cass. Pen. sez III, 5 marzo 2008, n.16145 in materia di codice deontologico dei giornalisti, nella quale la Corte per affermare la natura giuridica del codice deontologico dei giornalisti ripercorre proprio la recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di deontologia forense.

¹⁶²A differenza dei Consigli degli Ordini territoriali che invece esercitano funzioni amministrative anche quando operano in materia disciplinare. Sulla natura di organo giurisdizionale del CNF, le Sezioni Unite rinviavano alle seguenti sentenze: Cass. Sez. un. 1 aprile 2004, n.6406; 23 gennaio 2004 n.1229, 22 luglio 2002 n.10688, 11 febbraio 2002 n. 1904, nonché alle sentenze della Corte Costituzionale: sentenza n.110 del 12 luglio 1967; sentenza n.114 del 6 luglio 1970 e sentenza n.113 del 2 marzo 1990.

¹⁶³La Corte di Cassazione fa espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, in particolare alla sentenza del 19 dicembre 1986, n.284, in base alla quale il termine di revisione degli organi speciali di giurisdizione non è perentorio. Ne consegue che, mentre per gli ordinamenti professionali posteriori all'entrata in vigore della Costituzione, quindi posteriori al 1948, vige il divieto posto dall'art.102 Cost., comma 2, di istituire nuove giurisdizioni non solo straordinarie, ma anche speciali, per quelli anteriori all'emanazione della carta costituzionale, tra i quali sicuramente il Consiglio nazionale forense istituito con il decreto luogotenenziale del 1944, continua a trovare

giurisdizionale, che si conclude con sentenza pronunciata in nome del Popolo Italiano e nel rispetto delle comuni regole processuali per quanto attiene alla prescrizione, all'intervento del p.m., al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, all'imparzialità e indipendenza del giudice e alla garanzia del diritto di difesa¹⁶⁴. Altrettanto può sicuramente dirsi della Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS)¹⁶⁵.

Altro elemento importante a favore del secondo orientamento è ovviamente quanto già sostenuto dalle Sezioni Unite nel 2002, ossia che le norme del codice forense costituiscono esplicitazione dei principi generali contenuti nella legge professionale forense. Nel 2007 la Corte però precisa ulteriormente che «l'indiscusso carattere giurisdizionale del processo avanti al Consiglio nazionale forense in sede disciplinare non implica di per sé che tutti i criteri decisori del giudice speciale siano costituiti da norme di legge. Detto carattere deriva alle norme del codice disciplinare dalla delega loro effettuata dalla legge statale[...] e dalla loro funzione di parametro normativo generale alla stregua del quale valutare la condotta dei professionisti iscritti»¹⁶⁶.

Nonostante quindi non ci sia nel nostro ordinamento una norma che espressamente preveda l'elaborazione di un codice deontologico ad opera dell'ordine forense, la giurisprudenza della Corte di Cassazione deriva dalla legge statale la delega del potere normativo al Consiglio Nazionale Forense: le norme deontologiche vengono pertanto concepite come il risultato di un particolare processo di formazione legislativa e «assumono così, per volontà del legislatore, una funzione integrativa della norma legislativa in bianco»¹⁶⁷.

La Corte riconosce quindi la natura giuridica delle norme deontologiche facendo leva proprio sulla tecnica normativa adottata dal legislatore: attraverso la delega attribuita dalla legge statale al Consiglio Nazionale Forense in tema di potere disciplinare, le norme del codice deontologico, nell'emanazione delle quali si estrinseca l'autonomia della categoria professionale, costituiscono disposizioni integrative dei precetti

applicazione la sesta disposizione transitoria, in base alla quale gli organi di giurisdizione speciale già esistenti nel nostro ordinamento, continuano ad essere operanti. Analoga è la conclusione in ambito sanitario per la CCEPS.

¹⁶⁴Cass., sez. un. n. 26810/2007, cit. Per un approfondimento sul procedimento disciplinare si rinvia, tra gli altri, a R. DANOVI, *Il procedimento disciplinare nella professione di avvocato*, Milano, 2004.

¹⁶⁵Cfr. *infra* parte IV.

¹⁶⁶Cass., sez. un. n. 26810/2007, cit., motivo n. 6 tra quelli indicati a favore del secondo orientamento giurisprudenziale.

¹⁶⁷Ibid.

legislativi con la conseguenza che assumono valore di legge e ne seguono i criteri interpretativi. La Corte ha così il potere di procedere a un esame diretto dell'intero precetto legislativo quale risulta dalla norma di rinvio e dalla fonte, in questo caso deontologica, che lo integra.

Analoga è la tecnica normativa adottata dal legislatore con riferimento alla deontologia medica. Anche sotto il profilo della funzione integrativa delle norme dell'etica professionale rispetto alla normativa statale, quindi, la giurisprudenza della Corte di Cassazione può essere estesa alla deontologia medica.

Con riferimento al ruolo della Corte di Cassazione sulle norme deontologiche, inoltre, l'orientamento tradizionale priverebbe inevitabilmente la Corte di Cassazione della sua funzione nomofilattica, esponendo così i cittadini alla possibilità di esiti giurisprudenziali contrastanti¹⁶⁸ e ciò, secondo la Corte, «non sembra ammissibile in presenza di un codice deontologico che può incidere, come ad esempio con la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo, su diritti soggettivi sorti sulla base di norme di legge».

Pertanto, in applicazione di quanto previsto dall'art. 384 c.p.c per tutti i casi in cui la Corte sia chiamata a decidere ricorsi proposti «per violazione o falsa applicazione di norme di diritto», le Sezioni Unite enunciano il seguente principio: «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».

Sulla base di questo principio la Corte esamina la norma deontologica in questione e, dovendo pronunciarsi sul significato dell'espressione in essa contenuta, trae occasione per affermare un ulteriore principio, destinato ad avere un'utilità e una portata più ampia del singolo caso per il quale è stato pronunciato: la discrasia terminologica tra il corpo della norma e la sua intitolazione «va superata con il criterio ermeneutico funzionale».

È necessario quindi interrogarsi su quale sia la finalità della norma, adottando un criterio, appunto, funzionale «poiché [...] le norme del codice deontologico forense

¹⁶⁸In un altro passaggio della stessa sentenza viene ulteriormente sottolineato che se il potere di interpretazione diretta della norma incriminatrice venisse negato, il controllo di legittimità, il quale per sua natura non può estendersi all'apprezzamento del fatto, verrebbe privato di qualsiasi contenuto.

costituiscono l'esplicitazione esemplificativa dei principi generali contenuti nella legge professionale forense».

All'esito di questa evoluzione giurisprudenziale, le norme deontologiche vengono quindi collocate gerarchicamente tra le fonti integrative della legge e alla Corte di legittimità spetta una funzione nomofilattica e unificatrice del diritto anche con riferimento ai vari orientamenti che possono formarsi nell'Ordine professionale, con un terzo grado di giudizio sotto forma, appunto, di interpretazione delle norme deontologiche.

Le norme dei codici deontologici, però, anche qualora si negasse loro tale natura, assumono rilevanza giuridica attraverso la concretizzazione di clausole generali e come parametri di valutazione della colpa. Esse entrano infatti nell'ordinamento giuridico attraverso l'individuazione giudiziale della condotta diligente e della correttezza professionale¹⁶⁹.

Anche questo profilo è del resto strettamente legato all'idea del codice deontologico non più solo come strumento di autoregolamentazione che esaurisce la sua rilevanza all'interno della categoria, ma come insieme di norme che superano la loro connotazione meramente corporativistica e che possono quindi trovare effettività proprio nei giudizi di responsabilità professionale. Proprio «in questa diversa e più ampia prospettiva, sembra invero difficile negare il delinarsi di una rilevanza anche esterna, ossia per lo stesso ordinamento generale, della disciplina deontologica»¹⁷⁰.

Parametri del giudizio di responsabilità sono proprio i principi di diligenza e correttezza professionale, per la cui individuazione le norme deontologiche assumono un ruolo decisivo. Ciò vale soprattutto per le norme destinate a regolare la condotta del medico nei confronti del paziente o che si riflettono sulla qualità della prestazione che il sanitario è professionalmente tenuto a offrire.

In ambito civile, ad esempio, il secondo comma dell'art. 1176 c.c., rubricato *Diligenza nell'adempimento*, detta il criterio generale per cui «nell'adempimento

¹⁶⁹ Cfr., fra gli altri, G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., p. 555 e ss. E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit., p.933 e ss. Id., *Codice di deontologia medica*, in G. ALPA, P. ZATTI, *Codici deontologici e autonomia privata*, cit., p.74 e ss.

¹⁷⁰G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., p. 554.

delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Questo principio generale che contiene il riferimento alla natura dell'attività esercitata deve essere applicato «alla luce delle norme che disciplinano in generale il rapporto [...], regole e consuetudini che si propongono nell'ambito di ogni categoria professionale (il cosiddetto Codice deontologico, nella professione medica e nella professione forense)»¹⁷¹. La Corte di Cassazione inoltre, già nel 1965 affermò che: «ai rapporti aventi per oggetto una prestazione di opera intellettuale, si applicano, ai sensi dell'art.2230 c.c., le norme del codice e quelle delle leggi speciali e, inoltre i precetti della cosiddetta deontologia professionale»¹⁷².

L'aspetto più interessante riguarda però l'ambito penale. Nelle pronunce giurisprudenziali la conferma della rilevanza giuridica delle norme deontologiche, in particolare di quelle volte a definire la condotta professionale esigibile, avviene soprattutto attraverso l'impiego delle prescrizioni deontologiche di tipo cautelare come parametro di valutazione della colpa professionale¹⁷³.

Va innanzitutto sottolineato che, in termini generali, nei reati colposi omissivi impropri l'accertamento della colpa «non può prescindere dall'individuazione della posizione di garanzia, cioè della norma che impone al soggetto cui si imputa la colpa, di tenere quel comportamento positivo la cui omissione ha determinato l'evento»¹⁷⁴. Da questo punto di vista, non può essere trascurato che la giurisprudenza di legittimità abbia costantemente riconosciuto nell'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente – quindi in un rapporto che trova indubbiamente nella tradizione deontologica le sue radici più profonde¹⁷⁵ – la fonte della posizione di garanzia che il medico assume nei confronti del paziente e dalla quale viene fatto discendere l'obbligo del primo di agire a tutela della salute e della vita: «È, invero, indirizzo consolidato quello secondo cui l'instaurazione della relazione terapeutica tra

¹⁷¹ C. MAIORCA, voce Colpa civile (teoria generale), in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, pp. 536-613,611.

¹⁷²Cass., sez. un., 9 marzo 1965, n.375. Per un approfondimento sul punto si rimanda nuovamente a E. Quadri, *Il Codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, cit., p. 934 e ss.

¹⁷³Cfr. G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., p. 555.

¹⁷⁴A. CRESPI, G. FORTI, G. ZUCCOLÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, - Complemento Giurisprudenziale – X edizione, CEDAM, 2009, pp. 204-231.

¹⁷⁵ *Infra* Parte III.

medico e paziente è la fonte della posizione di garanzia che il primo assume nei confronti del secondo e da cui deriva l'obbligo di agire a tutela della salute e della vita». Su questa base la Corte, con riferimento al caso specifico, conclude che da parte del medico «vi fu certamente quindi [...] la violazione di una regola cautelare, in relazione alla posizione di garanzia da lui assunta nei confronti della paziente»¹⁷⁶.

In termini più specifici, particolarmente rilevante è la possibilità di classificare le regole deontologiche quali *discipline* la cui violazione ai sensi dell'art.43 è fonte di colpa specifica. Il terzo comma dell'art. 43 c.p. recita infatti: «Il delitto [...] è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline».

Com'è noto, la differenza tra colpa generica e colpa specifica è la fonte delle regole la cui inosservanza determina la colpa, la quale può essere sociale o giuridica. Nel primo caso, quello della negligenza, imprudenza e imperizia, le regole precauzionali non sono predeterminate dalla legge o da altre fonti giuridiche, ma vengono ricavate dall'esperienza sociale. Nel secondo caso invece «la fonte delle regole cautelari può essere giuridica o scritta: a ciò allude l'art. 43 quando parla di inosservanza di “leggi, regolamenti, ordini o discipline” (*colpa c.d. specifica*)»¹⁷⁷.

Si tratta quindi di norme giuridiche pubbliche o private¹⁷⁸ e in particolare «gli ordini e le discipline contengono norme indirizzate ad una cerchia specifica di destinatari e possono essere emanati sia da Autorità pubbliche, sia da Autorità private»¹⁷⁹. Deve però trattarsi di norme provenienti da organismi capaci di comunicare ed imporre tali regole di condotta alle specifiche cerchie di destinatari¹⁸⁰. Sulla base di ciò si può quindi ritenere che le norme deontologiche, dettate dall'ordine professionale, ente pubblico non economico, e destinate alla specifica categoria di professionisti costituita dagli iscritti all'albo, possano rientrare nella categoria delle discipline di cui all'art. 43 c.p. Deve però trattarsi di disposizioni di natura cautelare o

¹⁷⁶ Cass., pen., Sez. IV, 4 marzo 2009, n. 10819.

¹⁷⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p.542.

¹⁷⁸ E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice Penale Commentato*, II ed., 2006, p. 412.

¹⁷⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 543.

¹⁸⁰ E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice Penale Commentato*, cit., p. 413.

precauzionale¹⁸¹ e saranno tali le disposizioni che prescrivono o vietano dei comportamenti, astenendosi o realizzando i quali, è prevedibile il verificarsi di un evento dannoso come conseguenza della propria azione od ammissione.

L'attuale codice di deontologia medica contiene sicuramente norme di questo tipo, tra le quali possiamo di certo annoverare, ad esempio, l'art.8, che stabilisce la doverosità degli interventi medici di urgenza; l'art. 13 che fissa la regola secondo cui le prescrizioni ed i trattamenti debbano essere ispirati «ad aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche» ed il dovere del medico di non far mancare mai al paziente «le sperimentate ed efficaci cure disponibili»; l'art.19 che impone il dovere di aggiornamento e formazione professionale permanente e l'art. 23 che stabilisce il principio della garanzia della continuità delle cure¹⁸².

Si tratta di norme che il medico è tenuto a rispettare per poter tutelare a pieno il bene dalla salute del paziente a lui affidato¹⁸³ e in questa prospettiva «non sembra possibile escludere che norme come quelle comprese in un codice etico possano rientrare fra quelle la cui violazione può costituire (o concorrere a costituire) la colpa, ai sensi dell'art. 43, c.p., laddove esso parla di “inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline”»¹⁸⁴. Il codice di deontologia medica contiene quindi norme che per il loro particolare contenuto cautelare, sono destinate a integrare l'ordinamento giuridico generale quali fonti di colpa penale specifica per il medico che le violi.

Alla luce di quanto fin qui analizzato e alla luce della natura di norma giuridica delle norme deontologiche affermata dalla più recente giurisprudenza di legittimità, si può forse ipotizzare, quanto meno a livello teorico, un possibile ulteriore sviluppo del ragionamento fino a qui esposto, in particolare con riferimento al motivo di ricorso in Cassazione di cui alla lettera b) dell'art.606 c.p.p., ossia della possibilità di ricorrere in Cassazione per inosservanza o erronea applicazione di norme sostanziali.

¹⁸¹G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., p. 555 e M. GALLO, *Colpa penale (dir.vig.)*, voce dell' *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, p. 624-643, 641.

¹⁸²Cfr. G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., p. 555.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ A. PIZZORUSSO, *Il “codice etico” dei magistrati italiani*, in *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006, p. 62.

Tra i motivi di ricorso tassativamente previsti dall'art.606 c.p.p., il testo della lettera b) recita: «inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui deve tener conto nell'applicazione della legge penale».

Non interessa qui approfondire l'analisi del motivo di ricordo in tutti i suoi aspetti, bensì cercare di riflettere sulla possibilità di ricomprendersi l'eventuale inosservanza di norme deontologiche che siano state impiegate come parametri di valutazione della colpa. Giova innanzitutto precisare che: «l'estensione – che vale a includere senz'altro le leggi integratrici delle c.d. norme penali in bianco (che cioè non descrivono compiutamente la fattispecie criminosa, rinviando in tutto o in parte a leggi extrapenali) – concerne più in generale il fenomeno dell'integrazione del precetto penale attraverso norme di legge di altri settori dell'ordinamento o anche attraverso norme derivanti da fonti non legislative, quali i regolamenti, e persino – in problematico rapporto con la riserva di legge penale – mediante provvedimenti amministrativi»¹⁸⁵. In questa prospettiva si deve sicuramente distinguere tra l'ipotesi di colpa generica – rispetto alla quale non si pone evidentemente alcun profilo di rilevanza – e l'ipotesi di colpa specifica intesa come violazione di discipline. Infatti solo in questo caso si può parlare di «norme giuridiche di cui si debba tener conto nell'applicazione della legge penale» sotto il profilo dell'accertamento dell'elemento psicologico del reato così come previsto dall'art. 43 del codice penale.

Se si assume che la norma deontologica rientri nella categoria delle *discipline* – che abbiamo definito norme destinate a una cerchia limitata e specifica di soggetti, emanate da un'autorità pubblica o privata e che, in quanto «disposizioni di ordine cautelare o precauzionale dettate in via preventiva per definire i comportamenti più congrui e corretti per la miglior tutela del bene della salute allo scopo di prevenire effetti pregiudiziali»¹⁸⁶, costituiscono fonte di regole cautelari la cui violazione è suscettibile di causare l'evento che «anche se preveduto, non è voluto dall'agente»¹⁸⁷ – si può arrivare forse a sostenere che, qualora una condanna penale sia direttamente fondata sull'«inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline»¹⁸⁸ – e nello specifico sulla violazione di una regola cautelare posta da una norma deontologica –

¹⁸⁵ Art. 606, *Codice di Procedura Penale* a cura di G. TRANCHINA Tomo II, 2008, p. 4439.

¹⁸⁶ F. CEMBRANI, *Il Codice di deontologia medica: i rapporti tra l'auto-regolamentazione della professione ed il diritto*, Trento, 2007.

¹⁸⁷ Art. 43 c.p.

¹⁸⁸ Ibid.

l'erronea applicazione di quest'ultima possa rientrare nell'estensione «altre norme giuridiche di cui si debba tener conto nell'applicazione penale» e quindi possa costituire motivo di ricorso in Cassazione penale ex art. 606 lett. b) c.p.p.

È indubbio che questo profilo sia strettamente legato al riconoscimento della natura giuridica delle norme deontologiche da parte della più recente giurisprudenza di legittimità¹⁸⁹: il fatto che una norma deontologica sia fonte di colpa specifica e quindi vada a integrare la norma penale per quanto attiene all'accertamento dell'elemento psicologico del reato vale già di per sé a dimostrarne la rilevanza giuridica, ancor più se la sua erronea applicazione fosse deducibile ex art. 606 lett. b) c.p.p. Rispetto a ciò la citata giurisprudenza della Corte di Cassazione può porsi come presupposto e conferma allo stesso tempo.

In ambito medico, ulteriori profili di intrinseca giuridicità della norma deontologica emergono inoltre dal peculiare ruolo che essa può svolgere nel dibattito bioetico e biogiuridico. Da questo punto di vista gli aspetti di rilevanza più significativa della deontologia sul piano dell'ordinamento giuridico sono legati ai profili di sintonia tra i principi elaborati a livello giurisprudenziale e le scelte dell'etica professionale condensate nei codici deontologici, che verranno analizzate nei prossimi capitoli¹⁹⁰.

All'esito di questa riflessione sul ruolo della deontologia nel complessivo sistema delle fonti del diritto si può quindi affermare come, nonostante manchi, almeno in ambito sanitario, un esplicito intervento legislativo che ne definisca la natura giuridica, la deontologia entri in ogni caso nell'ordinamento giuridico italiano, almeno in maniera indiretta, attraverso il riferimento ad altre norme o principi dell'ordinamento generale che le sue norme concorrono a integrare e specificare.

¹⁸⁹ Del resto la Corte di Cassazione per affermarne la natura giuridica e quindi la sindacabilità ex art. 360 c.3 c.p.c. delle norme deontologiche ha fatto leva sulla loro funzione integrativa di norme legislative e in particolare sul fatto che la norma deontologica abbia «riempito e concretizzato la clausola generale» prevista dalla norma dell'ordinamento generale dello Stato assumendo «la funzione e il rango di quest'ultima». Si può quindi forse presumere che un ragionamento analogo possa farsi nel caso in cui la norma deontologica vada a integrare l'ipotesi di violazione di *discipline* prevista dalla norma del codice penale.

¹⁹⁰ *Infra* Parte III.

PARTE TERZA

IL RUOLO DELLA DEONTOLOGIA NEL BIODIRITTO

PARTE III

INTRODUZIONE

Lo studio delle procedure di elaborazione dei codici deontologici e della loro collocazione nel sistema delle fonti ha messo in luce alcuni profili dei rapporti tra diritto e deontologia e alcune peculiarità strutturali dei rapporti tra poteri pubblici e categoria professionale negli ordinamenti analizzati.

In questa terza parte del lavoro, come anticipato, si cercherà di indagare il ruolo della deontologia medica nel biodiritto. L'analisi delle caratteristiche proprie della fonte deontologica e delle dinamiche interne all'ordinamento professionale si intersecherà, quindi, con le peculiarità che caratterizzano il sistema delle fonti del biodiritto, sia in generale, sia nelle specificità degli ordinamenti francese, tedesco e italiano.

In ogni ordinamento, infatti, i tradizionali rapporti tra Stato e professioni e tra deontologia e diritto assumono connotazioni particolari nel momento in cui si confrontano con le nuove esigenze sollevate dalle scienze della vita.

La prospettiva di indagine offerta dal biodiritto, consentendo di guardare ai rapporti tra diritto e deontologia attraverso la lente delle complesse sfide poste a giuristi e operatori sanitari, permette di analizzare le dinamiche interne ad ognuna delle due dimensioni (giuridica e deontologica) proprio negli ambiti in cui il rapporto con l'altra componente normativa risulta più delicato e incide in maniera significativa sulle rispettive capacità regolative e quindi anche sulla tutela dei diritti fondamentali coinvolti.

Dal punto di vista comparato, inoltre, porre in relazione le differenti modalità di intervento degli ordinamenti giuridici nei confronti delle scienze della vita con i modelli di deontologia presenti nelle singole esperienze permette, da un lato, di mettere in luce le ricadute concrete di tali diversi approcci sul piano sia giuridico sia deontologico e, dall'altro, di individuare analogie e differenze tra i ruoli concretamente riconosciuti alla deontologia medica nei vari sistemi normativi.

Si tratta di un'indagine che mira quindi a fare emergere, in un ambito del tutto peculiare, le potenzialità e i limiti della componente deontologica e i profili più complessi del suo rapporto con altre fonti normative, analizzando sia le dinamiche interne alla categoria professionale, sia quelle che ne permettono e definiscono la rilevanza sul piano dell'ordinamento generale.

Per quanto riguarda il ruolo che, in termini generali, la deontologia può avere in questo ambito, va innanzitutto sottolineato un elemento che caratterizza la maggior parte dei codici di deontologia medica, almeno nel contesto europeo e, più in generale, negli ordinamenti appartenenti alla tradizione giuridica occidentale: la progressiva estensione delle loro finalità e la conseguente costante rielaborazione dei loro contenuti.

Gli sviluppi che negli ultimi decenni hanno caratterizzato, e costantemente caratterizzano, le scienze della vita, infatti, non solo hanno avuto un significativo impatto sui diritti fondamentali, ma hanno anche sensibilmente mutato lo stesso ruolo della medicina e del professionista che la esercita; tale mutamento ha, così, inevitabilmente inciso sulla riflessione deontologica e, conseguentemente, sull'elaborazione dei codici che la razionalizzano.

Già anche dall'analisi della sola prospettiva deontologica, indipendentemente cioè da valutazioni inerenti al modello di rapporti con la dimensione giuridica, emerge quindi una significativa evoluzione che, almeno nei suoi contenuti essenziali, ha caratterizzato le normative deontologiche in Francia, Germania e Italia. Negli attuali codici deontologici, infatti, accanto alle norme che corrispondono alle tradizionali funzioni dell'autoregolamentazione professionale, vi sono numerose disposizioni il cui inserimento testimonia l'esigenza avvertita dalla classe medica di prendere posizione rispetto alle nuove sfide che lo sviluppo scientifico ha posto alla sua attività e al suo ruolo nella comunità sociale, anche in riferimento alla tenuta dei diritti delle persone.

Due sono, in particolare, gli elementi più significativi che emergono dallo studio delle riforme dei codici deontologici e che ne hanno nel tempo definito i contorni: la categoria professionale ha progressivamente inserito nella propria disciplina norme espressamente dedicate a molte delle questioni più complesse e delicate dal punto di vista professionale ed etico; parallelamente, ha mostrato una maggiore apertura alla

tutela dei diritti fondamentali, dando ad essi esplicito rilievo nei codici deontologici, in una tendenziale sintonia con i principi giuridici elaborati a livello europeo, internazionale e nazionale. Si tratta evidentemente di due profili strettamente connessi tra loro. Una delle caratteristiche più apprezzabili delle recenti versioni dei codici deontologici è infatti quella di avere unito alla tradizionale correlazione tra doveri del medico e dignità della professione, la consapevolezza del legame tra tutela dei diritti fondamentali della persona assistita e adesione agli scopi più autentici della professione medica, anche, e soprattutto, negli ambiti eticamente e deontologicamente più delicati e controversi.

L'analisi dei principali contenuti dei codici deontologici attraverso lo studio delle loro riforme dimostrerà come proprio questa evoluzione della deontologia sia alla base della sua rilevanza sul piano giuridico.

L'apertura dei codici deontologici ai diritti fondamentali e le assonanze tra le loro norme e i principi elaborati a livello costituzionale nazionale, internazionale ed europeo rappresentano però solo il generale elemento comune dei modelli di deontologia oggetto di comparazione.

In questa terza parte del lavoro, infatti, attraverso l'analisi comparata e nel dettaglio della disciplina di alcuni ambiti specifici, si cercherà di mettere in luce quanto e come l'evoluzione dei codici deontologici e il loro possibile ruolo normativo siano concretamente influenzati da quattro fattori particolarmente rilevanti nel rapporto tra deontologia e biodiritto: le caratteristiche dell'oggetto da disciplinare; le scelte di intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto; il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica e la capacità della categoria professionale di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

Messe in luce queste reciproche influenze e le differenti conseguenze sul piano normativo, verranno poi analizzati alcuni profili peculiari del ruolo della deontologia nel biodiritto in Francia, Germania e Italia. Verrà infine fatto riferimento ad alcuni esempi significativi nel panorama comparato e alla dimensione europea del ruolo della deontologia.

PARTE III

CAPITOLO PRIMO

CODICI DEONTOLOGICI E DIRITTO: ALCUNE SIGNIFICATIVE ASSONANZE

1. L'evoluzione della deontologia medica e i principali contenuti dei codici deontologici.

In questo capitolo si analizzeranno, in prospettiva comparata, gli elementi che hanno accomunato la riflessione deontologica in Francia, Germania e Italia e le più recenti versioni dei rispettivi codici, almeno nella loro struttura essenziale. Si farà riferimento, quindi, a quei principi che costituiscono una sorta di nucleo comune a tutte le esperienze analizzate, in sintonia con i principi elaborati a livello internazionale e nazionale, indipendentemente dalle specificità statali dei rapporti tra deontologia e diritto, ma anche – come si avrà modo di precisare – indipendentemente dalle specificità interne alla riflessione deontologica delle singole categorie professionali.

Tale nucleo comune rileva ai fini del presente lavoro per due ordini di motivi. Innanzitutto, testimonia il ruolo tradizionale della deontologia medica così come si è venuto a consolidare in epoca moderna. Ruolo che già di per sé ne fonda la possibile rilevanza, almeno nei profili più basilari, nel biodiritto. In secondo luogo, permette di individuare alcuni presupposti della disciplina deontologica che, da un lato, sono stati progressivamente rafforzati e adattati alle nuove esigenze di tutela dei diritti coinvolti nella pratica medica e, dall'altro, hanno costituito la base per l'elaborazione delle norme più recenti dei codici deontologici, ossia quelle legate alle questioni particolarmente delicate e complesse dal punto di vista tecnico-scientifico, giuridico e professionale.

Tradizionalmente, gli scopi principali dei codici deontologici possono infatti individuarsi, anche già nel loro nucleo essenziale, in finalità rivolte alla tutela della categoria professionale e in finalità che rispecchiano il ruolo e l'importanza della

professione medica per l'individuo e per la collettività. Tra queste, possono ricordarsi la funzione di guida per il professionista, il richiamo ad un corretto esercizio dell'attività medica, la protezione della dignità e del decoro della professione, la tutela della classe professionale – ma anche della società – da forme di esercizio abusivo della medicina, l'instaurazione di un rapporto di fiducia tra medico e paziente che garantisca, da un lato, la tutela del bene della persona assistita, e dall'altro, la credibilità del medico nella comunità sociale.

Storicamente, questo nucleo comune a molti codici deontologici, che affonda le sue radici nei principi fondamentali dell'etica medica risalenti al Giuramento di Ippocrate e nell'elaborazione che nel corso dei secoli ne è stata fatta da vari autori e in diversi documenti¹, è stato influenzato, nei suoi contorni attuali, da un ampio numero di fattori che nel tempo hanno condizionato lo sviluppo della riflessione deontologica in maniera tendenzialmente comune agli ordinamenti analizzati.

Le funzioni e i contenuti dei codici deontologici sono stati così progressivamente precisati e ampliati in ragione delle esigenze poste da avvenimenti storici, dagli sviluppi scientifici, dalla nascita della riflessione bioetica, dall'evoluzione della tutela dei diritti umani e dall'intervento del diritto (sia a livello nazionale che internazionale ed europeo) in settori particolarmente rilevanti per l'esercizio dell'attività medica.

In prospettiva storica, un elemento che ha significativamente inciso a livello europeo e internazionale sui contenuti della riflessione deontologica è stata, ad esempio, la reazione alle condotte dei medici durante il Terzo Reich. Come è noto, nel 1947 a Norimberga, proprio all'esito del processo contro i medici nazisti, vennero enunciati alcuni principi fondamentali che ispirarono successivi documenti di etica medica e di bioetica², in primis l'essenzialità del consenso della persona nella sperimentazione

¹ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'influenza in epoca moderna di opere come quella già citata di Simon sulla deontologia medica in Francia (*supra* parte I e parte II) o del libro intitolato *Medical ethics*, pubblicato nel 1803 dal medico inglese Thomas Percival. Sul piano delle diverse esperienze di scritti riconducibili alla tradizione deontologica o che in qualche modo la hanno anticipata, particolarmente significativa, soprattutto sul piano delle finalità, è quella dei cd. "Galatei" pubblicati a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, sui cui si tornerà *infra*. Per un'ampia trattazione su questi aspetti cfr. P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010, p. 261.

² Si pensi, ad esempio, alla Dichiarazione di Helsinki (WMA, 1964). I principi vennero inoltre ribaditi nel 1978 dal *Belmont Report* a seguito degli abusi che il *Public Health Service* statunitense perpetrò durante le sperimentazioni sulla sifilide sulla popolazione di colore in Alabama, dagli anni '30 fino al 1972. Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p.11. Per quanto più in generale

umana, il suo diritto ad avere una sufficiente conoscenza e comprensione dell'intervento in questione, tale da metterla in condizione di prendere una decisione consapevole e il dovere e la responsabilità del professionista di garantire le condizioni che rendono valido il consenso³. In quegli stessi anni veniva creata l'Associazione Medica Mondiale (di seguito WMA) che si impegnava a prevenire il riaffiorare di condotte contrarie all'etica medica. Il primo compito della WMA fu l'adozione, nel 1948, della Dichiarazione di Ginevra⁴, il cui testo, rivisto più volte nel corso degli anni, mirava ad aggiornare il giuramento di Ippocrate ed è stato poi inserito nei codici deontologici di molti paesi, tra i quali anche la Germania⁵. Proprio per questo ordinamento, infatti, l'obbligatorietà dei principi contenuti nel cd. "Genfer Gelöbnis" (giuramento di Ginevra) risultava fondamentale per ridare credibilità alla classe medica e per consentirle di ricostituirsi, anche dal punto di vista giuridico, come categoria professionale in grado di divenire fonte autonoma di disciplina deontologica. In questa dichiarazione anteposta al codice deontologico il medico si impegna, tra l'altro, a consacrare la propria vita al servizio dell'umanità, ad esercitare la propria professione con coscienza e dignità, ad avere come principale obiettivo la salute del paziente, a rispettare il segreto su quanto a lui confidato, anche dopo il decesso del paziente, a mantenere, con tutti gli strumenti in suo potere, l'onore e le nobili tradizioni della professione medica, a impedire forme di discriminazione nell'esercizio dei suoi doveri nei confronti del paziente e a rispettare

riguarda le fonti internazionali della bioetica, si veda, ad esempio, N. LENOIR, B. MATHIEU, *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, 2004.

³ Nel cd. Codice di Norimberga si legge, tra l'altro, che «*The voluntary consent of the human subject is absolutely essential. This means that the person involved should have legal capacity to give consent; should be so situated as to be able to exercise free power of choice, without the intervention of any element of force, fraud, deceit, duress, over-reaching, or other ulterior form of constraint or coercion; and should have sufficient knowledge and comprehension of the elements of the subject matter involved, as to enable him to make an understanding and enlightened decision ... The duty and responsibility for ascertaining the quality of the consent rests upon each individual who initiates, directs or engages in the experiment. It is a personal duty and responsibility which may not be delegated to another with impunity*». Il testo originale è reperibile, ad esempio, sul sito dell'U.S. Department of Health & Human Services: <http://www.hhs.gov/ohrp/archive/nurcode.html>

⁴ La WMA ha elaborato inoltre diverse dichiarazioni e linee guida, tra le quali in particolare la Dichiarazione di Helsinki sulla sperimentazione umana. Tra le questioni medico-sociali di cui si occupa la WMA vi è anche la diffusione dell'insegnamento dell'etica medica nella formazione dei medici. Per un approfondimento cfr. <http://www.wma.net/en/20activities/10ethics/index.html>

⁵ In Francia e Italia la categoria professionale ha adottato una versione autonoma del Giuramento professionale.

la vita fin dal concepimento⁶. Particolarmente rilevante, se considerato il contesto nel quale la Dichiarazione è stata adottata, è inoltre l'accento posto sulle leggi dell'umanità che il medico è chiamato a rispettare, impegnandosi a non usare le proprie conoscenze mediche per violarle, nemmeno sotto minaccia. Nella versione più recente della Dichiarazione il riferimento alle leggi dell'umanità è stato poi sostituito dal rispetto dei diritti umani e delle libertà civili⁷. Il giuramento contenuto nei codici deontologici tedeschi rimane invece tuttora basato sulla versione originaria, prevedendo infatti «*Ich werde ... selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden*». Analogamente nella moderna versione francese del “*Serment d'Hippocrate*” si legge: «*(m)ême sous la contrainte, je ne ferai pas usage de mes connaissances contre les lois de l'humanité*»⁸.

Il rischio di condotte mediche contrarie alle leggi dell'umanità e ai diritti fondamentali, pur avendo raggiunto nella Germania nazista le sue conseguenze più drammatiche, aveva già mostrato le sue potenzialità anche in altre esperienze, non certo immuni dall'uso di conoscenze e sperimentazioni scientifiche contrario ai doveri dell'etica medica. Ne sono un esempio l'uso dell'eugenetica positiva⁹ diffusa in molti ordinamenti e, in particolare, le pratiche di sterilizzazione avvenute negli USA prima, ma purtroppo anche dopo la fine della seconda guerra mondiale. Si pensi inoltre agli studi sperimentali sulla sifilide condotti dagli anni '30 fino al 1972 dal Public Health Service statunitense sulla popolazione di colore a Tuskegee in Alabama¹⁰.

Più in generale, l'avvento del metodo sperimentale aveva mostrato come le tradizionali regole alla base dell'esercizio professionale non fossero più adeguate a prevenire l'uso della medicina per scopi diversi dal bene del paziente. Ciò che però

⁶ Il testo integrale del Giuramento è inserito nella (*Muster-*)*Berufsordnung* federale reperibile sul sito della *Bundesärztekammer* (http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/MBO_08_20111.pdf) e, con lievi variazioni, nei codici deontologici dei singoli *Länder*.

⁷ «nemmeno sotto minaccia impiegherò la mia arte medica in contrasto con le leggi dell'umanità».

⁸ Il Giuramento professionale allegato al codice deontologico italiano non contiene invece tale affermazione.

⁹ Sul tema dell'eugenetica e della distinzione tra eugenetica negativa ed eugenetica positiva si rimanda, tra gli altri, a J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002 e il num. 4/2004 della rivista *Humanitas* dedicato a *La sfida dell'eugenetica. Scienza, filosofia, religione*.

¹⁰ Cfr. *supra* nota n.2. Si veda inoltre A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001.

interessa sottolineare in questa sede è come la reazione della comunità medica e della comunità internazionale all'evidenza dei rischi di tali derive, sia passata anche attraverso la valorizzazione di strumenti di natura deontologica; attraverso, cioè, una rinnovata riflessione sul ruolo e sui doveri del medico. E non a caso il primo intervento è stato quello di riprendere le basi poste dal giuramento di Ippocrate, attualizzandolo in una moderna dichiarazione che, condensando i presupposti fondamentali della deontologia medica, ha condizionato le successive evoluzioni dei codici deontologici di molti paesi, come l'esperienza tedesca mostra chiaramente¹¹. Analogamente, anche nell'esperienza francese e in quella italiana, dopo un periodo di assenza, il giuramento professionale (nelle moderne versioni del giuramento di Ippocrate elaborate dalle rispettive categorie professionali), nonostante non abbia direttamente valore giuridico, è stato e rimane allegato ai codici deontologici, venendo periodicamente aggiornato a dimostrazione di come i principi in esso condensati siano allo stesso tempo espressione ma anche guida dell'evoluzione della riflessione deontologica¹².

Inoltre, subito dopo l'intervento sui presupposti etici alla base della normativa deontologica, il secondo compito della comunità medica internazionale è stato proprio quello di adottare un codice internazionale di etica medica. In occasione della seconda Assemblea Generale, sulla base del rapporto « *Crimes de guerre et la Médecine* » venne nominato un comitato di studio per la preparazione del codice e il progetto venne sottoposto alla sessione semestrale del Consiglio della WMA, il quale ritenne che il codice fosse incompleto senza l'inclusione della Dichiarazione di

¹¹Con riferimento al Giuramento è interessante notare come la WMA avesse collegato subito lo sviluppo dei testi di etica medica alla formazione universitaria del medico. Sull'esigenza di una rinnovata centralità della deontologia nella formazione dei medici si tornerà *infra* Parte IV. Per quanto riguarda invece il procedimento di adozione del Dichiarazione di Ginevra, nel 1946 è stato nominato un comitato di studio per preparare la cd. "*Charte Médicale*", adottabile sotto forma di giuramento o promessa che qualsiasi medico nel mondo avrebbe potuto pronunciare al momento del rilascio della relativa qualifica. A tal fine è stato richiesto alle associazioni mediche di sottoporre alla WMA il testo del giuramento o della promessa pronunciato dai medici dei loro rispettivi paesi. Dopo un'analisi durata ben due anni si è giunti così ad una comune redazione, modernizzata, del giuramento di Ippocrate, la cui copia venne inviata per l'esame e approvazione finale alla II Assemblea della WMA riunitasi a Ginevra nel 1948. Le associazioni mediche furono invitate, tra l'altro, a raccomandare l'uso della Dichiarazione nelle Facoltà di medicina dei rispettivi paesi.

¹² E a dimostrazione di come costituisca, non solo formalmente, il giuramento. Significativamente nell'esperienza italiana, prima dell'inserimento del Giuramento nel 1978, nel codice del 1958 la sezione che precedeva le norme deontologiche e che conteneva affermazioni di carattere generale che sintetizzavano i principi più rilevanti, poi confluite nel Giuramento, era definita "Fondamenti". Cfr. P. BENCIOLETTI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, cit.

Ginevra. Il progetto così emendato venne poi trasmesso alla terza Assemblea dell'Associazione tenutasi a Londra. Con alcune piccole modifiche rispetto al progetto iniziale, il codice venne quindi ufficialmente adottato nell'ottobre del 1949. Anche questo testo è stato poi più volte aggiornato per essere costantemente adeguato alle nuove sensibilità ed esigenze della comunità internazionale, in particolare nel 1968 dalla 22° Assemblea Medica Mondiale a Sydney, nel 1983 in occasione della 35° Assemblea Medica Mondiale tenutasi a Venezia e nel 2006 dalla 57° Assemblea Generale della WMA riunitasi in Sudafrica.

La sua struttura e i principi in esso contenuti, soprattutto se letti alla luce della Dichiarazione di Ginevra, testimoniano i contorni che la disciplina deontologia ha cominciato ad assumere a partire dal secondo dopo guerra. Dalla loro lettura, da quella dei codici elaborati a livello nazionale e dalle moderne versioni dei giuramenti in essi inclusi emerge, in particolare, una rinnovata, benché ancora solo *in nuce*, attenzione ai diritti della persona e all'indipendenza professionale. Ciò proprio in ragione del fatto che il medico fosse ormai divenuto colui che non solo cura, ma che fa anche ricerca e sperimenta e, più in generale, colui che detiene conoscenze e possibilità di intervento sempre più sofisticate dal punto di vista tecnico-scientifico, quindi maggiormente delicate rispetto agli scopi autentici della professione.

Ancora prima di quella che sarà la vera e propria rivoluzione biomedica e la nascita della bioetica, la categoria professionale ha quindi cercato di porre nei suoi strumenti di autoregolamentazione etica il riconoscimento dei diritti della persona che necessariamente devono guidare e limitare l'azione del medico. I documenti di deontologia medica assumono, quindi, almeno dal punto di vista simbolico, il ruolo di garantire i diritti umani dai rischi a cui l'esercizio della medicina aveva dimostrato di poterli esporre; ruolo che assumerà crescente rilevanza, ma anche inedite sfide, nel corso dei decenni.

A partire dagli anni '60, ma ancora più dagli anni '90 in poi, la riflessione deontologica è stata infatti influenzata dagli stessi due elementi il cui intreccio viene tradizionalmente posto all'origine della bioetica: notevole sviluppo scientifico e

tecnologico in medicina, da un lato, e significativo mutamento culturale e giuridico, dall'altro¹³.

Le innovazioni in ambito biomedico e le innovative potenzialità offerte dalla scienza hanno inciso, e continuano a influire, sulla riflessione deontologica stimolando le categorie professionali a rendere i propri codici più aderenti alle complesse, spesso inedite, vicende che caratterizzano la concreta attività del medico. A fronte delle nuove prospettive aperte alla tradizionale missione della medicina, è infatti cresciuta l'importanza del ruolo di guida e di indirizzo delle normative deontologiche, ma anche della loro funzione di controllo della qualità dell'esercizio professionale. Parallelamente, i movimenti dei diritti civili, la crescente attenzione ai diritti individuali – in particolare, all'eguaglianza e alla libertà di scelta di ogni singola persona – i mutamenti nella percezione sociale di importanti tematiche e istituzioni, quali, ad esempio, la libertà sessuale, la famiglia e la chiesa hanno inciso sulla riflessione giuridica e culturale, estendendola alle nuove dimensioni dei diritti e trasformando la concezione tradizionale della relazione di cura. Il rapporto terapeutico è stato quindi significativamente condizionato da una nuova sensibilità e una crescente tutela del ruolo dell'autodeterminazione personale rispetto agli inediti spazi di decisione creati dallo sviluppo scientifico¹⁴.

In ambito medico, alle questioni di natura tecnica e scientifica, rese sempre più complesse, si sommarono così quelle legate alle diverse, spesso opposte, istanze sociali, culturali e professionali, nonché ai diritti e alle responsabilità, intesi in maniera progressivamente diversa da quella che aveva caratterizzato l'originaria normativa deontologica.

La deontologia è quindi strettamente legata alla riflessione bioetica, pur distinguendosi da quest'ultima sul piano culturale, metodologico e su quello delle istituzioni che ne sono espressione¹⁵. Anzi, spesso, proprio la necessità di (ri)prendere posizione in ambiti tradizionalmente lasciati alla medicina e alla riflessione deontologica, rispetto all'incidenza di competenze e conoscenze derivanti

¹³ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 8; SINGER- KUHSE, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in ID. *A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, p. 3.

¹⁴ Per un approfondimento cfr. C. CASONATO e F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (a cura di) *Trattato di biodiritto – I diritti in medicina*, pp. 39-111; in particolare, per quanto riguarda il rinnovato rapporto terapeutico e la nascita della bioetica e il biodiritto cfr. pp. 45-49.

¹⁵ Cfr. ad esempio, P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, cit.

da altri campi del sapere ha portato la categoria professionale a sottolineare la necessità di innovare le proprie norme deontologiche e di porsi come interlocutore del diritto¹⁶. Nonostante una prima significativa reazione a tutela dei diritti della persona soggetta all'attività del medico, attraverso una rinnovata attenzione ai doveri e ai valori ippocratici, i codici deontologici nazionali del secondo dopo guerra si erano infatti prevalentemente limitati a disciplinare nel dettaglio i rapporti interni e le garanzie di tutela degli interessi della categoria professionale alla luce dei suoi nuovi rapporti con la struttura statale. Per quanto riguarda i diritti dei pazienti, i fondamenti etici della professione rimanevano quindi in una dimensione del tutto statica, come affermazioni di principio ancorate alla sola prospettiva dei doveri del medico e non tradotte in una disciplina del rapporto tra professionista e paziente in grado di rispecchiare, nel concreto, le nuove istanze di promozione e tutela dei diritti e degli interessi della persona. Va inoltre sottolineato che, a differenza della bioetica, basata su un confronto pluridisciplinare che mira a raggiungere un elevato livello di etica condivisa con riferimento ai grandi temi etici, la riflessione deontologica è espressione del comune sentire etico di una singola categoria professionale. La deontologia è quindi elaborata dagli stessi professionisti di cui disciplina la condotta, da coloro, cioè, che in prima persona, nell'esercizio della loro attività professionale, devono compiere, nel confronto con il paziente, le scelte più concrete e delicate. La riflessione deontologica deve pertanto tenere conto anche, da un lato, dell'altro versante della relazione di cura, ossia l'autonomia professionale e la libertà di coscienza del medico e, dell'altro, del fatto che i medici di cui disciplina la condotta siano i soggetti su cui direttamente ricade la responsabilità professionale¹⁷.

Il ruolo e la credibilità della categoria professionale richiedevano però alla riflessione deontologica di emanciparsi dal tradizionale modello paternalistico che ne aveva

¹⁶ Ne è un esempio la denuncia della «crescente insufficienza delle vecchie norme deontologiche a fornire risposte adeguate a nuovi problemi, specie a quelli imposti allo scienziato, al medico, nel trovarsi ormai sulla soglia dei grandi misteri della vita, della morte, del dolore» espressa da Mauro Barni nel 1989 con riferimento alle allora nuove prospettive di riforma del codice di deontologia medica e citata da Paolo Benciolini nel già richiamato articolo “La deontologia dai galatei ai codici deontologici” (p.9).

¹⁷Non va infatti dimenticato che uno degli esempi più chiari dei rischi di un distorto rapporto tra deontologia, diritto e società è il fenomeno della medicina difensiva, attraverso il quale la medicina tradisce i suoi scopi, ma anche il diritto fallisce nella sua missione di tutela dei diritti delle persone assistite.

caratterizzato l'iniziale inerzia rispetto alle nuove sfide professionali, facendo invece proprio anche il mutamento culturale e giuridico in ambito di relazione di cura.

Influenza significativa sulle riforme dei codici deontologici oggetto di analisi hanno avuto da questo punto di vista i principi giuridici elaborati a livello internazionale ed europeo in ambito biomedico, soprattutto per quanto attiene al principio del consenso. In particolare va menzionata la Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina adottata il 4 aprile 1997 nell'ambito del Consiglio d'Europa, il cui articolo 5 prevede che «un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato un consenso libero e informato»¹⁸. Nell'ambito del diritto dell'Unione europea, profili interessanti per quanto riguarda la relazione di cura e il consenso informato sono contenuti nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000 e adottata a Strasburgo nel 2007¹⁹. Tra le sue prime norme, all'articolo 3 rubricato «Diritto all'integrità della persona», proprio nel capo dedicato alla «Dignità», la Carta prevede infatti che «(n)ell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». Rilevano inoltre i principi costituzionali, legislativi e giurisprudenziali in ambito nazionale i quali, pur con alcune differenze che si preciseranno, sono accomunati da una significativa tutela dell'autodeterminazione individuale.

Le influenze del diritto sull'evoluzione deontologica riguardano, però, più in generale, anche gli interventi legislativi in campo sanitario e l'evoluzione giurisprudenziale in tali settori. Nei singoli ordinamenti, la professione medica si è infatti dovuta confrontare con altre questioni giuridiche che hanno direttamente interessato la sua attività, quali, ad esempio, la nascita dei sistemi sanitari nazionali, le riforme dei sistemi ospedalieri, le questioni inerenti l'assicurazione sanitaria. In tutti gli ordinamenti, quindi, non solo lo sviluppo scientifico ha modificato l'arte medica e ha imposto nuove priorità alla riflessione deontologica, ma anche le scelte del diritto in ambito sanitario hanno modificato il ruolo del medico, in alcuni casi estendendolo ad ambiti che originariamente non rientravano nella sua competenza.

¹⁸Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dato rilevanza al principio del consenso legandolo al rispetto dell'articolo 8 della CEDU. Cfr. il caso *Pretty v. United Kingdom* (application n.2346/02) ECHR 423 (29 April 2002).

¹⁹ Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1° dicembre 2009), la Carta ha assunto carattere vincolante avendo, ai sensi del nuovo art. 6 del TUE «lo stesso valore giuridico dei trattati».

Parallelamente, in altri casi, il moltiplicarsi e il sovrapporsi di saperi e competenze ha invece invaso ambiti di azione tradizionalmente lasciati all'esclusivo intervento medico²⁰.

La stretta relazione tra i profili fin qui menzionati è espressa con chiarezza dal Presidente della Federazione nazionale italiana dei medici ed odontoiatri, Amedeo Bianco, in una recente intervista proprio in occasione della riforma del codice deontologico: «(c)redo che a nessuno sfugga lo stretto legame che esiste tra l'evoluzione della Medicina, della Sanità, dell'esercizio professionale: la Medicina è sottoposta ai progressi delle Scienze biotecnologiche; la Sanità è l'organizzazione etica e sociale di risposta ai bisogni di Salute, influenzata dunque dai cambiamenti di prospettiva nei valori, nelle richieste, nelle offerte di servizi. A questi mutamenti non può non corrispondere un'evoluzione dei profili tecnico scientifici, civili e deontologici dell'esercizio delle nostre professioni».

Nel tempo la medicina ha quindi visto cambiare la sua funzione, passando da quella esclusivamente rivolta alla cura della malattia, alla più generale missione di promozione e tutela della salute, nella sua accezione più ampia, e si è confrontata con istanze e spazi di scelta che hanno fatto venire meno l'unanime consenso rispetto al significato da attribuire ai concetti di vita, dignità e bene del paziente sui quali si basavano le originarie garanzie ippocratiche.

Alla luce dei profili fin qui analizzati, 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 promozione e tutela dell'autonomia decisionale (di medico e paziente) e della responsabilità professionale, in maniera consapevolmente adeguata alla mutata percezione culturale e giuridica del rapporto terapeutico, ma anche sufficientemente efficace rispetto alle inedite possibilità di violazione dei principi di indipendenza e decoro professionale.

Tutto ciò si è espresso nel consolidarsi di quel nucleo normativo che, come anticipato, può individuarsi, nei suoi tratti essenziali, nei codici deontologici degli ordinamenti analizzati.

²⁰ Su questi aspetti si veda, ad esempio, F. BELLIVIER, C. NOIVILLE (a cura di), *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Paris, 2006.

Da questo punto di vista, per quanto riguarda la struttura essenziale, i codici contengono, indipendentemente dalle rispettive differenze, una parte dedicata ai doveri generali del medico, una riferita ai rapporti con il paziente e una relativa ai rapporti interni alla categoria professionale. La stessa struttura dei codici riprende quindi le due categorie di finalità menzionate, quelle interne alla categoria e quelle esterne, privilegiano però, almeno da un punto di vista formale, le seconde: nei codici analizzati, infatti, la parte relativa ai rapporti con il paziente e ai doveri nei suoi confronti è stata nel tempo anteposta a quella relativa ai rapporti con i colleghi.

Sul piano delle nuove potenzialità offerte dalla scienza, la reazione comune alle categorie professionali è stata quella di integrare nell'originario corpus normativo disposizioni specifiche su alcune delle questioni più dibattute e sui più recenti sviluppi della biomedicina. Così, ad esempio, in Francia il codice contiene norme relative alla ricerca che coinvolge la persona umana, alla divulgazione di informazioni su nuovi procedimenti diagnostico-terapeutici, alla donazione di sangue e al prelievo di organi, alla procreazione medicalmente assistita, all'interruzione volontaria di gravidanza, al fine vita e all'accanimento terapeutico.

In Germania un capo del codice è specificamente dedicato alla ricerca biomedica e a quelli che vengono definiti procedimenti medici speciali, intesi come gli ambiti dell'agire medico che possono sollevare particolari questioni etiche, tra i quali l'interruzione volontaria di gravidanza, la tutela del nascituro, il fine vita nelle sue dimensioni del rifiuto delle cure, delle direttive anticipate e del divieto di omicidio del consenziente e di assistenza al suicidio. Il capo si apre, inoltre, con una norma che prevede la generale competenza dell'ordine dei medici di predisporre, per qualsiasi questione che sollevi problemi etici, raccomandazioni e direttive vincolanti per i medici e che disciplina il rapporto tra professionisti e Ordine nella gestione di questi casi. Analogamente, anche in Italia sono molte le tematiche di rilevanza bioetica con le quali la deontologia medica si è confrontata nel corso della sua evoluzione, tra le quali, in particolare, l'accanimento terapeutico, le direttive anticipate, l'interruzione volontaria di gravidanza e la fecondazione assistita, gli interventi sul genoma e le indagini predittive, la sperimentazione e il rifiuto consapevole di nutrirsi.

Benché la soluzione data ad ogni singola questione deontologica sia, come si vedrà, diversa nei vari ordinamenti, sul piano del cambiamento culturale e giuridico che la deontologia ha cercato di fare proprio, l'elemento comune più importante, e decisivo, è la progressiva costruzione delle parti dei codici relative ai doveri del medico e al rapporto con il paziente, intorno ad un unico fulcro, espressione di un comune e sostanziale passaggio culturale e professionale: l'alleanza terapeutica. Ciò si è realizzato concretizzando in molte norme dei codici la tutela e la promozione dei diritti fondamentali della persona assistita in una, progressivamente sempre più esplicita, assonanza con i principi costituzionali, legislativi e giurisprudenziali elaborati negli ordinamenti di riferimento²¹. La scelta della centralità dell'alleanza terapeutica risulta quindi essere 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»²².

Come emerso più volte, l'evoluzione fin qui analizzata è stata attuata dalla categoria professionale non stravolgendo le originarie finalità della deontologia medica, ma precisando e adattando i presupposti comuni su cui si basano le rispettive esperienze deontologiche, valorizzando nei codici un nucleo essenziale di principi: la centralità del paziente e il perseguimento del suo bene come scopo principale del medico, l'indipendenza del medico, il segreto professionale, il principio di eguaglianza, la tutela della vita e della salute, il rispetto della dignità umana, il dovere di astenersi dal recare offesa o danno e dal provocare deliberatamente la morte, la competenza e la diligenza nell'esercizio della professione, l'autonomia e la responsabilità professionale.

²¹ Sul confronto tra il nucleo comune ai codici deontologici e quel nucleo di principi giuridici che, almeno negli aspetti essenziali, caratterizza anche gli ordinamenti giuridici analizzati, si tornerà nel prossimo capitolo.

²² A. BIANCO, *Per un nuovo professionalismo medico fondato sull'alleanza terapeutica*, in *Cento anni di professione al servizio del paese*, cit., p.8. Di viraggio «Dalla medicina difensiva all'autonomia responsabile» parla, in riferimento al codice del 2006, M. Barni nell'articolo "Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale", in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2007, p. 543. Cfr., inoltre, F. CEMBRANI, *Ancora in tema di informazione e di consenso all'atto medico: da autorizzazione formale a cultura della condivisione*, in *Ragiusan*, 2004, pp. 245-246; 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, pp. 381-389.

Da questo punto di vista, nelle riforme dei codici deontologici, intese come attività volte a dare nuova forma alle norme in aderenza ai presupposti fondamentali dell'etica medica, l'apertura ai diritti fondamentali della persona assistita ha rappresentato, e costantemente rappresenta, il modo per adeguare le normative deontologiche alle nuove sfide ed esigenze di tutela in maniera conforme e rispettosa degli scopi tradizionali della professione. Inoltre, proprio le assonanze con i principi e i diritti tutelati a livello nazionale, europeo e internazionale, che verranno analizzate nel prossimo capitolo, rappresentano la base comune tra dimensione giuridica e dimensione deontologica sulla quale costruire – con ampiezza, modalità e tempi che dipendono dalle singole specificità nazionali e professionali – il ruolo della deontologia nel biodiritto.

2. *La tutela dei diritti fondamentali.*

Alla luce delle recenti evoluzioni culturali, professionali e giuridiche – ma anche del generale rispetto dei testi costituzionali e dei principi legislativi e giurisprudenziali da parte della normativa deontologica²³ – pare chiaro come non sia ipotizzabile l'elaborazione di codici deontologici, non solo in contrasto con i diritti fondamentali della persona assistita, ma anche non adeguatamente sensibili alle nuove dimensioni di tutela degli stessi. Ciò deriva dal richiamato legame tra tutela dei diritti fondamentali, scopi, credibilità e dignità della professione, consolidatosi nel tempo. Dal punto di vista giuridico, benché le peculiari caratteristiche dell'oggetto del biodiritto rendano difficile trovare, nella maggior parte delle materie, discipline uniformi nei singoli ordinamenti, possono comunque individuarsi alcuni principi generali comuni, posti alla base delle rispettive scelte di intervento del diritto nell'ambito delle scienze della vita. Si tratta, in particolare, dei principi riferibili tradizionalmente allo stato di derivazione liberale, quali il principio di eguaglianza, il diritto alla salute, la dignità e l'autodeterminazione²⁴. Alla luce della tutela dei diritti

²³Dal punto di vista della gerarchia delle fonti del diritto, va precisato che, nonostante i codici deontologici debbano rispettare la Costituzione e le fonti ad essi sovraordinate, il rapporto tra deontologia e norme giuridiche in contrasto con gli scopi della professione può risultare più complesso e manifestarsi in maniera diversa in ragione della collocazione formale del codice nell'ordinamento giuridico e quindi del suo rapporto con le fonti che introducono tale contrasto.

²⁴ C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, p. 179 e ss.

fondamentali e di questi principi generalmente utilizzati dagli ordinamenti per dare risposte alle nuove esigenze di tutela dei diritti individuali, verranno analizzate le normative deontologiche, al fine di individuare le assonanze esistenti tra le due dimensioni, almeno su quel nucleo basilare di principi che pare accomunare le esperienze oggetto di comparazione nel presente lavoro.

Diritti fondamentali e deontologia nell'esperienza francese.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali, in Francia i principi di riferimento sono innanzitutto la tutela della dignità della persona umana contro ogni forma di asservimento e degradazione, la libertà individuale e la protezione della salute.

Con riferimento alla rilevanza della dignità umana in questioni relative alla biomedicina, va precisato che il *Conseil constitutionnel* l'ha definita per la prima volta un «*principe à valeur constitutionnelle*» proprio nella sentenza del 1994 sulle prime leggi francesi di bioetica. In particolare, il Consiglio fa discendere tale principio dal Preambolo della Costituzione del 1946, che ha riaffermato e proclamato i diritti, le libertà e i principi costituzionali sottolineando il rispetto della persona umana e l'eguaglianza di ogni essere umano nella titolarità dei diritti sacri e inalienabili: «*Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés*». Sul punto va altresì ricordato che anche il Consiglio di Stato francese ha definito espressamente, a partire dalla decisione *Commune de Morsang-sur-Orge* del 1995, il rispetto della dignità umana come componente dell'ordine pubblico²⁵.

Per quanto riguarda la libertà individuale rilevano gli articoli 1, 2 e 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino²⁶. La protezione della salute è invece assicurata dalla nazione a tutti, in particolare alla madre e al bambino, ai sensi

²⁵<http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/27-octobre-1995-commune-de-morsang-sur-orge.html>

²⁶ Art. 1 «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune»; art. 2 : «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression»; Art. 4 : «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi».

del Preambolo del 1946²⁷. Vanno poi menzionati i principi elaborati a livello legislativo in attuazione del testo costituzionale. Con riferimento ai principi rilevanti nel giudizio di costituzionalità delle leggi in ambito sanitario e biomedico, è interessante ripercorrere il percorso argomentativo del *Conseil* proprio nella citata sentenza sulle prime leggi francesi di bioetica. Più nello specifico, la decisione n° 94-343/344 del 27 luglio 1994 è stata pronunciata con riferimento alla «*Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*», con particolare riferimento agli articoli 8 e 9 di quest'ultima.

È interessante innanzitutto sottolineare che in questo caso il *Conseil* è stato adito, il 29 giugno 1994, direttamente dal presidente dell'Assemblea nazionale, Philippe Seguin: considerata l'importanza della nuova legislazione, che per la prima volta interveniva su questioni tanto delicate, è quindi lo stesso presidente dell'assemblea, esponente della maggioranza che aveva approvato la legge, a richiedere l'intervento del *Conseil constitutionnel*. Nella sentenza il Consiglio fa riferimento innanzitutto ai citati principi costituzionali e, all'esito dell'esame degli articoli sottoposti al suo giudizio, enuncia i principi contenuti nelle leggi di bioetica, tra i quali compaiono la preminenza della persona umana, il rispetto dell'essere umano dall'inizio della sua vita, l'inviolabilità e l'assenza di carattere patrimoniale dello sfruttamento del corpo umano, così come l'integrità della specie umana. Precisa poi espressamente che i principi così affermati assicurano il principio costituzionale della salvaguardia delle dignità della persona umana²⁸.

La giurisprudenza costituzionale dà quindi una particolare lettura alle leggi di bioetica, individuando nelle sue norme i principi che tendono ad assicurare il rispetto di un principio di rango costituzionale. Sulla base della considerazione che le disposizioni legislative esaminate attuano, “conciliandole ma senza disconoscerle”, le norme di rango costituzionale applicabili all'ambito di analisi, il *Conseil* dichiara così conformi a Costituzione le leggi di bioetica.

²⁷ Art. 8 del Preambolo del 1946 : la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé ».

²⁸ Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 reperibile sul sito del *Conseil constitutionnel* : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344dc.htm. Per una approfondimento sui rapporti tra Costituzione e bioetica si veda S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Bioéthique et Constitution*, in B. MATHIEU (dir.), *Cinquantenaire de la Constitution de la Vème République*, Paris, 2008, pp. 505-517.

In particolare, i principi enunciati dal *Conseil constitutionnel* emergono chiaramente nelle norme inserite nel codice civile proprio a seguito della legge n. 653 del 29 luglio 1994 relativa al rispetto del corpo umano. L'articolo 16 prevede che «*la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*». L'articolo 16-1 che «*(c)acun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial*». Vanno inoltre menzionati gli articoli del *code de la santé publique* prevalentemente inseriti o modificati, nelle parti che qui più interessano, dalla legge n. 303 del 2002 relativa ai diritti dei malati e alla qualità del sistema sanitario, su cui si tornerà. Nel primo capitolo del codice, relativo ai diritti della persona, l'articolo L1110-1 prevede, ad esempio, che «*le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne*»²⁹. L'articolo L1110-2 prevede inoltre espressamente che la persona malata abbia diritto al rispetto della sua dignità. Analogamente, in ambito di fine vita, ai sensi dell'articolo L1110-5, i professionisti della salute devono assicurare a ciascuno una vita dignitosa fino al decesso³⁰. Nel capitolo sui diritti della persona, l'articolo L1110-3 prevede che nessuno possa essere oggetto di discriminazione nell'accesso alla prevenzione o alle cure. Con riferimento al rispetto della persona umana, particolarmente significativo è infine il celebre *arrêt Milhaud* del 2 luglio 1993, riguardante un caso di sperimentazione su persona già in stato di morte cerebrale, in occasione del quale il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'esistenza di «*principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient e ne cessent de s'appliquer avec la mort de celui-ci*»³¹.

Rispetto a tutti questi principi enunciati a livello legislativo e giurisprudenziale, pare chiara l'assonanza con alcune importanti norme del codice di deontologia medica

²⁹ In particolare deve essere garantito da tutti gli attori coinvolti: «*Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible*».

³⁰ CSP, Art. L1110-5, al. 4°.

³¹ CE ass. 2 juillet 1993, n. 124960, pubblicato nella raccolta *Lebon*. Il testo integrale della decisione è reperibile sul sito del *Conseil d'Etat*: <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/base-de-jurisprudence/>. Cfr. *infra* parte IV.

francese. L'articolo 2 (attualmente articolo R4127-2 del CSP), ad esempio, condensa l'essenza degli obblighi morali del medico, prevedendo che «(l) *médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort*». Il principio in base al quale il medico è al servizio dell'umanità era già stato sancito dalla Dichiarazione di Ginevra. In questo articolo – conformemente alla centralità dell'uomo che ha caratterizzato la tradizione culturale francese, prima ancora che i suoi testi costituzionali e legislativi – «*l'individu passe ... avant la collectivité*», la persona è posta quindi prima della collettività. Ciò viene sottolineato dallo stesso ordine professionale francese che, ad ulteriore dimostrazione delle influenze di cui si è già detto, richiama quanto espresso anche dalla Convenzione di Oviedo, il cui articolo 2 («Primato dell'essere umano») prevede che «(l)'interesse e il bene dell'essere umano debbono prevalere sul solo interesse della società o della scienza»³². Nel codice deontologico francese la preminenza della persona è quindi affermata in due modi: il medico è al suo servizio, prima di esserlo per la salute collettiva e, inoltre, il professionista è espressamente vincolato nell'esercizio della sua missione al rispetto della vita umana, della persona e della sua dignità. Quest'ultimo concetto è stato introdotto nel 1995 e, a tal proposito, è stato però sottolineato che l'inserimento del concetto di “autonomia” al posto del generico riferimento alla dignità avrebbe avuto forse un significato più specifico³³. Da evidenziare anche, nelle più moderne versioni dei codici, l'uso più frequente del termine “persona” al posto di “malato” o “paziente”, soprattutto nelle norme che si riferiscono ai principi fondamentali. In assonanza con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il codice di deontologia medica inserisce tra i suoi primissimi articoli il rispetto della persona anche dopo il suo decesso, principio previsto espressamente anche nel codice deontologico italiano e nella *Berufsordnung* tedesca, benché solo con riferimento al segreto professionale.

Il rispetto della vita umana, oltre a sollevare gli interrogativi di cui si dirà, richiama il medico ad una precisa assunzione di responsabilità nell'esercizio dell'arte medica,

³² *Commentaires du code de déontologie médicale*, a cura dell'Ordine dei medici francese, p. 15. Viene inoltre precisato come la preminenza dell'individuo sulla collettività non sia stata la regola in tutte le esperienze deontologiche. Non era così, ad esempio, nel primo codice dell'*American Medical Association*, fondata nel 1847.

³³ *Ibid.* p. 8.

con riferimento, ad esempio, al rischio terapeutico. Il medico deve, tra l'altro, garantire la qualità delle cure (art. 32) e perfezionare le sue conoscenze, ottemperando all'obbligo di formazione continua (art. 11). Il rispetto della persona, della sua integrità fisica e psichica e della sua dignità si esprime, inoltre, in diverse forme che trovano puntuale disciplina nel codice deontologico. Il medico rispetta la persona assistita innanzitutto curandola e consigliandola senza alcuna forma di discriminazione. Il principio di eguaglianza e quindi il dovere del medico di ascoltare, esaminare, consigliare e curare «*avec la même conscience*» qualsiasi persona senza distinzione relativamente alle origini, ai costumi, alla situazione familiare, all'appartenenza o non appartenenza ad un'etnia, ad una nazione o ad una religione, alla disabilità o allo stato di salute, alla reputazione o ai sentimenti che il medico può nutrire nei suoi confronti sono stabiliti in particolare all'art. 7 («*non discrimination*»). Ai sensi dello stesso articolo, inoltre, il medico deve sempre avere un comportamento corretto e attento nei confronti della persona esaminata³⁴. Ancora una volta è la persona ad essere al centro della norma deontologica. Il principio di eguaglianza che, come visto, appartiene ad una consolidata tradizione medica, è contenuto anche nella moderna versione del giuramento di Ippocrate, pronunciato da tutti i medici francesi al momento dell'ammissione all'esercizio della professione: «*Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité*». Il rispetto della persona impone al medico anche il segreto professionale (definito espressamente come «*institué dans l'intérêt des patients*» dall'art. 4 del codice deontologico) e alla categoria professionale il compito di precisare i principi che definiscono la relazione di cura e di vigilare sul loro rispetto.

L'atto di cura individuale non esaurisce però i doveri del medico, poiché il codice deontologico, ponendo il professionista anche al servizio della salute pubblica, gli conferisce il compito di tenere in considerazione e tutelare la dimensione collettiva di

³⁴ Article 7 (article R4127-7 du code de la santé publique): «*Le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine, leurs moeurs et leur situation de famille, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, leur handicap ou leur état de santé, leur réputation ou les sentiments qu'il peut éprouver à leur égard. Il doit leur apporter son concours en toutes circonstances. Il ne doit jamais se départir d'une attitude correcte et attentive envers la personne examinée*».

tale diritto. Egli potrà pertanto trovarsi a dover conciliare l'interesse del singolo con quello generale. Le possibilità di violazione del segreto professionale o i vincoli socio-economici ne sono un esempio³⁵. L'articolo 12 è inoltre espressamente dedicato al «*concours apporté à la protection de la santé*» ossia al contributo che il medico è chiamato ad offrire all'azione delle autorità competenti per la tutela della salute e l'educazione sanitaria. La recente riforma del codice nel 2012 ha, tra l'altro, aggiunto la partecipazione del medico alle «*actions de vigilance sanitaire*». Il ruolo e le responsabilità del medico non sono quindi limitati alle attività legate al rapporto di cura individuale, ma si estendono alla partecipazione alle misure che le autorità responsabili in ambito sanitario possono porre in essere per tutelare o promuovere la salute pubblica, quali, ad esempio, misure di prevenzione generale, campagne informative e studi epistemologici. Infine, i due articoli successivi, nel disciplinare la partecipazione del medico ad attività di informazione educativa e sanitaria e l'informazione su nuove procedure diagnostico-terapeutiche ancora in fase di sperimentazione, impongono al medico il rispetto dei principi di precauzione e prudenza³⁶.

All'esito di questo primo esame, emergono quindi chiaramente tra i principali articoli del codice francese di deontologia medica quelli a tutela e a promozione dei diritti fondamentali, il principio personalista, il rispetto della dignità umana, la tutela della salute nelle due dimensioni, individuale e collettiva, e il principio di eguaglianza, in tendenziale sintonia con quanto stabilito a livello legislativo e giurisprudenziale.

Diritti fondamentali e deontologia nell'esperienza tedesca.

³⁵ Annexe de l'article 4 : Dérogations au secret professionnel. Cfr. *Commentaires du code de déontologie médicale*, cit., pp. 41 e ss.

³⁶ Art. 13: «*Lorsque le médecin participe à une action d'information du public de caractère éducatif et sanitaire, quel qu'en soit le moyen de diffusion, il doit ne faire état que de données confirmées, faire preuve de prudence et avoir le souci des répercussions de ses propos auprès du public. Il doit se garder à cette occasion de toute attitude publicitaire, soit personnelle, soit en soit en faveur des organismes où il exerce ou auxquels il prête son concours, soit en faveur d'une cause qui ne soit pas d'intérêt général*»; art. 14: «*Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé sans accompagner leur communication des réserves qui s'imposent. Ils ne doivent pas faire une telle divulgation dans le public non médical*».

In Germania, com'è noto, un ruolo importante è svolto dal principio dell'intangibilità della dignità umana, di cui al primo articolo della *Grundgesetz* (GG)³⁷, e dalla relativa giurisprudenza costituzionale, che in più occasioni ha fatto leva su tale principio per alcune delle questioni più delicate dal punto di vista etico e giuridico³⁸. L'articolo 1 prevede altresì che il popolo tedesco si riconosce «negli inviolabili e inalienabili diritti umani quali fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo». I diritti fondamentali menzionati dalla Legge fondamentale sono considerati diritto immediatamente applicabile e pertanto vincolano il potere legislativo, quello esecutivo e quello giurisdizionale³⁹.

Tra questi diritti, rileva in particolare quanto sancito dall'art. 2 che prevede il diritto al libero sviluppo della propria personalità, ma soprattutto, per quanto più interessa in questa sede, il diritto di ognuno alla vita e all'integrità fisica e l'invulnerabilità della libertà personale⁴⁰. È inoltre espressamente previsto che su questi diritti si possa incidere soltanto sulla base di una legge⁴¹.

Benché il concetto di dignità non si presti a fornire criteri risolutivi per le tematiche più spinose, potendo essere invocato per sostenere posizioni anche molto diverse, e nonostante nella giurisprudenza e dottrina tedesca sia stato considerato sia come diritto fondamentale, sia come criterio ispiratore e interpretativo⁴², va sicuramente

³⁷ Art. 1 GG: « *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.*» («La dignità della persona è intangibile. Ogni potere dello Stato ha il dovere di rispettarla e proteggerla»). Interessante notare, dal punto di vista linguistico, come la centralità di questo principio sia resa anche dalla scelta lessicale dell'aggettivo *unantastbar*, dal verbo *antasten* che in tedesco significa toccare. Non viene quindi utilizzato lo stesso aggettivo «*unverletzlich*» (invulnerabile), impiegato per gli altri diritti fondamentali, ma lo specifico aggettivo *unantastbar* che ricorre solamente in un'altra norma della GG: il comma 2 dell'articolo 19 riferito al contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Cfr. le note alla traduzione italiana della Costituzione tedesca a cura di Ginevra Cerrina Feroni in G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, A. TORRE, *Codice delle Costituzioni*, cit., p. 124.

³⁸ Su alcune di esse si tornerà *infra*. Per un approfondimento su questi aspetti cfr. H. VON MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK, *Kommentar zum Grundgesetz: GG*. Band 1: Präambel, Art. 1-19, München, 2010, p. 25 e ss.; H. DIETER, K.H. SEIFERT, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 2007, p. 139 e ss.; M. SACHS, *Grundgesetz Kommentar*, München, 2011. Cfr. inoltre D. SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in E. CECCHERINI (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p.113. In generale sul concetto di dignità si veda, ad esempio, C. PICIOCCHI, *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013; ID., *La dignità nel fine vita: un concetto dirimente?*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012, p. 41-66.

³⁹ GG art. 1. commi 2 e 3.

⁴⁰ GG art.2, comma 2 «Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich».

⁴¹ Ibid: « In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden».

⁴² Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. p. 64.

menzionato il legame tra la dimensione della dignità e l'autodeterminazione della persona elaborato a livello giurisprudenziale. Si pensi, ad esempio, alla sentenza del *Bundesgerichtshof* del 2003 nella quale la Corte ha basato il carattere vincolante delle direttive anticipate proprio sulla tutela della dignità⁴³.

A differenza di quanto previsto in alcune costituzioni dei *Länder*, il diritto alla salute non è invece espressamente previsto nella Legge fondamentale. Ciò nonostante, il *Bundesverfassungsgericht* ha derivato dal testo costituzionale, e in particolare dal diritto fondamentale alla vita e all'integrità fisica, indubbi doveri in capo allo Stato, che possono essere assimilati al riconoscimento di un diritto fondamentale alla salute, inteso come diritto dell'individuo alla protezione e promozione della propria salute da parte dello Stato⁴⁴.

Il terzo articolo della Legge fondamentale tedesca prevede inoltre l'eguaglianza di tutti gli esseri umani davanti alla legge e la parità di diritti tra uomo e donna. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, lo Stato ne promuove l'effettiva realizzazione e si adopera per eliminare le disparità esistenti. L'ultimo comma prevede che nessuno possa essere «discriminato o privilegiato a causa del sesso, della nascita, della razza, della lingua, del luogo di provenienza e della provenienza sociale, della fede e delle convinzioni religiose o politiche». Infine, la modifica introdotta nel 1994 ha aggiunto che nessuno possa «essere discriminato per la sua condizione di disabile».

Molte norme contenute nel capo del codice deontologico federale (e delle *Berufordnungen* dei *Länder*) relativo ai doveri del medico nei confronti del paziente possono essere fatte risalire direttamente a questi articoli della Costituzione⁴⁵. Si tratta in particolare dei paragrafi riguardanti le regole di condotta e i principi dell'attività medica (n. 7); il dovere di informazione (n. 8) e il segreto professionale (n. 9). Alcuni di questi profili verranno analizzati in riferimento alla relazione di cura; per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali va invece certamente sottolineato l'incipit del paragrafo 7 che impone al medico di agire nel rispetto della

⁴³ Ibid., pp. 66 e 67. Il testo della sentenza (BGH, 17.03.2003 - XII ZB 2/03) è reperibile sul sito della Corte di Cassazione federale tedesca:
http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html.

⁴⁴ Si veda, ad esempio, C. PESTALOZZA, *Das Recht auf Gesundheit. Verfassungsrechtliche Dimensionen*, in *Bundesgesundheitsblatt - Gesundheitsforschung - Gesundheitsschutz*, 50, 9, 2007, pp. 1113-1118.

⁴⁵ R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 90.

dignità umana e della personalità, della volontà e dei diritti del paziente, in particolare del suo diritto all'autodeterminazione, ivi compreso il diritto al rifiuto delle cure. Nel codice deontologico tedesco compare quindi espressamente il riferimento al diritto all'autodeterminazione (*Selbstbestimmungsrecht*), che invece non è ancora stato inserito espressamente nel codice francese. Sul piano della scelta linguistica va però sottolineato che nel codice tedesco viene raramente utilizzato il termine *persona*, rimanendo del tutto preminente quello di *paziente*, che viene sempre utilizzato, così come quello di *medico*, sia al femminile che al maschile (*Patientinnen und Patienten; Ärztinnen und Ärzte*)⁴⁶. Si tratta di un'attenzione alla parità di genere che però curiosamente non compare nella norma relativa al principio di eguaglianza. Anche la disciplina deontologica tedesca prevede, infatti, nel giuramento allegato al codice, il divieto di discriminazione. Il riferimento è alla discriminazione basata sulla religione, la nazionalità, la razza, l'affiliazione politica o lo status sociale, ma non anche, come detto, a quella basata sul genere. Invece, a dimostrazione del costante aggiornamento del codice deontologico alla luce dei principi giuridici elaborati anche a livello internazionale, la riforma del 2011 ha inserito il riferimento alla condizione di disabilità, al dichiarato fine di dare attuazione, anche dal punto di vista deontologico, alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità dell'ONU⁴⁷.

Il riferimento al rispetto della dignità umana è ripreso inoltre nel paragrafo sul fine vita (n. 16), mentre il paragrafo 15, che disciplina la ricerca, impone l'assunzione di particolari tutele nel caso in cui l'attività del medico possa interferire con l'integrità psichica o fisica della persona. Inoltre, nel caso di sperimentazioni che coinvolgano l'essere umano, il medico ha l'obbligo, anche deontologico, di conformarsi alla Dichiarazione di Helsinki⁴⁸.

Le assonanze con i principi costituzionali emergono anche nella parte introduttiva del codice, relativa ai principi generali. Il primo paragrafo, dedicato ai compiti del

⁴⁶ Nei codici deontologici dei *Länder* in cui non è mantenuta la doppia versione, viene dichiarato nel preambolo che il termine impiegato viene utilizzato in maniera neutrale.

⁴⁷ Cfr. le spiegazioni allegate al progetto di riforma del codice deontologico: *Synopse zu den Änderungen der (Muster-)Berufsordnung*, sul sito dell'ordine dei medici federale, <http://www.bundesaerztekammer.de/>.

⁴⁸ Per un approfondimento sui rapporti tra Dichiarazione di Helsinki e deontologia tedesca si veda J. STRABBURGER, *Die Inkorporation der Deklaration von Helsinki in das ärztliche Berufs- und Standesrecht. Verfassungsrechtliche Aspekte.*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech.*, 8, 2006, pp. 462-471.

medico, precisa subito al primo comma che, analogamente a quanto previsto nel codice deontologico francese, il medico è al servizio delle singole persone e della popolazione. Il secondo comma prosegue precisando che il medico deve preservare la vita, proteggere e ristabilire la salute, alleviare la sofferenza e fornire sostegno nelle fasi finali della vita. Il medico deve inoltre collaborare al mantenimento delle naturali condizioni di vita con riguardo alla loro rilevanza per la salute delle persone. A questi doveri deve aggiungersi la previsione del preambolo che annovera tra i principali scopi del codice anche quello di garantire la qualità dell'attività medica nell'interesse della salute della popolazione.

Sempre con riferimento a tale aspetto, il professionista ha il dovere di collaborare con l'ordine professionale nell'adozione delle misure volte a garantire la qualità dell'attività medica e di fornire le informazioni necessarie a tale scopo (paragrafo 5). In base al paragrafo 6 il medico ha altresì il dovere di segnalare alle autorità competenti ogni effetto indesiderato di farmaci di cui è venuto a conoscenza nel corso della sua attività terapeutica e ogni altro incidente legato all'uso di dispositivi medici.

Anche nella disciplina deontologica tedesca, inoltre, la regolamentazione del segreto professionale è espressione della dimensione individuale e collettiva della tutela dei diritti fondamentali a cui il medico è chiamato. Il rispetto del segreto è infatti tra i principali doveri professionali e fondamentale diritto dei pazienti, previsto dal codice e anticipato nel giuramento. Ciò nonostante, in determinati casi il medico è chiamato a bilanciare il diritto della persona assistita con un diverso interesse legalmente protetto che ne legittima la compressione, in particolare nei casi di rischio di contagio di terze persone⁴⁹.

Il secondo paragrafo del codice riprende il riferimento alle leggi dell'umanità e dell'etica medica contenute anche nel giuramento e richiama il concetto di responsabilità del professionista. Nella più recente riforma del 2011 è stata inoltre inserita tra i principi generali la norma originariamente prevista in ambito di fine vita, la quale impone al medico di indirizzare la sua attività al solo bene del paziente (paragrafo 2.2). Lo spostamento di questo principio nell'articolo relativo ai doveri

⁴⁹ R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 146.

generali dei medici è indicativo della centralità che esso ha assunto nella moderna percezione della categoria professionale.

Funzionali alla tutela dei diritti dei pazienti sono, anche in questo caso, le norme relative alla formazione continua del medico e al mantenimento di un elevato grado di competenza professionale (paragrafo 2.3 e paragrafo 4) e quelle relative al dovere di diligenza professionale in ambito diagnostico e terapeutico (paragrafo 11). Nel capo dedicato ai doveri nei confronti del paziente il codice deontologico tedesco prevede anche quello relativo alla documentazione e al diritto di accesso del paziente (n. 10) e quello riferito agli onorari (n. 12).

Anche nel codice deontologico tedesco, quindi, può individuarsi un nucleo di norme volte a tutelare principi analoghi a quelli analizzati nel codice francese e una tendenziale sintonia con i principi elaborati a livello costituzionale e giurisprudenziale.

Diritti fondamentali e deontologia nell'esperienza italiana.

Il principio personalista e quindi la preminenza della persona e dei diritti inviolabili e fondamentali rispetto allo Stato e agli interessi collettivi, è uno dei principi fondamentali anche nella Costituzione italiana.

La salute è espressamente prevista dal testo costituzionale, che proprio per questo diritto utilizza – unica volta in tutta la Costituzione – l'aggettivo fondamentale. L'articolo 32 prevede in particolare che «(l)a Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti». La giurisprudenza della Corte costituzionale ha poi precisato i contorni di tale diritto, riconoscendo una dimensione molto ampia di salute che, oltre a quella fisica, comprende quella psicologica e in parte relazionale del bene tutelato⁵⁰. Al secondo comma è poi previsto il principio del consenso. In particolare,

⁵⁰ Si pensi, ad esempio, all'interpretazione del concetto di salute che la Corte costituzionale ha a più riprese adottato a fronte dell'articolo 5 del codice civile. La lettera e il significato originario precostituzionale della norma («Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica...») mettevano infatti in ombra tutto ciò che non fosse riconducibile alla mera integrità fisica. La Corte costituzionale ha così progressivamente riconosciuto una dimensione ampia della salute slegata dal dato fisico-biologico. Il legame tra identità sessuale e identità individuale e la tutela dell'equilibrio psichico del transessuale legittimano, ad esempio, operazioni chirurgiche demolitive e ricostruttive degli organi sessuali (Corte Cost. 161/85). L'interpretazione del significato di salute alla luce del testo costituzionale permette inoltre di rifiutare un trattamento sanitario di sostegno vitale ritenuto contrario alla propria dignità. Su questi temi la

l'importanza del diritto alla salute si esprime anche attraverso la riserva rinforzata in tema di trattamenti sanitari obbligatori e all'implicito riconoscimento del generale diritto di rifiutare qualsiasi trattamento non direttamente previsto da una legge. Il secondo comma dell'art. 32 prevede infatti che «(n)essuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». Come già detto, la Costituzione italiana tutela la salute nelle due dimensioni, individuale e collettiva, ma affinché l'interesse pubblico possa imporsi sul diritto individuale al rifiuto delle cure è necessario che il trattamento sia imposto per via legislativa. La Costituzione italiana pone però un ulteriore limite al legislatore, precisando che «(l)a legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». L'articolo 32, come più volte precisato dalla giurisprudenza costituzionale, ripresa da quella di legittimità, deve essere letto alla luce degli articoli 2, 3 e 13 della Costituzione⁵¹. In base all'articolo 2 la Repubblica italiana «riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». L'articolo 3 è riferito al principio di eguaglianza, declinato come eguaglianza formale e eguaglianza sostanziale, rispettivamente al primo comma, in base al quale «(t)utti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali» e al secondo comma, che impone alla Repubblica italiana l'ulteriore compito di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana ...». In base all'articolo 13, inoltre, «la libertà personale è inviolabile». In

letteratura è molto vasta. Si vedano, tra i molti, P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 289 e ss.; A. D'ALOIA, *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, p. 87; G. M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, cit.

⁵¹ Nella sentenza n. 438 del 23 dicembre 2008 la Corte costituzionale, nel fissare la natura e i fondamenti del principio del consenso, ha affermato che «(a)l riguardo, occorre rilevare che il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che "la libertà personale è inviolabile", e che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge"».

questi articoli la giurisprudenza costituzionale ha individuato il fondamento del consenso informato «inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico» e considerato come «vero e proprio diritto della persona»⁵².

Espressione dei principi fin qui menzionati è, ad esempio, l'articolo 3 del codice di deontologia medica, inserito nel titolo relativo alle “competenze e doveri del medico”, in base al quale: «doveri del medico sono la tutela della vita, della salute psico-fisica, il trattamento del dolore e il sollievo della sofferenza, nel rispetto della libertà e della dignità della persona senza discriminazione alcuna quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera»⁵³. La versione del 2006⁵⁴, 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»; nella precedente suddivisione in capi del codice deontologico, abolita nel codice attuale, l'articolo 3 rappresentava inoltre il primo articolo del capo rubricato “Libertà, indipendenza e dignità della professione”, quasi a sottolineare il legame diretto tra questi valori della professione medica e la tutela dei diritti fondamentali della persona assistita.

In questa prospettiva, è interessante sottolineata anche l'evoluzione nei codici di deontologia medica del richiamo al concetto di “salute” di cui all'art. 3, in sintonia con quanto elaborato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. Il primo codice deontologico a precisare espressamente il concetto di salute è quello del 1995, nel quale però risultava limitato all'“accezione biologica”. Tale riferimento è stato poi eliminato nel codice del 1998 a dimostrazione della mutata percezione della salute anche all'interno della categoria professionale, che ha scelto così di fare progressivamente propria un'accezione più ampia del concetto, nella quale i risvolti di natura psicologica superano quelli meramente legati alla dimensione biologica. Il

⁵² Ibid.

⁵³ Il testo del 2006 esplicitava le diverse possibili cause di discriminazione, analogamente a quanto ancora previsto nei codici deontologici francesi e tedesco: «(d)overe del medico è la tutela della vita, della salute fisica e psichica dell'Uomo e il sollievo dalla sofferenza nel rispetto della libertà e della dignità della persona umana, senza distinzioni di età, di sesso, di etnia, di religione, di nazionalità, di condizione sociale, di ideologia, in tempo di pace e in tempo di guerra, quali che siano le condizioni istituzionali o sociali nelle quali opera. La salute è intesa nell'accezione più ampia del termine, come condizione cioè di benessere fisico e psichico della persona».

⁵⁴ Per un'analisi del codice del 2006 si rinvia a M. BARNI, *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, cit.

riferimento a tale ampia accezione del termine salute viene evidentemente ormai sottointesa nell'attuale versione del codice del codice deontologico.

Sempre nel 1998 era stato anche inserito il titolo "Tutela della salute collettiva", con il quale si chiudeva il codice del 2006 e che è ancora presente nel codice attuale, il quale però anticipa il riferimento alla dimensione individuale e collettiva del diritto alla salute già nel suo primo articolo⁵⁵ e nel citato articolo 3⁵⁶.

Il medico deve, in particolare, svolgere i compiti assegnatigli dalla legislazione in materia di trattamenti sanitari obbligatori e deve curare l'informazione dovuta alle autorità sanitarie con la massima diligenza e tempestività (art. 74). L'articolo 75 prevede poi che il medico debba attivarsi «per la prevenzione, la cura, il recupero clinico e il reinserimento sociale della persona affetta da qualsiasi forma di dipendenza fisica o psichica, nel rispetto dei diritti della stessa, collaborando con le famiglie, le istituzioni socio-sanitarie pubbliche o private e le associazioni di protezione sociale»⁵⁷.

Il nuovo codice deontologico contiene inoltre un nuovo titolo relativo alla "medicina potenziativa ed estetica", nel quale l'attività medica viene disciplinata in relazione al particolare ambito degli «interventi medici finalizzati al potenziamento delle fisiologiche capacità psico-fisiche dell'individuo» e delle «attività diagnostico-terapeutiche con finalità estetiche»; un titolo che si occupa per la prima volta dei peculiari doveri connessi alla medicina militare cercando di coordinare la responsabilità deontologica del medico con i compiti istituzionali e la gerarchia di comando delle Forze Armate⁵⁸ e un titolo in materia "informatizzazione e

⁵⁵ CDM, art.1, co. 2: «Il Codice, in armonia con i principi etici di umanità e solidarietà e civili di sussidiarietà, impegna il medico nella tutela della salute individuale e collettiva vigilando sulla dignità, sul decoro, sull'indipendenza e sulla qualità della professione».

⁵⁶ CDM, art. 3, co. 2: «Al fine di tutelare la salute individuale e collettiva, il medico esercita attività basate sulle competenze, specifiche ed esclusive, previste negli obiettivi formativi degli Ordinamenti didattici dei Corsi di Laurea in Medicina e Chirurgia e Odontoiatria e Protesi dentaria, integrate e ampliate dallo sviluppo delle conoscenze in medicina, delle abilità tecniche e non tecniche connesse alla pratica professionale, delle innovazioni organizzative e gestionali in sanità, dell'insegnamento e della ricerca».

⁵⁷ Analogamente la precedente versione dell'articolo 75 prevedeva «l'impegno professionale del medico nella prevenzione, nella cura e nel recupero clinico e reinserimento sociale del dipendente da sostanze da abuso».

⁵⁸ L'inserimento di un articolo riferito alla medicina militare segna in maniera ancora più esplicita la differenza, già menzionata nella Parte II, dell'ambito di applicazione del codice deontologico italiano rispetto al modello francese nel quale i medici militari sono soggetti ad un diverso codice deontologico.

innovazione sanitaria” che contiene, tra l’altro, i doveri del medico in materia di innovazione ed organizzazione sanitaria.

Tornando al principio di eguaglianza, indipendentemente dalle differenze introdotte con la recente riforma, anche il codice deontologico italiano disciplina quindi espressamente il principio di non discriminazione che viene poi ripreso in altri articoli, in particolare all’articolo 6 che impone al medico l’ulteriore compito perseguire l’uso ottimale delle risorse pubbliche e private «salvaguardando l’efficacia, la sicurezza, e l’umanizzazione dei servizi sanitari contrastando ogni forma di discriminazione nell’accesso alle cure»⁵⁹.

Dal punto di vista della scelta linguistica, come nel caso francese, il codice deontologico italiano si caratterizza per l’apprezzabile passaggio dai termini malato e paziente ad un uso più frequente del riferimento alla persona. Anche rispetto alla versione del 2006, va sottolineata l’eliminazione di ogni riferimento al “cittadino”. Si trattava infatti di una scelta lessicale che pareva ormai poco adatta a rappresentare la vocazione della medicina e della deontologia a tutelare i diritti di tutte le persone, indipendentemente dal loro status, soprattutto alla luce del pluralismo tipico delle società moderne e del contesto dell’integrazione europea.

Sempre con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali meritano di essere ricordati alcuni passaggi contenuti nelle precedenti versioni del codice deontologico italiano. L’art. 4, ad esempio, 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». L’articolo 20 prevedeva inoltre espressamente che «(i)l medico deve improntare la propria attività professionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona». L’inserimento di questo articolo risaliva al codice del 1995 (l’allora art. 17), che

⁵⁹ Da questo punto di vista merita di essere ricordata la precedente versione del codice deontologico che, forse in maniera ancora più esplicita, imponeva 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». Tuttavia, va sottolineato che, nonostante già questo codice si caratterizzasse per l’apprezzabile scelta di privilegiare il termine “persona” a quello di “malato” o “paziente”, la permanenza del termine “cittadino” (introdotto nel 1998) in molte sue norme, rappresentava un limite dal punto di vista lessicale sul quale correttamente è intervenuta la riforma del 2014. Sulla tutela dei soggetti più fragili si tornerà invece *infra*.

aveva anche modificato in «valori etici fondamentali» l'originaria formulazione dell'art. 4 riferita alla sola coscienza del medico⁶⁰.

Benché nel codice del 2014 la norma dell'art. 20 sia 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 e benché, come visto, non manchino i riferimenti alla tutela della vita, della salute, della libertà e della dignità (comunque già presenti nelle precedenti versioni del codice), non pare convincente, almeno dal punto di vista simbolico, la scelta di eliminare completamente dal codice un richiamo così esplicito al rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Con riferimento ai profili della disciplina deontologica che interessano in questa sede, assumono rilievo le principali novità inserite nel 2006 e ulteriormente precisate dall'attuale codice. Si tratta in particolare della tutela dell'ambiente nel quale la persona vive e lavora e – a seguito della riforma – dei livelli di istruzione e di equità sociale che il medico è tenuto a considerare «quali determinanti fondamentali della salute individuale e collettiva». L'articolo di riferimento, il numero 5, non prevede però 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 promuove l'adozione di stili di vita salubri, informando sui principali fattori di rischio»⁶¹. 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 codice⁶², e alla sicurezza del paziente⁶³.

⁶⁰ Per un approfondimento sull'evoluzione del codice deontologia medica si veda P. BENCIOLINI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, cit. Cfr. inoltre M. BARNI (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999.

⁶¹ 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».

⁶² 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 [...] ».

⁶³ 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 [...]».

La centralità del bene della persona assistita emerge in vari articoli del codice deontologico e con riferimento ad ambiti diversi. Così, ad esempio, relativamente all'accanimento diagnostico-terapeutico il medico non deve né intraprendere né insistere in procedure diagnostiche e interventi terapeutici clinicamente ed eticamente non appropriati da cui «non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute e/o un miglioramento della qualità della vita» (art. 16). Anche i trattamenti che incidono sull'integrità psico-fisica possono essere attuati «al fine esclusivo di procurare un concreto beneficio clinico alla persona» (art. 18). Inoltre, la ricerca biomedica e la sperimentazione che coinvolga l'essere umano devono ispirarsi «al principio di salvaguardia della vita, dell'integrità psico-fisica e nel rispetto della dignità della persona» (art. 48).

Anche nel codice italiano a tutela dei diritti del paziente sono previsti specifici obblighi professionali, come ad esempio, quello di aggiornamento e formazione professionale permanente di cui all'art. 19.

Analogamente al codice deontologico francese e a quello tedesco, la tutela della qualità della vita e della dignità della persona sono richiamati anche nelle norme sul fine vita e sui peculiari doveri di assistenza del medico, su cui si tornerà.

Nel codice deontologico italiano è disciplinata invece più nel dettaglio la tutela della riservatezza dei dati personali (art. 11) e il trattamento dei dati sensibili (art. 12), accanto a quella del segreto professionale (art. 10). Rispetto a quest'ultimo aspetto va sottolineata però una novità del nuovo codice deontologico che solleva non poche perplessità. Similmente alle esperienze francese e tedesca, anche nel contesto italiano si trattava, infatti, almeno fino al 2006, di norme che tutelavano espressamente entrambe le dimensioni, quella individuale, ma anche quella collettiva prevedendo la possibilità del medico di derogare ai doveri di cui all'art. 11 «ove vi sia l'urgenza di salvaguardare la vita o la salute di terzi» nel caso in cui il paziente non sia in grado di prestare il consenso, ma «anche in caso di diniego dell'interessato» (art.12). La riforma del 2014 ha invece escluso tale eventualità limitandosi ad un generico riferimento alla possibilità di trattare i dati sensibili idonei a rivelare lo stato di salute della persona «solo con il consenso informato della stessa ... e nelle specifiche condizioni previste dall'ordinamento».

3. *La relazione di cura*

Accertato come la mutata percezione della relazione di cura sia stata il fulcro attorno al quale si sono sviluppati e consolidati alcuni principi deontologici comuni agli ordinamenti analizzati, si cercherà ora di illustrare le disposizioni che nei codici deontologici francese, tedesco e italiano hanno dato forma e contenuto normativo al passaggio culturale e professionale che ha condotto la riflessione deontologica dall'approccio paternalistico all'alleanza terapeutica.

Va però precisato che si tratta di un mutamento che si esprime nel dettaglio in vari ambiti della disciplina deontologica e che assume spazio diverso nei singoli codici in ragione di alcuni peculiari fattori. Poiché alcuni di questi ambiti e fattori verranno analizzati nei prossimi capitoli, in questa sede ci si limiterà ad indicare solo i profili comuni e le norme basilari della relazione di cura. Nonostante le differenze che si vedranno, infatti, è utile avere almeno il quadro fondamentale della struttura del rapporto medico-paziente comune ai codici analizzati poiché, oltre ad essere il presupposto per il dialogo tra deontologia e diritto, si inserisce anche nell'orientamento generale dei codici dei paesi europei, dal quale partire per ipotizzare lo sviluppo di alcune regole deontologiche comuni a livello di Unione europea.

In particolare, la relazione di cura si basa sull'incontro tra l'autonomia consapevole e responsabile della persona assistita e l'autonomia e responsabilità del medico. In tutti e tre i codici deontologici il rapporto terapeutico nasce da una scelta libera della persona assistita, sia per quanto riguarda la scelta del medico, sia per quanto attiene alla diagnosi e all'inizio di un determinato trattamento. A tale libertà corrisponde quella del medico di rifiutare la prestazione professionale, nel rispetto però del preciso limite costituito dalla salute del paziente e dal dovere di fornire informazioni e chiarimenti idonei a consentire alla persona di fruire comunque delle cure e dei servizi esigibili. Analogo è il principio per quanto riguarda la continuazione o l'interruzione del trattamento. La scelta spetta all'autodeterminazione della persona, cui corrisponde l'autonomia diagnostico-terapeutica del medico e il suo diritto a non essere obbligato ad un'attività contraria alla propria coscienza e al proprio convincimento clinico. Il principio del consenso informato viene tutelato nei codici analizzati in entrambe le sue componenti, ossia quella di natura tecnica, incentrata su

un'adeguata informazione su tutti gli elementi necessari a fondare in maniera piena e consapevole la seconda componente, cioè la scelta morale della persona, intesa come «giudizio di coerenza della proposta medica con la propria struttura morale, con la rappresentazione della propria umanità, con l'immagine che si ha di sé e con il ricordo che si vuole lasciare: in una parola con l'idea che si ha della propria dignità»⁶⁴.

Solo nella collaborazione tra medico e paziente nelle scelte diagnostico-terapeutiche e solo in un autentico processo di co-decisione può quindi concretizzarsi la tutela dei diritti fondamentali della persona assistita e, con essa, la realizzazione degli scopi più autentici dell'attività medica.

Per quanto riguarda il diritto di ogni persona alla libera scelta del medico, il codice deontologico francese stabilisce che il medico debba non solo rispettarlo, ma anche facilitare il paziente nell'esercizio di tale libertà di scelta⁶⁵. Similmente, la libera scelta è tutelata dal secondo comma del paragrafo 7 della *Berufsordnung* tedesca che si riferisce anche al cambio del medico e alla motivata richiesta del paziente di ottenere il consulto di un altro professionista⁶⁶. In base al codice deontologico italiano la libera scelta del medico e del luogo di cura «costituisce diritto della persona». Inoltre è «vietato qualsiasi accordo tra medici tendente a influenzare la libera scelta della persona assistita, pur essendo consentito indicare, se opportuno e nel suo esclusivo interesse, consulenti o luoghi di cura ritenuti idonei al caso». Ancora più incisiva era però, da questo punto di vista, l'affermazione contenuta nel codice del 2006, che all'articolo 27 individuava nella libera scelta del medico e del luogo di cura «il fondamento del rapporto tra medico e paziente» e precisava inoltre che «nell'esercizio dell'attività libero professionale svolta presso le strutture pubbliche e private, la scelta del medico costituisce diritto fondamentale del cittadino».

I principi relativi al consenso e all'informazione trovano puntuale e dettagliata disciplina in tutti e tre i codici. L'articolo 35 di quello francese prevede il dovere del

⁶⁴ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 206.

⁶⁵ Article 6 (article R.4127-6 du code de la santé publique).

⁶⁶ §7.2 MBO : «Ärztinnen und Ärzte achten das Recht ihrer Patientinnen und Patienten, die Ärztin oder den Arzt frei zu wählen oder zu wechseln [...] Den begründeten Wunsch der Patientin oder des Patienten, eine weitere Ärztin oder einen weiteren Arzt zuzuziehen oder einer anderen Ärztin oder einem anderen Arzt überwiesen zu werden, soll die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt in der Regel nicht ablehnen».

medico di fornire alla persona che esamina, cura o consiglia «*une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose*». Il codice deontologico fonda quindi il principio della lealtà comunicativa: l'informazione non deve essere solo chiara e appropriata, ma anche leale. È inoltre previsto che il medico debba tenere conto nelle sue spiegazioni della personalità del paziente e vigilare sulla loro comprensione. L'accento sulla comprensibilità e adeguatezza delle modalità dell'informazione è posto anche dal paragrafo 8 del codice deontologico tedesco a seguito della modifica del 2011⁶⁷. Ancora più esplicito è il codice deontologico italiano che, tra l'altro, nell'attuale versione ha inserito accanto al dovere di un'informazione comprensibile e completa (art. 20), esaustiva e adeguata alle capacità di comprensione della persona assistita o del suo rappresentante legale (art. 33), il significativo dovere di considerare «il tempo della comunicazione quale tempo di cura» (art. 20). Proprio con riferimento all'informazione, spiace però notare che nel codice del 2014 sia stato tolto il diretto riferimento all'obiettivo principale dell'informazione. L'articolo 33 prevedeva infatti che il medico dovesse dare al paziente la più idonea informazione tenendo conto delle sue capacità di comprensione «al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche»; fine omesso nella più recente versione del cdm. Come si vedrà nei prossimi paragrafi, proprio l'evoluzione in materia di informazione segna una significativa differenza del codice deontologico italiano rispetto alle altre due esperienze analizzate, anche nel confronto con gli interventi legislativi dei rispettivi ordinamenti e quest'ultima scelta normativa della categoria professionale non pare quindi pienamente in sintonia con tale evoluzione. Per quanto riguarda il consenso, in tutte e tre le discipline deontologiche viene posto come condizione dell'intervento medico. Così, in Francia, l'art. 36 prevede che «*Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas*»; analogamente in Germania il paragrafo 8 prevede che «*Zur Behandlung bedürfen Ärztinnen und Ärzte der Einwilligung der Patientin oder des Patienten*»⁶⁸, precisando che il consenso (*Einwilligung*) debba essere preceduto dalla necessaria informazione. Come

⁶⁷ *Infra* cap.2

⁶⁸ «Per poter procedere al trattamento i medici devono ottenere il consenso del paziente».

anticipato, il codice deontologico tedesco contiene inoltre il riferimento esplicito al rispetto della volontà e del diritto all'autodeterminazione del paziente⁶⁹. In Italia l'articolo 35 prevede che il medico non debba intraprendere né proseguire in procedure diagnostiche e/o interventi terapeutici senza la preliminare acquisizione del consenso informato o in presenza di dissenso informato.

I codici deontologici riconoscono inoltre espressamente il diritto del paziente al rifiuto delle cure.

In Germania, il dovere del medico di rispettare il diritto al rifiuto di diagnosi e trattamenti è inserito al paragrafo 7, il primo relativo ai doveri professionali nei confronti del paziente e, in particolare, nello stesso comma che impone il rispetto dell'autodeterminazione della persona⁷⁰. Nel codice francese, l'articolo sul consenso prevede che qualora il malato rifiuti un esame diagnostico o un trattamento proposto, il medico debba rispettare tale rifiuto, ma dopo avere informato il malato delle relative conseguenze⁷¹. Il rispetto del rifiuto è quindi legato alla precisazione del generale dovere di informazione. Analogamente, come già ricordato il codice deontologico italiano impone al medico di rispettare il «dissenso informato» della persona assistita⁷². Il codice italiano prevede inoltre espressamente, all'art. 53, il rifiuto consapevole di alimentarsi. In questo caso il medico ha il dovere di informare la persona sulle gravi conseguenze che il digiuno protratto può comportarle sulle sue condizioni di salute. Se però la persona è consapevole delle possibili conseguenze della propria decisione il medico non deve assumere iniziative coercitive né collaborare a procedure coattive di alimentazione o nutrizione artificiale.

Con riferimento alla fiducia che deve caratterizzare il rapporto medico-paziente, il codice deontologico tedesco prevede esplicitamente al paragrafo 2, quindi tra i doveri generali del medico, quello di esercitare la propria professione

⁶⁹ §7.1 MBO (Behandlungsgrundsätze und Verhaltensregeln): *«Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und unter Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patientinnen und Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts, zu erfolgen.»*

⁷⁰ Ibid.: *«Das Recht der Patientinnen und Patienten, empfohlene Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen abzulehnen, ist zu respektieren.»*

⁷¹ Art.36 (article R.4127-36 du code de la santé publique - Consentement du patient) » : *«(l)orsque le malade, en état d'exprimer sa volonté, refuse les investigations ou le traitement proposés, le médecin doit respecter ce refus après avoir informé le malade de ses conséquences».*

⁷² Art. 35.

coscienziosamente e in maniera adeguata alla fiducia in lui riposta⁷³. La tutela e la promozione della fiducia tra medico e paziente rientra anche negli obiettivi che la categoria professionale dichiara, nel Preambolo, di volere perseguire con l'imposizione dei doveri professionali nel codice deontologico⁷⁴. Al principio della fiducia segue, all'interno dello stesso paragrafo 2, quello relativo alla preminenza del bene del paziente rispetto all'interesse di terzi: «*Insbesondere dürfen sie nicht das Interesse Dritter über das Wohl der Patientinnen und Patienten stellen*»⁷⁵. Similmente, l'art. 30 del codice deontologico italiano sul "conflitto di interesse" impone al medico di evitare «ogni condizione nella quale il giudizio professionale riguardante l'interesse primario, qual è la salute dei cittadini, possa essere indebitamente influenzato da un interesse secondario». Anche in base all'articolo 5 del *code de déontologie*, il medico «*ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit*»⁷⁶.

Il rapporto di fiducia e collaborazione tra medico e paziente si basa, in particolare, su numerosi aspetti del rapporto di cura, che vanno dalla tutela del bene della persona assistita e al segreto professionale di cui si è già detto, alla comunicazione, alla correttezza e indipendenza del medico, alle sue competenze, al rispetto della sua professionalità, fino a mere percezioni personali. Molte sono le norme dei codici deontologici che mirano a intervenire su questi profili, a tutela di un corretto rapporto medico-paziente.

Sempre con riferimento all'indipendenza del medico, il codice tedesco prevede, ad esempio, ulteriori norme, come quella in ambito di organizzazione societaria dell'attività professionale (§30) e il paragrafo 3 interamente dedicato alle varie attività incompatibili con l'esercizio della medicina. Inoltre, tra i principi generali, la *Berufsordnung*, in relazione all'autonomia e indipendenza professionale, prevede che il medico non debba accettare istruzioni da non-medici nell'assunzione delle proprie

⁷³ § 2.2 MBO: «*Ärztinnen und Ärzte haben ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen bei ihrer Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen*».

⁷⁴ MBO - Präambel :«*Mit der Festlegung von Berufspflichten der Ärztinnen und Ärzte dient die Berufsordnung zugleich dem Ziel ...das Vertrauen zwischen Ärztinnen und Ärzten und Patientinnen und Patienten zu erhalten und zu fördern*».

⁷⁵ «in particolare non devono anteporre l'interesse di terzi al bene del paziente». Sulle modifiche relative a questo principio si ritornerà a breve.

⁷⁶ Art. 5 (article R.4127-5 du code de la santé publique).

decisioni⁷⁷. Alla promozione di un autentico confronto all'interno della relazione di cura è dedicato invece il sesto comma del paragrafo 7, in base al quale il medico deve rivolgere al paziente un'adeguata attenzione e confrontarsi in maniera concreta e corretta con le critiche sollevate da quest'ultimo e con le relative divergenze di opinioni⁷⁸.

Il tema della fiducia è affrontato in maniera espressa anche dal codice deontologico italiano in riferimento alla possibilità del medico di rinunciare all'ulteriore trattamento qualora abbia avuto prova di sfiducia da parte della persona assistita o dei legali rappresentanti⁷⁹. Nel codice deontologico francese la fiducia non è invece richiamata in termini generali, benché, come negli altri due codici, siano molte le norme che indirettamente mirano a promuoverla e tutelarla all'interno del rapporto medico-paziente. Il riferimento alla fiducia è però espressamente previsto nell'ambito della ricerca che coinvolge la persona umana. In base all'art. 15, infatti, il medico che partecipa ad una ricerca biomedica deve vigilare affinché la realizzazione dello studio «*n'altère ni la relation de confiance qui le lie au patient ni la continuité des soins*».

Per quanto riguarda invece l'autonomia e la libertà professionale, il codice deontologico francese prevede che, nei limiti fissati dalla legge e tenuto conto delle acquisizioni della scienza, «*le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance*»⁸⁰. Su questo stesso aspetto, il codice deontologico italiano afferma che «l'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità». È interessante notare che nell'attuale versione dell'articolo 4 la libertà e l'indipendenza della professione, richiamati già nel codice del 2006, sono

⁷⁷ §2.4 MBO.

⁷⁸ §7.6 MBO: «*Ärztinnen und Ärzte haben Patientinnen und Patienten gebührende Aufmerksamkeit entgegen zu bringen und mit Patientenkritik und Meinungsverschiedenheiten sachlich und korrekt umzugehen*».

⁷⁹ Art. 28 (Risoluzione del rapporto fiduciario): «Il medico, se ritiene interrotto il rapporto di fiducia con la persona assistita o con il suo rappresentante legale, può risolvere la relazione di cura con tempestivo e idoneo avviso, proseguendo la sua opera sino alla sostituzione con altro collega, cui sono trasmesse le informazioni e la documentazione utili alla continuità delle cure, previo consenso scritto della persona assistita ».

⁸⁰ Art. 8 (article R.4127- 8 du code de la santé publique - Liberté de prescription). La norma prevede inoltre che il medico «*doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles*».

direttamente associati (già nella rubrica) all'autonomia e alla responsabilità del medico⁸¹. Il codice impone inoltre al medico di ispirare la propria attività ai principi e alle regole della deontologia professionale «senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura». Con riferimento alla libertà e all'indipendenza della professione su cui si fonda l'esercizio della medicina, va precisato però che il codice del 2006 le definiva espressamente come «diritto inalienabile del medico», precisazione che invece è venuta meno nel testo attuale.

Il codice deontologico prevede inoltre che il medico debba segnalare all'Ordine «ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti in contrasto con il Codice»⁸².

I tre codici analizzati prevedono esplicitamente il diritto del medico di rifiutare la prestazione professionale. L'art. 47 del codice francese, dopo avere previsto il principio della continuità delle cure, riconosce al medico il diritto di «*refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles*». Non deve trattarsi però di casi di urgenza o contrari ai doveri di umanità. Inoltre, nel caso di rifiuto di prestazione, il medico deve avvertire il paziente e trasmettere al medico designato da quest'ultimo ogni informazione utile per il proseguimento delle cure⁸³. Anche il codice tedesco, parallelamente alla libera scelta del medico da parte del paziente,

⁸¹ Art. 4 (Libertà e indipendenza della professione. Autonomia e responsabilità del medico): «L'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità». Il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale, senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura. Anche l'articolo 13 sottolinea ulteriormente l'autonomia e responsabilità del medico prevedendo che: «La prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione è una diretta, specifica, esclusiva e non delegabile competenza del medico, impegna la sua autonomia e responsabilità e deve far seguito a una diagnosi circostanziata o a un fondato sospetto diagnostico».

⁸² Va sottolineata la scelta di sostituire il contrasto con il Codice all'originario contrasto con la deontologia professionale, che, come si è già avuto modo di sottolineare, è significativamente più ampia rispetto al corpus di regole razionalizzate nel codice. Cfr. Art. 4 versione in vigore fino al 2006 (Libertà e indipendenza della professione): «L'esercizio della medicina è fondato sulla libertà e sull'indipendenza della professione che costituiscono diritto inalienabile del medico [...] Il medico deve operare al fine di salvaguardare l'autonomia professionale e segnalare all'Ordine ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti non conformi alla deontologia professionale». Per ulteriori valutazioni sulla riforma del codice deontologico italiano cfr. *infra* Parte V. Per un commento sul processo di revisione si veda, ad esempio, S. PATUZZO, F. TAGLIARO, *Il processo di revisione per il nuovo codice di deontologia medica. passaggi critici e punti di forza delle bozze in discussione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2014, pp. 333-338.

Sempre in materia di autonomia professionale, ma con un diretto richiamo, da un lato, alla responsabilità del medico e, dall'altro, al rifiuto e alla responsabilità del paziente, l'art. 13 (in materia di prescrizione e trattamento terapeutico) prevede che, sul presupposto della sua «diretta responsabilità professionale ed etica», al medico sia «riconosciuta autonomia nella programmazione, nella scelta e nella applicazione di ogni presidio diagnostico e terapeutico...fatta salva la libertà del paziente di rifiutarle e di assumersi la responsabilità del rifiuto stesso».

⁸³ Art. 47 (article R.4127-47 du code de la santé publique - *Continuité des soins*).

prevede che anche il medico sia libero di rifiutare la prestazione, ad esclusione dei casi di urgenza o di specifici obblighi legali. Non sono però esplicitate le motivazioni sulla base delle quali il professionista può scegliere di non prestare la propria attività professionale, né gli adempimenti a tutela del paziente in caso di rifiuto. Il contrasto con la coscienza e i convincimenti tecnico-scientifici del medico è invece il motivo espressamente previsto dall'articolo 22 del codice deontologico italiano ("Rifiuto di prestazione professionale") a fondamento del diritto del professionista di rifiutare la propria opera. Egli deve però fornire alla persona ogni utile informazione e chiarimento ed è precisato che il rifiuto non sia permesso qualora risulti di grave e immediato nocimento per la salute della persona assistita.

Sono inoltre molte, nei tre codici, le norme che mirano a garantire la responsabilità e la competenza professionale. Di alcune di esse si è già detto e su altre si tornerà nei prossimi capitoli.

Per completare il quadro dei doveri del medico, possono menzionarsi l'articolo 3 del codice deontologico francese, in base al quale il medico deve in ogni circostanza rispettare «*les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine*»; i paragrafi 2 e 11 della *Berufsordnung* che promuovono la diligenza professionale e il dovere del medico di non osservare principi, istruzioni oppure ordini che non siano compatibili con i propri compiti o per la cui osservanza non possono assumersi la responsabilità; e l'articolo 21 del codice deontologico italiano che impone al medico di garantire «impegno e competenze nelle attività riservate alla professione di appartenenza, non assumendo compiti che non sia in grado di soddisfare o non sia legittimato a svolgere».

Va infine sottolineato che i codici deontologici prevedono il rispetto della volontà del paziente anche con riferimento alle scelte di fine vita. In assenza di una disciplina legislativa in materia, il codice italiano, a differenza del codice francese e della *Berufsordnung* tedesca, che sostanzialmente rimandano alle rispettive legislazioni⁸⁴, prevedeva già da molti anni due autonome norme relative ai doveri del medico nei confronti del paziente non più capace di esprimere la propria volontà. Si trattava, in particolare, dell'articolo 38 in materia di direttive anticipate e la previsione

⁸⁴ O, come nel caso francese della procedura collegiale, disciplinano quanto espressamente demandato loro dal legislatore. Cfr. *infra*.

dell'articolo 35 sul consenso, in base alla quale «il medico deve intervenire, in scienza e coscienza, nei confronti del paziente incapace, nel rispetto della dignità della persona e della qualità della vita, evitando ogni accanimento terapeutico, tenendo conto delle precedenti volontà del paziente»⁸⁵. Nel 2014 è stato inoltre completamente riformato l'articolo 38 inserendo una specifica e dettagliata disciplina delle “Dichiarazioni anticipate di trattamento”.

Alla luce delle norme fin qui enunciate, possono quindi riconoscersi delle assonanze tra i codici deontologici di Francia, Germania e Italia, quanto meno su alcuni principi posti a fondamento dell'attività medica del rapporto terapeutico. Su questi elementi tendenzialmente comuni si è sviluppata una disciplina deontologica che invece si differenzia nei contenuti concreti di alcune materie, per ragioni che si cercherà di analizzare dettagliatamente nel prossimo capitolo.

⁸⁵ Su questi aspetti e in particolare sul dovere di “tenere conto” della volontà precedentemente espressa dal paziente, cfr. *infra* il capitolo 3.2.

PARTE III

CAPITOLO SECONDO

CONTENUTI E RUOLO DELLA NORMATIVA DEONTOLOGICA: LE INFLUENZE TRA BIODIRITTO E DEONTOLOGIA

1. Considerazioni generali.

I principi fin qui analizzati che, come visto, accomunano i codici deontologici su alcuni punti, costituiscono in realtà solo un minimo comune denominatore di alcune posizioni perlopiù di carattere generale poiché l'analisi comparata, sia delle norme giuridiche, sia di quelle deontologiche in Francia, Germania e Italia mostra come l'ampiezza, i contenuti e la concreta portata di tali principi siano diversi a seconda dei quattro fattori già menzionati: le caratteristiche dell'oggetto da disciplinare⁸⁶; le scelte di intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto; il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica; la capacità della categoria professionale di farsi carico delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

1.1 Le caratteristiche dell'oggetto da disciplinare

Le caratteristiche dell'oggetto da disciplinare impongono peculiari connotazioni, reazioni ed esigenze normative non solo agli ordinamenti giuridici, ma anche alla categoria professionale che in questi ordinamenti deve svolgere la propria attività e che in tali contesti deve razionalizzare in codici la propria riflessione deontologica.

Si tratta di un oggetto, quello del biodiritto, che ha innanzitutto un carattere multiforme e cambia, in maniera anche molto repentina, a seconda degli sviluppi in campo scientifico e tecnologico. Le nuove potenzialità di diagnosi e intervento medico, inoltre, aprono inediti spazi di scelta che incidono sugli aspetti e le convinzioni morali più intime della persona. Per quanto più interessa il campo

⁸⁶ Si fa riferimento in particolare alle caratteristiche individuate in C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, cit.. Per un approfondimento sull'oggetto del biodiritto si rimanda a C. CASONATO, *Il biodiritto e il suo oggetto*, in ID., *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 7 e ss. Si vedano inoltre, tra gli altri, L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; C. CASONATO, C. PICIOCCHI, (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006; C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998.

deontologico, ciò riguarda sia la persona assistita, sia il medico chiamato ad agire “in scienza”, ma anche “in coscienza”.

Lo sviluppo delle scienze della vita incide infatti sulla scelta diagnostico-terapeutica attraverso concetti e principi sui quali è difficile giungere a posizioni etiche, professionali e giuridiche condivise. Concetti come quelli di vita e dignità, ad esempio, possono essere interpretati in maniera tale da portare a conseguenze anche molto diverse sul piano delle convinzioni morali del paziente, ma anche su quello delle posizioni deontologiche e personali del singolo medico. Dal punto di vista dell’attività medica, alle incertezze proprie delle scienze mediche si è aggiunta anche la necessità di risolvere questioni etiche particolarmente spinose, la cui soluzione in determinati ambiti è preordinata alla possibilità stessa di porre concretamente in atto l’intervento professionale. Si tratta, in particolare, di questioni per la soluzione delle quali il medico deve attingere a convinzioni deontologiche e personali, a quella scienza e coscienza, cioè, richiamata nei codici deontologici e variamente tutelata anche sul piano giuridico, nel rispetto della volontà e dei diritti della persona assistita.

L’oggetto del biodiritto, quindi, non solo coinvolge alcuni fondamentali principi degli ordinamenti costituzionali, ma mette alla prova anche i principi alla base della tradizione deontologica, ossia quei concetti sui quali sono nati e si sono nel tempo sviluppati i presupposti etici dei codici deontologici. La deontologia è inoltre chiamata, come visto, ad essere una guida per il medico nel caso concreto; nell’ambito analizzato, però, ogni caso ha delle specificità tali che anche un singolo cambiamento rispetto ad altri può consentire o addirittura imporre soluzioni molto diverse. Anche sul piano della riflessione deontologica risulta così difficile giungere nei codici a una generalizzazione dei principi.

Queste particolarità dell’oggetto da disciplinare, poiché incidono sul confronto all’interno della categoria professione nel momento in cui è chiamata a formulare in norme la propria riflessione deontologica, si riflettono quindi anche sulla stessa evoluzione dei codici deontologici⁸⁷.

⁸⁷ Sul rapporto tra mutamenti sociali ed evoluzione dei codici deontologici si vedano, ad esempio, A. JAUNAIT, *Comment pense l’institution médicale?: Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, 2005; S. MICHL, T. POTTHAST, U. WIESING., *Pluralität in der Medizin. Werte-Methoden-Theorien*, Freiburg-München, 2008.

La conseguenza più evidente del coinvolgimento delle convinzioni morali più profonde e del confronto con questioni particolarmente spinose dal punto di vista etico, professionale e giuridico è la varietà di soluzioni rinvenibili nelle discipline deontologiche.

Così come a livello degli ordinamenti giuridici è difficile individuare un generale consenso sulla disciplina delle tematiche del biodiritto, anche a livello deontologico, tra i codici dei vari ordinamenti, nonostante i principi di etica medica siano uniformemente diffusi nei paesi oggetto di analisi, non è possibile individuare posizioni uniformemente condivise sulle tematiche più delicate. Inoltre, come si vedrà, uniformità, coerenza e consenso non sono sempre rinvenibili neanche all'interno dello stesso ordinamento tra dimensione deontologica e dimensione giuridica.

Emblematica della difficoltà di giungere ad un consenso unanime e a posizioni condivise nell'elaborazione delle norme deontologiche è la disposizione del codice deontologico tedesco sul fine vita.

In particolare la riforma del 2011 ha riscritto interamente il paragrafo 16 della (*Muster-)*Berufsordnung federale (di seguito MBO), già di recente introduzione, che disciplinava il cd. "aiuto a morire" passivo, vietando l'eutanasia attiva.

La nuova formulazione ha innanzitutto recepito la riforma introdotta nel codice civile in materia di direttive anticipate, adeguando il primo comma del paragrafo 16 attraverso il diretto richiamo al rispetto delle volontà della persona che, unitamente alla tutela della sua dignità, il medico deve osservare nell'assistere la nelle fasi finali della sua esistenza: «*Ärztinnen und Ärzte haben Sterbenden unter Wahrung ihrer Würde und unter Achtung ihres Willens beizustehen*»⁸⁸. Inoltre, l'attuale secondo comma riprende ora espressamente il divieto di omicidio del consenziente, così come già previsto dal codice penale: «*Es ist ihnen verboten, Patientinnen und Patienten auf deren Verlangen zu töten*»⁸⁹. La modifica che più interessa in questa sede è però quella introdotta all'ultimo comma: «*Sie dürfen keine Hilfe zur Selbsttötung*

⁸⁸ «I medici devono assistere le persone in fin di vita tutelando la loro dignità e nel rispetto della loro volontà».

⁸⁹ «ai medici è fatto divieto di cagionare la morte di un paziente su richiesta di quest'ultimo». Il codice penale tedesco prevede l'omicidio del consenziente al § 216 (Tötung auf Verlangen): «(1) Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.(2) Der Versuch ist strafbar».

leisten»⁹⁰. Il codice deontologico prevede infatti ora espressamente il divieto di suicidio assistito, andando oltre il dettato del codice penale.

Proprio questa riforma mostra la difficoltà di disciplinare un oggetto che coinvolge concetti molto delicati quali il ruolo del medico, il diritto ad una morte dignitosa, la sacralità della vita e che in Germania si inserisce in un ambito ancora più spinoso in ragione del peso sulla coscienza collettiva e professionale di quanto compiuto in ambito medico durante il regime nazista. In particolare, la riforma del codice in materia di suicidio assistito mostra come all'interno della dimensione deontologica possano esserci posizioni e convinzioni differenti, sia, ad esempio, tra il consiglio centrale dell'ordine dei medici federale (*Bundesärztekammer*, di seguito BÄK) e l'assemblea generale dei medici tedeschi ("*Deutsche Arztag*"), sia tra i singoli ordini professionali dei *Länder*.

Con riferimento al primo aspetto, prima della modifica del codice, la BÄK è intervenuta modificando un importante documento sul fine vita, volto a indicare alcuni principi fondamentali dell'assistenza medica nelle fasi terminali («*Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung*»). Già dal 1979 l'ordine dei medici tedesco ha infatti cominciato ad intervenire sul tema del fine vita con direttive, poi definite "*Grundsätze*", periodicamente aggiornate, pur se a distanze di tempo irregolari, sulla base degli sviluppi della medicina (in particolare di quella palliativa) e della giurisprudenza. Nel 2011, alla luce delle riforme in materia di direttive anticipate e dei significativi mutamenti nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, in particolare con la decisiva sentenza del 25 giugno 2010 sull'eutanasia (*Sterbehilfe*), la BÄK ha ritenuto necessario riscrivere l'originale versione dei "*Grundsätze*". In questa riforma l'ordine dei medici ha preso posizione anche rispetto al suicidio assistito, scegliendo una posizione ritenuta espressamente più conforme alle diverse convinzioni morali dei medici in una società caratterizzata dal pluralismo etico e culturale, senza però mettere in dubbio gli orientamenti fondamentali in materia.

In particolare, l'ordine ricorda che dovere deontologico del medico, nel rispetto dell'autodeterminazione del paziente, è quello di preservare la vita, tutelare la salute, alleviare il dolore e accompagnare il malato nelle fasi terminali della vita. Tuttavia,

⁹⁰ In base a questa norma i medici «non possono fornire alcun aiuto al suicidio».

precisa che l'obbligo del medico di preservare la vita non sussista in qualsiasi circostanza, ricordando, nello specifico, il diritto del paziente di rifiutare i trattamenti, anche di sostegno vitale, o di sceglierne l'interruzione. Con riferimento all'assistenza al suicidio, la BÄK, ritenendo di recepire una mutata percezione culturale e professionale, ha scelto di considerare la partecipazione al suicidio semplicemente come non rientrante nei compiti del medico, rinunciando alla precedente versione che invece la dichiarava espressamente contraria ai doveri deontologici. Solo pochi mesi dopo, in occasione del 114° “*Deutsche Arztag*”, riunitosi a Kiel dal 31 maggio al 03 giugno 2011 e chiamato a pronunciarsi sulla riforma del codice deontologico, i medici tedeschi hanno manifestato però una posizione diversa sul suicidio assistito. Nel documento finale si può infatti leggere chiaramente la richiesta al consiglio centrale dell'ordine dei medici federale di modificare la sua posizione contenuta nel preambolo dei “*Grundsätze*”, sostituendola con la più chiara affermazione «*Die Mitwirkung des Arztes bei der Selbsttötung ist keine ärztliche Aufgabe und widerspricht dem ärztlichen Ethos*»⁹¹. In base a questa impostazione, quindi, il suicidio assistito, non solo non è un compito del medico, ma contraddice anche l'etica professionale. Nel protocollo finale emerge infatti con chiarezza la percezione della contrarietà della partecipazione del medico al suicidio rispetto al comune sentire etico della categoria professionale. Tale posizione si è poi concretizzata, in maniera ancora più espressa, nella scelta di modificare il codice deontologico inserendo espressamente il citato divieto all'ultimo comma.

Rispetto a tale netta posizione dell'assemblea generale dei medici e alla conseguente riforma della *Berufsordnung* a livello federale, possono però individuarsi diverse reazioni degli ordini professionali nei singoli *Länder*. Il codice deontologico del *Land Berlin* è, per il momento, l'unico la cui riforma è ancora al vaglio del Ministero. La versione attualmente in vigore è pertanto ancora quella del settembre 2009, precedente alla modifica del codice federale. Ciò nonostante, proprio un provvedimento dell'ordine dei medici di Berlino contrario al suicidio assistito è stato oggetto nel 2012 della pronuncia giurisprudenziale su cui si tornerà più nel dettaglio nel prossimo capitolo. Nell'ambito del fine vita, questo codice presenta l'ulteriore

⁹¹ «la partecipazione al suicidio non è un compito del medico e contraddice l'etica professionale». Beschlussprotokoll des 114. Deutschen Ärztetages, reperibile sul sito della BÄK, pp. 176 e ss.

particolarità di essere stato il solo ad avere aggiunto, già nel 1999, al testo del codice federale del 1998, una disciplina del testamento biologico, con riferimento alla vincolatività delle direttive anticipate e ai casi in cui il medico non fosse invece tenuto a rispettarle⁹². La generale riforma legislativa in materie di *Patientenverfügung* – con la quale, tra l’altro, alcuni passi del codice deontologico presentavano profili di incompatibilità – ha poi portato all’abrogazione del relativo comma. Tornando al tema del suicidio assistito, due ordini professionali tedeschi, pur avendo recentemente riformato i propri codici deontologici, hanno deciso di non recepire la modifica federale, mantenendo la vecchia versione del paragrafo 16. Si tratta del codice del *Land Schleswig-Holstein* modificato nel maggio 2012 e di quello del *Land Rheinland-Pfalz*, la cui ultima modifica risale al settembre 2012. Gli ordini professionali dei Länder *Baden-Württemberg* e *Bayern* hanno invece modificato il paragrafo 16, rispettivamente nel dicembre e nel marzo 2012, ma recependo solo il primo comma di quello federale. In questi codici quindi la disciplina del fine vita prevede solo che «*Ärztinnen und Ärzte haben Sterbenden unter Wahrung ihrer Würde und unter Achtung ihres Willens beizustehen*». L’unico dovere deontologico espressamente previsto è pertanto quello del rispetto dell’accompagnamento del malato terminale, tutelandone la dignità personale, nel rispetto della sua volontà. Benché, come affermato anche nella spiegazione anteposta alla pubblicazione della riforma del codice bavarese⁹³, tale paragrafo debba essere letto alla luce del comma due della prima norma del codice deontologico (comune a tutti i codici tedeschi), in base al quale il medico ha il dovere di preservare la vita, tutelare la salute, alleviare il dolore e assistere il malato terminale, alcun riferimento è contenuto in questi due codici a forme di “aiuto a morire”. Se, da un lato, l’omicidio del consenziente è comunque un reato penalmente perseguito e può pertanto risultare superflua una sua

⁹² Il secondo comma del paragrafo 16 del codice deontologico di Berlino era così formulato: «*Eine Patientenverfügung (Patiententestament) mit Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, die der Patient im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte verfasst hat, ist für den Arzt verbindlich, es sei denn, es sind konkrete Anzeichen erkennbar, dass der Wille des Patienten sich geändert haben könnte. Soweit möglich, soll der Arzt Erklärungen von Bezugspersonen berücksichtigen. Unbeachtlich sind Verfügungen und Erklärungen, die dem Arzt ein rechtswidriges Verhalten zumuten oder den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen verlangen, obwohl der Zustand des Patienten nach allgemeiner Erfahrung eine Besserung im Sinne eines umweltbezogenen Lebens, die Wiederkehr der zwischenmenschlichen Kommunikation und ein Wiedererstarben des Lebenswillens erwarten lässt.*».

⁹³ Cfr. il numero speciale del *Bayerisches Ärzteblatt* - 67 Jahrgang, Marz 2012, p. 3. (http://www.blaek.de/pdf_rechtliches/haupt/BO_2_16.pdf).

previsione anche nel codice deontologico⁹⁴, dall'altro lato, la scelta di non prendere esplicitamente posizione su una pratica, il suicidio assistito, non prevista espressamente dal codice penale, togliendo gli ultimi due commi del testo federale del § 16, può forse essere indicativa della volontà di lasciare una maggiore libertà di scelta, caso per caso, all'incontro tra volontà del paziente e coscienza del medico, nel rispetto di quel pluralismo valoriale di cui si era fatta portavoce la BÄK nella riforma dei "Grundsätze". Ancora diversa, da questo punto di vista, la scelta dell'ordine dei medici del *Land Sachsen-Anhalt*, che modifica nel maggio 2012 il proprio codice recependo la riforma federale. Per quanto riguarda il paragrafo 16, analogamente alla scelta compiuta nei due *Länder* citati, viene abrogato il testo previgente, sostituendolo però solo con il primo comma del nuovo testo. Non viene quindi previsto l'esplicito divieto del suicidio assistito e il richiamo al reato di omicidio del consenziente. Tuttavia, viene mantenuta al secondo comma una delle norme contenute nel testo precedente, ossia il divieto di abbreviare in maniera attiva la vita del paziente («*Der Arzt darf das Leben des Sterbenden nicht aktiv verkürzen*»). Il codice deontologico prende quindi in questo caso una posizione più netta rispetto ai *Länder Baden-Württemberg* e *Bayern* per quanto riguarda l'aiuto attivo a morire, con una formula però diversa, e più generale, rispetto al divieto di «*Tötung auf Verlangen*», ossia, nella formula del codice deontologico federale, di uccidere il paziente sulla base di una sua richiesta.

Sempre con riferimento al concetto di vita, ma sul diverso piano del dovere di preservare quella del concepito nella norma sull'aborto, va segnalata la particolarità del codice deontologico di Amburgo, il quale al dovere generale e comune a tutti gli ordini professionali tedeschi nei confronti del concepito, aggiunge, conformemente alla disciplina penalistica, la precisazione in merito alla vita e alla salute della donna. Nelle *Berufsordnungen* tedesche, i doveri deontologici nell'ambito dell'interruzione volontaria di gravidanza, oltre al richiamo alla relativa legislazione e all'obiezione di coscienza, riguardano infatti esclusivamente il concepito, la cui vita il medico ha in linea di principio l'obbligo di preservare, e il feto senza vita, che il medico deve proteggere da eventuali usi abusivi. Solo nel *Land* di Amburgo è invece

⁹⁴ Benché in tutti gli altri codici tedeschi, analogamente a quanto avviene nei codici italiano e francese, rimanga comunque il divieto di provocare deliberatamente il decesso del paziente nonostante.

espressamente previsto anche sul piano deontologico che il generale obbligo di preservare la vita del concepito non si applichi nel caso in cui l'intervento abortivo sia necessario per tutelare la donna da un rischio per la sua vita o di serio danno alla sua salute, non altrimenti evitabile. Anche la categoria professionale inserisce quindi nel suo codice il diverso peso da conferire, in determinate circostanze, alla vita e alla salute della madre rispetto a quella del feto. Scelta che però non hanno deciso di fare né l'ordine dei medici federale, né gli altri ordini professionali tedeschi, limitandosi a richiamare la disciplina legislativa. Si intersecano qui il profilo della delicatezza di determinate tematiche e l'altro fattore che si analizzerà in questo capitolo, ossia la diversa sensibilità che le singole categorie professionali possono mostrare nella formulazione dei codici deontologici.

Il fatto che l'oggetto da disciplinare sia mutevole, ponendo costantemente nuove sfide sul piano clinico e sperimentale ha conferito inoltre nuova importanza e significato al dovere del medico di agire conformandosi alle conoscenze scientifiche, concetto che è stato infatti progressivamente inserito nei codici deontologici, benché declinato con riferimento ad aspetti e strumenti diversi. Nel codice deontologico francese, ad esempio, è con la riforma del 2012 che è stato espressamente aggiunto all'articolo 8 in materia di libertà di prescrizione il dovere del medico di tenere conto «*des données acquises de la science*». Analogamente nei codici tedeschi, la riforma del 2011 ha inserito un nuovo comma al paragrafo 2 sui doveri generali dei medici, in base al quale un esercizio coscienzioso della medicina (quindi uno dei doveri principali del medico) richiede la necessaria competenza professionale e l'osservanza delle riconosciute acquisizioni della conoscenza medica. Il legame tra attività medica e le linee guida e gli standards elaborati a livello scientifico veniva, e viene tuttora, fatto discendere dalla dottrina in ambito medico dal paragrafo 11 del codice deontologico e, in particolare, dall'obbligo di assicurare al paziente una cura coscienziosa attraverso l'impiego di idonei metodi diagnostico-terapeutici⁹⁵.

Più in generale le categorie professionali sono state chiamate a farsi carico delle esigenze di nuove forme di precauzione con riferimento, ad esempio, a inedite pratiche diagnostiche e terapeutiche. Particolarmente dettagliata è da questo punto di

⁹⁵ R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 169 e ss.

vista la disciplina del codice deontologico italiano⁹⁶ che se ne occupa in più punti e nello specifico all'art. 13 in materia di “prescrizione a fini di prevenzione, diagnosi, cura e riabilitazione” e all'articolo 15 che si riferisce al peculiare ambito dei “sistemi e metodi di prevenzione, diagnosi e cura non convenzionali”. Oltre al già citato costante richiamo alla diretta responsabilità del sanitario, il codice deontologico italiano, prevede, tra l'altro, che le prescrizioni debbano fondarsi sulle «evidenze scientifiche disponibili»⁹⁷. Il nuovo codice del 2014 ha inoltre preso posizione in riferimento alla prescrizione di farmaci che non abbiano ancora ottenuto l'autorizzazione al commercio o per indicazioni o a dosaggi non previsti dalla rispettiva scheda tecnica. In particolare, l'art. 13 stabilisce che il medico possa prescrivere questo tipo di farmaci solo «se la loro tollerabilità ed efficacia è scientificamente fondata e i rischi sono proporzionati ai benefici attesi»⁹⁸. Il comma successivo prevede che «il medico può prescrivere, sotto la sua diretta responsabilità e per singoli casi, farmaci che abbiano superato esclusivamente le fasi di sperimentazione relative alla sicurezza e alla tollerabilità, nel rigoroso rispetto dell'ordinamento». Anche l'art. 6 impone al medico di aggiornare i principi di efficacia e appropriatezza «alle conoscenze scientifiche disponibili». Infine, il ricorso a pratiche non convenzionali, oltre a richiedere un'adeguata informazione e l'acquisizione del consenso «non deve comunque sottrarre la persona assistita a trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia» (art. 15).

Come si avrà modo di precisare, il legame tra i codici deontologici e le linee guida (che a livello nazionale o internazionale condensano le posizioni accreditate dalla comunità scientifica) varia in funzione, sia del valore giuridico rispettivamente riconosciuto nei vari ordinamenti a questi due tipi di fonte, sia dalla specifica provenienza delle linee guida. Con riferimento a quest'ultimo aspetto rileva, più nello specifico, la relazione tra gli organismi cui è demandato il compito di formulare linee guida, standards e buone prassi e la categoria professionale dei medici.

⁹⁶ In Italia il riferimento alle conoscenze scientifiche era stato inserito già nel codice deontologico del 1995, all'allora articolo 5.

⁹⁷ Nella precedente versione del codice il riferimento era invece ad «aggiornate e sperimentate acquisizioni scientifiche». Sui problemi che può sollevare il riferimento alle «evidenze» scientifiche, cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 176.

⁹⁸ Il codice precisa che in tali casi il medico debba motivare l'attività, acquisire il consenso scritto del paziente e valutare nel tempo gli effetti.

L'esigenza di adeguare il ruolo di guida del codice deontologia rispetto all'attività medica ad un oggetto in continuo movimento ha reso inoltre ancora più importante l'obbligo di formazione continua dei professionisti. Benché su questo profilo tutti i codici deontologici siano intervenuti valorizzando ulteriormente l'aspetto della competenza del medico, la concreta possibilità della categoria professionale di farsi carico delle esigenze legate alla formazione dipende dall'ampiezza dei compiti ad essa legislativamente attribuiti⁹⁹.

Infine, le implicazioni etiche legate all'oggetto da disciplinare hanno comportato una maggiore valorizzazione della scelta responsabile caso per caso. Il confronto con tematiche rispetto alle quali è difficile giungere ad un consenso unanime e che incidono sui tradizionali concetti di vita (dal suo concepimento alle fasi finali), salute, persona e dignità rischiano infatti di mettere a dura prova la tenuta della disciplina deontologica. Ciò rende necessaria la previsione di norme che permettano al codice deontologico di adattarsi con una certa elasticità ai casi concreti, valorizzando la scelta del singolo in ragione delle proprie convinzioni personali, ma conferendo anche al medico la possibilità di esercitare l'autonomia professionale in modo rispettoso delle proprie convinzioni cliniche e deontologiche, le quali potrebbero essere anche sensibilmente diverse da quelle espresse dalla maggioranza della categoria professionale e dal paziente. Assume allora particolare importanza l'ampliamento e la precisazione di tutte quelle norme volte, da un lato, a promuovere gli spazi di decisione consapevole e responsabile del paziente e, dall'altro, la possibilità del medico di rifiutare di agire in maniera contraria alla coscienza, sempre nel rispetto dei diritti del paziente e fatti salvi i casi di urgenza.

Proprio con riferimento alla relazione di cura e al rapporto tra diritti del paziente e doveri del medico emergono, come si vedrà, alcuni degli aspetti più interessanti, dal punto di vista comparato, delle reciproche influenze dei quattro fattori qui analizzati sul concreto ruolo della deontologia e sui contenuti specifici delle norme dei codici deontologici.

1.2 Le scelte di intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto.

⁹⁹ Infra.

L'evoluzione dei codici è influenzata anche dalle scelte dell'ordinamento giuridico nell'ambito del biodiritto. La deontologia si inserisce, in maniera più o meno strutturata dal punto di vista formale, nel complesso sistema dei formanti e delle fonti di disciplina delle scienze della vita e la sua evoluzione dipende quindi dalle caratteristiche assunte da questo sistema di fonti, con le quali, direttamente o indirettamente, è posta in dialogo. Diverse possono pertanto essere le esigenze avvertite dalla categoria professionale di modificare il codice deontologico, soprattutto per quanto riguarda il livello di dettaglio da conferire alle sue norme, in ragione dell'esistenza o meno di una disciplina giuridica che sia già in grado di essere idonea guida per il medico e che abbia al tempo stesso un sufficiente livello di condivisione.

Così, ad esempio, il fatto che in Francia ci sia una legislazione capillare, che dagli anni '90 ha cominciato a prendere posizione su un numero sempre maggiore di aspetti, riformulando nel tempo le sue norme¹⁰⁰ anche attraverso un dibattito pubblico (i cd. "*états généraux de la bioéthique*"¹⁰¹) e il dialogo con istituzioni e

¹⁰⁰ L'art. 47 della legge di bioetica prevede, ad esempio, che tale legge debba essere oggetto di un nuovo esame d'insieme da parte del Parlamento entro sette anni dalla sua entrata in vigore. Inoltre, entro sei anni deve essere sottoposta ad una valutazione da parte dell'Ufficio parlamentare di valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche (*Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques*).

¹⁰¹ Gli stati generali della bioetica mirano a promuovere la riflessione e il dibattito pubblico su questioni bioetiche. In base all'art. L1412-1-1 del CSP un dibattito pubblico sotto forma di stati generali della bioetica deve essere organizzato in occasione di qualsiasi riforma che riguardi problemi etici e questioni di rilevanza sociale sollevati dal progresso della conoscenza negli ambiti della biologia, della medicina e della salute. In particolare, gli stati generali vengono organizzati dal *Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé*, a seguito di consultazioni con le commissioni parlamentari permanenti competenti in materia e l'Ufficio parlamentare di valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche. Al termine degli stati generali il Comitato redige un rapporto da presentare a tale ufficio per la valutazione. La legge precisa inoltre che anche in assenza di un progetto di riforma gli stati generali della bioetica debbano essere organizzati almeno una volta ogni cinque anni. Per quanto riguarda le modalità organizzative, ai sensi dell'articolo L1412-3-1 CSP, durante gli stati generali della bioetica vengono create delle assemblee di cittadini, scelti in modo tale da rappresentare la società nella sua diversità. Dopo aver ricevuto una formazione preliminare, i cittadini sono chiamati a dibattere sulle questioni oggetto di riforma e a redigere un parere e delle raccomandazioni che vengono resi pubblici. La legge prevede inoltre che gli esperti che partecipano alla formazione dei cittadini e agli stati generali della bioetica vengano scelti in base ai criteri di indipendenza, pluralismo e pluridisciplinarietà. Cfr. <http://www.etatsgenerauxdelabioethique.fr/>; C. BERGOIGNAN ESPER, *Les états généraux de la bioéthique, un tournant dans la réflexion*, in *Recueil Dalloz*, n. 27, 2009, p. 1837. Per quanto riguarda le revisioni delle leggi di bioetica si vedano, tra i molti, B. MATHIEU, *La position du Conseil d'État sur la révision des lois de bioéthique. A propos de l'étude du 9 avril 2009*, in *JPC*, n.20, 251, 13 mai 2009, p.3; F. BELLIVIER, *Bioéthique. Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, n°4, October/Décembre 2004, pp. 737-795; J-R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, coll. « Carré Droit », Paris,

categorie interessante ha creato un preciso quadro giuridico in grado di fornire punti di riferimento concreti alla categoria professionale, ma anche di circoscriverne gli spazi decisionali. È chiara da questo punto di vista l'affermazione del Ministro francese Leonetti nella prefazione al commento alla recente riforma della legge di bioetica avvenuta nel 2011: «*la France a choisi, contrairement à beaucoup d'autres pays, la voie législative pour définir ce qui est permis ou interdit en matière de bioéthique. Notre démocratie considère en effet que ni les experts, ni les sociétés savantes ou les organismes d'État, ne peuvent se substituer aux représentants du peuple*»¹⁰². Il ruolo riconosciuto alla legge come fonte privilegiata di disciplina nell'ambito del biodiritto incide quindi inevitabilmente sul ruolo conferito alle altre componenti normative e, per quanto qui più interessa, sulla necessità, ma anche sulla concreta possibilità, di intervento della deontologia.

Dal punto di vista comparato è interessante analizzare il modello francese della centralità della legge quale fonte privilegiata in ambito bioetico, alla luce delle posizioni assunte dalle Corti costituzionali tedesca e italiana per quanto riguarda il rapporto tra legislatore e autonomia professionale. Nel già richiamato *leading case* tedesco in materia di competenza degli ordini professionali ad intervenire con fonti giuridiche proprie negli ambiti di loro interesse, il *Bundesverfassungsgericht* ha individuato i limiti di tale ruolo sulla base della cd. *Wesentlichkeitstheorie* (in base alla quale gli interventi che incidono in maniera essenziale sui diritti fondamentali sono di esclusiva competenza del legislatore¹⁰³), ma ne ha anche sostenuto la legittimità e l'importanza proprio in ragione della maggiore capacità della categoria professionale di intervenire sugli aspetti più concreti della disciplina e sulle esigenze più strettamente legate alla propria attività. Compiti, che invece il legislatore non potrebbe compiere in maniera altrettanto adeguata e celere.

Ancora più significativa è la sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale italiana, la quale ha riconosciuto la centralità dell'autonomia e responsabilità del medico come «regole di fondo», decisive per la tutela del diritto alla salute, definendone in maniera peculiare il rapporto con l'intervento legislativo. Il ruolo

2005 ;ID., *La réforme de la loi bioéthique: Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, 2012.

¹⁰² J. LEONETTI, Prefazione, in J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique : commentaire et analyse de la loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, Paris, 2012.

¹⁰³ Cfr. *supra*, Parte II.

della componente professionale è infatti riconosciuto dalla Corte nel dichiarare l'incostituzionalità di leggi che impongano o vietano trattamenti sanitari senza indicare motivi scientificamente attendibili. Al legislatore è sicuramente riconosciuta la possibilità di intervenire, ma, precisa la Corte, «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore». Per quanto riguarda il ruolo dell'autonomia professionale in questo ambito sono particolarmente significativi alcuni passi della sentenza: «Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia». A tali principi è espressamente ricondotta anche la deontologia medica. In particolare, alle regole di deontologia professionale e ai poteri di vigilanza attribuiti all'ordine professionale viene riconosciuto il ruolo di garantire, insieme agli ordinari rimedi apprestati dall'ordinamento, i due diritti fondamentali – e il confine tra gli stessi – all'incrocio dei quali si pone per la Corte la pratica terapeutica: «quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona».

In Italia, inoltre, su un versante opposto a quello francese, il silenzio o ritardo del legislatore e l'arretratezza del dibattito culturale e politico che spesso hanno caratterizzato il biodiritto italiano¹⁰⁴ hanno reso più urgente per la categoria professionale l'adeguamento della propria disciplina deontologica, attraverso la

¹⁰⁴Sul punto si veda, ad esempio, C. CASONATO, T. E. FROSINI, T. GROPPI, *Introduzione: l'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.4, 2007, pp. 1650-1652. Citando P. Zatti, «da noi vige l'Italian way: non si legifera perché non si riesce e perché non si vuole (...). L'inerzia italiana non si spiega solo per cause politiche contingenti. La sua fonte sta nel difetto di consenso e nella lontananza delle posizioni (...).» (P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, p. 43), citato anche in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit. p. 97.

costante evoluzione dei codici, alle nuove tematiche emerse nella pratica medica, al fine di fornire un'ideale guida al medico nell'esercizio professionale. Si pensi ad esempio alle norme che disciplinano espressamente il consenso, il rifiuto consapevole di nutrirsi e le direttive anticipate di trattamento, argomenti ai quali l'ordinamento italiano non ha dato ancora una risposta legislativa¹⁰⁵.

Altro profilo del modello di intervento dell'ordinamento giuridico che incide sull'ampiezza della disciplina elaborata dalla categoria medica è l'attribuzione di spazi decisionali ad agenzie pubbliche o altri enti che intervengono nella regolamentazione della scienza, attraverso vari strumenti, quali linee guida, direttive, protocolli. Anche in questo caso possono distinguersi diversi approcci. In Francia, ad esempio, competenze regolamentari, anche relativamente ai margini di incertezza scientifica, sono attribuite, ad organismi quali i *Comités de protection des personnes* (CPP) e soprattutto all'*Agence de la biomédecine*. Si tratta in particolare di un'agenzia pubblica nazionale, esterna alla categoria professionale e a composizione pluridisciplinare, cui sono affidati compiti decisivi in ambito di prelievo di organi, procreazione medicalmente assistita, tutela dell'embrione e genetica umana. L'agenzia opera anche al fine di garantire a ciascuno le cure di cui necessita in tali ambiti, nel rispetto delle regole di sicurezza sanitaria, di etica e di equità e per l'ampiezza delle sue competenze risulta essere «*l'autorité de référence sur les aspects médicaux, scientifiques et éthiques relatifs à ces questions*»¹⁰⁶.

In altri ordinamenti l'intervento attraverso standards, linee-guida e direttive può essere lasciato in via principale alla categoria professionale di riferimento. Ne è un esempio la consistente produzione di tali strumenti, con rilevanza giuridica di diversa natura su cui si tornerà, da parte dell'ordine dei medici federale tedesco¹⁰⁷. In Germania, inoltre, il V libro del codice di previdenza sociale affida competenza regolamentare specifica in ambiti molto rilevanti alla *Gemeinsame Bundesausschuss*

¹⁰⁵ *Supra* cap. 1.3 e *infra* cap.3.2.

¹⁰⁶ Per un approfondimento su compiti, composizione, pubblicazioni, direttive, autorizzazioni e protocolli dell'Agenzia si veda il sito <http://www.agence-biomedecine.fr/>. Sul ruolo dei comitati etici Francia cfr. invece S. MONNIER, *Les comités d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, Paris, 2005. Per una riflessione di carattere generale si veda, ad esempio, C. BYK (a cura di), *Bioéthique: législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique*, in *JPC*, n°21, Doctrine Chronique, I 139, 2005, p.953.

¹⁰⁷ Cfr. ad esempio F. FURKEL, *Réflexions sur la normativité et biomédecine en République Fédérale d'Allemagne*, in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*; op. cit., p. 53.

(G-BA)¹⁰⁸. I compiti di tale commissione incidono non solo sui tipi di prestazioni coperti dall'assistenza sanitaria obbligatoria, ma anche sugli standard di cura, sulla garanzia di qualità del sistema sanitario e su altre tematiche di centrale importanza. La G-BA può infatti adottare direttive vincolanti, ad esempio, in ambito di farmaci, di programmazione e miglioramento delle cure per malati cronici, di esame e valutazione di nuovi procedimenti terapeutici, di prevenzione, di assistenza medica durante e dopo la gravidanza, di aborto e sterilizzazione, di procreazione medicalmente assistita, di psicoterapia e di cure palliative. Si tratta però di una commissione riconosciuta quale espressione dell'autonomia amministrativa di categorie a vario titolo rappresentative degli operatori in ambito sanitario. In particolare la G-BA è definita come «*das oberste Beschlussgremium der gemeinsamen Selbstverwaltung der Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Krankenhäuser und Krankenkassen in Deutschland*»¹⁰⁹.

Emerge in questo caso lo stesso tipo di rapporto tra fonti di disciplina che nell'esperienza tedesca caratterizza, come visto, anche il modello di deontologia professionale, ossia quello tra l'intervento legislativo per i principi fondamentali e l'autonomia delle categorie professionali, che si esprime attraverso competenze normative specifiche, puntualmente definite e circoscritte dal legislatore, ma comunque rientranti in uno spazio riconosciuto e tutelato di decisione autonoma. La G-BA, inoltre, per espressa previsione legislativa, ha come interlocutore l'ordine dei medici federale (la BÄK) per molte questioni in ambito diagnostico e terapeutico. Così, ad esempio, nella cd. *Kinder-Richtlinien*, la direttiva che disciplina nel dettaglio le misure e procedure (da quelle diagnostiche a quelle relative all'informazione e al consenso dei genitori) per il riconoscimento precoce delle malattie nei bambini di età inferiore a 6 anni, al fine di garantire il naturale sviluppo

¹⁰⁸ Tale autorità unisce le federazioni dei medici, dei dentisti, degli ospedali e delle casse malati tedeschi e ha il compito di emanare raccomandazioni in ambito sia di assicurazione sanitaria che di pratica clinica. Svolge in particolare un ruolo importante nella definizione dei farmaci e dei trattamenti sanitari rimborsabili. Cfr. il sito, disponibile anche nella versione inglese, <http://www.g-ba.de/>.

¹⁰⁹ «il più elevato organo decisionale della comune autonomia amministrativa di medici, dentisti, psicoterapeuti, ospedali e casse malati in Germania».

psichico e fisico del minore, la G-BA ha chiesto e ricevuto, ripetutamente, pareri dell'ordine dei medici per le modifiche e gli aggiornamenti della disciplina¹¹⁰.

A completare la disciplina tendenzialmente volta a concentrare all'interno della categoria professionale (ancorché alle condizioni previste a livello legislativo e con il limite segnato dalla *Wesentlichkeitstheorie*) considerevoli spazi decisionali, la legislazione professionale prevede la costituzione all'interno dei singoli ordini professionali e dell'ordine federale di una commissione etica alla quale i medici devono rivolgersi per avere un parere prima di agire in casi delicati dal punto di vista etico e deontologico¹¹¹. Poiché ogni *Land* può stabilire in maniera autonoma la relativa disciplina, la composizione di tali commissioni può variare in maniera considerevole, sia per quanto riguarda il numero dei membri che per le loro qualifiche professionali. Benché in tutte le commissioni sia prevista la presenza di professionisti di altre discipline, in molti *Land* la maggioranza dei membri appartiene alla categoria medica. Anche in quei casi in cui sia maggiormente valorizzato l'elemento pluridisciplinare, rimane comunque un significativo legame con l'ordine professionale e con la *Berufsordnung* e una rilevante presenza di medici.

Quelli fin qui analizzati sono elementi che, definendo il quadro giuridico di riferimento e il ruolo riconosciuto alle componenti normative nel regolamentare le scienze della vita, influiscono necessariamente, dal punto di vista sia formale che contenutistico, sull'attività medica e sulle risposte cui, direttamente o indirettamente, è chiamata a dare la categoria professionale nei codici deontologici.

1.3 Il modello dei rapporti tra diritto e deontologia medica.

Il ruolo della deontologia e l'evoluzione delle sue norme è strettamente legata anche al modello dei rapporti tra diritto e deontologia, così come evidenziato nella Parte II del presente lavoro.

Delle caratteristiche strutturali dei rapporti tra diritto e deontologia e tra stato e professioni, alcune possono infatti incidere direttamente sui contenuti delle norme deontologiche.

¹¹⁰ La direttiva e le indicazioni relative alla procedura e ai pareri acquisiti sono reperibili sul sito della G-BA: <https://www.g-ba.de/informationen/richtlinien/15/>

¹¹¹ Per una trattazione generale del ruolo delle commissioni etiche si veda ad esempio E. DOPPELFELD, *Mögliche neue Tätigkeitsfelder für Ethik-Kommissionen*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech.*, 26, 2008, pp. 645–650.

In particolare, le tre esperienze si distinguono per i profili che qui più interessano, come segue.

In Francia il contenuto e le riforme del codice deontologico derivano dall'impulso dell'ordine dei medici, l'unico ad avere formalmente il diritto di iniziativa, il potere quindi di proporre un nuovo codice o le modifiche a quello esistente. La fase di elaborazione del codice che segue alla proposta è anch'essa di competenza dell'ordine nazionale dei medici, in collaborazione con gli ordini regionali, ma è altresì caratterizzata dall'intervento obbligatorio del Consiglio di Stato francese che sulle norme così elaborate deve esprimere un parere. Il codice deontologico, proposto ed elaborato dall'ordine dei medici con l'intervento del Consiglio di Stato diventa però, dal punto di vista formale, non una fonte della categoria professionale, ma una norma giuridica statale, più precisamente, un decreto del Primo Ministro. Il fatto stesso che – come visto – l'autorità statale possa avanzare proposte, ma soprattutto possa, per inerzia o per espressa presa di posizione, non dare seguito – come concretamente verificatosi, anche se per piccole modifiche – alla procedura di emanazione del relativo decreto, comporta già di per sé, almeno sul piano astratto, una diretta influenza sulle possibili evoluzioni del codice deontologico. L'aspetto più interessante è però l'intervento del *Conseil d'Etat* poiché apre un vero e proprio dialogo tra le due istanze, quella professionale e quella statale¹¹².

Il codice di deontologia medica francese è quindi una fonte dello Stato (pubblicata sul *Journal Officiel*), proposta dall'ordine dei medici e da questo elaborata nel dialogo con istanze statali, dal 2004 integrata nella parte regolamentare di un codice statale, il *code de la santé publique* (CSP). Da tutto ciò deriva un peculiare rapporto di diretta influenza tra la normativa statale e la normativa deontologica in essa integrata. Sul piano dei contenuti concreti del codice deontologico, l'influenza di tale fattore (unito, nel caso specifico del biodiritto, al capillare intervento della fonte legislativa) emerge, tra l'altro, nella formulazione di alcune norme deontologiche come meri rinvii alla fonte legislativa. Così, ad esempio, in materia di prelievo di sangue, organi, tessuti, cellule e prodotti del corpo umano e in materia di procreazione medicalmente assistita, il codice di deontologia medica si limita a prevedere che tali pratiche «*ne peuvent être pratiqués que dans les cas et les*

¹¹² Supra Parte II, cap. II.

conditions définies par la loi». L'unico richiamo è quindi quello ai casi e alle condizioni definite dalla legge, senza che vi sia alcuna precisazione di ordine deontologico. Parallelamente, però, l'inserimento del codice deontologico nella parte regolamentare del CSP, o comunque il legame diretto con la fonte legislativa, pare influire proprio sulla sua funzione regolamentare, quindi, per alcuni aspetti, di disciplina di dettaglio rispetto alle disposizioni legislative della prima parte del CSP. Il codice di deontologia medica francese è infatti un codice molto lungo e dettagliato (112 articoli) se comparato con quello italiano (75 articoli) e con quello tedesco (35 paragrafi) e ciò sembra essere il risultato del legame costante, quasi sistematico, con la fonte legislativa, tale per cui il codice deontologico disciplina dal punto di vista regolamentare, per quanto riguarda i doveri del professionista, molti dei numerosi aspetti sui quali il legislatore francese è intervenuto in ambito medico e sanitario.

Lo stretto legame tra il *code de santé publique* e il codice deontologico può comportare però anche che la scelta statale di intervenire sulla disciplina del primo determini una modifica del secondo, la cui evoluzione, quindi, non seguirebbe più, in questo caso, logiche e scelte meramente interne alla categoria professionale. Espressione di questo legame e della diretta influenza della fonte legislativa sui contenuti dei codici deontologici è la previsione introdotta dalla legge sul fine vita per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in caso di persona non più in grado di esprimere la propria volontà. Il legislatore ha infatti espressamente demandato al codice deontologico la definizione della procedura collegiale obbligatoria per l'interruzione¹¹³. Conseguentemente, l'articolo 37 del codice deontologico è stato modificato, prima nel 2006 con l'inserimento, su proposta dell'ordine dei medici, della richiesta procedura collegiale e poi nuovamente nel 2010¹¹⁴. Il legame tra scelta legislativa e scelta deontologica emerge con chiarezza

¹¹³ L'articolo L1111-13 del CSP prevede che : « *Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin peut décider de limiter ou d'arrêter un traitement inutile, disproportionné ou n'ayant d'autre objet que la seule prolongation artificielle de la vie de cette personne, après avoir respecté la procédure collégiale définie par le code de déontologie médicale et consulté la personne de confiance...* ».

¹¹⁴ Rispettivamente tramite il decreto n.120 del 6 febbraio 2006 *relatif à la procédure collégiale prévue par la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*, in *JO* n.32 del 7 febbraio 2006, p.1974 e il decreto n.107 del 29 gennaio 2010 *relatif aux conditions de mise en œuvre des décisions de limitation ou d'arrêt de traitement*, in *JO* n.0025 del 30 gennaio 2010, p.1869.

dai commenti all'art. 37 del codice deontologico presenti sul sito dell'ordine dei medici in occasione della sua prima modifica: « *la loi du 22 avril 2005 qui peut être considérée comme un laisser mourir sans faire mourir en accompagnant le malade vers une fin paisible constitue une évolution de la pensée médicale qui nécessite et nécessitera une réflexion éthique qui alimente les actuels et alimentera les futurs commentaires du Code de Déontologie Médicale. Le législateur a fixé les règles qui permettent aux médecins de limiter ou d'arrêter des traitements devenus inutiles [...] L'article 37 consacré à la prise en charge de la douleur a donc été modifié pour répondre à cet impératif* »¹¹⁵. L'intervento legislativo ha così direttamente inciso sulla riflessione e sulla scelta della categoria professionale relativamente ai contenuti del codice deontologico.

In Germania, invece, si intersecano due piani diversi: da un lato, quello dell'elaborazione ed evoluzione della riflessione deontologica da parte dell'assemblea federale dei medici tedeschi, condensata nel modello federale di codice deontologico¹¹⁶ e, dall'altro, quello della competenza riconosciuta dalle legislazioni dei singoli *Länder* agli ordini professionali di regolare con *Satzungen* le questioni che riguardano la loro attività. Tra gli ambiti sui quali l'ordine dei medici può intervenire con questo tipo di fonte, rientra anche la *Berufsordnung*, ossia il regolamento professionale. La rilevanza giuridica della riflessione deontologica elaborata a livello federale dipende, come detto, dall'adozione dei contenuti del codice deontologico federale da parte degli ordini dei singoli *Länder* sotto forma di *Satzung*. Per quanto qui interessa, ne discende che, nel passaggio dal livello federale a quello statale, il contenuto concreto dei codici deontologici e la loro evoluzione dipendono da due elementi. Innanzitutto, dai limiti connessi al tipo di fonte (*Satzung*) e già richiamati nella precedente Parte di questo lavoro (cap. II). Basti qui ricordare che dal punto di vista formale, trattandosi di competenza legislativa dei *Länder*, ogni legislazione professionale potrebbe circoscrivere in maniera parzialmente diversa l'ambito dell'autonomia normativa riconosciuta agli ordini e, quindi, l'elenco delle

¹¹⁵Cfr. <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-37-soulagement-des-souffrances-limitation-ou-arret-des-traitements-261#notes>. Cfr inoltre J. LEFEBVRE, *Déontologie des professions médicales et de santé*, cit., p. 40 : « *La révision d'un code résulte souvent d'une évolution de la loi qui a une valeur juridique supérieure à celle des codes de déontologie. En conséquence, ces derniers doivent s'adapter aux nouvelles dispositions* ».

¹¹⁶ La (*Muster-*)*Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte* (MBO), cfr. *supra* Parte II.

tematiche sulle quali il codice deontologico (la *Berufsordnung*) può intervenire. In secondo luogo, il contenuto dei codici deontologici tedeschi dipende dalla scelta interna di ogni ordine professionale relativamente a come concretizzare in un regolamento professionale gli spazi di autonomia decisionale e normativa conferiti dal rispettivo stato per le questioni di sua pertinenza. La riflessione deontologica elaborata a livello federale deve quindi passare dalla riflessione deontologica delle singole categorie professionali. Benché, come visto, la caratteristica cooperazione tra gli enti federati tipica della Repubblica tedesca non si esprima solo a livello di legislazioni professionali (che presentano tendenzialmente lo stesso modello di rapporti tra stato e categoria professionale), ma anche a livello deontologico, comportando una sostanziale somiglianza tra i codici di deontologia medica statali con quello federale, il passaggio descritto può portare ad alcune sensibili differenze, soprattutto con riferimento alle questioni più delicate dal punto di vista etico. Il già citato esempio della norma sul suicidio assistito ne è la dimostrazione più evidente e, come si vedrà, anche una diversa sensibilità delle categorie professionali rispetto ad alcune tematiche si può manifestare in una modifica delle norme nel passaggio dal modello federale a quello statale.

Oltre alla particolarità legata al sistema federale, i codici deontologici tedeschi, pur essendo vere e proprie fonti giuridiche come in Francia, non assumono la natura di fonti dello Stato, ma rimangono, proprio in quanto *Satzungen*, fonti tipiche della particolare forma di autonomia legislativamente conferita agli ordini professionali.

Pur essendo prevista l'approvazione finale da parte del Ministro, la proposta, l'elaborazione e l'emanazione dei codici deontologici rimangono infatti compito esclusivo della categoria professionale.

Si tratta, quindi, come anticipato, di una competenza delimitata e circoscritta (in maniera anche molto dettagliata) dalla legislazione statale e dalla citata sentenza del *BVerfG*, ma, all'interno di questi limiti, riconosciuta e tutelata come piena autonomia normativa per le questioni di pertinenza dell'ordine professionale. Inoltre, proprio perché si tratta di una generale autonomia amministrativa riconosciuta all'ordine quale "*Körperschaft des öffentlichen Rechts*" relativamente alle questioni inerenti alla sua competenza, possono essere disciplinati con lo strumento della *Satzung* ambiti diversi e ulteriori rispetto a quelli contenuti nel codice deontologico. Dal

punto di vista comparato, quindi, da un lato, la disciplina elaborata dalla categoria professionale tedesca sulla base di questa autonomia può estendersi a un maggior numero di tematiche rispetto a quelle contenute nell'equivalente funzionale del codice deontologico francese o italiano (ossia la *Berufsordnung*). Dall'altro lato, però, alcune questioni contenute all'interno di un unico codice deontologico in Francia e Italia possono essere disciplinate in *Satzungen* diverse e divenire così oggetto di autonoma disciplina, come nel caso del dovere di aggiornamento e formazione continua o degli onorari.

Per quanto più nello specifico attiene alla *Berufsordnung* tedesca, nonostante esista una fisiologica (e tendenzialmente costante) permeabilità tra fonti emanate dalla categoria professionale, legislazione e giurisprudenza, la particolare forma di autonomia a cui sono legati il codice deontologico e la categoria professionale in Germania – non essendo basata, come in Francia, su un rapporto di integrazione con la fonte legislativa – comporta una forma di influenza diversa tra le due dimensioni. Per quanto riguarda il primo aspetto, è sufficiente esaminare la recente riforma del modello federale di codice deontologico (quasi uniformemente ripresa a livello statale), e in particolare le spiegazioni dell'ordine sulle modifiche e il protocollo di chiusura dei lavori dell'assemblea annuale federale dei medici tedeschi, per comprendere come le riforme legislative e l'evoluzione giurisprudenziale abbiano influenzato l'elaborazione di alcune norme. Nella tabella esplicativa della riforma pubblicata sul sito della *Bundesärztekammer* o su quello di alcuni ordini statali, si legge chiaramente, per citare qualche esempio, che la modifica del paragrafo 8 in materia di informazione si era resa necessaria poiché, alla luce della rilevanza che il principio del consenso informato aveva assunto nella giurisprudenza, la versione originaria della norma deontologica risultava insufficiente. Analogamente, come visto, il primo comma del paragrafo 16 sul fine vita è stato adeguato alla riforma del codice civile in materia di direttiva anticipate.

Per quanto riguarda il secondo profilo, invece, il diverso tipo di influenza tra le due dimensioni rispetto al modello francese si manifesta, ad esempio, nell'assenza di meri rinvii alla fonte legislativa. Al contrario, l'autonomia riconosciuta alla categoria professionale, unita ad una legislazione non certo capillare come quella francese, ha portato allo sviluppo di molte discipline anche in altre fonti della

Bundesärztekammer, variatamente legate al codice deontologico. Innanzitutto, come già detto, è la stessa *Berufsordnung* a prevedere la competenza dell'ordine di emanare direttive vincolanti per gli iscritti proprio negli ambiti che sollevano questioni particolarmente complesse dal punto di vista etico (paragrafo 13). L'ordine dei medici è così intervenuto in numerose materie, dalla procreazione medicalmente assistita, alla definizione di morte cerebrale, alla terapia genica, alle cellule staminali da cordone ombelicale, alla diagnosi preimpianto¹¹⁷. Alcune direttive sono parti integranti dei codici deontologici e ne assumono lo stesso valore giuridico, altre rimangono comunque di rilevanza significativa nella pratica del medico e nella protezione dei diritti delle persone assistite. In altri ambiti l'ordine dei medici ha emanato invece non meno importanti linee guida o raccomandazioni. È il caso, ad esempio, dei citati „*Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung*“, in materia di accompagnamento del malato nelle fasi terminali della vita o delle raccomandazioni relative al corretto utilizzo delle direttive anticipate di trattamento nella prassi medica.

In Italia la situazione è ancora diversa, poiché il codice deontologico è un regolamento interno alla categoria professionale e, quindi, almeno dal punto di vista strettamente formale, slegato dai modelli di rapporti con altre fonti giuridiche analizzati in Francia e Germania. Dal punto di vista dei contenuti e dell'evoluzione del codice ciò ha significato, negli anni, una maggiore libertà per quanto riguarda l'iniziativa e il procedimento di elaborazione, poiché, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento francese, la categoria professionale italiana non ha vincoli derivanti da pareri di autorità pubbliche per l'emanazione del codice. Anche sotto il profilo delle tematiche scelte e dell'ampiezza dei contenuti della disciplina dei codici, l'ordine dei medici italiano non ha gli stessi limiti previsti invece dalle legislazioni professionali tedesche e precisati dal *BVerfG*. Nel caso italiano, infatti, benché il codice deontologico sia un regolamento interno alla categoria medica, la sua adozione non è legata al peculiare modello di rapporti tra stato e autonomia professionale che caratterizza l'ordinamento tedesco, in base al quale dall'espressa

¹¹⁷ Per un approfondimento cfr. R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 202 e ss. Si vedano inoltre J. HEBERER, *Das ärztliche Berufs- und Standesrecht*, Landsberg/Lech, 2001; J. COSTANZE, *Medizinrecht*, Stuttgart, 2012; H. J. KAATSCH, H. ROSENAU., W. THEOBALD, *Medizinethik*, Berlin, 2008.

previsione e delimitazione legislativa discende, per la categoria professionale, la tutela di una specifica forma di autonomia normativa e la possibilità di emanare codici giuridicamente vincolanti.

Il modello dei rapporti tra deontologia e diritto dell'ordinamento italiano non influisce quindi in termini concreti sull'evoluzione dei codici, se non nella misura in cui non prevede elementi specifici che, come avviene in altri ordinamenti, condizionano formalmente l'elaborazione deontologica della categoria professionale. Ciò non significa ovviamente che il codice deontologico italiano sia slegato dalla dimensione giuridica sul piano dei contenuti. Si è già detto delle generali influenze del diritto sulle discipline deontologiche; anche in Italia, inoltre, la categoria professionale tende ad adeguarsi, per necessità o per sensibilità della riflessione deontologica, ai cambiamenti introdotti a livello legislativo e giurisprudenziale. Non mancano del resto i diretti riferimenti alla disciplina legislativa nel codice deontologico, quindi il richiamo a condizioni e limiti previsti dal legislatore come, ad esempio, in materia di aborto o procreazione medicalmente assistita.

Inoltre, proprio la recente riforma del codice testimonia una tendenza, più accentuata rispetto al passato, a "giuridicizzare" il codice deontologico sia attraverso specifiche scelte lessicali, sia attraverso un più frequente richiamo all'ordinamento giuridico¹¹⁸. Non si tratta però in alcun caso di meri rinvii come nel caso francese. Gli articoli del codice deontologico italiano, infatti, anche negli ambiti in cui il legislatore è intervenuto con una disciplina specifica, contengono generalmente precisazioni di natura deontologica.

Sul piano dei rapporti tra deontologia e diritto va tuttavia sottolineata la modifica di un elemento che rappresentava una peculiarità del giuramento professionale italiano. La versione elaborata dalla Federazione nazionale italiana in vigore fino al 2014, dopo aver enunciato i principi comuni anche ai giuramenti francese e tedesco, si chiudeva con un'affermazione molto significativa, con la quale il medico si impegnavo ad osservare «le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione». La categoria professionale si impegnavo quindi al rispetto sia delle

¹¹⁸ Per un'analisi critica di questi aspetti della riforma del codice deontologiche si vedano le considerazioni svolte in riferimento ad un nuovo possibile modello italiano, *infra* Parte V.

norme deontologiche, sia di quelle giuridiche, ma nel caso di norme in contrasto con gli scopi della professione, veniva sostanzialmente riconosciuto il primato della coscienza del medico. Tale affermazione conferiva così risvolti specifici al riconoscimento del necessario legame tra tutela dei diritti fondamentali della persona assistita e l'adesione agli scopi più autentici della professione. Nell'attuale versione, invece, l'inciso relativo alle norme giuridiche non in contrasto con gli scopi della professione è stato eliminato e il giuramento si chiude semplicemente con riferimento al rispetto delle «norme deontologiche che regolano l'esercizio della professione».

Infine, per quanto riguarda i contenuti concreti dei codici deontologici, a differenza dell'esperienza francese e tedesca, il fatto che in Italia i rapporti tra diritto e deontologia non siano chiaramente e formalmente definiti comporta che le reciproche influenze, ma anche i possibili punti di incontro tra le due dimensioni rimangano affidati a fattori meno prevedibili di quelli analizzabili in altri ordinamenti.

1.4 La capacità della categoria professionale di farsi carico delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali.

L'ultimo dei fattori analizzati riguarda la capacità della categoria professionale di farsi carico delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali, quindi la sua capacità di adattare le norme deontologiche ai mutamenti giuridici e culturali in relazione ai nuovi spazi di scelta e di intervento che lo sviluppo scientifico pone. Ogni categoria professionale può mostrare, infatti, una sensibilità diversa ai singoli temi, non prevedendoli nei codici o prevedendoli con molto ritardo rispetto ad altre categorie professionali o, ancora, disciplinandone solo alcuni profili.

In alcuni casi ciò è strettamente legato al primo dei fattori analizzati, ossia alle caratteristiche dell'oggetto da disciplinare e, nello specifico, alla difficoltà di fare riferimento a concetti controversi dal punto di vista etico, che incidono sulle convinzioni morali più profonde dei soggetti coinvolti. Come si vedrà l'ambito del fine vita offre interessanti spunti di riflessione sulla connessione di tutti i fattori analizzati.

Un altro esempio significativo del diverso approccio della categoria professionale nei codici deontologici rispetto a peculiari esigenze di tutela è l'attenzione ai soggetti fragili e, in particolare, ai minori. La realizzazione del principio di eguaglianza, richiamato nel nucleo comune a tutti i codici deontologici analizzati, impone infatti al medico non solo il divieto di discriminare le persone assistite, ma anche l'ulteriore compito di differenziare in maniera adeguata situazioni ed esigenze diverse per porre ogni persona nella stessa posizione di partenza nella fruizione dei diritti che le norme giuridiche e deontologiche le garantiscono. Da questo punto di vista assumono quindi particolare rilevanza le norme deontologiche che prendono in considerazione soggetti più fragili come il minore o l'incapace, da due punti di vista: la loro protezione nell'ambiente familiare e sociale e l'adeguata considerazione delle loro esigenze nel rapporto di cura. Quest'ultimo aspetto si pone in maniera del tutto peculiare nel caso dei minori, poiché la tradizionale relazione tra due soggetti, il medico e il paziente, diventa un rapporto in cui il medico ha come interlocutori non solo i genitori, ma anche il minore, in maniera proporzionale al suo grado di capacità e livello di comprensione.

Da ciò discende la necessità di adeguare la disciplina giuridica e deontologica alle diverse esigenze che il coinvolgimento di un minore pone alla relazione di cura, sul piano non solo clinico, ma anche psicologico e comunicativo.

Rispetto a tali esigenze comuni alla pratica medica, le categorie professionali di Francia, Germania e Italia hanno mostrato sensibilità molto diverse nell'elaborazione dei codici deontologici. Nei codici deontologici tedeschi, ad esempio, non c'è alcuna norma che riguardi espressamente la protezione o la relazione di cura con soggetti fragili. I doveri del medico nei loro confronti sono comunque derivati a livello dottrinale dagli altri principi previsti nel codice deontologico o in altre fonti giuridiche¹¹⁹; tuttavia la complessità e delicatezza di alcune questioni relative alla tutela dei minori o dei soggetti incapaci in ambito terapeutico renderebbero forse opportuna una puntuale riflessione deontologica anche in fase di elaborazione della *Berufsordnung*. Negli ordinamenti francese ed italiano, invece, i codici deontologici prevedono norme specifiche, anche se con ampiezza e contenuti parzialmente

¹¹⁹ Per un approfondimento si veda R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 95 e ss.

diversi. Il codice francese si occupa dei soggetti più fragili in due casi: in riferimento alla tutela del bambino di cui il medico deve essere difensore qualora ritenga che l'interesse alla sua salute non sia compreso o non sia preservato nell'ambiente familiare e in riferimento alla più generale tematica della cura del minore e dell'incapace (*majeur protégé*). In relazione a quest'ultimo aspetto, l'articolo 42 prevede che il medico debba cercare di avvertire i genitori o il rappresentante legale per ottenere il loro consenso. In caso di urgenza il professionista è comunque tenuto a prestare le cure necessarie. L'ultimo comma prende in considerazione il parere dell'interessato, prevedendo che qualora questo possa essere raccolto, il medico debba tenerne conto nella misura possibile. Va infine menzionata la precisazione relativa ai minori e agli incapaci nella disciplina sulla procedura collegiale obbligatoria per l'interruzione dei trattamenti di cui all'articolo 37. Analogamente al principio generale, anche in questo caso, il medico, qualora la decisione di limitare o interrompere un trattamento riguardi queste due categorie di soggetti, oltre agli adempimenti prescritti dalla procedura stessa, deve raccogliere il consenso dei genitori o del tutore, fatti salvi però i casi in cui l'urgenza ne renda impossibile la consultazione.

Il codice deontologico italiano contiene invece fin dal 2006 una disciplina più dettagliata con riferimento ai soggetti più fragili, inserendo, tra l'altro, all'interno di questa categoria anche l'anziano e il disabile. Ancora più ampia, da questo punto di vista, è l'attuale versione dell'art. 32. Il nuovo testo prevede infatti una formula molto generale, estendendo i peculiari doveri del medico nei confronti del minore, della «vittima di qualsiasi abuso o violenza» e della «persona in condizioni di vulnerabilità o fragilità psico-fisica, sociale o civile»¹²⁰. Si tratta quindi di situazioni di fragilità e vulnerabilità non necessariamente legate a specifiche categorie giuridiche, come avviene invece in Francia con il riferimento ai *majeurs protégés*¹²¹.

¹²⁰ Tale formulazione del nuovo articolo pare ancora più appropriata rispetto all'estensione originariamente prevista nei primi emendamenti al codice deontologico che si riferivano a tutti i soggetti «a qualunque titolo meno tutelati». Nella prima proposta di modifica del codice, l'impegno del medico nella tutela della salute di questi soggetti era però direttamente legato all'«osservanza del principio etico di giustizia ed equità», mentre questo inciso è venuto meno nella versione definitiva dell'articolo.

¹²¹ Codice civile francese, Libro Primo («Des personnes»), Titolo XI : «*De la majorité et des majeurs protégés par la loi*», recentemente modificato dalla legge n° 308 de 5 marzo 2007 recante «*réforme de la protection juridique des majeurs*».

Ciò era ancora più evidente nella precedente versione del codice deontologico italiano, nella quale si precisava che il medico dovesse tenere in considerazione la manifesta incapacità «ancorché non legalmente riconosciuta».

La disciplina deontologica italiana sembra quindi far discendere l'esigenza di tutela dei soggetti fragili da parte del medico da un'autonoma considerazione del professionista e da una sua assunzione di responsabilità, prima ancora che da un riconoscimento a livello legale.

L'impegno del medico a tutelare i soggetti fragili è ribadito inoltre con riferimento alle situazioni in cui egli ritenga che l'ambiente in cui vive non sia idoneo a proteggere la loro salute, dignità e qualità di vita. Nel caso di discriminazioni o maltrattamenti fisici o psichici, violenza o abuso sessuale rimangono comunque salvi gli obblighi di segnalazione previsti dalla legge.

Il codice deontologico prende anche posizione con riferimento a misure e trattamenti coattivi, fisici, farmacologici e ambientali, ammettendoli «nei soli casi e per la durata connessi a documentate necessità cliniche, nel rispetto della dignità e della sicurezza della persona». L'articolo 32 disciplina inoltre il caso in cui ci sia un'opposizione del legale rappresentante a interventi ritenuti appropriati e proporzionati, prevedendo che in questo caso il medico debba ricorrere all'autorità competente¹²².

Tuttavia, il nuovo codice deontologico sembra essere meno attento rispetto alla versione precedente con riferimento alla tutela dei minori. Il codice del 2006 prevedeva espressamente che il medico dovesse adoperarsi, in qualsiasi circostanza, per permettergli di fruire di quanto fosse necessario ad un armonico sviluppo psico-fisico. Tale inciso è venuto invece meno nella versione attuale. Particolarmente significativa era, inoltre, con riferimento al possibile ruolo della volontà del minore nella decisione terapeutica e ai conseguenti doveri del medico, la previsione contenuta nell'articolo relativo all'autonomia del cittadino e alle direttive anticipate (art. 38). Il codice prevedeva che «il medico, compatibilmente con l'età, con la capacità di comprensione e con la maturità del soggetto, ha l'obbligo di dare adeguate informazioni al minore e di tenere conto della sua volontà». Non quindi un generale riferimento al parere del minore, come nel codice francese, ma un più

¹²² Nella precedente versione del codice il riferimento era solo alla «necessaria cura dei minori e degli incapaci».

puntuale riferimento all'informazione e al graduale livello di crescita del minore. Da questo punto di vista, spiace notare che la riforma, nel riscrivere completamente l'articolo introducendo una più dettagliata disciplina in materia di direttive anticipate, non abbia ripreso, né in questo articolo né altrove, il riferimento espresso al dovere del medico di tenere conto della volontà del minore compatibilmente con la sua età, capacità di comprensione e maturità. Nell'attuale versione dell'articolo 33 è stato inserito il diverso, benché comunque molto importante, dovere di fornire al minore «elementi di informazione utili perché comprenda la sua condizione e gli interventi diagnostico-terapeutici programmati, al fine di coinvolgerlo nel processo decisionale»¹²³. Non vi è però alcun riferimento al diverso grado di comprensione e maturità del minore; riferimento che, invece, rendeva il codice deontologico precedente più vicino ai principali documenti internazionali in materia di tutela del minore nella pratica terapeutica. Ciò nonostante, la comparazione con i codici deontologici francese e tedesco mostra come quello italiano sia il frutto di una più dettagliata riflessione deontologica in materia di soggetti fragili che, seppur ancora lontana dal fornire un'adeguata tutela¹²⁴, riflette quanto meno una più spiccata sensibilità della categoria professionale italiana alle diverse esigenze che il coinvolgimento di questi soggetti solleva nella pratica medica, a differenza di quanto dimostrato nelle altre esperienze.

L'influenza della diversa sensibilità della categoria professionale sul concreto ruolo e contenuto dei codici deontologici risulterà ancora più chiara nell'analisi comparata dell'evoluzione delle discipline in materia di informazione e consenso.

L'esperienza federale tedesca costituisce però un modello dal quale attingere esempi interessanti anche in riferimento a diversi aspetti sui quali la diversa sensibilità della

¹²³ Va sottolineato che, rispetto alle prime proposte di modifica, la versione definitiva ha aggiunto proprio il fondamentale riferimento al coinvolgimento del minore, senza il quale la riforma avrebbe rappresentato non solo una minore attenzione alla tutela del minore, ma proprio un peggioramento della relativa disciplina. Questo era infatti il testo dell'ultimo comma dell'articolo 33, così come proposto nelle prime fasi della riforma: «il medico si adopera affinché al minore siano forniti elementi di informazione utili a comprendere la sua condizione di salute e gli interventi diagnostico terapeutici programmati».

¹²⁴ Per una lettura critica del CDM del 2006 alla luce delle fonti internazionali in materia di diritti dei minori, si veda ad esempio il contributo di MARGHERITA MARZARIO, *I diritti incompiuti del minore nel Codice di Deontologia Medica*, pubblicato il 18 febbraio 2011 (<http://www.filodiritto.com/articoli/2014/06/i-diritti-incompiuti-del-minore-nel-codice-di-deontologia-medica>).

categoria professionale può incidere. E ciò è legato proprio al citato passaggio della riflessione deontologica dal livello federale a quello statale.

Alla luce della riforma del modello federale di codice deontologico del 2011 emergono infatti alcune differenze interessanti nella concretizzazione a livello dei singoli *Länder* delle normative in esso contenute.

Non pare trattarsi, come nel primo dei fattori analizzati, di una mancanza di uniformità della disciplina, dovuta alla concreta difficoltà di giungere ad un consenso su questioni particolarmente spinose, come sul ruolo del medico nel fine-vita o sui concetti di vita e dignità della persona. Si tratta piuttosto di una diversa sensibilità delle categorie professionali nel recepire alcune modifiche introdotte a livello federale, che incide sull'ampiezza e sui contenuti concreti della disciplina di questioni che però trovano già un nucleo essenziale di riferimenti normativi condivisi in altre norme deontologiche.

Nella riforma del 2011 la BÄK e l'assemblea generale dei medici tedeschi hanno, ad esempio, scelto di anticipare una disposizione inizialmente prevista in ambito di fine vita tra i principi fondamentali, al fine di sottolinearle maggiormente la rilevanza. L'attuale comma 2 del secondo paragrafo prevede, come detto, che i medici debbano indirizzare la loro attività al bene del paziente e che non possono anteporre ad esso i interessi di terzi¹²⁵. L'inserimento nel paragrafo relativo ai generali doveri professionali del medico ne estende la portata a tutta l'attività medica.

Rispetto a questa modifica, va segnalato che i codici deontologici del *Land Baden-Württemberg* e del *Land Hamburg* contenevano già allo stesso paragrafo l'obbligo di non anteporre al bene del paziente né il proprio interesse, né quello di terzi. Interessante quindi, sia il fatto che avessero già inserito nella parte generale tale principio, sia il riferimento anche all'interesse personale del medico. La modifica del 2011 non è quindi stata recepita nei rispettivi codici. Il testi attuali divergono quindi da quello federale e da quello degli altri codici che lo hanno integralmente recepito solo per quanto riguarda l'obbligo di indirizzare la propria attività al bene del paziente, principio però già desumibile dal resto dei codici deontologici.

¹²⁵ «*Sie haben dabei ihr ärztliches Handeln am Wohl der Patientinnen und Patienten auszurichten. Insbesondere dürfen sie nicht das Interesse Dritter über das Wohl der Patientinnen und Patienten stellen*»

Il *Land Baden-Württemberg* è inoltre anche l'unico a ribadire il rispetto del diritto all'autodeterminazione del paziente in riferimento al dovere del medico di cooperare con altri medici o con altri professionisti sanitari nel *best interest* del paziente.

In altri *Länder* non è stato modificato il paragrafo 16 sul fine vita e quindi il principio è rimasto nella formulazione originale. Si tratta in particolare dei *Länder Rheinland-Pfalz, Berlin, Schleswig-Holstein*. Nei codici deontologici dei rispettivi ordini professionali, quindi, la precisazione relativa al bene del paziente e all'obbligo di non anteporgli quello di terzi rimane confinato all'ambito del fine vita, non assumendo quella maggiore rilevanza che negli altri codici gli deriva dall'inserimento nella parte generale. Ancora diverso è il caso del *Land Hessen*, il cui codice deontologico recepisce la modifica federale del paragrafo 16 e anche l'anticipazione al secondo paragrafo del principio relativo al bene del paziente. Nell'inserirlo nella sua nuova posizione però non aggiunge l'inciso dell'obbligo di non anteporre al bene del paziente l'interesse di terzi. Si tratta di una divergenza legata forse all'esigenza di mantenere la possibilità di bilanciare, in alcune situazioni peculiari, il bene del paziente con altri interessi protetti, come, ad esempio, nel caso del segreto professionale e delle legittime cause di violazione.

Una differente sensibilità delle categorie professionali emerge anche nel Giuramento con riguardo al principio di non discriminazione. Se, da un lato, il *Land Rheinland-Pfalz* non recepisce la modifica federale che ha aggiunto il riferimento alla disabilità, dall'altro, i codici deontologici della Renania Settentrionale e della Baviera contengono oltre alla disabilità anche la menzione del genere, non previsto nel giuramento federale e in tutti quelli che lo hanno ripreso integralmente¹²⁶. Similmente, il codice deontologico del *Land Baden-Württemberg* aggiunge il riferimento agli orientamenti sessuali. Per quanto riguarda il Giuramento va inoltre sottolineata una particolarità della Sassonia, il cui codice deontologico è l'unico in Germania ad averne una formulazione completamente diversa nella struttura. Essendo comunque basato come gli altri sulla Dichiarazione di Ginevra, presenta lo stesso contenuto dal punto di vista sostanziale, ad esclusione però della parte sulla non discriminazione che è in questo caso del tutto assente.

¹²⁶ Anche se, come anticipato, i codici usano il termine paziente sempre sia al maschile che al femminile in ogni norma.

Con riferimento ai doveri generali del medico nei confronti del paziente, il codice del *Land Hessen* introduce, unico tra tutti i codici deontologici dell'ordinamento tedesco, il divieto di contatti sessuali. Invece, il dovere di garantire al paziente adeguata attenzione e di confrontarsi in maniera concreta e corretta con le sue critiche e le divergenze di opinione, precisato e anticipato con la riforma del 2011 nel capo relativo ai doveri del medico nei confronti del paziente, è rimasto nella formulazione originaria (alcun riferimento alla divergenza di opinioni) e nella parte finale del codice sia nel codice Berlino, sia in quello del Land *Rheinland-Pfalz*. L'ordine dei medici della Bassa Sassonia ha invece recepito il cambiamento per quanto riguarda la collocazione del principio, ma solo in parte per quanto riguarda il contenuto. Più nello specifico, ha recepito solo la norma relativa alle divergenze di opinioni, ma non anche quella che impone al medico di garantire al paziente idonea attenzione. Per quanto riguarda la diversa valorizzazione data a determinati diritti dei pazienti, anche quello al rifiuto di pratiche diagnostico-terapeutiche è stato anticipato nel codice deontologico federale tra i principi generali del paragrafo 7. Con la riforma è stato quindi legato direttamente alla tutela della dignità, personalità e autodeterminazione della persona. Analogamente a quanto già detto, però, né il codice deontologico di Berlino, né quello del Land *Rheinland-Pfalz* hanno compiuto tale passaggio. In questi due codici, infatti, quello menzionato e altri principi legati alla tutela del paziente – inseriti, a seguito della riforma, nella parte iniziale dei codici deontologici, valorizzandone così simbolicamente l'importanza – sono rimasti elencati (tra l'altro in una formulazione più semplice) all'interno di un paragrafo posto nella parte finale del codice, dopo tutte le regole relative all'apertura di uno studio medico, ai rapporti interni alla categoria, alla cooperazione tra medici e ai profili relativi alle società tra professionisti. Si tratta in quest'ultimo caso solo di differenze formali, ma che, da un lato, mostrano come la categoria professionale tedesca abbia nel tempo valorizzato la centralità del paziente anche attraverso una diversa struttura del codice, analogamente a quanto avvenuto in Italia con lo spostamento della parte relativa ai diritti dei pazienti prima di quella sui rapporti interni alla categoria; dall'altro lato, testimonia una diversa sensibilità degli ordini professionali anche relativamente ad una riforma deontologica attuata all'interno dello stesso ordinamento giuridico da parte di una comune assemblea dei medici federale.

Una forma di arretratezza del linguaggio deontologico che invece accomuna tutti e tre i codici analizzati, riguarda l'ambito della sperimentazione umana. Un'adeguata considerazione del ruolo della persona e del suo diritto all'autodeterminazione dovrebbe portare anche i codici deontologici a parlare di sperimentazione *con* l'essere umano e non *sull'*essere umano. L'articolo 15 del codice francese, parla invece di «*recherches biomédicales sur les persone*», i paragrafi 15 di tutte le *Berufsordnungen* tedesche si riferiscono alla «*Forschung am Menschen*» e l'articolo 48 del codice deontologico italiano sia nella versione del 2006 sia nel testo di riforma originariamente proposto, parlava di «sperimentazione sull'uomo». La versione definitiva del codice ha modificato la rubrica dell'articolo, che ora recita semplicemente «sperimentazione umana», ma nel testo dell'articolo rimane il riferimento alla «sperimentazione sull'uomo».

Si tratta, in tutti i casi fin qui citati, di approcci delle categorie professionali che recepiscono in maniera diversa l'esigenza di adeguarsi a mutate percezioni sociali, culturali e professionali. Tale diversità di approcci, in alcuni casi ha una valenza meramente simbolica, ma in altri, come l'esperienza francese del dovere deontologico di informazione dimostrerà, può concretamente incidere sulla tutela dei diritti della persona assistita. Dalla capacità della deontologia di farsi carico della tutela dei diritti fondamentali dipende ovviamente sia la sua credibilità a livello sociale e politico, sia il ruolo che le potrebbe essere riconosciuto dalle altre fonti dell'ordinamento giuridico.

I fattori che, come abbiamo analizzato, incidono sui contenuti e i potenziali ruoli dei codici deontologici si possono intersecare in vari modi nei singoli ambiti del biodiritto, dando vita, a seconda della loro combinazione, a soluzioni normative e rapporti tra fonti giuridiche anche molto diversi.

La disciplina della procreazione medicalmente assistita e l'evoluzione delle normative deontologiche in materia di informazione e consenso rappresentano due esempi significativi.

2. *L'esempio della procreazione medicalmente assistita.*

L'analisi comparata delle discipline in materia di procreazione medicalmente assistita (da ora in poi PMA) permette di osservare un interessante intreccio tra i

fattori che abbiamo analizzato¹²⁷, mostrando innanzitutto spazi e ruoli molto diversi della deontologia quale fonte di disciplina. Ciò permetterà anche una valutazione del possibile concreto ruolo della dimensione deontologica, trasversale rispetto alle considerazioni svolte sul piano strettamente normativo.

L'esperienza francese

Per quanto riguarda il quadro normativo della procreazione medicalmente assistita e della diagnosi preimpianto, in Francia è la legge ad essere intervenuta su moltissimi aspetti della materia, a partire dalla legge n. 654 del luglio 1994 «*relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*», fino alla più recente *loi de bioéthique*. La disciplina è stata infatti periodicamente riformata attraverso le revisioni delle leggi di bioetica, nel 2004 e nel 2011 e, per gli aspetti legati alla ricerca sugli embrioni, nel 2013¹²⁸. La disciplina attuale è quindi contenuta principalmente nel CSP e in alcune disposizioni del codice penale.

In particolare, la legge francese si occupa di definire cosa debba intendersi per «*assistance médicale à la procréation*», ne circoscrive e disciplina le finalità e i requisiti che la coppia deve avere per potervi accedere. Solo all'interno del quadro così definito è possibile creare degli embrioni, risultando severamente vietata e punita la loro creazione per scopi diversi e, in particolare, qualsiasi forma di impiego a fini commerciali o industriali. Anche la ricerca, ammessa a determinate condizioni, è possibile solo su embrioni creati all'interno di un progetto di procreazione medicalmente assistita e poi non impiegati a tal fine. È lo stesso CSP a disciplinare nel dettaglio le condizioni che consentono la creazione di embrioni sovrannumerari e le singole possibilità di scelta relativamente al loro destino consentite alla coppia,

¹²⁷ Per uno studio sui diversi modelli di intervento legislative nell'ambito della procreazione medicalmente assistita cfr. S. PENASA, *Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation within the European Union*, in *Medical Law International*, 12 (3-4), 2013, 300-327 (published online 5 May 2013). Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco si veda, ad esempio, R. ZIMMERMANN, *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, Berlin, 2011. Cfr. inoltre, in prospettiva comparata, K. DIEDRICH.; R. FELBERBAUM, G. GRIESINGER., H. HEPP, H. KREß, U. RIEDE, *Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich. Wissenschaftlicher Sachstand, medizinische Versorgung und gesetzlicher Regelungsbedarf*, Frankfurt, 2008.

¹²⁸ Legge n° 2013-715 del 6 agosto 2013 «*tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*».

disciplinandone anche le modalità di esercizio. La legge francese disciplina, inoltre, le condizioni per accedere alla fecondazione eterologa e alla conservazione di gameti e tessuti germinali. Analogamente, anche per quanto riguarda la diagnosi genetica pre-impianto (DGP), intesa come «*diagnostic biologique réalisé à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro*», è la legge a disciplinarne nel dettaglio i casi e le condizioni alle quali può essere, in via eccezionale, ammessa. Le leggi di bioetica sono inoltre intervenute in materia di ricerca sugli embrioni, inizialmente prevedendola in via derogatoria per un periodo di tempo determinato, al fine di valutarne gli sviluppi e la concreta utilità dal punto di vista medico, poi consentendola nel 2011, sempre in via derogatoria rispetto al divieto generale, ma senza limiti di tempo e infine – a seguito di un lungo dibattito dottrinale e politico sfociato, non senza polemica, nella legge del 2013 – ammettendola, ma con l'imposizione di rigide condizioni e meccanismi di autorizzazione¹²⁹.

A fronte di questo complesso e dettagliato quadro normativo, il codice di deontologia medica francese, come accennato, non prende alcuna posizione, nemmeno per quanto riguarda il rapporto tra il medico e la coppia, limitandosi ad un mero rinvio ai casi e alle condizioni previste dalla legge. Nell'ordinamento francese, pertanto, alla deontologia non è riconosciuto alcun ruolo normativo in materia di procreazione medicalmente assistita, nemmeno per quanto riguarda gli aspetti più tecnici dell'intervento medico. Anche con riferimento a tali aspetti, infatti, la legislazione francese è intervenuta nel dettaglio, attribuendone la regolamentazione all'*Agence de la biomédecine*, quindi, come detto, ad un'agenzia pubblica il cui *conseil d'orientation* riflette nella composizione varie competenze ed esperienze: tecnico-scientifiche, etiche, giuridiche, associazioni a tutela degli interessi coinvolti e membri di istituzioni come il *Comité Consultatif National d'Éthique* o la *Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme*.

Ai sensi dell'articolo L2141-1 del CSP, l'Agenzia deve esprimere un proprio parere sui procedimenti biologici utilizzati per la PMA, la cui lista è poi definita con decreto del Ministro della sanità. Un *décret en Conseil d'Etat*, quindi un decreto sul quale è

¹²⁹ È proprio l'analisi di questi meccanismi che, unitamente alla valutazione del rispetto dei principi costituzionali e dei principi legislativi fondamentali previsti agli articoli 16 e ss del codice civile (cfr. supra), ha portato il *Conseil constitutionnel* francese a considerare conforme a costituzione la ricerca sugli embrioni ammessa con la legge n. 715 del 2013. Cfr. *Décision n° 2013-674 DC du 01 août 2013* reperibile sul sito del *Conseil*: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013674dc.htm

chiamato a pronunciarsi il Consiglio di Stato, definisce i criteri per l'inclusione dei procedimenti biologici nella lista e, per espressa previsione legislativa, tali criteri devono riguardare i cd. "principi fondamentali della bioetica" (previsti agli articoli 16 e ss. del codice civile, così come modificato dalla prima legge di bioetica del 1994), l'efficacia e riproducibilità di un procedimento e la sua sicurezza per la donna e il nascituro. All'Agenzia spetta il compito di valutare e vigilare sulle tecniche di PMA e di autorizzare qualsiasi tecnica volta a incidere sui procedimenti biologici utilizzati. L'*Agence de la biomédecine* propone altresì le regole di buone prassi in materia di PMA, poi definite in un decreto ministeriale. Tutta la ricerca sugli embrioni, inoltre, è condizionata dalle valutazioni e autorizzazioni dell'Agenzia e il suo ruolo è richiamato dalla legge anche in materia di DGP.

Benché l'attività dell'*Agence de la biomédecine* sia condotta in dialogo con le categorie professionali interessate, le modalità di intervento dell'ordinamento giuridico in ambito di PMA, in particolare la centralità della legge come fonte privilegiata di disciplina e l'articolata struttura di valutazione e regolamentazione dei vari profili tecnico-giuridici coinvolti, lascia indubbiamente poco spazio al codice di deontologia medica.

Innanzitutto, alla deontologia non è affidato alcun compito specifico, a differenza di quanto invece accade, sempre nell'ordinamento francese, per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale nel caso di persone incapaci di esprimere la propria volontà¹³⁰. In secondo luogo, la legislazione così capillare, per di più ancorata ad un lungo ed articolato dibattito culturale, politico, professionale e giuridico, non ha lasciato sostanziali lacune di disciplina rispetto alle quali la categoria professionale sentisse l'esigenza di intervenire per fornire una guida ai propri iscritti. Infine, va sottolineato lo stesso approccio dell'ordine dei medici che, in ogni caso, non ha sentito bisogno di completare la disciplina giuridica con precise indicazioni deontologiche.

Nonostante questa assenza della deontologia sul piano formale e la capillare disciplina legislativa e regolamentare emanata dall'ordinamento francese, è interessante notare come proprio la procreazione medicalmente assistita sia

¹³⁰ *Infra*.

considerata, insieme alle scelte di fine vita, uno degli ambiti in cui sia inevitabile un vero e proprio «*pouvoir normatif*» del medico¹³¹.

In termini generali, infatti, al medico spetta un margine di scelta considerevole nel caso concreto anche in quelle materie che, generando possibili conflitti di valori, richiedono l'intervento del legislatore a garanzia di un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti. Rimanendo sul piano della PMA, al medico spetta non solo il ruolo di dare una dettagliata e idonea informazione¹³², ma anche quello di accertare la sussistenza in capo alla coppia dei requisiti previsti per potere accedere alle tecniche di PMA, in particolare il carattere patologico dell'infertilità e il rischio di malattia «*d'une particulière gravité*» trasmissibile al membro della coppia o al figlio, nonché considerazioni relative alle condizioni di salute della donna con riferimento alla concreta scelta della tecnica da impiegare. È la stessa *Agence de la biomédecine* a precisare che «*Il existe plusieurs techniques d'assistance médicale à la procréation. Chaque situation étant unique, le médecin propose une prise en charge adaptée au cas par cas*»¹³³.

Al medico spetta anche la valutazione della necessità di un ulteriore periodo di riflessione della coppia, oltre a quello legislativamente previsto. Il medico deve inoltre verificare le motivazioni della coppia¹³⁴; il cd. *projet parental* è infatti il fulcro della disciplina legislativa, poiché è sulla base di esso che possono essere prodotti embrioni in vitro e dal suo mantenimento nel tempo dipende la destinazione degli embrioni sovrannumerari¹³⁵. Un ulteriore ruolo decisivo del medico è legato alla valutazione della sussistenza di un «*problème de qualité*» che, qualora caratterizzasse gli embrioni sovrannumerari, ne impedirebbe il trasferimento nell'utero della donna, facendo venire così meno il limite posto dalla legge alla creazione di ulteriori embrioni¹³⁶. Ancora più incisivo potrebbe essere il ruolo del medico nel caso della particolare deroga all'ordinaria disciplina in materia di DGP

¹³¹ Si veda, ad esempio, S. BATEMAN, *Pouvoir normatif et décision médicale*, in F. BELLIVIER, C. NOIVILLE (a cura di), *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, cit., p. 131 e ss.

¹³² Cfr. art. L2141-10 CSP.

¹³³ <http://www.agence-biomedecine.fr/>

¹³⁴ Art. L2141-10 CSP.

¹³⁵ Art. L2141-3 e 4 del CSP.

¹³⁶ L'ultimo comma dell'articolo L2141-3 prevede infatti che «*Un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d'une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons*».

introdotta con la legge di bioetica del 2004. Si tratta del cosiddetto *bébé médicament* o *bébé du double espoir*, a seconda che si voglia porre l'accento sugli aspetti controversi o sulle nuove speranze aperte da tale possibilità¹³⁷.

Si tratta nello specifico della possibilità di selezionare un embrione geneticamente compatibile con un fratello malato, nella speranza di far nascere un bambino in grado di salvargli la vita. Tale scelta legislativa, poi confermata anche dalla nuova legge di bioetica del 2011, ha portato, il 26 gennaio 2011, alla nascita anche in Francia del primo bambino così selezionato¹³⁸. La possibilità di questa selezione preimpianto porta però inevitabilmente con sé il rischio di una strumentalizzazione dell'embrione, quindi della nuova vita così concepita, rispetto a interessi altrui ed è pertanto necessario prevedere cautele e precise condizioni di ammissibilità volte a tutelare tutti i diritti che inevitabilmente vengono in gioco. Proprio per questo, molti degli ordinamenti che la prevedono impongono il rispetto di una serie di requisiti e permettono la selezione embrionale non in maniera automatica, ma affidandone l'autorizzazione e il controllo a organismi o agenzie indipendenti che, caso per caso, valutino la legittimità della richiesta. In particolare, tra le condizioni imposte dalla dettagliata disciplina francese, è previsto che la coppia abbia già dato alla luce un bambino affetto da una malattia che risulti mortale nei primi anni di vita e sia

¹³⁷Contrariamente a quanto avviene nell'ordinamento italiano e in quello tedesco, uno sguardo alle discipline di altri ordinamenti mostra come, negli ultimi anni, molti paesi europei abbiano reso legittima, a determinate e ben definite condizioni e generalmente come deroga alla normativa sulla diagnosi preimpianto, tale possibilità di selezione. Nel Regno Unito, ad esempio, lo *Human Fertilization and Embryology Act* prevede tra l'elenco delle finalità che legittimano l'*embryo testing*, la verifica della compatibilità genetica di un embrione nel caso in cui un altro bambino già nato dalla stessa coppia, o figlio di un membro di essa, soffra di una grave malattia che potrebbe essere curata con cellule del cordone ombelicale, midollo osseo o altri tessuti di un futuro fratello compatibile (Schedule 2 – Activities that may be licensed under the 1990 Act, 1ZA (1) lett. d.). La diagnosi preimpianto «*con fines terapéuticos para terceros*» è inoltre ammessa, previo parere positivo della *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida*, anche nell'ordinamento spagnolo, in particolare dall'art. 12 («*Diagnóstico preimplantacional*») della legge «*sobre técnicas de reproducción humana asistida*» n. 14 del 2006. A seguito di un intervento legislativo del 2004, anche la Danimarca ammette la diagnosi preimpianto per salvare un fratello affetto da una malattia mortale o incurabile, previa autorizzazione da parte dell'Agenzia nazionale per la salute. Cfr. A. SCHUSTER, *Genetica e procreazione selettiva nel diritto comparato*, in C. CASONATO, C. PICIOCCHI, P. VERONESI (a cura di), *Forum Biodiritto 2009, I dati genetici nel biodiritto*, p. 258. In Belgio la possibilità di selezione degli embrioni, ammessa dapprima dal *Comité Consultatif de Bioéthique*, è stata poi accolta dal legislatore che l'ha inserita all'art. 68 della legge belga *relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* del 6 luglio 2007. Anche nell'ordinamento belga, in deroga alle disposizioni in materia, la diagnosi genetica pre-impianto è eccezionalmente autorizzata «*dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né*».

¹³⁸ Cfr. «*Le premier "bébé-médicament" français est né*», *Le Monde*, 8 février 2011, in www.lemonde.fr

riconosciuta come incurabile al momento della diagnosi; le aspettative di vita di questo bambino devono poter essere migliorate, in maniera decisiva, con l'applicazione di terapie che non portino pregiudizio all'integrità fisica del bambino nato dal trasferimento dell'embrione nell'utero materno: la diagnosi preimpianto può inoltre avere come obiettivo solamente, da un lato, la ricerca della malattia genetica e dei mezzi per prevenirla e curarla e, dall'altro, quello di permettere l'applicazione della menzionata terapia¹³⁹. Benché anche in questo caso si tratti di una possibilità sottoposta all'autorizzazione dell'*Agence de la biomédecine*¹⁴⁰, vi è almeno un peculiare profilo della disciplina francese la cui valutazione non può che ricadere all'interno del dialogo tra il medico e la coppia. In particolare, è richiesto che il fine terapeutico nell'interesse di un figlio già nato non sia l'unica ragione che spinge la coppia a chiedere la selezione embrionale, ma sia accompagnato da un *projet parental* nei confronti del futuro bambino¹⁴¹. Un embrione non potrebbe infatti essere creato al di fuori del quadro giuridico della PMA, basata appunto su un progetto genitoriale. Ciò ha portato alcuni a ritenere, come emerso anche durante i lavori parlamentari della legge di bioetica francese del 2004, che sia necessario verificare che i genitori vogliano innanzitutto un altro figlio, dovendo risultare l'interesse terapeutico al secondo posto rispetto a quello di divenire nuovamente genitori¹⁴². Sul punto si può obiettare che sia difficilmente verificabile nel concreto la priorità del desiderio di avere un altro figlio rispetto a quello di salvarne uno già nato. Pertanto, a fronte anche della grande speranza terapeutica offerta a un bambino gravemente malato da parte di un fratello comunque desiderato, più che in termini di priorità tra i due desideri genitoriali, sembrerebbe forse più corretto riflettere in termini di necessaria coesistenza della volontà di salvare un figlio e del desiderio di dare alla luce un altro bambino, la cui vita non sia quindi solo strumentale a quella del fratello, non sia cioè voluta solo come terapia per un bambino già nato. Utilizzando la terminologia francese, si potrebbe così forse sostenere che sia non solo

¹³⁹ Cfr., ad esempio, J.R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, Paris, 2005, p. 79.

¹⁴⁰ Cfr. Art. L2131-4-1 CSP.

¹⁴¹ Similmente la disciplina belga dispone che il centro medico di fecondazione assistita verifichi che il *projet parental* della coppia non abbia come unico obiettivo la realizzazione dell'interesse terapeutico del bambino già nato e che tale valutazione debba essere confermata dal parere del centro di genetica umana consultato.

¹⁴² ID., «"Bébé-médicament": l'équilibre périlleux d'une solution extrême», *Le Monde*, 22 février 2011, in www.lemonde.fr.

auspicabile, ma anche necessario, che il bambino così concepito sia «*un enfant du double espoir*» e non meramente un «*bébé médicament*»¹⁴³. Proprio nella considerazione del rapporto tra i desideri della coppia, pare potersi individuare un ruolo del medico nel valutare, nel caso concreto e nel dialogo con la coppia, la sussistenza di un progetto genitoriale e nel bilanciare gli interessi coinvolti.

Tutti i citati spazi decisionali lasciati al medico, nel rapporto con la coppia, riportano così al centro, nella definizione del caso concreto, i principi deontologici che devono guidare la scelta del professionista – quindi in particolare i principi in materia di informazione, autonomia e responsabilità del medico, correttezza e diligenza professionale, indipendenza del medico – pur in un ambito in cui il codice deontologico non assume alcuna posizione in merito.

L'esperienza tedesca

Diversa sul piano normativo è invece la disciplina della procreazione medicalmente assistita in Germania.

In questo ordinamento infatti la PMA trova alcuni riferimenti legislativi nella legge penale sulla tutela degli embrioni, emanata già nel 1990 e significativamente denominata *Embryonenschutzgesetz* (ESchG), appunto “Legge per la protezione dell’embrione”. Al di fuori della disciplina in essa contenuta, non esiste però una regolamentazione specificamente dedicata alla PMA, la quale è quindi quasi interamente lasciata alla determinazione dell’ordine dei medici federale e in particolare alla *(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*¹⁴⁴..

Come si è già avuto modo di analizzare nella Parte II del presente lavoro, in quasi tutti i *Länder* tedeschi, questa direttiva è prevista esplicitamente (perché richiamata

¹⁴³ Sulla differenza tra le due accezioni si veda nuovamente J.R. BINET, *Le nouveau droit de la bioéthique*, Litec, Paris, 2005, p. 80 e inoltre: «*L'enfant du double espoir*” n'est pas un “*bébé médicament*”», *Le Monde*, 15 février 2011, in www.lemonde.fr

¹⁴⁴ Per un approfondimento si vedano, tra i molti, H. HEPP., K. DIEDRICH, *Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer – klinische, ethische und rechtliche Aspekte*, in R.E FELBERBAUM, K. BÜHLER, H. VAN DER VEN, *Das Deutsche IVF - Register 1996 - 2006: 10 Jahre Reproduktionsmedizin in Deutschland*, Heidelberg, 2007, pp. 21-32; P.THORN, T. WISCHMANN, *Eine kritische Würdigung der Novellierung der (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion der Bundesärztekammer 2006*; in *Ethik in der Medizin*, 20, 2008, pp. 61-63; E. MERZ, V. v. LOEWENICH, *Muster-Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, Novelle 2006, in *Ethik in der Medizin*, 20, 2008, pp. 60-61.

in un articolo del codice) o implicitamente (perché riportata in allegato) come parte integrante del codice deontologico. Da ciò deriva il suo carattere di fonte deontologica con valore giuridico equivalente a quello della *Berufsordnung*. Salvo poche eccezioni – in cui però, al di là del dibattito dottrinale sulla sua natura di fonte del diritto, la direttiva mantiene comunque la sua rilevanza normativa nel caso concreto – si tratta di un'estensione del contenuto dei codici deontologici ad un articolato corpus di disposizioni con il quale gli ordini dei medici tedeschi si sono espressi su numerosi aspetti della PMA.

La *Richtlinie* contiene infatti diversi capi che disciplinano sia profili tecnico-scientifici, sia le generali condizioni di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, definendone le potenzialità, ma anche i limiti e i profili di illiceità. Più nello specifico, la direttiva si apre con una parte dedicata alle definizioni, alla quale segue il paragrafo relativo ai principi medici, che vanno dai metodi e procedimenti biologici da utilizzare, alle controindicazioni, alle considerazioni in ambito genetico. La terza parte è dedicata alle condizioni per l'autorizzazione alla PMA, precisando che, trattandosi di un «*besondere medizinische Verfahren*» di cui al paragrafo 13 del codice deontologico¹⁴⁵, ossia di quei particolari procedimenti per i quali sussiste la competenza dell'ordine ad emanare direttive, i medici devono attenersi a quanto stabilito dalla *ESchG* e dalla (*Muster-*)*Richtlinie*. Nell'ordinamento tedesco, quindi, il quadro normativo di riferimento, a differenza di quanto avviene in Francia, è definito principalmente da queste due fonti: una legge penale e una disciplina elaborata dall'ordine dei medici, quale parte integrante del codice deontologico, almeno per quanto riguarda quello federale e la maggior parte di quelli statali.

La direttiva disciplina nella terza parte le “condizioni giuridiche”, divise in quattro paragrafi. Il primo riguarda i requisiti relativi allo status della coppia (*Statusrechtliche Voraussetzungen*), richiedendo, ad esempio, la stabile convivenza, ma non anche il matrimonio. In particolare, è affidato al medico il compito di verificare la sussistenza di tale requisito e l'ulteriore condizione legata al riconoscimento della paternità da parte del convivente della donna. Il secondo paragrafo richiama i requisiti che discendono dalla *ESchG*

¹⁴⁵ Cfr. *supra*.

(*Embryonenschutzrechtliche Voraussetzungen*), ad esempio il limite di tre embrioni per ciclo. Il terzo paragrafo riguarda invece le condizioni legate alla previdenza sociale (*Sozialversicherungsrechtliche Voraussetzungen*). In particolare è previsto che qualora la PMA rientri nell'assicurazione sanitaria obbligatoria debbano essere rispettati anche i principi dettati dal codice di previdenza sociale e le direttive della già citata G-BA¹⁴⁶. Infine, l'ultimo paragrafo disciplina le condizioni legate al diritto professionale (*Berufsrechtliche Voraussetzungen*). Da questo punto di vista, la norma, richiamando anche la piena responsabilità che il medico si assume, prevede il compito di comunicare all'ordine, nella misura in cui ciò sia richiesto, l'operazione di PMA e di dimostrare che siano rispettati tutti i requisiti professionali, personali e tecnici. Il medico deve inoltre collaborare alle misure volte a garantire la qualità del procedimento¹⁴⁷. Il paragrafo si conclude, infine, precisando che il medico non possa essere costretto a intraprendere un procedimento di PMA che contrasti con la sua coscienza.

Tra le generali condizioni per intraprendere la PMA è inserito anche un lungo paragrafo dedicato all'informazione e alle spiegazioni che il medico deve alla coppia, al consulto medico e al consenso. Tali tematiche vengono dettagliatamente affrontate negli articoli successivi e suddivise in aspetti medici, aspetti psicosociali, aspetti legati alla consulenza genetica e aspetti relativi ai costi e alla documentazione.

La quarta parte della direttiva è dedicata ai requisiti professionali, personali e tecnici. L'ultima parte si occupa invece di alcuni metodi particolari e delle garanzie di qualità. È in questa sezione che sono disciplinati nel dettaglio, ad esempio, *l'embryotransfer*, la crioconservazione e l'eterologa.

In Germania, quindi, il codice deontologico, attraverso, da un lato, la competenza in materia di direttive vincolanti per gli iscritti prevista per peculiari procedimenti medici (§13) e, dall'altro, la diversa modalità di intervento dell'ordinamento giuridico nell'ambito della PMA, assume un peculiare ruolo come fonte di disciplina specifica.

¹⁴⁶ *Supra* cap. II, par. 1.2.

¹⁴⁷ Per un approfondimento cfr. ad esempio H. KENTENICH, K. PIETZNER, *Qualitätssicherung in der assistierten Reproduktion auf der Grundlage einer qualifizierten Beratung*, in *Gynäkologische Endokrinologie*, 5, 2007, pp.187–192.

Per quanto riguarda il rapporto tra deontologia e diritto, ma anche gli altri fattori che influenzano i contenuti della disciplina deontologica, particolarmente interessante è quanto affermato dalla premessa alla stessa direttiva. Viene innanzitutto ricordato come l'agire del medico nella medicina riproduttiva debba tenere conto, come in pochi altri ambiti, di una complessità di beni ed esigenze – dal bene del nascituro alla salute psico-fisica della coppia, al loro desiderio genitoriale, alle questioni diagnostico-terapeutiche legate alla gravidanza – e di soggetti coinvolti. La PMA si pone inoltre all'intersezione tra diritto professionale, diritto di famiglia, previdenza sociale, *Embryonenschutzgesetz* e legislazione penale.

In tale complessità la direttiva si pone come necessario «*Orientierungshilfe*», quindi come guida per orientare l'attività del medico. Tale funzione di orientamento dell'attività professionale è, alla luce dei repentini sviluppi tecnico-scientifici «*umso bedeutsamer, solange der Gesetzgeber das Recht der Fortpflanzungsmedizin nicht systematisch regelt*»¹⁴⁸. Viene pertanto legato il ruolo della normativa deontologica, come disciplina specifica in grado di orientare l'attività medica, alla modalità di intervento del legislatore. Con riferimento agli sviluppi scientifici, la BÄK sottolinea inoltre l'importanza di considerarli alla luce sia dei presupposti giuridici, sia delle norme dell'etica medica.

Il rapporto tra diritto e riflessione deontologica viene ulteriormente precisato, sottolineando, da un lato, che la direttiva dell'ordine dei medici debba prendere le mosse dai principi giuridici, ma dall'altro, che il legislatore, qualora intervenisse sulla materia, dovrebbe farlo in modo tale da rendere adeguatamente possibile anche nell'ordinamento tedesco quei metodi che negli altri ordinamenti hanno permesso di migliorare gli interventi nei confronti del desiderio genitoriale di una coppia. La categoria medica, portatrice di una competenza tecnico-professionale specifica, esorta quindi il legislatore ad un intervento che tenga conto in maniera adeguata dei procedimenti di PMA, anche alla luce delle esperienze di altri ordinamenti¹⁴⁹.

In considerazione dell'assenza di una disciplina giuridica che disciplini i vari aspetti problematici della medicina riproduttiva, l'ordine dei medici ribadisce il suo compito

¹⁴⁸ (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion. Vorwort, in *Deutsche Ärzteblatt*, Jg. 103, Heft 20, 19.Mai 2006, p. 1392: «ancora più significativo, fintanto che il legislatore non regola in maniera sistematica il diritto relativo alla medicina riproduttiva».

¹⁴⁹ Ibid.

nel tenere costantemente in considerazione gli sviluppi scientifici e culturali in tale ambito, di interrogarsi in maniera critica su di essi e, laddove necessario, di procedere ad ulteriori riforme della relativa disciplina deontologica, nello specifico della *Richtlinie*. Nell'esercizio di questo compito la direttiva intende essere il frutto di una riflessione interdisciplinare sulla complessità dei temi affrontati. Non a caso il preambolo si apre affermando che la *Richtlinie* prende in considerazione il dibattito pubblico sulle *chances*, la legittimità e i limiti etici della medicina riproduttiva, il mutamento culturale rispetto a concetti quali la famiglia, il matrimonio e la convivenza, nonché i criteri dell'etica medica¹⁵⁰.

Sul quadro normativo fin qui delineato, è intervenuta nel 2011 la *Präimplantationsdiagnostikgesetz*¹⁵¹, la legge sulla diagnosi preimpianto, la quale, accogliendo un nuovo orientamento del *Bundesgerichtshof*¹⁵², ha modificato la *ESchG*: pur mantenendo il generale divieto di DGP, la nuova legge la ammette a determinate condizioni¹⁵³, in particolare laddove sussista un alto rischio di trasmissione di gravi malattie genetiche al bambino o la possibilità di gravi rischi per il nascituro, come ad esempio un aborto spontaneo¹⁵⁴. La concreta realizzazione delle eccezioni previste dalla legge, quindi la definizione nel dettaglio di tutti gli elementi necessari per poter concretamente procedere alla DGP nei casi e con le modalità previste a livello legislativo, è stata affidata dalla legge ad un regolamento attuativo. La *Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik* è stata emanata nel

¹⁵⁰ Ibid., p. 1393.

¹⁵¹ *Präimplantationsdiagnostikgesetz vom 21. November 2011*, in BGBl. I S. 2228.

¹⁵² In Germania, come anticipato, la rigidità della normativa in ambito di diagnosi preimpianto prevista dalla *ESchG*, prima ancora che dallo stesso legislatore, era stata mitigata dall'intervento della giurisprudenza. Con la sentenza del 6 luglio 2010, il *Bundesgerichtshof* – basando la propria decisione sulla distinzione, di cui all'art. 8 della *ESchG*, tra cellule totipotenti, in grado di svilupparsi in individuo, e cellule pluripotenti, che, a differenza delle prime, non hanno tale potenzialità – ha infatti sostenuto che l'uso di queste ultime nella diagnosi preimpianto volta a verificare la presenza di gravi malattie genetiche, non viola la *Embryonenschutzgesetz* e non è pertanto perseguibile penalmente. Da tale pronuncia discende la possibilità di impiantare solo gli embrioni sani, con esclusione di quelli malati. Il legislatore tedesco è quindi intervenuto con la citata legge.

¹⁵³ A differenza della scelta adottata nell'ordinamento francese, quello tedesco rimane in ogni caso esclusa la diagnosi pre-impianto finalizzata a selezionare un embrione compatibile con un bambino malato.

¹⁵⁴ Più nello specifico, la disciplina della DGP impone che essa possa essere effettuata solo da medici qualificati presso centri specificamente autorizzati e che il consenso scritto della donna sia preceduto da un'adeguata informazione e consulenza sulle possibili conseguenze mediche, psicologiche e sociali della diagnosi richiesta. È inoltre espressamente previsto che la diagnosi possa essere effettuata solo dopo che una commissione etica a composizione interdisciplinare abbia verificato la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge e abbia espresso il suo giudizio in merito

2013 ed è entrata in vigore il 1° febbraio 2014. In particolare, tale regolamento si occupa di definire la disciplina per quanto riguarda le procedure da rispettare, il rilascio delle autorizzazioni ai centri specializzati, compresa la qualifica dei medici abilitati a lavorarvi e la durata delle autorizzazioni stesse, la composizione e il funzionamento delle *Ethikkommissionen* e la gestione della documentazione¹⁵⁵. Per quanto riguarda il ruolo della disciplina deontologica, l'evoluzione legislativa e regolamentare descritta rileva da due punti di vista. Da un lato, ha ampliato l'intervento del legislatore definendo in maniera più concreta, in particolare con il regolamento, un quadro giuridico che riguarda, direttamente o indirettamente, anche la procreazione medicalmente assistita e quindi la disciplina contenuta nella citata direttiva elaborata dall'ordine professionale. Dall'altro lato, però, la previsione di deroghe all'originario divieto su una tematica particolarmente spinosa come quella della tutela dell'embrione porta inevitabilmente con sé la necessità di inedite valutazioni e bilanciamenti nel caso concreto, che richiamano così quanto già detto con riferimento al ruolo del medico e dei principi deontologici che ne guidano l'attività anche negli ambiti definiti a livello legislativo.

Nell'ordinamento tedesco, quindi, in questo specifico ambito, le modalità di intervento dell'ordinamento giuridico e il modello dei rapporti tra diritto e autonomia professionale, uniti ad un atteggiamento propositivo della categoria medica hanno portato ad una consistente evoluzione della normativa deontologica e al riconoscimento della centralità del suo ruolo non solo come generale disciplina dell'agire medico nel caso concreto, ma come disciplina giuridica specifica di alcuni rilevanti profili.

L'esperienza italiana

Su un piano ancora diverso, rispetto a quanto fin qui analizzato, si pone invece l'esperienza italiana.

¹⁵⁵ Il regolamento contiene inoltre un paragrafo dedicato alle definizioni e in particolare a quella di *Präimplantationsdiagnostik* e di *Zellen*, ossia delle cellule che possono essere oggetto di diagnosi genetica preimpianto. Rispetto a tale definizione il regolamento ribadisce che debba trattarsi di cellule staminali in grado di moltiplicarsi e di specializzarsi in diversi tipi di cellule (pluripotenti), ma non anche di svilupparsi in individuo (totipotenti). La sua adozione permette quindi di poter concretamente accedere, a partire da febbraio 2014, alla DGP nei casi previsti dalla normativa tedesca quali possibili eccezioni al generale divieto contenuto nella *Embryonenschutzgesetz*.

In Italia è stata infatti emanata una legge, la n. 40 del 2004, che disciplina la procreazione medicalmente assistita, ma la struttura dei rapporti tra deontologia e diritto e le stesse modalità di intervento del legislatore hanno portato, sul piano dei contenuti e del ruolo del codice deontologico, ad esiti diversi, sia dal mero rinvio alla legge, sia da un intervento normativo capillare della categoria professionale.

Innanzitutto va precisato che l'ordine dei medici italiano ha inserito una dettagliata norma sulla "fecondazione assistita" nel codice del 1995, al dichiarato scopo di fornire ai medici una guida operativa alla luce dell'inerzia del legislatore¹⁵⁶. Fino al 2004, in effetti, il codice di deontologia medica è stato l'unica fonte di disciplina della PMA insieme alla c.d. circolare Degan. Si trattava di una circolare ministeriale del 1985 con applicazione però molto limitata poiché disciplinava solo alcuni aspetti della tematica ed era stata interpretata nel senso di potersi applicare solo a centri pubblici. La disciplina in essa contenuta aveva inoltre un'impostazione fortemente restrittiva e basata su ragioni ideologiche difficilmente sostenibili alla luce degli intervenuti sviluppi tecnologici¹⁵⁷.

Dal punto di vista deontologico, il codice del 2006 ha tenuto conto dell'intervento legislativo nel 2004, in particolare per quanto riguarda l'obiezione di coscienza, ma ha mantenuto quasi invariata l'impostazione contenuta nella norma precedente. Ciò testimonia la maturità della riflessione deontologica, che già dal 1995 aveva cominciato a dare delle risposte ad alcune delle problematiche legate alla PMA.

L'art. 44 nella versione in vigore fino al 2006 descriveva infatti in maniera sufficientemente puntuale il quadro normativo di riferimento, precisando specifici doveri e divieti. Veniva innanzitutto affermato che la fecondazione medicalmente assistita è «un atto integralmente medico» e che «in ogni sua fase il medico dovrà agire nei confronti dei soggetti coinvolti secondo scienza e coscienza». La norma precisava poi il dovere di informazione del medico stabilendo che alla coppia dovessero essere prospettate «tutte le opportune soluzioni in base alle più recenti ed accreditate acquisizioni scientifiche ed è dovuta la più esauriente e chiara informazione sulle possibilità di successo nei confronti dell'infertilità e sui rischi

¹⁵⁶ P. BENCIOLINI, *La deontologia dai Galatei ai codici deontologici*, cit., p. 11.

¹⁵⁷ C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, in E. CAMASSA, C. CASONATO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005, p. 27.

eventualmente incidenti sulla salute della donna e del nascituro e sulle adeguate e possibili misure di prevenzione». Il codice deontologico aveva inserito il divieto di pratiche di fecondazione assistita ispirate alla selezione etnica e a fini eugenetici, la produzione di embrioni ai soli fini di ricerca e lo sfruttamento commerciale, pubblicitario, industriale di gameti, embrioni e tessuti embrionali o fetali. La norma vietava altresì pratiche di fecondazione assistita in centri non autorizzati o privi di idonei requisiti strutturali e professionali. «Anche nell'interesse del bene del nascituro»¹⁵⁸ la deontologia medica aveva quindi preso posizione su alcune questioni controverse, facendo espressamente divieto al medico di attuare forme di maternità surrogata, pratiche di fecondazione assistita al di fuori di coppie eterosessuali stabili o in donne in menopausa non precoce o dopo la morte del partner.

A differenza di quanto avvenuto in Francia, quindi, benché le condizioni di accesso e di attuazione della PMA fossero state disciplinate a livello legislativo, la categoria professionale non si è limitata nel 2006 ad un mero rinvio alla legge 40, ma ne ha semplicemente tenuto conto nella nuova formulazione del codice, non rinunciando così a precisare la disciplina della materia anche dal punto di vista deontologico.

Ha inciso sicuramente la diversa struttura dei rapporti tra diritto e deontologia, che non conosce in Italia l'integrazione tra le due dimensioni tipico dell'ordinamento francese. Va però anche sottolineato che la legge 40 ha sollevato fin da subito non pochi profili di incostituzionalità e incoerenza con il resto dell'ordinamento giuridico, principi deontologici compresi. Attraverso alcune pronunce giurisprudenziali e lo strumento delle Linee Guida si è infatti tentato nel tempo di intervenire su una legge che risultava altrimenti troppo rigida¹⁵⁹. Come noto, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata sulla legge italiana dichiarando

¹⁵⁸ CDM. Art. 44 versione in vigore fino al 2006.

¹⁵⁹ Spesso tali tentativi, come rilevato fin da subito dalla dottrina, hanno finito per contraddire alcuni dei principi fondanti della legge, tra l'altro in un modo non sempre legittimo dal punto di vista della gerarchia delle fonti. Si veda, ad esempio, C. CASONATO, *Legge 40 e principio di non contraddizione: una valutazione d'impatto normativo*, cit., p. 26. Per un dettagliato resoconto dei principali provvedimenti giurisprudenziali intervenuti sulla legge 40 si veda il Dossier "Com'è cambiata la legge 40 (2004-2014)" pubblicato sul sito biodiritto.org (<http://www.biodiritto.org/index.php/item/480-dossier-come-%C3%A8-cambiata-la-legge-40-2004-2014>). Cfr. R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008; A. Celotto, *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>

in contrasto con l'articolo 8 CEDU il divieto di accedere alla diagnosi preimpianto imposto alle coppie portatrici di malattie geneticamente trasmissibili¹⁶⁰.

Con la sentenza 162 del 9 aprile 2014, la Corte costituzionale italiana ha inoltre dichiarato illegittimo il divieto assoluto di fecondazione cd. eterologa disposto dalla legge 40¹⁶¹. Tra i tentativi di “correzione” della legge, quello che però qui più interessa per i rapporti tra deontologia e diritto, è l'intervento della Corte costituzionale che con la sentenza dell'8 maggio 2009, n. 151, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 14 della legge 40, limitatamente alla parte in cui imponeva «un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre» embrioni. Nella stessa sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del terzo comma dell'art. 14 nella parte in cui non prevedeva che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, dovesse essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna¹⁶². È significativo proprio il riferimento, nelle motivazioni della Corte, alla tutela della salute della donna e alla necessità di lasciare spazio a valutazioni mediche che, caso per caso, tengano conto delle acquisizioni scientifiche e delle specifiche condizioni soggettive della donna. La Corte ritiene, infatti, che la previsione in oggetto «non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate

¹⁶⁰ Si tratta della sentenza Costa e Pavan c. Italia del 28 agosto 2012 (reperibile sul sito <http://hudoc.echr.coe.int/>). L'11 febbraio 2012 la Corte ha inoltre bocciato il ricorso presentato dal governo italiano avverso tale decisione. Cfr. S. PENASA, *The Italian Law on assisted reproductive technologies n. 40 of 2004 facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, n. 37, 2012, pp. 155-178.

¹⁶¹ Cfr. C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 2014, reperibile al seguente link: <http://www.confronticostituzionali.eu/?p=1164>. Si veda inoltre S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, pubblicato il 16 giugno 2014 in *Forum di Quaderni Costituzionali* (http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0025_nota_162_2014_penasa.pdf). Alla «storia, non ancora conclusa» di come la Magistratura abbia «cercato di eliminare la parte della legge che contiene il divieto delle donazioni di gameti, impropriamente chiamate “fecondazione eterologa”» faceva riferimento nel febbraio 2014 Carlo Flamigni nel Forum pubblicato sul primo numero della rivista *Biolaw Journal*, ripercorrendone le tappe essenziali e sottolineando la necessità di un adeguamento della Corte costituzionale e del legislatore italiano all'invito della Corte EDU («credo che la Consulta non potrà evitare di considerare l'invito della CEDU, e che nemmeno chi legifererà in futuro su questi temi potrà far finta di niente»).

¹⁶² Con riferimento all'impatto della giurisprudenza costituzionale sulla legge n. 40, può inoltre ritenersi che la sentenza citata, determinando la caducazione dell'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 14, introduca una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione, proprio perché, quale logica conseguenza di essa, si rende necessario ricorrere a tecniche di congelamento per gli embrioni non impiantati per scelta medica.

conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita, riducendo al minimo ipotizzabile il rischio per la salute della donna e del feto». La norma si pone quindi in contrasto con l'art. 3 Cost. – sia sotto il profilo della ragionevolezza che di quello dell'uguaglianza – nonché, per il pregiudizio che ne deriva alla salute della donna, con l'art. 32, proprio in quanto impone la creazione di un numero di embrioni pari a tre «in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che di volta in volta si sottopone alla procedura di procreazione medicalmente assistita».

In questa sentenza emerge quindi l'apertura nei confronti della componente professionale e il riconoscimento da parte della Corte costituzionale di uno «spazio incompressibile di autonomia e responsabilità del medico»¹⁶³. Si tratta inoltre di una pronuncia che si pone in continuità con la costante giurisprudenza della Corte, la quale, come già ricordato, ha individuato nelle acquisizioni scientifiche e sperimentali i limiti alla discrezionalità legislativa, riconoscendo che «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali»¹⁶⁴.

Anche nel caso italiano della disciplina della PMA, il medico e, quindi, la deontologia vengono posti al centro della scelta nel caso concreto, ma attraverso un rapporto tra codice deontologico e diritto diverso da quello delle esperienze francese e tedesca. In particolare, in Italia è la giurisprudenza a riconoscere generalmente alla deontologia il suo ruolo più autentico e, come si vedrà, le assonanze tra queste due dimensioni sono un elemento che caratterizza molti ambiti del biodiritto italiano¹⁶⁵.

Vanno precisati infine due aspetti che riguardano la riforma del codice deontologico. Il primo riguarda il suo rapporto con la normativa statale poiché il nuovo testo

¹⁶³ G. M. FLICK, *La salute nella Costituzione italiana*, in Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, cit., p. 30. In questa prospettiva va sottolineato che anche il Tribunale di Bologna, nella recente decisione del 14 agosto 2014 con la quale ha accolto il ricorso di una coppia che chiedeva di essere ammessa alla PMA eterologa, ha fatto esplicito riferimento ai principi del codice di deontologia medica. La decisione è reperibile sul sito www.biodiritto.org.

¹⁶⁴ Corte costituzionale, sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003.

¹⁶⁵ *Infra*.

dell'articolo 44 (ora rubricato "Procreazione medicalmente assistita") sembra, almeno ad una prima lettura, andare verso un maggiore adeguamento della disciplina deontologica a quella legislativa. Ciò sembrava ancora più evidente, in realtà, nella prima proposta di modifica. Compariva infatti, al posto dell'incipit originario che imponeva al medico di agire in scienza e coscienza, l'esplicito rinvio alla dimensione giuridica: «i trattamenti di procreazione medicalmente assistita, quali atti esclusivamente medici, sono effettuati nelle condizioni e secondo le modalità previste dall'ordinamento vigente». Nella versione definitiva, invece, il riferimento è al più generale rispetto dell'ordinamento e viene ribadito il principio dell'autonomia e responsabilità del medico, in sostituzione all'originario richiamo alla "scienza e coscienza" contenuto nel codice del 2006: «le indicazioni e le correlate procedure diagnostiche e i trattamenti terapeutici relativi alla procreazione medicalmente assistita sono di esclusiva competenza del medico che opera in autonomia e responsabilità e nel rispetto dell'ordinamento». Viene comunque meno l'elenco delle forme di procreazione non ammesse, perché superfluo alla luce del richiamo all'ordinamento e quindi alla più dettagliata disciplina giuridica.

Non si tratta però di un mero rinvio alla legge come nel caso francese, poiché viene comunque mantenuto un nucleo di disciplina deontologica autonoma. Innanzitutto, a conferma della loro irrinunciabilità, rimangono i divieti relativi alla produzione di embrione a fini di ricerca e allo sfruttamento per scopi commerciali, industriali o pubblicitari di gameti, embrioni, tessuti embrionali o fetali. Vengono inoltre mantenute alcune norme che riguardano la relazione di cura¹⁶⁶. Infine, sempre a tutela del rapporto medico-persona assistita, alla disposizione sull'obiezione di coscienza del medico viene aggiunto «e non lo esime dagli obblighi e dai doveri inerenti alla relazione di cura nei confronti della coppia». L'evoluzione della normativa deontologia italiana sulla PMA sembra quindi mostrare un progressivo adeguamento alla disciplina legislativa, reso forse più facile, rispetto al 2006, anche dagli interventi "demolitori" della giurisprudenza costituzionale, che hanno eliminato

¹⁶⁶ Nella prima proposta di modifica tutte le norme sulla relazione di cura non solo erano mantenute, ma ulteriormente precisate. In particolare, con riferimento al dovere di informazione veniva aggiunto l'inciso «in modo comprensibile» che, come si vedrà anche nel prossimo paragrafo, sarebbe stato in sintonia con una maggiore sensibilità nei confronti del fine autentico dell'informazione, ossia quello di permettere concretamente alla persona assistita di partecipare alle scelte decisionali. Anche in questo caso quindi, la versione finale sembra avere una minore attenzione rispetto ad alcuni profili dell'obbligo di informazione e dei rispettivi ruoli di medico e paziente.

alcuni profili di contrasto tra la legge 40 e la tutela dei diritti fondamentali a cui l'agire medico è preordinato. Parallelamente all'influenza dell'intervento legislativo (e giurisprudenziale) sul contenuto del codice di deontologia medica, emerge però anche la scelta della categoria professionale di voler mantenere, precisare e valorizzare quei principi che sono alla base della sua tradizione deontologica, evitando di considerarla assorbita nella fonte legislativa.

A ciò potrebbe essere ricondotto il secondo profilo che però, contrariamente alla tendenza emersa in Italia negli ultimi decenni, pare condurre ad un rapporto di segno opposto tra la deontologia e le posizioni assunte da altre componenti del diritto, in particolare dalla giurisprudenza. Mentre il codice del 2006 vietava pratiche di fecondazione assistita ispirate «a selezione etnica e a fini eugenetici», l'attuale articolo 44 vieta invece quelle «a fini di selezione etnica o *genetica*». Si tratta di una modifica che non era prevista nella prima proposta di riforma del 16 marzo 2014, la quale manteneva il termine "eugenetica". Negli emendamenti successivi il divieto veniva invece addirittura meno, per ricomparire poi nella versione definitiva del maggio 2014 in riferimento però al diverso concetto di selezione genetica. Tale divieto potrebbe quindi porsi in contrasto con le possibilità di accedere alla PMA per evitare malattie genetiche, ammessa invece in via giurisprudenziale.

Considerazioni di sintesi

L'analisi comparata delle discipline giuridiche e deontologiche in ambito di procreazione medicalmente assistita ha messo in luce, innanzitutto, come lo spazio e il ruolo riconosciuti alla deontologia medica quale autonoma fonte di disciplina possano essere molto diversi in ragione delle reciproche influenze tra i fattori analizzati nella parte introduttiva del capitolo. Con riferimento allo stesso ambito, il contenuto della disciplina deontologica può andare, infatti, da un mero richiamo alla fonte legislativa ad una disciplina dettagliata sui principali aspetti medici, deontologici e giuridici. Sulla base della diversa combinazione tra i fattori menzionati, inoltre, i rapporti tra deontologia e diritto possono manifestarsi come semplice rinvio della prima alla legislazione, oppure come fisiologica integrazione tra principi legislativi e disciplina professionale, oppure, ancora, come potenziale conflitto tra una legislazione troppo rigida e i principi deontologici.

Lo studio del rapporto tra deontologia e diritto nella disciplina della PMA ha però messo in rilievo un ulteriore aspetto del ruolo della deontologia, che la caratterizza in maniera costante. Sono infatti due i canali attraverso i quali la fonte deontologica può acquisire rilevanza nell'ambito del biodiritto: come disciplina specifica, in ragione di un'espressa delega legislativa o di uno spazio lasciato libero – consapevolmente o patologicamente – dal diritto statale in un determinato ambito; oppure come disciplina del caso concreto indipendentemente dal ruolo riconosciuto al codice deontologico. Si tratta, in questo secondo caso, di una rilevanza che deriva alla deontologia dagli spazi decisionali lasciati al medico e al paziente nel caso concreto. Sono spazi che possono variare ed essere condizionati da diversi elementi, ma che vedono almeno nella relazione di cura un nucleo minimo, e innegabile, di rilevanza della deontologia.

Lo spazio di autonomia del medico viene però riconosciuto in quanto funzionale alla tutela, nella specificità di ogni singolo caso, dei diritti fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico. Alla base della rilevanza della deontologia dovrebbe quindi esserci, ancora una volta, l'apertura alla tutela dei diritti della persona (attraverso quel nucleo basilare di principi analizzato nel precedente capitolo), che le permette di rispecchiare gli scopi autentici della professione. Solo così infatti la deontologia può porsi come credibile disciplina dell'agire medico e della relazione di cura.

3. *Informazione e consenso: tra diritti dei pazienti e dovere dei medici*

La disciplina dell'informazione e del consenso è un esempio interessante dell'influenza che la sensibilità interna ad ogni categoria professionale può avere sulla concreta disciplina del rapporto terapeutico e sull'ampiezza dei diritti della persona assistita, anche al di là di un nucleo comune di principi deontologici fondamentali. Per quanto riguarda la Francia e la Germania, si tratta inoltre di un ambito nel quale è possibile analizzare le reciproche influenze tra intervento legislativo e deontologia nella tutela dei diritti dei pazienti all'interno della relazione di cura. Si procederà indagando prima questo secondo profilo, per poi entrare nel dettaglio del diverso atteggiamento mostrato dagli ordini medici rispetto al peculiare profilo dell'informazione al paziente. Alcune delle considerazioni che emergeranno

dalle esperienze francese e tedesca dei rapporti tra deontologia e fonte legislativa nella tutela dei diritti dei pazienti saranno poi interessanti anche nel confronto con l'ordinamento italiano, per provare ad individuare un possibile modello dei rapporti tra diritto e deontologia che tenga conto anche delle modalità dell'intervento legislativo su questi aspetti.

Nell'ordinamento francese e tedesco, infatti, sono state emanate delle leggi che disciplinano in maniera dettagliata il consenso e l'autonomia del paziente e i relativi doveri del professionista.

Per quanto riguarda la Francia rileva in particolare la citata *loi Kouchner* del 2002 sui diritti dei malati e la qualità del sistema sanitario che, avendo come obiettivo la “*démocratie sanitaire*”, ha fortemente ampliato e tutelato i diritti dei pazienti, incidendo in maniera consistente sulla regolamentazione del rapporto terapeutico, anche sotto il profilo della responsabilità medica¹⁶⁷.

In Germania la *Patientenrechtegesetz* (“legge sui diritti dei pazienti”) è intervenuta invece recentemente, nel febbraio 2013, inserendo la relazione di cura all'interno di una nuova figura di rapporto contrattuale, disciplinato ora in molti suoi aspetti direttamente nel BGB. La legislazione riguarda in particolare i doveri di informazione (*Informationspflichten*, § 630c) ai quali sono stati aggiunti in un apposito paragrafo i doveri di spiegazione (*Aufklärungspflichten*, §630e), la disciplina del consenso, i doveri relativi alla documentazione (§630f), il diritto di accesso del paziente ai documenti che lo riguardano (§630g) e l'inversione dell'onere della prova in giudizi di responsabilità medica per mancanze relative al trattamento sanitario o al dovere di spiegazione (§630h)¹⁶⁸.

Anche nel caso tedesco si tratta, quindi, di una legislazione che mira a rafforzare i diritti dei pazienti nella relazione di cura, intervenendo sia sul rapporto medico-

¹⁶⁷ J. MORET-BAILLY, *Les rapports entre loi et déontologie des professions de santé après le 4 mars 2002*, Rev. dr. sanit. et soc., 2003-4, p. 581 e ss. Per un approfondimento sul tema del consenso si veda A. LAUDE (dir.), *Consentement et santé*, Paris, 2014.

¹⁶⁸ Per il testo della legge e gli obiettivi della riforma si veda, ad esempio, il sito del Bundesministerium für Gesundheit: <http://www.bmg.bund.de/praevention/patientenrechte/patientenrechtegesetz.html>; per l'esposizione dei contenuti più significativi della nuova legge cfr., tra gli altri, “Das neue Patientenrechtegesetz. Informationen und Praxistipps” pubblicato dall'ordine dei medici di Baden-Württemberg (http://www.lzkbw.de/Zahnaerzte/Recht/Patientenrechtegesetz/Schriftenreihe_Patientenrechtegesetz_2013.pdf); S. BUTTERS, *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, in *Ärzteblatt Thüringen*, 3, 24. Jg., 2013, p. 167 e ss.; S. HANDY, *Patientenrechtegesetz – ein kurzer Überblick*, in *Ärzteblatt Mecklenburg-Vorpommern*, 4, 23. Jg., 2013, p.130 e ss.

paziente, sia sui profili legati alla responsabilità professionale. Dal punto di vista comparato, gli esiti del rapporto tra la *loi Kouchner* e la *Patientenrechtegesetz* con le deontologie mediche dei rispettivi ordinamenti hanno però pochi punti in comune, in ragione dei diversi obiettivi degli interventi legislativi nel loro complesso.

In Francia, la legge del 2002 ha infatti sostanzialmente modificato il sistema sanitario attraverso un consistente corpus normativo che ha riformato molti settori e precisato numerosi aspetti, quali, ad esempio, la definizione del diritto fondamentale alla salute, la precisazione dei diritti dei malati, la solidarietà nei confronti delle persone portatrici di disabilità, il divieto di discriminazione, il rispetto della vita privata e il segreto professionale. In particolare, sotto il titolo II “*Démocratie sanitaire*” la *loi Kouchner* ha inserito nel *CSP*, oltre ai richiamati diritti fondamentali, un lungo capitolo relativo ai diritti e responsabilità delle persone assistite e altri capitoli riguardanti la partecipazione degli utenti al funzionamento del sistema sanitario, la responsabilità dei professionisti, gli orientamenti di politica sanitaria e l’organizzazione regionale della sanità. Il titolo III si occupa della qualità del sistema sanitario e disciplina aspetti quali, ad esempio, le competenze professionali, la formazione medica e farmaceutica continua, le deontologie professionali, le informazioni agli utenti del sistema sanitario e le politiche di prevenzione. Si tratta quindi di un’ampia riforma legislativa che si inserisce – insieme alle complesse leggi di bioetica e alla *loi Leonetti* sui diritti dei pazienti nel fine vita – nel quadro del capillare intervento del legislatore francese nel biodiritto, che, come abbiamo visto, costituisce un importante fattore di influenza sui contenuti e i ruoli dei codici deontologici. In particolare, per quanto riguarda il rapporto terapeutico, il legislatore francese ha profondamente inciso sul ruolo del paziente in ambito sanitario, innovando anche dal punto di vista sostanziale l’ampiezza dei suoi diritti e i mezzi per tutelarli. Si tratta pertanto di una riforma che ha coinvolto in maniera diretta la disciplina dell’attività medica, anche negli aspetti più strettamente legati alla riflessione deontologica¹⁶⁹.

In Germania, invece, l’intervento legislativo ha sostanzialmente condensato e razionalizzato all’interno del codice civile principi già enunciati in altre normative,

¹⁶⁹ Per un approfondimento si veda, ad esempio, J. MORET-BAILLY, *Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002*, cit.

nei codici deontologici e nella giurisprudenza. Per quanto riguarda la relazione di cura, la *Patientenrechtegesetz* non ha quindi portato considerevoli cambiamenti, almeno nel nucleo fondamentale della disciplina.

Ciò nonostante, in entrambe le esperienze, gli interventi legislativi sui diritti dei pazienti e i doveri dei medici hanno sollevato un ampio dibattito all'interno della categoria professionale, la quale, sia in Francia che in Germania, si è interrogata sul ruolo della legge in questi ambiti e sui possibili effetti del suo intervento sul rapporto terapeutico. È interessante notare, ad esempio, che in entrambe le esperienze, accanto alla generale condivisione della tutela dei diritti disciplinati nella legge, sia stata mossa la stessa critica relativa alla mancanza di equilibrio tra la tutela dei diritti dei pazienti e una conseguente idonea protezione dei diritti dei medici¹⁷⁰. L'estensione dei diritti dei pazienti e dei relativi mezzi di tutela sembra infatti aver amplificato il disagio dei medici nei confronti di un'augmentata possibilità di incorrere in responsabilità giuridica e di una eccessiva burocratizzazione del rapporto medico-paziente. Quest'ultimo profilo è particolarmente sentito in Germania poiché la nuova disciplina ha esteso a numerosissimi aspetti della relazione di cura il dovere di documentazione del medico e il corrispondente diritto del paziente ad ottenere copia di quanto verbalizzato. Si tratta per alcuni medici di un rischio di burocratizzazione che, da un lato, sottrae tempo ad un'autentica alleanza terapeutica, che non può e non deve basarsi solo sulla compilazione e la firma di moduli scritti, e dall'altro, aumenta

¹⁷⁰ Si veda, per quanto riguarda l'ordinamento francese, il commento dell'ordine dei medici sul rapporto tra deontologia e diritto "*La déontologie médicale et son environnement juridique*", reperibile sul sito del CNOM:

<http://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/cnpdeontologieetdroit.pdf> e S. BOUSSARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins*, in S. HENNETTE-VAUCHEZ (a cura di), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août*, Paris, 2006, p. 93 e ss. Molti sono inoltre i commenti sulla *Patientenrechtegesetz* apparsi sugli *Ärzteblätter*. Cfr., tra gli altri, B. ERDOGAN-GRIESE, „*Neues Patientenrechtegesetz führt zu kontroverser Expertendebatte*“, in *Rheinisches Ärzteblatt*, 1/2013, p. 12 e ss.; B. SCHMITZ-LUHN, *Kölner Medizinrechtstag: „Das Patientenrechtegesetz“*, in *Hessisches Ärzteblatt*, 2/2013, p.119; „*Chirurgen kritisieren neue bürokratische Auflagen*“, in *Deutsches Ärzteblatt*, Dienstag, 5. März 2013; H-E. KRÜGER-BRAND, „*Patienten werden selbstbewusster*“ in *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 110, Heft 12, 22. März 2013, pp. 548-549; T. ROTTSCHÄFER, „*Patientenrechtegesetz lässt viele Chancen ungenutzt*“, in *Schleswig-Holsteinisches Ärzteblatt*, 12/2012, p. 35. Per un approfondimento sull'ordinamento tedesco si veda inoltre Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco si veda ad esempio, ARBEITSGEMEINSCHAFT RECHTSANWÄLTE IM MEDIZINRECHT E.V., *Qualitätsmängel im Arzthaftungsprozess – Brauchen wir ein Patientenrechtegesetz?*, Berlin Heidelberg, 2012. R. FRANKE, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte. Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts und des Patientenschutzes*, Stuttgart, 1994.

le possibilità di responsabilità del medico anche solo in ragione di errori nello svolgimento di questi nuovi compiti di documentazione.

Più in generale, la precisazione a livello legislativo dei diritti e dei doveri connessi al rapporto terapeutico, se sfocia in un eccessivo irrigidimento dell'attività del medico e delle conseguenze sul piano della responsabilità professionale, può rischiare di ottenere l'effetto contrario ai suoi scopi, ossia un aumento dei fenomeni di "medicina difensiva". Inoltre, la crescente "giuridicizzazione" della medicina, quando interviene sui doveri del medico, rischia di creare una forma di concorrenza tra il codice di deontologia medica, da un lato, e l'azione del legislatore e del potere pubblico, dall'altro¹⁷¹. Ciò è particolarmente legato nel caso francese al fatto che, come sostenuto dall'ordine dei medici, interventi legislativi come quello del 2002 abbiano avuto quale esito quello di trasformare i doveri del medico in conseguenze dei diritti dei pazienti¹⁷². Una legislazione che, invece di rinviare al codice deontologico, tenti di assorbirne la disciplina comporta infatti, almeno dal punto di vista della categoria professionale, che i doveri e i principi deontologici vengano giuridicizzati principalmente sotto forma di diritti dei malati e che, di conseguenza, la ricerca della conformità alla legge diventi una preoccupazione essenziale dei medici¹⁷³. Se, da un lato, i diritti dei pazienti trovano corrispondenza nei doveri deontologici, dall'altro lato, però, «*la seule mutation des obligations déontologiques en droits des patients*» significa anche che la nozione stessa di deontologia «*perdre quelque peu son âme*»¹⁷⁴. È interessante inoltre notare che nel contesto francese ciò sia accompagnato dall'ulteriore constatazione che «*voyant se multiplier ceux du patient le médecin revendique désormais lui aussi des droits*»¹⁷⁵. L'insieme di questi fenomeni può così portare, secondo l'ordine dei medici, ad un affievolimento della stessa nozione di "doveri" tradizionalmente alla base della relazione di cura¹⁷⁶.

¹⁷¹ S. BOUSSARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins*, cit., p. 93 e 94.

¹⁷² Ibid., p. 95.

¹⁷³ Ibid. Inoltre, nel citato documento del CNOM si legge proprio che «*La règle de droit supplante la règle déontologique et vient fixer les conduites*». Con riferimento all'esigenza di cercare la conformità alla legge, i consiglieri dell'Ordine precisano che nella loro attività «*nous constatons bien ... que la recherche de la conformité juridique est devenue une préoccupation permanente pour nos confrères*».

¹⁷⁴ S. BOUSSARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins*, cit., p. 94.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ Ibid.

Con riferimento alla reazione della categoria professionale all'intervento legislativo è utile premettere, già in questa sede, la riflessione su un ulteriore aspetto che ritroveremo sullo sfondo di altri nodi del rapporto tra deontologia e diritto e del quale si cercheranno di fare emergere nei prossimi capitoli le varie sfumature e le possibili conseguenze sul piano pratico. Il descritto cambiamento culturale e professionale che ha permesso, almeno al nucleo normativo essenziale dei codici deontologici, di razionalizzare il passaggio dal paternalismo all'alleanza terapeutica è infatti il frutto di un'evoluzione né semplice né, forse, pienamente compiuta. Ne consegue che, a seconda di un rapporto più o meno distorto con il diritto e con la percezione sociale del rapporto terapeutico, possano riemergere disagi all'interno della categoria professionale, in ragione di quella che è ancora, per certi versi, percepita come una perdita di autonomia del medico.

Fenomeni come i contrasti tra le aspettative dei pazienti (spesso formatesi sulla base di una distorta comunicazione scientifica online) e i limiti oggettivi della scienza medica, l'imponente contenzioso giudiziario e interventi giuridici che comprimono l'autonomia medica in maniera ritenuta irragionevole possono così essere interpretati come «il prodotto di un'ipertrofia del principio di autodeterminazione del paziente»¹⁷⁷. Il rischio, come ricordato dal presidente della federazione nazionale dei medici italiana, è quello che le frustrazioni professionali si ripercuotano direttamente sul rapporto terapeutico. Le conseguenze possono essere o quella che è stata definita «una sorta di restaurazione di un neo paternalismo illuminato»¹⁷⁸ o, sul versante opposto, un “abbandono” del paziente, al quale si riservano quei trattamenti che maggiormente consentono di porsi al riparo dai rischi di responsabilità giuridica.

Per quanto riguarda l'influenza del diritto sui contenuti e i ruoli della deontologia, si è già detto in termini generali come il modello di intervento del diritto in ambito biomedico e sanitario possa incidere, sia sulla necessità della deontologia di porsi come guida per il professionista, sia sugli stessi spazi lasciati ai codici deontologici quali fonti specifiche di disciplina. Abbiamo poi specificato come tale influenza – proprio perché si interseca con il fattore della reazione interna alla categoria professionale e, quindi, della sua sensibilità verso determinate materie – non dipende

¹⁷⁷ A. BIANCO, *Per un nuovo professionalismo medico fondato sull'alleanza terapeutica*, cit., p.8.

¹⁷⁸ Ibid.

solo dall'esistenza o meno di una normativa giuridica idonea a rispondere agli interrogativi sollevati dall'oggetto da disciplinare, ma anche dalle modalità attraverso le quali il legislatore è intervenuto. Rilevano, in particolare, la maturità del dibattito culturale, politico e professionale su una determinata materia e il grado di condivisione raggiunto dalla disciplina legislativa. Quanto più consistenti sono questi due elementi, tanto più numerosi sono i possibili punti di fisiologico incontro tra dimensione deontologica e dimensione giuridica, fino alla possibilità, in alcuni casi, di un'assimilazione della riflessione deontologica nelle scelte operate a livello legislativo, a cui i codici possono quindi scegliere di fare solo rinvio. Un ruolo decisivo in questi passaggi è svolto anche da altri formanti; da quello dottrinale, ad esempio, ma soprattutto da quello giurisprudenziale e in particolare della giurisprudenza costituzionale. A ciò deve ora aggiungersi che la modalità di intervento dell'ordinamento giuridico, quando riguarda direttamente il rapporto terapeutico, può incidere sul delicato equilibrio tra diritti dei pazienti e autonomia della professione medica e su spazi di regolamentazione tradizionalmente sviluppati dalla deontologia. Risulta quindi importante evitare rapporti distorti tra diritto, deontologia e comunità sociale, in grado di incidere negativamente, non solo sulla scelta del singolo medico, ma anche sulla reazione della categoria professionale rispetto al contenuto e all'attuazione delle norme attraverso le quali, come visto, la deontologia esercita un ruolo nella disciplina del caso concreto.

L'intervento del diritto è però allo stesso tempo condizionato dalla capacità della deontologia di tutelare i diritti dei pazienti. Quanto più ampia è tale capacità, tanto più concreto e ampio potrà essere il ruolo rivendicato dalla disciplina deontologica.

L'esempio del dovere di informazione mostra come, al di là del nucleo comune di principi in ambito di relazione di cura, la sensibilità delle categorie professionali possa variare in maniera significativa nella percezione dei concreti confini tra i due spazi di autonomia decisionale che si intersecano nel rapporto medico-paziente. L'analisi di questo particolare profilo del rapporto terapeutico nei tre paesi analizzati mette inoltre in luce come diritto e deontologia possano, a seconda delle specificità dei singoli ordinamenti, variamente intersecarsi, integrarsi o addirittura scontrarsi.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, è ravvisabile una sostanziale inerzia dell'ordine dei medici rispetto ad alcuni profili del diritto all'informazione del

paziente, soprattutto se confrontata con la citata legislazione. In particolare, a tutela del diritto della persona assistita di prendere parte attivamente e consapevolmente alle decisioni che lo riguardano, il legislatore francese ha previsto che spetti solo al paziente la possibilità di rifiutare di essere informato. Il quarto comma dell'articolo L1111-2 CSP prevede infatti che *«La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission»*.

Il codice di deontologia medica, invece, ha per lungo tempo previsto al suo articolo 35 che *«... sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination»*. Era quindi il medico a poter decidere sulla base della propria coscienza quando il malato, nel suo interesse o per altre ragioni legittime, potesse essere lasciato all'oscuro di una diagnosi o di una prognosi grave. L'unico limite per il medico era quello del rischio di trasmissione a terzi, a fronte del quale non avrebbe infatti potuto evitare l'informazione. Tale formulazione del codice deontologico, in contrasto con la disciplina legislativa, è rimasta invariata fino alla sua riforma del 2012 ed è stata quindi modificata solo dieci anni dopo l'entrata in vigore della citata legge Kouchner¹⁷⁹.

Un tentativo di riconciliazione era stato individuato da alcuni autori nelle previsioni di cui al secondo comma dell'articolo L1111-2 in base al quale *«cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables»*. Tuttavia nel riferimento alle regole professionali non pare potesse considerarsi ricompreso anche quello alle regole deontologiche. Ciò sembra infatti smentito dallo studio dei lavori parlamentari legati alla formulazione dell'articolo, dai quali emerge una diversa volontà del legislatore. L'originario progetto dell'articolo L1111-2 prevedeva il rispetto *«des*

¹⁷⁹ Per un approfondimento si vedano, tra gli altri, A. LAUDE, *Le code de déontologie médicale enfin modifié !*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p.1694; C. DEBOST, *Mise en lumière d'une réforme silencieuse du Code de déontologie médicale*, in *Revue Droit & Santé*, 48, 2012, pp. 506-507 ; C. DEBOST, N. GIRAudeau, P. VERON et FR. VAILLA, *La réforme du Code de déontologie médicale*, in *Revue Droit & Santé*, n.48, pp.507-510; J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, RDSS, 2, 2005.

règles déontologiques ou professionnelles». Il riferimento alle regole deontologiche è stato poi tolto su proposta della *Commission des affaires culturelles, familiales et sociales* in occasione di un dibattito in seno all'Assemblea Nazionale. In tale occasione è stato proprio sottolineato che il rinvio alle regole deontologiche avrebbe potuto «*conduire, dans certains cas, à restreindre le contenu des informations délivrées*»¹⁸⁰, precisando che alla luce dell'articolo 35 del codice di deontologia medica ciò sarebbe stato particolarmente vero nel caso di diagnosi o prognosi grave¹⁸¹.

Il Senato si era inizialmente opposto a tale modifica reinserendo il riferimento alle norme deontologiche. La *Commission mixte paritaire* a cui il testo fu inviato ha deciso però di adottare l'articolo nella versione redatta dall'Assemblea Nazionale che «*ne fait pas référence à l'application par les codes de déontologie des règles fixées par la loi*»¹⁸². L'elaborazione di questo specifico articolo del CSP francese mostra quindi l'influenza che la capacità della deontologia di farsi carico dei diritti dei pazienti ha sulla scelta legislativa di prenderla concretamente in considerazione. In questo caso, data la ristrettezza della deontologia rispetto all'autonomia del paziente, il legislatore ha preferito evitare che l'applicazione delle previsioni legislative passasse anche dalle norme del codice deontologico.

Considerando la lettera dell'articolo 35, la sua natura di fonte regolamentare, la norma introdotta dalla legge del 2002 e la scelta del legislatore di non prendere in considerazione le regole deontologiche perché in contrasto con l'ampiezza del diritto all'informazione che intendeva tutelare, l'articolo del codice deontologico poteva ritenersi quindi implicitamente abrogato¹⁸³.

Ciò che è interessante notare è che il codice non è stato modificato in questo punto neanche in occasione del decreto che ne ha sancito l'integrazione nel *code de la santé publique* nel 2004.

¹⁸⁰ C. EVIN, B. CHARLES, et. J.-J. DENIS, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, (n.3258), p. 8.

¹⁸¹ J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, cit., p. 3.

¹⁸² C. EVIN E F. GIRAUD, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, 20.

¹⁸³ J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, cit., il quale ha una posizione molto critica su questo specifico profilo dei rapporti tra legislatore francese e categoria professionale medica.

L'inserimento del codice di deontologia medica nel CSP non si era però limitato ad una mera codificazione a "*droit constant*", poiché il codice era stato in realtà attualizzato per renderlo conforme al resto della disciplina del CSP. Proprio a tal fine, nel 2004, all'originaria versione del citato articolo del codice deontologico era stato infatti aggiunto l'inciso «*sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7*», quindi il riferimento ad una peculiare modalità di formalizzazione delle informazioni prevista dal codice statale. Nessuna modifica è stata però in quell'occasione apportata al secondo comma dell'articolo 35 del codice deontologico, divenuto art. R.4127-35 del *code de la santé publique*, nonostante il suo contrasto con la disciplina contenuta nella parte legislativa dello stesso codice. Considerando che il decreto recante il codice di deontologia medica per essere emanato necessita dell'approvazione del governo (in quanto decreto del primo ministro) e il parere obbligatorio del *Conseil d'Etat*, risulta quanto meno strano che nessuna di queste due autorità abbia sollevato il contrasto tra le due normative. È stato in proposito sostenuto che ciò possa rivelare, o essere sintomatico, di una complicità del governo, a testimonianza della tendenza dell'ordinamento giuridico francese ad assecondare, di fatto, la posizione della classe medica, nonostante la lettera delle norme giuridiche¹⁸⁴.

La modifica è comunque poi avvenuta con il decreto n. 694 del 7 maggio 2012¹⁸⁵. Interessante, per il rapporto tra evoluzione legislativa ed evoluzione del codice deontologico, è la nota esplicativa inserita nello stesso decreto, nella quale si legge, tra l'altro, che: «*le présent décret actualise les dispositions réglementaires du code de la santé publique relatives à la déontologie des professions médicales pour tenir compte des évolutions législatives et réglementaires [...] Il précise également le périmètre et le contenu de certaines obligations. Afin de pallier les carences de l'offre des soins, il assouplit les règles en matière de remplacement, de médecine foraine et de gestion de cabinet médical*». La riforma mira quindi ad attualizzare le disposizioni regolamentari del CSP relative alla deontologia medica per tenere conto delle evoluzioni legislative e regolamentari. La nota esplicativa fa espresso riferimento alla legge n. 879 del 2009 recante «*réforme de l'hôpital et relative aux*

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Décret n° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale.

patients, à la santé et aux territoires en matière de développement professionnel continu», ma in realtà il codice ha preso posizione anche rispetto alle disposizioni introdotte con la legge del 2002, sia in materia di informazione, sia per quanto riguarda la documentazione medica. La riforma della disciplina deontologica ha inteso anche precisare il contenuto di alcune obbligazioni e introdurre accorgimenti alla propria disciplina per cercare di porre rimedio alle carenze di assistenza sanitaria.

Per quanto riguarda la norma in materia di informazione, l'attuale versione del codice deontologico riprende esattamente la disciplina normativa: *«lorsqu'une personne demande à être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic, sa volonté doit être respectée, sauf si des tiers sont exposés à un risque de contamination»*. A seguito della riforma, con un ritardo di dieci anni, anche per il codice deontologico, è solo il paziente, a meno che non ci siano rischi per i terzi, a poter decidere se essere tenuto all'oscuro. Da un iniziale contrasto tra le due fonti si è quindi giunti ad una completa uniformità: il potere di scelta non spetta più al medico e non è quindi nemmeno più limitato ai soli casi gravi.

Ciò nonostante, il codice deontologico ha inserito un'altra modifica, di dubbia legittimità rispetto alla disciplina legislativa sull'accesso del paziente alla documentazione che lo riguarda.

In questo ambito, per promuovere la trasparenza dell'informazione in ambito sanitario, il legislatore francese ha riconosciuto un diritto di accesso diretto del paziente al suo *“dossier médical”*. La legge non contiene, però, una espressa nozione di questo *“dossier”*, termine che, tra l'altro, compare solo con riferimento al ricovero in ospedali o cliniche private, ma non anche nel contesto della pratica ambulatoriale. Relativamente a questo ambito, solo il codice deontologico menziona l'obbligo di tenere per ciascun paziente una *“fiche d'observation”*. Dalle altre norme legislative in materia di informazione, di accesso alla documentazione medica e dalla relativa giurisprudenza emerge però una concezione molto ampia di informazione comunicabile al paziente¹⁸⁶. In particolare, la norma che disciplina l'accesso alla

¹⁸⁶ Ciò pare essere confermato anche dalla legge n.131 del 2007 *«relative à l'accès au crédit des personnes présentant un risque aggravé de santé»* in base alla quale *«toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit»*. Cfr. A. LAUDE, *Le code de déontologie médicale enfin modifié !*, cit. p.1695.

documentazione è l'articolo L1111-7 del CSP, in base al quale ogni persona ha diritto di accedere all'insieme delle informazioni riguardanti la sua salute, tenute a qualsiasi titolo da professionisti o istituti sanitari, che siano formalizzate o che siano state oggetto di comunicazione scritta tra i professionisti della salute, relative, in particolare, a «*résultats d'examen, comptes rendus de consultation, d'intervention, d'exploration ou d'hospitalisation, des protocoles et prescriptions thérapeutiques mis en oeuvre, feuilles de surveillance, correspondances entre professionnels de santé...*». Contrariamente a tale previsione legislativa, il codice di deontologia medica ha inserito, proprio in occasione della riforma del 2012, una nuova norma all'articolo 45 in base alla quale «*(l)es notes personnelles du médecin ne sont ni transmissibles ni accessibles au patient et aux tiers*»¹⁸⁷. Anche questa norma deontologica pare quindi in contrasto con la parte legislativa del CSP e con la volontà del legislatore di promuovere la trasparenza delle informazioni e la fiducia all'interno della relazione di cura¹⁸⁸.

In riferimento a queste forme di “resistenza” della deontologia all'interno dei codici deontologici, la dottrina francese ha inoltre evidenziato un particolare movimento che in alcuni casi può caratterizzare il rapporto tra diritto e deontologia e che viene definito di “*déontologisation de la loi*”¹⁸⁹. La disciplina legislativa può infatti fare proprie posizioni radicate nella riflessione deontologica e ancora legate a forme più o meno velate di paternalismo. Da un lato, quindi, il legislatore francese interviene, come visto, su un terreno tradizionalmente disciplinato dalla deontologia, dall'altro lato però alcune logiche della disciplina deontologica possono influire sulle scelte legislative tanto da «*mener une nouvelle offensive sur le terrain législatif*»¹⁹⁰.

A differenza di quanto emerso dall'esperienza francese, nell'ordinamento tedesco c'è invece sostanziale sintonia tra la riforma introdotta nel 2013 con la

¹⁸⁷ La prima parte dell'articolo prevede che «*(i)ndépendamment du dossier médical prévu par la loi, le médecin tient pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle ; cette fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques*».

¹⁸⁸ A. LAUDE, *Le code de déontologie médicale enfin modifié !*, cit. Concordi sul punto anche C. DEBOST, N. GIRAudeau, P. VÉRON et FR. VAILLA, *La réforme du Code de déontologie médicale*, cit. e J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, cit.

¹⁸⁹ J. MORET-BAILLY, *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale*, in *Rev. dir. sanit. et soc.*, 6 (2012), p. 1074-1083.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 1076, al quale si rinvia anche per esempi più specifici.

Patientenrechtegesetz e il codice deontologico. Oltre a quanto già detto con riferimento all'impianto complessivo della riforma, che ha in gran parte condensato in unica disciplina civilistica norme già presenti o comunque ricavabili da altre fonti, va sottolineato che proprio l'ordine dei medici federale tedesco aveva già deciso di adeguare spontaneamente il proprio articolo 8 in occasione della riforma del codice deontologico del 2011. Come detto, nelle spiegazioni che accompagnano il progetto della nuova *Berufsordnung*, emerge l'esigenza di modificare la norma sull'informazione poiché alla luce dell'importanza che il consenso informato aveva ormai assunto a livello giurisprudenziale, l'originario testo del codice non risultava più sufficiente a garantirne la tutela. La versione precedente prevedeva, infatti, solo l'obbligo per il medico di acquisire il consenso del paziente e che tale consenso dovesse essere preceduto da una "necessaria spiegazione" all'interno di un colloquio personale. L'attuale norma ha invece esteso la disciplina del codice deontologico al contenuto dell'informazione, che deve riguardare la natura, il significato e le implicazioni del trattamento, comprese opzioni alternative, e i relativi rischi; alle modalità della comunicazione, prevedendo che il medico debba rendere il contenuto dell'informazione chiaro al paziente, spiegandoglielo in maniera comprensibile ed appropriata; al tempo dell'informazione, che deve permettere al paziente di avere, ove possibile, un adeguato periodo di riflessione. Il codice precisa altresì che l'informazione al paziente sui risultati attesi e sui rischi deve essere più dettagliata e consistente in relazione al minor grado di necessità medica del trattamento o alle maggiori implicazioni che lo stesso potrebbe avere. Tra la norma così formulata, la dottrina che si è nel tempo formata anche sugli altri aspetti deontologici dell'informazione¹⁹¹ e l'intervento legislativo vi è pertanto una sostanziale sintonia per quanto riguarda il dovere di informazione del medico. Nell'ordinamento tedesco quindi la fonte deontologica semplicemente integra il quadro giuridico definito dalla fonte legislativa.

Rispetto a quanto fin qui emerso dell'esperienza tedesca va però precisato che anche con riferimento all'articolo 8 gli ordini professionali di due Länder, *Rheinland-Pfalz* e *Sachsen-Anhalt*, hanno reagito con sensibilità diversa, non recependo l'evoluzione

¹⁹¹ Cfr. ad esempio, R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit.

del codice deontologico federale e mantenendo quindi la previsione generica del consenso e della “necessaria informazione”.

Ancora diverso è il rapporto tra deontologia medica e altre fonti del diritto nell’ordinamento italiano.

In Italia, infatti, non esiste ancora una legge sulla relazione di cura. Inoltre, contrariamente all’evoluzione legislativa che caratterizza la tutela della persona assistita e la sua valorizzazione nel rapporto terapeutico in Francia, nell’ordinamento italiano i recenti interventi, o tentativi di intervento, del legislatore hanno mostrato una scarsa attenzione ad alcuni elementi importanti per una relazione di cura autenticamente fondata sull’autonomia e la responsabilità del medico e sull’autodeterminazione consapevole della persona.

Due esempi significativi sono la citata legge sulla PMA, prima degli interventi della Corte costituzionale, e il disegno di legge “Calabrò” sul testamento biologico. In entrambi i casi, infatti, l’alleanza terapeutica risultava sminuita, se non addirittura negata, proprio nei passaggi più delicati, quanto controversi, delle due discipline: nella fase dell’*embriotransfer* e nell’espressione di volontà relativa ai trattamenti di nutrizione ed idratazione artificiale¹⁹². In quest’ultimo caso sembrava scomparire «il significato più pieno ed autentico del principio del consenso quale scelta morale»¹⁹³. Con riferimento al rapporto tra legislazione e deontologia, va tra l’altro sottolineato che il richiamo contenuto nel disegno di legge alla deontologia sembra avere in realtà un valore meramente simbolico, tenuto conto dell’imposizione di norme che nella sostanza sarebbero state suscettibili di porsi in contrasto con quelle contenute nel codice di deontologia medica. Contrariamente all’inerzia del legislatore italiano, è invece la deontologia medica ad aver mostrato un’interessante capacità di farsi carico, attraverso una costante revisione dei codici, delle nuove esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona assistita.

Rispetto alla posizione per lungo tempo assunta dalla deontologia francese con riferimento alla scelta del medico di tenere all’oscuro il paziente, va innanzitutto precisato che il codice deontologico italiano del 2006 prevedeva all’ultimo comma dell’articolo 35 che «la documentata volontà della persona assistita di non essere

¹⁹² M. BARNI, *Dall’atto medico al testamento biologico, la rivincita della deontologia*, cit.

¹⁹³ C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato “Calabrò” su consenso e dichiarazioni anticipate*, cit., p. 2.

informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione deve essere rispettata». Analogamente il codice attuale ha inserito all'articolo 33, relativo all'informazione, la norma in base alla quale «il medico rispetta la necessaria riservatezza dell'informazione e la volontà della persona assistita di non essere informata o di delegare ad altro soggetto l'informazione». Nel codice italiano non è quindi prevista la possibilità del medico di tenere il paziente all'oscuro, neanche nei casi più gravi, rispetto ai quali sono invece precisati ulteriormente i doveri deontologici del medico nella comunicazione¹⁹⁴. Viene inoltre precisato che la volontà di non essere informati debba essere riportata nella documentazione sanitaria. Ciò pare sottolineare ulteriormente come la mancanza di informazione sia considerata un'eccezione basata solo sull'accertata scelta del paziente.

Per quanto qui più interessa, ossia la diversa sensibilità su determinate questioni che le categorie professionali possono mostrare, sia rispetto alle categorie professionali di altri paesi, sia in relazione a quanto espresso da altre fonti dello stesso ordinamento giuridico, l'aspetto più significativo è rappresentato dall'evoluzione delle norme deontologiche italiane sul consenso informato. Così, ad esempio, nel codice deontologico del 1978, all'art. 29, si trovava semplicemente scritto che il medico non dovesse intraprendere «alcun atto medico che comporti un rischio per il paziente senza il consenso valido del malato». Un primo passo avanti venne fatto con il codice del 1989, al cui articolo 40 si leggeva che il consenso dovesse essere «consapevole ed esplicito allorché l'atto medico comporti rischio o permanente diminuzione dell'integrità fisica» e 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». In questo caso, quindi, non si menzionava più semplicemente la necessità di un «consenso valido», ma si prevedeva anche come questo consenso dovesse essere: consapevole ed esplicito. Tuttavia la previsione rimaneva ancora ancorata alla sola ipotesi di eventuale rischio per il paziente. Con il codice del 1995 venne introdotto il principio della necessaria informazione¹⁹⁵. Ma è il codice del 1998 a conferire vera centralità alla figura del

¹⁹⁴In base all'art il medico deve infatti tenere conto « della sensibilità e reattività emotiva dei medesimi, in particolare in caso di prognosi gravi o infauste, senza escludere elementi di speranza».

¹⁹⁵ Proprio questo codice dedica infatti per la prima volta alla "Informazione e consenso del paziente" un intero Capo, il IV, comprendente l'art. 29 *Informazioni al paziente*, l'art. 30 *Informazione ai*

paziente e al dovere del medico di fornirgli adeguata informazione. Ai sensi dell'art. 30 egli 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 divenne quindi più analitica e vennero inoltre inseriti il 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, presentava una differenza sostanziale laddove prevedeva, come anticipato, quale fine dell'informazione non solo l'adesione del paziente alle proposte diagnostico-terapeutiche, ma anche la promozione della sua «massima partecipazione alle scelte decisionali». Si afferma così progressivamente il principio per cui è proprio l'alleanza terapeutica a divenire il fulcro delle decisioni attraverso il diritto del paziente di partecipare alle scelte decisionali e di ricevere quindi un'informazione tale da metterlo nelle condizioni di parteciparvi in maniera consapevole.

Inoltre, con riferimento a quanto detto sul rischio che il rapporto terapeutico si trasformi in un insieme di adempimenti burocratici, rischio comune a tutti gli ordinamenti giuridici analizzati, può essere interessante sottolineare che la riflessione deontologica italiana ha preso posizione anche su questo aspetto precisando, nel 2006, che «il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle 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». L'attuale codice, pur non avendo mantenuto tale inciso, equipara, come già sottolineato, il tempo dedicato all'informazione e il tempo dedicato alla cura (art. 20).

congiunti e art.31 *Consenso Informato*. L'art. 31, in particolare, prevede che «il medico non deve intraprendere attività diagnostica o terapeutica senza il consenso del paziente validamente informato [...]. Il procedimento diagnostico e il trattamento terapeutico che possano comportare grave rischio per l'incolumità del paziente, devono essere intrapresi, comunque, solo in caso di estrema necessità e previa informazione sulle possibili conseguenze, cui deve far seguito una opportuna documentazione del consenso».

Benché, a parere di chi scrive, non sia condivisibile la scelta operata dalla FNOM di non mantenere il riferimento alla massima partecipazione del paziente alle scelte decisionali, la già citata nuova versione dell'articolo 20 permette di mantenere la centralità dell'alleanza di cura anche nel nuovo codice deontologico: «il medico nella relazione 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».

Nel caso italiano, si tratta quindi, innanzitutto, di una normativa deontologica molto più dettagliata e precisa di quella contenuta nei codici deontologici delle altre due esperienze. In particolare, a differenza di quello francese, il codice deontologico italiano contiene anche il riferimento a un contenuto più ampio dell'informazione che deve riguardare non solo «*son état, les investigations et les soins qu'il lui propose*», ma anche i rischi e le alternative diagnostico-terapeutiche con le relative conseguenze, nonché i comportamenti che il paziente dovrà osservare nel processo di cura. Da questo punto di vista maggiori assonanze vi sono tra il codice deontologico italiano e la nuova versione di quello tedesco. Ancora una volta, nell'ordinamento francese è invece il legislatore a disciplinare con maggiore precisione il dovere di informazione. L'articolo L1111-2 CSP, inserito nel 2002, prevede infatti che ogni persona ha il diritto di essere informata su suo stato di salute e che tale informazione riguarda «*les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver*».

Al di là però dell'analisi dei singoli contenuti delle varie fonti, ciò che pare interessante notare è la diversità di approccio allo stesso tema che emerge nei tre ordinamenti e, in particolare, l'opposta sensibilità di legislatore e categoria medica, nel confronto tra Italia e Francia.

La professione medica italiana, attraverso il costante rinnovamento del codice deontologico, ha infatti progressivamente posto il paziente al centro della disciplina

deontologica, negli stessi anni in cui in Francia era invece la legislazione statale ad occuparsi in maniera sempre più incisiva delle questioni bioetiche e del ruolo del paziente nel sistema sanitario. Nell'ordinamento italiano è il legislatore ad aver dimostrato in alcuni casi un ritardo "patologico" rispetto ad una compiuta tutela dell'autodeterminazione del paziente. Ed è stata la deontologia, in assonanza con l'elaborazione giurisprudenziale, ad aver fornito risposte più precise e coerenti in determinati ambiti¹⁹⁶. Nell'ordinamento francese è invece l'inerzia della categoria professionale ad aver indotto il legislatore ad espungere il riferimento alle norme deontologiche in materia di informazione proprio perché ritenute non idonee a tutelare in maniera sufficientemente ampia i diritti dei pazienti.

Con riferimento alla deontologia italiana, quindi, se a quanto emerso sul piano dell'informazione si aggiungono le altre norme del codice deontologico intervenute in settori ancora non disciplinati legislativamente, non si può trascurare un dato essenziale: nel silenzio, o incoerenza, del legislatore e nell'assenza di un dibattito veramente plurale in grado di portare a scelte consapevolmente condivise, la deontologia medica è stata generalmente in grado di dare autonomo impulso ad un'evoluzione tanto graduale e spontanea, quanto significativa e rilevante nel panorama biogiuridico italiano¹⁹⁷.

Anche in questo caso, come già visto per la PMA (almeno fino al codice del 2014) e come si vedrà in materia di scelte di fine vita, è con la giurisprudenza costituzionale e di legittimità, non con il legislatore, che la deontologia italiana pare mostrare significative assonanze. L'evoluzione analizzata ha comportato, ad esempio, che proprio alla deontologia venisse riconosciuto, a livello giurisprudenziale, un ruolo significativo nel precisare le regole dell'atto medico e nel dare contenuto concreto al

¹⁹⁶ La questione della nutrizione e idratazione artificiali ne sono un chiaro esempio. *Infra* cap. 3.3.

¹⁹⁷ In riferimento alla condivisione delle scelte deontologiche va però sottolineato che la recente riforma ha sollevato molte polemiche all'interno di alcuni ordini, in particolare per quanto riguarda l'obbligo di assicurazione e il riferimento alle «innovazioni organizzative e gestionali in sanità» di cui all'articolo 3 che rischia di vincolare eccessivamente l'attività medica agli assetti organizzativi delle aziende sanitarie. L'ordine dei medici di Milano e quello di Bologna hanno così deciso di ricorrere al TAR contro il nuovo codice deontologico e gli ordini di Ferrara e Piacenza hanno annunciato un'intenzione analoga. Cfr. ad esempio: <http://www.odmbologna.it/ViewPost/Index/2407> e http://www.omceomi.it/Home/BollettinoNewsletter/ArchivioNewsletter/2014_33/OMCEOMI_TAR_1_azio.aspx. Cfr. inoltre <http://www.sanita.ilsole24ore.com/art/lavoro-e-professione/2014-05-21/codice-fnom-fronda-annuncia-170335.php?uuid=AbUnDYmJ>.

circuito informativo¹⁹⁸ che permette alla persona assistita di partecipare al procedimento decisionale, mettendola nelle condizioni di esprimere il proprio consenso informato, che è considerato dalla giurisprudenza come un principio fondamentale in materia di tutela della salute¹⁹⁹.

Alla luce di questa particolarità del rapporto tra diritto e deontologia nell'ordinamento italiano, si può precisare ulteriormente, in chiave comparata, quanto detto in riferimento alla cd. “*déontologisation*” della legge. Da un lato, infatti, l'influenza della riflessione deontologica su fonti statali è un fenomeno che caratterizza anche altre realtà. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al peso che possono avere sul piano politico i pareri della BÄK tedesca o al suo ruolo nell'adozione di alcune direttive in ambito sanitario²⁰⁰. Dall'altro lato, però, se con il termine di “*déontologisation*” ci si riferisce all'influenza sulla legge di impostazioni deontologiche legate a logiche “paternalistiche”, può concretamente parlarsi di questo movimento solo laddove ci sia corrispondenza tra la scelta di una tale logica da parte del legislatore e le “resistenze” della categoria professionale razionalizzate all'interno dei codici deontologici. L'analisi fin qui condotta ha infatti dimostrato come in alcuni ambiti possa essere invece la disciplina legislativa a imporre posizioni che sembrano legate ad una visione ancora paternalistica del rapporto medico-paziente, pur a fronte di una disciplina deontologica più aperta alla tutela dell'autodeterminazione del paziente.

Considerazioni di sintesi

L'analisi dei diversi rapporti tra deontologia e diritto in ambito di consenso informato permette innanzitutto di confermare il ruolo dell'ultimo dei quattro fattori analizzati, quello della sensibilità interna della categoria professionale

¹⁹⁸In questa prospettiva, la Corte di Cassazione ha, ad esempio, sottolineato come assuma «uno specifico risalto la normativa - non poco evolutasi nel corso del tempo - elaborata dagli organismi professionali in campo di deontologia medica; giacché da essa, per un verso, si chiarisce 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; e, dall'altro lato, è destinata a concretare, sul terreno del diritto positivo, le regole che costituiscono il “prescrizionale” per il medico, e la cui inosservanza è fonte di responsabilità, non necessariamente di tipo penale. Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza n. 2437/2009.

¹⁹⁹ Sul principio del consenso informato si veda, ad esempio, la sentenza della Corte costituzione n. 438 del 2008. Cfr. *supra*.

²⁰⁰ Cfr. art. 95 del V libro del *SGB* tedesco.

sull'evoluzione dei codici deontologici e, di conseguenza, sul ruolo che può essere riconosciuto alla deontologia dal diritto. È emerso, inoltre, come sulle tematiche legate al delicato passaggio culturale dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica possano emergere ancora posizioni e sensibilità diverse tra le categoria professionali e tra la deontologia e il "resto del diritto". A seconda dei casi, le riforme dei codici deontologici possono infatti anticipare l'evoluzione legislativa, adeguarsi ad essa o porsi in contrasto con alcuni suoi profili.

L'esperienza francese della disciplina dell'informazione, se confrontata con quella della PMA, mostra inoltre come i fattori di influenza analizzati possano combinarsi in maniera del tutto diversa anche all'interno dello stesso ordinamento. Lo stesso codice deontologico che in un caso semplicemente rinvia alla legislazione, ritenendo assorbita la propria riflessione all'interno delle scelte legislative, in un altro caso inserisce, o mantiene nel tempo, disposizioni deontologiche autonome e in contrasto con la disciplina legislativa.

Da ciò può trarsi un'ulteriore considerazione sui generali rapporti tra diritto e deontologia: l'integrazione formale tra le due dimensioni, l'inserimento della deontologia in un codice statale e la partecipazione di autorità pubbliche nell'elaborazione del codice deontologico non necessariamente garantiscono coerenza tra le scelte interne alla categoria professionale e le scelte dell'ordinamento giuridico. Proprio nel caso esaminato è infatti un modello completamente diverso – quello italiano – a mostrare maggiori profili di coerenza tra deontologia e diritto, se non sul piano legislativo, quanto meno su quello dei principi costituzionali e dell'elaborazione giurisprudenziale, nonostante l'assenza di legami formali tra il codice deontologico e le fonti dell'ordinamento statale.

Si conferma così uno degli aspetti che ci si proponeva di verificare fin dalla Parte Prima, ossia le possibili tensioni tra i due profili del ruolo della deontologia analizzati nel presente lavoro: quello dei rapporti formali con le altre fonti del diritto e quello degli aspetti sostanziali della sua portata pratica. Si tratta infatti di due profili tra i quali difficilmente possono trarsi univoche forme di reciproco condizionamento e che devono essere necessariamente presi contemporaneamente in considerazione per ricostruire un quadro completo e il più possibile preciso del ruolo della componente deontologica.

I diversi aspetti dei rapporti tra deontologia e diritto fin qui analizzati mostrano, infatti, come accanto alla pluralità di modelli di ingresso della norma deontologica nell'ordinamento giuridico, vi sia anche una grande varietà di possibili intersezioni e reciproche influenze tra le due dimensioni nel caso concreto.

PARTE III

CAPITOLO TERZO

PROFILI PECULIARI DEL RUOLO DELLA DEONTOLOGIA NEL BIODIRITTO

Nei precedenti capitoli sono stati analizzati alcuni aspetti delle reciproche influenze tra diritto e deontologia, con particolare riferimento all'evoluzione della disciplina deontologica e alla rilevanza che le può essere riconosciuta tra le fonti del biodiritto. In questo capitolo si analizzeranno invece alcuni profili peculiari del suo ruolo che la pongono o come possibile garanzia dell'interesse del paziente da condizionamenti interni ed esterni alla relazione di cura, o come norma concretamente decisiva nel caso concreto.

1. La scelta responsabile: indipendenza e autonomia del medico, interesse del paziente e principi deontologici.

L'elemento sul quale convergono, pur con tempi e modalità variabili, diritto e deontologia nel disciplinare la relazione di cura è la scelta responsabile e consapevole del paziente con il concorso del medico.

Rispetto alla determinazione di questa scelta, la dimensione giuridica (intesa nel senso più ampio, come diritto costituzionale, legislazione, in materia sia di biodiritto sia, ad esempio, contrattuale, giurisprudenza, autorità ed enti pubblici, ma anche fonti di soft law, come linee guida di enti, istituzioni, società scientifiche a cui viene riconosciuta la necessaria autorità in materia, ecc...) interviene sia a monte, sia a valle.

Con riguardo al primo aspetto, tale dimensione influisce definendo il quadro giuridico all'interno del quale la scelta può compiersi, attraverso, ad esempio, la definizione legislativa di principi e divieti basilari o tramite la formulazione di prassi e standards cui il medico deve attenersi o, ancora, attraverso l'imposizione di vincoli

economici e finanziari. Il diritto interviene poi, a valle, con lo strumento della responsabilità professionale, valutando ed eventualmente sanzionando il comportamento del medico alla luce del complesso quadro normativo così definito.

L'influenza di questi elementi sulla scelta compiuta all'interno della relazione di cura può assumere risvolti diversi. In alcuni casi, ad esempio, il diritto orienta la decisione, in altri la promuove e tutela. Si pensi alle norme o alle decisioni giurisprudenziali che tutelano l'autodeterminazione del paziente e riconoscono uno specifico spazio di autonomia del medico, nel dialogo con la persona assistita. In altri casi, invece, gli elementi menzionati possono limitare la scelta in un modo che potrebbe apparire irragionevole. Ne sono un esempio la rigidità di alcune discipline sulla PMA o le imposizioni sulle scelte di fine vita. In altri, ancora, si tratta di elementi che influenzano la scelta, spostando il fulcro della decisione dall'interesse del paziente al perseguimento di altri obiettivi. Questo aspetto si lega ad un'ulteriore considerazione. Oltre ai menzionati fattori estrinseci rispetto al rapporto di cura, la scelta diagnostico-terapeutica può essere infatti condizionata anche da fattori interni al rapporto medico-paziente. Ne è un esempio il dovere stesso di informazione sul quale si fonda il consenso della persona. Per quanto il diritto ad una informazione completa, leale, tempestiva e comprensibile sia disciplinato e tutelato a livello giuridico e deontologico, la sua concreta attuazione rimane strettamente legata ad una scelta personale del medico, il quale nella determinazione del contenuto della comunicazione può omettere o enfatizzare alcuni elementi in base al suo personale convincimento etico e clinico. E proprio su questo margine di scelta personale possono incidere alcuni dei fattori estrinseci menzionati. Così, ad esempio, il rischio di conseguenze giuridiche, i vincoli di spesa o forme di incentivi economici potrebbero portare il medico a gestire il momento informativo con modalità che, a seconda dei casi, possono portarlo verso le due opposte derive rappresentate dal paternalismo medico e dalla solitudine decisionale del paziente.

Del possibile ruolo dei codici deontologici come fonte di disciplina specifica nel completare il quadro giuridico di riferimento si è già detto e si è anche accennato alla rilevanza della deontologia come guida dell'atto medico nel caso concreto.

In questo capitolo si cercherà di analizzare questo secondo aspetto in riferimento ad un profilo peculiare, ossia relativamente alle ipotesi in cui l'attività medica rischi di

essere condizionata in maniera negativa da alcuni dei fattori menzionati. Ci si concentrerà, in particolare, sull'intreccio di alcuni fenomeni, quali, ad esempio, lo spostamento delle valutazioni sulla qualità delle cure al di fuori del rapporto terapeutico, la contrazione delle risorse economiche e gli incentivi finanziari ai professionisti in ragione di specifiche esigenze del sistema sanitario.

Nella tradizione deontologica, la qualità della cura è sempre stata al cuore dei doveri del medico, fondati sulla sua esperienza clinica e su un sapere che gli deriva dall'osservazione della persona. Alla luce delle trasformazioni dei sistemi sanitari nazionali, il concetto di qualità delle cure diventa però anche obiettivo delle politiche pubbliche e risulta pertanto legato a precise strategie in ambito sanitario. Il tradizionale rapporto medico-persona viene così inserito all'interno di un più ampio quadro giuridico e professionale basato su statistiche diagnostico-terapeutiche e sulla generalizzazione delle buone prassi medico-scientifiche²⁰¹.

Ipermedicalizzazione e contesto culturale dominante

La trasformazione a cui abbiamo fatto riferimento può portare con sé conseguenze non sempre pienamente compatibili con il benessere della singola persona assistita. Può, ad esempio, menzionarsi che nel quadro così definito, il contesto culturale dominante, sia a livello medico che sociale e politico, ha portato negli ultimi decenni ad un ampliamento della sfera di intervento della medicina sulla popolazione generale, attraverso l'intersecarsi di alcuni fenomeni peculiari, tra i quali la progressiva attribuzione della qualifica di malattia a tradizionali fattori di rischio (ad esempio la cd. ipercolesterolemia o l'osteoporosi); l'abbassamento dei valori soglia nella definizione di alcune malattie (ad esempio il diabete o l'ipertensione) e la definizione di nuove condizioni patologiche (ad esempio il cd. "disturbo da deficit motivazionale"). In alcuni casi, tale processo ha assunto implicazioni tanto rilevanti sul piano della vendita farmaceutica da essere definito "*disease mongering*", termine

²⁰¹ Si veda, ad esempio, A.S. GINON, O. LECLERC, T. SACHS et I. VACARIE, *Une médecine « responsable »*, in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, 2011, p. 509-522 ; I. VACARIE, *Raison statistique et catégories du droit de la santé*, articolo in corso di pubblicazione. Per una critica all'eccessivo tecnicismo, alla burocratizzazione, all'impoverimento della qualità umana nella relazione di cura e alla tendenza di rapportare la medicina ai problemi di economia sanitaria si veda, ad esempio, G. COSMACINI, *La scomparsa del dottore. Storia e cronaca di un'estinzione*, Milano, 2013 Per i rapporti tra la medicina e le altre scienze, ID., *La medicina non è una scienza. Breve storia delle sue scienze di base*, Milano 2008.

con il quale viene richiamata l'idea di una commercializzazione della malattia. La dottrina economica ha individuato, in particolare, tre filoni specifici di questo sviluppo²⁰². Il primo ha natura quantitativa e attiene alla modifica dei parametri in base ai quali vengono definiti i confini del "patologico" per alcune condizioni. Più ampi sono i confini della malattia, infatti, e maggiore sarà il numero di potenziali pazienti consumatori di farmaci. Il secondo cambiamento opera sul piano temporale e riguarda la promozione a livello politico-sanitario e sociale di pratiche di screening, in particolare quelle di massa, la cui efficacia non è però ancora stata pienamente dimostrata. Ciò si associa a campagne informative e di sensibilizzazione spesso non autenticamente basate su una corretta rappresentazione, accanto ai vantaggi, dei rischi e delle incertezze legate ad una determina pratica diagnostica. Il risultato, mostrato da diversi test e sondaggi, è la diffusione a livello sociale di una generale sopravvalutazione dei vantaggi di alcuni screening. La terza strategia opera invece sul piano qualitativo e consiste nella trasformazione di condizioni appartenenti alla normalità della vita umana in situazioni rilevanti dal punto di vista medico-sanitario. Viene in tal modo aumentato il numero di "malattie" che legittimano l'intervento medico e soprattutto farmacologico, ma che in realtà malattie non sono .

Alcuni degli aspetti più evidenti di questi fenomeni si manifestano soprattutto in ambito di patologie cronico-degenerative, per le quali non esiste un valore soglia naturale che permetta di delimitare con certezza la condizione di malato e quella di sano. Per quanto riguarda l'ipertensione, ad esempio, alcune malattie ad essa correlate, quali l'infarto miocardico, l'insufficienza cardiaca o l'ictus sono generalmente più frequenti in persone con valori pressori costantemente più elevati, ma non esiste un valore soglia in grado di definire in maniera univoca il confine tra una situazione in cui non si avranno conseguenze e una in cui le stesse conseguenze potranno invece manifestarsi. La definizione di ipertensione patologica è infatti puramente convenzionale²⁰³. Analogo è il discorso per la soglia di glicemia o

²⁰² Cfr., ad esempio, G. DOMENIGHETTI, R. GRILLI, JR. MAGGI, *Does provision of an evidence based information change public willingness to accept screening test?*, in *Health Expectations*, 3, 2000, pp. 145-150; G. DOMENIGHETTI, *Dall'induzione alla creazione della domanda: quali implicazioni per i servizi sanitari nazionali*, in *Panorama della sanità*, 41, 2003, pp. 12-15; ID., *Comunicazione sanitaria e responsabilità*, in *Punto Omega*, Provincia Autonoma di Trento, n. 24, 2008, p. 144.

²⁰³ Ci si basa in questo caso sul "documento clinico" del progetto "Deontologia dell'agire medico quotidiano tra ipermedicalizzazione e contrazione delle risorse. Un progetto di ricerca-intervento" realizzato dalla Scuola di Formazione Specifica in Medicina generale dell'Ordine dei medici di Trento

emoglobina glicata sulla base della quale distinguere un paziente diabetico da una persona sana. Proprio le definizioni di ipertensione arteriosa e di diabete hanno mostrato storicamente come i valori soglia abbiano subito nel tempo un progressivo abbassamento. Il mutamento di questi valori si estende inoltre anche alla terapia e, quindi, alla quantità di farmaco da somministrare raccomandata. La determinazione di valori soglia è però un processo basato su una scelta convenzionale e non su un dato naturale. Un altro esempio può essere la considerazione dell'osteoporosi, in realtà un mero fattore di rischio di frattura, come una vera e propria patologia, dalla quale deriva l'incremento della vendita di farmaci anche a donne che, in assenza della mutata percezione di un rischio in patologia, sarebbero state considerate sane. Queste dinamiche si concretizzano in linee guida e standards che diventano punti di riferimento nella pratica medica e i fenomeni di “*disease mongering*” emergono generalmente a causa dei possibili conflitti di interessi che coinvolgono i soggetti cui è conferito il compito di formulare le linee guida rispetto alle pressioni provenienti dalla commercializzazione dei farmaci. In termini più generali, però, tra le ragioni alla base dei fenomeni di ipermedicalizzazione che caratterizzano la moderna pratica medica sono state annoverate (in un editoriale della rubrica della rivista JAMA – *Internal Medicine dell’American Medical Association* significativamente denominata “*Less is more*”) il sistema di retribuzione delle prestazioni che non prende in considerazione il tempo dedicato al dialogo con il paziente, le aspettative dei pazienti stessi e della comunità sociale nella quale si è radicata la percezione che un numero maggiore di terapie e di accertamenti corrisponda sempre ad una migliore assistenza, il generale fascino esercitato dalle tecnologie e la citata medicina difensiva.

Questi atteggiamenti e le strategie alla base del menzionato fenomeno di “*disease mongering*” sono difficilmente riconoscibili perché rappresentano derive della legittima esigenza di garantire ad ogni persona il diritto di accedere a diagnosi e cure idonee ad un’efficace tutela e promozione della sua salute. Si tratta, ciò nonostante, di dinamiche che possono influire in maniera consistente sulla percezione dei

in collaborazione con il Progetto BioDiritto dell’Università di Trento, i cui risultati verranno pubblicati a fine 2014, da cui anche le considerazioni che seguono. Per alcuni dati significativi sulla mammografia cfr. S. WOLOSHIN, L.M. SCHWARTZ, *How a charity oversells mammography*, in BMJ 2012; 345: e5132.

concetti di “malattia” e “salute”, stimolando un ampliamento della medicalizzazione che si traduce, nella maggior parte dei casi, in soluzioni farmacologiche.

Per quanto più interessa il ruolo del medico e della deontologia, va sottolineato che queste trasformazioni possono portare a scelte non sempre corrispondenti al pieno interesse del paziente, se non addirittura a danni iatrogeni, togliendo contemporaneamente risorse economiche alla cura di vere malattie.

Allo stesso tempo, però, il contesto culturale dominante e l'imponente sensibilizzazione sociale rispetto alla diagnosi precoce ha portato, in alcuni casi, a radicare la citata sopravvalutazione dei vantaggi e delle certezze di determinati screening o interventi farmacologici di prevenzione, tanto da esporre il medico, che intenda discostarsi da linee guida o prassi giudicate non ragionevoli nel caso concreto, al rischio di azioni legali nei suoi confronti.

Si tratta di un profilo che si inserisce in quello più generale dei rapporti tra scelta del medico e valore riconosciuto alle linee guida e alle buone prassi sul piano dell'ordinamento giuridico.

Tale profilo è rilevante, per quanto qui più interessa, da due punti di vista. Da un lato, infatti, a questi strumenti di soft law è riconosciuta una rilevanza decisiva sia nella gestione delle strategie politico-sanitarie, sia in ambito di responsabilità medica, determinando quella che è stata definita una «*externalisation du savoir médical*»²⁰⁴. Dall'altro lato, però, anche al di là di questioni legate alla prevenzione, il rispetto di linee guida, standards e buone prassi non necessariamente corrisponde ad una scelta autenticamente responsabile del medico.

Un esempio di entrambi questi aspetti è rappresentato dalla recente modifica in Italia dell'art. 3 del decreto legge n. 158 del 13 settembre 2012 introdotta con la legge di conversione n. 189/2012. Con riferimento al valore delle richiamate fonti di soft law, l'attuale testo normativo prevede che «l' esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve». Prosegue poi la norma affermando che resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile, quindi il risarcimento del danno, ma precisa che «il giudice, anche

²⁰⁴ A.S. GINON, O. LECLERC, T. SACHS et I. VACARIE, *Une médecine « responsable »*, in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, cit., p. 514.

nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo». Il legislatore italiano ha quindi introdotto un'ipotesi di esenzione dalla responsabilità penale per colpa lieve in caso in cui il medico agisca nel rispetto delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica²⁰⁵.

Almeno dal punto di vista teorico a questi strumenti viene così conferita una particolare rilevanza giuridica, la quale però non si estende, almeno non con la stessa portata, in sede civile. Il rispetto di linee guida e buone pratiche non mette infatti il medico al riparo dall'obbligo di risarcire il danno. Tuttavia, anche in questo caso, la conformità della sua condotta a tali strumenti normativi può essere valutata dal giudice ai fini della quantificazione del risarcimento. Va fin da subito sottolineato che questa novità normativa ha sollevato problemi dal punto di vista sia penalistico che costituzionale. Con riferimento al rapporto tra linee guida e scelta del medico, è significativo, ad esempio, quanto sostenuto dal Tribunale di Milano nel sollevare questione di costituzionalità della citata legge Balduzzi²⁰⁶. Nell'ordinanza del 21 marzo 2013 i giudici hanno infatti ritenuto che con la modifica normativa il legislatore abbia tradito la dichiarata finalità di arginare la cd. medicina difensiva poiché l'area di non punibilità creata risulterebbe «ingiustificatamente premiale per chi manifesta acritica e rassicurante adesione alle linee guida o alle buone prassi» e «altrettanto ingiustificatamente avvilente e penalizzante per chi se ne discosta con una pari dignità scientifica». Il rischio è inoltre quello di «burocratizzare le scelte del medico e quindi di avvilire il progresso scientifico». Viene quindi richiamato il ruolo della scelta responsabile del medico e la necessità di valutarla indipendentemente dall'adesione, che potrebbe essere anche acritica, alle buone pratiche e linee guida accreditate a livello scientifico²⁰⁷. Deve inoltre ricordarsi che le linee guida devono essere sempre lette alla luce del caso concreto, che può anche suggerire di agire diversamente.

²⁰⁵ Per un approfondimento, cfr., ad esempio, C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*: <http://www.penalecontemporaneo.it> (23 settembre 2013).

²⁰⁶ In particolare il giudice a quo ritiene che vi sia un contrasto con i principi desumibili agli articoli 3, 24, 25, 27, 28, 32, 33, 111 della Costituzione.

²⁰⁷ Si vedrà a breve come invece il *Conseil d'Etat* francese si sia pronunciato in maniera diversa sul rapporto tra linee guida e codice deontologico.

In relazione al rapporto medico paziente, quanto fin qui analizzato solleva numerosi interrogativi proprio sulla garanzia della scelta consapevole e responsabile cui si è fatto riferimento all'inizio del presente paragrafo. L'intersecarsi dei fenomeni menzionati può infatti potenzialmente incidere sia sulla dimensione tecnica che su quella morale del consenso informato, in maniera non sempre aderente alle ragioni che hanno permesso a tale principio di radicarsi nella riflessione giuridica e deontologica.

Incentivi economici ed “externalisation du savoir médical”

A tutto quanto fin qui analizzato devono aggiungersi i condizionamenti che derivano dai vincoli della spesa sanitaria e dagli incentivi economici che caratterizzano alcune forme di retribuzione dei medici. Si tratta, anche in questo caso, di fenomeni che caratterizzano tutti gli ordinamenti analizzati e che incidono sia sul piano della contrazione delle risorse necessarie ad un'adeguata assistenza sanitaria, sia sulle motivazioni che potrebbero indurre il medico ad intervenire in un determinato modo nei confronti del paziente²⁰⁸.

L'impatto di questi aspetti sull'attività medica e sulla credibilità stessa della professione ha portato gli ordini professionali a prendere posizione in diversi modi: inserendo in norme dei codici deontologici il dovere di uso appropriato delle risorse, stimolando la politica ad adottare scelte finanziarie ragionevoli in ambito sanitario oppure richiamando, con diversi strumenti, i propri iscritti al rispetto del codice deontologico in caso di rischio di violazioni dei doveri professionali a fronte di input di natura economica. Ne è un esempio il parere del 20 settembre 2013 della Commissione etica centrale dell'ordine federale dei medici tedeschi significativamente nominato “*Ärztliches Handeln zwischen Berufsethos und Ökonomisierung*”²⁰⁹, una formula che richiama le due dimensioni tra le quali può ritrovarsi l'agire del medico, quella deontologica e quella economica. Il riferimento è al diffuso fenomeno di decisioni e interventi medici dettati non tanto dall'interesse del paziente, quanto più da ragioni economiche. Secondo la Commissione, che nel

²⁰⁸ A.S. GINON, O. LECLERC, T. SACHS et I. VACARIE, *Une médecine « responsable*», cit., p. 519 e ss.

²⁰⁹ Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer: “*Ärztliches Handeln zwischen Berufsethos und Ökonomisierung*”, in *Deutsches Ärzteblatt*, 110, 38, 20. September 2013, p. A1752 e ss.

parere riporta anche dati e indicatori quantitativi, l'esistenza di forme di incentivi e compensazioni economiche porta con sé il rischio di aumento di terapie e interventi medici non necessari. Più nello specifico, viene analizzata la tipologia di contratto dei medici dirigenti di alcune cliniche, la quale prevede una forma di retribuzione basata in parte su uno stipendio fisso e in parte su un ammontare variabile in ragione dei risultati raggiunti. Si tratta di contratti che hanno un ruolo chiave nel garantire l'attuazione di determinati obiettivi in ambito sanitario; ciò nonostante il sistema di incentivi in essi contenuti rischia di spostare il fulcro della scelta professionale dall'adeguatezza dell'intervento medico a risultati economicamente misurabili. Il monito della Commissione etica centrale è quello di recuperare la centralità degli impegni deontologici posti a fondamento e garanzia del rapporto medico-paziente, al fine di evitare uno sbilanciamento della relazione di cura e dell'attività medica verso la dimensione puramente economica.

Il fenomeno della «*externalisation du savoir médical*» e quello degli incentivi economici ai medici si incrociano, inoltre, in maniera particolarmente evidente nell'esperienza francese del nuovo contratto cd. "*d'amélioration des pratiques individuelle*" (CAPI). Si tratta di una nuova figura contrattuale creata nel marzo 2009 tramite una decisione della UNCAM (*Union nationale des caisses d'assurance maladie*) sulla base dell'articolo L162-12-21 del *code de la sécurité sociale*. Il contratto è stato proposto ai medici e, in base ai dati in possesso dell'UNCAM, già nel settembre 2010 un medico su tre aveva scelto di aderirvi.

Il nuovo contratto presenta alcune peculiarità con riferimento, innanzitutto, ai suoi effetti sulla pratica clinica dei medici liberi professionisti che viene mutata in ragione degli obblighi contrattuali assunti dal sanitario. Ulteriori peculiarità riguardano l'ambito di valutazione delle pratiche individuali, poiché viene preso in considerazione l'insieme dei pazienti di un determinato medico e non la singola persona assistita; e lo strumento stesso di valutazione poiché è basato prevalentemente sugli indicatori di buone pratiche fissati dalla stessa UNCAM. Il contratto stabilisce un insieme di obiettivi, definiti in cifre e relativi a diverse attività mediche, in particolare con riferimento alla prescrizione, all'assunzione di pazienti affetti da patologie croniche e alla prevenzione. Ad esempio, conformemente agli obiettivi della lotta contro il cancro fissati da una specifica legge sulle politiche

sanitarie, la n. 506 del 2004, il CAPI prevede che l'80% di donne dai cinquanta ai settantaquattro anni debba beneficiare di una mammografia. Analogamente, per ottimizzare le prescrizioni, ne sono definite le percentuali, ad esempio, con riferimento agli antibiotici generici e alle statine in prevenzione primaria o secondaria. Per quanto riguarda le malattie croniche, vengono fissati degli indicatori anche in relazione ai controlli e ai dosaggi per pazienti diabetici. Il contratto prevede, alla data di sottoscrizione, un livello iniziale, uno intermedio e gli obiettivi finali per ciascun indicatore, il cui funzionamento è spiegato da dettagliate tabelle dell'UNCAM. Tali obiettivi permettono di valutare i progressi realizzati dal medico al momento del rinnovo del contratto. I target vengono calcolati sulla base del gruppo di pazienti del medico con riguardo alla grandezza e alla composizione in termini, ad esempio, di età, sesso ecc. Da parte sua, l'UNCAM si impegna a versare al medico una retribuzione il cui ammontare sia proporzionale ai risultati ottenuti. Si tratta quindi di una forma di incentivo economico per rendere il medico parte attiva nella realizzazione, tra i suoi pazienti, degli obiettivi di politica sanitaria e di ottimizzazione delle prescrizioni fissati dall'assicurazione sanitaria²¹⁰.

Scegliendo di sottoscrivere il contratto di "miglioramento delle pratiche individuali", il medico di medicina generale si impegna quindi a conformare la sua attività agli obiettivi definiti nel contratto-tipo, il cui rispetto viene misurato dagli indicatori menzionati. È chiara, in questo caso, l'esternalizzazione del sapere medico realizzata dal CAPI, poiché è direttamente il contratto a definire in cosa consistano le «*soins de qualité*» che il medico si impegna ad assicurare e la proporzione delle corrispondenti prescrizioni. Gli obiettivi e gli indicatori sono infatti determinati in maniera unilaterale dalla UNCAM che formula il contratto-tipo e lo sottopone ai ministri competenti per la salute e la previdenza sociale, i quali hanno, a loro volta, un mese per potersi opporre. Il medico che sottoscrive il contratto così formulato non ha quindi alcun ruolo nella determinazione degli obiettivi che si impegna a realizzare. Tale determinazione è invece basata sull'attività di commissioni di esperti e, in particolare, sui pareri emessi dall'*Haute Autorité de Santé* (HAS). È proprio la decisione della UNCAM del 9 marzo 2009, con la quale è stato creato il primo CAPI, a rinviare espressamente all'"expertise" per l'elaborazione degli indicatori.

²¹⁰ A.S. GINON, O. LECLERC, T. SACHS ET I. VACARIE, *Une médecine « responsable*», cit., p. 518.

Analogamente a quanto già detto, pur in un ambito del tutto diverso, con riferimento all'*Agence de la biomédecine*, anche in questo caso è un'autorità pubblica ad assumere un ruolo centrale. La HAS, autorità pubblica indipendente «à caractère scientifique», si pone infatti come guida dell'attività proprio attraverso la determinazione degli indicatori.

Un primo rischio che emerge da questa impostazione è la preminenza degli strumenti di politica sanitaria rispetto all'esperienza che può emergere dalla pratica clinica quotidiana del medico. Lo stesso professionista pare infatti diventare in primo luogo un attore della politica sanitaria. A ciò è connesso lo spostamento di una parte del procedimento decisionale al di fuori della relazione di cura individuale, poiché punto di riferimento diventa la malattia per come è «*saisie et mise en forme par les études scientifiques internationales et les essais randomisés*».

Questa particolare tipologia contrattuale è inoltre strettamente legata alla gestione delle spese in ambito sanitario. Del resto, gli obiettivi sono fissati dallo stesso ente, l'UNCAM, che ha il compito di gestire le prestazioni rimborsabili attraverso l'assicurazione sanitaria nazionale. L'obiettivo è infatti quello di ottimizzare, sulla base di valutazioni sia mediche che economiche, la scelta diagnostico-terapeutica per fare in modo che rappresenti la decisione più adeguata dal punto di vista scientifico e più razionale dal punto di vista delle risorse disponibili. Benché l'obiettivo di migliorare le prestazioni di cura e la gestione della spesa sanitaria sia non solo positivo, ma anche auspicabile, dal punto di vista deontologico, invece, le modalità con le quali il CAPI incide sull'attività medica sollevano complesse preoccupazioni per almeno due ordini di motivi²¹¹.

Il primo attiene alla relazione di cura che pare essere incentrata non più prevalentemente sul dialogo individuale, ma sul rapporto tra il medico e l'insieme dei suoi pazienti, preso in considerazione e gestito a livello contrattuale sulla base di valutazioni statistiche. In secondo luogo la previsione di incentivi economici al medico in ragione del numero di obiettivi raggiunti rischia di trasformare il tradizionale rapporto medico-paziente, poiché vi inserisce l'elemento ulteriore dell'interesse economico del medico. Benché gli onorari abbiano sempre fatto parte del rapporto medico-paziente, la previsione di incentivi di natura economica rischia

²¹¹ Ibid., p. 521.

di porre questo tipo di interesse al primo posto rispetto all'esclusivo perseguimento del bene del paziente, soprattutto alla luce di obiettivi di politica sanitaria decisi da enti esterni alla pratica medica quotidiana.

È quindi inevitabile che vengano in gioco i tradizionali principi deontologici, quali l'indipendenza del medico e la preminenza del bene del paziente. Più in generale, assume importanza quel nucleo di norme attraverso le quali i codici deontologici si sono aperti alla tutela dei diritti fondamentali della persona assistita uscendo da una dimensione meramente corporativistica.

Proprio alla deontologia medica ha fatto riferimento, infatti, il *Conseil d'Etat* francese, investito di una questione inerente al CAPI. La Confederazione dei sindacati dei medici francesi e lo stesso Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici francese hanno infatti impugnato la decisione della UNCAM del 9 marzo 2009 chiedendone l'annullamento per eccesso di potere. Nella decisione del 7 aprile 2011 il Consiglio di Stato, nel respingere il ricorso, si è pronunciato anche sulla specifica questione del contrasto del CAPI con i principi deontologici in materia di libertà di prescrizione, indipendenza del medico, tutela del bene del paziente e dovere di informazione. Il *Conseil* ha ritenuto, in particolare, che non vi fosse violazione proprio perché la sottoscrizione del contratto «*ne saurait avoir pour effet de dispenser le médecin du respect des règles qui s'imposent à lui en vertu...du code de déontologie médicale*»²¹². Il medico rimane quindi vincolato al rispetto delle norme del codice deontologico nonostante la sottoscrizione del CAPI, in particolare degli articoli relativi alla libertà di prescrizione e al divieto di «*avantages injustifiés*».

Si crea quindi un particolare rapporto tra fonti, formanti e indicatori del comportamento professionale.

L'indipendenza del medico è ulteriormente garantita, secondo i giudici, dal fatto che il medico sia in ogni caso libero di sottoscrivere il contratto. Anche con specifico riferimento ai principi deontologici in materia di informazione cui sono chiamati i medici in base all'articolo 35 del codice deontologico, il *Conseil d'Etat* ha ribadito che la decisione della UNCAM non ha «*ni pour objet ni pour effet de les dispenser de cette obligation*». L'illegalità della decisione impugnata viene quindi respinta

²¹² CE, decisione n. 329069 del 7 aprile 2011.

anche sulla base delle garanzie di tutela di diritti e principi fondamentali offerte dalle norme di deontologia medica.

Come si vedrà, gli incentivi di natura finanziaria ai medici sono comuni ad altre esperienze europee e su di essi si è pronunciata anche la Corte di Giustizia dell'UE facendo un analogo riferimento alle norme deontologiche²¹³.

Alla luce di tutto quanto fin qui analizzato la deontologia pare poter svolgere un ruolo decisivo nel riportare al centro della decisione diagnostico-terapeutica il bene del paziente, garantendo l'indipendenza del medico e la sua autonomia rispetto sia a fenomeni di ipermedicalizzazione, sia all'imposizione di standards e generalizzazioni di pratiche che possono apparire "non buone", se non addirittura irragionevoli, in riferimento alla tutela della salute nel caso concreto, sia, infine, a meccanismi di incentivi economici per il perseguimento di obiettivi di politica sanitaria. Questo ruolo deriva alla deontologia dal quel nucleo di principi fondamentali più volte menzionato, anche indipendentemente da una sua rilevanza come fonte di disciplina specifica. In questo specifico caso, il significato più autentico delle norme deontologiche è quello di porsi a tutela della co-decisione consapevole e responsabile della persona assistita e del medico, all'interno della relazione di cura individuale.

2. *Interruzione dei trattamenti e suicidio assistito: la deontologia tra scelte legislative, coscienza del medico e volontà del paziente.*

Le scelte alla fine della vita rappresentano un ambito del tutto particolare poiché si intersecano nella maniera più delicata le considerazioni fin qui svolte sul ruolo del medico, sulla scelta morale del paziente e sulle reciproche influenze tra dimensione deontologica e dimensione giuridica.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto è bene sottolineare fin da subito la diversità degli approcci dei legislatori nei tre ordinamenti analizzati. In Francia è stata approvata nel 2005 una legge, la cd. *loi Leonetti*, che disciplina molte delle problematiche relative al fine vita, dalla volontà del paziente, alle direttive anticipate, all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, alle cure palliative fino al cd. "doppio effetto". In Germania, oltre alle norme del codice penale che puniscono

²¹³ Cfr. *infra* cap. 4.

l'omicidio del consenziente, il legislatore è intervenuto nel 2009 disciplinando all'interno del codice civile le direttive anticipate del paziente (*Patientenverfügungen*). Nel 2013 è stato presentato un disegno di legge in materia di suicidio assistito sul quale il dibattito è ancora aperto. In Italia, invece, non esiste per il momento alcuna disciplina legislativa specifica sul fine vita, oltre alle norme penali che espressamente vietano l'omicidio del consenziente e il suicidio assistito. L'assenza di una risposta della legislazione italiana agli interrogativi sollevati dalle scelte di fine vita si è manifestata in maniera particolarmente drammatica con riferimento all'idratazione e nutrizione artificiale, come testimoniato dai casi di cronaca e giudiziari che per anni hanno animato il dibattito politico, sociale, giuridico e deontologico italiano²¹⁴.

In questo paragrafo si analizzeranno, in particolare, alcune specificità del ruolo della deontologia in relazione a due profili peculiari: l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale nel caso di persona non più in grado di esprimere la propria volontà e il suicidio assistito.

2.1 Interruzione dei trattamenti di sostegno vitale e ruolo del medico

Con riferimento al primo aspetto va innanzitutto fatta una premessa sul ruolo riconosciuto al medico nei confronti della persona incapace di esprimere la propria volontà. Su questo profilo in Francia e Germania incide ovviamente la disciplina legislativa che, come anticipato, ha preso espressamente posizione. In Italia, in assenza di intervento del legislatore, è invece il codice deontologico ad aver dato risposte più chiare in relazione sia al valore della volontà precedentemente espressa dal paziente, sia al rifiuto della nutrizione artificiale²¹⁵, in tendenziale sintonia, come già sottolineato, con i principi elaborati a livello giurisprudenziale.

Nelle tre esperienze il ruolo del medico è inserito quindi in un quadro normativo differente.

²¹⁴ Il riferimento è in particolare al caso di Eluana Englaro. Si veda al riguardo la sentenza della Corte di Cassazione, I civile, n. 21748 del 16 ottobre 2007, per un commento della quale si rimanda a C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2008 e a P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, cit., p. 231 e ss. Significative anche le incertezze giurisprudenziali emerse nella sentenza del Tribunale di Roma, sez. civ. I, del 16 dicembre 2006 sul caso Welby per quanto riguarda l'interruzione della ventilazione meccanica. Cfr., ad esempio, S. CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012, p.95 e C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 101.

²¹⁵ Cfr. *supra*.

Per quanto riguarda la Germania, il legislatore, modificando l'articolo 1901 del BGB, ha precisato la regolamentazione in materia di disposizioni del paziente, sottolineandone la vincolatività, conformemente a quanto era stato già affermato a livello giurisprudenziale. Nell'ordinamento tedesco l'interruzione dei trattamenti può riguardare anche la nutrizione e idratazione artificiale. In particolare, a tutela della volontà e autodeterminazione della persona il legislatore è intervenuto disciplinando nello specifico gli strumenti delle direttive anticipate e dell'amministratore di sostegno. Più nello specifico, la normativa distingue l'ipotesi in cui vi sia una dichiarazione scritta da far valere nel caso di sopravvenuta incapacità e il caso in cui non ci sia una vera e propria *Patientenverfügung*. Con riferimento al valore delle direttive anticipate, esse sono considerate direttamente vincolanti per il medico, mentre un ruolo centrale è attribuito all'amministratore di sostegno. Egli ha infatti il compito di valutare la corrispondenza tra le disposizioni e le condizioni di vita e di salute del paziente al momento di applicazione delle direttive. Qualora accerti tale corrispondenza, il rappresentante deve far valere la volontà anticipatamente espressa dalla persona. All'amministratore spetta anche il compito di accertare la volontà presunta del paziente nel caso in cui non ci siano direttive scritte. A tutela della volontà della persona, il legislatore ha previsto inoltre specifiche garanzie procedurali, tra le quali il colloquio tra il medico e l'amministratore, la possibilità di intervento di altri familiari o di persone di fiducia e l'indicazione degli elementi che devono essere presi in considerazione al fine di ricostruire la volontà presunta del paziente.

Nei casi invece in cui la persona non abbia adottato direttive anticipate, né nominato una persona quale amministratore di sostegno, il dovere del medico di ricostruire la volontà presunta del paziente è fatta discendere tradizionalmente dagli articoli della *Berufsordnung* in materia di consenso della persona²¹⁶.

Anche qualora ci sia l'amministratore, la legislazione tedesca prevede però un peculiare ruolo del medico nell'ipotesi in cui il rifiuto comunicato dal rappresentante riguardi un trattamento di sostegno vitale. In tal caso è infatti generalmente richiesto l'intervento del tribunale, a meno che non ci sia accordo tra amministratore e medico

²¹⁶ Cfr. R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 116 e ss.

sulla corrispondenza del rifiuto alla volontà del paziente²¹⁷. In presenza di una *Patientenverfügung*, sia l'ordine federale di medici tedeschi che la relativa commissione etica centrale sono invece concordi nel ritenere che la direttiva «*direct bindet*»²¹⁸ (direttamente vincoli) il medico, pur in assenza di un amministratore di sostegno, come ribadito, da ultimo, anche nella raccomandazione del 19 agosto 2013, relativa alle direttive anticipate nella pratica medica²¹⁹.

A differenza di questo quadro normativo, le esperienze francese e italiana hanno invece in comune l'attribuzione direttamente al medico del ruolo di "tenere conto" della volontà precedentemente espressa dal paziente. Ciò emerge però da strumenti normativi completamente diversi.

Per quanto riguarda la Francia, il legislatore ha autorizzato nel 2005 la manifestazione anticipata della volontà introducendo una specifica disciplina per le *directives anticipées*²²⁰ e la cd. «*personne de confiance*»²²¹. Analogamente a quanto ammesso nell'ordinamento tedesco, anche dalla disciplina francese si evince come la possibilità di rifiuto si estenda a tutti i trattamenti, ivi comprese quindi l'idratazione e la nutrizione artificiali, che in Italia sono invece ancora oggetto di dibattito e rispetto alle quali permane ancora incertezza dal punto di vista normativo²²².

²¹⁷ § 1901a e ss. del BGB.

²¹⁸ *Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer „Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“*, pubblicata sul *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 110, 33-34, 19. August 2013, pp. A1580 e ss., p.A1581.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ai sensi della normativa contenuta nella sezione del CSP dedicata all' "*expression de la volonté des malades en fin de vie*", chiunque, purché maggiorenne, può redigere delle direttive anticipate valide qualora in futuro dovesse trovarsi in condizioni tali da non essere più in grado di esprimere la propria volontà. Le direttive sono quindi finalizzate a esprimere in via anticipata le scelte della persona con riferimento alla fine della sua vita e alle condizioni per l'eventuale interruzione dei trattamenti sanitari e devono poter essere revocate in qualsiasi momento. Cfr. art. L1111-11 CSP. Ulteriori disposizioni sono contenute nella sezione *Expression de la volonté relative à la fin de vie* della *partie réglementaire* del CSP (artt. da R.1111-17 a 1111-20).

²²¹ La figura della *personne de confiance* è prevista e disciplinata dall'art. L1111-6 CSP.

²²² Cfr., ad esempio, J. PRADEL, *La Parque assistée par le Droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, in *Dalloz*, n. 31, 2005, 2106-2113, p. 2110. In Italia invece, in assenza di una risposta legislativa, alcune posizioni tendono ad escludere per la nutrizione e l'idratazione artificiali (NIA) la qualifica di trattamenti sanitari (e quindi la copertura della regola della volontarietà di cui all'art. 32 della Costituzione) poiché sarebbero da considerare come «atti dovuti eticamente (oltre che deontologicamente e giuridicamente) in quanto indispensabili per garantire le condizioni fisiologiche di base per vivere (...). Acqua e cibo non diventano infatti una terapia medica soltanto perché vengono somministrati per via artificiale» (così il parere su L'alimentazione e l'idratazione di pazienti in stato vegetativo persistente deciso a maggioranza dal Comitato Nazionale per la Bioetica, CNB, il 30 settembre 2005). Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 152. Nel disegno di legge Calabrò in materia di dichiarazioni anticipate di

Per quanto attiene invece all'effetto vincolante delle dichiarazioni anticipatamente rese, la legge francese del 2005 pone innanzitutto un limite temporale: perché siano valide le direttive devono essere state redatte non più di tre anni prima che subentrasse lo stato di incoscienza. Se tale condizione di validità è soddisfatta il legislatore francese, a differenza di quello tedesco, ha previsto che il medico «*en tient compte*»²²³.

Rispetto al principio del “*prend en compte*”, l'art. L1111-11 CSP precisa che il medico tiene conto delle direttive anticipate «*pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement*» che lo riguardano, non prevedendo quindi espressamente tra esse la decisione concretamente finale. Il quadro sembra però essere completato dall'articolo 37 del codice di deontologia medica (art. R4127-37 del CSP), il quale prevede esplicitamente che «*(l)a décision de limitation ou d'arrêt de traitement prend en compte les souhaits que le patient aurait antérieurement exprimés*». Il medico, quindi, deve tenere conto delle volontà anticipatamente espresse dal paziente anche nella decisione di interrompere un trattamento di sostegno vitale. Le direttive, inoltre, prevalgono sul parere della *personne de confiance*²²⁴.

La scelta della formula “*prend en compte*” comporta che il medico non sia completamente vincolato dalla volontà del paziente; tuttavia tale espressione sembra poter essere interpretata nel senso che, qualora il medico intenda discostarsi dalle indicazioni del paziente, egli debba motivare nella cartella clinica la sua scelta²²⁵. Va infatti ricordato il principio della ragionevolezza dei motivi da cui derivare la vincolatività delle direttive, che viene meno nel caso di mutamento di condizioni cliniche o scientifiche²²⁶. A conferma di tale interpretazione, la stessa categoria

trattamento è previsto che il medico debba semplicemente “prendere in considerazione” quelli che vengono definiti solo “orientamenti” espressi dal malato. Tale formula, seppure accompagnata dal dovere di motivazione in cartella clinica, sembra quindi lasciar spazio a una discrezionalità del medico ancora maggiore. Inoltre, le dichiarazioni non possono riguardare nutrizione e idratazione artificiali e non si applicano nel caso di pericolo immediato per la vita del paziente. Cfr. <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00607562.pdf>.

²²³ Art. L1111-11, 2° al. CSP: «*A condition qu'elles aient été établies moins de trois ans avant l'état d'inconscience de la personne, le médecin en tient compte pour toute décision d'investigation, d'intervention ou de traitement la concernant*».

²²⁴ Art. L1111-12 CSP.

²²⁵ Cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 98.

²²⁶ Cfr. sul punto, per quanto riguarda il contesto italiano. il parere del CNB “Dichiarazioni anticipate di trattamento” del 18 dicembre 2003: «Questo carattere non (assolutamente) vincolante, ma nello

professionale afferma che «*si, à terme la décision n'apparaît pas conforme aux désirs exprimés dans les directives anticipées le médecin doit d'autant plus la motiver dans le dossier du patient*»²²⁷. Da ciò si evince come il medico abbia un obbligo almeno tendenziale di rispettare quanto precedentemente manifestato – entro un determinato periodo di tempo – dal paziente poi divenuto incapace.

Con riferimento a questo aspetto, è interessante notare, in chiave comparata, come tale principio sia previsto anche dal codice di deontologia medica italiano. Il già citato articolo 38 prevedeva infatti che «(i)l medico, se il paziente non è in grado di esprimere la propria volontà, deve *tenere conto* nelle proprie scelte di quanto precedentemente manifestato dallo stesso in modo certo e documentato».

La previsione del principio del “*prend en compte*” costituisce, quindi, un’analogia tra i due ordinamenti sul piano dell’etica professionale. Allo stesso tempo, però, mette in luce la sostanziale differenza tra le due esperienze sul piano più propriamente giuridico, sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, si tratta di un principio che in Italia non ha ancora trovato espresso riconoscimento a livello legislativo. Inoltre, la normativa contenuta nel codice deontologico non ha in Italia, almeno dal punto di vista strettamente formale, la stessa valenza giuridica che potrebbe avere nell’ordinamento francese. Sul punto va sottolineato che la riforma del codice di deontologia medica ha mantenuto il principio del “tenere conto” anche in esplicito riferimento a direttive scritte. Il nuovo testo prevede che il medico debba cooperare con il rappresentante legale «perseguendo il migliore interesse del paziente» e rivolgendosi all’autorità giudiziaria nel caso di contrasto. Il ruolo del medico rimane comune centrale anche nel tener conto delle direttive anticipate di trattamento poiché egli deve verificarne la

stesso tempo non (meramente) orientativo, dei desideri del paziente non costituisce una violazione della sua autonomia, che anzi vi si esprime in tutta la sua pregnanza; e non costituisce neppure (come alcuni temono) una violazione dell’autonomia del medico e del personale sanitario. Si apre qui, infatti, lo spazio per l’esercizio dell’autonomia valutazione del medico, che non deve eseguire meccanicamente i desideri del paziente, ma anzi ha l’obbligo di valutarne l’attualità in relazione alla situazione clinica di questo e agli eventuali sviluppi della tecnologia medica o della ricerca farmacologica che possano essere avvenuti dopo la redazione delle dichiarazioni anticipate o che possa sembrare palese che fossero ignorati dal paziente». Per un’analisi in prospettiva comparata si veda, ad esempio, O. GUILLOD, *Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie : regard de droit comparé*, in *Jusletter*, 2011, pp. 121-136.

²²⁷Cfr. il commento all’art. 37 del codice deontologico: <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-37-soulagement-des-souffrances-limitation-ou-arret-des-traitements-261>.

congruenza logica e clinica con la condizione in atto ispirando la propria condotta al rispetto della dignità e della qualità della vita del paziente e dandone chiara espressione nella documentazione sanitaria²²⁸.

Benché in relazione alla vincolatività delle direttive anticipate, la formula del “tenere conto” possa sembrare riduttiva se confrontata con il «*direct binden*» delle *Patientenverfügungen* riconosciuto dall’ordine dei medici tedesco, le risposte contenute nel codice deontologico italiano rappresentano, almeno per ora, una maggiore e più concreta considerazione della volontà del paziente rispetto al silenzio o ai tentativi di intervento del legislatore italiano²²⁹.

Da tutto quanto premesso con riferimento al ruolo del medico rispetto alla volontà anticipatamente espressa dal paziente, vengono confermati possibili spazi di rilevanza della deontologia come guida del medico nell’agire concreto, la cui ampiezza può variare a seconda della disciplina giuridica di riferimento e i margini di scelta decisionale lasciati al professionista. I principi deontologici della centralità del paziente, della tutela dei diritti e libertà fondamentali della persona assistita, compresa la scelta di una morte dignitosa, ma anche la corretta e diligente valutazione delle condizioni cliniche assumono, infatti, peculiare rilevanza nel rapporto terapeutico con un paziente non più in grado di esprimere o confermare la propria volontà. Nel caso italiano, inoltre, la deontologia ha colmato importanti lacune di disciplina prendendo posizione su problematiche delicate, ad ulteriore conferma del fatto che l’assenza, dal punto di vista formale, di natura giuridica vincolante del codice deontologico non si traduce in irrilevanza sul piano sostanziale della normativa di riferimento.

Rispetto all’importanza del ruolo del medico nelle decisioni in questo delicato ambito, un peculiare bilanciamento tra principio democratico e apporto della componente tecnico-professionale sembra essere stato inserito nel 2005 dalla *loi*

²²⁸ Art. 38 CDM (dichiarazioni anticipate di trattamento).

²²⁹ Il disegno di legge italiano in materia di dichiarazioni anticipate, trasmesso alla Camera il 13 luglio 2011, prevede che il medico debba semplicemente “prendere in considerazione” quelli che vengono definiti solo “orientamenti” espressi dal malato. Tale formula, seppure accompagnata dal dovere di motivazione in cartella clinica, sembra quindi lasciar spazio a una discrezionalità del medico ancora maggiore. Inoltre, le dichiarazioni non possono riguardare nutrizione e idratazione artificiali e non si applicano nel caso di pericolo immediato per la vita del paziente. Cfr. <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00607562.pdf>.

Leonetti, almeno sul piano formale dei rapporti tra fonti normative²³⁰. Nel caso di pazienti divenuti incapaci di esprimere la propria volontà, il legislatore francese ha infatti previsto una disciplina specifica, che, nel permettere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, affianca alla consultazione della *personne de confiance* o, qualora esistenti, delle direttive anticipate, il rispetto di una particolare procedura collegiale²³¹.

Il medico può attivare tale procedura di sua iniziativa, ma ha il dovere di farlo in presenza di direttive anticipate o qualora la richiedano la *personne de confiance* o i familiari. La decisione di interrompere i trattamenti è quindi presa dal medico che ha in cura il paziente a seguito della concertazione con l'intera équipe curante e su parere motivato di almeno un altro medico, designato in qualità di consulente. La norma prevede che non debba esserci alcun vincolo gerarchico tra il medico curante e il medico-consulente. Entrambi, inoltre, qualora lo ritengano utile, possono richiedere il parere motivato anche di un altro medico. La decisione di interrompere il trattamento sanitario deve infine essere motivata e i pareri richiesti, le concertazioni intercorse all'interno dell'équipe, nonché i motivi della decisione devono essere inseriti nella cartella clinica del paziente. Infine la *personne de confiance* e i familiari devono essere informati della natura e dei motivi della decisione assunta. Ciò che in questa sede pare interessante sottolineare è proprio la collaborazione richiesta dal legislatore all'ordine dei medici francesi nella fase di riforma della disciplina sul fine vita, con riferimento alla previsione della necessità di una procedura collegiale. Nel modificare l'art. R4127-37 CSP, quindi l'art. 37 del codice di deontologia medica in esso incorporato²³², il legislatore ha infatti attribuito all'ordine dei medici il compito di definire la procedura collegiale contenuta nel secondo paragrafo dell'articolo²³³.

Tale scelta legislativa evidenzia quindi un ulteriore ruolo della deontologia medica, la quale viene presa direttamente in considerazione dal legislatore proprio in fase di elaborazione e codificazione di scelte tanto delicate. La disciplina della procedura

²³⁰ Come si vedrà, però, proprio questa previsione rappresenta un esempio di "tensione" tra gli aspetti formali del rapporto tra deontologia e diritto e le ricadute sul piano sostanziale. Cfr. *infra* il caso Lambert e Parte V.

²³¹ Art. 4127-37 CSP.

²³² Cfr. *supra*.

²³³ Cfr. il già citato commento all'art. 37 del codice deontologico.

collegiale rappresenta così un modo di gestire i rapporti tra legislatore e ordine professionale attraverso il quale, diversamente da quanto avvenuto con *loi Kouchner* 2002, la legge non mira ad incorporare la deontologia nelle sue disposizioni, ma si pone in dialogo con essa²³⁴.

Va tuttavia sottolineato che tale previsione legislativa ha sollevato non pochi dibattiti all'interno della dottrina francese in relazione all'ampliamento dei margini decisionali del medico che la procedura collegiale potrebbe comportare²³⁵. Il recente caso Vincent Lambert ha messo inoltre in luce i contrasti e le tensioni che l'applicazione della procedura di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale può causare tra i familiari del paziente e tra questi e il medico, sia per quanto riguarda la ricostruzione della volontà della persona divenuta incapace, sia per la definizione delle nozioni di «*obstination déraisonnable*» e di «*maintien artificiel de la vie*»²³⁶.

²³⁴ Cfr. il citato commento sul rapporto tra deontologia e diritto dell'Ordine dei medici francese “*La déontologie médicale et son environnement juridique*” e S. BOUSSARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins*, cit., p. 95.

²³⁵ Si veda, ad esempio, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.-M. LARRALDE, (dir.), *La libre disposition de soi*, Bruxelles, 2009, 173-197.

²³⁶ Il caso, che ha suscitato aspri dibattiti in Francia e diviso i familiari del paziente, trae origine dalla decisione di interrompere nutrizione ed idratazione artificiali nei confronti di Vincent Lambert, un uomo tetraplegico e tenuto in vita artificialmente dal 2008 a seguito di un incidente. La decisione era stata assunta nel gennaio 2014 dal medico responsabile, a seguito della specifica procedura collegiale prevista dal legislatore francese nel caso di paziente non più in grado di esprimere la propria volontà. Contro tale decisione, i genitori e alcuni familiari dell'uomo avevano fatto immediatamente ricorso al Tribunale amministrativo di Châlons-en-Champagne, che con decisione del 16 gennaio ne aveva sospeso l'esecuzione. Altri familiari, tra i quali la moglie, avevano però fatto appello al *Conseil d'État*, che, con decisione del 14 febbraio 2014, aveva incaricato un collegio di tre medici di svolgere una perizia per accertare le condizioni cliniche del paziente e, in particolare, l'irreversibilità dello stato di minima coscienza accertato dal 2008. Considerata la complessità della questione, il Consiglio di Stato aveva inoltre invitato l'Accademia nazionale di medicina, il Comitato etico nazionale, il Consiglio dell'ordine dei medici e lo stesso Jean Leonetti a presentare osservazioni scritte di carattere generale utili a chiarire l'applicazione al caso di specie delle nozioni di «*obstination déraisonnable*» e di «*maintien artificiel de la vie*» di cui all'art. L1110-5 del *Code de la santé publique* introdotte con la loi Leonetti del 2005. All'esito della valutazione del collegio dei medici, che ha confermato la natura irreversibile delle lesioni cerebrali subite da Vincent Lambert, tenuto conto della ricostruzione della sua volontà sulla base delle testimonianze di alcuni familiari e accertata la conformità della condotta del medico alla legislazione vigente e alla procedura imposta per l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale, il 24 giugno 2014 il *Conseil d'État* ha dichiarato la legittimità della decisione medica di interrompere nutrizione e idratazione artificiali. Il 25 giugno la Corte europea dei diritti dell'uomo, interpellata dai genitori di Vincent Lambert, ha però chiesto al governo francese di sospendere l'esecuzione della sentenza del *Conseil d'État* in applicazione dell'articolo 39 del suo regolamento, in base al quale la Corte può indicare delle misure provvisorie, obbligatorie per lo Stato interessato, qualora ritenga «che il ricorrente possa essere esposto al rischio reale di subire danni gravi e irreversibili qualora non fosse applicata la misura in questione». Cfr. <http://www.conseil-etat.fr/communique-decision-assemblee-24juin2014.html> e <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4803749-5853682>.

Più in generale, il modello francese di intervento del legislatore in ambito biomedico, se analizzato alla luce degli spazi decisionali lasciati alla coscienza del professionista, sembra essere caratterizzato da un movimento che potrebbe essere definito di “ri-eticizzazione” del diritto²³⁷.

Alla luce dell’analisi fin qui condotta possiamo quindi confermare alcune considerazioni sviluppate nei capitoli precedenti.

Il ruolo della deontologia come fonte di disciplina specifica in un determinato ambito può variare in maniera anche molto ampia nei singoli ordinamenti. Più nello specifico, a seconda delle modalità di intervento dell’ordinamento in un determinato ambito, tale ruolo può derivare da un’espressa previsione legislativa o da un’inerzia del legislatore. Si tratta, in ogni caso, di una rilevanza la cui concreta portata dipende dalla struttura dei rapporti tra il codice deontologico e il resto del diritto.

Questi ambiti di specifica rilevanza della disciplina deontologica si sommano al più volte richiamato ruolo di guida dell’agire medico che la deontologia tradizionalmente svolge nel caso concreto. In alcuni casi, però, quest’ultima basilare e costante funzione della deontologia può trasformarsi assumendo risvolti ulteriori. L’esempio del suicidio assistito mostrerà, infatti, come specifiche scelte contenute nel codice deontologico possano svolgere un ruolo decisivo nella definizione concreta dell’ammissibilità di determinate pratiche, anche al di là del dettato legislativo.

2.2 Deontologia e suicidio assistito

Con riferimento alla possibilità di un aiuto medico al suicidio va subito sottolineato che, tra i tre analizzati, quello italiano è l’unico ordinamento a vietare espressamente con una norma penale sia l’omicidio del consenziente che il suicidio assistito. Negli ordinamenti francese e tedesco, invece, mentre il divieto dell’omicidio del consenziente non solleva particolari dubbi costituendo figura espressa di reato, la fattispecie del suicidio assistito merita alcune precisazioni.

In Francia, infatti, il suicidio non è più considerato reato già dal codice penale del 1791 e non esiste nel diritto penale francese una norma che espressamente vieti il suicidio assistito. Ne consegue che, in assenza di una specifica fattispecie penale dell’assistenza al suicidio, dal punto di vista strettamente giuridico, non possa essere

²³⁷ Si veda in questa prospettiva anche il “*pouvoir médical*” nell’ambito della PMA analizzato nel precedente capitolo. *Infra* parte V.

considerato penalmente responsabile chi semplicemente assiste o aiuta qualcuno a compiere un atto che reato non è²³⁸.

Ciò nonostante, a tale assetto normativo non consegue, di fatto, la possibilità per il malato di ottenere concretamente l'assistenza al suicidio sul modello, ad esempio, svizzero, olandese o belga²³⁹. La condotta del medico potrebbe infatti, almeno in astratto, avere rilevanza penale come *provocation au suicide* oppure come *non-assistance à la personne en danger*²⁴⁰.

Emblematico è il caso di Chantal Sébire, in cui il Tribunale di Dijon ha respinto nel 2008 la richiesta della donna, la quale – completamente sfigurata in volto da un tumore incurabile e costretta a sofferenze ritenute insopportabili – chiedeva che il suo medico fosse autorizzato a prescriberle una dose letale di farmaci. Più nello specifico, veniva richiesto ai giudici di autorizzare il medico «à se faire remettre cette substance dans la pharmacie de son choix, à la stocker et la remettre à Madame Sébire de telle sorte que cette dernière puisse l'absorber sous sa surveillance»²⁴¹. Si trattava quindi chiaramente di una richiesta di suicidio assistito e non di omicidio del consenziente poiché, come emerge dalla stessa ordinanza, la donna chiedeva «[...]que le juge autorise un médecin à lui prescrire du pentothal pour qu'elle puisse, en se l'administrant elle-même, choisir l'instant de sa mort [...]»²⁴². L'ordinanza del 17 marzo 2008, nel rigettare la richiesta, afferma espressamente che quest'ultima è contraria alla deontologia medica e che inoltre «le refus d'incriminer le suicide n'empêche pas celui-ci d'être considéré comme un acte répréhensible, et la personne qui se rend complice d'un suicide par aide au assistance ou fourniture de moyens engage sa responsabilité (article 223-13 du code pénal)»²⁴³.

Di fatto, quindi, nonostante l'assenza di una norma che incrimini espressamente l'assistenza al suicidio, nella giurisprudenza citata non è garantita al malato la

²³⁸Cfr. S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, cit. p.179 e ss.

²³⁹Per un confronto tra le scelte normative adottate da vari ordinamenti in tema di fine-vita cfr. C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 124 e ss.

²⁴⁰Rispettivamente art. 223-13 e 223-6, al. 2. Cfr. F. ALT MAES, *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, in *JCP*, 2006, I, 119, 483-489, p. 488.

²⁴¹TGI Dijon, Ordinanza n. 94 del 17 marzo 2008.

²⁴²Ibid.

²⁴³Ibid. L'art. menzionato dal TGI è proprio quello relativo alla *provocation au suicide*.

possibilità di vedersi accolta dall'autorità giudiziaria la richiesta di ottenere una prescrizione medica del «*traitement nécessaire pour lui permettre de terminer sa vie dans le respect de sa dignité*»²⁴⁴.

La legge francese sul fine vita, pertanto, rifiutando un diritto soggettivo a morire e mantenendo inalterato il codice penale – quindi confermando la scelta di «*laisser mourir*» senza «*faire mourir*» – in sostanza «*écarter le suicide assisté et refuse de dépénaliser l'euthanasie*»²⁴⁵. Interessante notare, ai fini del presente lavoro, il richiamo, quale prima motivazione, alla deontologia medica. Va però precisato che nemmeno il codice deontologico contiene un articolo espressamente dedicato, come nel caso tedesco, al suicidio assistito. Il divieto di tale pratica si evince dalle generali posizioni assunte dalla categoria professionale e in particolare dai *commentaires* del codice deontologico. Il commento dell'articolo 2, relativo alla tutela della vita umana, della persona e della sua dignità contiene infatti un'affermazione inequivocabile: «*(l)e sens de l'activité médicale est de ramener à la vie ceux qui sont en danger. Le cas du sujet suicidaire n'est pas une exception. Le médecin se doit de le ramener à la vie par ses soins, même malgré lui. Le médecin ne peut d'aucune manière se faire le complice d'un suicide*». Il medico francese ha pertanto il dovere deontologico di provare a riportare alla vita il soggetto che tenta di suicidarsi «*même malgré lui*», quindi anche contro la sua volontà, non potendo in alcun modo divenire complice di un suicidio.

Ancora più articolata è, da questo punto di vista, l'esperienza tedesca. Anche in questo caso, infatti, il codice penale prevede solo, all'articolo 216, il reato di omicidio del consenziente, ma non anche il suicidio assistito. Analogamente a quanto detto per l'ordinamento francese, l'assenza del reato di suicidio comporta che, in assenza di specifica disposizione, l'aiuto al suicidio non possa essere considerato un reato penale. Per quanto però riguarda il suicidio medicalmente assistito e quindi la possibilità di ottenere la prescrizione di farmaci letali, il limite giuridico potrebbe

²⁴⁴Questa era infatti la motivazione di Chantal Sébire, quale emerge dall'ordinanza citata.

²⁴⁵F. ALT MAES, *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, cit., p. 488. Il fatto che la possibilità di ottenere l'assistenza medica al suicidio sia ancora controversa si evince anche dal cd. *Rapport Leonetti* del 28 novembre 2008: «*Rapport d'information fait au nom de la mission d'évaluation de la loi n° 2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*» <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i1287-t1.pdf>, pp.120 e 167 e ss. Cfr. inoltre E. ALFANDARI, *Suicide assisté et euthanasie*, in *Dalloz*, 2008, n. 23, 1600; H. CROZE, *Euthanasie et devoir de vivre*, in *JCP*, n.18-19, 2008, 3-4.

derivare dalla legge sulle sostanze narcotiche, la cd. *Betäubungsmittelgesetz (BtMG)* emanata nel 1981. In tale legge sono elencate anche le sostanze considerate medicinali, tra le quali il pentobarbital indicato all'allegato n. 3. In base all'articolo 4, comma 1, n. 3 a) le sostanze elencate in questo allegato possono essere ottenute solo su prescrizione medica. La legge prevede inoltre che la produzione, importazione, esportazione, acquisizione, il commercio e la vendita delle sostanze narcotiche siano sottoposte all'autorizzazione dell'Istituto federale responsabile (*Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte*). L'articolo 5, paragrafo 1, n. 6 della legge impone che tale autorizzazione non possa essere accordata se le finalità dell'utilizzazione del medicinale siano contrarie agli obiettivi della legge sulle sostanze narcotiche, quindi a garantire le cure mediche necessarie alla popolazione, l'eliminazione degli abusi e la prevenzione di forme di dipendenza. In base all'articolo 13, infine, i medici non possono prescrivere le sostanze contenute nell'allegato 3, quindi anche il pentobarbital, qualora l'uso interno od esterno non sia giustificato ai sensi della stessa legge. Sulla base di queste disposizioni è stato ad esempio espresso il rifiuto da parte dell'Istituto federale di consentire la prescrizione dei 15 grammi di pentobarbital richiesti nel noto caso Koch, sul quale si è pronunciata nel 2012 anche la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴⁶. Per quanto più interessa la presente analisi, il divieto espresso di assistenza medica al suicidio è contenuto nell'ordinamento tedesco solo nel codice deontologico federale a seguito della modifica introdotta, come già ampiamente visto, nel 2011. La categoria professionale si è sempre espressa, in maniera più o meno esplicita, rifiutando di ritenere l'assistenza al suicidio un compito del medico e considerandola in più occasioni contraria alla deontologia professionale. Ciò ha quindi di fatto costituito un limite decisivo alla praticabilità del suicidio assistito in Germania. Con la riforma deontologica del 2011 tale impostazione è stata poi codificata all'interno della MBO federale e, attraverso il recepimento nei codici deontologici statali, è divenuta norma giuridicamente vincolante in quanto inserita in una *Satzung*, almeno in quei *Länder* i cui ordini professionali hanno scelto di aderire alla modifica federale. La riflessione

²⁴⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, caso Koch v. Germany (application no. 497/09), sentenza del 19 luglio 2012. Per un approfondimento sul suicidio assistito in Germania si veda, ad esempio, L. BARTH, *Das Verbot der „ärztlichen Suizidassistentz“ - eine verfassungsrechtliche Problemorientierung*, Berlin, 2012.

deontologica ha così concretamente definito il quadro normativo del suicidio medicalmente assistito, con una norma che va oltre il dettato del codice penale.

In questo ambito è però intervenuto nel marzo 2012 il Tribunale amministrativo di Berlino riaprendo la questione del suicidio assistito in Germania con una pronuncia riferita proprio alle scelte dell'ordine dei medici. Il Tribunale era stato adito da un medico, presidente della *Vereins Dignitate* (oggi *Dignitas-Deutschland*) legata all'omonima clinica svizzera, al quale l'ordine dei medici di Berlino aveva imposto tramite uno specifico provvedimento amministrativo di non somministrare sostanze che potessero da sole o, unite ad altre, essere utilizzate per un suicidio, infliggendo anche un'ammenda. In Germania l'ordine professionale può infatti essere autorizzato dalla legge professionale del *Land* di appartenenza²⁴⁷ a imporre il rispetto degli obblighi professionali anche tramite provvedimenti di divieto (*Untersagungsverfügungen*). Nel caso di specie il provvedimento impugnato è stato annullato dal Tribunale amministrativo.

La sentenza è interessante innanzitutto perché i giudici prendono in considerazione molte norme del diritto professionale tedesco e del codice deontologico, commentandone la portata e la concreta rilevanza nell'ambito di analisi.

Nella fattispecie, il diritto professionale di Berlino non contiene alcun espresso divieto di assistenza medica al suicidio²⁴⁸. Ciò nonostante, una tale proibizione potrebbe essere ricavata, secondo i giudici, da alcuni principi e clausole generali, quali, ad esempio, quella dell'esercizio coscienzioso della professione in combinato disposto con la clausola relativa al rispetto dei doveri professionali definiti nel codice deontologico (in questo caso berlinese).

Per il Tribunale, però, il riferimento alle norme professionali (intese come quelle contenute sia nella legge professionale, sia nella *Berufsordnung*) non è sufficiente a giustificare un divieto generale di prescrizione di sostanze mortali ad un malato che chieda di suicidarsi. Ciò contrasta infatti con la libertà professionale e con la libertà di coscienza del medico tutelati dalla Legge fondamentale tedesca. Il Tribunale amministrativo, quindi, dopo aver riconosciuto la competenza in capo all'ordine professionale di emanare il provvedimento in oggetto, afferma come l'ampiezza del

²⁴⁷ Nel caso di specie si tratta del § 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 BerlKaG.

²⁴⁸ Come già sottolineato *supra* il codice deontologico di Berlino attualmente in vigore non contiene la modifica del §16 introdotta a livello federale nel 2011 con riferimento al divieto di suicidio assistito.

divieto in esso contenuto non rispetti diritti costituzionalmente protetti qualora non preveda la possibilità di eccezioni.

I giudici ritengono infatti che dall'etica medica non possa ricavarsi un chiaro ed univoco divieto di assistenza medica al suicidio, anche in quei casi eccezionali in cui il medico prescriva ad una persona, con la quale sia in un rapporto terapeutico particolarmente stretto e duraturo o in rapporti personali di lunga durata, un medicinale mortale su richiesta della persona stessa a fronte di sofferenze insopportabili, incurabili e non alleviabili con cure palliative.

Nel caso di specie, quindi, non è il divieto di assistenza al suicidio in sé ad essere considerato illegittimo, ma la sua previsione in termini tanto generali da non lasciare margini alla coscienza professionale del medico di valutare il singolo caso, il quale rimane però considerato in ogni caso come eccezionale.

È interessante sottolineare innanzitutto l'incisività che l'ordine professionale può avere sulla concreta ammissibilità di una determinata pratica nell'ordinamento di riferimento: pur in assenza di un espresso divieto penale, il codice deontologico e, soprattutto, l'applicazione che ne fa l'ordine dei medici possono rendere di fatto non praticabile il suicidio assistito nell'ordinamento tedesco. La sentenza commentata sembra infatti fare salva la liceità dei provvedimenti di divieto dell'ordine professionale assunti non in termini generali, ma in relazione a specifici casi che non sollevino conflitti di coscienza. La problematica del suicidio assistito in Germania testimonia pertanto un ruolo decisivo della componente deontologica sia dal punto di vista normativo (con la citata modifica del paragrafo 16 della MBO) sia in riferimento alla definizione del caso concreto.

Ciò nonostante, il caso in esame riporta al centro di scelte particolarmente delicate la libertà di coscienza del medico, così come protetta a livello costituzionale, anche contro lo stesso ordine professionale. Si legge chiaramente nella sentenza che in mancanza di risposte normative univoche in materia di suicidio assistito non vi sia alcuna evidente ragione per la quale la coscienza medica debba, nelle ipotesi eccezionali menzionate, passare in secondo piano rispetto al parere dell'ordine professionale (*«ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb das ärztliche Gewissen in*

den genannten Ausnahmefällen hinter der Auffassung der Ärztekammer zurückstehen sollte»²⁴⁹.

Pare quindi emergere un peculiare ruolo dell'autonomia e libertà di coscienza del medico anche contro la stessa deontologia come codificata nei codici (sotto forma, in questo caso, di un provvedimento dell'ordine adottato sulla base di asserite violazioni del codice deontologico) qualora quest'ultima non sia in grado di esprimersi in maniera aderente ai suoi scopi più autentici. Tali scopi sono in questo caso la tutela della scelta in scienza e coscienza del medico, assunta caso per caso in risposta alle specifiche esigenze emerse nella concretezza della relazione di cura individuale.

Nelle circostanze del caso analizzato, la libertà di coscienza del medico, garantita dalla Legge fondamentale e fatta valere direttamente dal Tribunale amministrativo anche contro l'ordine dei medici, diventa in definitiva lo strumento attraverso il quale tutelare la scelta morale del paziente, che chiede di poter essere assistito nel porre termine alla propria esistenza nella maniera che egli ritiene più dignitosa.

Va però sottolineato un ulteriore aspetto che emerge dalla decisione del Tribunale amministrativo di Berlino. I giudici fanno infatti più volte riferimento alla modifica del paragrafo 16 della MBO avvenuta a livello federale nel 2011 per sottolineare l'assenza nel codice berlinese di un altrettanto specifico divieto di suicidio assistito. La sentenza pare quindi lasciare aperta la possibilità che una tale esplicita previsione nelle *Berufsordnungen* possa risultare maggiormente idonea a fondare un provvedimento di divieto del suicidio assistito con portata più generale.

Si è già detto delle diverse scelte adottate dai codici deontologici dei singoli *Länder* rispetto al recepimento della modifica inserita a livello federale sul suicidio assistito. Alla luce di questa pronuncia giurisprudenziale e del valore che sembra essere dato alla presenza di risposte non equivoche su determinate questioni, le differenze tra i singoli codici deontologici tedeschi paiono assumere così una possibile rilevanza anche sul piano più concreto dell'ampiezza dei provvedimenti di divieto che gli ordini professionali possono emettere nei confronti dei medici.

²⁴⁹ VG Berlin, VG 9 K 63.09 del 30 marzo 2012.

Sia nel caso francese che in quello tedesco la posizione della deontologia medica sembra quindi avere un ruolo decisivo nel definire la possibilità di un paziente di ottenere un'assistenza medica al suicidio.

In entrambi gli ordinamenti i codici deontologici sono stati presi in considerazione dalla giurisprudenza, ma con esiti diversi. Nel caso francese il riferimento alla deontologia medica è volto a motivare il rifiuto dell'autorizzazione alla prescrizione di medicinali letali, nel caso tedesco invece il tribunale va oltre la norma deontologica annullando un provvedimento che impediva, proprio sulla base del codice deontologico, a un medico di prescrivere sostanze analoghe.

Emerge quindi ancora una volta la varietà dei modi in cui la dimensione giuridica e dimensione deontologica possono intersecarsi e influenzarsi reciprocamente. Si tratta di una varietà che risulterà ancora più ampia estendendo l'analisi ad altri ordinamenti e, in particolare, al contesto europeo.

PARTE III

CAPITOLO QUARTO

ALCUNI ESEMPI SIGNIFICATIVI DAL PANORAMA COMPARATO E LA DIMENSIONE EUROPEA

L'analisi di alcuni profili studiati in relazione agli ordinamenti francese, tedesco e italiano nel contesto europeo conferma sia la sussistenza di un nucleo comune di principi deontologici fondamentali, sia la varietà di soluzioni sul piano concreto, in ragione dei quattro fattori analizzati.

Il primo aspetto trova diretta espressione nello sviluppo dell'attività del Consiglio Europeo degli Ordini dei Medici (CEOM), il cui generale obiettivo è quello di promuovere, all'interno dell'Unione Europea e dei paesi dell'Efta, un alto livello di qualità della medicina e il rispetto degli interessi dei pazienti. A tal fine, il Consiglio favorisce la cooperazione tra le organizzazioni mediche che ne sono parte e sostiene l'elaborazione di *standards* qualitativi e di posizioni comuni su alcuni profili, tra i quali l'etica e la deontologia medica, la libera circolazione dei professionisti della salute, la regolamentazione in ambito medico e la formazione professionale dei medici.

A partire dalla fine degli anni '80 il CEOM ha così sviluppato alcuni documenti etici e deontologici che contengono i principi sui quali la comunità medica europea è giunta ad un accordo. La prima tappa è rappresentata dai « *Principi di etica medica europea* » adottati nel 1987 dalla «Conférence internationale des Ordres et des Organismes d'attributions similaires»²⁵⁰.

I 37 articoli si riferiscono alla tutela della salute sia fisica che mentale, al principio di non discriminazione²⁵¹, all'impegno di dare priorità agli interessi del malato²⁵²,

²⁵⁰ Principes d'éthique médicale européenne, 6 janvier 1987.

²⁵¹ In base al primo articolo, molto simile nella formulazione a quello del codice deontologico francese, il medico ha la vocazione a difendere la «*santé physique et mentale de l'homme et à soulager sa souffrance dans le respect de la vie et de la dignité de la personne humaine sans discrimination d'âge, de race, de religion, de nationalité, de condition sociale et d'idéologie politique, ou toute autre raison, en temps de paix comme en temps de guerre*».

²⁵² Article 2 : «*Dans l'exercice de sa profession, le médecin s'engage à donner la priorité aux intérêts de santé du malade. Le médecin ne peut utiliser ses connaissances professionnelles que pour*

all'indipendenza morale e tecnica del medico²⁵³, al segreto professionale e al rispetto della vita privata²⁵⁴. Chiaro riferimento viene fatto anche al consenso informato e al divieto per il medico di «*substituer sa propre conception de la qualité de la vie à celle de son patient*»²⁵⁵. Il documento contiene inoltre norme sul trapianto di organi, sull'aborto, sulla sperimentazione umana e sul fine vita. In quest'ultimo caso è richiamato il dovere di rispetto costante della vita, dell'autonomia morale e della libera scelta del paziente. È inoltre previsto che nel caso di una malattia incurabile e terminale il medico possa limitarsi ad alleviare le sofferenze fisiche e morali del paziente somministrandogli i trattamenti appropriati, garantendo il più possibile la qualità della vita anche nelle fasi terminali. È inoltre considerato «*impératif d'assister le mourant jusqu'à la fin et d'agir de façon à lui permettre de conserver sa dignité*»²⁵⁶.

Tra gli ordini professionali che hanno adottato i principi comuni vi sono quelli di Francia, Germania e Italia, ma anche quelli di Austria, Belgio, Danimarca, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Regno Unito, Svezia e Spagna. La Svizzera era in quel momento presente solo come osservatore, ma attualmente è parte del CEOM. Nel 1995, alla luce delle nuove esigenze emerse dal contesto comunitario, è stato aggiunto un allegato nel quale sono contenute ulteriori e più precise indicazioni in materia di informazione e di esercizio societario della professione medica. I principi del 1987 sono stati poi aggiornati nel 2010, l'anno successivo è stata inoltre adottata la *Charte européenne d'Ethique Médicale*²⁵⁷, nella quale sono contenuti 15 principi di etica medica e nel 2013 il CEOM ha infine elaborato le prime cd.

améliorer ou maintenir la santé de ceux qui se confient à lui, à leur demande ; en aucun cas il ne peut agir à leur détriment».

²⁵³ Article 5 : «*Tant pour conseiller que pour agir, le médecin doit disposer de son entière liberté professionnelle et des conditions techniques et morales lui permettant d'agir en toute indépendance. Le patient devrait être informé si ces conditions n'étaient pas réunies*».

²⁵⁴ Article 7 : «*Le médecin est le confident nécessaire du patient. Il doit lui garantir le secret total de toutes les informations qu'il aura recueillies et des constatations qu'il aura opérées lors de ses contacts avec lui. Le secret médical n'est pas aboli par la mort des patients. Le médecin doit respecter la vie privée des patients et prendre toute mesure nécessaire pour rendre impossible la révélation de ce qu'il aura appris à l'occasion de l'exercice de sa profession. Lorsque le droit national prévoit des exceptions à l'obligation du secret médical, le médecin pourra recueillir l'avis préalable de son Ordre ou de l'organisme professionnel de compétence similaire*».

²⁵⁵ Art. 4. La prima parte prevede che: «*Sauf urgence, le médecin doit éclairer le malade sur les effets et les conséquences attendus du traitement. Il recueillera le consentement du patient, surtout lorsque les actes proposés présentent un risque sérieux*».

²⁵⁶ Art. 12.

²⁵⁷ Adottata a Kos il 10 giugno 2010: http://www.ceom-ecmo.eu/sites/default/files/documents/fr-charte_europeenne_dethique_medicale-adoptee_a_kos_0.pdf

*Recommandations Déontologiques*²⁵⁸. Queste ultime riguardano, in particolare, il consenso informato (diviso in tre norme relative alla persona maggiorenne e capace, ai minori e ai soggetti incapaci, nonché ai casi di urgenza), il segreto professionale, il doping sportivo e i rapporti con i colleghi. L'obiettivo è quello di modificare progressivamente le raccomandazioni e sistematizzarle solo quando l'intero insieme di raccomandazioni sarà adottato. Come si vedrà, questo nucleo di principi, che trova corrispondenza anche nelle più recenti versioni di molti codici deontologici europei è la base dell'attuale iniziativa del CEOM, ossia l'elaborazione di un unico codice deontologico europeo, per favorire la libera circolazione dei professionisti all'interno dell'Unione europea.

In ogni caso, nonostante un comune passaggio culturale e professionale, le differenze analizzate nelle discipline deontologiche di Francia, Germania e Italia sono rinvenibili anche nel resto del contesto europeo e possono essere fatte risalire agli stessi quattro fattori più volte menzionati.

In questo capitolo ci si concentrerà prevalentemente su un aspetto peculiare: il rapporto tra la scelta legislativa di intervento nel biodiritto e la reazione della categoria medica.

Gli ambiti di analisi saranno, ancora una volta, le scelte di fine vita e, in particolare, l'interruzione volontaria della vita e il suicidio assistito. Tale scelta permette, innanzitutto, di concentrare l'attenzione proprio su alcuni dei profili maggiormente controversi dal punto di vista sia giuridico che deontologico; si tratta, inoltre, di un ambito che permette di completare l'analisi comparata rispetto a quanto già sottolineato nei contesti francese, tedesco e italiano. Poiché in tutti e tre questi casi il ruolo della deontologia è stato analizzato in ordinamenti che vietano espressamente l'omicidio del consenziente e che mantengono una posizione restrittiva anche nei confronti del suicidio assistito, il rapporto tra diritto e deontologia verrà ora analizzato in relazione a tre ordinamenti europei che rientrano invece nel modello che potremmo definire "a tendenza permissiva"²⁵⁹: Olanda, Belgio e Lussemburgo.

²⁵⁸ Il testo, sia in francese che in inglese è reperibile al seguente indirizzo: <http://www.ceom-ecmo.eu/recommandations-deontologiques-143>.

²⁵⁹ Ci si riferisce alla classificazione elaborata in C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 122 e ss. al quale si rinvia anche per ogni approfondimento sulla distinzione tra modelli "a tendenza permissiva" e modelli "a tendenza impositiva" e per la relativa casistica.

Nell'ordinamento olandese il legislatore è infatti intervenuto nel 2002 con una legge sul controllo dell'interruzione volontaria della vita e dell'assistenza al suicidio, inserendo una clausola di non punibilità per il medico che pratici l'omicidio del consenziente o l'assistenza al suicidio nel rispetto di determinate condizioni²⁶⁰. Nello stesso anno, anche in Belgio è stata introdotta una modifica in ambito penale che permette, qualora siano rispettate determinate procedure e specifici criteri, un'esclusione della responsabilità del medico che abbia attivamente interrotto la vita di un paziente. Benché la legge non preveda espressamente la fattispecie del suicidio assistito, tale pratica vi è fatta rientrare a livello interpretativo. Anche il Lussemburgo, infine, ha adottato nel 2009 una legge che depenalizza l'eutanasia²⁶¹. Dal punto di vista della dimensione deontologica, nel caso Olandese è la stessa *Royal Dutch Medical Association* a contribuire all'elaborazione della legge, partecipando al lungo iter procedurale che, nel dialogo con diverse istanze, ha portato all'adozione del testo del 2002.

Anche in Belgio l'ordine dei medici ha modificato, conformemente alla nuova legge, il codice deontologico. Per quanto riguarda l'assistenza al suicidio, in un parere sul fine vita alla luce della nuova modifica legislativa, l'ordine ha ritenuto che, nonostante non sia ricompresa nella legge sull'eutanasia «*du point de vue déontologique, elle peut néanmoins être assimilée à l'euthanasie pour autant que soient réunies toutes les conditions prévues par la loi pour pratiquer une euthanasie*». A condizione che siano rispettati i criteri previsti per l'eutanasia, anche il suicidio assistito è quindi ritenuto ammissibile dal punto di vista deontologico. Sia l'omicidio del consenziente sia l'assistenza al suicidio erano invece vietati nel precedente codice deontologico del 1992. L'allora articolo 95 prevedeva infatti che il medico non potesse «*provoquer délibérément la mort d'un malade ni l'aider à se suicider*». La deontologia si è quindi adeguata alle modifiche legislative, prevedendo una serie di norme in materia di informazione e consenso²⁶², tali da tutelare adeguatamente il paziente e guidare il medico nell'accompagnamento del malato che scelga una delle possibilità di interruzione della propria esistenza permesse dalla legge. In maniera analoga, l'articolo 51 del codice deontologico del Lussemburgo è

²⁶⁰ Ibid., p. 126.

²⁶¹ Ibid., p. 131.

²⁶² Chapitre IX (Vie finissante). Cfr. <http://www.ordomedic.be/fr/code/contenu/>

stato modificato a seguito della riforma legislativa. Il testo attuale prevede che «*En dehors du cadre de la loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide il est interdit au médecin de provoquer délibérément la mort d'un malade ou de l'aider à se suicider*»²⁶³. Nei casi previsti dalla legge del 2009, quindi, l'omicidio del consenziente e l'assistenza al suicidio non sono vietati dal punto di vista deontologico.

Sul piano normativo c'è pertanto perfetta coerenza tra la scelta dell'ordinamento e la normativa deontologica. Visto alla luce dei rapporti tra diritto e deontologia, ciò testimonia la permeabilità tra le due dimensioni e soprattutto il necessario adeguamento della deontologia alla scelta del legislatore di permettere determinate pratiche.

Se però si guarda allo stesso fenomeno dal solo punto di vista della deontologia, già la comparazione con le scelte adottate sullo stesso tema in Francia, Germania e Italia mostra ancora una volta come, analogamente all'evoluzione legislativa, anche la riflessione deontologica non sia uniforme. Inoltre, proprio l'analisi della reazione delle categorie professionali anche nei tre ordinamenti “a tendenza permissiva” dà l'idea della difficoltà di giungere a posizioni condivise su tematiche del biodiritto e, in particolare, del fine vita. Alla luce di impostazioni legislative tendenzialmente uniformi, le categorie professionali di Olanda, Belgio e Lussemburgo, infatti, pur adeguandosi formalmente, non hanno reagito in maniera analoga.

In Olanda la partecipazione della *Royal Dutch Medical Association* è già di per sé un segno dell'apertura della classe medica all'ammissibilità, a determinate condizioni, dell'omicidio del consenziente e dell'assistenza al suicidio.

Su un piano invece completamente opposto deve essere posta la reazione dell'ordine dei medici del Lussemburgo.

Già in un parere relativo alla proposta di legge, prima quindi della sua approvazione nel 2009, la categoria professionale aveva, infatti, espresso chiaramente la sua contrarietà a qualsiasi forma di eutanasia, sostenendo che le problematiche del fine vita fossero già adeguatamente affrontate dalla legge sulle cure palliative e l'accompagnamento dei malati terminali²⁶⁴. Nel documento il Collegio medico

²⁶³Il testo del codice deontologico è reperibile sul sito : http://www.collegemedical.lu/Deontologie_IV.htm

²⁶⁴ *Avis du college medical concernant la proposition de loi sur le droit de mourir en dignité.*

riteneva che l'apertura all'eutanasia dovesse essere vietata in ragione del il rischio di derive che essa comporterebbe e tale posizione di netta chiusura veniva direttamente basata sul ricordo di quanto compiuto durante il regime nazista.

La posizione dell'ordine risultava molto forte anche in relazione ai rapporti tra etica medica e progresso scientifico: «*Le Collège médical pense que l'éthique et ses normes découlent de la nature humaine, inchangeable, donc non soumise aux aléas du progrès scientifique. Ces normes doivent donc continuer à constituer la base de tout acte médical et thérapeutique. (voir le serment d'Hippocrate et le code de déontologie médicale)*». Alla luce dell'immutabilità delle norme etiche, che, indipendentemente dai progressi scientifici, devono essere alla base di qualsiasi atto medico e terapeutico, il Collegio ha concluso, al punto 10 del parere, proclamandosi favorevole alle cure palliative, contrario all'accanimento terapeutico, ma anche alla legge sull'eutanasia, se intesa nel senso di porre intenzionalmente fine alla vita di una persona affetta da una malattia incurabile. In accordo con la Commissione Nazionale di Etica, il Collegio raccomandava pertanto di non modificare il codice di deontologia medica, né di apportare modifiche alla legislazione vigente. Rispetto all'agire del medico nel fine vita veniva ribadita con ancora più chiarezza la posizione di netta chiusura: «*Les médecins qui auront accompli un acte d'euthanasie ou de suicide assisté dans une situation exceptionnelle devront être prêts à en rendre compte, le cas échéant, devant la justice*». Secondo l'ordine professione, quindi, anche in situazioni eccezionali, i medici che abbiano praticato l'omicidio del consenziente o l'assistenza al suicidio devono essere pronti a risponderne in sede giurisdizionale. Dal punto di vista comparato dei rapporti tra deontologia e diritto è interessante notare come in questo ordinamento, pur a fronte di una delle posizioni deontologiche apparentemente più restrittive rispetto all'adattamento ai progressi scientifici (assolutamente non riscontrabile, almeno non in questa forma, nei codici deontologici che pur vietano il suicidio assistito e ogni forma di eutanasia), la dimensione giuridica sia invece giunta a una delle posizioni più permissive nel contesto europeo. Lussemburgo, Olanda e Belgio sono infatti gli unici ordinamenti in Europa che permettono, non solo il suicidio assistito, ma anche la non punibilità, a determinate condizioni, dell'omicidio del consenziente. Considerando che anche in Lussemburgo il codice deontologico è un decreto ministeriale, quindi una fonte

statale, emergono chiaramente in questo esempio le influenze della scelta di intervento del legislatore nell'ambito del biodiritto e la natura dei rapporti tra deontologia e dimensione giuridica. Alla luce di questi due fattori, come detto, la norma deontologica è stata modificata, consentendo pratiche considerate vietate dalla categoria medica. Il caso analizzato è però espressione anche degli ulteriori due fattori analizzati, ossia la sensibilità interna alla categoria professionale, che potrebbe essere diversa sia da quella di altri ordini dei medici, sia da quella del legislatore, proprio in ragione delle complesse caratteristiche dell'oggetto da disciplinare.

La distanza tra deontologia e diritto emerge, nell'ordinamento del Lussemburgo, anche dopo l'entrata in vigore della legge sull'eutanasia. In un comunicato nel quale il collegio medico dichiara di volere esprimere pubblicamente la sua posizione alla luce della nuova legge, la categoria professionale contesta subito il fatto che la società civile abbia deciso di adottare la riforma, a maggioranza, «*mais sans concertation préalable avec les médecins*». La società ha così imposto ai medici, senza previa idonea consultazione dell'ordine professionale, un ruolo che per millenni non è mai stato loro: «*le fait de pouvoir donner délibérément la mort*». L'affermazione è, tra l'altro, la stessa ancora oggi espressamente contenuta all'articolo 38 del codice deontologico, e quindi del CSP, francese. Alla luce delle analogie tra questi due ordinamenti in relazione alla scelta della legge quale strumento privilegiato in determinate materie e alla "statalizzazione" del codice deontologico, sarà interessante valutare quali potrebbero essere gli esiti sul piano deontologico in Francia, qualora le aperture al suicidio assistito e all'"exception d'euthanasie" espresse dal CCNE e dal *rapport Sicard* diventassero concrete anche a livello legislativo²⁶⁵.

²⁶⁵CCNE, Avis n. 63-27 gennaio 2000. In particolare, il CCNE ritiene che, sul piano del diritto positivo, non si debba pervenire a una depenalizzazione dell'eutanasia, dovendosi mantenere invariate le norme incriminatrici. Ciò nonostante, ponendo l'accento sulla persona e in particolare sul fatto che di fronte alla drammaticità di determinate situazioni, l'essere umano «*surpasse la règle*», il Comitato fa appello alla solidarietà e alla compassione umana, sottolineando altresì come non sia auspicabile per una società vivere un divario troppo ampio tra regola affermata e realtà vissuta: «*Mais, ce qui ne saurait être accepté au plan des principes et de la raison discursive, la solidarité humaine et la compassion peuvent le faire leur. Face à certaines détresses, lorsque tout espoir thérapeutique est vain et que la souffrance se révèle insupportable, on peut se trouver conduit à prendre en considération le fait que l'être humain surpasse la règle et que la simple sollicitude se révèle parfois comme le dernier moyen de faire face ensemble à l'inéluctable. Cette position peut être alors qualifiée d'engagement solidaire. [...] Il n'est jamais sain pour une société de vivre un décalage trop important entre les règles affirmées et la réalité vécue*». Sul piano giuridico, una possibile soluzione a tale

Tornando alla reazione dell'ordine professionale in Lussemburgo, nel comunicato si legge che i medici non si oppongono alla legislazione, ma che *«exigent la protection de leur profession et celle des autres professions de santé concernées (pharmaciens, paramédicaux) par la dépénalisation»*. Inoltre, poiché la società ha imposto ai medici un ruolo contrario a quanto stabilito dall'originario articolo 40 del codice deontologico, spetta sempre alla società il compito di fornire al medico *«le soutien psychologique et moral nécessaire pour assumer un acte qui peut être contraire à ses convictions intime»*. Emerge quindi con chiarezza il contrasto tra dimensione deontologica, da un lato, e dimensione giuridica e sociale dall'altro. Ciò può essere sicuramente dovuto ad un approccio del legislatore che, a differenza di quanto avvenuto in Olanda, non si è posto in concreto dialogo con la componente medica. Sul rapporto tra diritto e deontologia pare però avere inciso anche la posizione di chiusura e l'inerzia della categoria professionale, la quale, per alcuni aspetti, ha forse mostrato un approccio che, alla luce delle mutate condizioni tecnico-scientifiche e culturali, può essere considerato in contrasto con gli stessi scopi più autentici della deontologia. E tale contrasto emerge proprio nel momento in cui l'ordine professionale richiama il rispetto dei principi di etica medica, poiché li considera solo

necessità viene individuata dal CCNE nella previsione, eventualmente anche a livello legislativo, di una *“exception d'euthanasie”*, che permetta di tener conto sia dell'eccezionalità delle circostanze che conducono alla scelta di porre fine alla vita, sia delle condizioni in cui ciò concretamente si realizza. Ciò dovrebbe essere oggetto, in fase istruttoria o dibattimentale, di un esame da parte di una commissione interdisciplinare incaricata di valutare la fondatezza delle pretese della persona sottoposta a giudizio, non tanto con riferimento agli elementi di fatto e di diritto relativi alla colpevolezza, quanto ai motivi che avrebbero animato la scelta, quali ad esempio il desiderio di porre fine al dolore, la compassione o il rispetto dei desideri espressi dal paziente: *«L'acte d'euthanasie devrait continuer à être soumis à l'autorité judiciaire. Mais un examen particulier devrait lui être réservé s'il était présenté comme tel par son auteur. Une sorte d'exception d'euthanasie, qui pourrait être prévue par la loi, permettrait d'apprécier tant les circonstances exceptionnelles pouvant conduire à des arrêts de vie que les conditions de leur réalisation. Elle devrait faire l'objet d'un examen en début d'instruction ou de débats par une commission interdisciplinaire chargée d'apprécier le bien fondé des prétentions des intéressés au regard non pas de la culpabilité en fait et en droit, mais des mobiles qui les ont animés: souci d'abrèger des souffrances, respect d'une demande formulée par le patient, compassion face à l'inéluctable. Le juge resterait bien entendu maître de la décision»*. La scelta rimarrebbe nella discrezionalità dell'autorità giudiziaria, a cui l'atto eutanasiaco deve continuare ad essere sottoposto. In questo modo però, nella visione del CCNE, il giudice potrebbe contare su uno strumento che lo aiuti a risolvere il dilemma di fronte al quale il divario tra diritto e realtà umana spesso lo pone. Il *rapport Sicard* è stato elaborato dalla *Mission présidentielle de réflexion sur la fin de vie* creata con decreto del Presidente della Repubblica François Hollande il 17 dicembre 2012. Cfr. la pagina *«Mission présidentielle de réflexion sur la fin de vie créée par décret du président de la République François Hollande le 17 décembre 2012»* sul sito del Ministero della salute francese (sante.gouv.fr). Per un'analisi del testo della rapporto si veda, inoltre, http://www.lemonde.fr/sante/article/2012/12/18/le-rapport-sicard-propose-de-respecter-les-malades-jusqu-a-donner-la-mort_1807770_1651302.html.

nella loro dimensione statica e quindi non in quella, dinamica, più idonea ad adattarli, con la necessaria elasticità, alle nuove esigenze di tutela dei diritti individuali. Nello stesso comunicato, infatti, la categoria professionale pare ancora alternare posizioni di apertura a posizioni che invece ricordano atteggiamenti paternalistici. Pur affermando che il collegio medico non si oppone all'evoluzione delle idee in una società che insiste in maniera progressivamente maggiore sul rispetto della libera volontà, e pur riconoscendo che ormai la tecnica rischi di imporre ad una persona l'obbligo di vivere in condizioni che ritiene insopportabili e non dignitose, il comunicato ribadisce, proprio nella contestazione iniziale, che la società civile ha deciso, senza consultarlo, di *«placer la volonté individuelle du patient au dessus des notions universelles de morale et d'éthique visant à préserver la vie humaine par tous les moyens»*.

Alla luce di quanto fin qui emerso, si può quindi sottolineare come un rapporto non distorto tra diritto, deontologia e società richieda uno sforzo da parte sia del legislatore, sia della stessa categoria professionale. Il primo deve aprirsi al dialogo con altre componenti normative, la seconda deve però evitare irrigidimenti che la rendano meno credibile come possibile interlocutore della dimensione legislativa, con esiti che ricordano, per certi versi, la decisione del legislatore francese di eliminare il riferimento alle norme deontologiche per evitare una restrizione della tutela che intendeva affermare.

Diversa è invece l'esperienza belga, sia per quanto attiene alla sensibilità interna della categoria professionale, sia in relazione ai rapporti tra diritto e deontologia.

Nonostante il divieto di eutanasia e suicidio assistito nel codice deontologico, l'ordine dei medici aveva infatti espresso atteggiamenti di sostanziale apertura a tali pratiche già in fase di elaborazione della legge del 2002. In particolare, in un parere, il consiglio nazionale aveva ammesso che a determinate circostanze eccezionali il medico potesse trovarsi davanti ad un conflitto di valori e di decisioni, tra la scelta di non provocare deliberatamente la morte e quella di utilizzare ogni mezzo necessario a permettere al paziente di morire in maniera dignitosa. In queste circostanze l'ordine dei medici, lontano dalla posizione di maggiore chiusura del collegio lussemburghese, ha affermato che il medico debba *«prendre en honneur et conscience et en concertation avec le patient une décision qu'il devra toujours*

pouvoir justifier»²⁶⁶. Già prima dell'entrata in vigore della legge sull'eutanasia, la classe medica riconosceva quindi uno spazio di autonomia, ma anche di responsabilità, al medico.

La posizione dell'ordine dei medici è molto chiara anche in relazione al rapporto tra diritto e deontologia.

Nel parere relativo alle cure palliative, all'eutanasia e ad altre decisioni mediche nel fine vita, adottato nel 2003 per esaminare l'impatto della legge del 2002²⁶⁷, il collegio nazionale ricorda, innanzitutto, che un consistente numero di medici considera, nell'esercizio della propria professione, i principi etici come superiori alla legislazione. Ciò nonostante, prosegue il parere, le questioni etiche possono essere oggetto di intervento legislativo. Alla luce di ciò, l'ordine dei medici assume una chiara posizione in relazione al principio democratico, sostenendo che *«lorsqu'une législation de ce type est établie dans un état démocratique et respecte la liberté de conscience de chaque médecin, son existence ne peut être ignorée par une institution de droit public comme l'Ordre des médecins. Par conséquent, l'Ordre ne peut préconiser des règles de conduite ou prendre des décisions contraires aux lois adoptées démocratiquement dans notre pays»*. Oltre al legame tra deontologia e scelta democraticamente assunta dall'ordinamento, l'ordine ribadisce l'ingiustizia di sottoporre medici che si siano conformati alla legge al rischio di sanzioni disciplinari da parte dei consigli provinciali sulla base di un codice deontologico non adeguatamente modificato. Anche per tale ragione l'ordine ritiene di dover procedere immediatamente alla riforma delle norme deontologiche in contrasto con la legge.

Il parere sottolinea altresì il compito attribuito dalla giurisprudenza all'ordine di aggiungere alla legislazione regole deontologiche destinate a guidare il medici nell'esercizio concreto della loro professione. A tal proposito, però, data l'ampiezza e la complessità del coordinamento con la legislazione sul fine vita, il consiglio

²⁶⁶ *Avis du Conseil national de l'ordre des médecins relatif à l'implication médicale dans le cadre de la vie finissante – Euthanasie*. Il testo del parere è reperibile sul sito dell'ordine dei medici belga: <http://ordomedic.be/fr/avis/conseil/avis-du-conseil-national-de-l'ordre-des-medecins-relatif-a-l'implication-medicale-dans-le-cadre-de-la-vie-finissante-euthanasie>.

²⁶⁷ *Avis relatif aux soins palliatifs, à l'euthanasie et à d'autres décisions médicales concernant la fin de vie*. Nelle sedute del 18 gennaio, 15 febbraio e 22 marzo 2003 *«le Conseil national de l'Ordre des médecins a examiné l'impact sur la déontologie médicale de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie et de la loi du 14 juin 2002 relative aux soins palliatifs, ainsi que l'incidence des dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient sur les matières traitées dans les lois citées»*.

decide di limitarsi, in un primo momento, ad emettere solo alcuni pareri e di tenere conto delle reazioni suscitate e dell'esperienza acquisita al fine di modificare, successivamente, alcuni articoli del codice deontologico. Ciò si rende necessario proprio perché si tratta di materie «*au sujet desquelles il n'existe pas de conception unanime tant au sein du monde médical que de la population*»²⁶⁸.

L'esperienza belga sembra quindi fare emergere una relazione certamente più equilibrata tra dimensione giuridica e dimensione deontologica, se confrontata con il conflitto che pare invece essere emerso nel contesto del Lussemburgo.

Sul piano del rapporto tra scelte dell'ordinamento e scelte interne alla categoria professionale è interessante ampliare la comparazione anche alla Svizzera, benché solo sotto il profilo dell'assistenza al suicidio. In questo ordinamento, infatti, mentre l'articolo 114 del codice penale punisce l'omicidio del consenziente, ai sensi dell'articolo 115 il suicidio assistito non è invece punibile qualora non sia praticato per fini egoistici²⁶⁹. Come noto, la Svizzera, grazie all'attività di alcune cliniche che organizzano l'assistenza al suicidio, è una delle mete più frequenti per i malati che intendano scegliere questo tipo di accompagnamento alla morte. Per quanto riguarda il codice deontologico, la Federazione dei medici svizzeri ha scelto, come per molte altre materie, di riferirsi alle direttive dell'Accademia svizzera delle scienze mediche (ASSM), allegate al codice stesso²⁷⁰. Nel documento "Assistenza delle pazienti e dei pazienti terminali" adottato nel 2004 e recentemente aggiornato, la ASSM detta alcuni requisiti che devono essere rispettati nell'assistenza al suicidio. Per quanto riguarda l'approccio della categoria medica, l'attuale versione delle direttive tenta di bilanciare due posizioni molto chiare, dichiarando: «da un lato, l'assistenza al suicidio non fa parte dell'attività medica, poiché è contraria agli obiettivi della medicina. D'altra parte, il rispetto della volontà del paziente è fondamentale nella relazione tra medico e paziente. Un dilemma di tale portata esige una decisione morale personale del medico che, in singoli casi di assistenza al suicidio, deve essere

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, cit., p. 135 e ss.

²⁷⁰ L'articolo 18 del codice di deontologia medica prevede infatti espressamente che «*Les directives de l'Académie suisse des sciences médicales sont applicables dans les domaines ... de la prise en charge des patientes et patients en fin de vie*».

rispettata»²⁷¹. Non vi è, quindi, da parte della categoria professionale, una completa apertura all'assistenza medica al suicidio, la quale rimane infatti considerata un atto contrario agli obiettivi della medicina. Anche in un parere del 2010 sulle proposte di riforma legislativa a livello federale, la ASSM considera il suicidio assistito come meramente «*tolérée en tant que décision morale personnelle du médecin, dans certains cas particuliers et dans les limites d'un cadre déterminé*»²⁷².

Inoltre, il bilanciamento contenuto nelle odierne direttive non era presente nell'originaria posizione dell'ASSM, assunta nelle «*Directives médico-éthiques sur l'accompagnement médical des patients en fin de vie ou souffrant de troubles cérébraux extrêmes*»²⁷³, adottate nel 1995 e in vigore fino alla sostituzione nel 2004. In questo documento, al paragrafo significativamente intitolato con una negazione («*pas d'aide au suicide*») si leggeva infatti: «*Bien que l'aide au suicide ne soit pas punissable lorsqu'elle ne repose pas sur des motifs égoïstes (art. 155 du Code pénal), différentes réserves doivent être formulée du point de vue médical*». Nonostante la previsione del codice penale, la categoria medica ha quindi per lungo tempo adottato una posizione ancora più cauta di quella attuale sul coinvolgimento di medici, affermando, tra l'altro, che «*les risques d'abus qui pourraient résulter d'une acception trop générale de l'aide au suicide par le médecin sont évidents*». L'ASSM ha inoltre costantemente mantenuto un atteggiamento contrario alle proposte legislative relative all'istituzionalizzazione del suicidio assistito come atto medico e all'estensione della pratica in ospedali o istituti di cura, anche al fine di evitare un maggiore coinvolgimento dei medici²⁷⁴. Il parere si chiude, in particolare, con la raccomandazione alla Confederazione di rinforzare la prevenzione al suicidio e di continuare a promuovere le cure palliative.

Si tratta, in ogni caso, di un atteggiamento della categoria professionale che, a differenza di quanto avvenuto in Germania, lascia maggiore spazio alla scelta morale del medico, similmente a quella che era la posizione adottata dall'ordine federale tedesco all'inizio del 2011, prima che la citata modifica del codice deontologico

²⁷¹Il testo italiano della direttiva è reperibile sul sito : http://www.samw.ch/fr/Not_In_Navigation/DirIt.html

²⁷²Prise de position de l'Académie Suisse des Sciences Médicales concernant les propositions de modifications relatives à l'assistance organisée au suicide dans le Code pénal suisse et le Code pénal militaire, 10 gennaio 2010.

²⁷³ Cfr. <http://www.samw.ch/fr/Ethique/Directives/Archive.html>

²⁷⁴ Prise de position de l'Académie Suisse des Sciences Médicales, cit.

vietasse espressamente l'assistenza al suicidio. Se comparato però alle risposte date dagli ordini dei medici in Olanda e in Belgio, l'atteggiamento della classe medica svizzera costituisce un altro esempio di come anche negli ordinamenti "a tendenza permissiva" non ci sia uniformità a livello deontologico. Nonostante l'evoluzione della riflessione deontologica dal 1995 al 2004 e nonostante tale riflessione si inserisca in un contesto culturale che accetta e permette con una certa sistematicità il suicidio assistito, nell'esperienza svizzera la deontologia è arrivata solo a "tollerare" tale pratica, ma non anche a riconoscerla come parte dell'agire medico. Del resto, come sostenuto dalla stessa ASSM «*L'expérience montre que l'assistance au suicide est mieux acceptée dans la population qu'au sein du corps médical*»²⁷⁵.

Una volta compreso come l'intersezione tra deontologia e diritto possa esprimersi in maniera molto diversa non solo in Francia, Germania e Italia, ma anche in alcuni ordinamenti significativi appartenenti al modello a tendenza permissiva nel più generale contesto europeo e come la riflessione deontologica non sia uniforme nei vari ordinamenti, è necessario soffermarsi ora brevemente su due ulteriori precisazioni relativamente a quanto detto nei primi capitoli di questa Parte.

La prima attiene ad una possibile conseguenza che tale differenza di soluzioni normative può avere sul margine decisionale riconosciuto al medico e al paziente. Il divieto imposto, soprattutto a livello penale, in alcuni ordinamenti rispetto a determinate pratiche può incidere infatti sulla mobilità dei pazienti in altre sedi in cui, invece, quelle pratiche sono ammesse e, in particolare, sul ruolo del medico nel facilitare o arginare tale possibilità.

Ne è un esempio la circolare inviata al Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Medici francese dalla *Direction générale de la santé* del Ministero per le politiche sociali e la salute, il 21 dicembre 2012, la quale ha sollevato non poche polemiche all'interno della categoria professionale²⁷⁶.

²⁷⁵Ibid., p. 2. Inoltre, a dimostrazione di come il dibattito sull'assistenza al suicidio e sulla posizione della ASSM sia ancora acceso in Svizzera, la stessa Accademia ha recentemente commissionato uno studio al fine di analizzare l'attitudine della categoria medica rispetto a questa pratica <http://www.samw.ch/fr/Actualites/News.html>. Per un'analisi dei rapporti tra la categoria professionale e il diritto cfr. anche D. SPRUMONT, G. RODUIT, *Le corps médical suisse face au droit : l'attitude de la Fédération des médecins suisses et de l'Académie suisse des sciences médicales*, in *Revue générale de droit médical*, 2008, pp. 401 -429.

²⁷⁶ Il testo della circolare è reperibile sul sito del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Medici francese: <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/amp-avec-don-d-ovocytes-l-etranger-1297>

Nel documento si fa riferimento alla diffusa pratica di molte coppie francesi di recarsi all'estero, in particolare in Spagna, per la procreazione medicalmente assistita con dono di ovociti, poiché l'offerta in Francia non è sufficiente a coprire i bisogni nazionali. Tuttavia, mentre nell'ordinamento francese tale possibilità è rigidamente regolata a livello penale, non sempre i requisiti di gratuità e anonimato del dono vengono invece garantiti all'estero. Questo fenomeno, secondo il Direttore generale, tende ad aggravarsi alla luce dell'influenza che cliniche e organismi stranieri possono avere sui medici francesi, attraverso varie forme di pubblicità. Rispetto a tale quadro, la circolare mette in guardia i medici dal rischio di conseguenze penali che potrebbero avere anche qualora semplicemente diano a pazienti informazioni relative a centri o istituti stranieri nei quali determinate pratiche vengono eseguite al di fuori dei criteri imposti dalla legislazione francese²⁷⁷.

Nel contesto europeo, considerando la grande varietà di impostazioni giuridiche e deontologiche presenti, non solo con riferimento alla procreazione medicalmente assistita, il rischio di conseguenze penali per il medico, che semplicemente dia informazioni alla persona assistita su possibilità non ammesse nel proprio ordinamento potrebbe incidere sulla libera circolazione dei pazienti, garantita dall'Unione europea. La circolare sembra inoltre influire direttamente sul rapporto medico-paziente per quanto riguarda sia la completezza dell'informazione, sia la concreta possibilità per la persona di scegliere liberamente all'interno del territorio

²⁷⁷ In questa prospettiva va ricordata anche l'evoluzione che ha caratterizzato l'ordinamento irlandese in relazione all'informazione sull'interruzione volontaria di gravidanza (Cfr. ad esempio *Attorney General v X*, [1992] IESC 1; [1992] 1 IR 1 e *In re Art. 26 of the Constitution and the Regulation of information (Services Outside the State for Termination of Pregnancies) Bil/1995* [1995]2 I.L.R.M. 81). Si vedano, tra gli altri, J.M KELLY, *The Irish Constitution* (4th ed. Gerard W. Hogan and Gerry Whyte), Dublin, 2003, xcvi; J. JEFFERS, "Dead or Alive?: The Fate of Natural Law in Irish Constitutional Jurisprudence", in *The Galway Student Law Review*, NUI Galway, Vol. 2, 2003, 2-16; B. LEWIS, "Liberal Democracy, Natural Law and Jurisprudence: Thomistic Notes on an Irish Debate" in *Reassessing The Liberal State: Reading Maritain's "Man And The State"*. (Washington D.C., The Catholic University of America Press, 2001); J. JEFFERS, "Dead or Alive?: The Fate of Natural Law in Irish Constitutional Jurisprudence", in *The Galway Student Law Review*, NUI Galway, Vol. 2, 2003, 2-16. Si veda inoltre il *Protection of Life During Pregnancy Bill* del 2013 ai sensi del quale, sulla base di diversi criteri di accertamento, l'aborto non costituisce reato nel caso in cui esista: "Risk of loss of life from physical illness, not being a risk of self destruction; Risk of loss of life from physical illness in a medical emergency; Risk of loss of life from self-destruction". L'articolo 21 (abortion) della *Guide to Professional Conduct and Ethics for Registered Medical Practitioners* è stato conseguentemente modificato. Per quanto riguarda l'informazione il nuovo testo prevede "With regard to abortion abroad, it is lawful to provide information in Ireland subject to strict conditions; however it is not lawful to promote or advocate an abortion in such cases". Cfr. <http://www.medicalcouncil.ie/News-and-Publications/Publications/Professional-Conduct-Ethics/>

europeo. Questi e altri problemi derivanti dalla diversità di discipline giuridiche e deontologiche in ambito biomedico è alla base delle attività intraprese da alcuni ordini professionali al fine di elaborare, come detto e come si vedrà meglio più avanti, un codice deontologico comune a livello europeo²⁷⁸. Infine, per quanto più nello specifico riguarda l'Unione europea e il possibile ruolo della deontologia a garanzia della centralità del paziente nelle scelte terapeutiche, va sottolineato che anche la Corte di Giustizia si è pronunciata in maniera analoga al Consiglio di Stato francese, nel caso *Association of the British Pharmaceutical Industry c. Medicines and Healthcare Products Regulatory Agency*²⁷⁹ in materia di incentivi finanziari ai medici per determinate prescrizioni.

La direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, prevede all'articolo 95: «Nell'ambito della promozione dei medicinali presso persone autorizzate a prescriverli o a fornirli, è vietato concedere, offrire o promettere a tali persone premi, vantaggi pecuniari o in natura». Il caso riguarda la compatibilità con tale direttiva del regime di incentivi finanziari istituito in Inghilterra e Galles dalle autorità nazionali al fine di ridurre le spese pubbliche. In particolare il sistema di incentivi mira a favorire la prescrizione di medicinali meno costosi di altri, appartenenti alla stessa categoria terapeutica e la controversia verteva principalmente sulla prescrizione delle statine per la riduzione del colesterolo. Per quanto più interessa in questa sede, nella causa è stata sottolineata la possibilità che, in alcuni casi, la scelta di un medicinale meno costoso, il cui principio attivo sia diverso, possa avere conseguenze negative per il paziente. Tra le argomentazioni della Corte a favore della legittimità degli incentivi previsti in Inghilterra e Galles viene richiamato espressamente proprio il codice deontologico. Secondo la Corte, infatti, tale sistema di incentivi finanziari pubblici non può pregiudicare l'obiettività di cui deve dare prova, come sottolineato anche dal considerando n. 50 della direttiva del 2001, il medico nella prescrizione di un determinato farmaco. Ciò anche sulla base del fatto che «un medico che prescrive medicinali è tenuto, da un punto di vista deontologico, a non prescrivere un determinato medicinale se quest'ultimo non è

²⁷⁸ Cfr. *infra* Parte V.

²⁷⁹ Corte di giustizia UE, 22 aprile 2010, causa C-62/09.

idoneo al trattamento terapeutico del suo paziente, malgrado l'esistenza di incentivi finanziari pubblici alla prescrizione di tale medicinale». Anche nel contesto dell'Unione europea, quindi, viene confermata questa peculiare forma di rilevanza della deontologia medica nella relazione di cura.

Come si vedrà, questo ruolo della deontologia sul piano sostanziale si affianca al ruolo che le regole deontologiche possono assumere sul piano della libera circolazione di professionisti²⁸⁰.

Nella prossima parte del lavoro si cercherà di capire se i modelli di deontologia analizzati siano in grado di garantire l'effettività delle norme dei codici deontologici anche nel momento di una loro eventuale violazione, attraverso un idoneo procedimento disciplinare.

²⁸⁰ *Infra* parte V.

PARTE QUARTA

LA VIOLAZIONE DELLA DEONTOLOGIA

PARTE IV

CAPITOLO PRIMO

IL RISPETTO DELLA DEONTOLOGIA TRA CONTROLLO STATALE E INDIPENDENZA DELLA PROFESSIONE. ALCUNE CONSIDERAZIONI GENERALI.

Il ruolo riconosciuto, direttamente o indirettamente, alla disciplina deontologica negli ordinamenti analizzati rende necessaria una riflessione sugli strumenti che l'ordinamento giuridico e la categoria professionale hanno a disposizione per garantire il rispetto delle norme dei codici deontologici.

Le potenzialità dell'autoregolamentazione professionale, come disciplina specifica che integra quella statale e come regola del caso concreto, è infatti legata non solo ai suoi rapporti strutturali con il sistema delle fonti, ma anche alla capacità della categoria professionale di garantire la necessaria credibilità e effettività alle sue norme. Allo stesso tempo, alla crescente rilevanza "esterna" della dimensione deontologica corrisponde una crescente esigenza di controllo dell'ordinamento giuridico sulla dimensione professionale.

Abbiamo già fatto cenno, nelle prime *parti*, al duplice approccio dell'ordinamento giuridico rispetto al fenomeno deontologico: da un lato, lo stato riconosce forme significative di autonomia alla categoria professionale e, dall'altro, esercita un controllo, più o meno articolato, sugli ordini e sulla disciplina deontologica. L'analisi dei profili formali e sostanziali del rapporto tra diritto e deontologia ha permesso di evidenziare, attraverso alcuni esempi paradigmatici, come la dimensione deontologica si ponga all'intersezione tra esigenze legate alla professione e interessi pubblici. La complessità che caratterizza questa intersezione si rispecchia sia in quello che abbiamo definito il ruolo tradizionale della deontologia, sia nella sua funzione più ampia legata alla disciplina di alcune questioni controverse in ambito biogiuridico.

In ognuno dei possibili ambiti di rilevanza della deontologia si intersecano quindi forme di intervento statale e competenza della categoria professionale e la responsabilità di quest'ultima attiene non soltanto all'esercizio del potere disciplinare

sugli iscritti all'ordine, ma anche alla sensibilità rispetto a determinate esigenze di trasparenza e credibilità della disciplina deontologica.

Il rilievo e il ruolo normativo che la deontologia può avere nel sistema delle fonti del diritto devono essere, infatti, necessariamente legati alla garanzia di una concreta effettività delle norme deontologiche nel momento di una loro eventuale violazione e ad una concreta conoscibilità e consapevolezza di esse, sia interna che esterna alla categoria professionale.

Questi aspetti assumono particolare rilevanza negli ambiti in cui, come visto, la deontologia si pone come disciplina del caso concreto precisando doveri e principi che integrano il quadro delle reciproche autonomie e responsabilità nella relazione medico-paziente. La garanzia di effettività della deontologia ha inoltre un'importanza fondamentale nei casi che abbiamo definito di "ri-eticizzazione" del diritto, in quelle situazioni, cioè, in cui gli spazi di scelta del medico influiscono in maniera concretamente determinante sulle scelte diagnostico-terapeutiche della persona.

In relazione alla dimensione corporativa della deontologia, infatti, «il fattore dell'effettività della deontologia ... può agevolmente tradursi in un fattore di credibilità della deontologia stessa»¹.

Inoltre, per quanto riguarda il ruolo della deontologia nella scelta responsabile a garanzia della centralità del bene del paziente rispetto ad interessi ed influenze derivanti, ad esempio, da incentivi economici o da fenomeni cd. di "disease mongering" ai quali abbiamo fatto riferimento, è importante sottolineare la necessità di un'adequata riflessione interna alla categoria professionale sul tema del conflitto di interessi. Anche in questo caso, l'analisi comparata mostra alcune sensibili differenze nell'approccio dei codici deontologici in Francia, Germania e Italia.

Nell'ordinamento francese, ad esempio, nonostante l'intervento nel 2011 della legge sulla sicurezza dei farmaci e dei prodotti sanitari, il cui primo titolo è interamente dedicato al conflitto di interessi², il codice deontologico non contiene alcun

¹ R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in L. ASCETTINO, D. BIFULCO, H. ÉPINEUSE, R. SABATO, *Deontologia Giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006, p. 92.

² Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (JORF n°0302 du 30 décembre 2011, p.22667). Il Titolo primo è rubricato « transparence des liens d'intérêts ».

riferimento esplicito alla problematica. Dal punto di vista deontologico la questione viene infatti ricondotta al generale principio dell'indipendenza professionale di cui all'articolo 5 del codice³ e, per i medici che esercitano il ruolo di periti o consulenti tecnici, all'articolo 105 che impedisce il cumulo di tale funzione con quella di medico curante dello stesso paziente e che impone al medico di rinunciare all'incarico qualora fossero in gioco interessi personali o di persone a lui legate. La problematica del conflitto di interessi rimane quindi un mero corollario del principio di indipendenza della professione, senza una riflessione di natura specificamente deontologica da parte della categoria professionale sulle situazioni che possono dare origine a tali conflitti e ai comportamenti eticamente doverosi per prevenirli⁴.

Anche i codici deontologici tedeschi contengono solo norme riferite all'indipendenza del medico. Tuttavia, rispetto alla disciplina francese, quella tedesca è più articolata ed estesa ad un maggior numero di ambiti, dalla scelta dei farmaci, al consiglio di un determinato specialista o di una terapia, all'accettazione di elargizioni, compensi o altre utilità, alla consulenza in studi farmacologici.

In Italia, invece, il codice deontologico, oltre a numerosi richiami all'indipendenza professionale, contiene una norma espressamente dedicata al conflitto di interessi. In base all'articolo 30 il medico deve infatti evitare ogni "condizione di conflitto di interessi nella quale il comportamento professionale risulti subordinato a indebiti vantaggi economici o di altra natura", precisando che tali conflitti possono manifestarsi "nella ricerca scientifica, nella formazione e nell'aggiornamento professionale, nella prescrizione diagnostico-terapeutica, nella divulgazione scientifica, nei rapporti individuali e di gruppo con industrie, enti, organizzazioni e istituzioni, o con la Pubblica Amministrazione". La categoria professionale ha inoltre allegato al codice deontologico degli indirizzi applicativi sul conflitto di interessi che spiegano e definiscono in maniera analitica le varie situazioni di possibile conflitto e i comportamenti deontologicamente doverosi⁵.

³ Art. 5 CDM : «*Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit*».

⁴ J. MORET-BAILLY, *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale, cit., p. 1076*. Si veda inoltre ID., *Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire, in Rev. dr. sanit. et soc.*, 2004, pp. 855-871.

⁵ Il nuovo codice deontologico sembra invece fare un passo indietro per quanto riguarda l'indipendenza professionale rispetto alle scelte organizzative dell'azienda sanitaria. L'articolo 3

Anche in questo caso, quindi, la sensibilità della categoria professionale potrebbe avere un diverso impatto sulla credibilità della deontologia nel suo ruolo di guida per il medico in situazioni condizionate da interessi diversi dal bene del paziente. Come già visto per il dovere di informazione in Francia, anche in ambito di conflitti di interessi, l'atteggiamento della categoria professionale potrebbe pertanto influire non solo sulla sua percezione sociale, ma anche sul ruolo concretamente affidato dall'ordinamento giuridico alla deontologia. In ogni caso, a fronte della crescente rilevanza di fenomeni potenzialmente caratterizzati da conflitti di interesse, il ruolo che, come visto, la giurisprudenza attribuisce alla deontologia in queste situazioni rende necessaria una maggiore e più trasparente riflessione della categoria professionale a garanzia dell'indipendenza del medico posta a tutela dei diritti fondamentali della persona.

Per quanto più concretamente riguarda la violazione della deontologia, è importante sottolineare come sulla valutazione del rispetto delle norme dei codici deontologici intervengano diverse sedi di giudizio, le cui decisioni affiancano la lettura delle norme deontologiche che emerge dal procedimento disciplinare in seno agli ordini professionali.

Questo fenomeno è legato a diversi profili del rapporto tra diritto e deontologia emersi nelle *parti* precedenti.

Va innanzitutto sottolineato che negli ordinamenti caratterizzati da un rapporto diretto tra codice deontologico e fonti del diritto, al mutamento storicamente realizzatosi sul piano formale delle fonti corrisponde un mutamento delle sedi decisionali chiamate a pronunciarsi sulla violazione della deontologia medica. Nel momento in cui il codice deontologico, da strumento interno alla categoria professionale, diventa una vera e propria fonte del diritto statale, come avviene ad esempio in Francia, la verifica del suo rispetto "esce" dal contesto del procedimento

(doveri generali e competenze del medico) fa infatti espresso riferimento alle «innovazioni organizzative e gestionali in sanità» il cui sviluppo integra ed amplia le competenze "specifiche ed esclusive" sulle quali deve basarsi l'attività medica. Alcuni ordini professionali ritengono che da tale norma possa derivare una sottomissione del medico alle scelte dell'azienda sanitaria. Si tratta, in particolare, di uno dei motivi che hanno spinto alcuni ordini professionali a ricorrere al Tar contro il nuovo codice deontologico. In questa prospettiva molto duro è, ad esempio, l'editoriale del Presidente dell'ordine dei medici di Milano pubblicato il 28 maggio 2014 e significativamente intitolato "ritratto di burocrati asserviti alla legge" http://www.omceomi.it/Home/News/DettaglioNews/14-05-28/%C2%ABRITRATTO_DI_BUROCRATI_ASSERVITI_ALLA_LEGGE%C2%BB-3585539158.aspx

disciplinare e può essere esercitata, in maniera più o meno diretta, da altre autorità statali. A ciò deve aggiungersi che l'ordinamento giuridico può reagire all'inerzia dell'ordine professionale nei casi in cui questo non proceda nei confronti dei suoi iscritti. Ad esempio, nell'affaire Hazout, un medico francese specializzato in tecniche di PMA e condannato ad otto anni di reclusione per violenza sessuale sulle sue pazienti, il consiglio dipartimentale dell'ordine è stato condannato nel 2012 dal tribunale amministrativo di Parigi per "*inertie coupable*", poiché per molti anni, dal 1985 al 2007, non aveva dato seguito ai reclami depositati da alcune pazienti⁶.

Inoltre, indipendentemente dai rapporti formali tra codice deontologico e fonti del diritto, uno degli aspetti che caratterizzano la disciplina deontologia in tutti e tre gli ordinamenti analizzati riguarda il suo ruolo di integrazione e definizione di clausole e principi generali, quali, ad esempio, la correttezza e la diligenza professionale. Ne discende quindi una rilevanza della deontologia in sede civile e penale e la conseguente valutazione in più sedi di giudizio della conformità di determinati comportamenti professionali ai precetti deontologici⁷.

Infine, un elemento di influenza e di concreto controllo delle giurisdizioni statali sull'applicazione delle norme deontologiche deriva dal loro giudizio in sede di appello o ricorso contro le decisioni delle commissioni disciplinari degli ordini professionali. Sui dettagli della procedura disciplinare si tornerà a breve. È interessante però ricordare in questa sede alcuni ruoli specifici che la giurisprudenza statale può avere sulla dimensione deontologica.

⁶ Solo nel 2013, infatti, il medico è stato radiato dall'albo.

⁷ Per l'ordinamento italiano sono stati già precisati i profili di tale rilevanza nella parte II proprio al fine di ricostruire il ruolo della deontologia nonostante una struttura poco chiara dei rapporti tra il codice deontologico e le fonti del diritto. Anche in Francia e Germania la letteratura sul punto è molto vasta. Si vedano, a titolo meramente esemplificativo, J. MORET-BAILLY, *Règles déontologiques et fautes civiles*, in *Dalloz*, chron., 2002, pp. 2820-2825 ; C. RADÉ, F MAURY, A ILLIN, *Le rôle des règles déontologiques dans l'encadrement normatif de la recherche biomédicale* in J.-P. DUPRAT (a cura di), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Paris, 2002, pp. 43-62, in particolare p. 50 e ss.; P. ANCEL E J. MORET-BAILLY, *Vers un droit commun disciplinaire*, Saint-Étienne, 2007 ; H.G. KOCH, *Medizinrecht : Ersatz oder Pendant medizinischer Ethik*, in *Ethik in der Medizin*, 1994; R. RATZEL, *Zivilrechtliche Konsequenzen von Verstößen gegen die ärztliche Berufsordnung*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech*, 10, 2002, pp. 492-496; J. SCHRÖTER, *Die Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten an Angehörige eines Patienten*, Frankfurt am Main, 2011; K. THEUNER *Die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht: Eine Untersuchung der Interdependenzen zwischen materiellem und formellem Geheimnisschutzstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Bezüge zu Standesethik und Standesrecht*, Frankfurt am Main, 2009; F. WENZEL., *Der Arzthaftungsprozess. Medizinschaden. Fehler-Folgen-Verfahren*, Köln, 2012.

In Francia, ad esempio, l'articolo L821-2 del *code de justice administrative* prevede che il *Conseil d'État*, quando annulla una decisione delle giurisdizioni amministrative (tra le quali anche quelle ordinistiche), può o rinviare la questione al giudice di secondo grado oppure « *régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* »⁸. Il Consiglio di Stato francese esercita un potere di cassazione sulle decisioni disciplinari di secondo grado e già questo aspetto permette di instaurare un dialogo tra l'autorità statale e la categoria professionale non solo, come visto, in fase di elaborazione del codice e di valutazione della sua legittimità attraverso i ricorsi amministrativi, ma anche in fase di accertamento della responsabilità disciplinare. Inoltre, in base all'articolo citato, qualora ciò sia giustificato dall'interesse di una buona amministrazione della giustizia, il Consiglio di Stato può decidere direttamente nel merito la questione senza rinviare al giudice disciplinare.

Anche in Italia l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, nel riconoscere la natura giuridica delle norme deontologiche e nel ribadire come l'interpretazione della norma deontologica costituisca una “*quaestio iuris*” prospettabile dinnanzi al giudice di legittimità come violazione di legge⁹ “e non una *quaestio facti*”, ha sottolineato il ruolo significativo della Corte di Cassazione, cui spetta una funzione nomofilattica e unificatrice del diritto anche con riferimento ai vari orientamenti che possono formarsi in ambito di responsabilità disciplinare. In base all'articolo 384 cpc., inoltre, quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, I co. n. 3, la Corte enuncia il principio di diritto al quale deve uniformarsi il giudice a cui rinvia la causa e qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto la Corte può anche decidere nel merito la causa.

Nonostante nel procedimento disciplinare tedesco ci siano solo due gradi di giudizio, un dialogo interessante tra giurisdizioni professionali e Tribunale costituzionale federale è reso possibile grazie al *Verfassungsbeschwerde* con il quale il medico può impugnare una decisione del tribunale professionale qualora ritenga

⁸ Art. L821-2 CJA: « *S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'État peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie* ».

⁹Quindi come motivo di ricorso ex art. 360 n. 3 c.p.c. *supra* parte II.

che leda i suoi diritti fondamentali. Proprio questa particolarità dell'ordinamento tedesco ha permesso al Tribunale costituzionale di esprimersi in maniera diretta su questioni attinenti alla dimensione deontologica. Lo stesso *leading case* in materia di competenze normative degli ordini professionali, il *Facharzt-Beschluss* del 1972, è stato pronunciato a seguito di un ricorso costituzionale diretto contro la pronuncia di un tribunale professionale. Inoltre, in una recente sentenza del 2 aprile 2014¹⁰, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto la legittimità del provvedimento con il quale il tribunale professionale del *Land Nordrhein-Westfalen* aveva disposto, a seguito della condanna del medico, la sanzione aggiuntiva della pubblicità della decisione con l'indicazione per esteso del nome del professionista, sulla base dell'interesse della collettività ad essere informata¹¹. In questo caso, sia la decisione del tribunale professionale che quella del tribunale costituzionale di respingere il ricorso del medico rappresentano quindi un esempio interessante di garanzia di trasparenza a fronte della violazione di doveri deontologici, nonché di dialogo e collaborazione tra corti.

Prima di procedere all'analisi del procedimento disciplinare, un'ulteriore riflessione sulla capacità della deontologia di porsi concretamente come garanzia dei diritti tutelati nei suoi codici deve essere fatta in riferimento al livello di consapevolezza dei medici rispetto ai contenuti e all'ampiezza della disciplina deontologica. Abbiamo visto che i possibili ruoli della deontologia nel biodiritto si basano su un bagaglio fatto di tradizione deontologica, ma anche di riflessione sull'ampiezza, i contenuti e i limiti di determinati concetti, maturata nei decenni grazie ai dibattiti interni ed esterni alla categoria professionale.

Presupposto per una condotta autenticamente aderente agli scopi della deontologia medica è quindi la conoscenza da parte degli iscritti agli albi professionali delle norme deontologiche e delle loro relazioni con altri saperi, *in primis* quello giuridico che nell'attività medica spesso si interseca con esse.

In generale, i codici deontologici prevedono al loro interno norme riferite all'obbligo di conoscenza del codice da parte dei medici. Ciò nonostante, da uno sguardo ai programmi universitari dei tre ordinamenti analizzati sembra che alla deontologia sia

¹⁰ BVerfG, decisione n. 1 BvR 1128/13 del 02.04.2014.

¹¹ La norma di riferimento è il paragrafo § 60. 3 della legge professionale del *Land (HeilBerG NRW)*. Normalmente vengono invece pubblicate solo le iniziali.

riservato uno spazio tendenzialmente esiguo. I riferimenti alla deontologia compaiono, ad esempio, in corsi ad oggetto molto più ampio e nei quali, pertanto, la scelta di quanto peso conferire allo studio dei codici deontologici pare rientrare, a seconda del sistema universitario, nella discrezione dell'Ateneo o del docente. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'unità di insegnamento « *santé, société, humanité* » dell'ordinamento francese in cui, ai sensi del decreto del 28 ottobre 2008, la deontologia compare tra moltissime altre materie¹². Anche nell'ordinamento tedesco la deontologia o lo studio della *Berufsordnung* non compare come esame specifico, ma solo, eventualmente, all'interno di esami più generali come « *Geschichte, Theorie, Ethik in der Medizin* » o corsi complementari, variamente nominati. La stessa scarsa attenzione alla dimensione deontologica è rinvenibile nei programmi universitari in Italia, in cui la deontologia è insegnata all'interno di altri esami, generalmente di “medicina legale”, ai quali è normalmente assegnato un numero di crediti molto basso. Benché sia difficile ricostruire in termini oggettivi il peso concretamente dato all'insegnamento della deontologia, la scarsa presenza di insegnamenti specificamente dedicati ad alcuni dei profili più complessi del ruolo della deontologia nella formazione universitaria può forse essere alla base di quella che ancora oggi sembra essere una superficiale conoscenza dei contenuti dei codici deontologici da parte dei medici in tutte e tre le esperienze analizzate, indipendentemente dal tipo di valenza che la deontologia assume sul piano giuridico¹³.

Infine, un ulteriore elemento che pare importante in una corretta relazione tra deontologia, società e diritto attiene, come anticipato, alla conoscibilità della deontologia da parte della collettività. Da questo punto di vista, benché in tutti e tre gli ordinamenti la deontologia sembri ancora non confrontarsi compiutamente con la

¹² *Arrêté du 28 octobre 2009 relatif à la première année commune aux études de santé*. Cfr. <http://www.education.gouv.fr/>. La definizione del nucleo didattico è così descritta: « *Sciences humaines et sociales : histoire et philosophie de la santé, des soins et des sciences, morale éthique déontologie, relations soignés - soignants : aspects éthiques - juridiques ; aspects psychologiques (3 items majeurs : personnalité et tempérament ; développement psychologique et interactions biologie/environnement/psychologie), anthropologiques et sociologiques (équité de la distribution des ressources), droit et santé (organisation de la justice - responsabilité médicale - secret médical.) ; formation à la démarche scientifique et à l'épistémologie. Réflexion à titre d'exemples sur les thèmes : maladies chroniques, handicap, exclusion et intégration, douleur, soins palliatifs* ».

¹³ Cfr., ad esempio, R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 7.

dimensione sociale, va tracciata una significativa differenza tra i modelli analizzati nel presente lavoro. In Francia e in Germania, infatti, dalla natura di fonti del diritto dei codici deontologici discende uno specifico regime di pubblicità legale: il *code de déontologie* francese, in quanto decreto ministeriale è pubblicato sul *Journal Officiel*, mentre la *Berufsordnung* tedesca, in quanto *Satzung*, è pubblicata sull'*Arzteblatt* del rispettivo ordine. In Italia invece la legislazione non prevede un regime specifico e il codice deontologico è semplicemente pubblicato sul sito degli ordini dei medici. Nel contesto francese, inoltre, il codice deontologico è accompagnato da *commentaires* a cura dell'ordine professionale che vengono periodicamente aggiornati online e tengono conto del quadro legislativo e giurisprudenziale di riferimento, offrendo così a medici, giuristi e cittadini uno strumento molto utile per comprendere la riflessione deontologica alla base delle norme del codice e i suoi rapporti con il "resto del diritto". Analogamente, nei *Länder* tedeschi, i giornali ufficiali di ogni ordine professionale contengono costanti e aggiornate spiegazioni di questioni deontologiche, soprattutto in occasione delle modifiche dei codici. A seguito della recente riforma, inoltre, sul sito dell'ordine federale è stata pubblicata una tabella sinottica contenente non solo le modifiche al codice deontologico, ma anche le motivazioni alla loro base, fornendo così un quadro preciso dei mutamenti legislativi e giurisprudenziali che hanno reso necessario un intervento della categoria professionale sulle proprie norme. Anche i verbali e i resoconti del congresso federale annuale dei medici tedeschi, in occasione del quale vengono decise le questioni deontologiche più rilevanti e le eventuali riforme del codice, vengono riportati in un protocollo reso pubblico sul sito dell'ordine. In tal modo è possibile ricostruire le varie opinioni emerse in riferimento ai singoli ambiti interessati dalla disciplina deontologica.

In Italia il codice deontologico e soprattutto la riflessione interna alla categoria professionale non hanno forme di pubblicità altrettanto efficaci.

Il dialogo con la comunità sociale sembra invece essere un elemento importante da sviluppare parallelamente alle garanzie di effettività e credibilità della deontologia, al fine di rendere i codici deontologici veri intermediari tra il diritto, la professione medica e la società.

PARTE IV

CAPITOLO SECONDO

FONDAMENTO GIURIDICO DEL POTERE DISCIPLINARE E FONTI DELLA RESPONSABILITÀ DEONTOLOGICA

Un primo aspetto che l'analisi comparata dei procedimenti disciplinare in Francia, Germania e Italia mette in luce riguarda alcune caratteristiche comuni in riferimento al fondamento giuridico del potere disciplinare e alle fonti della responsabilità deontologica. In tutti e tre gli ordinamenti, infatti, indipendentemente dalla struttura dei rapporti tra diritto e deontologia il potere disciplinare degli ordini professionali trova diretto fondamento in una norma legislativa che prevede anche quali debbano essere le sanzioni. In tutti gli ordinamenti, inoltre, fonti dirette, ma non esclusive, della responsabilità disciplinare sono le norme dei codici deontologici emanati dalla categoria professionale. Nelle tre esperienze analizzate, quindi, il compito di garantire il rispetto delle norme deontologiche, in quanto norme vincolanti per gli appartenenti alla categoria professionale, è affidato, in maniera diretta o indiretta, agli ordini professionali e, in particolare, alle rispettive sezioni giurisdizionali o tribunali professionali. Gli ordini dei medici hanno pertanto, da un lato, il compito di redigere i codici di deontologia medica, di adattarli alle necessità di una professione in costante evoluzione e di garantirne l'evoluzione nell'interesse dei pazienti, e, dall'altro, il dovere di garantire l'applicazione e il rispetto delle regole deontologiche da parte dei loro iscritti. Proprio per il perseguimento di questi scopi, alle istituzioni ordinistiche sono generalmente attribuite, come visto, funzioni di natura sia amministrativa sia normativa che giurisdizionale. Gli ordini professionali si pongono così al cuore della deontologia medica, proprio perché è attraverso il potere disciplinare a loro attribuito che la deontologia si afferma sul piano concreto e giunge a pieno compimento¹⁴. Non va, infatti, dimenticato come l'obiettivo assegnato alla giurisdizione dell'ordine sia duplice: il procedimento disciplinare non è solo un mezzo per sanzionare comportamenti non conformi all'etica professionale, ma anche un modo per creare e perfezionare la regola deontologica attraverso le pronunce

¹⁴ E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit, p. 275.

giurisprudenziali. Tuttavia, proprio il cumulo di funzioni amministrative, normative e giurisdizionali rende necessaria una riflessione sull'indipendenza e la trasparenza delle commissioni disciplinari, su cui si tornerà a breve.

Con specifico riferimento al fondamento giuridico del potere disciplinare, nel contesto francese, esso è espressamente contenuto nel *code de la santé publique* (CSP). Ai sensi dell'articolo L4121-2, in particolare, il compito principale dell'ordine dei medici è quello di garantire il rispetto dei principi di moralità, probità, competenza e dedizione, indispensabili all'esercizio della professione, e l'osservanza da parte di tutti i suoi membri dei doveri professionali e delle regole deontologiche. Essi assicurano ugualmente la difesa dell'onore e dell'indipendenza dalla professione¹⁵. Lo stesso principio è ribadito anche dall'articolo L4122-1, relativo al consiglio nazionale e alla camera disciplinare nazionale, ai sensi del quale il consiglio «*remplit sur le plan national la mission définie à l'article L. 4121-2. Il veille notamment à l'observation, par tous les membres de l'ordre, des devoirs professionnels et des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1*»¹⁶. Ancora più esplicita è la formulazione dei commi 2 e 3 dell'articolo R4127-1, espressamente riferita alla giurisdizione disciplinare: «*conformément à l'article L. 4122-1, l'ordre des médecins est chargé de veiller au respect de ces dispositions. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre*».

Nell'ordinamento tedesco, la competenza legislativa in ambito disciplinare appartiene, come per i codici deontologici, ai *Länder*. Sono sempre le *Heilberufes-Kammergesetz*, quindi le leggi professionali di ogni singolo *Land*, a prevedere, con formula tendenzialmente uniforme che qualsiasi inadempimento agli obblighi professionali da parte degli iscritti all'ordine sia perseguito giudizialmente dal Tribunale professionale (*Berufsgericht*). Alla legge professionale è generalmente affiancata una *Satzung*, quindi in questo caso un regolamento, adottato dall'ordine

¹⁵Articolo L 4121-2, 1° e 2° al. CSP: «*L'ordre des médecins, celui des chirurgiens-dentistes et celui des sages-femmes veillent au maintien des principes de moralité, de probité, de compétence et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine, de l'art dentaire, ou de la profession de sage-femme et à l'observation, par tous leurs membres, des devoirs professionnels, ainsi que des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1. Ils assurent la défense de l'honneur et de l'indépendance de la profession médicale, de la profession de chirurgien-dentiste ou de celle de sage-femme*».

¹⁶Articolo R 4122-1 CSP.

professionale, che disciplina la composizione e il funzionamento dei tribunali professionali (*Berufsgerichtsordnung*). Una particolarità che distingue l'ordinamento tedesco attiene quindi alla fonte che disciplina il procedimento e l'organo giudicante. In Francia e in Italia questi aspetti sono previsti da una fonte statale. Nell'ordinamento tedesco, invece, da un lato, il potere disciplinare e il tipo di organo giudicante trovano fondamento nella legge e nella Costituzione, così come i principi fondamentali alla base del procedimento stesso. Dall'altro lato, però, le regole della procedura disciplinare e quelle per la composizione e la nomina dei membri del *Berufsgericht* sono contenute in una norma dell'ordine professionale, che assume la forma di *Satzung* e ha quindi, dal punto di vista giuridico, caratteristiche analoghe al codice deontologico.

Nell'ordinamento italiano, il potere disciplinare dell'ordine è previsto dall'articolo 3 del d.lgs. c.p.s n. 233 del 1946 e dal d.p.r. del 5 aprile 1950, n. 221. In particolare, la norma, dopo aver attribuito all'ordine dei medici il compito di vigilare sul rispetto del decoro e dell'indipendenza della professione, stabilisce alla lettera f) che ad esso spetti anche il compito di «esercitare il potere disciplinare nei confronti dei sanitari liberi professionisti iscritti all'albo». Ai sensi dell'articolo 38 del d.p.r. 221/50, inoltre, «i sanitari che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale, sono sottoposti a procedimento disciplinare da parte del consiglio dell'ordine o collegio della provincia nel cui albo sono iscritti». Alla luce di quanto detto in relazione alla natura giuridica del codice deontologico, emerge subito un dato significativo: nell'ordinamento italiano il potere disciplinare dell'ordine dei medici trova fondamento e regolamentazione in norme di diritto statale, ma lo stesso non accade per i principi deontologici, alla tutela dei quali esso è preordinato¹⁷.

Benché sia in Francia che in Germania e Italia, l'iscrizione all'albo sia indispensabile per esercitare la professione medica, va fin da subito precisata una distinzione tra i

¹⁷Tuttavia, come visto, proprio l'esistenza di potere e sanzioni disciplinari previsti direttamente dalla legge, che però si limita alla previsione generale degli abusi, mancanze o fatti disdicevoli al decoro professionale, può essere considerata, alla pari di quanto sostenuto per la deontologia forense dalla giurisprudenza di legittimità, una delega che il legislatore fa alle norme deontologiche riconoscendo la «loro funzione di parametro normativo generale alla stregua del quale valutare la condotta dei professionisti iscritti», in modo tale da derivare dalla stessa legge statale anche il fondamento giuridico del potere normativo dell'ordine. Cfr *supra* Parte II.

tre ordinamenti per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettiva del potere disciplinare.

Mentre per l'ordinamento italiano non sono previste differenze significative tra gli iscritti all'albo professionale, negli ordinamenti francese e tedesco vengono poste invece alcune limitazioni all'ordinario potere disciplinare dell'ordine dei medici in determinati casi.

In Francia, un limite è legato, ad esempio, alla stessa applicabilità del codice deontologico che non si estende ai medici militari, i quali hanno, infatti, un loro autonomo codice deontologico. Nell'ordinamento italiano, invece, a dimostrazione di come non ci sia la stessa distinzione, proprio la recente riforma del codice deontologico ha inserito una norma che espressamente prende in considerazione le particolari esigenze legate all'ambito militare.

Un settore in cui le esperienze francese e tedesca prevedono significative eccezioni è quello della pubblica amministrazione in relazione al procedimento disciplinare. Nel caso francese la norma è tendenzialmente ampia poiché il CSP fa un riferimento generale alla categoria dei medici *chargés d'un service public*, prevedendo, in questo specifico caso, alcune limitazioni all'ordinaria disciplina del procedimento, soprattutto per quanto riguarda i soggetti legittimati ad adire le camere disciplinari¹⁸. Nell'ordinamento tedesco è invece espressamente previsto da tutte le leggi professionali che i *Beamte* siano sottoposti al procedimento disciplinare dell'ordine professionale¹⁹. Con il termine *Beamte* viene generalmente indicato un peculiare *status* legato non a rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, bensì ad una specifica nomina (*Ernennung*), dalla quale discende una particolare disciplina, che distingue i *Beamte* da altri impiegati (*Angestellten*) pubblici. Si tratta quindi di una sorta di *lex specialis* dalla quale derivano, nel caso di medici, conseguenze anche sul piano della responsabilità professionale. I *Beamte* sono, infatti, direttamente soggetti al *Dienstherrn* e quindi non al potere disciplinare dell'ordine dei medici. Da

¹⁸ Come si vedrà, questa impostazione ha una ricaduta sull'ampiezza del ruolo riconosciuto ai pazienti poiché a questi casi non si estende la sua possibilità di divenire parte del procedimento, come previsto, in via generale, dalla riforma del 2007.

¹⁹ «*Beamte unterliegen als Ärzte im Gegensatz zu angestellten und niedergelassenen Ärzten dem berufsgerichtlichen Verfahren bei der Ärztekammer nicht. Für sie gilt ausschließlich das Disziplinarrecht des Dienstherrn, auch für im Dienst begangene berufsunwürdige Handlungen*». Cfr. R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 51.

un lato, tale categoria è più ristretta rispetto a quanto previsto nell'ordinamento francese, dall'altro lato, però, nel caso tedesco non è prevista una semplice limitazione o una variante dell'ordinario procedimento disciplinare poiché è esclusa proprio la competenza dei tribunali professionali ordinistici.

Per quanto riguarda il campo di applicazione del potere disciplinare dell'ordine professionale nell'ordinamento italiano va precisato che, in termini più generali, le Sezioni Unite hanno individuato il fondamento di tale potere nella speciale posizione di supremazia in cui si trova l'ordine nei confronti degli iscritti all'albo. In particolare, nella sentenza n.579 del 14 marzo 1961 si legge che «l'appartenenza a una collettività, che, in quanto è istituzionale, è altresì ordinamento giuridico, crea rapporti fra il gruppo [...] e il singolo che concorre a formarlo, in virtù dei quali questo è tenuto ai comportamenti richiesti dai fini istituzionali del gruppo. Questo, come ordinamento a sé, tutela i propri fini direttamente e riconduce, attraverso la minaccia e l'irrogazione delle sanzioni, all'osservanza dei particolari doveri del singolo che se ne allontana. Il potere disciplinare riconosciuto dalla legge è, quindi, espressione diretta della rilevanza dei fini delle istituzioni e della autonomia di esse»²⁰.

Oltre a quanto già detto per i *Beamte*, le *Beufusordnungen* tedesche si applicano, in generale, a qualsiasi medico abilitato dall'ordine ad esercitare nel *Land* di competenza, indipendentemente dal fatto che lavori come libero professionista o in ospedale. In Francia, oltre al limite per i medici che esercitano una funzione pubblica, è prevista una disciplina più articolata dell'ambito soggettivo di rilevanza del codice in ragione della sua natura peculiare nel sistema delle fonti del diritto francese²¹. Ai sensi del primo articolo del codice deontologico²², le sue norme si

²⁰Cass., Sez. un., 14 marzo 1961, n.579. M. G. MORROCCHESI, *Il potere disciplinare dell'Ordine professionale*, F. RAIMONDI, L. RAIMONDI, *Il procedimento disciplinare nelle professioni sanitarie: potere disciplinare, procedimento sanzioni*, Milano, 2006.

²¹ Il codice, infatti, da un lato, ha portata obbligatoria e natura di norma giuridica in quanto décret en *Conseil d'Etat* integrato nell'integrazione nel *code de santé publique*; dall'altro rimane, com'è proprio della sua stessa natura, un insieme di regole professionali vincolanti non già per tutti i cittadini a cui è destinato il *code de santé publique*, bensì solo per coloro che appartengono alla categoria professionale. Da qui la necessità di delimitare l'ambito di applicazione soggettiva delle disposizioni in esso contenute e quindi di individuare i professionisti soggetti al potere disciplinare dell'ordine.

²²Articolo R4127-1, 1° al. CSP: «*Les dispositions du présent code de déontologie s'imposent aux médecins inscrits au tableau de l'ordre, à tout médecin exécutant un acte professionnel dans les conditions prévues à l'article L. 4112-7 ou par une convention internationale, ainsi qu'aux étudiants en médecine effectuant un remplacement ou assistant un médecin dans le cas prévu à l'article R.*

impongono innanzitutto a tutti i medici iscritti all'albo, indipendentemente dal fatto che essi esercitino o meno. È inoltre espressamente previsto che il codice vincoli gli studenti di medicina che effettuano una sostituzione o che, previa autorizzazione del prefetto, esercitino momentaneamente la professione in qualità di medici "aggiunti" in assistenza a un altro medico, in caso di epidemie o di eccezionale afflusso di pazienti. Le norme deontologiche valgono anche nei confronti di stagisti e tirocinanti, ma non sono loro direttamente opponibili poiché si ritiene che essi esercitino sotto la responsabilità di altri medici e che siano quindi questi ultimi a dover garantire il rispetto della deontologia²³.

I principi del codice deontologico si applicano, inoltre, in tutti gli ordinamenti anche ai medici che, per qualsiasi motivo, non esercitino al momento dell'eventuale violazione. Ciò riguarda, ad esempio, il segreto professionale, il cui dovere non cessa per il medico anche dopo che ha smesso di esercitare.

Tutti e tre gli ordinamenti analizzati contengono infine norme specificamente dedicate all'Unione europea, conformemente alla direttiva 2005/36/CE del parlamento europeo e del consiglio del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali. Per quanto riguarda in particolare la libera prestazione di servizi, tutti e tre gli ordinamenti prevedono che un cittadino di un altro stato membro UE possa esercitare la propria attività senza essere iscritto all'albo del paese ospitante, ma sia sottoposto alle stesse leggi professionali previste per gli iscritti, alle norme disciplinari e al rispetto del codice deontologico.

Per quanto riguarda le fonti della responsabilità deontologica, in Francia, conformemente a quanto previsto dal CSP l'ordine dei medici ha il compito di vigilare sul rispetto delle disposizioni del codice deontologico, ossia delle

4127-87 ». Per espressa previsione normativa le disposizioni del codice non sono applicabili a soggetti terzi implicati in un'attività medica contraria all'etica professionale: in questo caso sarà solamente il medico ad essere ritenuto disciplinarmente responsabile per essersi affiancato ad altri soggetti in un'attività contrarie alle norme deontologiche.

²³Cfr. il sito del consiglio nazionale dell'ordine: <http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-1-champ-d-application-du-code-224>. Per quanto riguarda gli studenti di medicina che effettuano una sostituzione o che assistono un medico iscritto all'Albo, la facoltà di adire le camere disciplinari spetta al consiglio dell'albo a cui è iscritto il professionista sostituito o assistito, cfr. articolo R4126-1 CSP: «*Lorsque la plainte est dirigée contre un étudiant non inscrit au tableau à la date de la saisine, le conseil départemental ayant qualité pour saisir la chambre disciplinaire est le conseil au tableau auquel est inscrit le praticien auprès duquel a été effectué le remplacement ou l'assistantat* ».

disposizioni ora contenute nella parte regolamentare dello stesso CSP²⁴. È quindi innanzitutto la violazione delle regole contenute nel codice deontologico ad essere fonte di responsabilità deontologica. Come anticipato, l'illecito disciplinare non è ravvisabile solo nella violazione di norme deontologiche espressamente codificate, potendo consistere, più in generale, anche in un venir meno all'etica propria della professione medica e in particolare ai cd. principi deontologici fondamentali²⁵. In Francia, la prima formulazione di determinate regole tradizionali della medicina liberale in termini di "principi fondamentali" risale a una legge del 1973²⁶ il cui testo è stato poi codificato nell'articolo L162-2 del *code de la sécurité sociale*²⁷. La loro elaborazione avviene attualmente soprattutto a livello giurisprudenziale. Da questo punto di vista è utile ricordare il citato *arrêt Milhaud* del 2 luglio 1993, riguardante un caso di sperimentazione su persona già in stato di morte cerebrale. Come già detto il Consiglio di Stato ha riconosciuto l'esistenza di «*principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient e ne cessent de s'appliquer avec la mort de celui-ci*»²⁸. Con riferimento alle fonti della responsabilità deontologica è interessante il passaggio argomentativo del Consiglio. Da un lato, ha infatti ritenuto che la sezione disciplinare del consiglio nazionale dell'ordine avesse commesso un errore di diritto nell'applicare la sanzione, nella fattispecie la dichiarazione di biasimo, sulla base della violazione di alcuni specifici articoli del codice deontologico allora vigente, poiché si trattava di norme applicabili solo a persone viventi. Dall'altro lato, però, ha comunque rigettato il ricorso del medico, mantenendo la stessa sanzione e operando semplicemente una sostituzione della base giuridica. Il Consiglio ha, infatti,

²⁴Articolo R4127-1, 2°-3° al. CSP: «*Conformément à l'article L. 4122-1, l'ordre des médecins est chargé de veiller au respect de ces dispositions. Les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre*».

²⁵Si vedano sul punto, tra gli altri, J.-P. ALMERAS, H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, cit., p.3 A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *DROIT DE LA SANTE*, cit., p.494, E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit, p. 105.

²⁶Legge n°71-525 del 3 luglio 1971 *relative aux rapports entre les caisses d'assurance maladie et les praticiens et auxiliaires médicaux*.

²⁷Articolo L162-2 CSS: «*Dans l'intérêt des assurés sociaux et de la santé publique, le respect de la liberté d'exercice et de l'indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont le libre choix du médecin par le malade, la liberté de prescription du médecin, le secret professionnel, le paiement direct des honoraires par le malade, la liberté d'installation du médecin, sauf dispositions contraires en vigueur à la date de promulgation de la loi n° 71-525 du 3 juillet 1971* ».

²⁸CE ass. 2 juillet 1993, n. 124960, pubblicato nella raccolta *Lebon*. Il testo integrale della decisione è reperibile sul sito del *Conseil d'Etat*: <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/base-de-jurisprudence/>.

espressamente riconosciuto nella condotta del medico la violazione dei principi deontologici fondamentali relativi al rispetto della persona umana, come tali applicabili, appunto, anche dopo la morte del paziente e quindi idonei a giustificare legalmente l'applicazione di una sanzione disciplinare²⁹. I principi deontologici fondamentali estendono quindi la responsabilità deontologica anche alle azioni commesse dopo il decesso del paziente e tale principio è stato poi inserito anche in una norma del codice deontologico che attualmente funge così da base giuridica anche per questo aspetto³⁰. Va inoltre sottolineato che il poter "interpretativo-creativo"³¹ conferito alla giurisdizioni disciplinari permette di andare oltre il lato meramente letterale della norma³².

Nell'ordinamento italiano, per quanto attiene alle fonti della responsabilità disciplinare, l'art. 38 del dpr 221/50 fa semplicemente riferimento agli «abusi o mancanze nell'esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale». L'assenza di una previsione normativa che faccia esplicito riferimento al codice deontologico si riflette quindi anche su questa disposizione, la cui vaghezza è evidente, soprattutto se confrontata con la corrispondente norma francese³³. In ogni caso, la prima fonte di responsabilità disciplinare è sicuramente costituita anche in Italia dalle violazioni delle disposizioni contenute nel codice deontologico, il cui articolo primo, rubricato *definizione* stabilisce, infatti, che «il

²⁹ «*Considérant que [...] en estimant que M. X... avait méconnu les dispositions précitées des articles 2, 7 et 19 du code de déontologie, qui ne peuvent s'appliquer qu'à des personnes vivantes, la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins a entaché sa décision d'erreur de droit; Mais considérant que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci ; qu'en particulier, ces principes font obstacle à ce que, en dehors des prélèvements d'organes opérés dans le cadre de la loi du 22 décembre 1976, et régis par celle-ci, il soit procédé à une expérimentation sur un sujet après sa mort [...] que, d'autre part, ladite expérimentation ne répond pas à une nécessité scientifique reconnue, et qu'enfin, l'intéressé n'a pas donné son consentement de son vivant ou que l'accord de ses proches, s'il en existe, n'a pas été obtenu; Considérant [...] que les faits ainsi retenus à l'encontre de M. X... constituaient un manquement aux principes ci-dessus rappelés et étaient de nature à justifier légalement l'application d'une sanction disciplinaire ; que le requérant n'est, dès lors, pas fondé à demander l'annulation de la décision attaquée; [...] La requête de M. X... est rejetée*». CE ass. 2 juillet 1993, n. 124960, cit.

³⁰ Art.2 del codice deontologico francese. Cfr. *supra* parte III.

³¹ Cfr. E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit, p.186.

³² Ibid. Cfr. inoltre J.-P. ALMERAS, H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, cit. p.3 e M.-H. BERNARD-DOUCHEZ, *La déontologie médicale*, in NEIRINCK C. (a cura di), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, 1998, p.99.

³³ L'art. L4122-1 CSP: «*Le conseil national de l'ordre [...] veille notamment à l'observation, par tous les membres de l'ordre, des devoirs professionnels et des règles édictées par le code de déontologie prévu à l'article L. 4127-1*» al quale si lega la previsione dell'art. R4127: «*les infractions à ces dispositions relèvent de la juridiction disciplinaire de l'ordre*».

Codice di deontologia medica ... identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l'esercizio professionale del medico». Il codice inoltre «regola anche i comportamenti assunti al di fuori dell'esercizio professionale quando ritenuti rilevanti e incidenti sul decoro della professione» e il medico deve conoscere e rispettare sia il codice sia gli indirizzi applicativi ad esso allegati. Più nello specifico, l'articolo 2 espressamente prevede che «l'inosservanza o la violazione del Codice, anche se derivante da ignoranza costituisce illecito disciplinare, valutato secondo le procedure e nei termini previsti dall'ordinamento professionale». Più ampia era invece la previsione del precedente codice deontologico del 2006 il cui articolo 2 faceva espressamente riferimento anche ad «ogni azione od omissione, comunque disdicevoli al decoro o al corretto esercizio della professione». Tale estensione del campo di applicazione del potere disciplinare rimane comunque, come visto, nelle richiamate leggi professionali.

Tra l'altro, proprio nel dovere di dare concretezza all'espressione «fatti disdicevoli al decoro professionale» si può riconoscere, come anticipato, un ulteriore, ancorché indiretto, fondamento del potere di emanare un corpus di regole deontologiche³⁴. Nonostante la lettera della recente riforma deontologica, anche nel contesto italiano il codice deve ritenersi quindi non esaustivo (non potendo esaurire la tipologia di condotte la cui violazione può rilevare come fonte di responsabilità disciplinare) e ha come funzione prevalente quella di tipizzare i comportamenti ritenuti maggiormente rilevanti sul piano deontologico³⁵. Le sanzioni disciplinari, inoltre, non sono direttamente legate agli illeciti disciplinari. La discrezionalità della commissione disciplinare è quindi molto ampia anche da questo punto di vista. Sul punto le Sezioni Unite hanno inoltre ribadito, ad esempio con la sentenza n. 309 del 2005, riferita alla disposizione del tutto analoga prevista per la professione forense, che «l'art. 38 del r.d.l. n. 1578 del 1993 non individua comportamenti tassativi per gli illeciti disciplinari poiché il principio di legalità si riferisce soltanto alle sanzioni

³⁴ E ciò ha trovato autorevole conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla natura giuridica delle norme deontologiche. Cfr. *supra* Parte II.

³⁵ Tra le altre situazioni in cui l'ordine deve intervenire ed esercitare il potere disciplinare va ricordata, ad esempio, quella prevista dall'articolo 44 del DPR 221/50 per cui «il sanitario a carico del quale abbia avuto luogo procedimento penale è sottoposto a giudizio disciplinare per il medesimo fatto imputatogli, purché egli non sia stato prosciolto per la non sussistenza del fatto o per non averlo commesso». Inoltre, la legge 5/02/1992 n. 175 in materia di pubblicità sanitaria [...] variamente modificata e integrata nel corso del tempo, prevede il potere-dovere degli ordini di irrogare sanzioni disciplinari nei confronti dei sanitari che violino le disposizioni della legge stessa.

penali vere e proprie e non si applica alle sanzioni disciplinari»³⁶. L'assenza di tipicità può essere del resto considerata come funzionale alla flessibilità ed elasticità che caratterizza in generale la disciplina deontologica rispetto alla staticità della norma giuridica e in ciò emerge anche tutta l'importanza del momento processuale nell'ambito di effettività della deontologia medica, poiché è attraverso la giurisprudenza del giudice disciplinare che si delinea l'esatto significato precettivo delle norme deontologiche che si assumono violate³⁷. In questa prospettiva, quindi, è la stessa giurisprudenza disciplinare a diventare una fonte importante della deontologia nel momento stesso in cui definisce in concreto in confini e l'ambito di operatività dei precetti su cui essa si fonda.

Per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, oggetto di un *berufsgewerkschaftliche Verfahrenen* sono innanzitutto le violazioni dei doveri professionali contenuti nelle norme della *Berufsordnung*, ma possono rientrarvi, più in generale, anche ulteriori principi che il medico sia obbligato a rispettare nell'esercizio della professione. Sanzionabile dal punto di vista disciplinare è infatti un'azione con la quale il medico abbia colpevolmente violato doveri al cui rispetto è obbligato a tutela del decoro professionale³⁸. Dal punto di vista delle leggi professionali dei *Länder* è generalmente previsto, nella parte relativa ai generali doveri dei medici, che gli iscritti all'ordine siano obbligati ad esercitare la professione in maniera coscienziosa e corrispondente alla fiducia nutrita nei loro confronti³⁹. Nella parte relativa al

³⁶ Sul problema della tipizzazione degli illeciti disciplinare la Corte costituzionale nella sentenza n. 100 del 1981 ha affermato chiaramente che «deve anzitutto osservarsi che non appare pertinente il richiamo all'art. 25, comma secondo, Cost. Tale norma infatti, interpretata nel necessario collegamento con il primo comma dello stesso articolo, si riferisce, come è generalmente ritenuto, solo alla materia penale e non è di conseguenza estensibile a situazioni, come gli illeciti disciplinari, estranee all'attività del giudice penale, pur se con questa possono presentare, per determinati aspetti, una qualche affinità. L'esercizio del potere disciplinare è regolato, invero, da principi sostanzialmente differenti e meno incisivi di quelli che reggono l'esercizio del magistero penale. [...] E tale differenza si riflette naturalmente sull'operatività, nel campo disciplinare, dei principi generali in materia di esplicitazione del potere punitivo, rendendola meno rigorosa ed estesa».

³⁷ Cfr. G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, cit., p. 561 e 562. Sul punto è intervenuto anche il Consiglio di Stato con la sentenza n. 122 del 1997 affermando che non è sufficiente perché la norma deontologica «abbia esistenza reale ed effettiva, un mero catalogo di criteri deontologici astratti» essendo invece «necessario stabilire a quali doveri di comportamento quei criteri, se applicati alla concreta realtà dell'esercizio professionale diano luogo».

³⁸ R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 50.

³⁹ Cfr. ad esempio la Heilberufe-Kammergesetz – HBKG del Baden-Württemberg, § 29, ma la formulazione è analoga nelle leggi professionali degli altri *Länder*: «Die Kammermitglieder sind

procedimento disciplinare è previsto inoltre che le violazioni dei doveri professionali da parte dei membri dell'ordine vengano perseguite nell'ambito del procedimento professionale⁴⁰. La legge precisa che non sono oggetto di valutazione da parte dei tribunali professionali le opinioni di natura politica, etica e scientifica⁴¹. Vale anche nel contesto tedesco quanto affermato con riferimento al ruolo della giurisprudenza disciplinare.

Sempre nel contesto tedesco vanno altresì ricordati i cd. provvedimenti di divieto (*Untersagungsverfügungen*), ossia i provvedimenti di natura amministrativa attraverso i quali gli ordini professionali tedeschi, qualora ciò sia previsto nella relativa legge professionale, possono vietare a un medico una determinata condotta. La giurisprudenza ha ribadito, ad esempio nella citata sentenza sul suicidio assistito del tribunale amministrativo di Berlino, che tali provvedimenti non possono ritenersi sostituiti dalla possibilità di intervento delle forze di pubblica sicurezza (*Polizei e Ordnungsbehörden*). La garanzia del rispetto dei doveri professionali è in generale considerata come una competenza dell'ordine professionale preordinata al perseguimento di un interesse anche di carattere generale. Tali provvedimenti costituiscono pertanto una modalità di controllo particolarmente incisiva sul rispetto dei doveri deontologici che si affianca e precede la possibilità di sanzionare comportamenti contrari al codice deontologico attraverso lo strumento del procedimento professionale. Sempre con riferimento a questi provvedimenti va ribadito che la giurisprudenza ha riconosciuto tale competenza all'ordine professionale anche quando il medico sia contemporaneamente membro dell'ordine di un altro *Land*.

Si tratta di provvedimenti impugnabili davanti al tribunale amministrativo e, come visto nella sentenza sull'assistenza al suicidio, permettono un dialogo diretto delle autorità giurisdizionali statali con la dimensione deontologica, sia sotto il profilo dei contenuti normativi, sia con riferimento all'ampiezza dei divieti imposti ai medici.

verpflichtet, ihren Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen in Zusammenhang mit dem Beruf entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen».

⁴⁰ Heilberufe-Kammergesetz – HKaG Bayern, §66: «Die Verletzungen von Berufspflichten durch Mitglieder der Berufsvertretungen werden im berufsgerichtlichen Verfahren verfolgt».

⁴¹ Ibid.

PARTE IV

CAPITOLO TERZO

IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Nel presente capitolo si analizzeranno alcuni profili dei procedimenti disciplinari in Italia, Germania e Francia con particolare riferimento a due aspetti principali. Si valuterà, innanzitutto, il rispetto di alcune garanzie legate ai principi del giusto processo e si cercherà inoltre di mettere in luce gli elementi in grado di connotare l'idoneità di un determinato procedimento a emanciparsi dalla dimensione meramente corporativistica.

A tal fine saranno scelti alcuni elementi che permettono di considerare contemporaneamente entrambe le prospettive: la composizione delle commissioni disciplinari, i gradi di giudizio, la pubblicità del procedimento e il contraddittorio.

Per ognuno di questi profili verranno analizzate, in primo luogo, le caratteristiche del procedimento italiano e di quello tedesco, che costituiscono due modelli completamente diversi nella struttura. Alla luce degli elementi che emergeranno da queste due esperienze, si analizzerà la riforma che, in particolare dal 2002, ha caratterizzato il procedimento disciplinare francese. Tale riforma, infatti, è interessante poiché mette in luce il passaggio da un modello tendenzialmente interno alla categoria professionale, per certi versi quindi più simile a quello italiano, a un modello maggiormente caratterizzato da elementi esterni già a partire dal primo grado di giudizio, che lo avvicinano, per alcuni aspetti, al procedimento tedesco. Proprio nello studio di questo passaggio potranno così sottolinearsi alcune soluzioni individuate dall'ordinamento francese per colmare le lacune che precedentemente connotavano il procedimento disciplinare e che tuttora caratterizzano l'esperienza italiana. L'analisi sarà quindi particolarmente utile anche per alcune prospettive di riforma in Italia.

L'attuale modello francese presenta, infine, interessanti novità per quanto riguarda il ruolo del paziente, che invece sono ancora assenti nelle esperienze tedesca e italiana, prestandosi quindi a ulteriori riflessioni sul ruolo che potrebbero avere i procedimenti disciplinari negli ordinamenti analizzati.

1. La composizione delle commissioni disciplinari

Il primo profilo che merita di essere analizzato è quello relativo alla composizione degli organi giudicanti. Da questo punto di vista le tre esperienze presentano tre modelli completamente diversi.

In Italia è proprio in relazione alle commissioni disciplinari che emerge un consistente profilo di debolezza del modello italiano di deontologia. Per quanto riguarda gli organi titolari del potere disciplinare, il già citato art. 3, lettera f) attribuisce la potestà disciplinare nei confronti degli iscritti all'albo al consiglio direttivo di ciascun ordine. L'art. 15 lettera g) attribuisce inoltre al comitato centrale della Federazione il compito di «esercitare il potere disciplinare nei confronti dei componenti dei consigli direttivi degli ordini e dei collegi». A seguito dell'istituzione della professione sanitaria di odontoiatria con legge n. 409 del 24 luglio 1985 e la conseguente previsione di due albi separati nello stesso ordine, l'esercizio del potere disciplinare nei confronti degli iscritti all'albo dei medici chirurghi e degli iscritti all'albo degli odontoiatri è ora invece affidato, rispettivamente, alla commissione iscritti albo medici chirurghi e alla commissione iscritti albo odontoiatri⁴². Entrambe le commissioni sono però interamente ed esclusivamente composte da medici, così come già era previsto per il Consiglio direttivo e il Comitato centrale. È stato inoltre ritenuto che la composizione delle due commissioni disciplinari individuata dalla legge debba essere interpretata in senso rigoroso dal punto di vista formale, non essendo ammissibile la trattazione del procedimento da parte di una commissione composta in modo diverso. È in particolare da ritenersi «preclusa ogni possibilità per le commissioni di disciplina predeterminate *ope legis*, di potersi costituire in una diversa composizione (come accadrebbe, per esempio, se venisse aggregato alla commissione un esperto estero o un legale di fiducia dell'ordine)»⁴³.

Completamente diverso è invece, da questo punto di vista, il procedimento disciplinare nell'ordinamento tedesco, nel quale i tribunali professionali sono costituiti presso Tribunali amministrativi od ordinari e prevedono nella loro

⁴² L'art. 6 della legge ha infatti modificato gli articoli 3 lett. f) e 15 lettera g) prevedendo al posto dei consigli direttivi e del comitato centrale della Federazione nazionale, le due apposite commissioni. L'eventuale sanzione comminata dal consiglio direttivo, sarebbe pertanto nulla per incompetenza assoluta.

⁴³ M. GRECO, G. MORROCCHESI, *Il potere disciplinare dell'Ordine professionale*, cit., p.21.

composizione almeno un magistrato. Le uniche eccezioni sono rappresentate da tre *Länder* che prevedono la costituzione dei *Berufsgerichten* presso gli ordini professionali. Anche in questo caso, però, è prevista la presenza di un magistrato.

In particolare, i tribunali professionali trovano fondamento costituzionale nell'articolo 101 comma 2 della GG, in base al quale «Tribunali per particolari materie possono essere istituiti solo per legge»⁴⁴. Essi sono pertanto formalmente dei tribunali statali, istituiti tramite la legge professionale, con una composizione peculiare dovuta alla necessità di garantire l'autonomia dell'ordine dei medici. Sono quindi un efficace esempio, nell'ambito disciplinare, di quell'intersezione tra dimensione statale e dimensione professionale che caratterizza il generale rapporto tra diritto e deontologia.

Per quanto riguarda la compresenza di magistrati di professione e medici, in primo grado il collegio è generalmente composto da tre membri, due dei quali medici, mentre la presidenza è affidata ad un magistrato. I membri sono tutti nominati dal Tribunale e, per quanto riguarda i medici, su proposta dell'ordine professionale competente. Il tribunale di seconda istanza è invece generalmente costituito da più membri e prevede, oltre alla presidenza di un magistrato, la presenza di due giudici professionisti e due giudici onorari⁴⁵.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la presenza di elementi esterni alla categoria è prevista invece solo nel secondo grado di giudizio, anche se con modalità molto distanti da quelle dell'ordinamento tedesco. Per il II grado l'ordinamento italiano prevede infatti un organo giudicante completamente diverso da quelli di primo grado: la Commissione Centrale per gli Esercenti le Professioni Sanitarie (CCEPS). Si tratta, tra l'altro, come anticipato, di una soluzione del tutto eccezionale nel panorama delle deontologie professionali italiane. La Commissione è, in particolare, un organo di giurisdizione speciale, istituito con il dlgs del 1946, non presso la Federazione Nazionale degli Ordini, bensì direttamente presso il Ministero della Salute. Ciò che più preme sottolineare in questa sede è proprio la sua

⁴⁴ Per la traduzione italiana si rimanda ancora una volta a G. CERRINA FERONI, T.E. FROSINI, A. TORRE, *Codice delle costituzioni*, cit.

⁴⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 69 del Heilberufe-Kammergesetz – HKaG Bayern: «Das Berufsgericht verhandelt und entscheidet in der Besetzung mit einem Berufsrichter als Vorsitzenden und zwei ehrenamtlichen Richtern, das Landesberufsgericht verhandelt und entscheidet in der Besetzung mit einem Berufsrichter als Vorsitzenden, zwei weiteren Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern».

composizione poiché vi fanno parte anche un consigliere di stato che la presiede, un membro nominato dal Consiglio Superiore di Sanità e un dirigente amministrativo del Ministero della salute. Ad essi si aggiungono, per ciascuna professione sanitaria, un altro dirigente medico del Ministero e otto liberi professionisti, dei quali cinque effettivi e tre supplenti⁴⁶. Per quanto attiene ai membri medici-chirurghi e odontoiatri, essi sono designati, per le questioni di rispettiva competenza, dal Comitato centrale della FNOMCeO e almeno tre di essi non devono essere membri del Comitato stesso. La CCEPS, inoltre, è costituita con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro della Salute di concerto con il Ministro della Giustizia⁴⁷.

Con riferimento al rapporto tra autonomia professionale e dimensione esterna alla categoria dei medici, va ricordato, da un lato, quanto ribadito dalla Commissione centrale nella decisione n. 47 del 2003, relativa alla costituzionalità delle sue norme istitutive rispetto all'art. 102 Cost. La Commissione ha infatti sottolineato che l'elemento caratterizzante di tutte le giurisdizioni speciali considerate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 284 del 1986⁴⁸ consiste nell'essere «espressione dell'autonomia organizzativa delle libere professioni» e che ciò «avviene anche nel caso della Commissione centrale, nella cui composizione i membri liberi professionisti detengono, non a caso, la maggioranza dei voti (cinque contro quattro) e nella quale comunque, per la valida composizione del collegio, occorre la presenza di almeno tre di essi»⁴⁹. Dall'altro lato, però, non si può trascurare il fatto che si tratti, in ogni caso, di una composizione che in qualche modo va oltre la dimensione più strettamente corporativistica che invece caratterizza le commissioni di primo grado. L'art. 65 del Regolamento prevede, inoltre, che le decisioni della

⁴⁶La legge n. 409 del 1985 ha integrato la composizione della Commissione relativamente alla professione di odontoiatria.

⁴⁷Art. 17 D.lgs.C.p.s 233/1946: «Presso l'Alto Commissariato per l'igiene e la sanità pubblica é costituita, per i professionisti di cui al presente decreto, una Commissione centrale, nominata con decreto del Capo dello Stato, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro per la grazia e giustizia, presieduta da un consigliere di Stato e costituita da un membro del Consiglio superiore di sanità e da un funzionario dell'Amministrazione civile dell'interno di grado non inferiore al 6°. Fanno parte altresì della Commissione: a) per l'esame degli affari concernenti la professione dei medici chirurghi, un ispettore generale medico ed otto medici chirurghi, di cui cinque effettivi e tre supplenti; [...]».

⁴⁸ Si tratta della sentenza con la quale la Corte costituzionale ha risolto nel senso della legittimità dei giudici speciali, quali il Consiglio Nazionale Forense, anteriori all'emanazione della carta costituzionale. La giurisprudenza è estendibile anche alla CCEPS.

⁴⁹ Decisione n. 47 del 2003.

Commissione siano adottate a maggioranza, ma che «in caso di parità prevale il voto del presidente, che vota per ultimo, dopo aver raccolto i voti dei componenti» e, come detto, ai sensi dell'art. 17 della legge professionale la CCEPS è «presieduta da un consigliere di stato». In caso di parità prevale quindi il voto di un membro esterno alla categoria professionale, al quale spetta anche il compito di disporre i provvedimenti istruttori, preliminari all'esame del ricorso da parte della Commissione.

Un'altra differenza con l'ordinamento tedesco risiede nel fatto che, mentre entrambe le fasi del procedimento disciplinare in Germania hanno natura giurisdizionale, in Italia il primo grado ha natura amministrativa.

Da questo punto di vista deve però ricordarsi che nell'ordinamento tedesco è previsto, in alternativa al procedimento disciplinare, un *Rügeverfahren*, ossia un procedimento di rimprovero qualora l'illecito professionale non sia particolarmente grave o la colpa del medico sia lieve. Il relativo provvedimento può essere associato al pagamento di una somma di denaro che può arrivare fino a € 5.000. In questo caso la legge professionale prevede espressamente che le regole da seguire siano quelle del procedimento amministrativo⁵⁰.

Tornando al procedimento disciplinare strettamente inteso, l'ordinamento italiano e quello tedesco presentano quindi strutture completamente diverse in riferimento alla composizione dell'organo giudicante. Anche la compresenza di membri esterni alla categoria professionale che caratterizza la CCEPS si inserisce in un modello del tutto diverso da quello dei Tribunali professionali tedeschi. Inoltre, tutto il primo grado nell'ordinamento italiano rimane esclusivamente all'interno della dimensione professionale con scarse o nulle garanzie di trasparenza, terzietà ed indipendenza degli organi giudicanti.

Da questo punto di vista, come accennato, spunti di riflessione interessanti per l'ordinamento italiano possono venire dalla riforma francese e ciò anche in ragione di una struttura per certi versi più simile tra le due realtà, se rapportata alla completa diversità del modello tedesco.

⁵⁰Cfr., ad esempio, http://www.aerztekammerberlin.de/10arzt/30_Berufsrecht/08_Berufsrechtliches/02_Berufsordnung_und_Durchsetzung/05_BODurchs.html#a

In Francia, infatti, il legislatore ha influito negli ultimi anni in maniera significativa sulla gestione del potere disciplinare da parte della categoria professionale, attraverso l'elaborazione rigorosa di un procedimento disciplinare che rispecchia sempre di più i tratti caratteristici dei procedimenti giurisdizionali. Ciò è stato interpretato anche come un indice della volontà di una progressiva assimilazione delle strutture dell'ordine professionale a strutture di diritto comune⁵¹.

In particolare, è con la citata legge del 4 marzo 2002 relativa ai diritti dei malati e alla qualità del sistema sanitario che il legislatore ha introdotto una significativa riforma dell'ordine dei medici, modificando profondamente la giurisdizione disciplinare.

La riforma è intervenuta innanzitutto sull'imparzialità dei giudici disciplinari, ponendo fine al cumulo di funzioni amministrative e giurisdizionali che aveva caratterizzato le istituzioni ordinistiche fin dalla loro origine. In primo grado i consigli regionali vengono sostituiti dalle camere disciplinari di prima istanza, mentre in appello, al posto della sezione disciplinare del consiglio nazionale dell'ordine dei medici viene creata la camera disciplinare nazionale.

Benché la struttura della camera di prima istanza ricalchi tendenzialmente quella delle precedenti sezioni disciplinari del consiglio regionale, l'innovazione decisiva introdotta dalla riforma consiste nel cosiddetto modello dell'*échevinage* sulla base del quale vengono composte le giurisdizioni. Con questo termine ci si riferisce, in particolare, ad un sistema di organizzazione giudiziaria nel quale le cause sono giudicate da giurisdizioni composte sia da magistrati professionisti, sia da persone, in questo caso medici, non appartenenti alla magistratura. La presidenza è affidata a magistrati dei Tribunali amministrativi o delle Corti amministrative d'appello, in ragione dell'appartenenza della giurisdizione disciplinare dell'ordine professionale alle giurisdizioni amministrative.

L'introduzione di un magistrato professionista all'interno delle camere disciplinari, tradizionalmente composte solamente da medici, costituisce, tra l'altro, una forma di controllo esterno della gestione del potere disciplinare, il quale sembra quindi perdere la sua connotazione originaria di giurisdizione esclusivamente "*justice par les pairs*", dove giudicanti e giudicati appartengono alla stessa categoria

⁵¹ E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit, p. 315.

professionale⁵². Sul piano più strettamente normativo, per quanto riguarda la giurisdizione disciplinare, il decreto relativo al procedimento è stato emanato e inserito nella parte regolamentare del CSP il 25 marzo del 2007⁵³.

1.1 L'imparzialità delle commissioni disciplinari francesi.

In questo paragrafo si cercherà di analizzare più nel dettaglio il modello francese per capire quali aspetti potrebbero eventualmente rappresentare soluzioni utili anche per l'ordinamento italiano. In questa prospettiva va sottolineato come la riforma

⁵²Cfr. F. PERRET-RICHARD, *Les contentieux des juridictions disciplinaires des professions de santé*, in P. ANCEL e J. MORET-BAILLY, *Vers un droit commun disciplinaire*, Saint-Étienne, 2007, pp.261-274. Per un approfondimento sul procedimento disciplinare per le professioni sanitarie in Francia si veda inoltre P. BESSIS RUDYARD, *Les procédures disciplinaires à l'encontre des professionnels de santé et des auxiliaires médicaux*, Paris, 2011. Per uno studio di carattere generale sulle istituzioni disciplinari in Francia si veda invece J. MORET-BAILLY, *Les institutions disciplinaires, Mission de recherche droit et justice*, coll. Arrêt sur recherches, 2003 e ID., *Discipline*, in L. CADIET (a cura di), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004, pp. 332-337.

⁵³Decreto n. 434 del 25 marzo 2007 *relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*, in *JO* del 27 marzo 2007. Codificato agli articoli dal R4126-1 al R4126-54 del CSP. L'attuale procedimento si applica quindi anche agli ordini degli odontoiatri e delle ostetriche, agli ordini dei massaggiatori-cinesiterapisti, dei podologi e dei farmacisti, tutti e tre recentemente costituiti. Cfr. legge 2004-806 del 8 agosto 2004 *relative à la politique de santé publique*. Una disciplina analoga vale, in generale, per tutte le professioni che dispongono di giurisdizioni disciplinari autonome, in particolare anche per l'ordine degli infermieri, creato con la legge n. 1668 del 21 dicembre. Per quanto riguarda l'iter della riforma, il decreto del 2007 era stato già preceduto da differenti testi normativi: prima ancora di divenire del tutto effettiva grazie ai decreti attuativi, la riforma del 2002 era infatti già stata modificata, con l'obiettivo di una "semplificazione del diritto", dall'ordinanza numero 1040 del 26 agosto 2005, riguardante l'organizzazione di determinate figure professionali nel settore sanitario (ordinanza n.1040 del 26 agosto 2005 *relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions*, in *JO* del 27 agosto 2005, n.46, p.13923). A livello regolamentare, un primo decreto, il numero 802 del 9 luglio 2004, lo stesso che ha abrogato il decreto relativo al codice di deontologia medica del 1995 a favore di una sua integrazione nel *code de santé publique*, aveva già in parte abrogato anche il decreto numero 48-1671 del 26 ottobre 1948, regolante il funzionamento del consiglio dell'ordine dei medici (Decreto n.1671 del 26 ottobre 1948 *relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens dentistes et des sages-femmes et de la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins*, in *JO* del 29 ottobre 1948, p.10515. Il decreto del 2004 ha abrogato gli articoli 1-6, 20 e 21.). Lo stesso decreto rimase tuttavia in vigore per la procedura disciplinare, in attesa del decreto del 27 marzo 2007, in virtù dell'originario articolo R4126-1 CSP (Articolo R. 4126-1 CSP, testo in vigore fino al 27 marzo 2007: «*Dans l'attente de la publication du décret mentionné à l'article L. 4124-11, la procédure disciplinaire reste régie par les dispositions du décret n° 48-1671 du 26 octobre 1948 relatif au fonctionnement des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes et des sages-femmes et de la section disciplinaire du Conseil national de l'ordre des médecins.* »); un altro decreto, il numero 269 del 7 marzo 2006, ha poi precisato le norme per la composizione e le elezioni del Consiglio dell'Ordine dei medici (decreto n.269 del 7 marzo 2006 *relatif à la composition et aux modalités d'élection des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes et de leurs chambres disciplinaires et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires)*, in *JO* n°58 del 9 marzo 2006, p.3536).

dell'ordine dei medici francese abbia, come anticipato, inciso notevolmente sulla garanzia della loro imparzialità attraverso la previsione di una separazione organica delle funzioni disciplinari da quelle amministrative, rafforzata da una disciplina più puntuale di incompatibilità delle cariche e dalla presidenza affidata a un magistrato professionista. In particolare, è a livello delle camere di prima istanza che la riforma risulta più evidente proprio per la creazione di un organo amministrativo fino ad allora inesistente a livello regionale, che prende il nome dall'originaria giurisdizione disciplinare di prima istanza: il consiglio regionale⁵⁴.

Il legislatore del 2002 ha voluto quindi separare anche dal punto di vista strutturale l'esercizio della funzione amministrativa da quella disciplinare, delegando le competenze dei consigli regionali in questo ambito alle camere disciplinari di prima istanza e creando, a fianco di queste ultime, i consigli regionali amministrativi, per riorganizzare e ripartire in maniera più efficace i compiti dell'ordine a livello regionale⁵⁵. Sempre per esigenze di imparzialità, i contenziosi elettorali sono invece stati trasferiti al Tribunale amministrativo⁵⁶.

La netta separazione fra le funzioni è ricreata anche a livello nazionale. Mentre il consiglio nazionale dell'ordine conserva le tradizionali funzioni amministrative, la funzione originariamente esercitata dalla sua sezione disciplinare viene trasferita a una camera disciplinare nazionale, anch'essa istituita con la legge del 2002. La camera disciplinare nazionale – chiamata a pronunciarsi in appello sulle decisioni

⁵⁴ All'interno della struttura piramidale che caratterizzava l'ordine nazionale dei medici prima della riforma, i consigli regionali erano giudici di prima istanza in materia disciplinare, elettorale e in materia di iscrizione all'albo; essi erano inoltre i garanti della sicurezza dei pazienti, grazie alla procedura amministrativa di sospensione del diritto a esercitare la professione, attuabile nei confronti di medici che presentassero patologie pericolose per l'esercizio della loro attività, ma tutte le altre funzioni di carattere amministrativo erano riservate al consiglio nazionale e ai consigli dipartimentali. Tra le altre, si possono ricordare la rappresentanza degli appartenenti all'albo di fronte alle autorità amministrative, l'attribuzione di qualifiche mediche, l'elaborazione di un codice deontologico, la tutela della professione, la mutua assistenza, riflessioni in materia di demografia sanitaria ecc. Cfr. il sito del Consiglio nazionale dell'Ordine: <http://www.conseil-national.medecin.fr>

⁵⁵ Si veda nello specifico l'articolo L. 4124-11 CSP al cui primo comma si legge: «*Le conseil régional ou interrégional, placé sous le contrôle du conseil national, remplit, sur le plan régional, la mission définie à l'article L. 4121-2. Il assure notamment les fonctions de représentation de la profession dans la région ou l'interrégion ainsi que celle de coordination des conseils départementaux*». Ai Consigli regionali è quindi attualmente riconosciuto un ruolo di coordinamento dei consigli dipartimentali, sono loro affidati i casi di contenzioso circa le iscrizioni all'albo e le procedure amministrative di sospensione dei medici per ragioni legate alla loro salute, precedentemente gestite dai giudici disciplinari.

⁵⁶ Articoli 18-III e 42-IX della legge del 4 marzo 2002. Il trasferimento è divenuto affettivo con l'articolo 8 del decreto del 9 marzo 2006.

della camera di prima istanza e le cui decisioni sono, a loro volta, suscettibili di ricorso in cassazione al Consiglio di Stato – non si limita più quindi a essere semplicemente una sezione disciplinare del consiglio nazionale, ma acquista una propria autonomia⁵⁷. Il fatto che la camera disciplinare nazionale non faccia più parte del consiglio nazionale, ma sia semplicemente affiancata a quest'ultimo, aveva suscitato preoccupazioni in chi temeva che ciò potesse portare a una deontologia derivante da giurisdizioni disciplinari non più coincidenti necessariamente con quelle dell'ordine⁵⁸. In realtà, va sottolineato come la distinzione di funzioni, ponendo fine alla precedente confusione tra funzioni disciplinari e funzioni amministrative e rendendo completamente autonome le camere disciplinari, consenta a queste ultime di acquisire maggiore indipendenza e credibilità⁵⁹. Questo aspetto, come accennato, è rafforzato dalla previsione di una disciplina molto più puntuale e dettagliata in materia di incompatibilità tra le varie cariche ordinistiche. La legge del 2002 aveva inizialmente riscritto l'articolo L4124-7 CSP⁶⁰, introducendo il comma relativo alla presidenza di un magistrato e la previsione, al terzo comma, dell'incompatibilità generale tra le funzioni dei membri della giurisdizione disciplinare e gli altri mandati ordinistici⁶¹. Quest'ultima è stata poi sostituita, nel 2004, dall'esclusione nelle formazioni giudicanti di tutti i membri che, in quanto incaricati di altre funzioni all'interno dell'ordine, possano essere a conoscenza dei fatti relativi al procedimento

⁵⁷ A questo livello la riforma risulta tuttavia meno radicale se confrontata con quella delle camere disciplinari di prima istanza, poiché il consiglio nazionale, alla stregua di quelli dipartimentali, aveva già rilevanti funzioni amministrative anche prima della riforma. L'attuale camera disciplinare nazionale, inoltre, riflette molto nella struttura la precedente sezione disciplinare. Anche per quanto attiene alla composizione delle nuove giurisdizioni disciplinari, le modifiche risultano quindi più evidenti in primo grado.

⁵⁸ Era infatti la sezione disciplinare del Consiglio nazionale, divenuta ormai l'autonoma camera disciplinare nazionale, ad aver sempre esercitato il potere dell'ordine nel modo più concreto, in quanto chiamata a statuire in appello sulle decisioni prese dalla camera di prima istanza, rappresentando così la chiave di volta di tutto il sistema ordinistico. Cfr. E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit., p.287.

⁵⁹ Ibid., p.285. Cfr. inoltre F. PERRET-RICHARD, *Les contentieux des juridictions disciplinaires des professions de santé*, cit.

⁶⁰ Il quale si limitava a prevedere semplicemente che le decisioni dei Consigli regionali dovessero essere motivate. Articolo L4124-7 CSP, testo in vigore fino al 5 marzo 2002: « *Les décisions du conseil régional ou interrégional doivent être motivées* ».

⁶¹ Articolo L4124-7, 3° al. CSP, testo in vigore dal 5 marzo 2002 all' 11 agosto 2004: « *Les fonctions exercées par les membres des chambres disciplinaires de première instance sont incompatibles avec l'exercice d'autres fonctions au sein du conseil, à l'exception de celles d'assesseur dans les sections d'assurances sociales des chambres disciplinaires de première instance* ».

in corso⁶². Sulla materia è poi intervenuta l'ordinanza del 2005, la quale ha mantenuto l'interdizione introdotta nel 2004, ma ha precisato al terzo paragrafo dell'articolo L4122-3, due ulteriori incompatibilità. Al fine di garantire un doppio grado di giudizio, le funzioni dei membri delle camere disciplinari di prima istanza sono rese incompatibili con quelle dei membri della camera disciplinare nazionale⁶³. È altresì vietato cumulare la carica di membro di una giurisdizione disciplinare con quella di membro di un consiglio regionale della formazione medica continua⁶⁴. Oltre alle incompatibilità permanenti dovute alle cariche ricoperte, è prevista la possibilità per le parti di ricusare i giudici disciplinari, sulla base delle stesse motivazioni vavevoli in sede di giurisdizione amministrativa⁶⁵.

⁶²Articolo L4124-7, 3° al CSP, così come sostituito dalla legge n° 2004-806 del 9 agosto 2004 relative à la politique de santé publique, cit.: « *Aucun membre de cette formation disciplinaire ne peut siéger lorsqu'il a eu connaissance des faits de la cause à raison de l'exercice d'autres fonctions ordinales* ». analoga la previsione dell'articolo L4122-3 CSP per la camera disciplinare nazionale.

⁶³Non possono inoltre essere eletti come giudici della camera disciplinare nazionale i professionisti di cui all'articolo L4124-6 CSP o quelli previsti dal *code de sécurité sociale*. Art. L4122-3, III CSP, versione attualmente in vigore: « *Sont inéligibles les praticiens ayant été sanctionnés en application des dispositions de l'article L. 4124-6 du présent code et de l'article L. 145-2-1 du code de la sécurité sociale. Les fonctions exercées par les membres de la chambre disciplinaire nationale sont incompatibles avec la fonction d'assesseur à la chambre disciplinaire de première instance. Aucun membre de la chambre disciplinaire nationale ne peut siéger lorsqu'il a eu connaissance des faits de la cause à raison de l'exercice d'autres fonctions ordinales* ». Sebbene quest'ultima previsione sia stata precisata solo dall'articolo relativo alla camera disciplinare nazionale, va ricordato come già ai sensi dello stesso articolo L4124-6, le sanzioni disciplinari in esso previste comportino comunque la privazione del diritto di essere membri dei consigli regionali, interregionali, dipartimentali e del consiglio nazione, nonché delle camere disciplinari di prima istanza e della camera disciplinare nazionale: per una durata di tre anni nel caso della sanzione dell'avvertimento o della dichiarazione di biasimo, in maniera definitiva invece negli altri casi. Art. L4124-6, 2° al. CSP. : « *Les deux premières de ces peines comportent, en outre, la privation du droit de faire partie du conseil départemental, du conseil régional ou du conseil interrégional et du conseil national, de la chambre disciplinaire de première instance ou de la chambre disciplinaire nationale de l'ordre pendant une durée de trois ans ; les suivantes, la privation de ce droit à titre définitif. Le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme radié ne peut se faire inscrire à un autre tableau de l'ordre. La décision qui l'a frappé est portée à la connaissance des autres conseils départementaux et de la chambre disciplinaire nationale dès qu'elle est devenue définitive* ».

⁶⁴Art. R4133-18 CSP : « *Les fonctions de membres du conseil régional de la formation médicale continue sont incompatibles avec les fonctions de membre d'une chambre disciplinaire au sein de l'ordre des médecins* ». Altra forma di incompatibilità è prevista poi tra le funzioni di Presidente o tesoriere del Consiglio dipartimentale, territoriale, regionale o nazionale dell'Ordine e una qualunque delle funzioni omologhe all'interno di un sindacato professionale dipartimentale, territoriale, regionale o nazionale Cfr. Art. L4125-2 CSP.

⁶⁵Art. L4126-2 CSP: « *Les parties peuvent se faire assister ou représenter. Elles peuvent exercer devant les instances disciplinaires le droit de récusation mentionné à l'article L721-1 du code de justice administrative*». e articolo L721-1 cja: « *La récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité* » È comunque indispensabile che la domanda di ricusazione sia motivata e comprenda in appendice le debite argomentazioni rispetto alle ragioni che la supportano, pena la sua inammissibilità.

Con riferimento alla composizione delle camere disciplinari, la giurisdizione di prima istanza è oggi composta da otto medici per ciascuna regione, definiti *assesseurs*⁶⁶. L'articolo L4132-7 CSP, così come modificato dall'ordinanza del 2005, prevede infatti che ciascuna camera di prima istanza comprenda otto membri titolari e otto membri supplenti eletti in numero uguale dal consiglio regionale amministrativo presso il quale ha sede la camera disciplinare. Il consiglio li sceglie, da un lato, tra i membri dello stesso consiglio regionale amministrativo dal quale essa dipende e, dall'altro, tra i membri in carica e i membri anziani dei consigli dell'ordine: quattro medici sono dunque anche membri del consiglio regionale amministrativo e costituiscono il consiglio interno, quattro invece non vi appartengono e compongono pertanto il consiglio esterno⁶⁷. Poiché i membri del consiglio regionale amministrativo sono eletti per due anni, il loro mandato di *assesseurs* disciplinare è limitato alla stessa durata, mentre i membri del collegio esterno sono eletti per un mandato di sei anni⁶⁸. La durata del mandato dei membri della camera disciplinare di prima istanza è quindi stata significativamente ridotta a due o sei anni a seconda dell'appartenenza al collegio interno o a quello esterno, mentre i membri dei consigli regionali esistenti prima della riforma erano eletti per nove anni. Va però precisato che, se da un lato la minore durata dei mandati è garanzia d'indipendenza dei membri della camera disciplinare, la coesistenza di due diversi status dei suoi membri, eletti per una durata significativamente differente, potrebbe però non garantire l'omogeneità della giurisdizione⁶⁹. A ciò si affianca una minore rappresentatività della camera di prima istanza poiché le nuove modalità di designazione dei membri dei collegi, interni ed esterni, non garantiscono più la rappresentazione di ciascun dipartimento all'interno della camera regionale, a differenza di quanto avveniva in base alle normative precedenti⁷⁰. Il solo vincolo

⁶⁶Ciò vale per tutte le regioni francesi, compresa l'*Île-de-France*, benché essa sia dotata di tre sezioni disciplinari al posto di una, e la regione *Rhône-Alpes* la cui giurisdizione disciplinare, che nel regime precedentemente in vigore godeva di uno statuto speciale con una formazione di undici membri, viene parificata quanto al numero di componenti a tutte le altre regioni a seguito della già citata ordinanza n°2005-1040 del 26 agosto 2005.

⁶⁷ Articolo L 4132-7 CSP.

⁶⁸ Articolo R 4124-4 CSP.

⁶⁹L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, in *Médecine et Droit*, n.89, 2007, pp. 173-181.

⁷⁰ Ogni dipartimento eleggeva infatti uno o più consiglieri regionali, in base al suo peso nella cosiddetta demografia medica regionale.

attualmente previsto è l'iscrizione dei candidati all'albo di un dipartimento nella regione interessata⁷¹. Tali modifiche hanno sollevato la necessità di bilanciare il venir meno di un aspetto che prima della riforma garantiva comunque un certo livello di indipendenza della giurisdizione di prima istanza, ossia la varietà di dipartimenti rappresentati. Ciò consentiva, infatti, di limitare sul piano concreto eventuali pressioni locali. Ne consegue, pertanto, un'influenza crescente del Presidente, magistrato professionista, la cui presenza ha inevitabilmente, agli occhi dei terzi, la funzione di garantire l'imparzialità della camera disciplinare di prima istanza⁷².

I membri con funzione decisionale sono inoltre affiancati da membri con funzione consultiva⁷³. Tra questi era originariamente previsto il posto di *conseiller juridique*, riservato generalmente a un magistrato onorario o a un avvocato⁷⁴. Tale figura è venuta evidentemente meno con la previsione della presidenza da parte di un magistrato membro di un tribunale o di una corte amministrativa d'appello.

La Camera disciplinare nazionale è composta invece da dodici membri, eletti per metà tra i membri del consiglio nazionale (il collegio interno), con mandato di due anni e, per l'altra metà (il collegio esterno), tra i membri in carica e i membri anziani dei consigli dell'ordine con mandato di sei anni.

Figura importante all'interno delle camere disciplinari è quella del consigliere *rapporteur*, scelto dal presidente tra i membri della camera disciplinare al quale è affidata la parallela istruzione tecnica della causa. Egli deve in particolare redigere un rapporto che, a tutela del principio di imparzialità, contenga un'esposizione

⁷¹ Articolo R 4125-1 CSP.

⁷² L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins*, cit, p. 175.

⁷³ Articolo L4132-9 CSP : « Sont adjoints à la chambre disciplinaire de première instance avec voix consultative :

1° Le médecin inspecteur régional de santé publique ou son représentant ;

2° Un professeur d'une unité de formation et de recherche de médecine de la région, désigné par le ministre chargé de l'enseignement supérieur ;

3° Un praticien-conseil d'un échelon local du service médical désigné par le médecin-conseil régional, pour les affaires relevant de l'application des lois sur la sécurité sociale.

Un représentant des médecins salariés, désigné par le président du tribunal administratif, est adjoint à chaque chambre disciplinaire de première instance, avec voix consultative, si cette chambre ne comprend aucun médecin de cette catégorie. ».

⁷⁴ Articolo L4132-9, 1°al. CSP testo in vigore fino al 5 marzo 2002: « Sont adjoints au conseil régional avec voix consultative: Un conseiller juridique qui peut être, au gré du conseil, soit un magistrat honoraire de l'ordre judiciaire désigné par le président de la cour d'appel, soit un membre honoraire du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désigné par le président de la cour administrative d'appel dans le ressort territorial de laquelle se trouve le siège du conseil régional, soit un avocat inscrit au barreau ».

obiettiva dei fatti, degli elementi del dossier e degli atti istruttori compiuti⁷⁵. A tal fine egli ha il compito di sentire le parti, raccogliere tutte le testimonianze e procedere a tutti gli accertamenti utili alla ricostruzione della verità, nonché di richiedere tutti i documenti e gli elementi utili alla soluzione della controversia⁷⁶. Di ogni audizione è redatto un verbale e a ciascuna parte è data lettura della sua deposizione; tutto quanto così raccolto confluisce nel fascicolo del procedimento ed è portato a conoscenza delle parti che sono invitate a presentare delle osservazioni⁷⁷.

A maggiore garanzia dell'imparzialità e indipendenza del *rapporteur* la nuova disciplina prevede che egli, pur essendo scelto tra i medici *assesseurs*, non possa essere né un membro del consiglio dipartimentale ricorrente, né un membro del consiglio dipartimentale dell'albo al quale è iscritto il medico convenuto. Questa previsione determina un sostanziale cambiamento rispetto alla prassi originaria in base alla quale il *rapporteur* veniva frequentemente scelto proprio tra i medici del dipartimento nel quale esercitava il medico sottoposto a procedimento disciplinare.

1.2 Il modello dell'*échevinage*

Una delle novità più significative della riforma francese è però, come già accennato, l'introduzione, anche in primo grado, del modello dell'*échevinage*. Prima dell'entrata in vigore della riforma del 2002 i Consigli regionali erano presieduti da un medico eletto tra i professionisti consiglieri dell'ordine⁷⁸. L'attuale secondo paragrafo dell'articolo L4124-7 CSP prevede invece che le camere disciplinari di prima istanza siano presiedute da un magistrato appartenente alle giurisdizioni amministrative, designato dal vice-presidente del Consiglio di Stato, su proposta del presidente del tribunale amministrativo o della corte amministrativa d'appello.

⁷⁵Articolo R 4126-18 ultimo al. CSP: « *Le rapporteur remet au président de la chambre son rapport qui constitue un exposé objectif des faits, des pièces du dossier et des actes d'instruction accomplis* ».

⁷⁶Articolo R4126-18, 1° al CSP:« *Le rapporteur a qualité pour entendre les parties, recueillir tous témoignages et procéder à toutes constatations utiles à la manifestation de la vérité. Il peut demander aux parties toutes pièces ou tous documents utiles à la solution du litige* ».

⁷⁷Il Consiglio di Stato ha ritenuto che il rapporto non debba essere preventivamente notificato al medico essendo sufficiente la lettura in sua presenza. Cfr. L. Bertin, *Réforme de l'Ordre de Médecins*, cit, p. 180.

⁷⁸Articolo L4124-7, II CSP: « *La chambre disciplinaire de première instance est présidée par un membre en fonction ou honoraire du corps des conseillers des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel désigné par le vice-président du Conseil d'Etat, sur proposition du président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel. Un ou des suppléants sont désignés dans les mêmes conditions*».

Anche in secondo grado, il testo attuale dell'articolo L4122-3, prevede che la camera disciplinare nazionale sia presieduta da un magistrato membro del Consiglio di Stato⁷⁹.

Il modello dell'*échevinage* fa sicuramente perdere al sistema giurisdizionale dell'ordine una parte di autonomia, ma la volontà di ricondurre il contenzioso disciplinare nell'alveo delle giurisdizioni di diritto comune deve essere considerata, non solo come un tentativo di controllo da parte dei poteri statali, ma anche, da un lato, come garanzia di maggiore trasparenza e credibilità del potere disciplinare e, dall'altro, come una manifestazione del riconoscimento da parte del legislatore dell'importanza della regola deontologica quale norma giuridicamente rilevante anche al di fuori del contesto professionale. A ciò deve aggiungersi la volontà di garantire l'expertise giuridica all'interno delle commissioni disciplinari.

Va inoltre sottolineato come le basi di tutto ciò siano state gettate già nel 2002, prima quindi che il codice deontologico venisse integrato, due anni dopo, in un codice di diritto statale. È quindi anche dal procedimento disciplinare, dalla struttura e dal funzionamento delle giurisdizioni ordinistiche, che il legislatore francese ha iniziato la progressiva assimilazione della dimensione deontologica a quella giuridica.

2. I gradi di giudizio

Ulteriori profili di differenza tra le tre analizzate esperienze attengono ai gradi di giudizio. Di Francia e Italia si è già detto, quanto meno per quanto riguarda i primi due livelli, parlando della composizione delle commissioni.

In entrambi questi ordinamenti è previsto anche un terzo grado di giudizio: nel caso francese al *Conseil d'Etat* e nel caso italiano alla Corte di Cassazione. Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, va precisato che l'entrata in vigore della Costituzione e l'elaborazione giurisprudenziale hanno inciso su tre aspetti: il termine entro il quale può essere proposto il ricorso⁸⁰, ma soprattutto i soggetti legittimati a proporlo⁸¹ e i

⁷⁹ Articolo L. 4122-3-II CSP: « Elle est présidée par un membre du Conseil d'Etat, en activité ou honoraire, ayant au moins le rang de conseiller d'Etat [...]. Un ou plusieurs présidents suppléants sont désignés dans les mêmes conditions ». La riforma è a questo livello comunque di portata più moderata poiché la sezione disciplinare del Consiglio nazionale dell'Ordine dei medici prevedeva già un consigliere di Stato che componeva, con sei medici, la giurisdizione disciplinare d'appello.

⁸⁰ Il termine di trenta giorni deve ritenersi esteso a sessanta, conformemente a quanto previsto dall'art. 325, ultimo comma, cpc. Cfr. Cass, sez I civ., sentenza n. 2813/1967.

motivi per i quali esso è ammesso. In particolare, con riferimento a quest'ultimo aspetto la disciplina originaria di cui all'articolo 19 della legge professionale prevedeva solo che avverso le decisioni della Commissione centrale fosse «ammesso ricorso alle Sezioni unite della Corte suprema di cassazione, a norma dell'art. 362 del codice di procedura civile»⁸². L'entrata in vigore della Costituzione e nello specifico l'attuale comma settimo dell'art. 111 ha determinato però un significativo ampliamento dei motivi di ricorso, prevedendo che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge». Per quanto riguarda l'ordinamento francese, invece, l'appello al *Conseil d'Etat* non è disciplinato dal *code de la santé publique*, ma può essere ricavato sulla base delle ordinarie norme della giustizia amministrativa, ai sensi delle quali il Consiglio di Stato è giudice di cassazione nei confronti delle decisioni rese in ultima istanza dalle giurisdizioni amministrative *d'attribution*, tra cui anche le giurisdizioni disciplinari degli ordini professionali, e, a seguito della riforma del 1987, nei confronti delle Corti amministrative d'appello⁸³.

Rispetto a questo quadro, l'esperienza tedesca risulta, ancora una volta, diversa da entrambi gli ordinamenti analizzati.

⁸¹ I soggetti legittimati a ricorrere in Cassazione contro le decisioni della CCEPS, ai sensi del secondo comma dell'art. 68, sono solo l'interessato, il Ministro della Salute e il procuratore della Repubblica. Sulla base di questa previsione la Corte di Cassazione aveva quindi originariamente escluso che l'Ordine potesse essere legittimato a ricorrere, negando altresì la necessità di notificargli il ricorso proposto dal sanitario o dalle autorità legittimate. Questo orientamento è però stato ribaltato dalla stessa Corte con la sentenza n.2134 del 1964. Anche le Commissioni disciplinari sono quindi attualmente legittimate a proporre ricorso in Cassazione e tale orientamento va esteso anche alla Federazione nazionale, con riferimento ai provvedimenti disciplinari, adottati dalle commissioni disciplinari operanti presso di essa, qualora una volta impugnati davanti alla CCEPS, diano poi luogo a ricorso in Cassazione. Cfr. M. GRECO, G. MORROCCHESI, *Il potere disciplinare dell'Ordine professionale*, cit.

⁸² Art.362 cpc: «Possono essere impuginate con ricorso per cassazione, nel termine di cui all'articolo 325 secondo comma, le decisioni in grado d'appello o in unico grado di un giudice speciale, per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso».

⁸³ Articolo L821-1 CJA: «*Les arrêts rendus par les cours administratives d'appel et, de manière générale, toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives peuvent être déférés au Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation*». Originariamente, il ricorso in cassazione era ammesso solo per le decisioni rese in ultima istanza dalle giurisdizioni amministrative *d'attribution*, ma la legge del 1987 di riforma del contenzioso amministrativo ha poi esteso questo mezzo di impugnazione anche agli *arrêts* resi dalle Corti amministrative d'appello, anch'esse create nel 1988 ed entrate in vigore il primo gennaio 1989, in attuazione della riforma del 1987. Cfr. J. RIVIERO E J.WALINE, *Droit administratif*, cit. p. 508 e ss.; R.CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, XII. ed. Paris, 2006 ; P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA, *Traité de droit administratif*, Paris, 2011.

Per quanto riguarda i gradi di giudizio, il sistema di giurisdizione professionale tedesco prevede infatti due livelli. Contro la decisione del *Berufsgericht* è possibile fare appello al tribunale professionale di seconda istanza, il *Landesberufsgericht* e quest'ultimo decide in maniera definitiva⁸⁴. Dalla peculiarità della giustizia costituzionale tedesca deriva però, come visto, la rilevante possibilità di presentare un *Verfassungsbeschwerde* contro una decisione del tribunale professionale che violi diritti costituzionalmente garantiti.

3. I principi applicabili al procedimento disciplinare e il ruolo del paziente

Per quanto riguarda i principi giuridici applicabili ai procedimenti disciplinari, nell'ordinamento tedesco, come già detto, ad esclusione del *Land Bayern* in cui il *Berufsgericht* è istituito presso il Tribunale penale e di tre *Länder* che prevedono l'istituzione di tribunali professionali presso il relativo ordine, nella maggior parte dei *Länder* i *Berufsgerichten* sono legati ai tribunali amministrativi. Ciò nonostante le varie leggi professionali prevedono che i principi da applicare al procedimento disciplinare siano quelli del codice di procedura penale⁸⁵. Da ciò deriva tutta una serie di garanzie sia per quanto riguarda il contraddittorio, l'intervento di testimoni, periti e per quanto attiene al diritto alla difesa. Tuttavia non è prevista la pubblicità dell'udienza. I procedimenti possono infatti essere aperti solo agli appartenenti alla categoria professionale, ma non sono "pubblici" nel senso compiuto del termine, in quanto non sono aperti alla collettività. La pubblicità non è prevista nemmeno nell'ordinamento italiano.

Per quanto, invece, riguarda il diritto di difesa del medico sottoposto a procedimento disciplinare, va precisato che l'art. 45 del dpr 221/1950, escludeva la possibilità di

⁸⁴ R. RATZEL, H.-D.LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, cit., p. 51.

⁸⁵ Ad esempio il § 79 del Heilberufsgesetz (HeilBerG) del Land Mecklenburg-Vorpommern prevede, ma la formulazione è rinvenibile anche in altri Länder: «*Die Hauptverhandlung ist mit Ausnahme der Urteilsverkündung nicht öffentlich. Das Berufsgericht kann einzelnen Personen die Anwesenheit gestatten, wenn es der Aufklärung und insbesondere der sachverständigen Würdigung des Sachverhalts dient. Durch Beschluss des Berufsgerichts kann für die Verkündung der Urteilsgründe oder eines Teiles davon die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn die Verkündung eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Sittlichkeit oder eines wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses besorgen lässt*».

farsi assistere da un avvocato o un consulente tecnico⁸⁶. Tale articolo è stato poi dichiarato illegittimo dalla Corte di Cassazione, la quale ha ritenuto che nel procedimento disciplinare a carico di esercente professione sanitaria, il diritto di difesa – da assicurarsi anche nella fase amministrativa davanti alla competente Commissione ordinistica, in quanto fase preordinata e funzionalmente connessa a quella successiva di natura giurisdizionale – implichi la facoltà di comparire ed essere ascoltato personalmente, ma anche quella di farsi assistere da un difensore o esperto di fiducia, qualora ne venga fatta istanza⁸⁷.

Anche per quanto riguarda la pubblicità, il modello francese è l'unico ad essere stato modificato già a partire dagli anni '90. Il decreto numero 181 del 5 febbraio 1993 ha infatti previsto la pubblicità dell'udienza nel procedimento disciplinare, contrariamente a quanto originariamente previsto dal decreto del 1948. In base alla disciplina originaria, invece, non solo l'udienza non era pubblica, ma anche la decisione rimaneva segreta⁸⁸. La segretezza venne confermata inizialmente anche dal Consiglio di Stato, la cui giurisprudenza in materia fu però criticata sia dai professionisti, sia da parte della dottrina soprattutto perché il principio della segretezza aveva portato alla diffusa prassi di non comunicare il dispositivo della decisione addirittura al ricorrente. Su tale evoluzione ha inciso anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che più di una volta ha condannato la segretezza in quanto contraria al principio del giusto processo di cui all'articolo 6 della CEDU⁸⁹.

⁸⁶Art. 45, c. 2 e 3, d.p.r. 221/1950: «L'incolpato deve comparire personalmente. Non è ammessa l'assistenza di avvocati o di consulenti tecnici, salvo che, per questi ultimi, il consiglio non ritenga necessario il loro intervento».

⁸⁷Cass. Sez. un., sentenza n. 3195/1989. Il diritto di difesa deve essere quindi garantito. Tuttavia non è previsto in capo all'Ordine dell'obbligo di comunicare al sanitario, con la lettera di convocazione, la facoltà di farsi assistere da un difensore o esperto di fiducia. Cfr. M. GRECO, G. MORROCCHESI, *Il potere disciplinare dell'Ordine professionale*, cit.

⁸⁸Articoli 15, 12°al., e 26, 7°al. del decreto n.48-1671 del 26 ottobre 1948 :“*L’audience n’est pas publique et la délibération demeure secrète*”.

⁸⁹Cfr. ad esempio, 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. Si veda inoltre TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit, p. 319. Rimane comunque ferma la facoltà del Presidente di vietare l'accesso al pubblico per tutta o solo per parte dell'udienza, qualora ciò sia giustificato dal rispetto della vita privata, del segreto professionale o dalla tutela dell'ordine pubblico. In questa prospettiva, la novità della nuova procedura, consistente nella preliminare acquisizione, d'ufficio o su richiesta di parte, del parere del medico *rapporteur*, potrebbe dunque essere rilevante soprattutto in quei casi in cui sia in gioco il segreto professionale. Cfr. Articolo R4126-26 CSP : «*Les affaires sont examinées en audience publique. Toutefois, le président peut, d'office ou à la demande d'une des parties, après avoir, le cas*

Un altro aspetto interessante del procedimento disciplinare francese riguarda il tentativo obbligatorio di conciliazione⁹⁰. Il presidente del Consiglio dipartimentale, ricevuta la *plainte*, deve darne informazione al medico accusato e convocare entro un mese le parti per la procedura di conciliazione. Solo in caso di insuccesso di quest'ultima, il Presidente trasmette la denuncia alla Camera disciplinare di prima istanza, con parere motivato del Consiglio, entro il termine di tre mesi dalla data di deposito della denuncia⁹¹. A tal fine, nel 2005 è stata istituita presso il consiglio dipartimentale un'apposita commissione di conciliazione, composta da almeno tre membri del consiglio dipartimentale⁹². Per salvaguardare gli interessi del ricorrente la norma prevede che in caso di inadempienza del consiglio, l'autore della *plainte* possa chiedere direttamente al Presidente del Consiglio Nazionale di adire la camera disciplinare di prima istanza competente⁹³.

È interessante notare che la previsione di un tentativo di conciliazione a livello normativo sia stata sostenuta dalle stesse istituzioni professionali. La prassi, nella quale si era comunque già sviluppata una procedura analoga, aveva infatti dimostrato che alcuni procedimenti disciplinari potessero essere evitati grazie a una discussione tra il ricorrente e il medico, soprattutto in quei casi in cui l'insoddisfazione del paziente traesse origine proprio da una comunicazione insufficiente o parziale⁹⁴.

échéant, pris l'avis du rapporteur, interdire l'accès de la salle pendant tout ou partie de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque le respect de la vie privée ou du secret médical le justifie».

⁹⁰ Articolo L4123-2 CSP

⁹¹ Articolo L4123-2, 2° al.CSP : « *Lorsqu'une plainte est portée devant le conseil départemental, son président en accuse réception à l'auteur, en informe le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme mis en cause et les convoque dans un délai d'un mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte en vue d'une conciliation. En cas d'échec de celle-ci, il transmet la plainte à la chambre disciplinaire de première instance avec l'avis motivé du conseil dans un délai de trois mois à compter de la date d'enregistrement de la plainte, en s'y associant le cas échéant* » Il termine è stato ampliato da uno a tre mesi dalla legge n°2007-127 del 30 gennaio 2007, di ratifica dell'ordinanza n. 2005-1040. Cfr. A. LAUDE, B. MATHIEU, D. TABUTEAU, *Droit de la santé*, cit., p.493., L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, cit., p.177.

⁹² Articolo L4123-2, 1° al CSP, così come modificato dall'ordinanza n° 2005-1040 del 26 agosto 2005, cit.

⁹³ Articolo L4123-2, 4° al. CSP.

⁹⁴ La conciliazione tra ricorrente e medico accusato lascia comunque intatto il potere delle altre autorità di presentare istanza disciplinare. Lo stesso consiglio dipartimentale destinatario della denuncia ha facoltà di adire comunque di sua propria iniziativa la giurisdizione disciplinare, qualora considerasse i fatti troppo gravi per non essere oggetto di un procedimento disciplinare, nonostante la conciliazione. Allo stesso modo, il medico ha diritto di non accettare la conciliazione. Egli potrebbe infatti non avervi interesse nei casi in cui per rinunciare all'azione disciplinare il paziente esiga da lui un'ammissione di responsabilità. Cfr. L.BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, cit., p.177.

Infine, uno dei profili forse più interessanti della riforma francese, soprattutto alla luce dei profili di rilevanza della deontologia analizzati nella Parte III, riguarda il ruolo del paziente. Solo in questo ordinamento, infatti, è stata inserita, in alcuni casi, la possibilità per il paziente di divenire parte del procedimento disciplinare.

Ripercorrere brevemente le tappe della riforma permette di sottolineare la portata concreta di questa modifica.

Il decreto del 26 ottobre 1948, in vigore fino alla riforma del 2002, escludeva infatti anche la possibilità per il paziente di fare direttamente ricorso alla giurisdizione disciplinare. Egli poteva solo depositare una *plainte*⁹⁵ presso il Consiglio dipartimentale, il quale era obbligato a trasmetterla al giudice disciplinare. Nel procedimento disciplinare, inoltre, il paziente poteva rivestire solamente la qualità di semplice “testimone”. Egli non aveva accesso ai dossier disciplinari, non poteva essere assistito da un avvocato, né poteva esercitare ricorso contro un eventuale rigetto della sua denuncia, né tanto meno proporre appello contro una sentenza di primo grado. È proprio a questa situazione di diseguaglianza tra la posizione del medico e quella del paziente che il legislatore del 2002 ha inteso porre rimedio. Il CSP attribuisce ora in generale a “*l’auteur de la plainte*” il diritto di fare appello contro le decisioni della camera disciplinare di prima istanza. Ciò fa sorgere così in capo a tale soggetto la qualità di parte, indipendentemente dal fatto che si tratti di un membro della professione o di un paziente⁹⁶. La riforma, quindi, pur prevedendo che il paziente possa ricorrere alle camere disciplinari solo attraverso il consiglio dipartimentale⁹⁷, gli riconosce, al pari di tutti gli altri possibili attori, la qualità di parte nel procedimento disciplinare e tutti i diritti ad essa correlati.

⁹⁵Cfr *Notion de plainte*, in F. DREIFUSS-NETTER (a cura di) *Code de la santé publique*, Juriscode, Paris, 2005, p. 614, §1075: « *en matière disciplinaire, la «plainte» a un objet très précis: elle se distingue en cela de la simple «dénonciation» voire de la «doléance», puisqu’elle consiste nécessairement dans une manifestation non équivoque d’informer le conseil départemental du comportement d’un praticien, pris comme confrère lorsque l’auteur de la plainte est lui-même praticien ou pris comme soignant quand l’auteur est un patient, en vue de la prise d’une sanction* ».

⁹⁶Articolo L4122-3, V CSP.

⁹⁷Il paziente non si vede quindi riconoscere il diritto di adire direttamente la Camera disciplinare di prima istanza dell’Ordine dei medici e ciò pare incoerente rispetto alla scelta fatta, con riguardo alla professione dei farmacisti, dalla stessa legge del 2002, il cui articolo 70 ha aperto ai pazienti la possibilità di adire direttamente l’organo disciplinare competente. Cfr articolo L4234-1-1, creato con la legge n.2002-303: « *En cas de faute professionnelle, les particuliers peuvent, dans des conditions déterminées par décret, saisir le conseil régional ou central compétent* ». Cfr inoltre F. PERRET-RICHARD, *Les contentieux des juridictions disciplinaires des professions de santé*, cit., p.270.

Inoltre, il diritto di farsi assistere e rappresentare in giudizio è ora riconosciuto espressamente dall'articolo L4126-2 a tutte le parti e non più solo al medico⁹⁸. Sempre su questo aspetto, l'articolo R4126-13, introdotto dal decreto del 2007, detta ulteriori disposizioni più specifiche. Viene innanzitutto previsto che le parti siano avvertite della facoltà di scegliere un difensore. Per quanto riguarda le istituzioni dell'ordine, è previsto che siano rappresentate o assistite da un membro del rispettivo consiglio. Il medico convenuto può essere assistito da un altro medico o da un avvocato o da entrambi. Il decreto ha infine apportato un'utile precisazione vietando espressamente a un membro del consiglio dell'ordine di assistere il medico convenuto⁹⁹. Benché il codice non lo menzioni direttamente, è da ritenersi che anche il paziente abbia diritto all'assistenza di avvocato¹⁰⁰. Si può pertanto notare nelle nuove disposizioni legislative, l'intenzione di adeguare anche le strutture del contenzioso disciplinare a quel progressivo rafforzamento delle strutture di diritto comune predisposte alla tutela del paziente, che costituisce uno degli obiettivi della riforma del sistema sanitario francese.

Il nuovo ruolo del paziente può inoltre incidere in maniera significativa sul contraddittorio e sulla posizione del medico. Prima della riforma, infatti, il professionista non aveva un reale confronto con il paziente, il quale potendo solo assistere senza prendere parte al procedimento, non aveva accesso alla documentazione e scopriva spesso solo all'udienza le argomentazioni del medico, senza poter quindi replicare efficacemente.

Ciò costituisce quindi un elemento importante in termini di trasparenza e maggiore eguaglianza di posizioni nel procedimento disciplinare, a conferma di una dimensione della deontologia medica non percepita pur solo come un insieme di norme poste a difesa della categoria professionale. Si tratta però di uno spazio di

⁹⁸ Articolo L.4126-2 CSP, così come modificato dalla legge n.2002-303: « *Les parties peuvent se faire assister ou représenter. Elles peuvent exercer devant les instances disciplinaires le droit de récusation mentionné à l'article L. 721-1 du code de justice administrative* ».

⁹⁹ Articolo R. 4126-13 CSP : « *Les parties sont averties qu'elles ont la faculté de choisir un défenseur. Le conseil national ou le conseil départemental de l'ordre peuvent se faire représenter par un membre titulaire ou suppléant de leur conseil, les syndicats par un de leurs membres. Les praticiens, qu'ils soient plaignants, requérants ou objets de la poursuite, peuvent se faire assister soit par un avocat, soit par un confrère inscrit au tableau de l'ordre auquel ils appartiennent, soit par l'un et l'autre.*

Les membres d'un conseil de l'ordre ne peuvent être choisis comme défenseurs ».

¹⁰⁰ L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins*, cit, p. 180.

intervento del paziente che per il momento non è estesa a tutte le categorie di professionisti nei confronti dei quali può instaurarsi un procedimento disciplinare. In particolare le regole in materia di soggetti legittimati a proporre istanza di procedimento disciplinare e quelle relative ai soggetti investiti del potere decisionale, previste per il procedimento ordinario, subiscono alcune regole con riferimento ai medici *chargés d'un service public*. La disciplina di cui all'articolo L4124-2¹⁰¹ si applica ai medici ospedalieri o ai professionisti che esercitano in strutture private, in quanto, e dal momento in cui, essi assumono una funzione pubblica¹⁰². Al contrario, la sola circostanza che una struttura privata venga chiamata a espletare funzioni di servizio pubblico ospedaliero, non implica di per sé che un medico che ne sia dipendente possa automaticamente beneficiare delle disposizioni di cui all'articolo L. 4124-2 CSP. Ciò nonostante, l'ampiezza che il campo di applicazione di questa disciplina potrebbe avere incide in maniera sulla portata della riforma del ruolo del paziente.

In ogni caso, quella introdotta dall'ordinamento francese rimane una possibilità ancora non prevista negli ordinamenti tedesco e italiano. In questi casi il paziente ha quindi solo la possibilità di presentare all'ordine un esposto contro un medico, ma non può divenire parte nel procedimento. La possibilità di un autentico contraddittorio tra medico e paziente pare però rappresentare una soluzione più coerente in relazione al ruolo che la persona e la relazione terapeutica hanno assunto nella pratica medica dal punto di vista sia deontologico, sia giuridico.

4. *La giurisprudenza disciplinare. Alcune considerazioni conclusive.*

Una riflessione merita di essere fatta con riferimento ad alcuni dati che sembrano emergere dall'analisi della prevalente giurisprudenza disciplinare.

¹⁰¹ Art. L4124-2 : «*Les médecins, les chirurgiens-dentistes ou les sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre ne peuvent être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le procureur de la République ou, lorsque lesdits actes ont été réalisés dans un établissement public de santé, le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation*».

¹⁰² Anche in questi casi, tuttavia, la procedura ordinaria di ricorso alla Camera disciplinare di prima istanza potrebbe essere giustificata per atti non direttamente collegati al servizio pubblico. Si tratta però di una valutazione non sempre agevole. Cfr. L. BERTIN, *de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, p.176.

In questa prospettiva va precisata innanzitutto una differenza importante tra i tre ordinamenti relativamente alla reperibilità delle decisioni disciplinari.

In Francia è possibile fare una ricerca giurisprudenziale completa direttamente dal sito del consiglio nazionale dell'ordine dei medici, sia per quanto riguarda le varie giurisdizioni (dalle commissioni disciplinari, al *Conseil d'État*, ad altri tribunali statali, al *Conseil constitutionnel*), sia in riferimento a specifiche tematiche o periodi. Per quasi tutte le decisioni è disponibile la versione integrale e per tutte è predisposta una scheda dalla quale è possibile ricostruire un quadro completo di tutti gli elementi della decisione anche in riferimento agli eventuali altri gradi di giudizio¹⁰³.

In Germania invece i siti degli ordini professionali contengono commenti ad alcune decisioni disciplinari, ma non hanno una propria banca dati per la giurisprudenza dei tribunali professionali. Poiché, infatti, tali tribunali sono istituiti presso tribunali amministrativi od ordinari, è ai relativi siti (o alle tradizionali banche dati giuridiche) che si deve fare riferimento per reperire la giurisprudenza disciplinare, quindi le decisioni di una specifica sezione di quel tribunale che è però comune a tutte le professioni sanitarie. Benché generalmente le sentenze siano reperibili (se non online, su richiesta scritta al tribunale), rispetto al modello francese la ricostruzione della giurisprudenza sul codice deontologico medico è meno immediata. Contrariamente a questi due modelli, in Italia le decisioni del primo grado del procedimento disciplinare non sono pubblicate. Solo sul sito della CCEPS vengono pubblicati i massimari di ogni anno. Si tratta però di semplici raccolte delle massime delle decisioni intervenute su aspetti sia amministrativi che deontologiche, pubblicate, tra l'altro, con un ritardo di due anni¹⁰⁴. In assenza di una pubblicazione costante ed aggiornata delle decisioni risulta pertanto difficile ricostruire il quadro complessivo della giurisprudenza disciplinare, le argomentazioni delle commissioni e i rapporti tra le decisioni dei diversi gradi di giudizio.

Provando a concentrare l'analisi sulle pronunce intervenute su uno degli ambiti in cui nella *parte terza* abbiamo individuato alcuni dei ruoli potenzialmente più significativi della deontologia, ossia l'alleanza terapeutica e in particolare il principio

¹⁰³ La scheda di una decisione della Commissione nazionale contiene, ad esempio, la massima per la tematica scelta e il rinvio alle massime per altri temi affrontati dalla decisione, l'esito del procedimento e l'eventuale decisione sulla sanzione, i riferimenti alla decisione impugnata, l'autore dell'appello, l'eventuale esistenza di un ricorso al *Conseil d'Etat* e il suo esito.

¹⁰⁴ Il 30 gennaio 2014 è stato, infatti, pubblicato il documento relativo all'anno 2012.

del consenso informato, possono essere individuate alcune linee che sembrano comuni alle tre esperienze analizzate. Al di là delle pronunce legate a reati penali¹⁰⁵, quindi ad atti di particolare gravità, le pronunce disciplinari scaturite da questioni strettamente legate al rapporto medico-paziente sembrano essere significativamente meno numerose rispetto a quelle che derivano dall'esercizio professionale in termini, ad esempio, di pubblicità, qualifiche e rapporto con l'ordine e i colleghi.

Ad esempio, dalla ricerca nella banca dati francese delle pronunce delle commissioni disciplinari dell'ordine dei medici intervenute dal 2010 al 2014 sulla specifica tematica del "*consentement*" risultano 28 decisioni. Solo in 19 però il dovere di informazione e il principio del consenso sono stati effettivamente presi in considerazione nella dimensione analizzata nel presente lavoro, ossia quella dell'alleanza tra medico e paziente nell'assunzione della scelta responsabile¹⁰⁶. Nella maggior parte dei casi si tratta inoltre di medicina estetica.

Se si prova a fare un'analogia ricerca su una tematica legata ai rapporti interni alla professione ("*confraternité*") le decisioni sono invece una settantina. Se si somma questo dato alle pronunce in materia di pubblicità, concorrenza e, più in generale, ai rapporti con l'ordine e i colleghi, le cause legate alla condivisione della scelta terapeutica sembrano avere un peso meno rilevante.

Per quanto riguarda invece il ruolo del paziente e la riforma introdotta in Francia, tra le decisioni analizzate, dieci (quindi circa un terzo) sono scaturite dall'appello di un paziente. Benché nell'ambito strettamente legato al consenso l'appello sia stato accolto solo in due casi, il dato sembra comunque indicativo delle potenzialità che un

¹⁰⁵ Due elementi che caratterizzano tutti gli ordinamenti analizzati sono l'efficacia del giudicato penale per quanto riguarda l'accertamento dei fatti e il legame tra il compimento di determinati reati penali e l'apertura del procedimento disciplinare.

¹⁰⁶ In altri 4 casi il consenso era legato alla mancata acquisizione da parte del medico dell'autorizzazione del padre in caso di genitori separati di paziente minorenni. In tutti i casi non si trattava comunque di interventi medici di importanza tale da richiedere il consenso di entrambi i genitori. In un'altra decisione il consenso riguardava gli onorari. Negli altri casi il consenso veniva invece in rilievo in maniera solo marginale senza comportare una vera e propria statuizione della camera disciplinare. In soli 7 dei 19 casi in cui il consenso è stato preso in considerazione, le commissioni hanno ritenuto ci fosse una violazione dei doveri deontologici imposti dai relativi articoli del codice. Negli altri invece o le prove non risultavano sufficienti o la comunicazione del medico veniva contenuta corretta dal punto di vista deontologico. In molti di questi casi la sanzione disciplinare era legata ad altre violazioni. Per una dettagliata analisi dei dati relativi all'accesso alle giurisdizioni disciplinari prima della riforma del 2002 si rimanda a J. MORET-BAILLY (a cura di), *L'accès à la justice disciplinaire*, Saint Etienne, 2002.

più ampio ruolo del paziente potrebbe avere nel fare “uscire” il procedimento disciplinare dalla dimensione più strettamente corporativistica¹⁰⁷.

Una ricerca simile sulle pronunce dei tribunali professionali tedeschi fa emergere un dato non molto diverso. Ad esempio, nello stesso arco temporale, tra le pronunce sul codice deontologico medico del *Berufsgericht* di Berlino, oltre a quelle legate a reati penali¹⁰⁸, emergono prevalentemente cause relative alla pubblicità, al mancato pagamento dei contributi previdenziali, alla frode in relazione alle qualifiche professionali¹⁰⁹. Va inoltre precisato che anche il ricorso diretto al Tribunale costituzionale è necessariamente legato alla violazione di determinati diritti del medico costituzionalmente garantiti, prevalentemente la libertà di esercizio della professione di cui all'articolo 12.1 della GG e la libertà di opinione, stampa e informazione di cui all'art.5 GG¹¹⁰. Pare comunque interessante notare che tra le otto pronunce riguardanti espressamente la professione medica e il codice deontologico reperibili sul sito del *BVerfG* (quindi dal 1998 ad oggi), in nessun caso la controversia che ha dato origine alla pronuncia impugnata riguardava un comportamento del medico legato ai principi dell'alleanza terapeutica. Oltre alla citata sentenza sulla pubblicità del nome del medico incolpato, sorta da una questione relativa a fatture non conformi al regolamento professionale sugli onorari, le cause riguardano, infatti, solamente la pubblicità, l'uso di una determinata qualifica, il compimento di attività mediche al di fuori dell'ambito definito dalla specializzazione e il rapporto con i colleghi.

Anche nei massimari della CCEPS le decisioni riguardanti gli ambiti analizzati in relazione al ruolo della deontologia nel biodiritto sono generalmente poco presenti. Nel massimario del 2012, ad esempio, su 98 decisioni relative all'ambito disciplinare

¹⁰⁷ Un altro dato che emerge dall'analisi dei casi concreti e che sembra caratterizzare prevalentemente il contesto francese è il costante riferimento, nella valutazione del comportamento del professionista, alle norme del CSP con il quale il legislatore è intervenuto sul rapporto medico-paziente, soprattutto a seguito della cd. loi Kouchner. Il rapporto diretto tra il codice deontologico e la dimensione legislativa e le scelte di intervento della legge in determinati settori dell'esercizio professionale hanno quindi un'influenza anche sulla permeabilità tra le due dimensioni normative in fase di accertamento della responsabilità deontologica.

¹⁰⁸ Cfr. *supra* nota n.104.

¹⁰⁹ Cfr. ad es. *Berufsgericht für Heilberufe* Berlin, decisioni del 16 maggio 2012; 2 novembre 2011; 27 settembre 2011; 12 gennaio 2011; 7 settembre 2010; 31 maggio 2010.

¹¹⁰ Tra gli articoli della GG presi in considerazione, vanno ricordati anche l'articolo 2.1 sul libero sviluppo della personalità, l'articolo 1 sulla dignità e l'articolo 103.2 in base al quale un'azione può essere punita solo in forza di una legge entrata in vigore prima che sia stata commessa.

(sia sul piano sostanziale che formale) solo una riguarda il rapporto diretto con il paziente (rubricato appunto “rapporto abnorme con il paziente”) e in particolare gli articoli 1, 7, 20 e 37 del CDM relativi all’abuso dello status professionale, alla protezione dei diritti fondamentali della persona e alla tutela dei soggetti fragili. Nel massimario del 2011 sono solo 4 le massime riportate in ambito di consenso informato. Su questi dati influisce certamente il ruolo dell’accertamento della responsabilità medica e del conseguente risarcimento del danno del paziente in sede civile e penale. La persona assistita può infatti avere più interesse a ricorrere o a costituirsi in queste due sedi, le quali offrono anche maggiori garanzie sul piano processuale.

Ciò nonostante, dall’analisi fin qui condotta sembra emergere ancora una distanza tra la crescente apertura dei codici deontologici alla tutela dei diritti dei pazienti e la scarsa valorizzazione del procedimento disciplinare proprio in riferimento al ruolo del paziente e ai profili più strettamente legati alla condivisione delle scelte in ambito medico.

Benché si tratti di una considerazione estendibile a tutti e tre gli ordinamenti analizzati, i profili emersi dall’analisi comparata del procedimento disciplinare hanno messo in luce diverse carenze del modello italiano con riferimento, in particolare, alla valorizzazione di elementi che permettano all’accertamento della responsabilità deontologica di emanciparsi dagli interessi della categoria professionale. Queste carenze, aggiungendosi alla mancata promozione del ruolo del paziente, rendono il procedimento disciplinare italiano poco coerente con l’evoluzione che in questo ordinamento la deontologia ha saputo mostrare, invece, sul piano dei contenuti.

Sembra quindi auspicabile prendere in considerazione gli spunti che provengono dall’analisi comparata per ricostruire un modello di procedimento disciplinare più coerente con tutti i profili di rilevanza della deontologia emersi nel presente lavoro.

PARTE IV

PARTE QUINTA

CONCLUSIONI E PROSPETTIVE DI RIFORMA

PARTE V

CAPITOLO PRIMO
IL QUADRO DEI RAPPORTI TRA DEONTOLOGIA E DIRITTO EMERSO
DALL'ANALISI COMPARATA

1. Deontologia e diritto: pluralità di fonti, istanze e attori coinvolti. Alcune considerazioni generali

All'inizio del presente lavoro abbiamo definito la deontologia come la fonte che permette il passaggio dall'etica professionale al diritto.

L'analisi comparata ha messo poi in luce come la complessità dei rapporti tra diritto e deontologia possa portare anche a passaggi in senso opposto, nei quali cioè è la dimensione giuridica a muovere verso quella dell'etica medica, attraverso gli spazi lasciati alla deontologia e alla coscienza del medico o attraverso la diretta influenza della disciplina deontologica sulle scelte normative.

Bisogna inoltre precisare che, a seconda della prospettiva dalla quale si conduce l'analisi, il passaggio dall'etica al diritto può essere considerato in due diverse accezioni: quella generale dell'inserimento della dimensione etica in quella giuridica attraverso la componente deontologica e quella più specifica della trasformazione dei principi di etica medica in regole e doveri professionali che assumono rilevanza sul piano giuridico tramite la codificazione deontologica e la responsabilità disciplinare. È utile in questa sede ripartire proprio da quest'ultima immagine del passaggio dall'etica al diritto in quanto paradigmatica per ricostruire i tratti salienti del rapporto tra dimensione deontologica e dimensione giuridica emersi nel presente lavoro.

Alla luce di quanto emerso dall'analisi comparata pare infatti potersi sostenere che i principi dell'etica medica, proprio nel percorso che dalla dimensione meramente etica li avvicina, codificandoli, alla dimensione giuridica, cioè nella loro trasformazione in disciplina deontologica, assumono connotazioni peculiari in ragione sia dell'ordinamento in cui questo passaggio avviene, sia della categoria

professionale che tale percorso realizza. Il passaggio dall'etica al diritto inserisce inoltre la deontologia in contesti caratterizzati da una pluralità di fonti, istanze e attori che intervengono nella definizione dei suoi rapporti con la dimensione giuridica.

Tali fenomeni si manifestano in tutti gli ambiti in cui, nella presente ricerca, le relazioni tra deontologia e diritto sono state indagate.

Così, ad esempio, la prospettiva linguistica (Parte prima), ha messo in luce alcuni significati peculiari che hanno assunto nel tempo i termini "deontologia" e quelli usati in altri ordinamenti per definire l'equivalente funzionale di ciò che in Italia si intende per codice deontologico.

Si tratta, in tutte le esperienze, di parole il cui significato (così come specificatosi nel tempo nel caso del neologismo *deontology* o così come emerge dalla composizione dei termini nel caso tedesco) esprime l'intersezione tra dimensione etica, dimensione professionale e dimensione normativa. La deontologia italiana e francese e il termine *Standesrecht* tedesco si riferiscono, infatti, nella loro accezione più moderna, a doveri e principi etici relativi all'esercizio di una determinata professione, elaborati in regole (variamente formalizzate, ma comunque percepite nella loro dimensione normativa e vincolante) dalla stessa categoria professionale cui si riferiscono. Ecco quindi, già nel significato dei termini, il passaggio dall'etica al diritto e la contestualizzazione di tale passaggio all'interno della dimensione professionale.

La formalizzazione in regole conferisce poi ai termini che la designano (codice deontologico o *Berufsordnung*) i significati che le derivano dal peculiare contesto giuridico in cui si realizza. In prospettiva comparata, quindi, una determinata disciplina deontologica può essere indicata con termini diversi, o alla stessa parola possono essere conferiti significati non uniformi, in ragione dello strumento giuridico con cui in un determinato ordinamento quella disciplina deontologica viene inserita tra le fonti del diritto. Lo stesso concetto di deontologia, quindi, ponendosi all'intersezione di più dimensioni, rispecchia la pluralità di caratteristiche che da tale intersezione derivano.

Anche nella codificazione deontologica (Parte seconda), il percorso di progressivo avvicinamento della deontologia al sistema delle fonti del diritto è caratterizzato dall'intervento di più attori e proprio nell'individuazione di quanti e quali attori e

fonti debbano intervenire in questa fase si esprime nella maniera più concreta l'influenza dell'ordinamento statale. L'analisi comparata mostra come possa esserci un livello per così dire "minimo", in cui l'ordinamento interviene con una legislazione professionale che si limita, per l'ambito che qui interessa, a disciplinare quattro profili: costituisce gli ordini professionali e affida loro il compito di vigilare sul decoro della professione, fissa i principali criteri per l'assunzione delle decisioni all'interno dei consigli, regola il procedimento disciplinare affidandolo alle istanze ordinistiche e determina le sanzioni disciplinari. L'ordinamento italiano rappresenta un chiaro esempio di questo modello.

La deontologia si inserisce così in un quadro definito dalla fonte legislativa e il processo di codificazione è elaborato dall'ordine professionale seguendo le modalità previste, anche se a livello solo basilare, dallo stato e in considerazione delle sanzioni che lo stesso legislatore ha posto per la violazione delle norme così elaborate.

Il modello francese presenta invece un livello di interazione tra professione e varie componenti statali che, nel quadro delle esperienze analizzate nel presente lavoro, può essere definito "massimo" poiché l'intervento di autorità pubbliche caratterizza ogni singolo aspetto del processo di avvicinamento della dimensione deontologica a quella giuridica. Anche in questo ordinamento, infatti, la codificazione si inserisce nel quadro definito dalla legge, che costituisce e disciplina gli ordini e il loro funzionamento, il procedimento disciplinare e le relative sanzioni. Il legislatore determina però anche la forma che la deontologia deve assumere nell'inserirsi nella dimensione giuridica. Inoltre, nella stessa fase di elaborazione del codice intervengono il consiglio nazionale dell'ordine dei medici, il Consiglio di Stato e il primo ministro. Infine, nel momento della sua formalizzazione e del suo inserimento nel sistema delle fonti del diritto, il codice deontologico viene trasformato nella fonte di un'autorità statale, il primo ministro (*decret en Conseil d'Etat*), e integrato nella parte regolamentare di un codice dello stato.

La pluralità di attori e fonti coinvolti nella codificazione deontologica emerge anche in Germania attraverso le leggi professionali, la definizione legislativa delle tematiche sulle quali la *Berufsordnung* può intervenire, la precisazione del Tribunale costituzionale nel definire le competenze normative degli ordini professionali e l'autorizzazione del Ministro competente per l'adozione del codice.

In ogni caso, quindi, il processo di avvicinamento della disciplina deontologica alla dimensione giuridica ha inserito i codici deontologici in una varietà di fonti attraverso una molteplicità di attori. Ciò è dovuto anche all'importanza che i codici deontologici e gli ordini professionali hanno nella tutela di interessi di carattere pubblico, sia nella definizione dei rapporti tra professionisti, sia nella disciplina dell'attività medica e quindi nella prospettiva che maggiormente coinvolge la persona assistita.

Anche nell'ambito del biodiritto (Parte terza), la disciplina deontologica si inserisce in una pluralità di sedi decisionali che contribuiscono a definirne i contenuti e la rilevanza sul piano concreto. È proprio in questo ambito che risultano più evidenti le implicazioni dell'ordinamento giuridico e della categoria professionale di riferimento sui principi di etica medica nel momento in cui vengono codificati in norme deontologiche. Le molteplici fonti e istanze che influiscono sullo sviluppo dei contenuti concreti dei codici di deontologia medica derivano, infatti, sia da scelte statali, sia dalla riflessione e dalla sensibilità interne ai singoli ordini.

La deontologia, inoltre, come disciplina dell'agire medico nel caso concreto si confronta con altri spazi di autonomia decisionale. Lo stesso passaggio dal paternalismo medico all'alleanza terapeutica, unito agli sviluppi tecnico-scientifici e al mutamento culturale e giuridico, ha portato la deontologia ad "uscire" dai confini interni alla categoria professionale, inserendosi in una dimensione nella quale non può semplicemente prendere atto delle molteplici istanze coinvolte nell'attività medica, ma deve tentare di porsi in dialogo con esse. Fondamento della scelta nel caso concreto diviene la volontà consapevole e informata della persona assistita, che è tutelata dall'ordinamento giuridico attraverso un sistema più o meno articolato di fonti, con le quali la deontologia è chiamata a confrontarsi. Anche nella definizione dei margini di scelta nella decisione diagnostico-terapeutica, sono molte le fonti che intervengono sullo stesso oggetto: legislatore, giurisprudenza, politiche sanitarie, linee guida, protocolli, standards, buone prassi, contratti professionali.

Infine, i canali attraverso i quali la deontologia medica può esercitare il suo ruolo, sia come fonte di disciplina specifica, sia come regola del caso concreto, dipendono dai margini di autonomia e responsabilità riconosciuti da fonti statali e dalle modalità attraverso le quali la deontologia si pone in relazione con esse. Anche le reazioni alle

violazioni della deontologia sono caratterizzate dall'intervento di molteplici sedi di giudizio e ambiti di rispettiva competenza tra dimensione professionale e dimensione statale.

Come la normativa deontologica, anche il procedimento disciplinare (Parte quarta) si pone infatti nel delicato punto di intersezione tra esigenze derivanti dalla specificità e autonomia del contesto professionale e interessi statali. Ciò vale sul piano dell'effettività della deontologia, a tutela degli interessi pubblici la cui cura l'ordinamento giuridico ha affidato agli ordini professionali e su quello delle garanzie processuali.

Gli ordinamenti affidano generalmente alla categoria professionale la competenza disciplinare, ma la delimitano attraverso la definizione delle sanzioni e la disciplina legislativa del procedimento disciplinare, almeno nelle sue linee essenziali. Si pensi, inoltre, al rapporto tra commissioni disciplinari e giurisdizioni statali, che può andare dal giudizio di cassazione delle seconde sulle prime, alla presenza di magistrati nelle camere disciplinari. Infine, la rilevanza "esterna" che le norme deontologiche hanno assunto rispetto alla categoria professionale (sia sul piano degli ambiti, diritti e interessi sui quali possono incidere, sia in relazione alla loro posizione formale nell'ordinamento giuridico) comporta un'estensione dell'interesse statale alla loro sindacabilità e quindi un ampliamento delle sedi di giudizio potenzialmente chiamate ad esprimersi sulla violazione dei doveri deontologici o sulle decisioni delle istituzioni ordinistiche.

In tutti questi ambiti, quindi, i rapporti tra deontologia e diritto si concretizzano nella reciproca influenza di una pluralità di attori, fonti, ambiti di competenza ed esigenze di tutela. Poiché in ogni ordinamento la combinazione di questi elementi può variare in maniera sostanziale, dando vita ad esiti anche molto diversi sul piano deontologico, giuridico e professionale, risulta difficile tracciare con precisione un quadro dei rapporti tra deontologia e diritto valevole per tutte le esperienze analizzate. Nei prossimi paragrafi si cercherà di individuare dei possibili modelli di tale relazione in riferimento ad alcuni specifici profili.

Va però ricordato che proprio la varietà e complessità delle possibili combinazioni tra i vari elementi menzionati ha reso necessario unire all'analisi degli aspetti formali

del rapporto tra codice deontologico e sistema delle fonti del diritto, lo studio dei profili sostanziali del ruolo della deontologia sul piano concreto.

Il primo tipo di analisi ha messo in luce alcuni modelli di ingresso della norma deontologica nel sistema delle fonti del diritto (par. 2). Il secondo ha permesso invece di individuare alcune dinamiche paradigmatiche del rapporto deontologia-diritto, attraverso lo studio dei loro ruoli nell'ambito del biodiritto.

In tale prospettiva, provando a ricondurre la complessità delle reciproche influenze tra diritto e deontologia a quattro fattori significativamente rilevanti per l'evoluzione e la portata concreta dei codici deontologici, l'analisi comparata ha evidenziato alcuni specifici ruoli che la deontologia potrebbe avere nel biodiritto (par. 3).

Lo studio dei profili sostanziali alla luce di quelli formali ha inoltre permesso di mettere in luce come non ci sia sempre corrispondenza tra un modello di deontologia sul piano formale e la rilevanza pratica di quest'ultima nel rapporto con le altre fonti nel definire, sul piano sostanziale, la disciplina concretamente applicabile. Anzi, gli aspetti strutturali e formali dei rapporti tra codice deontologico e sistema delle fonti sono solo uno dei fattori in grado di incidere sulla portata concreta della deontologia. È da questa complessità, infine, che l'analisi comparata ha permesso di ricostruire, accanto al passaggio dall'etica al diritto, le ulteriori direzioni verso le quali la reciproca influenza tra diritto e deontologia può portare: un movimento di "eticizzazione" del diritto, attraverso il richiamo a spazi lasciati alla guida dell'etica medica, oppure una forma di "deontologizzazione" della legislazione che può fare indirettamente proprie alcune logiche radicate nei codici di etica professionale.

2. *Ingresso "mediato" e "non mediato" della deontologia nell'ordinamento giuridico*

Con riferimento agli aspetti formali del rapporto tra diritto e deontologia sono stati analizzati due profili dell'intervento dello stato: il ruolo da esso assunto nell'elaborazione e predisposizione concreta del codice deontologico, quindi in una fase "a monte" della sua adozione e il riconoscimento e l'inserimento del codice nel sistema delle fonti del diritto, quindi in una dimensione per così dire "a valle".

L'analisi comparata di tali profili ha messo in luce due modelli di ingresso della norma deontologica nell'ordinamento giuridico. Nel primo, che può essere definito

“non mediato”, i codici deontologici entrano in maniera diretta nell’ordinamento assumendo la forma di una sua specifica fonte e collocandosi così immediatamente nella gerarchia delle fonti del diritto. Il secondo modello può essere invece definito “mediato”, poiché la disciplina deontologica mantiene la forma di un regolamento interno alla categoria professionale e acquisisce rilevanza sul piano dell’ordinamento generale entrandovi, indirettamente, attraverso il richiamo che ad essa fanno altre norme o principi dell’ordinamento statale.

Possono essere fatti rientrare nel primo modello il codice di deontologia medica francese (e, più in generale, la tipologia di deontologie cd. *étatiques*) e le *Berufsordnungen* delle professioni sanitarie dei *Länder* tedeschi. In entrambi i casi, infatti, attraverso un espresso riconoscimento legislativo la deontologia assume direttamente la forma di una fonte del diritto, più nello specifico di un atto di natura regolamentare, assumendone quindi la posizione nella gerarchia delle fonti: *decret en Conseil d’Etat* in Francia e *Satzung* in Germania.

All’interno di questa generale cornice comune, le due esperienze presentano però differenze sostanziali con riferimento alle modalità con le quali l’ingresso non mediato nell’ordinamento giuridico concretamente si realizza. Nell’ordinamento francese, infatti, il codice di deontologia medica nell’acquisire natura giuridica “esce”, dal punto di vista formale, dalla categoria professionale, diventando una fonte dello stato (del primo ministro). Emblematico del modello “non mediato” è proprio il già ricordato articolo L4127 -1 del CSP che definisce la forma giuridica che il codice deve assumere, prevedendo (con formula analoga alle altre deontologie *étatiques*) che una volta preparato dalla categoria professionale, esso sia «*édicte sous la forme d’un décret en Conseil d’Etat*» e pubblicato sul *Journal Officiel*¹. Il legislatore francese ne definisce quindi immediatamente, con questa stessa disposizione, la posizione nella gerarchia delle fonti del diritto e ne determina anche il regime di pubblicità legale.

Nell’ordinamento tedesco, invece, il codice deontologico, pur diventando a tutti gli effetti una norma giuridica vincolante, rimane espressione dell’autonomia amministrativa dell’ordine professionale.

¹ Cfr *supra* Parte II.

La legge professionale definisce esplicitamente gli ordini dei medici come *Körperschaft des öffentlichen Rechts* e attribuisce loro la competenza ad emanare sotto forma di *Satzungen* i codici deontologici.

Un'ulteriore differenza tra le due esperienze riguarda il procedimento di elaborazione e formazione della fonte giuridica: mentre in Francia la razionalizzazione della riflessione deontologica in un decreto statale è caratterizzata dall'intervento di autorità pubbliche, in Germania rimane essenzialmente interna alla categoria professionale, fatta salva la finale approvazione del Ministro competente.

Infine, nell'ordinamento francese ogni eventuale residua forma di "mediazione" nell'ingresso delle norme deontologiche nel sistema delle fonti statali è venuta meno con l'integrazione nel *code de la santé publique*, attraverso la codificazione *à droit constant*, che ha espressamente abrogato nel 2004 l'allora vigente decreto recante il codice deontologico per inserirne i contenuti nella parte regolamentare del codice statale. Nell'esperienza tedesca invece la *Berufsordnung* rimane separata e autonoma rispetto ad altre fonti statali.

Dal punto di vista comparato può essere interessante notare come tale modello "non mediato" sia stato adottato anche da altri ordinamenti. In Uruguay, ad esempio, il codice di deontologia medica diventa giuridicamente vincolante a partire dall'entrata in vigore della legge corrispondente. L'ordine dei medici elabora infatti il codice, ma a seguito della riforma del 2009, il testo viene inviato all'esecutivo che ne trasmette il relativo disegno di legge al potere legislativo per l'approvazione. Anche in questo caso, similmente a quanto avviene in Francia e Germania, il codice di deontologia medica entra in maniera diretta nell'ordinamento statale. Contrariamente all'esperienza tedesca, ma analogamente al codice francese, quello uruguayano esce dal punto di vista formale dalla categoria professionale che lo ha elaborato divenendo una fonte dello stato. In questo caso, però, cambia sostanzialmente il rango e il procedimento di elaborazione. Il codice di deontologia medica diventa infatti un disegno di legge del governo, assumendo poi natura di fonte legislativa.

L'analisi comparata mostra quindi come possano essere molte le varianti del modello che permette alla deontologia di entrare nell'ordinamento giuridico in maniera "non mediata" dal richiamo ad altre norme o principi o clausole. A fronte della comune, diretta collocazione dei codici deontologici nel sistema delle fonti del diritto, le

singole esperienze possono infatti presentare differenze sostanziali con riferimento sia alla concreta forma assunta dalla fonte deontologica, sia al ruolo di altri poteri e autorità dello stato.

Completamente diversa, e sicuramente più complessa, è invece la modalità di ingresso della deontologia medica nell'ordinamento italiano. Non esiste infatti in Italia una norma legislativa che espressamente disciplini la forma assunta dal codice deontologico o che ne definisca la posizione nella gerarchia delle fonti.

Nell'attuale legislazione professionale medica, inoltre, non compare nemmeno un espresso riferimento al compito degli ordini professionali di elaborare ed emanare un codice deontologico, bensì solo un generico riferimento alla loro funzione di vigilare sul decoro e l'indipendenza della professione.

La distanza con il modello “non mediato” e, soprattutto, con l'integrazione della norma deontologia nel diritto positivo statale tipica dell'ordinamento francese emerge in maniera evidente dal confronto tra il citato articolo L.4127-1 del CSP e l'orientamento tradizionale della Corte di Cassazione italiana che conviene qui riprendere brevemente in alcune delle sue espressioni più recenti. La Corte ha infatti per molto tempo ritenuto che «le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini (o dai collegi) professionali, se non recepite direttamente dal legislatore, non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge»²; esse sarebbero infatti «precetti extragiuridici ovvero regole interne alle categorie e non già [...] atti normativi»³. Nonostante l'evoluzione giurisprudenziale che ha riconosciuto natura giuridica alle norme deontologiche⁴, a dimostrazione di come in Italia la qualifica della deontologia sia ancora lontana dai modelli francese e tedesco, anche il carattere normativo del codice deontologico è stato recentemente negato dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 15873 del luglio 2013⁵.

Dal punto di vista strettamente formale, la deontologia rimane quindi uno strumento interno alla categoria professionale di riferimento. Ciò nonostante, come già detto, è innegabile che anche in Italia la rilevanza della deontologia non si esaurisca all'interno del contesto professionale. Per definire il ruolo della deontologia tra le

² Cass. Sez. un. 10 luglio 2003, n. 10842.

³ Cass. Sez. III civ. 10 febbraio 2003, n. 1951.

⁴ Cfr. *supra* parte II.

⁵ Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 25-06-2013, n. 15873.

fonti del diritto è necessario quindi non solo interrogarsi sulla natura, giuridica o extra-giuridica, delle sue norme, ma individuare anche tutte le sue possibili forme di rilevanza esterna; tutte quelle situazioni, quindi, in cui la norma deontologica o la sua violazione assumono rilevanza per l'ordinamento giuridico. Nel presente lavoro si è visto come tale rilevanza possa emergere in diversi modi: attraverso l'individuazione giudiziale della condotta diligente e della correttezza professionale, quindi tramite la specificazione e concretizzazione di clausole generali previste da norme giuridiche; grazie al ruolo che la deontologia può assumere come parametro di valutazione della colpa, soprattutto a titolo di *disciplina* la cui violazione, ai sensi dell'art. 42 c.p., è fonte di colpa penale specifica. Ulteriori profili di intrinseca giuridicità della deontologia emergono inoltre dalla sintonia tra i principi elaborati a livello giurisprudenziale e le scelte dell'etica professionale razionalizzate nei codici deontologici.

Nel caso in cui venga, invece, riconosciuta alle disposizioni di tali codici natura di norme giuridiche vincolanti – come è il caso dell'orientamento della Corte di Cassazione, che, a partire dal 2002 ha rappresentato nell'ordinamento italiano la prima risposta giuridica sul punto – esse possono assumere la stessa funzione e lo stesso rango della norma dell'ordinamento generale che vanno a integrare e la loro violazione può essere direttamente sindacabile dal giudice di legittimità come *quaestio iuris*, quindi come violazione di norme di diritto. Anche in questo caso, tuttavia, la natura giuridica delle norme deontologiche deriva dal riferimento alla legge professionale e quindi dalla loro funzione di parametro normativo generale alla stregua del quale valutare la condotta dei professionisti iscritti⁶.

In ogni caso, nell'esperienza italiana, non si tratta di una “statalizzazione” della deontologia come nel caso francese (o uruguayano) né di un suo diretto inserimento nell'ordinamento statale come fonte giuridicamente vincolante delle autonomie professionali, come avviene in Germania. L'ingresso della deontologia italiana tra le fonti del diritto, sempre che sia possibile individuare tale ingresso, è infatti in ogni caso mediato dal riferimento ad altre fonti normative, attraverso il quale viene ad essa riconosciuta efficacia all'interno del'ordinamento generale.

⁶ Cfr *supra* Parte III, tit. I, cap. 3.

All'interno del modello "mediato" possono essere ricondotte anche altre esperienze, pur in presenza di caratteristiche parzialmente diverse. In Svizzera, ad esempio, la valenza giuridica del codice di deontologia medica rimane, almeno dal punto di vista strettamente formale, confinata all'interno della *Fédération des médecins suisses*, assumendo però rilevanza sul piano giuridico in maniera simile a quanto avviene nel contesto italiano. Si pensi, ad esempio, alla sua funzione di concretizzazione in via interpretativa dei doveri del medico contenuti nella legge federale sulle professioni mediche entrata in vigore nel 2007⁷. Particolare è, inoltre, il caso spagnolo. In questo ordinamento, infatti, il codice di deontologia medica è richiamato negli «*Estatutos generales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos*» allegati a una fonte statale, il *real decreto*. Poiché, tuttavia, ciò non risolve in maniera univoca la questione sulla natura giuridica delle norme deontologiche, l'esperienza spagnola non pare potere essere inserita nel primo modello esaminato. Una precisazione deve essere fatta, infine, in relazione al caso tedesco. In questo ordinamento sembrano infatti convivere i due modelli analizzati, poiché accanto all'ingresso "non mediato" dei codici deontologici dei *Länder*, il codice di deontologia federale pare corrispondere invece al modello di ingresso che abbiamo definito "mediato". La *MBO* è, come detto, frutto della riflessione deontologica della comunità medica tedesca e le sue norme assumono rilevanza giuridica non in maniera diretta, ma solo grazie al loro recepimento in *Satzungen* da parte dei singoli ordini professionali statali. Il codice assume, inoltre, quanto meno a livello federale, ulteriore rilevanza giuridica a livello interpretativo e attraverso il richiamo che ad esso fanno altre fonti dell'ordinamento. Per entrambi questi due motivi, quindi, benché fonti giuridicamente vincolanti siano solo i codici deontologici dei *Länder*, anche quello federale entra, in maniera appunto "mediata", nell'ordinamento giuridico tedesco.

⁷ Loi sur les professions médicales (LPMéd) del 23 giugno 2006. Per un approfondimento si veda A. AYER., U. KIESER, T. POLEDNA, D. SPRUMONT, *Medizinalberufegesetz (MedBG)-Kommentar / Loi sur les professions médicales universitaires (LPMéd) – Commentaire*, Basel, 2009.

3. *I possibili ruoli della deontologia nel (bio)diritto*

L'analisi delle reciproche influenze tra diritto e deontologia ha permesso di mettere in luce l'evoluzione del ruolo della normativa deontologica in ambito biomedico e sanitario.

All'inizio del presente lavoro sono state sottolineate alcune specificità della deontologia medica nel panorama moderno delle deontologie, dovute al fatto che nel contesto in cui il medico esercita la sua attività siano generalmente amplificate le esigenze a tutela delle quali la categoria professionale impone specifici doveri ai suoi iscritti. Principi quali la correttezza, la diligenza, la competenza e la responsabilità nell'esercizio professionale e la fiducia tra il professionista e il destinatario della sua attività assumono infatti connotazioni peculiari proprio alla luce dei diritti sui quali la medicina può incidere; e ciò ha, già di per sé, conferito una rilevanza significativa alla disciplina deontologica in questi ambiti.

Ciò è testimoniato anche dal fatto che un primo, generale, ruolo della deontologia sia legato alla definizione in via interpretativa di concetti e principi giuridici dell'ordinamento generale, in particolare per quanto riguarda il corretto esercizio della professione e la responsabilità medica (civile e penale).

Sul ruolo tradizionale della deontologia medica ha poi inciso lo sviluppo tecnico-scientifico e le nuove sfide che esso ha posto alla categoria professionale. La direzione nella quale i codici deontologici hanno diretto l'evoluzione stimolata da questi cambiamenti è stata condizionata dal mutamento culturale e giuridico sviluppatosi parallelamente al concretizzarsi di inedite potenzialità e nuovi spazi decisionali in campo biomedico. Dopo l'inerzia iniziale, la deontologia si è così progressivamente aperta alla tutela dei diritti fondamentali della persona assistita, ponendo al centro della sua disciplina l'alleanza terapeutica.

Nel tempo, i codici deontologici hanno quindi affiancato alla loro tradizionale funzione un più complesso e articolato ruolo come possibili fonti del biodiritto. Sul piano normativo ciò si è concretizzato su due piani diversi, ma complementari: la categoria professionale ha dato nuovo impulso ai presupposti dell'etica medica alla base della riflessione deontologica, ampliandoli e precisandoli ulteriormente attraverso una più attenta tutela dei diritti della persona e, parallelamente, ha

cominciato a dare risposte, spesso anche articolate, ad alcune delle problematiche più spinose dal punto di vista etico e giuridico.

In tal modo si è anche delineata in maniera più marcata la distinzione tra norme deontologiche che disciplinano i rapporti tra professionisti e norme che invece mirano a disciplinare la relazione con la persona assistita.

È infatti in relazione alle norme che portano i codici deontologici ad “uscire” dalla categoria professionale che la deontologia si interseca nella maniera più complessa e significativa con le posizioni fatte proprie dalle altre componenti del diritto ed è quindi in questi ambiti che assume maggiore rilevanza lo studio dell’evoluzione del suo ruolo sul piano sostanziale. Proprio in questa prospettiva deve essere infatti valutata l’influenza dei quattro fattori evidenziati nel presente lavoro: le caratteristiche dell’oggetto del biodiritto, le scelte e le modalità di intervento dell’ordinamento giuridico in tale ambito, la struttura dei rapporti tra norma deontologica e sistema delle fonti del diritto e la sensibilità interna alla categoria professionale.

Date queste premesse, l’analisi comparata dei rapporti tra diritto e deontologia nel biodiritto ha permesso di individuare alcuni specifici ruoli della disciplina deontologica, i cui ambiti di concreta rilevanza possono essere descritti immaginando di disegnare alcuni cerchi concentrici intorno al fulcro centrale dell’alleanza terapeutica e, in particolare, della scelta consapevole e responsabile del paziente e del medico.

Il cerchio più ampio rappresenta la cornice giuridica di riferimento, quindi i principi normativi che delimitano il margine della scelta alla quale è possibile giungere all’interno della relazione di cura. Si pensi, ad esempio, alle condizioni per potere accedere alla procreazione medicalmente assistita o alle disposizioni in materia di fine vita. In questo ambito la deontologia può contribuire a definire il quadro normativo, assumendo un ruolo come fonte di disciplina specifica. Ciò può derivare da una esplicita delega legislativa, oppure da un’inerzia del legislatore o, ancora, da una fisiologica integrazione tra diritto e deontologia dovuta ad una peculiare struttura dei rapporti tra queste due dimensioni. In alcuni casi la deontologia completa la disciplina giuridica precisando e articolando ulteriormente i doveri del medico o definendo alcuni aspetti strettamente legati al profilo tecnico-professionale. Ne sono

un esempio la procedura collegiale da adottare per l'interruzione di trattamenti di sostegno vitale in caso di persona incapace, espressamente affidata in Francia alla deontologia, oppure il ruolo nel definire la disciplina della procreazione medicalmente assistita che l'ordine dei medici tedesco ha assunto nelle linee guida allegate al codice deontologico tedesco. In assenza di previsioni legislative, anche nell'ordinamento italiano, la deontologia, in sintonia con la giurisprudenza, ha saputo fornire alcune risposte più equilibrate a problematiche ancora irrisolte nel dibattito politico. In altri casi, invece, la scelta della categoria professionale può andare oltre al quadro giuridico predisposto dall'ordinamento, definendo alcuni doveri in modo tale da determinare la concreta ammissibilità di una pratica medica, come ad esempio nell'esperienza disciplina tedesca del suicidio assistito.

L'analisi di specifici profili in ambito biomedico ha sottolineato inoltre come, anche quando non rimanga ad essa uno spazio nella determinazione della disciplina, la deontologia possa comunque svolgere un ruolo nel caso concreto in ragione dei margini di valutazione e bilanciamento lasciati al medico rispetto ai principi fissati dal quadro giuridico. Il «*pouvoir normatif*» riconosciuto al medico nell'ambito della procreazione medicalmente assistita in Francia, pur a fronte di una norma del codice deontologico che semplicemente rinvia alla disciplina legislativa, ne è un esempio significativo.

L'ampiezza del ruolo della deontologia come fonte di disciplina specifica dipende dai numerosi fattori analizzati nel presente lavoro, la cui intersezione non si presenta però in modo univoco all'interno dei singoli ordinamenti. Come anticipato, ad una determinata struttura dei rapporti tra diritto e deontologia non corrisponde infatti necessariamente lo stesso esito dal punto di vista delle interazioni tra le varie componenti normative in ogni ambito del biodiritto, né è individuabile un modello che garantisca completa coerenza tra le scelte dell'ordinamento e le scelte interne alla categoria professionale. Neanche in questo caso è quindi possibile individuare in maniera sistematica il rapporto tra un modello di deontologia e il suo concreto ruolo come disciplina normativa.

Prima di arrivare al nucleo della scelta all'interno del rapporto terapeutico vi è un ulteriore strato caratterizzato dai molteplici fattori che, all'interno della cornice di principi normativi, concorrono a definire nel concreto l'ampiezza dei margini di

autonomia decisionale individuati dal cerchio più ampio. Si tratta, ad esempio, di linee guida, protocolli, scelte di politica sanitaria, vincoli e interessi di natura economica, contrazione delle risorse, ecc. Anche in questo caso, il margine di intervento lasciato alla deontologia varia in ragione delle scelte interne ad ogni ordinamento e dalla capacità (o possibilità) della categoria professionale di porsi in dialogo con le istanze che determinano questo ulteriore livello di condizionamento della scelta diagnostico-terapeutica. Con riferimento al ruolo della componente deontologica, ciò dimostra come il codice di deontologia medica sia solo una delle forme di regolamentazione interne alla dimensione scientifica che si pongono in dialogo con il legislatore. Tuttavia, l'analisi comparata ha dimostrato come anche in questo ambito, la deontologia sia in ogni caso chiamata a svolgere un ruolo decisivo nel mantenere, o riportare, al centro della relazione di cura il bene del paziente e nel garantire l'indipendenza e l'autonomia del medico a tutela dei diritti della persona assistita.

Il cerchio più stretto è infine quello della relazione di cura e quindi della tutela della scelta morale del paziente. Si tratta del nucleo di rilevanza essenziale della deontologia, sia nel senso che riguarda quel ruolo minimo che sussiste indipendentemente da altre forme di rilevanza dei codici deontologici sul piano dell'ordinamento giuridico, sia perché costituisce un nucleo sostanziale e imprescindibile di compiti della disciplina deontologia, quindi, appunto, l'essenza del ruolo della deontologia nel biodiritto.

L'alleanza terapeutica, perché sia davvero tale, deve unire il principio del consenso informato della persona a quello dell'autonomia e responsabilità del medico. In entrambi questi profili, indipendentemente o al di là delle influenze degli altri due livelli di condizionamento della scelta diagnostico-terapeutica, la deontologia deve quindi svolgere un ruolo di guida decisivo affinché i margini decisionali lasciati al medico siano concretamente indirizzati alla tutela dei diritti fondamentali del paziente. Così, ad esempio, il momento morale del consenso non potrebbe essere adeguatamente e consapevolmente esercitato senza una responsabile gestione del momento tecnico da parte del professionista. Le asimmetrie in questa fase sono però incolmabili nella relazione strettamente individuale, pur in presenza di principi giuridici o normative legislative che disciplinano in maniera dettagliata i doveri di

informazione, la relativa documentazione e la tutela dell'autodeterminazione personale. L'attuazione sul piano concreto di tutti questi profili e la valorizzazione del colloquio individuale rispetto agli adempimenti burocratici rischiano, infatti, di rimanere in ogni caso nella scelta personale del medico, sulla quale possono incidere convincimenti morali, attitudini e sensibilità personali o timori legati ai profili di responsabilità civile e penale. Su specifici aspetti si è visto che un rapporto non distorto con la dimensione giuridica può prevenire le due opposte derive di una rinnovata forma di paternalismo e della solitudine decisionale del paziente. Si tratta però solo della predisposizione di una corretta base per la condivisione delle scelte diagnostico-terapeutiche sulla quale rimane, ancora una volta, decisiva la condotta individuale. Il diritto strettamente inteso, inoltre, può accertare eventuali profili di responsabilità del medico, ma a monte della scelta può intervenire solo con norme generali e astratte. Spetta quindi alla deontologia svolgere un ruolo effettivo di guida dell'agire medico quotidiano nella gestione dei singoli aspetti del rapporto terapeutico, affinché siano garantite sia la lealtà comunicativa che l'assunzione di autentica responsabilità del medico, nella condivisione delle scelte con il paziente.

Alla luce di tutto quanto fin qui analizzato, può essere sottolineato un ulteriore peculiare aspetto del ruolo della deontologia nel biodiritto. La componente deontologica, infatti, da un lato, è espressione del pluralismo assiologico di cui l'ordinamento giuridico deve tenere conto e, dall'altro, può divenire uno strumento per gestire tale pluralismo nella definizione del caso concreto. Quest'ultima possibilità può realizzarsi nella misura in cui la correttezza e la qualità dell'esercizio professionale – quindi il rispetto dei doveri deontologici – siano funzionali alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

Può però anche accadere che alcune resistenze o l'elezione di un'impostazione morale nei codici deontologici possano di fatto limitare un'autentica promozione del pluralismo.

In tutti i profili studiati la disciplina deontologica mostra di avere, almeno potenzialmente, una maggiore capacità, rispetto alla fonte legislativa, di adattare le proprie norme alla flessibilità richiesta dalle specificità dei casi concreti.

Il nucleo di principi deontologici fondamentali comuni alle più recenti versioni dei codici deontologici analizzati permette inoltre alla deontologia di sviluppare la

propria disciplina in maniera conforme alla tutela dei diritti fondamentali della persona assistita.

Ciò nonostante, proprio la sua natura di autoregolamentazione professionale la rende soggetta alla riflessione interna di una sola delle categorie coinvolte nella relazione terapeutica e la pone al di fuori delle garanzie del circuito democratico. Si è tra l'altro visto come proprio la sensibilità interna ai singoli ordini professionali possa incidere in maniera significativa sull'ampiezza dei diritti tutelati in via generale. Ne è un esempio l'inerzia della deontologia francese rispetto ad alcuni profili dell'informazione, che dimostra come il nucleo di principi previsto nei codici deontologici non sia sufficiente a mettere al riparo da atteggiamenti ancora caratterizzati da manifestazioni, più o meno velate, di paternalismo. Nel caso del suicidio assistito in Germania, inoltre, il provvedimento di un ordine professionale è stato giudicato dalla giurisprudenza in contrasto con la libertà di coscienza del medico, quindi, in sostanza, con uno degli scopi stessi della disciplina deontologica, a dimostrazione di come in alcuni ambiti particolarmente delicati anche la deontologia non sia in grado di garantire la necessaria flessibilità e pluralismo che invece dovrebbe rappresentare una delle sue maggiori potenzialità. In quel caso l'ordine dei medici sembrava infatti trincerarsi dietro un, forse più rassicurante, generale divieto, invece di permettere una valutazione caso per caso più aderente alla garanzia della scelta morale del paziente. Lo stesso procedimento disciplinare, soprattutto nell'esperienza italiana, non pare inoltre riuscire a garantire adeguatamente i principi alla base della disciplina deontologica da forme di chiusura corporativistica, proprio nel momento della loro violazione.

Al fine di coniugare l'importanza che la deontologia può dimostrare a molteplici livelli nella tutela della scelta morale del paziente e nella disciplina della pratica medica con un'idonea garanzia dai rischi di autoreferenzialità della dimensione deontologica o addirittura di egoismo corporativistico, è necessario quindi mantenere un adeguato dialogo tra deontologia, diritto e società e prevedere procedimenti disciplinari in grado di rispecchiare l'apertura ai diritti della persona razionalizzati nei codici deontologici. Questi aspetti verranno analizzati, in particolare, nel prossimo paragrafo e nella proposta di un nuovo e diverso modello italiano.

4. *Deontologia medica e procedimenti disciplinari a confronto*

L'analisi comparata dei procedimenti disciplinari in Francia, Germania e Italia ha messo in luce alcune analogie, ma soprattutto molte differenze tra i modelli studiati. In questa sede si cercheranno di sintetizzare alcune caratteristiche legate alla composizione delle commissioni disciplinari, al loro rapporto con la dimensione statale e alla prospettiva medico-paziente.

4.1 *Le commissioni disciplinari tra dimensione professionale e dimensione statale: giudizio interno ed esterno all'ordine dei medici.*

Per quanto riguarda il procedimento disciplinare, un importante profilo attraverso il quale analizzare il rapporto tra dimensione deontologica e dimensione giuridica attiene alla composizione delle commissioni disciplinari e alla presenza nei collegi giudicante di elementi esterni alla categoria professionale di riferimento.

In questa prospettiva possono distinguersi due modelli generali: il primo prevede l'esclusiva presenza di membri interni all'ordine professionale, il secondo è invece caratterizzato dalla compresenza di membri esterni.

Alcuni ordinamenti rientranti nel primo modello prevedono criteri per separare le funzioni disciplinari da quelle amministrative o per fare intervenire nel giudizio professionisti non appartenenti allo stesso ordine territoriale del medico incolpato, creando così un minimo di terzietà rispetto al diretto rapporto di colleganza tra membro della commissione disciplinare e medico.

Il primo grado del procedimento disciplinare italiano è l'unico, tra quelli analizzati, a rientrare in questo modello.

Nel secondo modello l'elemento comune è costituito dal fatto che siano competenti a giudicare sulle violazioni della deontologia medica organi giurisdizionali non composti solo da appartenenti alla stessa categoria professionale. Ciò nonostante, anche in questo caso, l'intervento di membri esterni può assumere forme diverse, in ragione della qualifica o del ruolo dell'esperto inserito nelle commissioni disciplinari.

In alcuni casi può infatti trattarsi di membri provenienti a vario titolo dalla dimensione statale esterna alla categoria professionale. Ne è un esempio la Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie (CCEPS) in Italia, la

quale non è composta da solo medici, ma anche da un Consigliere di Stato, che la presiede, un membro nominato dal Consiglio Superiore di Sanità e un dirigente amministrativo del Ministero della Salute. Anche nella legge professionale di alcuni *Länder* tedeschi, come nel caso del *Land Baden-Württemberg*, la presidenza è affidata ad un magistrato ed è prevista, inoltre, la presenza, accanto ai membri dell'ordine dei medici, di almeno un altro membro esterno, che può appartenere alla magistratura o ai più alti incarichi nella pubblica amministrazione.

In altri casi è prevista espressamente la presenza di un giurista. Quest'ultimo può però avere funzione consultiva, come nel modello francese precedente alla riforma, oppure divenire parte integrante di quello che, riprendendo la terminologia francese, può essere definito il modello dell'*échevinage*, intendendo con questa formula la compresenza di magistrati statali e membri dell'ordine professionale nella composizione dell'organo giudicante. In questa ipotesi può essere prevista solo la presidenza da parte di un giudice, come nell'attuale procedimento disciplinare in Francia e in alcuni *Länder* tedeschi; oppure può essere costituito un collegio giudicante con un maggior numero di magistrati professionisti.

Quest'ultimo caso, che riguarda la quasi totalità dei *Länder* tedeschi (almeno per il secondo grado di giudizio), può però essere considerato una peculiare variante del secondo modello solo se guardato, come anticipato, dal punto di vista della dimensione professionale e deontologica, poiché, in realtà, rispecchia una modalità di organizzazione del potere disciplinare in cui pare quasi invertita la logica che caratterizza il modello francese e, ancora di più, quello italiano.

Nell'esperienza tedesca infatti i tribunali professionali rientrano nella categoria dei "Tribunali per particolari materie" ex art. 101 GG, istituiti, in questo specifico caso, presso tribunali amministrativi od ordinari e nei quali sono inseriti membri della professione medica a tutela dell'autonomia riconosciuta agli ordini professionali.

Quanto fin qui analizzato va considerato alla luce di un ulteriore importante profilo relativo ai rapporti tra dimensione statale e dimensione professionale nei procedimenti di accertamento degli illeciti deontologici, ossia la collocazione degli organi competenti dal punto di vista disciplinare nel sistema dell'amministrazione della giustizia statale.

Nell'ordinamento francese, il modello dell'*échevinage* è inserito nella struttura interna all'ordine professionale. Le commissioni disciplinari, sia in primo che in secondo grado, sono poi direttamente inserite nell'ordinamento della giustizia amministrativa francese, nello specifico, nella categoria delle giurisdizioni amministrative cd. *d'attribution*.

Il procedimento disciplinare dell'ordine dei medici italiano ha invece natura di procedimento amministrativo e solo il procedimento instaurato a seguito di un eventuale ricorso ha natura giurisdizionale. Quest'ultimo avviene davanti alla CCEPS che, da un lato, costituisce un cd. giudice speciale e dall'altro, è istituito direttamente presso il Ministero della salute ed è pertanto formalmente esterno alla struttura dell'ordine dei medici italiano.

In Germania, analogamente a quanto previsto in Francia, entrambi i gradi hanno natura giurisdizionale. Per quanto riguarda invece la collocazione dei *Berufsgerichte*, l'ordinamento prevede entrambe le opzioni analizzate. Infatti, mentre il modello prevalente organizza le giurisdizioni disciplinari presso tribunali statali quindi in una dimensione completamente esterna a quella ordinistica, in tre *Länder* i *Berufsgerichte* sono istituiti invece presso il relativo ordine dei medici⁸. Anche in questa ipotesi, vi è comunque sempre almeno un magistrato professionista che presiede il tribunale disciplinare.

I tre modelli presentano, infine, punti in comune e divergenze anche per quanto riguarda i gradi di giudizio: tre nelle esperienze francese e italiana, due in quella tedesca.

Nell'ordinamento francese, la qualifica di giurisdizioni amministrative delle commissioni disciplinari e il loro diretto inserimento nell'ordinamento della giustizia amministrativa ha come conseguenza che il *Conseil d'Etat* eserciti il suo potere di cassazione anche su di esse, sotto forma di terzo grado di giudizio. In Italia, dopo il primo livello, di competenza dei consigli provinciali, e il secondo grado affidato alla CCEPS, è possibile fare ricorso, per motivi che, come visto, sono stati estesi nel tempo, in particolare a seguito della riforma dell'articolo 111 della Costituzione, alla Corte di Cassazione. In Germania, invece, nonostante l'istituzione presso tribunali statali e la presenza di almeno un magistrato nel collegio giudicante, i *Berufsgerichte*

⁸ Cfr. *supra* parte IV.

rappresentano una particolare modalità di strutturare la funzione disciplinare che rimane autonoma rispetto alle altre giurisdizioni statali. Non è infatti previsto un terzo grado di giudizio presso una corte del *Bund* o del relativo *Land*. Da questo punto di vista, una peculiarità del procedimento disciplinare tedesco deriva, invece, non dalla sua struttura, bensì da una particolarità della giustizia costituzionale della Repubblica federale tedesca, ossia il *Verfassungsbeschwerde*. Poiché le decisioni dei tribunali professionali incidono sui diritti costituzionalmente garantiti del medico, quest'ultimo, qualora li ritenesse volati, può presentare un ricorso al Tribunale costituzionale tedesco.

In tutti e tre i casi la pronuncia di una giurisdizione statale sulle decisioni adottate dalle commissioni disciplinari permette una forma di controllo dell'ordinamento giuridico sull'applicazione delle regole deontologiche in sede di responsabilità professionale. Ciò ha inoltre consentito alla giurisprudenza di legittimità e, nel caso tedesco, costituzionale di pronunciarsi su alcuni aspetti legati alle garanzie procedurali, contribuendo, in alcuni casi, a garantirne un maggior rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico. Va infine sottolineato che proprio i ricorsi avverso decisioni disciplinari siano stati occasione per pronunce che hanno offerto risposte decisive in riferimento ai rapporti tra diritto e deontologia. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana che è arrivata a definire, pur a fronte di un quadro giuridico poco chiaro, la natura giuridica delle norme dei codici deontologici o al cd. *Facharzt-Beschluss* del Tribunale costituzionale tedesco che ha definito, attraverso la cd. *Wesentlichkeitstheorie*, il rapporto tra competenze del legislatore e competenze normative degli ordini dei medici.

4.2 *La prospettiva medico-paziente*

Per quanto riguarda l'aspetto attorno al quale si è sviluppata la moderna riflessione deontologica e in relazione al quale quest'ultima è chiamata ad esercitare un ruolo significativo, ossia la tutela dei diritti della persona assistita e la garanzia di un'autentica alleanza terapeutica, il procedimento disciplinare sembra mostrare alcune significative lacune.

Innanzitutto, solo nell'esperienza francese, a seguito della riforma iniziata nel 2002, è prevista una possibilità per il paziente di divenire parte del procedimento disciplinare e di porsi quindi in contraddittorio con il medico. Tale possibilità non è tuttavia garantita nel caso di medici che esercitano una funzione pubblica e ciò pare restringere di molto la portata della riforma.

In Germania e in Italia, invece, i procedimenti disciplinari sono ancora estranei ad un ruolo diretto, come parte formale, del paziente, che può semplicemente fare una denuncia all'ordine professionale, dalla quale può eventualmente scaturire un procedimento a carico del medico.

Inoltre, l'analisi della giurisprudenza disciplinare di tutti e tre gli ordinamenti studiati pare mostrare una maggiore efficacia e sistematicità di intervento dello strumento disciplinare in ambiti legati prevalentemente a rapporti interni alla categoria, come, ad esempio, gli onorari, la pubblicità o forme di esercizio dell'attività professionale. Aspetti più strettamente legati alla tutela dei diritti del paziente e alla promozione dell'alleanza terapeutica (quindi all'ambito in cui abbiamo riconosciuto, sul piano dell'evoluzione dei codici deontologici, uno dei ruoli più significativi della deontologia) paiono invece meno rappresentati in ambito di procedimento disciplinare. Ciò può essere ragionevolmente legato al fatto che il paziente abbia più interesse ad agire e possa essere più efficacemente tutelato in sede civile e penale.

La rilevanza della deontologia e delle forme di tutela del paziente da essa previste sembra quindi essere prevalentemente legata al riferimento che le giurisdizioni civili e penali fanno alla disciplina deontologica, nel momento di una sua eventuale violazione.

Alla luce però dei possibili ruoli della deontologia emersi dall'analisi comparata e in considerazione del fatto che proprio l'aumento di cause civili e penali sia alla base del fenomeno di "medicina difensiva" che tradisce gli scopi più autentici della professione medica, una maggiore valorizzazione del procedimento disciplinare come sede di possibile risoluzione dei conflitti tra medico e paziente potrebbe forse essere auspicabile.

La possibilità che il paziente diventi parte del procedimento disciplinare permetterebbe in particolare di valorizzare il contraddittorio e la trasparenza nell'accertamento della responsabilità deontologica. Dal punto di vista simbolico,

inoltre, il tentativo di riequilibrare anche a livello di procedimento disciplinare la posizione del medico e del paziente pare poter rispecchiare in maniera più coerente sia la crescente apertura della deontologia alla tutela dei diritti dei pazienti, sia il mutamento culturale e giuridico che ha posto sempre maggiore attenzione alla centralità della persona assistita nelle scelte diagnostico-terapeutiche.

5. *Tensioni e incoerenze tra profili formali e sostanziali del rapporto tra diritto e deontologia.*

Si è già più volte sottolineato come non ci sia sempre coerenza tra un tipo di struttura dei rapporti tra diritto e deontologia e il ruolo di quest'ultima sul piano sostanziale. L'analisi comparata permette però di fare un passo ulteriore, individuando alcune situazioni in cui è la tenuta sul piano pratico del modello formale dei rapporti diritto-deontologia ad essere messa alla prova dal ruolo svolto, nel concreto, dalla componente deontologica, soprattutto nell'ambito del biodiritto.

Sulle incoerenze del modello italiano si tornerà a breve. Esempi paradigmatici delle tensioni in oggetto emergono però soprattutto negli ordinamenti francese e tedesco nei quali sono maggiormente definiti i rapporti strutturali tra le due dimensioni e nei quali è quindi forse più evidente come il ruolo della deontologia sfugga a categorizzazione e definizioni precise ed omogenee.

In Francia, si assiste sul piano formale ad una "giuridicizzazione" della disciplina deontologica sia per quanto riguarda l'inserimento del codice deontologico nella gerarchia delle fonti del diritto, sia in riferimento all'intervento del legislatore in ambiti tradizionalmente lasciati alla deontologia. Il codice deontologico è quindi posto nella parte regolamentare di un codice statale, la cui parte legislativa disciplina nel dettaglio molti aspetti dell'attività medica e del rapporto medico-paziente.

Tuttavia, è sul piano concreto dei contenuti normativi che il ruolo della deontologia – attraverso gli spazi decisionali lasciati al medico, le resistenze di alcune posizioni all'interno dei codici deontologici e l'influenza della categoria professionale a livello politico – traccia un movimento del tutto inverso rispetto a quello che l'analisi dei rapporti formali di avvicinamento della dimensione deontologica a quella giuridica sembrerebbe raffigurare. Sia nelle grandi tematiche bioetiche, sia nella quotidianità dell'attività medica, la deontologia sembra così sfuggire ad alcune conseguenze che

dovrebbero caratterizzare la sua giuridicizzazione. Il suo rapporto con il diritto pare essere infatti caratterizzato da spazi di “ri-eticizzazione” della dimensione giuridica che finiscono, in alcuni casi, per uscire dalla certezza giuridica a cui mira il modello francese di capillare intervento legislativo e di regolamentazione dei rapporti con le altre componenti normative.

In altri casi si assiste, sul piano sostanziale, a quella che è stata definita una “deontologizzazione” del legislatore, il quale farebbe proprie logiche della categoria professionale pur a fronte di un diverso sentire comune, alla cui tutela l’accento posto sul principio democratico nell’organizzazione formale dei rapporti diritto-deontologia dovrebbe invece portare⁹.

Anche la procedura collegiale per l’interruzione dei trattamenti di sostegno vitale mostra una tensione tra il profilo formale e quello sostanziale dei rapporti tra legislatore e deontologia. Da un lato, infatti, come ricordato, la previsione introdotta con la *loi Leonetti* sul fine vita consente di bilanciare il principio democratico con l’apporto della componente tecnico-professionale. Si tratta quindi di una soluzione che, almeno sul piano formale dei rapporti tra fonti, può ritenersi espressione di un ragionevole equilibrio tra i vari saperi e attori coinvolti, all’interno di un dettagliato quadro di disciplina legislativa dei diritti, doveri e responsabilità di pazienti e medici. Dall’altro lato però, come confermato dal recente caso Vincent Lambert, per come concretamente disciplinata sia a livello legislativo che deontologico, la procedura collegiale fa emergere sul piano sostanziale un ruolo del medico e della deontologia diverso da quanto ricostruito a livello formale e per certi aspetti molto più problematico, se non addirittura potenzialmente in contrasto con gli obiettivi di tutela della scelta morale della persona posti alla base dell’intervento legislativo ed espressi dalla lettera degli articoli del CSP.

Per quanto riguarda l’ordinamento tedesco, essendo già state analizzate le implicazioni della disciplina deontologica del suicidio assistito sul rapporto diritto-deontologia, pare ora utile soffermarsi su un ulteriore aspetto strettamente legato alla struttura formale del tipo di fonte con il quale viene emanata la *Berufsordnung* tedesca .

⁹ *Supra* parte III.

Il codice deontologico di ogni *Land* è infatti formalmente una *Satzung* e, in quanto tale, è sottoposto ai limiti che il diritto amministrativo tedesco impone al potere di emanare questo tipo di fonte. Si pensi, in particolare, al limite delle "*eigener Angelegenheiten*", ossia degli affari propri della categoria di riferimento, al di fuori dei quali la competenza dovrebbe essere sempre del legislatore. Sul piano oggettivo, il potere normativo degli ordini professionali è quindi confinato all'ambito delle funzioni e delle competenze legislativamente ad esso attribuite e dal punto di vista soggettivo è limitato ai soli membri della categoria professionale. Con *Satzung* non possono pertanto essere disciplinati aspetti di interesse generale. A tali limiti si aggiungono quelli legati alla cd. *Wesentlichkeitstheorie* elaborata dal *BverfG*, in base alla quale non possono essere disciplinati con *Satzung* profili che incidono in maniera essenziale ("wesentlich") sui diritti fondamentali. È inoltre la legge professionale a indicare le tematiche che possono essere oggetto di normativa deontologica.

Benché sul piano formale la *Berufsordnung* si riferisca solo ai doveri del medico nell'esercizio dell'attività professionale, intervenga quindi su una delle tematiche ad essa espressamente affidate dalla legislazione professionale e secondo le modalità previste dal diritto amministrativo tedesco per questo tipo di fonte, pare difficile sostenere che, sul piano sostanziale, i contenuti del codice deontologico non siano tali da incidere anche su interessi di carattere generale anche esterni alla professione e su aspetti essenziali nella tutela dei diritti fondamentali della persona assistita. Ciò è particolarmente vero proprio nell'ambito del biodiritto e, anche in questo caso, la disciplina deontologica del suicidio assistito, scegliendo una specifica impostazione morale e andando oltre al dato letterale del diritto penale, rappresenta un esempio paradigmatico.

Anche nell'ordinamento tedesco, quindi, il modello formale dei rapporti tra codice deontologico e sistema delle fonti del diritto potrebbe essere messo in discussione dal ruolo che sul piano sostanziale la deontologia può avere in alcuni casi.

PARTE V

CAPITOLO SECONDO

LA DIMENSIONE EUROPEA DELLA DEONTOLOGIA

I risultati della comparazione svolta, fin qui ripresi sinteticamente, verranno in questo capitolo analizzati in prospettiva europea.

Va fin da subito premesso che il ruolo della componente deontologica nel contesto europeo rappresenta un altro esempio in cui piano formale e sostanziale si intrecciano in maniera particolare e in cui il ruolo della deontologia si esprime in modo diverso in ragione del tipo norme considerato, ossia quelle relative ai rapporti tra professionisti, quelle che disciplinano specifiche pratiche mediche o quelle legate al rapporto medico-paziente.

Sul piano dei contenuti e degli ambiti di intervento dei codici deontologici – come visto? – sono simili le problematiche che l’oggetto del biodiritto e lo sviluppo tecnico-scientifico hanno sollevato all’interno della riflessione etica in ambito sanitario. Altrettanto simili sono le questioni che le categorie professionali devono disciplinare nel regolare i rapporti tra i propri iscritti, le garanzie relative a qualifiche, formazione e competenze professionali, nonché i rapporti con professionisti stranieri. Generalmente diversi rimangono invece i modelli di codici deontologici, istituzioni ordinistiche e procedimenti disciplinari, i rapporti con l’ordinamento giuridico e le risposte che le categorie professionali danno alle questioni più controverse dal punto di vista etico.

Poiché la deontologia è strettamente legata alla categoria professionale che in un determinato ordinamento razionalizza i principi di etica medica in doveri e regole deontologiche, le differenze tra i vari modelli di deontologia in Europa assumono rilievo innanzitutto quando un professionista esercita la propria attività in un contesto soggetto alla riflessione deontologica di un ordine professionale diverso da quello di appartenenza¹⁰ e caratterizzato da un diverso rapporto tra professione e stato. Nell’ambito dell’Unione Europea è con riferimento alla libera circolazione dei

¹⁰ Il problema può porsi, anche se con risvolti diversi, per professionisti tedeschi che esercitano in un *Land* diverso da quello alla cui camera professionale sono iscritti, soprattutto in contesti nei quali emergono significative differenze tra le rispettive *Berufsordnungen* come analizzato nella Parte III.

professionisti che la dimensione deontologica ha cominciato ad assumere rilevanza. In particolare, il ruolo degli ordini professionali e delle norme deontologiche emerge in relazione a profili quali il riconoscimento delle qualifiche professionali, i requisiti specifici che uno stato può imporre per l'esercizio delle professioni regolamentate e l'applicazione delle norme disciplinari. Nel quadro normativo e giurisprudenziale dell'Unione europea le norme deontologiche che vengono innanzitutto in considerazione sono quindi quelle relative ai rapporti che abbiamo definito "orizzontali", ossia quelli interni alla categoria professionale (tra colleghi o tra i professionisti e l'istituzione ordinistica) e che riguardano, ad esempio, pubblicità, concorrenza, onorari, esercizio societario della professione e illeciti disciplinari. Si tratta infatti, più in generale, di quelle norme che possono incidere sulla disciplina comunitaria della libertà di esercizio della professione in uno stato membro diverso da quello di origine.

Nonostante ciò, sul piano sostanziale, la deontologia è destinata ad avere un ruolo rilevante anche al di fuori di questi profili, per almeno due ragioni. La prima è legata alla più volte richiamata evoluzione interna alle categorie professionali che hanno cominciato a prendere posizione su pratiche mediche controverse e a farsi carico di nuove istanze di tutela dei diritti delle persone assistite. Ciò che, ad esempio, è ammesso nello stato in cui si presta un servizio potrebbe essere un illecito deontologico per l'ordine professionale di appartenenza (o viceversa) e, come visto, in alcuni casi può essere la normativa deontologica a definire nel concreto la disciplina per il singolo caso. La seconda ragione è legata alla circolazione dei pazienti, che scelgono di spostarsi in altri stati membri sia per accedere a pratiche mediche vietate nel proprio paese di origine, sia alla luce dei diritti garantiti loro in ambito di assistenza sanitaria transfrontaliera¹¹. Anche in queste prospettive, quindi, le differenze tra le normative deontologiche che disciplinano ambiti spinosi dal punto di vista etico, tra quelle che regolano il rapporto medico-paziente, nonché le differenze in ambito di responsabilità disciplinare (ma a monte anche la liceità o meno di una determinata attività medica) possono assumere rilevanza sul piano europeo, sia per i professionisti che per i pazienti.

¹¹ Si pensi alla Direttiva europea 2011/24/UE concernente i diritti dei pazienti all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Per un approfondimento sulla dimensione europea del diritto alla salute si veda, ad esempio, M. BÉLANGER, *Droit européen général de la santé*, Bordeaux, 2013.

Per tenere in considerazione tutti questi profili, una prima riflessione in questo capitolo riguarderà le influenze che l'oggetto del biodiritto può avere sui modelli di codici deontologici in Europa e sull'evoluzione dei loro contenuti, cercando di individuare elementi comuni e differenze sul piano europeo. Si cercherà poi di comprendere i risvolti che le differenze tra i diversi ordinamenti sul piano deontologico possono avere in relazione alla libera circolazione dei professionisti nell'Unione Europea. Sul piano più propriamente contenutistico si proverà infine a valutare una delle possibili proposte di armonizzazione delle deontologie in Europa attraverso l'elaborazione di un codice deontologico europeo che tenga conto delle esigenze legate alla libera circolazione dei professionisti, ma che possa anche gettare le basi per una maggiore condivisione della riflessione e anche della pratica deontologica su questioni etiche più complesse.

1. *Le influenze dell'oggetto del biodiritto sulle evoluzioni delle discipline deontologiche in Europa*

Come già sottolineato, l'esigenza di dare risposte alle nuove problematiche sollevate dalle scienze della vita ha spinto la riflessione deontologica a interrogarsi e a prendere posizione su molte questioni rilevanti dal punto di vista sia etico che giuridico. Ciò si è tradotto nella maggior parte dei paesi europei in un ampliamento dei contenuti dei codici deontologici attraverso l'inserimento di nuovi ambiti disciplinari¹².

Questo fenomeno, unito alle caratteristiche dell'oggetto da regolare e alle modalità di intervento degli ordinamenti nazionali nel biodiritto, può assumere rilevanza in prospettiva comparata per almeno due profili.

Innanzitutto, l'esigenza descritta ha progressivamente modificato alcuni aspetti dei tradizionali modelli di codici deontologici presenti nel contesto europeo. In secondo luogo, proprio i più moderni ambiti di regolamentazione deontologica segnano le principali differenze nelle norme sui doveri del medico nei confronti del paziente,

¹² I testi dei codici deontologici di alcuni paesi europei sono reperibili (anche in versione inglese) sul sito dell'*European Council of Medical Orders* (CEOM): <http://www.ceom-ecmo.eu/en/national-codes-55>

che attualmente caratterizzano le discipline deontologiche in Europa, nonostante la più volte citata comune evoluzione del nucleo di principi fondamentali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, i modelli di codici di etica medica presenti in Europa traggono generalmente origine da due prevalenti teorie etiche, quella deontologica e quella consequenzialista¹³. Queste teorie hanno generalmente influito sulla struttura, la lunghezza e le modalità di formulazione dei codici deontologici appartenenti alle aree geografiche tendenzialmente più influenzate da una delle due impostazioni¹⁴.

Su tali classificazioni, però, il biodiritto pare influire smuovendo i contorni e i contenuti degli elementi che caratterizzavano le tradizionali categorie di codici etici. L'incontro tra lo sviluppo delle scienze della vita e il mutamento sociale e culturale, infatti, ha inciso in maniera trasversale sui modelli di codici deontologici, almeno per quanto riguarda il contesto europeo. In molti paesi ciò ha determinato alcuni passaggi evolutivi comuni ai vari codici deontologici, i quali attraverso l'inserimento di nuove norme e la modifica della struttura originaria (ad esempio, per quanto riguarda l'ordine delle sezioni relative ai rapporti interni alla categoria e alla tutela del paziente) sembrano avere intrapreso un percorso di convergenza verso un simile modello di codice, che sia in grado di garantire le due funzioni tradizionali (interna ed esterna) della deontologia, alla luce delle nuove esigenze di tutela.

Ciò riguarda però solo l'aspetto degli obiettivi, delle funzioni e delle tipologie di contenuti che hanno generalmente assunto i codici di deontologia medica.

Come anticipato, infatti, il secondo profilo attiene invece alle divergenze di contenuto nei più moderni ambiti di disciplina delle deontologie europee.

Convergono, in questo caso, i due elementi di influenza sull'evoluzione dei codici deontologici più volte affrontati nel presente lavoro. Da un lato, vi sono i condizionamenti che nei confronti della deontologia derivano dalla categoria professionale e dall'ordinamento giuridico in cui si concretizza l'evoluzione di alcuni

¹³ Mentre la teoria deontologica mira a identificare doveri e divieti validi ex ante, quindi prima dell'azione e delle sue conseguenze, la teoria consequenzialista identifica invece doveri e divieti validi ex post, cioè basati sulle conseguenze dell'azione. Cfr. S.PATUZZO, F. BORTOLOTTI, F. TAGLIARO, *The foundations of Italian medical deontology following the finding of the professional codes of the medical chamber of Istria (1897) and of the medical chamber of Trento (1900)*, in *Riv.it. med. leg.*, 4, 2013, pp. 2026-2031.

¹⁴ Cfr. ad esempio D. GRACIA, T. GRACIA, *History of Medical Ethics. Nineteenth Century. Southern Europe*, in *Encyclopedia of Bioethics*, by WARREN THOMAS REICH, vol. III, Simon & Schuster McMillan, New York 1995: 1556.

principi di etica medica in norme deontologiche. Dall'altro, assumono rilievo le peculiarità dell'oggetto del biodiritto che, coinvolgendo concetti e interrogativi sui quali è difficile giungere ad un consenso, incidono sia sulle percezioni interne alla classe medica, sia sulle modalità di intervento dell'ordinamento giuridico su alcune tematiche. A ciò devono aggiungersi i diversi modelli di ingresso della norma deontologica tra le fonti del diritto che, a seconda dei casi, possono amplificare o semplificare le reciproche influenze degli altri elementi richiamati.

Questi fattori incidono così sull'ampiezza, i contenuti e la forza vincolante delle discipline dei codici deontologici in molti ambiti del biodiritto, comportando quindi una significativa pluralità di soluzioni nel contesto europeo.

2. Norme deontologiche e libera circolazione dei professionisti nell'Unione europea

Alla luce dei diversi modelli di rapporti tra diritto e deontologia negli ordinamenti analizzati, si intende ora provare a valutare alcuni possibili riflessi delle divergenze delle discipline deontologiche sul piano dell'Unione europea, con particolare riferimento alla libera circolazione dei medici.

Ci si può quindi innanzitutto interrogare sul ruolo che le norme deontologiche possono avere sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi.

Com'è noto il TFUE prevede all'articolo 49 che «[...] le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate [...] La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società [...] alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini». Alla libera prestazione di servizi è invece dedicato l'articolo 56 in base al quale «[...] le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione».

Da questo punto di vista deve essere innanzitutto ricordato che negli ordinamenti analizzati è previsto che il codice deontologico si applichi anche ai medici che, senza essere iscritti all'albo dello Stato membro in cui risiedono, temporaneamente

esercitino temporaneamente la propria attività nell'ordinamento giuridico di riferimento.

Sul diritto di un cittadino dell'Unione europea di esercitare una professione regolamentata in uno stato membro diverso da quello in cui ha acquisito la propria qualifica professionale è intervenuta la direttiva 2005/36/CE relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali. Per quanto riguarda le professioni sanitarie la direttiva consolida, recependone il contenuto in un testo normativo di applicazione generale, le direttive che riguardavano, nello specifico, le professioni di medico, infermiere, dentista, veterinario, ostetrica e farmacista. Inserendosi in un più ampio processo di consolidamento a livello legislativo delle precedenti direttive settoriali, la direttiva pare così incrementare l'aspetto della cooperazione amministrativa e la chiarezza a livello normativo¹⁵.

È interessante, ad esempio, la definizione di professione regolamentata inserita per la prima volta nella normativa dell'Unione europea. In base al testo della direttiva per "professione regolamentata" deve intendersi «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».

In particolare, la direttiva comunitaria disciplina l'esercizio della professione in uno stato membro diverso da quello di origine, sia in regime di libertà di stabilimento, sia per quanto attiene alla libera prestazione di servizi.

In relazione al primo aspetto è previsto per la professione di medico (ma anche per altre professioni sanitarie) un regime di riconoscimento automatico delle qualifiche.

In base a tale regime vengono fissate, ad esempio, delle condizioni minime di formazione, anche in riferimento alla durata minima degli studi¹⁶.

¹⁵ Cfr. su questo e altri aspetti M. LUI, *Le professioni sanitarie*, in L. NOGLER (a cura di) *Le attività autonome. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. VI, Torino, 2006, pp. 523 e ss.

¹⁶ L'allegato V indica in particolare i titoli di formazione rilasciati dagli Stati che, in quanto conformi alla direttiva, permettono di esercitare in tutto il territorio UE.

Più articolata è invece, per i profili che interessano il presente lavoro, la disciplina in materia di esercizio della professione in regime di libera prestazione di servizi. Va innanzitutto precisato, infatti, che il medico è esonerato dall'obbligo di iscrizione all'albo (fatta salva la possibilità per lo stato di arrivo di richiedere una forma di registrazione), ma sarà comunque soggetto, per molti aspetti, alle disposizioni in vigore nello stato in cui svolge la prestazione. Non vale infatti in questo caso la regola generale del mutuo riconoscimento in base alla quale è la disciplina del paese di origine a rimanere il punto di riferimento¹⁷. Pertanto, il medico, che rimane iscritto all'albo e all'ordine professionale del paese di origine, potrà esercitare la professione con il titolo relativo alla qualifica professionale acquisita nel paese di origine, ma potrà essere sottoposto alla regolamentazione dello stato di destinazione, anche per quanto riguarda le norme deontologiche.

Da questo punto di vista, la direttiva prevede infatti espressamente che «in caso di spostamento, il prestatore sia soggetto a norme professionali, di carattere professionale, legale o amministrativo, direttamente connesse alle qualifiche professionali, quali la definizione della professione, l'uso dei titoli e gravi errori professionali connessi direttamente e specificamente alla tutela e sicurezza dei consumatori, nonché le disposizioni disciplinari applicabili nello Stato membro ospitante ai professionisti che, ivi, esercitano la stessa professione»¹⁸.

È inoltre interessante notare il ruolo e il margine di partecipazione riconosciuto dalla direttiva alle associazioni e organismi professionali. Si pensi, ad esempio, alle “piattaforme comuni” che possono essere organizzate per agevolare e rendere più efficaci i riconoscimenti necessari alla libera circolazione dei professionisti.

Proprio con riferimento ai dibattiti sollevati sulla questione delle competenze degli ordini professionali è stato sostenuto che, attraverso la definizione di “autorità competente”, la direttiva abbia cercato di tener conto della delega della gestione delle professioni liberali che, nella maggior parte degli Stati membri, i pubblici poteri fanno agli ordini professionali¹⁹. In base a tale definizione, per autorità competente deve intendersi infatti «qualsiasi autorità o organismo abilitato da uno Stato membro in particolare a rilasciare o a ricevere titoli di formazione e altri documenti o

¹⁷ M. LUI, *Le professioni sanitarie*, cit, p. 440.

¹⁸ Art.5.3.

¹⁹ Ibid, p. 442.

informazioni, nonché a ricevere le domande e ad adottare le decisioni di cui alla presente direttiva». Gli stati rimangono quindi competenti dell'organizzazione delle professioni, ma dal sistema creato dalla direttiva pare potersi constatare che quest'ultima «consenta e sprona gli Stati membri a delegare parte della gestione delle professioni a quegli organismi autonomi che sono gli Ordini professionali»²⁰.

Con riferimento al ruolo riconosciuto in questa normativa comunitaria alle regole deontologiche deve però essere precisato il campo di applicazione della direttiva, così come ribadito anche nella recente sentenza della Corte di Giustizia del 12 dicembre 2013 sul caso Konstantinides²¹. La Corte di Giustizia si è pronunciata, in particolare, sul rinvio pregiudiziale proposto dal *Berufsgericht* del *Land* dell'Assia nel contesto di un procedimento giurisdizionale per colpa professionale avviato nei confronti di un medico stabilito in Grecia che effettuava occasionalmente in Germania interventi chirurgici altamente specializzati. Nello specifico la controversia aveva quindi ad oggetto un regime disciplinare nazionale, basato su norme deontologiche approvate da un ordine dei medici, applicato ad un professionista di un altro Stato membro che presta servizi occasionali in Germania. Le norme deontologiche in questione riguardavano gli onorari e la pubblicità. Con riferimento all'applicabilità della direttiva la Corte ha ritenuto che «dall'oggetto e dalla finalità, nonché dall'economia generale della direttiva 2005/36 risulta che sono coperte dall'articolo 5, paragrafo 3, di quest'ultima soltanto le norme di condotta professionale direttamente connesse all'esercizio stesso dell'arte medica e la cui mancata osservanza pregiudica la tutela del paziente». In base a ciò la Corte ha ritenuto che «né le regole di calcolo degli onorari né la regola che vieta ai medici ogni pubblicità contraria all'etica professionale, come applicate nel procedimento principale, costituiscono norme di condotta che presentano un nesso diretto e specifico con le qualifiche professionali relative all'accesso alla professione regolamentata di cui trattasi, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2005/36».

²⁰ Ibid.

²¹ Causa c-4755/11.

In questi casi, quindi, la compatibilità della normativa deontologica in questione con il diritto dell'Unione europea deve essere esaminata non alla luce della direttiva, ma del Trattato e, in particolare, del principio sancito dall'articolo 56.

È interessante notare che, in riferimento alla distinzione tra norme deontologiche rilevanti ai sensi della direttiva del 2005 e norme rilevanti ex art 56 TFUE, l'Avvocato generale nelle conclusioni del 31 gennaio 2013 analizza nel dettaglio le disposizioni della direttiva e in particolare l'inciso riferito alle norme relative ai «gravi errori professionali direttamente e specificamente connessi con la tutela e sicurezza dei consumatori». Alla luce del mandato diretto agli stati con il quale si autorizza la sottoposizione del professionista a tutte le disposizioni (deontologiche e disciplinari) strettamente legate alle qualifiche professionali, secondo l'Avvocato, la lettura unitaria del testo normativo impone di interpretare l'inciso come «allusione a quelle situazioni in cui un regime disciplinare, che ha per oggetto determinate condotte professionali, implica sanzioni disciplinari che incidono sulla titolarità o sull'uso del titolo». Si tratta, quindi, di quei provvedimenti disciplinari degli ordini professionali che riguardano sia l'accesso alla professione, sia l'esercizio dell'attività nei casi in cui un grave errore professionale, derivante dall'esercizio dell'attività medica, comporti la revoca o la sospensione temporanea del titolo.

Emerge pertanto un profilo di peculiare rilevanza dei vari modelli di procedimento e sanzioni disciplinari analizzati nel presente lavoro. A seconda dell'ordinamento di destinazione, infatti, come visto, un medico potrà essere soggetto ad un procedimento disciplinare più o meno severo e con garanzie di terzietà dell'organo giudicante, di pubblicità dell'udienza, di possibilità di appello, con regole applicabili e ruolo del paziente ancora estremamente variabili da stato a stato. Diverse possono essere anche le conseguenze sul piano sanzionatorio.

Inoltre, anche con riferimento all'ambito di applicazione del Trattato, quindi al di fuori dell'ambito più ristretto della direttiva del 2005, un severo regime disciplinare, abbinato a formulazioni di standard deontologici in termini ambigui ed equivoci, è stato considerato un elemento in grado di disincentivare i medici di altri Stati membri a esercitare nel paese che presenta tali caratteristiche²².

²² Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón del 31 gennaio 2013, reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>.

Per quanto più nello specifico attiene alla rilevanza della deontologia come possibile restrizione vietata dal TFUE, va innanzitutto sottolineato che nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è stato più volte ribadito che le libertà di circolazione si impongono anche «alle normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente il lavoro autonomo e la prestazione di servizi»²³.

In riferimento alla libera prestazione di servizi, in particolare quando si tratta di attività professionali regolamentate, la Corte di Giustizia ha sottolineato in molte pronunce la legittimità della sottoposizione dei professionisti alle norme del paese di destinazione, purché però ciò sia giustificato dal pubblico interesse. Nella causa *Van Binsbergen*, ad esempio, la Corte ha ritenuto legittimi i «requisiti specifici che il prestatore deve possedere in forza di norme sull'esercizio della sua professione – norme in tema d'organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità – giustificate dal pubblico interesse ed obbligatorie nei confronti di chiunque risieda nello Stato ove la prestazione è effettuata»²⁴. Tra l'altro, è stato proprio sottolineato come l'articolo del Trattato sulla libera prestazione di servizi non possa essere utilizzato «allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione»²⁵. Anche in *Gebhart* (quindi in riferimento alla libertà di stabilimento), a dimostrazione che il divieto di restrizione si estende a tutte le misure che a vario titolo vietano, ostacolano o comunque scoraggiano l'esercizio delle libertà tutelate dal Trattato (quindi anche alle norme deontologiche), la Corte di Giustizia ha esteso il giudizio di compatibilità con il diritto dell'UE «alle norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia [...] che lo Stato di stabilimento richiede, a qualsiasi operatore, per esercitare la singola attività autonoma»²⁶.

²³ Cfr. Le citate conclusioni dell'Avvocato generale, p.7, che rimanda alle seguenti sentenze: sentenze del 12 dicembre 1974, *Walrave e Koch* (36/74, Racc. pag.1405, punto 17); del 14 luglio 1976, *Donà* (13/76, Racc. pag. 1333, punto 17); *Bosman*, cit., punto 82; dell'11 aprile 2000, *Deliège* (C-51/96 e C-191/97, Racc. pag. I-2549, punto 47); del 6 giugno 2000, *Angonese* (C-281/98, Racc. pag. I-4139, punto 31); del 19 febbraio 2002, *Wouters e a.* (C-309/99, Racc. pag. I-1577, punto 120), e dell'11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union*, denominate "Viking Line" (C-438/05, Racc. pag. I-10779, punto 33).

²⁴ Sentenza del 3 dicembre 1974 (33/74, Racc. pag. 1299)

²⁵ *Ibid* pt. 12.

²⁶ L. NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in *Le attività autonome. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit., p. 39.

Atteso, quindi, come le norme deontologiche possano limitare la libera circolazione dei professionisti, la loro compatibilità con il Trattato sussiste solo qualora la soggezione del professionista ad esse sia giustificata alla luce di quanto previsto dai trattati stessi e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Sia in ambito di libertà di stabilimento che di libera circolazione di servizi la valutazione dovrà quindi essere condotta sulla base dei vari elementi elaborati in *Gebhart* e assimilabili alla cd. *Stufentheorie* dell'ordinamento tedesco²⁷.

Alla luce dei casi in cui la Corte di Giustizia ha richiamato il potenziale restrittivo delle norme deontologiche²⁸ e alla rilevanza che tali norme possono assumere nel contesto dell'Unione europea, pare quindi non più rinviabile una riflessione su forme di coordinamento e armonizzazione tra gli stati anche a livello di discipline deontologiche.

Da questo punto di vista va sicuramente menzionato il ruolo che la stessa Corte di Giustizia può svolgere attraverso l'estensione delle sua giurisprudenza in materia, che le ha permesso di ampliare progressivamente lo spettro del suo giudizio sulle discipline nazionali²⁹. L'altro aspetto che si potrebbe considerare è quello di standard regolativi comuni. Da questo punto di vista si dovrebbero però tenere in considerazione le differenze che in ogni ordinamento caratterizzano il passaggio da una previsione legislativa al livello deontologico. Non in tutti gli ordinamenti, infatti, come visto, il legame tra fonte statale e fonte deontologica è diretto. Se sul piano formale ciò potrebbe essere comunque realizzato attraverso una norma statale che intervenga sulla dimensione deontologica, dal punto di vista della componente deontologica, ciò potrebbe rappresentare una modalità di influenza sui contenuti dei

²⁷ Ibid, p.42. In particolare nel caso *Gebhart* la Corte di Giustizia afferma che «allorché l'accesso a un'attività specifica, o il suo esercizio, è subordinato, nello Stato membro ospitante, a determinate condizioni, il cittadino di un altro Stato membro che intenda esercitare tale attività deve, di regola, soddisfarle», precisando che «tuttavia, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo».

²⁸ Si veda, tra le altre, la sentenza del 5 dicembre 2006, Cipolla e a. (C-94/04 e C-202/04, Racc. pag. I-11421, punto 25.

²⁹ Per un approfondimento sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento e di prestazione di servizi si rimanda nuovamente a L. NOGLER, *Le attività autonome. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, cit.

codici che, in alcuni ordinamenti, come ad esempio quello italiano, è per ora ancora estranea alla struttura dei rapporti tra deontologia e diritto.

Infine, un ulteriore profilo nel quale considerare il possibile ruolo della deontologia, potrebbe essere quello del rivalutato ruolo dei codici di condotta e, più in generale, dell'autoregolamentazione professionale nell'armonizzazione europea, in ragione della loro capacità di creare sistemi concretamente vincolanti. Ciò potrebbe assumere rilevanza proprio alla luce dei nuovi approcci di armonizzazione adottati in seno all'Unione europea, che tendono a limitare l'intervento legislativo ai requisiti essenziali, privilegiando altri strumenti normativi³⁰.

Anche a livello europeo, quindi, la dimensione deontologica è inserita in un contesto in cui si intersecano diversi interessi, istanze, attori e fonti normative.

In questa prospettiva, un altro aspetto rilevante dei rapporti tra diritto e deontologia di cui si deve tenere conto è la possibilità che i consigli degli ordini professionali siano considerati "giudici" ai sensi dell'articolo 267 del TFUE.

La possibilità di rinvio pregiudiziale consentirebbe infatti di instaurare un dialogo diretto tra Corte di giustizia dell'Unione europea e le sedi di giudizio che negli stati membri sono chiamate a decidere sulle violazioni delle norme deontologiche. Anche sul piano europeo, quindi, il procedimento disciplinare può divenire l'occasione nella quale le diverse istanze delle componenti deontologica e giuridica si intersecano, influenzandosi reciprocamente, sul medesimo oggetto.

Dal punto di vista comparato va però tenuto in considerazione che tale possibilità è legata alle caratteristiche dei collegi degli ordini professionali nei vari ordinamenti.

In base ad una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, per valutare se l'organo del rinvio possieda le caratteristiche di una «giurisdizione» ai sensi dell'articolo 267 TFUE, è necessario infatti considerare un insieme di elementi, quali il fondamento legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia un organo indipendente³¹.

³⁰ Per un approfondimento sui nuovi approcci all'armonizzazione si rimanda, tra gli altri, a P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU law*, V ed., Oxford, 2008, p. 158 e ss. Sul ruolo degli attori privati nel diritto europeo cfr. E. BROSSET (a cura di), *Le droit International et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés?*, Paris, 2009.

³¹ Cfr. da ultimo la sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2014 nelle cause riunite C-58/13 e C-59/13 in materia di accesso alla professione di avvocato, pt. 17. Si vedano inoltre le sentenze Miles

La diversità dei modelli di istituzioni ordinistiche che caratterizza il contesto europeo potrebbe quindi incidere anche su questo tipo di funzione degli ordini professionali ai fini del diritto dell'Unione europea e anche questo aspetto dovrebbe pertanto essere tenuto in considerazione in una riflessione che miri ad un maggiore coordinamento delle varie dimensioni deontologiche in Europa.

3. Il progetto di un codice europeo di deontologia medica

Nel precedente capitolo e nel corso dell'analisi condotta nel presente lavoro, sono emersi alcuni profili di rilevanza che le norme deontologiche potrebbero avere anche sul piano dell'Unione europea, nonché i profili di incertezza che possono derivare da normative molto differenti, sia sul piano di elementi quali tariffe, pubblicità, forme di esercizio societario della professione e procedimenti disciplinari, sia per quanto attiene alle pratiche concretamente ammesse in ambito biomedico, come dimostrato dai rischi di responsabilità, anche penale, per il medico che semplicemente informi il paziente delle possibilità di accedere, in altri ordinamenti europei, a trattamenti condotti con modalità non conformi ai divieti imposti dalla normativa dello stato di origine³².

Alla luce di tutto ciò, può essere analizzato un particolare tentativo di armonizzazione, definibile “dal basso”, emerso negli anni più recenti all'interno delle categorie mediche in Europa: l'elaborazione di un codice deontologico europeo.

Si tratta di un'iniziativa che aveva già suscitato un largo dibattito nel mondo medico e giuridico a partire dal 2005. Ciò è testimoniato, ad esempio, dalle Giornate Europee di Deontologia Medica, promosse dalla Fnomceo e dall'Ordine dei medici di Imperia³³. Al convegno, tenutosi a Sanremo nel 2005, hanno partecipato i rappresentanti della maggior parte degli ordini professionali degli stati membri

e a., C-196/09, EU:C:2011:388, pt. 37, e giurisprudenza citata, nonché *Belov*, C-394/11, EU:C:2013:48, pt. 38. Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia si veda, ad esempio, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU law*, cit.

³² *Supra* parte III.

³³ Si vedano, ad esempio, gli articoli di ALDO PAGNI “Verso un Codice europeo di deontologia medica” (<http://www.fnomceo.it/fnomceo/showArticolo.2puntOT?id=776>) e di ANTONELLA CARICATI “Deontologia UE: una realtà da raggiungere” (www.fnomceo.it/fnomceo/showArticolo.2puntOT?id=1831) pubblicato sul sito della FNOMCeO in occasione del Convegno.

dell'UE e di altri paesi europei, ma anche giuristi, politici, esperti internazionali, rappresentanti della società civile e di enti ed organismi dell'UE.

Le Giornate Europee, significativamente intitolate “Codice di deontologia europea: utopia o realtà?”, hanno rappresentato un'occasione per discutere a livello interdisciplinare sulla stesura di un codice europeo, ma anche su alcune problematiche comuni alle dimensioni deontologiche di molti paesi europei.

Come sottolineato anche dall'allora presidente della Fnomceo Del Barone, il Convegno «è sorto dalla necessità di un confronto sia tra i Codici deontologici dei paesi europei in rapporto alla Convenzione di Oviedo, sia riguardo al ruolo degli Ordini e delle Associazioni professionali esistenti in questi paesi»³⁴.

In quell'occasione è stata approvata la “Carta di Sanremo” che avrebbe dovuto porre le basi per far poi convergere in un unico testo i punti di vista delle componenti deontologiche di tutti i paesi membri dell'UE.

L'esigenza del codice nasce quindi alla luce delle nuove forme di mobilità di medici e pazienti nel contesto europeo grazie all'armonizzazione che le normative dell'UE hanno inteso realizzare nell'esercizio della professione medica e, più in generale, in ambito sanitario.

Va infatti ricordata la necessità, avvertita da tutti i soggetti coinvolti in ambito biomedico e sanitario, di regole chiare, precise e il più possibile condivise e coerenti, sulle quali basare le proprie scelte, orientare i proprio comportamenti ed eventualmente prevedere le proprie responsabilità. Tale esigenza risulta essere particolarmente urgente, come visto, nei settori in cui lo sviluppo scientifico ha posto, e continua a porre, nuove sfide dal punto di vista etico e giuridico. Ciò non può che risultare ancora più complesso se posto in relazione alla dimensione europea della sanità e alla crescente mobilità di pazienti e professionisti negli stati membri dell'Unione europea.

Quest'ultima pone infatti nuove possibilità, ma anche nuovi interrogativi, che rendono non più rinviabile un concreto confronto tra culture e sistemi giuridici diversi, in un percorso di coordinamento e armonizzazione delle regolamentazioni

³⁴ Intervista riportata in *Panorama della Sanità*, n 16, aprile 2005. Cfr. inoltre S. DAINOTTO, *San Remo: la Federazione sulla ribalta internazionale*, pubblicato sul sito della FNOMCeO: <http://www.fnomceo.it/fnomceo/showArticolo.2puntOT?id=769>

volto a garantire un'adeguata protezione dei diritti e una proficua, quanto consapevole, circolazione di professionisti e pazienti.

Tutto ciò risulta molto chiaro nel commento al Convegno di Sanremo dell'allora presidente dell'Ordine di Imperia Francesco Alberti: «il trattato di Schengen ha rimosso le barriere fra i paesi dell'UE ma il rapido evolversi della scienza medica e la libera circolazione hanno evidenziato la necessità di confrontarsi tra professionisti. Con quest'iniziativa intendiamo porre le basi per una futura stesura di un codice deontologico europeo, che racchiuda le regole fondamentali di comportamento dei medici e odontoiatri, affrontando anche i nodi posti dalla situazione di conflitto interpretativo in cui si trovano deontologia e bioetica»³⁵.

Lo stesso tema è stato poi ripreso, sempre a Sanremo e sempre in un contesto interdisciplinare, nel 2010 in occasione del Convegno “La deontologia medica nella prospettiva della libera circolazione dei pazienti in Europa”³⁶.

Nel 2013, infine, ad un progetto di Codice europeo hanno cominciato a lavorare concretamente i rappresentanti di alcuni ordini dei medici in senso al CEOM.

Tale progetto deve però essere valutato attentamente sia con riferimento alla sua realizzabilità sul piano deontologico, sia per quanto riguarda la sua concreta valenza sul piano normativo.

Da un lato, infatti, emerge con chiarezza la necessità di una comune riflessione deontologica a livello europeo; dall'altro, però, è necessario interrogarsi su almeno due aspetti problematici legati all'adozione di un codice deontologico comune: la difficoltà di un accordo su determinate tematiche e la stretta connessione tra dimensione deontologica e legislazione dei paesi di riferimento. L'analisi comparata ha infatti mostrato la coesistenza, sul territorio europeo, di una pluralità e varietà di modelli dei rapporti tra diritto e deontologia, spesso molto diversi tra loro, nonché di normative deontologiche il cui contenuto può differire anche in maniera sostanziale, soprattutto con riferimento a temi particolarmente sensibili.

Il rischio potrebbe essere quindi quello di un codice nel quale vengano inseriti solo principi già appartenenti a quel nucleo comune di norme deontologiche più volte ricordato. Si tratterebbe pertanto di norme già tendenzialmente presenti nei codici di

³⁵ Ibidem

³⁶ Per la presentazione del convegno si veda il sito della FNOMCeO <http://www.fnomceo.it/fnomceo/showArticolo.2puntOT?id=68243>

deontologia medica nazionali, nonché nella Carta e nei Principi di etica medica del CEOM e in documenti internazionali come, ad esempio, la Convenzione di Oviedo.

In altre parole, l'esito potrebbe essere quello di chiamare con il nome di codice deontologico qualcosa nella sostanza non molto diverso da altre Carte e documenti riguardanti i principi di etica medica. Inoltre, dal punto di vista formale, quello europeo rimarrebbe un codice privo di concreto valore normativo a livello nazionale, poiché una sua vincolatività implicherebbe un'uniformazione dei modelli di deontologia e di responsabilità disciplinare dei singoli ordinamenti giuridici, nonché la legittimazione, a livello giuridico, di un organo cui conferire il relativo potere normativo. Si elaborerebbe così sotto forma di codice deontologico un documento che risulterebbe però diverso dall'accezione che lo stesso concetto ha in molti paesi europei.

Fermo restando che sul piano formale i passaggi indicati non sono certamente concretizzabili allo stato attuale, si può però cercare di individuare quale potrebbe comunque essere, sul piano sostanziale, il valore aggiunto di un codice deontologico europeo.

La sua elaborazione potrebbe, innanzitutto, portare le riflessioni deontologiche interne a tutti i paesi membri dell'UE a confluire su alcune tematiche importanti, agendo così su una delle dimensioni che, come visto, incide significativamente sull'evoluzione deontologica, ossia quella delle sensibilità interne alle categorie professionali.

Il codice potrebbe in tal modo cominciare a svolgere una funzione di indirizzo dei dibattiti deontologici nazionali in una maniera che potrebbe essere accostata al ruolo che il *Deutsche Ärztag* e la (*Munster*)*Berufsordnung* federale tedesca hanno sui codici deontologici dei *Länder*, pur in assenza vincolatività giuridica.

Inoltre, sul piano contenutistico, possono essere individuate almeno due prospettive nelle quali un codice deontologico europeo potrebbe svilupparsi per diventare un punto di riferimento più concreto sul piano europeo rispetto ad altre carte di principi già esistenti.

Un primo nucleo di norme attiene agli ambiti in cui si sia già raggiunto un sufficiente livello di consenso in Europa, ma che non sono ancora compiutamente presenti nelle citate carte e principi etici già elaborati dal CEOM.

Si pensi, ad esempio, alla tutela di soggetti fragili e soprattutto dei minori in ambito terapeutico e nella ricerca biomedica. Si tratta di un tema sul quale si riscontra, infatti, un certo livello di consenso nei documenti e nelle linee guida internazionali, ma che non è ancora uniformemente presente a livello deontologico. Un'altra tematica che permetterebbe di sfruttare anche la stessa normativa europea, nonché alcuni principi già riscontrabili in diversi codici europei, è quella del trattamento dei dati personali. Inoltre, anche la riflessione sul tema dell'informazione potrebbe essere ulteriormente incrementata per giungere ad una maggiore uniformità quanto all'estensione dei suoi contenuti (come visto non di comune ampiezza in tutte le esperienze), ma anche per provare a individuare alcune le linee comuni relativamente all'informazione su pratiche vietate nell'ordinamento di origine di medico e paziente. Il secondo nucleo di norme, che potrebbe avere significativo spazio in un codice deontologico europeo, attiene a quei profili che tradizionalmente danno avvio al maggior numero di controversie dal punto di vista deontologico sia a livello nazionale, sia a livello europeo. Tra questi possono annoverarsi, ad esempio, le tariffe, la pubblicità sanitaria e le forme di esercizio societario della professione.

Per quanto riguarda invece le modalità di elaborazione del codice, perché possa veramente fungere da guida quanto meno della riflessione deontologica, è necessario che esso sia il frutto di un dibattito pluridisciplinare e in grado di coinvolgere concretamente i rappresentanti di tutti gli ordini professionali degli Stati membri dell'Unione europea.

Il codice deve quindi concentrarsi su elementi concreti di possibile condivisione ed evoluzione deontologica a livello europeo e, inoltre, deve uscire, nella fase di formazione, da un'elaborazione esclusivamente interna ad una piccola rappresentanza della categoria medica europea, come potrebbe avvenire se rimanesse in seno ai dibattiti del CEOM. La stesura del codice deve infatti coinvolgere, sul modello dell'*Ärztetag*, ossia l'assemblea federale dei medici tedeschi, tutta la comunità professionale europea ed estendere il dialogo anche ad altre componenti, come ad esempio quella giuridica o i rappresentanti di altre categorie professionali e dei pazienti.

Solo in questo modo il codice potrebbe infatti porsi come credibile interlocutore della dimensione giuridica, sia nazionale che europea.

PARTE V

CAPITOLO TERZO

IPOSTESI DI RIFORMA PER UN NUOVO MODELLO ITALIANO

In questo capitolo si cercherà di individuare alcune ipotesi di riforma del modello italiano che, alla luce dell'analisi comparata e della riflessione in ambito europeo, sembrano essere utili per ricostruire in maniera più flessibile, efficace e coerente i rapporti tra deontologia medica e diritto. Ogni profilo analizzato ha infatti offerto alcuni spunti di riflessione in relazione all'ordinamento italiano, che possono essere ricondotti a tre principali ambiti di intervento. Il primo riguarda i rapporti tra la fonte deontologica e le altre fonti del diritto; il secondo attiene al procedimento disciplinare; nel terzo paragrafo verranno infine presi in considerazione alcuni elementi che nella complessità delle possibili interazioni tra diritto e deontologia sembrano riuscire a promuovere il necessario equilibrio tra le due dimensioni.

1. Punti di forza e contraddizioni del modello italiano

È innanzitutto importante sottolineare i punti di forza e i profili di debolezza dell'ordinamento italiano emersi grazie a dell'analisi comparata.

Per quanto riguarda l'aspetto della codificazione dell'etica medica, abbiamo già evidenziato come la natura giuridica del codice deontologico rimanga ancora controversa. Anche sul piano delle fonti del bio-diritto il legislatore italiano mostra una scarsa attenzione agli apporti della componente deontologica sia in fase di elaborazione, sia in fase di applicazione normativa.

Parallelamente però il codice deontologico italiano ha mostrato di saper elaborare, in alcuni casi, una disciplina in grado di dare risposte tendenzialmente efficaci e coerenti a molte delle problematiche sollevate dalle scienze della vita. Anche nel confronto con i codici deontologici delle esperienze francese e tedesca, quello italiano presenta una disciplina significativamente dettagliata su diversi aspetti che negli altri codici rimangono invece meno sviluppati. Uno dei punti di forza della

deontologia italiana è inoltre la sintonia che molte sue norme presentano con i principi elaborati a livello giurisprudenziale. Da ciò discende la considerazione delle norme deontologiche in molte pronunce. Dello spazio riconosciuto all'autonomia del medico e alla disciplina deontologica nella sentenza n. 282 del 2002 e nella pronuncia n. 151 del 2009 sulla procreazione medicalmente assistita si è già detto, così come sono state sottolineate le assonanze tra l'evoluzione del codice deontologico in materia di consenso informato e la considerazione che del principio ha fatto la Corte costituzionale, ad esempio nella sentenza 438 del 2008, nonché il ruolo riconosciuto alla deontologia nel dare contenuto al circuito informativo tra medico e paziente. Si pensi inoltre alla sentenza n. 21748 del 2007 della Corte di Cassazione, che può essere considerata la prima risposta giurisdizionale alla questione della natura di idratazione e alimentazione artificiali. La Corte, in assonanza con quanto già contenuto nel codice di deontologia medica, afferma come non vi sia dubbio che tali pratiche costituiscano un trattamento sanitario e, tra l'altro, ricostruisce il quadro costituzionale, internazionale, ma anche deontologico, in materia di consenso informato, libertà di cura e diritto al rifiuto dei trattamenti, richiamando, tra gli altri, l'art. 35 del codice deontologico allora vigente. È quindi la giurisprudenza che in Italia riconosce il ruolo della deontologia, proprio negli ambiti in cui nel presente lavoro abbiamo individuato i profili di maggiore rilevanza della dimensione deontologica.

Nell'ordinamento italiano, così, la deontologia medica, estromessa dal circuito normativo del biodiritto nella fase di un'elaborazione legislativa spesso poco attenta a un confronto veramente plurale, vi rientra però grazie alla giurisprudenza di legittimità e, soprattutto, costituzionale.

Abbiamo inoltre sottolineato che la deontologia può essere considerata come disciplina la cui violazione è fonte di responsabilità penale e che, in generale, le norme deontologiche assumono rilevanze come parametro di valutazione della responsabilità sia civile, sia penale del medico. Pare quindi potersi ravvisare un'incoerenza in un ordinamento che non prende in considerazione il codice deontologico a livello legislativo, sia per quanto riguarda il suo valore, sia in fase di elaborazione normativa, ma poi fa derivare dalla violazione delle sue norme una forma di significativa rilevanza solo sotto il profilo della responsabilità professionale.

Uno dei profili di maggiore debolezza della dimensione deontologica italiana è infine rappresentato dal procedimento disciplinare. Da un lato, infatti, la normativa deontologica si è significativamente evoluta a tutela dei diritti fondamentali della persona, aprendosi ad una dimensione non più legata solo agli interessi della categoria professionale; dall'altro lato, però, il procedimento disciplinare è rimasto fermo, nelle sue linee essenziali, agli anni '50, con una struttura fortemente ancorata alla dimensione corporativistica.

Alla luce di questi elementi e di quanto emerso dall'analisi comparata di cercherà di individuare possibili soluzioni in grado di valorizzare i punti di forza del modello italiano e di arginare o risolvere alcune delle sue incoerenze.

2. *Ingresso della deontologia nel sistema delle fonti del diritto: l'importanza del dualismo e la riforma della legge professionale*

Un primo aspetto da valutare riguarda le modalità di ingresso della norma deontologica nelle fonti del diritto italiano. Dal punto di vista comparato, poiché le peculiarità dei rapporti tra deontologia e diritto sono strettamente legate agli elementi strutturali di ogni singolo ordinamento giuridico, né il modello francese, né quello tedesco possono essere concretamente ricostruiti nel contesto italiano. Molti dei profili analizzati, inoltre, hanno le loro radici in una diversa storia e tradizione giuridica. Così, ad esempio, la centralità della legge e della dimensione statale tipiche della cultura giuridica francese si esprime anche nella "statalizzazione" della deontologia medica. Analogamente, il peculiare rapporto tra dimensione statale e autonomia amministrativa degli ordini professionali tedeschi rientra nella tradizionale struttura dei rapporti tra stato e autonomia delle *Körperschaft des öffentlichen Rechts* che caratterizza l'ordinamento tedesco. Non a caso, la fonte con cui vengono adottate le *Berufsordnungen*, ossia la *Satzung*, è la stessa degli statuti comunali.

Il confronto con questi due ordinamenti permette però di considerare due diversi approcci al modello che abbiamo definito "non mediato". In termini generali, tale modello presenta il vantaggio di definire in maniera chiara la natura della fonte deontologica e la sua collocazione nel sistema delle fonti. Le concrete modalità con

le quali questo modello si esprime non hanno però le medesime conseguenze sul piano delle reciproche interazioni tra deontologia e diritto. In particolare, il modello francese è caratterizzato da una vera e propria integrazione, quasi identificazione, della norma deontologica nel diritto positivo statale, mentre il codice deontologico tedesco, pur diventando fonte giuridica, rimane, come detto, espressione dell'autonomia ordinistica. Da questo punto di vista, l'esperienza tedesca e quella italiana hanno quindi come punto in comune un più concreto dualismo tra le due dimensioni, pur appartenendo a due modelli completamente diversi.

Considerata però la necessità di strutturare in maniera più chiara l'ingresso della norma deontologica anche nell'ordinamento italiano, è necessario valutare i pro e contra di un'eventuale integrazione della norma deontologica in una fonte dello Stato. Nell'ordinamento francese, il modello di deontologie cd. *étatiques*, abbinato ad un intervento capillare del legislatore, garantisce certamente un significativo livello di certezza del diritto e una tendenziale prevedibilità dell'interazione tra le due fonti sul piano dei contenuti normativi. Strumenti come gli stati generali della bioetica, la periodica revisione della legislazione e la generale considerazione della classe medica in fase di elaborazione normativa permettono, tra l'altro, di mantenere in molti casi un livello di contributo plurale (se non nell'adozione delle leggi, quanto meno nel dibattito politico) spesso sconosciuto al legislatore italiano. L'esempio della procedura collegiale affidata alla deontologia, pur con tutte le polemiche che ne sono emerse, dimostra inoltre come l'incorporazione del codice deontologico nel *Code de la santé publique* non si sia tradotta in un'assimilazione della dimensione deontologica in quella giuridica, permettendo invece, almeno sul piano teorico, un bilanciamento tra l'intervento legislativo, a garanzia del principio democratico, e l'apporto della componente tecnico-professionale.

Tuttavia è innegabile come l'identificazione sul piano formale tra codice deontologico e norma statale vada inevitabilmente a influire sull'autonomia della categoria professionale, quanto meno rispetto alla piena titolarità dell'iniziativa di modifica, quindi di aggiornamento e adeguamento delle proprie regole deontologiche rispetto all'evoluzione scientifica, professionale e culturale; operazione, questa, che ora può avvenire, e di fatto è avvenuta, anche su diretto impulso di scelte legislative di riforma del codice statale in cui la deontologia è incorporata.

Sul piano della coerenza tra scelte della professione e ordinamento giuridico, inoltre, alcune discipline dell'ordinamento francese, come quella relativa al diritto all'informazione, dimostrano come l'integrazione tra le due dimensioni non escluda necessariamente contrasti. Anche per quanto riguarda la disciplina del biodiritto, il mero rinvio alla norma legislativa che alcune volte compare nel codice deontologico non pare valorizzare pienamente i reciproci rapporti tra le due dimensioni.

Proprio le relazioni tra legislazione e altre componenti normative che intervengono nella regolamentazione della scienza nell'ordinamento francese sollevano però ulteriori spunti di riflessione sul ruolo della deontologia. L'esigenza del riconoscimento di una rilevanza giuridica alle norme del codice deontologico sul piano dell'ordinamento generale, in vista di un loro più effettivo ruolo quali fonti del biodiritto, particolarmente avvertita nel contesto italiano, può porsi infatti in maniera diversa in ragione di alcune specificità dell'ordinamento giuridico di riferimento. Tra queste, in particolare, come visto, un ruolo significativo è svolto proprio dalle modalità dell'intervento legislativo in ambito biomedico, quindi dal modello di regolamentazione adottato nei singoli ordinamenti. Così, ad esempio, in contesti non caratterizzati dall'inerzia che spesso manifesta il legislatore italiano e maggiormente sensibili al dialogo con altri saperi, la necessità di guardare alla componente professionale quale possibile fonte di diritto per colmare lacune, spesso anche importanti, potrebbe risultare meno urgente. Ci si potrebbe quindi forse chiedere se il fatto che il legislatore faccia già entrare (a monte) nell'elaborazione e applicazione normativa, attraverso il ruolo di organismi pluridisciplinari, altri saperi – tra i quali anche quello della professione medica, portatrice di conoscenza scientifica e riflessione deontologica – porti a soddisfare alcune delle esigenze che nell'ordinamento italiano sembrano invece rendere dibattuta (a valle) la questione del valore del codice deontologico nella ricostruzione della disciplina giuridica, soprattutto in ambiti maggiormente caratterizzati da inerzia o patologia dell'intervento legislativo. Alla luce di quanto emerso dall'analisi di alcuni specifici ambiti del biodiritto, si è visto, tuttavia, che indipendentemente dal modello di regolamentazione adottato, la dimensione deontologica risulti essere in qualche modo insostituibile in tutte quelle situazioni necessariamente lasciate alla relazione tra autonomia della persona e responsabilità del medico e nelle quali, quindi, la

disciplina legislativa, pur condivisa e frutto di dialogo autenticamente plurale, non interviene. Quanto meno in questi particolari ambiti, la specificità dell'apporto della deontologia sembra pertanto non sostituibile da altre forme di permeabilità tra dimensione legislativa e componente tecnico-scientifica.

Generalmente, tale apporto può essere più concretamente valorizzato mantenendo un dualismo tra diritto e deontologia che impedisca l'identificazione tra le due dimensioni. Solo dalla dialettica tra diverse visioni della stessa realtà problematica e quindi dal confronto tra le diverse esperienze, possono infatti nascere soluzioni normative in grado di tenere veramente conto della pluralità di istanze presenti nella società civile e nella comunità professionale. Identificare regola deontologica e regola giuridica significa invece statalizzare la prima, rischiando di perdere così la ricchezza insita nel dualismo. Prevedere, quindi, non solo l'intervento di autorità statali nell'elaborazione del codice deontologico, ma anche la sua integrazione in una norma statale italiana, rischierebbe inevitabilmente di comprimere l'autonomia professionale e, con essa, l'apporto che la deontologia medica, quale fonte esterna e ulteriore rispetto a quella legislativa, potrebbe offrire al biodiritto.

Nel contesto italiano, inoltre, un tale modello, alla luce della scarsa attenzione mostrata in alcuni casi dal legislatore nei confronti di un dialogo plurale in fase di elaborazione normativa, potrebbe portare con sé l'ulteriore rischio di eliminare quell'autonomia della componente deontologica che in varie occasioni ha fornito risposte più aderenti ai principi fondamentali rispetto alle stesse scelte legislative.

In un'eventuale riforma del modello italiano risulta quindi preferibile adottare una struttura dei rapporti tra deontologia e diritto che permetta a quest'ultima di acquisire in maniere più certa natura di norma giuridica, mantenendo però quel dualismo che fino ad ora le ha permesso di sviluppare, come visto, uno dei suoi principali punti di forza. Ciò soprattutto alla luce del delinearsi di un ambito di rilevanza della deontologia medica italiana (in sintonia con i principi costituzionale) che, nonostante sia per il momento ancora nascosta dalle numerose incoerenze della legislazione italiana in ambito bioetico, qualora venisse davvero valorizzata anche sul piano legislativo, pare essere più auspicabile rispetto all'integrazione della deontologia medica in norme statali. In questa prospettiva è quindi il modello tedesco ad offrire spunti di riflessione interessanti. Parallelamente, potrebbe essere però utile inserire

una possibilità di dialogo con un'autorità statale chiamata ad esprimere un parere sul codice deontologico, come avviene in Francia con il *Conseil d'État*.

La legge professionale italiana dovrebbe essere quindi modificata tenendo conto di tutti questi aspetti. Da questo punto di vista, va presa innanzitutto in considerazione una delle questioni comuni ad altre esperienze in Europa ed emersa anche in occasione dei dibattiti sul codice europeo: il ruolo degli ordini professionali.

Abbiamo già analizzato nella II Parte alcuni profili dei progetti di riforma attualmente in discussione e, tra gli elementi sicuramente positivi, vi è proprio la valorizzazione del tale ruolo. Più nello specifico, alla luce di quanto emerso anche dal confronto con l'ordinamento tedesco, pare necessario colmare alcune lacune dell'attuale disciplina italiana definendo in maniera più coerente i rapporti tra dimensione statale e dimensione professionale. La precisa definizione legislativa della natura giuridica degli ordini e la riaffermazione delle loro funzioni entro una precisa cornice dei limiti e degli spazi di responsabilità potrebbe infatti valorizzarne l'autonomia in un contesto di maggiore certezza delle rispettive competenze.

All'interno di questo quadro un elemento essenziale, ancora non completamente preso in considerazione nei progetti di riforma, è la precisazione del potere regolamentare dell'ordine, con particolare riferimento all'adozione dei codici deontologici.

In questa prospettiva, non pare sufficiente menzionare tra le funzioni dell'ordine professionale il compito di adottare il codice, ma è necessario prevedere una più articolata disciplina in grado di fare chiarezza sul ruolo riconosciuto ai codici deontologici così elaborati. Ancora una volta, è dall'esperienza tedesca che emergono alcune considerazioni interessanti per una valorizzazione sul piano giuridico della fonte deontologica che non giunga necessariamente ad una sua integrazione in una fonte statale. L'individuazione di una precisa cornice giuridica permetterebbe, infatti, di inserire il codice deontologico italiano in uno spazio di competenza della categoria professionale, specificamente regolato, ma allo stesso tempo tutelato in quanto espressione di un'autonomia legislativamente riconosciuta.

3. *La riforma del procedimento disciplinare*

Il procedimento disciplinare rappresenta, come detto, forse una delle maggiori incoerenze dell'ordinamento italiano a fronte del ruolo attualmente assunto dalla deontologia. Risulta quindi urgente prendere coscienza della necessità di riformare radicalmente l'attuale normativa legislativa anche da questo punto di vista.

Parallelamente alla disciplina relativa al codice deontologico devono innanzitutto essere previste norme che chiariscano il rapporto tra la violazione delle sue disposizioni e la responsabilità disciplinare. L'aspetto sul quale intervenire però in maniera più concreta riguarda la composizione delle commissioni disciplinari.

In questo caso è dal cambiamento introdotto nell'ordinamento francese e da alcuni elementi della recente riforma italiana adottata per altre professioni³⁷ che possono trarsi alcuni spunti di riflessione interessanti.

Un primo aspetto riguarda sicuramente la netta separazione tra funzioni giudicanti e funzioni amministrative, accompagnata da una più precisa disciplina delle incompatibilità dei componenti delle commissioni disciplinari. In secondo luogo pare utile introdurre la presenza di un giurista nelle commissioni giudicanti. Ciò permetterebbe, infatti, di inserire in fase di valutazione degli illeciti deontologici una competenza, quella giuridica, che risulta importante per garantire il corretto in termini di rispetto di principi elementari di giusto processo funzionamento del procedimento disciplinare.

Inoltre, nell'esperienza francese, dalla lettura della giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra emergere un maggior numero di decisioni cassate in riferimento a quei procedimenti disciplinari, come ad esempio quello in ambito universitario, nei quali non sia presente un giurista in grado di evitare almeno alcuni degli errori che in fase di appello impongono poi di annullare la decisione. Il ruolo di un giurista potrebbe quindi risultare a favore anche della categoria professionale.

La presenza di membri esterni conferisce inoltre maggiore trasparenza e credibilità allo stesso procedimento disciplinare. Da questo punto di vista la prospettiva di una maggiore emancipazione dell'accertamento della responsabilità deontologica dalla

³⁷ Per un approfondimento si veda, ad esempio, V. TENORE, *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Milano, 2012.

categoria professionale, trasformando, nel rispetto dell'art. 102 della Costituzione italiana, in maniera più netta l'attuale struttura, creando sedi disciplinari più autonome con la compresenza di giuristi e medici, potrebbe offrire maggiori garanzie di trasparenza e credibilità alla deontologia anche nel momento della sua violazione. Tuttavia, risulta altrettanto importante evitare forme di intervento statale che possano essere percepite, nel contesto giuridico e professionale nel quale vengono inserite, come una manifestazione di "giustizialismo" esterno.

Il modello dell'*échevinage* francese potrebbe quindi rappresentare una soluzione intermedia tra l'attuale gestione totalmente interna alla categoria professionale e la costituzione di sezioni specializzate presso tribunali, ad esempio amministrativi, che nell'attuale contesto italiano, radicalmente diverso da quello tedesco, risulterebbero forse poco idonee a migliorare i rapporti tra dimensione statale e dimensione professionale. Ciò che in ogni caso risulta essenziale è riuscire a trovare un adeguato bilanciamento tra le esigenze espresse da queste due dimensioni, evitando sia eccessive ingerenze statali, sia l'autoreferenzialità della categoria professionale.

Il ruolo della deontologia e il riconoscimento della sua rilevanza esterna rispetto alla categoria professionale non può infatti continuare ad essere slegata da una sua più credibile effettività anche nel momento di un'eventuale violazione.

La credibilità della deontologia passa però anche da una maggiore trasparenza della giurisprudenza disciplinare. Un altro elemento sul quale intervenire è quindi proprio quello di una maggiore conoscibilità dei procedimenti disciplinari e dei loro esiti.

Attualmente, infatti, è molto difficile riuscire a ricostruire nel contesto italiano il quadro delle decisioni e degli ambiti di intervento della responsabilità deontologica, soprattutto in I grado, poiché non è prevista alcuna forma di pubblicità. Anche i massimari pubblicati, con un certo ritardo, dalle CCEPS non sono sufficienti a colmare tale lacuna³⁸. Si tratta infatti di una selezione delle sole pronunce in secondo grado e, come tale, non è in grado di fornire un quadro generale, soprattutto in riferimento ad alcune decisioni che, proprio in quanto non ritenute contestabili dal medico, potrebbero nascondere, nell'esito di I grado, forme di difesa della categoria. Infine, un ulteriore elemento che dovrebbe essere adeguatamente considerato è il ruolo del paziente. Innanzitutto, va ricordato che in Francia è stata la stessa categoria

³⁸ *Supra* parte IV.

professionale a volere la previsione di un tentativo obbligatorio di conciliazione prima dell'instaurazione del procedimento disciplinare, proprio perché ciò aveva dimostrato di ridurre il contenzioso medico-paziente.

In termini più generali, si potrebbe quindi pensare anche ad una rivalutazione del procedimento disciplinare dal punto di vista della promozione di un più sereno rapporto medico-paziente, anche attraverso la promozione di sedi di conciliazione.

Il ruolo del paziente dovrebbe però essere preso in considerazione, analogamente a quanto introdotto in Francia per alcuni casi, anche nel contraddittorio con il medico nel momento dell'accertamento della responsabilità di quest'ultimo. Un contraddittorio più completo, oltre a rappresentare una maggiore garanzia per le parti, permetterebbe così di giungere a un più chiaro accertamento dei fatti, che, considerata la rilevanza assunta dalla dimensione deontologica sul piano giuridico, pare corrispondere anche ad un interesse dell'ordinamento generale.

Inoltre, come detto, una piena considerazione del paziente anche nella fase di violazione della deontologia pare sicuramente più coerente con la moderna rilevanza assunta dalla componente deontologica, che non può più essere intesa come meramente legata ad esigenze interne alla categoria.

Anche in fase di procedimento disciplinare in I grado, infine, l'esclusione dell'intervento del terzo (in questo caso il paziente o un collega), sostenuta dalla prevalente dottrina sulla base della considerazione che egli sia portatore di un mero interesse di fatto rispetto alla punizione del professionista, è stata recentemente criticata da una parte della dottrina proprio sulla base della rilevanza anche esterna che la deontologia ha assunto nella tutela dei cittadini, in quali ripongono fiducia nella competenza, affidabilità e correttezza del professionista. I destinatari dell'attività professionale diventerebbero così indiretti destinatari anche delle norme deontologiche³⁹.

Per tutti i profili analizzati nel presente lavoro, tale argomentazione pare valere a maggior ragione in ambito medico. Ciò risulterebbe inoltre più coerente con la più

³⁹ V. TENORE, *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Milano, 2012, p.73.

volte richiamata rilevanza delle norme deontologiche sul piano della valutazione della responsabilità civile o penale del medico⁴⁰.

Una riforma del modello dei rapporti tra deontologia medica e diritto dovrebbe quindi comprendere adeguati spazi per prendere in debita considerazione il paziente anche nell'accertamento della violazione della deontologia, sia nella prospettiva di potenziate possibilità di conciliazione, sia nella valorizzazione del suo ruolo nei due gradi del procedimento disciplinare.

4. *Tra deontologia, diritto e società: i tasselli mancanti*

I profili formali del rapporto tra fonte deontologica e fonti del diritto e gli aspetti legati al procedimento disciplinare, pur molto importanti, non sono però in grado di risolvere da soli tutte le incoerenze e i punti di debolezza che ancora caratterizzano il modello italiano di deontologia.

La varietà di possibili interazioni tra tutti i fattori che incidono sui rapporti tra deontologia e diritto analizzati nel presente lavoro richiede infatti di valutare il quadro nel suo complesso, individuando gli elementi che permetterebbero a questi fattori di interagire in maniera flessibile e coerente.

A tal fine, immaginando di guardare al modello italiano come ad un puzzle nel quale svariati elementi devono riuscire ad incastrarsi in maniera corretta, sembrano risultare ancora mancanti alcuni tasselli, la cui assenza non permette un efficace coordinamento tra dimensione deontologica, dimensione giuridica e dimensione sociale.

4.1 *L'intervento del diritto sull'attività medica e sulla relazione di cura: il ruolo della deontologia*

Un primo elemento riguarda il ruolo del diritto nell'intervento in ambito biomedico e sulla relazione di cura. Al fine di creare un modello che possa concretamente valorizzare gli aspetti in cui la deontologia italiana ha mostrato i maggiori punti di forza, è necessario che legislatore sia consapevole dei rischi legati ad un suo

⁴⁰ E. QUADRI, *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, cit.; cfr. inoltre nuovamente V. TENORE, *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, cit., p.74.

patologico ritardo e si assuma quindi la responsabilità di intervenire con leggi condivise, ma sappia anche, contemporaneamente, fare del suo intervento l'espressione di un diritto *mite*⁴¹, riconoscendo il limite entro il quale la fonte legislativa può e deve intervenire, ma oltre al quale è invece necessario lasciare spazio a norme provenienti da componenti diverse, riconoscendone il ruolo e l'importanza fondamentali – laddove, ben inteso, rispettino i principi costituzionali – nel sistema delle fonti del biodiritto.

Per quanto più nello specifico attiene alla relazione di cura, per evitare che si creino i contrasti sollevati, ad esempio in ambito francese, con riferimento alla trasformazione dei doveri deontologici in meri riflessi dei diritti dei pazienti, le interazioni tra diritto e deontologia non dovrebbero mirare ad una mera incorporazione nella norma legislativa dei principi deontologici, bensì ad un dialogo tra le due dimensioni, cercando di mantenere i confini tra i rispetti ambiti di rilevanza e competenza delle due fonti.

Risulta quindi importante creare un modello in cui la deontologia sia inserita in un insieme di fonti che dal modello a piramide si trasformi in un modello per così dire a rete che veda solo in una, auspicabilmente fruttuosa, collaborazione fra fonti diverse la possibilità di individuare soluzioni adeguate e il più possibile coerenti alle nuove sfide che il diritto e i professionisti si trovano a fronteggiare.

In questo modo non sarebbe forse necessaria, per dare piena rilevanza alla norma deontologica, la sua integrazione nella norma statale, poiché, laddove ci sia una disciplina normativa, questa non avrebbe espunto la componente deontologica dal dibattito biogiuridico; e, nelle aree invece consapevolmente lasciate dal legislatore all'autonomia del medico e del paziente, nel rispetto dei principi fondamentali, la deontologia medica esprimerebbe tutto il suo ruolo più autentico e concreto, che già, come sottolineato, le è indirettamente riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale⁴².

⁴¹ Il riferimento va a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Diritto, giustizia, legge*, Torino, 1992.

⁴² Una sorta quindi di rapporto di concorrenza fra norme, potenzialmente più proficuo dell'integrazione del codice deontologico in una fonte statale.

4.2 L'elaborazione del codice deontologico

Un modello efficace dei rapporti tra diritto e deontologia richiede però anche un cambiamento da parte di quest'ultima.

In tale prospettiva, spunti di riflessione interessanti emergono dalla recente riforma del codice deontologico. Il confronto tra i contenuti delle nuove norme, il codice del 2006 e i vari emendamenti susseguitesesi nel tempo è già emerso nella Parte III. In questa sede si proverà a trarre alcune considerazioni su tre profili principali.

L'analisi della riforma permette innanzitutto di mettere in luce alcuni aspetti della più recente evoluzione legata ad uno dei fattori studiati nel presente lavoro, ossia la sensibilità interna alla categoria professionale. In secondo luogo, consente di valutare le intersezioni tra diritto e deontologia nelle prospettive del passaggio dall'etica al diritto e delle resistenze che possono ancora emergere all'interno dei codici deontologici. Infine, l'analisi della riforma consente di individuare, attraverso i suoi punti di forza e le sue debolezze, alcuni elementi essenziali di cui sarebbe importante tenere conto in fase di elaborazione dei codici deontologici per contribuire ad un modello più efficace e coerente dei rapporti tra deontologia e diritto.

Per quanto riguarda la sensibilità della categoria professionale e la sua capacità di farsi carico delle istanze di tutela dei diritti fondamentali, va ricordato che le assonanze tra codice deontologico e diritto a cui si è fatto riferimento confermano il principio secondo il quale ad una maggiore tutela e promozione dei diritti delle persone assistite corrisponde una più forte adesione della categoria professionale ai propri scopi deontologici. Inoltre, a fronte delle nuove sfide in ambito biomedico e bioetico il codice deontologico, così come il legislatore, dovrebbe avere come obiettivo quello di permettere la coesistenza di una pluralità di scelte etiche.

Da questo punto di vista la recente riforma del codice di deontologia medica presenta però sia luci che ombre.

Sicuramente positivi sono la scelta lessicale di privilegiare maggiormente il termine "persona" e il richiamo all'autonomia e alla responsabilità del professionista, che nell'attuale versione compare in molte occasioni. Altrettanto positiva è la considerazione del tempo della comunicazione quale tempo di cura, che esprime la consapevolezza della categoria professionale dell'importanza del dialogo con il paziente e di un'idonea informazione nella costruzione di un'autentica alleanza

terapeutica. In questa stessa prospettiva merita di essere sottolineato l'accento posto non solo sull'individuazione ma anche sulla condivisione delle rispettive autonomie e responsabilità nella relazione di cura.

Rispetto alla versione precedente del codice spiace invece notare il venir meno di alcune affermazioni che rappresentavano il portato di un'interessante evoluzione dei codici deontologici. L'esempio più evidente, tra quelli analizzati, è forse la scelta di non mantenere l'espreso riferimento alla "massima partecipazione alle scelte decisionali e l'adesione alle proposte diagnostico-terapeutiche" quale fine dell'informazione. Si trattava, come detto, della versione finale di un'evoluzione della norma deontologica a cui la categoria professionale aveva dato autonomo impulso mostrando un'interessante sensibilità, soprattutto se confrontata con l'inerzia che su aspetti analoghi hanno dimostrato altri codici deontologici. Analoga considerazione può essere svolta per alcune precisazioni presenti nella versione del 2006 in riferimento al principio di eguaglianza e al grado di consapevolezza del minore⁴³. Inoltre, rispetto al codice del 2006 o ai primi emendamenti proposti, il riferimento esplicito all'informazione è stato tolto nella versione definitiva di alcune norme, tra le quali l'art. 15 in ambito di "sistemi e metodi di prevenzioni, diagnosi e cura non convenzionali" e l'art. 44 relativo alla procreazione medicalmente assistita, il quale nella precedente versione precisava anche che l'informazione dovesse essere "la più esauriente e chiara" possibile. Sempre in materia di riproduzione, il nuovo articolo 42 non contiene più il riferimento al "rispetto della libera determinazione della persona". Inoltre, i primi emendamenti proposti all'articolo 20 (relazione di cura) contenevano, rispetto alla versione entrata in vigore, una disciplina più dettagliata, nella quale erano precisati i principi della "lealtà reciproca" tra medico e paziente, di "un'informazione onesta e corretta" e del "rispetto dei valori della persona".

Più in generale, se si analizza l'attuale codice, valutando le nuove regole alla luce dei silenzi su aspetti che erano presenti nella precedente versione, sembra che in alcuni passi sia stato scelto di dare maggiore enfasi al principio dell'efficacia delle cure, alle competenze tecnico-professionali del medico e al suo ruolo piuttosto che all'autodeterminazione della persona.

⁴³ *Supra* parte III.

Benché l'alleanza terapeutica, la tutela dei diritti fondamentali della persona, il dovere di informazione e la condivisione delle scelte diagnostico-terapeutiche siano comunque, come visto, presenti nel nuovo codice, almeno dal punto di vista simbolico l'evoluzione della disciplina deontologica dovrebbe e avrebbe dovuto forse prestare più attenzione al mantenimento di disposizioni che potrebbero contribuire a mantenere alta la sensibilità su determinati principi, evitando atteggiamenti di tipo paternalistico.

Per quanto riguarda invece il rapporto con la dimensione giuridica, il nuovo codice sembra andare verso una maggiore "giuridicizzazione" della sua disciplina sia nel contenuto, sia in relazione ad alcune scelte lessicali.

Va innanzitutto sottolineata la modifica del primo articolo del codice deontologico, quindi della sua stessa definizione. In base alla versione in vigore fino al 2006 il codice conteneva infatti "principi e regole" che il medico deve osservare nell'esercizio della sua attività, mentre l'attuale codice deontologico "identifica le regole, ispirate ai principi di etica medica, che disciplinano l'esercizio professionale". È indicato quindi in maniera più netta il passaggio che la codificazione deontologica intende realizzare dalla dimensione etica a quella giuridica: il codice deontologico non contiene i principi di etica medica, ma solo regole a questi ispirate. Si tratta di una scelta lessicale certamente coerente con la natura normativa del codice deontologico. Tuttavia, il maggiore accento che in alcune norme sembra essere posto su concetti quali "regole" e "codice", piuttosto che su quello più ampio di principi e deontologia pare forse un po' troppo riduttivo rispetto alla portata e alla rilevanza della riflessione deontologica.

Si pensi, ad esempio, al riferimento alle iniziative tendenti ad imporre comportamenti non conformi alla deontologia (che il medico deve segnalare all'ordine) che è stato modificato in comportamenti in contrasto con il codice⁴⁴.

Sono inoltre più numerosi i riferimenti all'ordinamento giuridico contenuti nel nuovo codice, il quale si limita in alcuni casi a semplificare la normativa deontologica

⁴⁴ Art. 2.2 CDM: «Il medico segnala all'Ordine professionale territorialmente competente – di seguito indicato con il termine "Ordine" - ogni iniziativa tendente a imporgli comportamenti in contrasto con il Codice». Il testo del 2006 prevedeva invece « Il medico deve denunciare all'Ordine ogni iniziativa tendente ad imporgli comportamenti non conformi alla deontologia professionale, da qualunque parte essa provenga»

richiamandosi in maniera del tutto generica a quanto “previsto dall’ordinamento”⁴⁵. Benché un coordinamento tra le due dimensioni normative sia auspicabile, i molti riferimenti all’ordinamento, se tanto generici e non inseriti in un contesto di diretto rapporto tra deontologia e sistema delle fonti del diritto, rischiano di impoverire il proficuo dualismo tra le due componenti, senza però guadagnare in certezza dei rapporti tra le due normative. Analogamente a quanto è stato sottolineato per il modello di rapporti formali tra diritto e deontologia, anche l’elaborazione del codice deontologico deve quindi favorire il dialogo tra le due dimensioni, integrando la disciplina giuridica ma preservando la specificità di quella deontologica.

Sul piano delle questioni controverse dal punto di vista etico, professionale e giuridico, va rilevato che, nonostante alcune risposte efficaci e coerenti, il nuovo codice non riesce ancora a dare compiutamente spazio alla coesistenza di una pluralità di scelte etiche. Rimangono infatti ancora forme di chiusura e incoerenze normative. Si pensi ad alcune scelte nell’ambito del fine vita o al divieto di selezione “genetica” nella procreazione medicalmente assistita che rischia di porsi in contrasto con le aperture rese possibili dalla giurisprudenza. Anche in ambito di dichiarazioni anticipate di trattamento, inoltre, la «forma scritta, sottoscritta e datata» non sembra essere in sintonia con le «altre modalità di pari efficacia documentale» ammesse invece in generale per il consenso o il dissenso, né con la ricostruzione della volontà ammessa dalla cassazione nel caso Englaro.

La riforma ha inoltre perso un’occasione per tenere conto della dimensione europea nell’elaborazione, ad esempio, delle norme che fanno espresso riferimento agli ordinamenti didattici dei corsi di laurea o che riguardano i rapporti con l’ordine⁴⁶. Benché si tratti di elementi che non hanno una diretta incidenza sulla mobilità dei professionisti sanitari, la cui disciplina è riservata comunque ad altre fonti, alla luce di quanto sottolineato sul possibile ruolo della deontologia nel contesto europeo, la riflessione alla base dell’evoluzione dei codici deontologici dovrebbe forse cominciare a confrontarsi anche con questi profili.

⁴⁵ Cfr., ad esempio, l’articolo 44 sulla PMA o l’articolo 12 sul trattamento dei dati sensibili.

⁴⁶ I codici di alcuni *Länder* tedeschi hanno ad esempio modificato le norme relative al campo di applicazione del codice, mantenendo una formulazione più generica rispetto a quella che originariamente faceva riferimento alla residenza in un determinato *Land*.

Infine, i contrasti sul testo della riforma emersi all'interno della categoria e la mancanza di unanime condivisione di quelle che dovrebbero essere invece le norme del comune sentire etico della categoria professionale⁴⁷ devono far riflettere sulla necessità di garantire maggiormente il principio democratico anche all'interno della categoria professionale.

Un modello di rapporti tra deontologia e diritto che si esprima in maniera coerente, flessibile ed efficace richiede quindi ancora un ulteriore sforzo di riflessione su alcuni elementi importanti, sia sul piano giuridico che su quello della riflessione ed elaborazione deontologica al fine di rendere i codici deontologici, nel concreto, fondamentali intermediari tra il diritto, le professioni della salute e la società.

4.3 La conoscenza della deontologia all'interno e all'esterno della categoria professionale

Tra i cambiamenti che la deontologia dovrebbe porre in essere devono essere menzionati anche quelli relativi alla sua conoscenza interna ed esterna alla categoria medica. La deontologia, infatti, prima ancora che sul piano legislativo, dovrebbe cercare di ottenere una legittimazione sul piano sociale. La categoria professionale dovrebbe quindi "uscire allo scoperto", creare anche tra gli stessi medici una maggiore consapevolezza della rilevanza delle norme deontologiche e confrontarsi con quegli stessi cittadini dei cui diritti si è fatta sempre più carico nel suo codice deontologico, ma che molto spesso sono invece ignari del contenuto delle norme in esso contenute.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si potrebbe innanzitutto pensare ad una rinnovata centralità della deontologia nei programmi universitari che attualmente sembrano prevederla in maniera non adeguata a garantire una riflessione sulle implicazioni dei suoi contenuti e sui suoi rapporti con il diritto, al di fuori dell'ambiente ordinistico.

Per quanto riguarda invece l'aspetto sociale bisognerebbe promuovere forme di pubblicità che vadano al di là della mera pubblicazione dei codici deontologici sui siti degli ordini dei medici, ad esempio organizzando più occasioni di incontro tra i

⁴⁷ Alcuni ordini hanno infatti reagito alla riforma innanzitutto dichiarando che non avrebbero applicato il codice deontologico della Fnomceo e in secondo luogo ricorrendo al Tar. *Supra* Parte III.

medici e la collettività, coinvolgendo anche altri professionisti per riuscire a creare una maggiore consapevolezza sociale sul ruolo della deontologia nella tutela dei diritti delle persone assistite.

Inoltre i *commentaires* al codice deontologico francese o un sistema più costante di discussione e spiegazione delle questioni deontologiche come quello offerto dagli *Ärzteblätte* tedeschi possono rappresentare soluzioni auspicabili anche nel contesto italiano⁴⁸.

In considerazione di quanto detto nel presente lavoro con riferimento alle politiche di prevenzione e sull'elevato contenzioso in ambito civile e penale, proprio la categoria professionale potrebbe farsi più frequentemente promotrice di campagne per un'informazione più completa e attenta ai vari interessi coinvolti, in grado di promuovere la consapevolezza sociale anche sui profili di incertezza della medicina, creando così un terreno più fertile per una più autentica alleanza terapeutica

4.4 “*Gli stati generali della deontologia*”

In considerazione dell'importanza e dei contenuti dell'evoluzione dei codici deontologici, soprattutto di quello italiano – e riprendendo l'idea degli “*états généraux de la bioéthique*” che in Francia consentono un dibattito pubblico e una partecipazione sociale in occasione delle revisioni delle leggi di bioetica – si potrebbe forse ipotizzare un meccanismo simile, pur con le dovute proporzioni, in occasione delle riforme dei codici deontologici. Come detto, la recente riforma del codice deontologico, rispetto a quanto avvenuto in passato, ha esteso il dibattito a un maggior numero di soggetti. Ciò nonostante l'elaborazione del codice resta un processo di evoluzione ed adattamento della deontologia a nuove esigenze di tutela che avviene tendenzialmente “a porte chiuse”, quanto meno con riferimento alla comunità sociale. Poiché, però, le riforme del codice deontologico si inseriscono in un contesto non solo di sviluppo scientifico ed evoluzione giuridica, ma anche di mutamenti sociali nella percezione dei concetti inevitabilmente coinvolti nelle norme deontologiche, sarebbe auspicabile un confronto più aperto anche con l'opinione pubblica. Traendo spunto da quanto avviene in altri ordinamenti, come ad esempio

⁴⁸ *Supra* parte IV.

nel Regno Unito⁴⁹, si potrebbe pensare ad una prima fase di discussione interna agli ordini dei medici, alla quale dovrebbe seguire, prima della approvazione finale da parte della categoria professionale, un periodo in cui la bozza del codice viene pubblicata sul sito della Federazione nazionale creando un sistema attraverso il quale possano essere raccolti online commenti da parte della popolazione interessata. Ciò consentirebbe – come nel caso dei codici di condotta inglesi, ma anche delle leggi di bioetica in Francia – di instaurare un dibattito più ampio e di permettere, da un lato, ai medici di percepire in maniera più diretta le esigenze maggiormente avvertite a livello sociale e, dall'altro, di creare una maggiore consapevolezza nella popolazione dei contenuti della riflessione, e quindi della disciplina, deontologica, soprattutto per quelle norme che più direttamente riguardano la tutela della persona assistita.

Più in generale, per quanto difficile possa apparire, instaurare un dialogo con i cittadini, trovare formule attraverso le quali l'ordine dei medici possa rendere più partecipe la collettività delle proprie iniziative, soprattutto con riferimento alla revisione del codice deontologico, potrebbe essere un tentativo auspicabile.

L'incontro tra questi elementi, unito alle riforme prospettate sul piano formale dei rapporti tra fonte deontologica e ordinamento giuridico e su quello del procedimento disciplinare, potrebbe porre le basi per valorizzare nella maniera più adeguata i punti di forza dei rapporti tra diritto, deontologia e società per un modello italiano che sia in grado di tutelare la persona assistita in aderenza sia ai diritti costituzionalmente garantiti, sia agli scopi più autentici della deontologia medica.

⁴⁹ In questo ordinamento, infatti, in occasione della riforma delle regole deontologiche vengono aperti spazi di discussione e confronto online. Cfr. http://www.gmc-uk.org/guidance/news_consultation.asp.

PARTE V

RÉSUMÉ

LE RÔLE DE LA DÉONTOLOGIE MÉDICALE DANS LES
SOURCES DU DROIT :
ANALYSE COMPARÉE

INTRODUCTION

L'objet de la thèse, préparée dans le cadre de la convention de cotutelle entre l'Université de Trento en Italie et l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense en France, consiste dans une analyse comparée du rôle de la déontologie médicale dans les sources du droit en Italie, en France et en Allemagne.

Les rapports entre droit et déontologie ont depuis longtemps représenté un domaine complexe, toujours questionné et débattu par les juristes et les professionnels, notamment dans le domaine de la santé, et caractérisé par une interaction diffuse et des influences réciproques.

Le spectre d'analyse adopté ici est double. On cherchera d'abord à rendre compte des aspects architecturaux des rapports entre droit et déontologie médicale ; ce faisant, on concentre l'analyse sur les modalités de la codification de l'éthique professionnelle en France, en Allemagne et en Italie, sur le pouvoir normatif des ordres professionnels, et sur la valeur juridique des codes de déontologie médicale et leur intégration dans le système des sources du droit. En second lieu, on cherchera, dans une perspective plus substantielle, à comprendre les relations entre droit et déontologie, et notamment le rôle de la déontologie médicale dans le domaine du biodroit (étant entendu qu'on comprend ce terme comme désignant, grosso modo, le droit des sciences de la vie). Ce spectre d'analyse sera en outre élargi à la procédure disciplinaire et à la perspective européenne.

Pour ces raisons, mais aussi afin qu'il soit possible de préciser la signification du mot « déontologie » dans les pays analysés, en saisissant les questions les plus problématiques du rapport entre droit et déontologie et pour exposer de façon détaillée les conclusions et la complexité des résultats obtenus grâce à la reconstruction théorique des modèles de rapports entre déontologie et droit et à l'analyse des données concrètes, la thèse est divisée en cinq parties.

La *première partie* est dédiée à certaines remarques préliminaires et notamment à un effort de définition de la déontologie médicale, saisie notamment dans ses spécificités, à certaines « questions ouvertes » de son rapport avec le droit et à la

relation, en perspective comparée, entre langue et droit dans la signification du mot « déontologie ».

La *seconde partie* est dédiée à la codification de l'éthique professionnelle, alors que le rôle de la déontologie médicale dans le biodroit est l'objet de la *troisième partie*.

La *quatrième partie* concerne la procédure disciplinaire et, finalement, la *cinquième partie* est dédiée à la reconstruction et l'analyse critique des résultats de la comparaison, à la perspective européenne et à la proposition d'un nouveau modèle italien qui permette des rapports plus flexibles, cohérents et efficaces entre déontologie médicale et droit, compte tenu des aspects problématiques mis en évidence par l'analyse comparée.

De l'exigence de comparer les aspects architecturaux des rapports entre la déontologie et le droit résulte la décision de choisir pour la comparaison principale des pays européens avec une tradition juridique similaire en matière de sources du droit. D'où, l'exclusion, par exemple, du Royaume-Uni. En outre, la France et l'Allemagne ont été choisis en raison de certaines spécificités par rapport au modèle italien. Les pays analysés sont en effet caractérisés par des modèles de rapports entre déontologie et droit différentes malgré des problématiques qui sont, quant à elles, analogues sur le plan concret. Cela permet d'analyser le rôle et les fonctions de la déontologie médicale, des codes de déontologie et des ordres professionnels, ainsi que les avantages, les aspects problématiques et les incohérences du rapport entre déontologie et droit, en confrontant un pays où les deux dimensions (déontologie et droit) restent séparées (Italie) avec des pays dans lesquels la règle déontologique est intégrée de façon directe dans la légalité générale (France et Allemagne). Parallèlement, ce choix permet de confronter deux différentes approches de l'intégration de la règle déontologique dans le système des sources du droit. En ce qui concerne la procédure disciplinaire, les trois pays sont également caractérisés par des modèles d'intégration entre dimension déontologique et dimension étatique très différents, à la lumière desquels il paraît intéressant de comparer la cohérence et l'efficacité de la répression disciplinaire. En outre, la France, l'Allemagne et l'Italie sont caractérisés à la fois par différentes approches du législateur dans le domaine du biodroit et par des différentes sensibilités de la profession par rapport à certaines questions épineuses et à la relation médecin-patient.

Finalement, la comparaison a été parfois étendue, de manière ponctuelle, à d'autres pays dont les systèmes juridiques sont caractérisés par des aspects particuliers du rapport entre droit et déontologie qui sont utiles pour analyser certaines problématiques liées au rôle de la déontologie médicale.

TITRE PRÉLIMINAIRE

PROBLÉMATIQUE ET PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA STRUCTURE DE LA THÈSE

Dans l'analyse du rôle de la déontologie dans les sources du droit en Italie, France et Allemagne, l'un des premiers éléments de complexité tient à la nécessité d'étudier, dans une perspective comparée, un phénomène dont la portée et les contours sont difficiles à saisir. La réflexion sur le rôle concret de la déontologie dans les différents systèmes analysés oblige donc, au préalable, à définir l'objet de la recherche et analyser la signification, pour les fins de la présente étude, du terme «déontologie» et la portée de ce concept dans tous les systèmes juridiques considérés. Une telle exigence résulte tant de la très large et générique référence aux dimensions de la déontologie et de l'éthique dans une variété de contextes professionnels et sociaux, que des nécessités étroitement liées à l'analyse comparée.

C'est pourquoi le présent ouvrage commence avec un chapitre dédié à l'analyse linguistique, dans lequel on cherchera à faire émerger, à partir d'un point de vue particulier – celui de la relation entre la langue et le droit – certains aspects qui caractérisent la déontologie professionnelle et les codes déontologiques.

La thèse analyse notamment, dans une perspective comparée, la signification de « déontologie », en essayant de saisir le développement social, culturel et politique qui a conduit, au fil du temps, au choix d'un terme dans les pays analysés et à un usage progressivement et historiquement plus précis et conscient de celui-ci. L'analyse linguistique permettra donc d'identifier l'objet de la recherche et de mettre immédiatement en évidence certaines complexités liées à l'étude comparée de la déontologie en Italie, en France et en Allemagne. Grâce à l'analyse linguistique, il sera également possible d'identifier à la fois les spécificités et les aspects particuliers de ce phénomène dans un système juridique et les éléments communs aux modèles de déontologie des pays analysés.

En outre, pour comprendre le rôle de la déontologie médicale dans le système des sources du droit, il est nécessaire de réfléchir à l'importance potentielle de la dimension déontologique au niveau social et juridique. De fait, la déontologie est progressivement sortie de la dimension originelle propre de l'éthique « interne » à la profession et a gagné une importance « externe » croissante, notamment en réglementant un nombre important de questions et exigences, même d'intérêt public. En outre, les principes déontologiques, en imposant la compétence et l'intégrité professionnelle de manière à favoriser la confiance, jouent un rôle important pour surmonter les asymétries qui caractérisent les relations entre le professionnel de la santé et le patient¹.

Par delà les modèles étatiques et la manière dont ils façonnent et/ou encadrent la déontologie, les codes de déontologie peuvent donc gagner, au moins implicitement, une première forme de légitimité en raison de leur propre but intrinsèque, à savoir de protéger les droits et intérêts de la personne. Cela est particulièrement important quand l'activité soumise à l'autorégulation professionnelle peut influencer sur les droits et libertés fondamentaux, et/ou lorsque les règles déontologiques peuvent devenir une possible réponse à questions juridiques, éthiques et professionnelles d'une importance fondamentale pour la personne.

Dans ce contexte, la déontologie médicale montre toute sa spécificité, en raison des choix et des droits sur lesquels elle peut et doit intervenir et des particularités de son champ d'application, à savoir la santé et les sciences de la vie.

Analyser le rôle de la déontologie médicale c'est ici d'opérer de deux façons. Il faut en premier lieu considérer l'importance des fonctions sociales et juridiques traditionnellement communes à tous les codes de déontologie ; en second lieu il faut comprendre les spécificités de ces fonctions dans le domaine médical et notamment du biodroit.

Trois aspects de spécificité se dessinent alors. Le premier concerne les nouveaux défis et exigences de protection des droits fondamentaux caractérisant l'activité

¹ E. QUADRI, *Codice di deontologia medica*, in ALPA G., ZATTI P. (dir.), *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006; ID., *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4-5, 2002, p. 926; G. IADECOLA, *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2007, p.551.

médicale et les nouveaux rôles et responsabilités du médecin². Le deuxième réside dans la nature et complexité des choix sur lesquels l'activité médicale intervient³. Le troisième est lié au contexte juridique et aux difficultés à prendre des décisions partagées⁴.

Il y a, en outre, deux domaines dans lesquels ces aspects de spécificité convergent : le premier concerne la relation médecin-patient et la nécessité d'une nouvelle réflexion déontologique face aux nouveaux pouvoirs du médecin ; le deuxième concerne la portée pratique potentielle de la déontologie comme source du biodroit.

Dans tous ces aspects et domaines, les relations entre droit et déontologie sont caractérisés par un ensemble extrêmement diversifié d'influences réciproques et d'enrichissement et limites mutuelles.

Si, d'un côté, la référence à la composante technico-scientifique se révèle nécessaire pour l'élaboration, la définition et l'application de la règle juridique, de l'autre côté, le rôle normatif potentiel de la composante professionnelle, dans sa dimension dynamique et flexible, doit être freinée par l'exigence de sécurité juridique qui est très présente dans ce domaine. Les médecins comme les patients souhaitent, en effet, pouvoir aisément connaître leurs droits, devoirs et responsabilités. Semblablement, le rôle indéniable de la déontologie, dans sa dimension de source autonome, doit être limité par la nécessité démocratique.

De plus, la règle déontologique peut influencer le législateur et la loi peut renvoyer au code de déontologie, mais en même temps les codes de déontologie contiennent des références à la loi et leur processus d'élaboration est influencé par la réglementation étatique.

Pour évaluer la cohérence et les aspects problématiques de ces rapports dans les divers systèmes juridiques, il est donc important d'analyser simultanément les approches des deux dimensions (déontologique et juridique) aux enjeux étudiés. À l'arrière-plan, il faut également prendre en considération les rapports entre pouvoirs

² V., par exemple, F. BELLIVIER, C. NOVILLE (dir.), *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, Paris, 2006. V. aussi P. CATTORINI., *La professione medica oggi. Dilemmi etici.*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2008; J. A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, Berlin – Heidelberg, 2005.

³ V. par exemple, C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, p. 179.

⁴ C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2012 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.) ; *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août*, Paris, 2004.

publics et professionnels de la santé et, par conséquent, les différentes traditions déontologiques des pays analysés.

C'est justement pour bien saisir tous ces enjeux, que la thèse analysera à la fois les aspects formels du rapport entre le droit et la déontologie et le rôle substantiel de la déontologie médicale.

Dès lors, la *seconde partie* est dédiée à la codification de l'éthique professionnelle en France, en Allemagne et en Italie et notamment à l'étude des rapports entre la dimension déontologique et la dimension étatique en ce qui concerne la base juridique et le pouvoir normatif des ordres professionnels. En d'autres termes, le travail analyse la valeur juridique des règles déontologiques et l'intégration des codes de déontologie médicale dans le système de sources du droit. Après avoir étudié les aspects architecturaux des rapports entre droit et déontologie, on cherchera à rendre compte des aspects substantiels de ces rapports et du rôle de la déontologie médicale. Dans la *troisième partie* on se propose donc de relever et analyser les analogies et les différences entre les trois systèmes juridiques sur le plan substantiel des rapports droit-déontologie, en choisissant certaines problématiques spécifiques qui ont trait au biodroit. L'analyse de ces deux perspectives permettra ainsi d'identifier les liens comme les tensions entre les aspects formels et substantiels qui caractérisent les relations entre le droit et la déontologie.

Du point de vue comparé, l'étude des aspects architecturaux et substantiels permettra d'établir une relation entre les choix ou les modèles adoptés dans le domaine juridique et les conséquences en termes de discipline déontologique et de rapports entre les sources du droit et, parallèlement, d'évaluer l'influence d'une certaine tradition et évolution déontologique sur les réactions de l'ordre juridique et donc sur le rôle accordé à la déontologie.

Cette reconstruction dynamique et à plusieurs niveaux de la relation entre la déontologie et le droit vise à mettre en évidence les avantages mais aussi les aspects problématiques et les incohérences du rapport entre déontologie et droit dans les pays analysés. D'ailleurs, l'analyse ne se propose pas seulement d'évaluer le rôle concret des codes de déontologie et de la catégorie professionnelle dans les pays analysés, mais aussi d'étudier, d'un côté, la cohérence du rôle de la déontologie avec la

structure et les dynamiques d'ensemble du système juridique et, de l'autre côté, la cohérence entre les choix de l'État et les pratiques des ordres professionnels.

Face à l'importance du rôle de la déontologie médicale il faut également analyser et évaluer l'effectivité des règles déontologiques, le degré de cohérence et d'efficacité du système disciplinaire. La *quatrième partie* est donc dédiée à la procédure disciplinaire et notamment à l'évaluation du degré de cohérence et d'efficacité du système disciplinaire par rapport à la perspective « médecin-patient » comme au rapport entre commissions disciplinaires et pouvoirs publics.

Finalement, il ne faut pas oublier que la déontologie commence à avoir un rôle important au niveau européen tant en ce qui concerne la libre circulation des médecins, que sur le plan substantiel de droits des patients. C'est pourquoi, dans la *Partie conclusive* de la thèse, on cherchera à identifier des mécanismes de coordination des règles déontologiques et des modèles de déontologie au niveau européen, afin de favoriser la libre circulation des médecins et des patients et d'assurer une protection adéquate des droits (ainsi qu'un exercice approprié de responsabilités) de tous les sujets concernés.

La réflexion ainsi proposée permettra aussi d'évaluer le modèle italien de déontologie à la lumière d'autres systèmes en Europe et de proposer un nouveau modèle italien qui permette des rapports plus flexibles, cohérents et efficaces entre déontologie médicale et droit.

CHAPITRE PREMIER

LANGUE ET DROIT : LA SIGNIFICATION DE DEONTOLOGIE

1. La complexité du problème et les objectifs de l'analyse linguistique.

Dans ce chapitre, on commence à répondre à certaines questions posées dans le premier chapitre, à partir de la perspective langue-droit.

De fait, dans les communautés sociales les mots ne sont jamais neutres, mais sont le résultat de la culture, de l'histoire et de l'éthique, donc de l'ensemble des valeurs propres à chaque communauté humaine, de laquelle la loi résulte et dépend⁵. Les concepts juridiques sont étroitement liés à la langue dans laquelle un contexte social s'exprime et le droit, en tant que phénomène de l'organisation sociale, dépend aussi de la langue. Le langage juridique, les spécificités des différentes langues sont donc à la fois expressions et composantes des traditions juridiques spécifiques et il y a de nombreux aspects du droit que la perspective linguistique nous permet non seulement de comprendre et d'étudier, mais aussi directement de révéler⁶.

Cela vaut pour l'analyse d'un système juridique aussi bien que pour la comparaison juridique.

De l'analyse comparée résulte en effet l'exigence d'identifier les divers termes avec lesquels le même concept est désigné dans le pays analysés.

Dans cette perspective, il convient de relever tout d'abord que si pour l'Italie et la France on peut analyser la signification et l'évolution d'un même terme (déontologie - deontologia), pour l'Allemagne il faut, au contraire, suivre un raisonnement différent car il n'existe pas, au moins dans le cadre de la présente analyse comparée, une traduction équivalente. Le terme allemand *Deontologie* correspond en fait à l'acception philosophique du mot et n'est jamais utilisé dans le langage juridique

⁵ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma – Bari, 2003, p. 15 et 21.

⁷ B. POZZO, M. TIMOTEO (dir.), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008. V. aussi R. TONIATTI, *Le droit traduit et comparé*, in *Traduire les savoirs*, Berne, 2011, p. 279-296; S. CAVAGNOLI, E. IORIATTI (dir.), *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, 2009; B. POZZO, *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in E. IORIATTI (dir.), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008, p. 133; J. VISCONTI (dir.), *Lingua e diritto: livelli di analisi*, Milano, 2010 et notamment R. SACCO, *Azione, pensiero, parola nella creazione del diritto*, p.21.

allemand avec la signification de « déontologie » propre au langage juridique français ou italien.

Il est donc nécessaire d'analyser, au préalable, le contexte de référence pour identifier avec suffisamment de précision les différentes terminologies utilisées et, parmi elles, les significations qui correspondent au même objet exprimé en italien et en français par le terme « déontologie » et « code de déontologie ».

2. Définitions : une réflexion comparée.

2.1 Origine et évolution du terme « déontologie ».

Les définitions des dictionnaires, des encyclopédies, générales aussi bien que spécialisées, fournissent des éléments d'analyse intéressants, en reflétant clairement l'évolution du terme et l'influence de cette évolution sur sa signification moderne⁷. Le mot 'déontologie' créé par Jeremy Bentham a en effet évolué, en se liant de façon progressivement plus étroite au contexte des professions libérales. Dans cette transformation, un rôle essentiel a été joué par l'ouvrage de Simon, publié en France en 1845 : « Déontologie médicale ou des devoirs des médecins dans l'état actuel de la civilisation »⁸. La dimension déontologique est devenue tellement importante qu'elle représente désormais une des qualités pour identifier les professions libérales elles-mêmes⁹.

⁷ Parmi les dictionnaires et encyclopédies analysés: Dizionario etimologico della lingua italiana del 1951, sous la direction de C. Battisti et G. Alessi ; Enciclopedia italiana della Treccani ; Vocabolario etimologico della lingua italiana, Sonzogno, 1936; C. Battisti C., G. Alessio, Dizionario etimologico italiano, 1951, Firenze; Enciclopedia Filosofica, Milano, 2006, voce deontologia, sous la direction de G. Masi et G. Cosi, vol. III, p.2684; Grande Enciclopedia De Agostini; Grande dizionario della lingua italiana di Salvatore Battaglia; Il Treccani, Roma, 2003; Nuovissimo Digesto italiano; Enciclopedia giuridica Treccani; L'Enciclopedia del diritto della Giuffrè; G. Cornu (dir.), Vocabulaire juridique, VIII ed., PUF, 2007; Le droit de A à Z, Dictionnaire juridique pratique, III ed., EJE, 1998; Lexique des termes juridiques, Dalloz, 16^eed., 2007; Guide du langage juridique, III ed., Foucher, 2004 ; Cabrillac R. (dir.) Dictionnaire du vocabulaire juridique, Litec, Objectif Droit, 2008; Guide juridique Dalloz; Nouveau Répertoire de Droit; Grand Larousse, Paris, 1995.

⁸ J. BENTHAM, *Deontology*, sous la direction de S. CREMASCHI, Firenze, 2000, cité par C. SARTEA, *L'emergenza deontologica, Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009. V. particulièrement J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, 157-186, p. 175 ; ID., J. Moret-Bailly, *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001 ; M.-L. MOQUET-ANGER, *Déontologie médicale, droit ou auto-régulation avec contrôle juridictionnel?*, in B. FEUILLET – LE MINTIER (dir.) *Normativité et biomédecine* », Paris, 2003, p.119 ; E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003 ; J. - P. ALMERAS, H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, Paris, 1996.

⁹ V. par exemple R. DANОВI, *Codici deontologici*, Milano, 2000, p. 6.

De l'analyse comparée des définitions françaises et italiennes résultent également certains aspects spécifiques qui caractérisent la déontologie en France et Italie et notamment sa dimension normative, sa nature de réglementation élaborée par la profession de laquelle elle relève et sa vocation à régir les aspects « internes » aussi bien que les aspects « externes » à la profession.

2.2 La déontologie dans la littérature juridique et dans les normes de référence

De l'analyse comparée de la littérature et des sources du cadre normatif de la déontologie en France et en Italie, résulte un fait notable qui caractérise les deux expériences : les aspects architecturaux de la relation entre la déontologie et le droit se répercutent aussi sur la présence ou sur l'absence du mot « déontologie » dans la littérature, les dictionnaires et les encyclopédies juridiques. En France, où la déontologie est intégrée dans la légalité générale, le mot est en effet presque systématiquement présent dans les dictionnaires et manuels juridiques. En Italie, au contraire, le mot « deontologia » est presque absent dans les dictionnaires et encyclopédies juridiques et demeure encore peu étudié dans les manuels, même dans les parties consacrées au système des sources du droit.

Cependant il paraît intéressant de relever que même en France un article expressément dédié au mot « déontologie » n'est pas souvent présent dans les encyclopédies. Ce fait peut tenir aux caractéristiques propres au phénomène déontologique, et notamment à la coexistence d'une pluralité de modèles et solutions juridiques (même en France, par exemple, les déontologies ne sont pas organisées selon un modèle unique de rapports avec l'État) aussi bien qu'à la nature transversale et interdisciplinaire de la déontologie.

2.3 Standesethik, Berufsethos, Standesrecht, Berufsordnung: variété et spécificité des définitions allemandes.

L'analyse linguistique permet aussi de mettre en évidence certaines complexités du phénomène déontologique en Allemagne¹⁰. De cette complexité, ainsi que des difficultés de saisir la dimension déontologique par le biais de la traduction des mots qui la désignent par des concepts précis, résulte l'impossibilité de trouver dans les dictionnaires bilingues (allemand-français et allemand-italien, juridiques comme généraux) des traductions homogènes et un cadre précis des terminologies utilisées. Un autre exemple emblématique de la variété des concepts liés au domaine de la déontologie est fourni par le contexte européen. Les versions française, italienne et espagnole de la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles utilisent, par exemple, les mots « déontologie/déontologique » ou leur équivalents « deontologia/deontologico » et « deontología/ deontológico » dans une dizaine d'articles. Dans les mêmes articles la version allemande utilise, au contraire, sept différents choix lexicaux.

Face à cette variété linguistique, il est donc nécessaire d'identifier les concepts allemands qui correspondent à un phénomène caractérisé par les mêmes éléments propres à la déontologie en France et Italie. Le lien avec la profession ne suffit donc pas : il faut chercher des sources caractérisées par la dimension normative, élaborée

¹⁰ Parmi les dictionnaires et encyclopédies analysés: Grandi Dizionari Sansoni, Dictionnaire monolingue Duden; *Dizionario Giuridico, Italiano-Tedesco, Tedesco-Italiano*, Linhart K., Morosini F., Beck Juristischer Verlag; Giuffrè; Helbing & Lichtenh, Stand August 2012 XI; *Etymologisches Rechtswörterbuch*, Köbler, Gerhard, Mohr Siebeck, Tübingen, 1995; *Juristisches Wörterbuch*, Köbler G., Vahlen F. GmbH, 1991; *Rechtsenglisch: Deutsch-englisches und englisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, Köbler G., Schusterschitz G., Vahlen F. GmbH, München, 1996; *Rechtsfranzösisch - Deutsch-französisches und französisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, Köbler Gerhard (Unter Mitarbeit von Peter Winkler), Vahlen Franz GmbH, München, 1996; *Rechtsitalienisch: Deutsch-italienisches und italienisch-deutsches Rechtswörterbuch für jedermann*, Gerhard Köbler; Esther Neulichedl; Monika Hohenauer, Vahlen Franz GmbH, München, 1996; *Dizionario giuridico ed economico-Wörterbuch der Rechts-und Wirtschaftssprache*, Giuseppe Conte, Hans Boss, Giuffrè editore, Milano, 1989; *Vocabolario del diritto e dell'economia tedesco-italiano - Wörterbuch für Recht und Wirtschaft deutsch-italienisch*, Troike Strambaci Hannelore; Helffrich Mariani E., 2 ed., Giuffrè editore, Milano, 1997; *Harrap's Universal Dictionnaire Allemand-Français Français-Allemand*, 2004; Potonnier, G.E. & Potonnier, B., Wörterbuch für Wirtschaft, Recht und Handel, Vol 1: Deutsch-Französisch, 3. völlig neu bearb. und erw. Auflage Wiesbaden [Brandstetter] 1997; Vol 2: Französisch-Deutsch: Doucet - Fleck *Dictionnaire juridique et économique*, Beck; Fleck *Wörterbuch Recht*; Wörterbuch für Recht und Wirtschaft, H. Troike Strambaci/E. Helffrich Mariani Giuffrè editore, Milano; *Harrap's Universal Dictionnaire*; Brockhaus Wahring Deutsches Woerterbuch in sechs Banden; Deutsches Rechtswörterbuch, Beck; Brockhaus Enzyklopädie in 30 Bänden; Brockhaus - Fachlexikon Recht; *Brockhaus Enzyklopädie*.

par la profession de laquelle relèvent lesdites normes, et avec la vocation à réglementer l'activité médicale en ce qui concerne à la fois les rapports « internes » à la catégorie professionnelle et les rapports « externes », notamment par rapport à la protection de droit des patients. Même dans ce cas, les définitions fournies par les dictionnaires et les encyclopédies analysées, ainsi que la réglementation élaborée par les ordres professionnels, la littérature juridique¹¹ et le cadre normatif des rapports entre l'État et les professions en Allemagne permettent de comprendre quelles sont les sources de la déontologie médicale.

De manière générale, *Berufsethos*¹² et *Standesethos* concernent les valeurs et les principes de l'éthique professionnelle, alors que la dimension normative caractérisant la déontologie dans le sens utilisée dans le présent ouvrage, est définie par le mot *Standesrecht*. Le terme *Recht* signifie « droit » et le mot *Stand* a évolué au fil du temps en raison des développements culturels dans le domaine social et professionnel. Bien que son origine soit liée au concept de « classes sociales », dans son acception moderne *Stand* se réfère au concept de *Beruf* (donc de profession) dans le sens objectif et non subjectif du terme¹³.

Standesrecht diffère en outre du mot *Berufrecht*, à savoir le « droit de la profession » (quand même utilisé, par exemple dans la directive européenne évoquée précédemment), en raison de l'origine de la réglementation : seul le *Standesrecht* est élaboré par l'ordre professionnel, d'une manière donc analogue à les règles déontologiques en France et Italie. De fait, *Standesrecht* est clairement défini par la doctrine, qui évoque « *das Recht des eigene Standes, gesetzt durch den Stand* », à savoir : le droit propre à une catégorie élaboré *durch* (littéralement «à travers», « par ») la même catégorie »¹⁴.

¹¹ V. par exemple, le chapitre *Ärztliches Standesrecht* dans H.-P. RIES et al., *Arztrecht*, Springer, 2012, p. 87; R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Fünfte Auflage, Berlin – Heidelberg, 2010; le chapitre „*Das ärztliche Standesrecht*“ in C. MÜLLER-GÖTZMANN, *Artifizielle Reproduktion*, Berlin, p. 290; J. HEBERER, *Das ärztliche Berufs- und Standesrecht*, Landsberg/Lech, 2001; H.-D. LIPPERT, *Recht und Ethik in der Medizin*, in B. BRINKMANN, B. MADEA (dir.), *Handbuch Gerichtliche Medizin*, Berlin-Heidelberg, p.1325; J.A. SICKOR, *Normenhierarchie im Arztrecht*, cit.

¹² *Beruf* signifie profession.

¹³ J. TAUPITZ, *Die Standesordnungen Der Freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, De Gruyter. 1991.

¹⁴ En outre, l'auteur explique : „*Demgegenüber handelt es sich beim (übrigen) Berufsrecht um Regelungen, die von außen, und zwar von der staatlich verfaßten Rechtsgemeinschaft, an den Stand herangetragen werden, die dem Stand gesetzt werden.*“.

Parmi les sources du *Standesrecht*, la doctrine, la réglementation professionnelle aussi bien que les manuels de droit public et administratif font référence à la *Berufsordnung*, c'est-à-dire l'un des codes élaborés par l'ordre professionnel de chaque *Land*. L'analyse des contenus et des objectifs de ce règlement permet d'identifier les éléments communs aux codes de déontologie en France et Italie.

Finalement, il paraît intéressant de souligner un aspect linguistique résultant de cette étude : les concepts allemands de *Berufsethos*, *Berufsordnung*, *Standesethos* et *Standesrecht* contiennent déjà dans leurs termes le lien avec la dimension professionnelle. De même, la dimension normative typique de la déontologie est déjà définie dans les mots utilisés (*Berufsordnung* et *Standesrecht*).

2.4 Ärztliche Standesrecht et la déontologie médicale

L'étude comparée (étendue aussi à la Suisse en raison de la coexistence des trois langues utilisées dans le présent ouvrage et des spécificités caractérisant son modèle de déontologie) permet d'anticiper ici des éléments de complexité ultérieurs, qui seront mieux approfondis dans les parties suivantes et qui résultent de la comparaison entre les aspects linguistiques, formels et substantiels de la dimension déontologique. De fait, malgré une idée et une définition communes de la dimension déontologique (et parfois même malgré l'usage d'un mot identique), les concepts de déontologie et/ou de code de déontologie utilisés dans les divers systèmes juridiques diffèrent quant au type des sources déontologiques, leur portée et leurs contenus.

3. Les éléments communs et le champ d'analyse

A l'issue de cette analyse on peut résumer à grand traits les éléments communs aux divers modèles de déontologie qui seront analysés dans la présente étude.

En premier lieu, la déontologie est ici conçue comme une forme d'autorégulation professionnelle, dans le sens de réglementation élaborée par la profession, qui transforme les principes de l'éthique médicale en règles et devoirs contraignants pour les professionnels, tant au sujet des rapports internes qu'externes à l'ordre professionnel. Malgré les différences quant à leur portée pratiques et aux aspects architecturaux du rapport avec le droit étatique qu'on cherchera à étudier, les règles

déontologiques ont une nature normative dans tous les pays analysés. De même, cette dimension normative est liée à celle de la responsabilité disciplinaire.

En outre, dans les modèles de déontologie analysés, l'approche de l'État est double. D'un côté, l'État reconnaît l'autonomie de la profession et du rôle des ordres professionnels ; de l'autre côté, il intègre et contrôle la dimension déontologique à plusieurs niveaux. Finalement, le contenu et la portée des codes de déontologie dépendent du contexte étatique.

La présente analyse comparée du rôle de la déontologie dans les sources du droit aura comme objet principal les codes de déontologie médicale en France et en Italie, la *Berufsordnung* fédérale et les *Berufsordnungen des Länder* en Allemagne, mais tiendra aussi en considération les principes généraux de l'éthique médicale. En ce qui concerne l'Allemagne, le spectre d'analyse sera étendu à certaines directives de l'ordre professionnel fédéral (*Richtlinien*) qui font partie de la réglementation déontologique, et notamment celles en matière d'assistance médicale à la procréation, en raison de l'importance de leur rôle et des particularités liées à leur nature juridique.

CHAPITRE DEUXIEME

LE CADRE DES RAPPORTS ENTRE DEONTOLOGIE ET DROIT QUI RESULTE DE L'ANALYSE COMPAREE

1. Déontologie et droit : la pluralité des sources, des instances et des acteurs impliqués. Quelques considérations générales

Au début du présent ouvrage, nous avons défini la déontologie comme la source qui permet le passage de l'éthique au droit.

L'analyse comparée a ensuite révélé que la complexité des rapports entre droit et déontologie peut dessiner aussi des mouvements en sens inverse, dans lesquels c'est plutôt la dimension juridique qui va vers celle de l'éthique médicale. Cela peut se vérifier tout particulièrement en présence des espaces laissés à la déontologie et à la conscience du médecin ou en raison de l'influence directe de la déontologie sur les choix réglementaires du législateur.

Il convient ici également de souligner que, en raison de la perspective choisie, le passage de l'éthique au droit peut être considéré dans deux sens différents.

Alors que l'acception plus générale concerne l'inclusion de la dimension éthique dans celle du droit par l'intermédiaire de la déontologie, le sens plus spécifique de ce passage est liée à la transformation des principes de l'éthique médicale en règles et devoirs professionnelles qui acquièrent ainsi une valeur juridique par le biais de la codification déontologique et de la responsabilité disciplinaire.

Il paraît utile de partir de cette dernière image du passage de l'éthique au droit car elle est paradigmatique pour reconstruire les aspects les plus saillants du rapport entre droit et déontologie qui résultent de la présente recherche.

À l'issue de l'analyse comparée, on observe, en effet, que les principes de l'éthique, juste dans ce processus qui les mène – en les codifiant – d'une dimension purement éthique à la dimension juridique, c'est-à-dire dans leur processus de transformation en règles déontologiques, revêtent des caractéristiques spécifiques en raison à la fois

du contexte juridique (donc du pays) dans lequel cette transformation se réalise et de la catégorie professionnelle concernée.

De même, ce rapprochement de l'éthique au droit insère la déontologie dans des contextes caractérisés par une pluralité de sources, d'exigences, d'intérêts et d'acteurs qui interviennent dans la réglementation de ses rapports avec le droit.

Ce phénomène caractérise tous les domaines analysés.

La perspective linguistique a mis en évidence certaines significations particulières du mot déontologie et des mots utilisés dans plusieurs pays pour identifier l'équivalent fonctionnel de « déontologie ». Il s'agit dans tous les cas, à savoir dans l'évolution du mot déontologie en France et en Italie et dans la composition des mots dans le contexte allemand, des termes qui expriment l'intersection entre la dimension éthique, la dimension professionnelle et la dimension normative (dans le sens de juridique).

La « déontologie » française et italienne et le mot *Standesrecht* en allemand font allusion, dans leur acception moderne, à des devoirs et principes concernant l'exercice d'une profession déterminée, transformés en règles (différemment formalisées, mais de toute façon perçues dans leur dimension normative et contraignante) par la profession de laquelle elles relèvent. Voilà, donc, déjà dans la signification des mots le passage de l'éthique au droit comme la contextualisation de ce passage dans la dimension professionnelle.

La codification de la déontologie en règles juridiques confère aux mots utilisés pour désigner cette transformation (code de déontologie ou *Berufsordnung*) toutes ces significations qui résultent du contexte juridique particulier dans lequel elle se réalise. Il n'est donc pas impossible que, dans la perspective comparée proposée, la réglementation déontologique soit désignée par des mots différents ou que le même mot ait des acceptions ou nuances différentes, en raison de l'instrument juridique avec lequel la déontologie est intégrée dans le système des sources du droit. Le concept même de déontologie, en se posant à l'intersection entre plusieurs dimensions, reflète la pluralité des caractéristiques qui résulte de cette intersection.

Même dans la codification déontologique, le parcours de rapprochement progressif de la déontologie au système des sources du droit est caractérisé par l'intervention de plusieurs acteurs et c'est très précisément la détermination de ces acteurs (leur

qualité et leur nombre) et des sources qui doivent intervenir dans cette phase qui exprime de manière plus concrète l'influence de la dimension étatique.

L'analyse comparée a révélé qu'il y a un niveau qui peut être défini de « minimal », dans lequel l'intervention de l'État, comme c'est le cas de l'Italie, ne porte que sur quatre aspects : le législateur crée les ordres professionnels et leur confère la tâche de veiller à la compétence et à la probité des professionnels ; établit les critères de fonctionnement principaux des conseils ; règle le processus disciplinaire et fixe les sanctions.

À l'opposé, le modèle français représente un niveau des intersections entre profession et composantes étatiques qui peut être défini « maximal » car l'intervention des autorités publiques caractérise chaque aspect du processus de rapprochement de la dimension déontologique à celle du droit. Outre les éléments étudiés dans le contexte italien, le législateur français fixe aussi la forme que la déontologie doit emprunter pour être intégrée dans l'ordre juridique. De plus, dans la phase d'élaboration du code de déontologie interviennent non seulement l'ordre professionnel lui-même mais aussi le Conseil d'État et le premier Ministre. Finalement, dans le moment de son intégration dans le système des sources de droit, le code de déontologie médicale est coulé dans les formes du droit étatique (décret du premier Ministre et notamment un décret en Conseil d'État) et inséré dans la partie réglementaire d'un code étatique, le Code de la santé publique.

Une grande pluralité d'acteurs et de sources intervenant dans la codification de la déontologie caractérise également le modèle allemand. On songe ici aux lois professionnelles de *Länder*, à la définition législative des domaines d'interventions de la *Berufsordnung*, à la jurisprudence du Tribunal Constitutionnel fédéral qui a défini les compétences normatives des ordres professionnels et à l'autorisation du Ministre pour l'adoption du code de déontologie.

Cette pluralité d'acteurs et de sources qui influencent l'élaboration et l'évolution des codes de déontologie tient aussi à l'importance des fonctions de la déontologie et des ordres professionnels au niveau public.

De même, en ce qui concerne le rôle de la déontologie dans le biodroit, les règles déontologiques sont insérées dans un contexte caractérisé par une pluralité de lieux de décisions qui contribuent à définir leur contenu et leur portée pratique. C'est

précisément dans ce domaine que les influences du système juridique et de la profession sur la transformation des principes de l'éthique médicale en règles déontologiques sont les plus évidentes. Dans la troisième partie de la thèse, on a en effet observé le rôle des choix étatiques et de la sensibilité de la profession sur les contenus et les évolutions des codes de déontologie. En outre, la déontologie, en tant que discipline de l'acte médical dans le cas concret, doit être confrontée aux autres espaces d'autonomie de décision individuelle. Sous l'effet conjugué du passage (au moins théorique) du paternalisme à l'alliance thérapeutique et des développements à la fois scientifiques, culturels et juridiques, la déontologie a du « sortir » des confins internes à la catégorie professionnelle et opérer dans un contexte dans lequel la profession ne peut plus seulement prendre acte de la pluralité des instances et exigences concernées par l'activité médicale mais doit dialoguer avec celles-ci. Le fondement de l'acte médical repose en outre sur la confiance du patient et sur son consentement libre et éclairé, qui est quant à lui garanti par l'État grâce à un système plus ou moins complexe de sources normatives avec lesquelles la déontologie doit être confrontée.

Même dans la définition des marges de choix dans la décision diagnostique et thérapeutique, on observe une pluralité des sources qui peuvent intervenir sur le même sujet : loi, jurisprudence, politiques de santé, recommandations, bonnes pratiques, protocoles, statistiques, contrats professionnels et notamment les formes de rémunération et les incitations financières. Les voies par lesquelles la déontologie peut jouer son rôle, à savoir comme source spécifique du biodroit ou comme règle du cas concret, dépendent, enfin, des marges d'autonomie et de responsabilité reconnues par les sources de l'État et des relations entre ces sources et la déontologie.

Le contexte des manquements aux règles déontologiques est également caractérisé par la pluralité des autorités judiciaires et des domaines de compétence respectifs entre la dimension professionnelle et la dimension étatique.

Cela tient au fait que le processus disciplinaire, aussi bien que la réglementation déontologique, se trouve au point d'intersection entre les exigences qui résultent de la spécificité et de l'autonomie de la profession et les exigences étatiques. Cette intersection de exigences professionnelles et étatiques se vérifie quant à l'évaluation

de l'effectivité des règles déontologique aussi bien que sur le plan des garanties procédurales.

En général, dans les pays analysés, l'État confie à la profession la compétence dans le domaine disciplinaire ; mais en même temps, le législateur délimite et contrôle cette compétence en fixant les sanctions et la procédure disciplinaire. Il faut également considérer les rapports entre les commissions disciplinaires et les autorités judiciaires ou juridictionnelles étatiques qui peuvent concerner le pouvoir de cassation sur la jurisprudence des ordres professionnels ou la présence d'un juge dans les commissions disciplinaires. En outre, de l'importance « externe » de la déontologie quant aux droit et aux intérêts sur lesquels ses règles peuvent influencer et quant à la forme étatique (ou quand même juridique) du code de déontologie, résulte l'extension de l'intérêt étatique à son respect aussi bien qu'au contrôle de la régulation déontologique en termes de légitimité.

Dans tous ces contextes les rapports entre droit et déontologie sont donc caractérisés par les influences réciproques d'un grand nombre d'acteurs, sources, domaines de compétence et exigences. Comme dans les pays analysés il y a une grande variabilité des combinaisons entre ces éléments, il s'avère difficile de définir avec précision le cadre des rapports entre déontologie et droit valable pour toutes les situations analysées.

Dans les prochains paragraphes on cherchera donc à caractériser certains modèles du rapport droit-déontologie concernant des aspects spécifiques.

Il est important de souligner que c'est très précisément de cette variabilité de combinaisons qui résulte la nécessité d'analyser les aspects architecturaux et les aspects substantiels du rapport entre droit et déontologie. La première étude a permis de mettre en évidence les divers modèles d'intégration de la règle déontologique dans le système des sources du droit. L'analyse du rôle de la déontologie sur le plan substantiel a puis permis d'identifier certains aspects paradigmatiques des rapports entre droit et déontologie, en étudiant notamment leurs rôles réciproques dans le domaine du biodroit.

Lorsque sont évoqués les rapports entre les aspects substantiels et les éléments architecturaux, il s'agit toujours de souligner l'absence d'interdépendance nécessaire ou automatique entre les deux dimensions. En d'autres termes, l'analyse comparée a

montré qu'il n'y a pas des correspondances univoques entre un modèle formel des rapports droit-déontologie et les conséquences sur le plan substantiel du rôle de la déontologie médicale. Au contraire, les aspects architecturaux représentent seulement l'un des éléments qui ont une influence spécifiques sur la portée et le contenu des codes de déontologie médicale des pays étudiés.

À plus ample examen, l'évolution des codes de déontologie et leur rôle potentiel sont concrètement influencés par quatre éléments particulièrement importants dans les rapports entre déontologie et biodroit. Ces éléments sont les caractéristiques et la nature intrinsèque de la matière à réglementer ; les modalités d'intervention du législateur dans le domaine du biodroit ; le modèle des rapports entre droit et déontologie médicale ; la sensibilité de la catégorie professionnelle, c'est-à-dire sa capacité de se charger des nouvelles exigences de protection des droits fondamentaux dans le rapport avec l'autonomie et la responsabilité du médecin.

C'est de l'ensemble des ces éléments que l'analyse comparée du rôle de la déontologie dans les sources du droit en France, en Allemagne et en Italie a montré, à côté du passage de l'éthique au droit, deux mouvements en sens inverse qui peuvent caractériser les rapports entre droit et déontologie, à savoir le mouvement de « re-éthicismation » du droit et le mouvement de « déontologisation » de la loi¹⁵.

2. *L'intégration « médiate » et « non médiate » de la déontologie dans le système des sources du droit.*

On a précédemment évoqué l'idée selon laquelle étudier la codification de l'éthique professionnelle signifie étudier de plus près le parcours de la dimension déontologique vers celle juridique.

Le parcours qui a mené la déontologie à devenir progressivement plus proche de la dimension juridique est caractérisé en effet par des aspects et développements historiques, sociaux, professionnels, normatifs et jurisprudentiels différents dans les pays analysés et a donc porté à des conséquences différentes sur le plan juridique des rapports entre les deux dimensions. Il s'agit cependant d'un phénomène commun à

¹⁵ V. J. MORET-BAILLY, *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale*, in *Rev. dir. sanit. et soc.*, 6 (2012), p. 1074-1083.

tous les contextes étudiés. De fait, malgré les différences, on peut observer dans tous les systèmes juridiques étudiés une évolution qui a mené la déontologie d'une phase d'élaboration en dehors de toute intervention externe à une phase dans laquelle les règles déontologiques ont commencé à emprunter des formes progressivement plus intégrées à la dimension étatique¹⁶.

Étudier ce processus revient à analyser deux aspects de l'intervention de l'État. Le premier concerne son rôle dans l'élaboration et la préparation concrète du code de déontologie, donc dans une phase « en amont » de son adoption. Le deuxième concerne la dimension « en aval », c'est-à-dire l'intégration du code dans le système des sources du droit.

Les relations entre déontologie et droit ont donc été analysées du point de vue de la valeur juridique des codes de déontologie et par rapport à la tension entre l'autonomie de la profession et le contrôle des pouvoirs publics.

L'importance et les implications du parcours de rapprochement de la déontologie à la dimension juridique résultent, par exemple, de la distinction adoptée en France entre déontologie étatique et déontologie extra-étatique¹⁷.

À plus ample examen, deux modèles d'intégration de la règle déontologique dans le système des sources du droit se profilent.

Le premier modèle peut être défini comme « non-médiat » car les codes de déontologie entrent dans la dimension juridique de façon directe, en empruntant la forme d'une source normative spécifique et en se plaçant donc de manière immédiate dans le système des sources du droit.

Par contre, dans le second modèle, qui peut être défini « médiat », les codes de déontologie demeurent d'un point de vue strictement formel des règlements internes à la catégorie professionnelle, sans emprunter une forme étatique. Pour autant, les codes de déontologie assument une valeur juridique par l'intermédiaire des renvois

¹⁶ V. J. MORET-BAILLY, *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, op. cit. ; P. BENCIOLETTI, *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in *La professione. Medicina scienza etica e società*, 2010, p. 261; J. TAUPITZ, *Die Standesordnungen Der Freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, op. cit.; H.-D. LIPPERT, *Recht und Ethik in der Medizin*, op. cit., R. RATZEL, H.-D. LIPPERT, *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, op. cit. V. en outre, G. MEMETEAU, *Droit médicale et déontologie: suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement*, in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, 1992, p.747; E. TERRIER, *Déontologie médicale et droit*, cit., J.-P. ALMERAS et H. PEQUIGNOT, *La déontologie médicale*, op. cit.

¹⁷ J. MORET-BAILLY, *Les déontologies*, op. cit.

que les autres sources et principes de l'ordre juridique font aux règles déontologiques.

Font partie du premier modèle le code de déontologie médicale français (et, en général, les déontologies dites étatiques) et les *Berufsordnungen* des professions de la santé des *Länder* allemands. Dans les deux cas, il y a en effet une légitimation législative expresse du pouvoir des ordres professionnels d'édicter le code de déontologie et celui-ci emprunte la forme d'une source du droit et notamment d'un acte de nature réglementaire : décret en Conseil d'État en France et *Satzung* en Allemagne.

Malgré ce cadre commun, les deux expériences diffèrent quant à la modalité concrète de l'intégration « non-médiate ». En France, le code de déontologie « sort » du point de vue formel de la catégorie professionnelle en se transformant en une source étatique et notamment un décret du Premier Ministre. L'article L. 4127 du code de la santé publique est une expression emblématique de ce type de modèle « non-médiat » : « Un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État ».

En Allemagne, au contraire, la règle déontologique devient une source du droit (*Satzung*) mais demeure une expression typique de l'autonomie administrative de l'ordre professionnel, d'une manière analogue aux statuts municipaux.

Il s'agit d'une autonomie et d'un pouvoir normatif strictement encadrés par l'État, mais sauvegardés en tant qu'espace d'autonomie normative des « *Körperschaften des öffentlichen Rechts* », c'est-à-dire d'une catégorie spécifiques des personnes morales de droit public, qui sont quant à elle expressément encadré par le droit administratif allemand et par les lois professionnelles des *Länder*¹⁸.

Il faut en outre préciser qu'en Allemagne deux niveaux se croisent : le niveau fédéral et le niveau « étatique » (ce terme étant ici entendu comme désignant le droit des *Länder*). La *Bundesärztekammer* (BÄK), c'est-à-dire l'ordre professionnel fédéral, n'est pas une « *Körperschaft des öffentlichen Rechts* » mais une association des

¹⁸ V. par exemple H. SODAN, J. ZIEKOW, *Grundkurs öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht*, München, 2012, p. 415 et p. 428; R. SCHMIDT, *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens; Staatshaftungsrecht*, 11. Auflage, Grasberg, 2007, p. 30; F.-J. Peine, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Heidelberg, 2011, p. 19; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, München, 2011, p. 76 et p. 582.

personnes morales de droit public, donc une association des ordres professionnels allemands. La BÄK édicte un code de déontologie fédéral, le (*Muster*-) *Berufsordnung* (MBO), qui sert de modèle (*Muster*) pour les codes de déontologie des *Länder* (*Berufsordnungen*). Ce sont précisément ceux derniers qui ont une valeur juridique en tant que *Satzungen*. Puisque conformément à la Loi fondamentale allemande la réglementation des professions relève de la compétence des législateurs des *Länder*, la nature juridique des ordres professionnels et leur pouvoir d'édicter le code de déontologie sous forme d'une *Satzung* (c'est-à-dire de la source typique de ce genre de personnes morale de droit public) est prévue seulement au niveau « étatique ». En d'autres termes, chaque ordre professionnel des *Länder* édicte un code de déontologie sur la base de la loi du *Land* (qui définit également les matières sur lesquelles le code peut porter) et du modèle fédéral (le MBO). Les sensibilités des catégories professionnelles et les choix des législateurs « étatiques » peuvent donc influencer de façon différente les codes de déontologie allemands. Toutefois, grâce au principe de la « fidélité fédérale » (*Bundestreue*), les lois professionnelles et les codes de déontologie sont presque similaires.

Une autre différence entre le modèle français et le modèle allemand d'intégration « non-médiate » tient au processus d'élaboration du code de déontologie. Alors qu'en France ce processus est caractérisé par l'intervention des autorités publiques et notamment du Conseil d'État qui doit obligatoirement rendre un avis sur le code de déontologie, en Allemagne l'élaboration des codes demeure un processus interne à la profession, sauf l'autorisation finale du Ministre. En outre, toute forme d'« entremise » a été éliminée en France par l'intégration du code de déontologie médicale dans le code de la santé publique (CSP) en 2004. La codification à droit constant a en effet abrogé le décret portant code de déontologie médicale du 1995 et a intégré son contenu dans la partie réglementaire du CSP. En Allemagne, au contraire, les codes de déontologie demeurent des sources formellement séparés et autonomes par rapport aux sources étatiques.

Un autre exemple du modèle « non-médiat » est représenté par l'Uruguay puisque dans ce pays le code de déontologie médicale devient une source juridique contraignante par l'intermédiaire de la loi correspondante. À la suite d'une réforme en 2009, le texte du code de déontologie, préparé par l'ordre professionnel, est

envoyé au gouvernement qui à son tour l'envoie au parlement sous la forme d'un projet de loi. D'une manière analogue à celle des codes de déontologie en France et en Allemagne, le code uruguayen entre donc dans la dimension juridique de façon directe, mais contrairement aux codes de déontologie allemands il « sort » du point de vue strictement formel de la catégorie professionnelle qui l'a préparé. Cependant même par rapport au code de déontologie français il y a une différence notable quant au rang de la norme et au processus de son élaboration.

De l'analyse comparée résultent donc des variantes du modèle « non-médiat » : malgré l'élément commun de l'intégration directe des codes de déontologie dans le système des sources du droit, les expériences peuvent varier quant à la forme empruntée par le code et au rôle joué par les autorités publiques dans le processus de son élaboration.

Comparé au modèle « non-médiat », l'intégration de la règle déontologique dans le système juridique italien résulte donc d'un processus beaucoup plus complexe car il n'existe pas de loi qui prévoit de façon expresse le pouvoir – et même la tâche – de l'ordre professionnel d'édicter le code déontologique, pas plus qu'il n'en existe qui établit sa position dans la hiérarchie des normes.

On ne s'étonne donc pas que la jurisprudence italienne ait pendant longtemps nié la nature juridique des codes de déontologie et ait considéré les règles déontologiques comme des règles extra-juridiques et purement internes à la catégorie professionnelle¹⁹. Malgré l'évolution jurisprudentielle qui a conduit la Cour de cassation à reconnaître dans la plus part des décisions (à partir de 2002 et notamment de l'arrêt de 2007²⁰) la nature juridique de la règle déontologique en tant que norme qui intègre la loi professionnelle, les sections unies de la Cour ont à nouveau, dans un arrêt du 25 juin 2013, nié le caractère normatif du code de déontologie. D'un point de vue strictement formel, la déontologie italienne demeure donc un instrument essentiellement interne à la profession. Cependant, même en Italie la déontologie joue un rôle indéniable sur le plan juridique. Analyser le rôle de la déontologie médicale italienne revient donc à étudier non pas seulement la nature (juridique ou extra-juridique) du code, mais à étudier aussi toutes les situations dans lesquelles la

¹⁹ V., par exemple, l'arrêt des sections unies de la Cour de cassation n. 10842 du 10 juillet 2003 et l'arrêt de la troisième section civile n. 1951 du 10 février 2003.

²⁰ Arrêt des sections unies de la Cour de cassation n. 26810/2007

règle déontologique ou sa violation assument une valeur « externe », c'est-à-dire sur le plan de l'ordre juridique.

Ceci peut se vérifier de plusieurs manières. Le rôle de la déontologie peut résulter, par exemple, de sa prise en compte par les ordres de juridiction judiciaire et administrative. Elle peut notamment jouer un rôle par rapport à la détermination de la responsabilité du médecin en concrétisant des clauses générales ou des principes de l'ordre juridique. La déontologie peut devenir, en outre, un paramètre pour l'évaluation de la faute pénale et être considérée comme une « discipline » dont la violation est source de responsabilité pénale selon l'article 42 du code pénal italien. L'analyse des contenus du code de déontologie italien a révélé aussi des assonances intéressantes avec les principes élaborés par la jurisprudence tant de la Cour de cassation que de la Cour constitutionnelle italienne, surtout dans le domaine du biodroit. Même selon la jurisprudence prédominante qui reconnaît la nature juridique des normes des codes de déontologie, cette nature résulte de la concrétisation des principes et des clauses contenus dans la loi professionnelle. Dans tous les cas, donc, l'intégration de la déontologie dans le système des sources du droit italien, en s'appuyant sur la référence aux autres sources et principes de l'ordre juridique, demeure indirecte.

D'autres codes peuvent également être lus comme l'expression du modèle d'intégration « médiate », malgré des caractéristiques différentes quant au rapport entre droit et déontologie. Le code de déontologie édicté par la Fédération des médecins suisse (FMH), par exemple, est un règlement interne à la Fédération ; il assume cependant une valeur de façon « médiate » par le biais, par exemple, de l'intégration, par voie interprétative, des devoirs du médecin établis par la loi sur les professions médicales (LPMéd) du 23 juin 2006. Quant aux différences, il faut préciser que contrairement à l'expérience italienne, l'inscription à la FDH n'est pas obligatoire. En Espagne, malgré la référence au code de déontologie dans les « Estatutos generales del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos » joints au *real decreto* (donc à une source étatique), le code lui-même ne devient pas de façon directe une norme juridique.

À l'issue de cette analyse, il est intéressant de souligner un aspect qui caractérise la déontologie en Allemagne. Dans le contexte allemand, les deux modèles semblent en

effet coexister : à côté de l'intégration « non-médiate » des codes de déontologie des *Länder*, la MBO fédérale entre de façon indirecte dans l'ordre juridique allemand, tant par l'intermédiaire des codes de déontologies « étatiques » que par les références que plusieurs sources font à les règles de déontologie élaborées au niveau fédéral.

3. Les rôles de la déontologie médicale dans le (bio) droit

L'analyse des influences réciproques entre droit et déontologie a permis de souligner l'évolution du rôle de la déontologie médicale dans le domaine de la biomédecine.

Au début du présent ouvrage, on a relevé les spécificités de la déontologie médicale liées notamment aux droits et aux intérêts sur lesquels les règles déontologiques interviennent. Dans le contexte médical, l'importance de certaines garanties est en effet amplifiée et les principes de dévouement, de compétence, de probité, de confiance entre le professionnel et les usagers assument donc des nuances spécifiques. L'ensemble de ces éléments montre déjà une première importance potentielle de la régulation déontologique. En témoigne le fait que l'un des premiers rôles de la déontologie est lié à la concrétisation par voie interprétative des concepts et des principes juridiques concernant notamment l'agir quotidien du médecin et la responsabilité médicale.

Les développements scientifiques et les nouveaux défis éthiques ont ensuite influé sur le rôle traditionnel de la déontologie médicale de plusieurs façons.

Dans cette perspective, il faut au préalable souligner un aspect de l'évolution historique de la déontologie commun aux pays analysés, à savoir l'extension progressive de leurs buts et la révision périodique des codes de déontologie qui a suivi. L'étude comparée a en effet montré l'existence d'un noyau de principes d'éthique médicale communs à la réflexion déontologique développée à partir de la seconde guerre mondiale, notamment dans les communautés (nationales aussi bien qu'internationales) appartenant à la tradition juridique occidentale. Sous l'effet conjugué des deux éléments qui sont à l'origine aussi de la bioéthique, c'est-à-dire les développements techniques et scientifiques dans le domaine de la biomédecine et les changements sur le plan culturel et juridique de la perception des droits de la

personne²¹, même la déontologie médicale, après une phase initiale d'inertie, a dû donner une impulsion nouvelle à ses normes. Deux mouvements se sont alors dessinés. D'une part, la déontologie a étendu et précisé le noyau des principes d'éthique médicale par une protection plus attentive des droits de la personne dans les codes de déontologie. D'autre part, les catégories professionnelles ont commencé à insérer dans les codes de déontologie médicale une régulation portant sur certaines problématiques les plus épineuses dans le domaine de la biomédecine et du biodroit, à savoir l'assistance médicale à la procréation, l'euthanasie, la recherche biomédicale, etc.

De cette évolution résulte aussi une distinction plus nette entre celles des règles déontologiques qui portent sur les rapports entre les professionnels et celles qui concernent le patient. C'est en effet précisément quand la déontologie « sort » de la catégorie professionnelle qu'elle va croiser de façon complexe et révélatrice les positions assumées par les autres composantes du droit. C'est donc dans ce contexte que saisir l'évolution du rôle de la déontologie sur le plan substantiel devient de plus en plus important.

Le noyau de principe d'éthique médicale communs et leur évolution représentent toutefois seulement le plus petit dénominateur commun car, en effet, la portée concrète et les contenus substantiels des codes de déontologie changent en raison des quatre éléments précédemment évoqués.

En ce qui concerne le premier élément, il faut souligner que l'objet du biodroit, en tant qu'il concerne ce que Carlo Casonato nomme « structure morale »²² de la personne, pose des problématiques difficiles à résoudre, qu'elles interpellent essentiellement législateur ou la catégorie professionnelle. De fait, les nouveaux défis et les nouvelles marges de choix affectent les principes déontologiques traditionnels et rendent plus improbable l'émergence d'un consensus dans la réflexion au sein de la profession.

L'un des exemples de cette difficulté est représenté par la norme déontologique en matière d'assistance médicale au suicide en Allemagne. La version originelle du

²¹ V. par exemple H. KUHSE, P. SINGER, *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in ID. *A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998, p. 3; C. CASONATO e F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in L. LENTI, E. PALERMO FABRIS, P. ZATTI (dir.) *Trattato di biodiritto – I diritti in medicina*, p. 39-111.

²² C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, op. cit., p. 3 et 92.

paragraphe 16 du MBO prévoyait une règle générale sur la fin de vie. En 2011, l'ordre de médecins fédéral avait modifié ses recommandations portant sur ce sujet (« Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung ») en considérant l'assistance au suicide comme ne faisant partie du rôle du médecin – et donc, comme non contraire à la déontologie. Comme l'expliquait le BÄK, la motivation du changement tenait à la volonté du Conseil de l'ordre fédéral de laisser une marge plus flexible aux choix individuels du médecin par rapport aux souhaits du patient. Pour autant, quelques mois plus tard, à l'occasion du Congrès annuel fédérale des médecins allemands (*Deutsche Ärztetag*) pour la révision du code de déontologie, les médecins ont demandé non seulement de renoncer au changement des recommandations mais aussi d'insérer dans le code de déontologie une norme expressément consacrée à l'assistance au suicide afin de préciser qu'une telle assistance est contraire à la déontologie²³. Le nouveau paragraphe 16 du MBO a été donc ainsi modifié. La difficulté de rejoindre un consensus caractérise, en outre, tant le rapport entre le conseil fédéral et l'assemblée générale des médecins que les rapports entre cette assemblée et les choix de chaque ordre professionnel. De fait, le changement portant sur l'assistance au suicide n'a pas été accueilli dans tous les codes de déontologie des *Länder*.

Le second élément concerne les choix de l'ordre juridique dans le domaine du biodroit et retient l'attention à un double titre. En premier lieu, il tient aux contenus des certaines normes et donc à l'encadrement juridique des questions soulevées par les progrès de la biomédecine en termes, par exemple, des admissions ou prohibitions des certaines pratiques. D'un cadre juridique très précis ou très strict résulte en effet une marge de choix moins ample pour la réglementation déontologique. En second lieu, il concerne le rôle et l'autorité reconnus aux diverses sources normatives.

En France, par exemple, le biodroit trouve désormais presque toutes ses sources dans les textes législatifs. Comme l'évoquait M. Leonetti dans la préface d'un commentaire à la nouvelle loi de bioéthique de 2011, « la France a choisi, contrairement à beaucoup d'autres pays, la voie législative pour définir ce qui est

²³ V. *Beschlussprotokoll des 114. Deutschen Ärztetages*, p. 176. Le document peut être consulté sur le website de la BÄK (<http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.2.23.9278>).

permis ou interdit en matière de bioéthique. Notre démocratie considère en effet que ni les experts, ni les sociétés savantes ou les organismes d'État, ne peuvent se substituer aux représentants du peuple»²⁴. L'Allemagne est caractérisée, au contraire, par l'absence d'une législation d'ensemble. Seules certaines questions ponctuelles, à l'instar de la protection des embryons ou les directives anticipées²⁵, ont donné lieu à intervention législative. Le biodroit allemand est en outre grandement influencé par le rôle prépondérant de la Loi fondamentale. Il s'agit, plus généralement, d'un cadre juridique qui porte sur les aspects fondamentaux par le biais des normes constitutionnelles et des législations ponctuelles, notamment de nature pénale et qui laisse une espace considérable à d'autres instances non législatives. Même la France connaît un grand nombre d'institutions et d'autorités qui peuvent apporter des réponses aux questions et aux problématiques du biodroit. On songe ici, par exemple, à l'Agence de la biomédecine dont le rôle représente un exemple très intéressant, dans le paysage de droit comparé, des rapports entre la législation et l'apport de la composante technico-scientifique.

L'une des différences les plus notables entre le modèle français et le modèle allemand paraît cependant être liée au rôle reconnu, parmi ces institutions et autorités, au corps médical quant à la composition de certaines entre elles, aux références que celles-ci font à l'ordre de médecins et au rôle lui-même de la catégorie professionnelle, qui est plus considérable dans le contexte allemand. À côté de la valeur juridique des code de déontologie des *Länder*, la BÄK est en effet une source importante de normes, en statuant sur les diverses questions posées par la biomédecine. On peut citer à titre d'exemple les directives de la BÄK en matière d'assistance médicale à la procréation, c'est-à-dire les (*Muster-*)*Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, qui règlent un grand nombre de points, parmi lesquels les conditions de mise en œuvre et les conditions d'accès aux

²⁴ J. LEONETTI, Préface, in J.-R. BINET, *La réforme de la loi bioéthique : commentaire et analyse de la loi n. 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, Paris, 2012.

²⁵ V. Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2746) et Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29.07.2009 (BGBl. I, S. 2286). V. par exemple R. ARNOLD, *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in C. CASONATO, T. E. FROSINI (dir.), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006; F. FURKEL, *Réflexions sur la normativité et biomédecine en République Fédérale d'Allemagne*, in B. FEUILLET-LE MINTIER (dir.), *Normativité et biomédecine*; op. cit., p. 53.

techniques, l'utilisation de la thérapie génique somatique, les principes médicaux applicables etc²⁶.

Cette directive est jointe à la plupart des codes de déontologie des *Länder* et en assume donc la même valeur juridique. Dans d'autres cas, les directives correspondantes prises par les ordres professionnels vont compléter celle édictée par la BÄK. Dans tous les cas, c'est le code de déontologie lui-même (donc une *Satzung*) qui prévoit que dans certains domaines médicaux spécifiques (« *besondere medizinische Verfahren* ») l'ordre est compétent en édicter des directives obligatoires pour les médecins.

L'Italie est aussi caractérisée par l'absence d'une législation d'ensemble dans le domaine de la bioéthique, réserve faite de la loi en matière d'assistance médicale à procréation. À plus ample examen, l'Italie est de même caractérisé par un retard parfois pathologique de l'intervention du législateur dans plusieurs domaines de la biomédecine. En ce qui concerne les compétences spécifiques et réciproques de la loi et de la déontologie il faut cependant souligner que la jurisprudence, notamment constitutionnelle, a reconnu un rôle considérable de l'autonomie professionnelle comme garantie d'un choix respectueux du droit à la santé dans les spécificités de chaque cas concret, même en limitant le rôle du législateur dans certains points²⁷.

Le troisième élément tient aux aspects architecturaux du rapport entre droit et déontologie précédemment évoqués.

Que d'un modèle « non-médiat » de l'intégration du code de déontologie dans l'ordre juridique résulte un rapport plus direct entre la source déontologique et les autres sources du droit est un constat qui s'impose de lui-même. Cela est autant plus vrai quand le code de déontologie devient, comme c'est le cas de la France, une source étatique. Par exemple, certaines normes du code de déontologie français contiennent simplement des renvois à la législation. En outre, de l'intégration dans le CSP peut résulter un lien plus direct entre les réformes législatives et la révision du code de

²⁶ (*Muster-*)*Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion*, in *Deutsche Ärzteblatt*, Jg. 103, Heft 20, 19.Mai 2006, p. 1392.

²⁷ La décision de la Cour constitutionnelle n. 282 du 2002 est emblématique : « *Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dall'autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione* » .

déontologie. En témoigne le changement de l'article 37 du code de déontologie à la suite de la loi Leonetti sur la fin de vie, relatif notamment à la procédure collégiale pour la limitation ou l'arrêt des traitements dont la définition a été confiée par le législateur à la déontologie médicale.

Finalement le quatrième élément concerne la sensibilité interne à la catégorie professionnelle et résulte de la comparaison entre les choix des catégories professionnelles dans plusieurs domaines.

Par exemple quant à la fin de vie, l'analyse comparée a montré des sensibilités différentes des professions, non seulement dans les pays où l'euthanasie est interdite, mais aussi dans les contextes où la loi a permis certaines pratiques, et notamment en Suisse, en Belgique, en Luxembourg et dans les Pays-Bas.

En France, dans le domaine de l'information on observe une inertie de la profession médicale dans la réforme du code de déontologie et notamment de son article 35. Cet article a pendant longtemps prévu que « sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination ». Il s'agissait donc d'une norme contraire à l'article L1111-2 CSP selon lequel « la volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission ». L'article du code de déontologie n'a été modifié qu'en 2012²⁸. Dans ce cas l'inertie de la profession a influé sur le rôle reconnu à la déontologie : le législateur a en effet décidé de ne pas faire référence au respect des règles déontologiques dans l'art. L1111-2 CSP et notamment « à l'application par les codes de déontologie des règles fixées par la loi »²⁹ puisque cela

²⁸ V. J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, in *RDSS*, 2, 2005 ; A. LAUDE, *Le code de déontologie médicale enfin modifié !*, in *Recueil Dalloz*, 2002, p.1694 ; C. DEBOST, *Mise en lumière d'une réforme silencieuse du Code de déontologie médicale*, in *Revue Droit & Santé*, n.48, pp. 506-507 ; C. DEBOST, N. GIRAUD, P. VERON et F. VAILLA, *La réforme du Code de déontologie médicale*, in *Revue Droit & Santé*, n.48, pp.507-510.

²⁹ C. EVIN e F. GIRAUD, *Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, p. 20, cité par J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, op. cit.

aurait pu «conduire, dans certains cas, à restreindre le contenu des informations délivrées»³⁰.

La grande variabilité des combinaisons entre les quatre éléments évoqués résulte de l'étude de certains domaines spécifiques. Dans le contexte de l'assistance médicale à la procréation, par exemple, on observe qu'en France le code de déontologie renvoie simplement à la loi en raison, peut être, de l'effet conjugué du deuxième et du troisième élément mais aussi du choix de la catégorie professionnelle de considérer sa réflexion déontologique, d'une certaine manière, absorbée dans celle du législateur. Et pourtant juste dans ce domaine, comme le soulignait aussi la doctrine, on peut constater un véritable « pouvoir normatif » du médecin³¹. C'est aussi l'Agence de la biomédecine – donc l'autorité de référence sur les aspects médicaux, scientifiques et éthiques relatifs à ce sujet – qui précise que « il existe plusieurs techniques d'assistance médicale à la procréation. Chaque situation étant unique, le médecin propose une prise en charge adaptée au cas par cas »³².

On a déjà évoqué le rôle de la régulation déontologique allemande sur ce sujet.

En Italie, bien que le législateur soit intervenu en 2004 avec une loi ponctuelle, le code de déontologie a maintenu, même dans les réformes suivantes, une discipline spécifique en matière d'assistance médicale à la procréation. En outre, malgré l'absence d'une valeur juridique du code de déontologie et d'un lien direct avec la dimension législative sur le plan formel, la Cour constitutionnelle a souligné le rôle important du médecin pour garantir le principe d'égalité dans le choix du nombre d'embryons pouvant être créés et implantés³³.

De l'analyse de l'assistance médicale à la procréation résulte enfin l'autre élément déjà évoqué commun à toutes les expériences analysées : la double voie par laquelle la déontologie peut jouer son rôle, à savoir en tant que source normative spécifique dans un certain domaine ou en tant que règle du cas concret.

³⁰ C. EVIN, B. CHARLES et J.-J. DENIS, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, (n.3258), p. 8, cité par J. MORET-BAILLY, *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, op. cit.

³¹ V. par exemple S. BATEMAN, *Pouvoir normatif et décision médicale*, in F. BELLIVIER, C. NOUVILLE, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, op. cit., p. 131.

³² V. <http://www.agence-biomedecine.fr/>

³³ Cour constitutionnelle, décision n. 151 du 2009 sur la loi en matière d'assistance médicale à la procréation.

Même dans le domaine de l'information, la comparaison entre l'inertie de la profession française et l'expérience italienne permet de souligner la variabilité de la combinaison entre tous les éléments évoqués. Alors qu'en France, malgré le modèle « non-médiat » d'intégration de la déontologie et la forme étatique du code déontologique, la profession a montré une sensibilité contraire aux principes législatifs, en Italie, malgré le modèle « médiateur » et l'absence d'un lien direct avec les sources du droit, c'est le code de déontologie qui a montré, par rapport à l'inertie du législateur italien, une sensibilité notable dans l'évolution des ses normes portant sur l'information, en assonance avec les principes constitutionnels et jurisprudentiels. Les autres domaines dans lesquels le présent ouvrage a étudié le rôle de la déontologie médicale sur le plan substantiel et les interactions entre les éléments évoqués sont le consentement éclairé, les plusieurs phénomènes d'« externalisation du savoir médicale »³⁴ et la fin de vie.

De l'ensemble de cette réflexion, il apparaît que la déontologie assume différents rôles spécifiques dont les domaines et les espaces de portée concrète peuvent être décrits au moyen de cercles concentriques autour du noyau représenté par l'alliance thérapeutique et notamment du choix conscient et responsable du patient et du médecin. Ainsi, le cercle le plus ample tient au cadre juridique, donc aux principes normatifs qui fixent la marge de choix dans la relation thérapeutique. On songe ici, par exemple, aux conditions pour accéder à l'assistance médicale à la procréation ou aux les règles en matière de fin de vie. Dans ce contexte la déontologie peut participer à la définition du cadre normatif en tant que source de régulation spécifique. Cela peut se vérifier de trois façons différentes, à savoir : par le biais d'une délégation législative, en raison de l'inertie du législateur ou d'une intégration physiologique entre le droit et la déontologie qui résulte d'une organisation particulière des leurs influences réciproques. Dans certains cas la déontologie intègre la réglementation législative en précisant les devoirs du médecin ou réglant certains points liés aux aspects technico-professionnels. La procédure collégiale en France et les directives allemandes en matière d'assistance médicale à la procréation sont deux

³⁴ Nous empruntons cette formule à l'article de A. S. GINON, O. LECLERC, T. SACHS et I. VACARIE, *Une médecine « responsable »*, in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, 2011, 509-522, p. 415 ; voir aussi I. VACARIE, *Raison statistique et catégories du droit de la santé*, article en cours de publication.

exemples emblématiques de ce type de rôle de la déontologie en tant que régulation spécifique. Même en Italie, dans l'absence d'interventions législatives, la déontologie, en assonance avec la jurisprudence, a donné et toujours donne des réponses claires aux certaines questions soulevées dans le domaine du bio-droit.

Dans d'autres cas, la déontologie peut aller un peu « plus loin » en fixant des limites qui n'existent pas dans le cadre législatif. En Allemagne, par exemple, le paragraphe du code de déontologie portant sur le suicide définit de façon très stricte, au moins dans les *Länder* qui ont accueilli la réforme, une réglementation législative qui quant à elle ne prévoit pas expressément l'interdiction du suicide. Même en France, dans l'affaire Sébire, la déontologie a été évoquée parmi les argumentations utilisées pour nier la possibilité de l'assistance au suicide malgré l'absence de son interdiction sur le plan législatif.

L'analyse comparée a montré aussi le rôle de la déontologie comme règle du cas concret même quand elle n'a point de rôle dans la réglementation spécifique.

L'amplitude de ces rôles et la portée concrète dépendent grandement de la combinaison des quatre éléments évoqués, de sorte qu'il n'est pas possible d'identifier d'une façon systématique des rapports entre un modèle de déontologie et son rôle comme source normative.

Avant d'arriver au noyau de la relation thérapeutique, on trouve un autre cercle caractérisé par un grand nombre des sources et des éléments qui participent à la définition, sur le plan concret, de l'amplitude des marges d'autonomie de décision établies par le cercle le plus ample. Il s'agit de la pluralité des sources précédemment évoquées : politiques de santé, recommandations, bonnes pratiques, protocoles, statistiques, réductions des ressources financières, contrats professionnels et notamment les formes de rémunération et les incitations financières.

Dans ce contexte, on observe des phénomènes susceptibles d'influer sur le cœur de la décision médicale et notamment de la déplacer du but de l'intérêt du patient jusqu'à des intérêts complètement différents. Il s'agit, par exemple, du « disease mongering » et/ou des formes d'« externalisation du savoir médical », surtout si liés à un système d'incitations financières par rapport à l'activité du médecin. L'analyse comparée a montré que dans cette perspective la déontologie et notamment les principes de l'indépendance et de la liberté de prescription du médecin, de l'individualité du

colloque médical et de la protection du patient peuvent – et doivent – jouer un rôle considérable en ramenant la décision médicale à son but original.

En matière de « contrat d'amélioration des pratiques individuelles » (CAPI), le Conseil d'État français a, par exemple, souligné que « la souscription du contrat ne saurait avoir pour effet de dispenser la médecin du respect des règles qui s'imposent à lui en vertu des dispositions ... du code de déontologie médicale et notamment de celles qui, comme la liberté de prescription, ont été instituées dans l'intérêt des patients ». La Cour de Justice de l'Union européenne elle aussi, dans la décision du 22 avril 2010³⁵, confrontée à une situation similaire, a considéré la déontologie médicale comme un instrument de protection de l'intérêt du patient contre toute tentation du médecin de privilégier son propre intérêt³⁶.

Le cercle le plus étroit est représenté, enfin, par la relation thérapeutique et donc par la protection du « choix moral » du patient. Il s'agit du noyau essentiel du rôle de la déontologie, tant parce qu'il représente son rôle minimal (qui existe indépendamment des autres formes de la valeur de la déontologie dans l'ordre juridique), que parce qu'il est un noyau substantiel et indispensable des tâches de la régulation déontologique et donc l'essence du rôle de la déontologie dans le biodroit.

L'alliance thérapeutique doit caractériser la rencontre entre le principe du consentement éclairé et celui de l'autonomie et responsabilité du médecin. Dans cette perspective, par-delà les autres deux niveaux d'influence sur le choix diagnostic-thérapeutique évoqués, la déontologie doit donc jouer un rôle de guide décisif afin que les potentialités de la marge de décision laissée au médecin soient, concrètement, déterminées ou orientées de manière congruente avec ce que requièrent les droits fondamentaux, y compris l'autodétermination, de la personne.

La phase du « choix moral » du consentement éclairé a en effet besoin d'une exploitation correcte et loyale de la phase « technique » de l'information par le médecin.

³⁵ Cour de Justice de l'Union européenne, 22 avril 2010, affaire C-62 :09, Association of the British Pharma Medical Industry contre Medecinas and Healthcare Produits Regulatory Agency.

³⁶ A.S. GINON, O. LECLERC, T. SACHS et I. VACARIE, *Une médecine « responsable »*, op. cit., p. 521 ; I. VACARIE, *Raison statistique et catégories du droit de la santé*, op. cit.

Le législateur peut intervenir dans ce domaine, comme c'est le cas en Allemagne et surtout en France, mais les asymétries entre médecin et patient demeurent dans cette phase même malgré une réglementation assez ponctuelle.

En outre, le droit, dans le sens le plus strict du terme, peut établir (en aval) les responsabilités du médecin, mais « en amont » il peut intervenir seulement par une réglementation générale et abstraite. C'est donc la déontologie qui peut et doit jouer un rôle réel de guide de l'activité quotidienne du médecin dans l'exploitation de tous les aspects du rapport thérapeutique, afin que la loyauté de la communication aussi bien qu'un véritable exercice de responsabilité du médecin dans la codécision avec le patient soient garantis.

À l'issue de cette réflexion il paraît intéressant de souligner un aspect ultérieur et particulier du rôle de la déontologie dans le biodroit : la dimension déontologique est, en effet, une expression du pluralisme axiologique dont le législateur doit tenir compte et elle peut devenir en même temps un instrument pour gérer ce pluralisme dans le cas concret. Cela se vérifie dans la mesure où la conduite professionnelle correcte et la qualité de l'exercice professionnel – donc le respect des devoirs déontologiques – servent à la protection des droits fondamentaux de la personne.

Pour autant il peut arriver que certaines résistances au sein des codes de déontologie puissent limiter la véritable promotion du pluralisme.

Dans tous les domaines analysés la règle déontologique a montré avoir, au moins en puissance, la capacité de s'adapter à la flexibilité demandée par le cas concret. Le noyau des principes d'éthique médicale évoqué lui permet, en outre, d'évoluer d'une manière conforme à la protection des droits fondamentaux de la personne.

C'est donc précisément le fait qu'elle soit le produit de l'autorégulation de la profession médicale qui éclaire l'ambivalence de la nature de la déontologie médicale. En effet, cette caractéristique, ou propriété, de la déontologie explique en large partie son aptitude relative à la flexibilité (plus grande que celle d'autres normes juridiques, comme par exemple la loi). Mais elle cause également une des faiblesses structurelles de la déontologie, savoir sa partialité relative : produit de la réflexion et de l'action de la seule profession médicale (qui n'est qu'une des parties impliquées dans le monde médical), elle ne saurait garantir sa propre nature démocratique.

On a déjà évoqué le rôle potentiellement décisif de la sensibilité interne à la profession sur l'évolution et la portée pratique des codes de déontologie. En témoigne par exemple, l'inertie de la profession française par rapport à certains aspects du droit à l'information. De même, en Allemagne le Tribunal administratif de Berlin a annulé en 2012 une mesure de l'ordre professionnel du même Land qui avait prohibé à un médecin de prescrire des médicaments pour aider une personne à se suicider. Selon le Tribunal, cette mesure, en prohibant toute forme d'assistance au suicide sans exception, était contraire au principe de la liberté de conscience du médecin. Cela montre que parfois la déontologie n'est pas en mesure de garantir la flexibilité nécessaire. Au contraire, dans le cas du suicide en Allemagne, l'ordre professionnel semblait se retrancher derrière une prohibition générale plutôt qu'il ne permettait une évaluation des exigences spécifiques dans chaque cas.

Le processus disciplinaire n'est pas toujours davantage en mesure de garantir de façon adéquate les principes qui sont à la base de l'évolution déontologique. Il faut donc réfléchir à des nouvelles formes de dialogue entre déontologie, droit et société et à des processus disciplinaires plus efficaces et transparents afin d'allier l'importance que la déontologie a montrée dans plusieurs contextes et une protection adéquate des risques d'« autoréférentialité » ou même d'égoïsme corporatif.

4. Déontologie médicale et procédures disciplinaires

L'analyse comparée de la procédure disciplinaire a montré des analogies mais aussi beaucoup de différences entre les trois pays, surtout par rapport aux commissions disciplinaires, à leur rapport avec la dimension étatique et à la perspective médecin-patient.

4.1 Entre profession et dimension étatique : les commissions disciplinaires

En ce qui concerne la composition des commissions disciplinaires, l'étude comparée a montré l'existence de deux modèles : le premier prévoit la présence des seuls membres internes à l'ordre professionnel ; le second est au contraire caractérisé par la coexistence des membres internes et externes à la catégorie professionnelle.

Dans le premier modèle, sont généralement prévus des critères pour séparer les fonctions administratives des fonctions juridictionnelles et, parfois, pour l'introduction des membres appartenant à un ordre professionnel régional différent de celui du médecin inculpé. Il s'agit de toute façon des règles qui caractérisent aussi le second modèle.

Alors que le premier degré de la procédure disciplinaire italienne appartient au premier modèle, la France, l'Allemagne et, d'une certaine manière, le recours en Italie sont caractérisés par le second type de juridiction ordinale.

Dans ce dernier modèle la présence des membres externes peut revêtir des formes différentes en raison de la qualification et du rôle des membres concernés qui peuvent être des juristes ou, de façon plus générale, des personnes provenant de la dimension étatique, comme c'est le cas de la «Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie» (CCEPS) italienne qui intervient en recours.

Même en Allemagne, dans certains *Länder*, c'est un magistrat qui doit être nommé à la présidence ; mais la loi prévoit aussi la présence au moins d'un autre membre externe qui peut appartenir tant à la magistrature qu'à l'administration publique.

Dans d'autres cas la loi professionnelle prévoit expressément la présence d'un juriste qui quant à lui peut avoir une fonction consultative, comme c'était le cas en France avant la dernière réforme de la procédure disciplinaire, ou bien être inséré dans les commissions chargées de juger selon le modèle dit de l'«échevinage» (étant entendu qu'on comprend ce terme comme désignant la coexistence des magistrats étatiques et des membres de l'ordre professionnel). Dans cette variante du second modèle, la loi peut prévoir seulement la présidence d'un magistrat comme en France et dans certains *Länder* allemands ; mais elle peut tout aussi bien établir des collèges avec un plus grand nombre de magistrats professionnels.

Ce dernier modèle caractérise presque tous les *Länder*, au moins en ce qui concerne le deuxième degré de juridiction. Cependant, à plus ample et précis examen, il peut être considéré comme une variante du second modèle seulement du point de vue de la dimension déontologique et professionnelle car, en réalité, il semble refléter un modèle d'organisation du pouvoir disciplinaire dans lequel la logique qui caractérise les modèles française et italienne paraît inversée. De fait, en Allemagne les tribunaux professionnels (*Berufsgerichte*) sont des «tribunaux pour

des matières spéciales » prévus par l'article 101 de la Loi fondamentale, établis, dans ce cas spécifique, auprès des tribunaux administratifs ou ordinaires et dans lesquels sont insérés des membres de la profession concernée pour sauvegarder l'autonomie de celle-ci.

Une autre différence entre les pays analysés tient à la position des commissions disciplinaires dans le système judiciaire national.

En France le modèle de l'échevinage est inséré dans la structure interne de l'ordre professionnel. Les commissions disciplinaires, en premier comme en deuxième degré, sont intégrées dans le système de justice administrative et notamment en tant que juridictions administratives spéciales (ou d'attribution).

Le premier degré italien a au contraire nature de procédé administratif et seul le processus devant la CCEPS a nature juridictionnelle. Ce juge spécial est établi auprès du Ministère de la santé et donc, d'un point de vue formel, il n'est pas un collège interne à l'ordre professionnel.

En Allemagne, d'une manière analogue au modèle français, les deux degrés ont une nature juridictionnelle. En ce qui concerne la position des tribunaux professionnels, le système juridique allemand prévoit les deux options évoquées. De fait, alors que le modèle prédominant est caractérisé par des tribunaux professionnels établis auprès des tribunaux administratifs ou ordinaires, dans trois *Länder* les tribunaux professionnels sont organisés auprès de l'ordre (il y a quand même au moins la présidence d'un juriste).

Finalement la France, l'Italie et l'Allemagne montrent des différences quant aux degrés de juridiction. En France et en Italie, il existe trois degrés de juridiction, le pouvoir de cassation revenant au Conseil d'État français et à la Cour de cassation italienne qui exercent ainsi un contrôle de dernier ressort sur la jurisprudence des juridictions ordinaires. En Allemagne, au contraire, il n'y a que deux degrés. Malgré l'institution des tribunaux professionnels auprès des tribunaux étatiques, la justice disciplinaire demeure donc autonome.

Cependant il faut souligner un aspect notable du modèle allemand. Les décisions des tribunaux professionnels affectant les droits fondamentaux des professionnels, il est prévu que le médecin puisse utiliser le *Verfassungsbeschwerde*, à savoir le recours direct au Tribunal constitutionnel fédéral.

Dans tous les cas, le recours à un juge étatique permet un contrôle de l'ordre juridique sur l'application des règles déontologiques. En outre, cela permet aux juridictions étatiques de se prononcer sur certains aspects qui ont trait aux rapports entre droit et déontologie. La jurisprudence de la Cour de cassation italienne au sujet de la nature juridique des règles déontologiques et la « Facharzt-Beschluss » du Tribunal constitutionnel fédéral allemand concernant les compétences normatives de l'ordre professionnel sont deux exemples significatifs de ce rôle des juridictions étatiques sur la dimension déontologique.

4.2 La perspective de la relation médecin-patient

À l'issue de l'analyse de la procédure disciplinaire il paraît important de réfléchir au rôle de la responsabilité déontologique par rapport à la perspective médecin-patient.

On a précédemment souligné l'évolution de la déontologie en ce qui concerne les droits fondamentaux de la personne, sa valeur « externe » et tous les rôles qu'elle peut jouer dans les domaines liés à l'alliance thérapeutique et au choix médical.

Comparée à la portée potentielle de la déontologie sur le plan substantiel, la procédure disciplinaire présente au contraire des lacunes significatives ; elle semble, en toute hypothèse, bien en retrait.

Il faut en effet souligner qu'en France, ce n'est qu'une réforme récente qui a élevé le patient au rang de partie prenante du processus disciplinaire³⁷. Il ne s'agit, en outre, que d'une possibilité très limitée dans la mesure où elle est exclue par rapport aux médecins qui exercent une fonction publique.

En Italie et en Allemagne, en outre, le patient n'a aucune possibilité de devenir partie dans la procédure disciplinaire.

³⁷ Depuis la loi n. 2002-303 du 4 mars 2002 le patient plaignant peut en effet faire appel. Sur la réforme, v. aussi l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et le décret n° 2007-434 du 25 mars 2007 relatif au fonctionnement et à la procédure disciplinaire des conseils de l'ordre des médecins, des chirurgiens-dentistes, des sages-femmes, des pharmaciens, des masseurs-kinésithérapeutes et des pédicures-podologues et modifiant le code de la santé publique (dispositions réglementaires). V. par exemple L. BERTIN, *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, in *Médecine et Droit*, n.89, 2007, pp. 173-181 ; P. BESSIS RUDYARD, *Les procédures disciplinaires à l'encontre des professionnels de santé et des auxiliaires médicaux*, Paris, 2011 ; F. PERRET-RICHARD, *Les contentieux des juridictions disciplinaires des professions de santé*, in P. ANCEL E J. MORET-BAILLY, *Vers un droit commun disciplinaire*, Saint-Étienne, 2007, pp.261-274.

L'analyse comparée de la jurisprudence des juridictions ordinaires a de même montré que l'instrument de la responsabilité professionnelle est plus efficace et utilisé d'une façon plus systématique en ce qui concerne les rapports internes à la catégorie professionnelle et notamment par rapport à la concurrence. Les aspects plus strictement liés à la promotion de l'alliance thérapeutique et à la protection de certains droits fondamentaux du patient paraissent au contraire moins représentés.

Cela découle du fait que le patient a davantage intérêt à recourir aux voies légales dans le domaine civil ou à se porter partie civile dans le processus pénal.

Toutefois, vus les rôles potentiels de la déontologie aussi bien que les conséquences de la « médecine défensive », il serait souhaitable de valoriser de façon plus adéquate la procédure disciplinaire même par rapport au rôle du patient. En outre, rééquilibrer les positions du médecin et du patient même dans la phase d'évaluation de la responsabilité déontologique paraîtrait plus cohérent avec l'ouverture aux droits fondamentaux du patient qui résulte, ou moins sur le plan formel, des articles des codes de déontologie. Finalement un véritable contradictoire entre le médecin et le patient ne peut qu'aider au crédit et à la transparence de la catégorie professionnelle aussi bien qu'à la réalisation de la vérité par rapport à un domaine que, comme on l'a souligné, a une importance aussi « externe », c'est-à-dire sur des exigences d'intérêt public.

5. Les tensions et les incohérences entre les aspects architecturaux et substantiels du rapport entre droit et déontologie

On a déjà évoqué l'absence d'un lien systématique et cohérent entre un modèle d'intégration de la déontologie dans la hiérarchie des normes et son rôle concret sur le plan substantiel. L'analyse peut cependant aller un peu plus loin, jusqu'à souligner des véritables tensions entre les aspects architecturaux et les aspects substantiels du rapport entre le droit et la déontologie.

La France et l'Allemagne, étant caractérisées par le modèle « non-médiat », donc par des rapports entre le droit et la déontologie plus structurés, offrent des exemples plus clairs de ces tensions.

En France, par exemple, on observe sur le plan formel une « juridicisation » de la

dimension déontologique en raison de son intégration et de sa position subordonnée dans la hiérarchie des normes aussi bien qu'en raison de l'intervention du législateur sur l'un des terrains privilégiés de la déontologie, à savoir le rapport médecin-patient.

Pour autant, sur le plan des contenus normatifs concrets du droit et de la déontologie, le rôle de celle-ci dessine un mouvement inverse par rapport à celui qui résulte de l'analyse des aspects architecturaux de son rapport avec le droit.

Cela peut se vérifier, comme on l'a précédemment souligné, par le biais des espaces laissés à la conscience du médecin ou en raison des résistances dans le code de déontologie d'une certaine logique encore liée à des formes de paternalisme et des influences de ces résistances sur le terrain législatif³⁸.

Dans les problématiques du biodroit aussi bien que dans la pratique quotidienne du médecin, la déontologie semble donc échapper de certains aspects de son « juridicisation ». Son rapport avec le droit et notamment avec la loi paraît caractérisé par des espaces de « re-éthicismation » de la dimension juridique qui risquent de sortir de la sécurité juridique à laquelle visent l'intervention ponctuelle du législateur et l'organisation précise des rapports entre la déontologie et les autres sources normatives caractérisant le modèle français. Dans des autres cas, on observe sur le plan substantiel des formes de déontologisation de la loi et notamment de la législation qui touche l'exercice de la profession médicale³⁹. De fait, le législateur semble être influencé par des logiques de la déontologie qui finissent par être intégrées dans les lois, malgré une perception différente de certaines exigences au niveau social à la réalisation desquelles, au contraire, l'accent mis sur le principe démocratique dans l'organisation du rapport entre le droit et la déontologie devrait viser.

Dans ce contexte, une remarque essentielle doit être faite. Alors que l'espace de « re-éthicismation » du droit et les influences de la déontologie sur le législateur sont des mouvements qui caractérisent toutes les expériences analysées, la déontologisation de la loi dans le sens critique dans lequel ce terme a été compris dans le présent ouvrage (c'est-à-dire comme désignant l'influence d'une logique

³⁸ J. MORET-BAILLY, *La déontologie médicale de la résistance à la controffensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale)*, op. cit.

³⁹ Ibid.

déontologique renvoyant à des formes de paternalisme) ne peut que résulter de contextes caractérisés par une correspondance entre les choix « de nature paternaliste » du législateur et les résistances dans les codes de déontologie.

Cependant l'analyse comparée a montré que cette correspondance n'est pas toujours présente, dans le sens où c'est parfois le législateur qui peut montrer des résistances renvoyant à une conception paternaliste du rapport médecin-patient, malgré des normes déontologiques qui semblent plus ouvertes. Le projet de loi italien dit « Calabrò »⁴⁰ sur la fin de vie représente un exemple emblématique de ce type de rapport entre le législateur et la déontologie.

Dans le contexte français, même la procédure collégiale pour la limitation ou l'arrêt des traitements montre des tensions entre le plan formel et les aspects substantiels des rapports entre le législateur et la déontologie. D'un côté, en effet, la norme introduite par la loi Leonetti semble permettre un équilibre intéressant (surtout dans le paysage de droit comparé) entre l'intervention du législateur dans le domaine du biodroit et l'apport de la composante technico-professionnelle. De l'autre côté, toutefois, en raison des modalités concrètes de sa réglementation et application, la procédure collégiale risque de faire ressortir un rôle du médecin et de la déontologie différent de celui qui résulte au niveau formel ou même un rôle contraire aux objectifs de protection de la volonté de la personne situés au cœur de l'intervention législative dans ce domaine et insérés dans les articles du CSP⁴¹. En témoigne la récente affaire Vincent Lambert.

En ce qui concerne l'Allemagne, il faut souligner un aspect qui tient au type de forme emprunté par le code de déontologie. Celui-ci, en tant que *Satzung* est en effet soumis aux limites prévues pour ce type de source par le droit administratif allemand. On songe ici notamment aux limites des « *eigener Angelegenheiten* », à savoir : les affaires propres à la catégorie professionnelle, au dehors desquelles la compétence devrait revenir au législateur. Selon le droit administratif allemand, une *Satzung* ne

⁴⁰ V. <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00607562.pdf>. V. par exemple, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in Forum Costituzionali, 2009: Sur le rôle de la déontologie italienne v. aussi M. BARNI, *Dall'atto medico al testamento biologico, la rivincita della deontologia*, in Riv. it. med. leg., 2009, 31, p. 825-830.

⁴¹ Sur le pouvoir médical dans le domaine de la fin de vie, v. aussi. S. HENNETTE VAUCHEZ, *Droits des patients et pouvoir médical : quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de soi*, Bruxelles, 2009, p. 173-198.

peut pas porter sur questions d'intérêt général.

Dans ce contexte il faut aussi considérer l'arrêt dit « Facharzt-Beschluss »⁴² du Tribunal constitutionnel fédéral allemand, qui a fixé les compétences respectives du législateur et de l'ordre professionnel en précisant la « *Wesentlichkeitstheorie* »⁴³, selon laquelle une *Satzung* ne peut porter sur questions qui affectent de façon essentiel (*wesentlich*) les droits fondamentaux.

Bien que sur le plan formel les codes de déontologie allemands portent seulement sur les devoirs du médecin dans l'exercice de la profession et interviennent sur les domaines prévus par les lois professionnelles et selon les modalités établies par le droit administratif, sur le plan substantiel, il est difficile à soutenir que les contenus des codes n'influent pas sur des intérêts de caractère général et sur des aspects essentiels dans la protection des droits fondamentaux. En témoigne la norme déontologique sur l'assistance au suicide qui a fait un choix moral très précis en allant plus loin que les dispositions formelles de la loi.

Même en Allemagne, le modèle formel des rapports entre le droit et la déontologie est susceptible donc d'être mis en discussion par le rôle que la règle déontologique peut jouer dans certains cas qui on trait au biodroit.

6. La dimension européenne de la déontologie

Après avoir compris les aspects les plus saillants du rapport entre le droit et la déontologie dans les droits nationaux, il paraît intéressant de mettre ces éléments en perspective avec le contexte européen.

Il faut avant tout préciser que le rôle de la déontologie au niveau européen représente un autre exemple dans lequel le plan formel et le plan substantiel se croisent de façon particulière, et où le rôle de la dimension déontologique varie en fonction des règles concernées –selon qu'elles concernent les rapports internes à la catégorie professionnelle ou la protection des droits fondamentaux.

En ce qui concerne les contenus, les questions soulevées par les progrès de la biomédecine sont en effet presque les mêmes dans tous les pays de la tradition

⁴² BVerfGE 33, 125.

⁴³ *wesentlich* signifie essentiel. V. par exemple H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 128.

juridique occidentale. De même, les catégories professionnelles visent à régler des problèmes similaires, à savoir les rapports entre les professionnels, les garanties concernant les qualifications, la formation et les compétences professionnelles, aussi bien que les rapports avec les médecins étrangers. Demeurent, au contraire, différentes les modèles des codes de déontologie, des institutions ordinales et des procédures disciplinaires, les rapports avec l'ordre juridique national et les réponses données par la profession aux questions les plus controversées.

Dans ce contexte il est important d'évoquer l'influence que le biodroit peut avoir sur l'évolution des codes déontologiques en Europe.

A ce sujet, on a déjà souligné l'évolution du noyau des principes éthiques communs et l'extension des contenus des codes de déontologie par rapport aux questions soulevées par le biodroit. Ce phénomène, lié aux caractéristiques de la matière à régler et aux modalités d'interventions de l'État, retient l'attention, d'un point de vue comparé, à un double titre. En premier lieu, une telle exigence a en effet progressivement modifié certains aspects des modèles traditionnels des codes déontologiques en Europe. En second lieu, des domaines d'intervention de la déontologie les plus modernes ressortent les différences les plus significatives entre les codes déontologiques européens. Et cela malgré l'évolution commune du noyau de principes de l'éthique médicale.

Par rapport au premier aspect, le biodroit semble avoir une influence sur les différences traditionnellement observées entre les catégories des codes déontologiques, liées notamment aux deux théories philosophiques prédominantes en ce domaine, à savoir l'éthique déontologique et l'éthique conséquentialiste. L'effet conjugué des progrès scientifiques et des développements culturels ayant influé de manière transversale sur les codes déontologiques européens, le biodroit paraît avoir, d'une certaine manière, bouleversé les contours et les contenus qui caractérisaient les modèles traditionnels des codes de déontologie médicale. Dans certains pays, on observe en effet un processus évolutif commun, presque même une convergence vers un modèle similaire de code déontologique qui soit capable de garantir les deux fonctions traditionnelles de la déontologie (à la fois interne et externe à la catégorie professionnelle) à la lumière des nouvelles exigences.

Les observations qui précèdent peuvent valoir pour les buts, les fonctions et le type

de règles des codes déontologiques ; mais leur portée et leurs contenus concrets, aussi bien que leur valeur juridique, peuvent varier de manière considérable dans certaines matières. De fait, tous les codes de déontologie européens étant liés au système juridique dans lequel la transformation des principes éthiques en règles déontologiques se réalise, sont influencés par les quatre éléments analysés dans la présente thèse. En témoigne, par exemple, la comparaison entre les mouvements étudiés en France, en Italie et en Allemagne au sujet de la fin de vie avec les rapports entre la déontologie et les lois réglant certaines formes d'euthanasie en Suisse, en Belgique, en Luxembourg et dans les Pays-Bas. La variabilité de la combinaison entre ces éléments, étudiée par rapport à la France, l'Allemagne et l'Italie est en effet confirmée aussi au niveau européen.

Puisque la déontologie est étroitement liée à la catégorie professionnelle et au système juridique concerné, les différences entre les codes de déontologie deviennent importantes en premier lieu quand un professionnel exerce son activité dans un contexte caractérisé par une réflexion déontologique différent de celui qui caractérise l'ordre professionnel auquel il appartient.

Au niveau de l'Union Européenne les règles déontologiques ont commencé à être considérées dans le domaine notamment de la prestation de services temporaire et du droit d'établissement.

La jurisprudence constante de la Cour de Justice a souligné que les règles du Traité relatives aux libertés s'appliquent aussi à l'autoréglementation adoptée par un ordre professionnel. De fait, les libertés de circulation s'imposent même «aux réglementations de nature non publique qui visent à régler, de façon collective, le travail indépendant et les prestations de services»⁴⁴. En outre, la Cour a à plusieurs reprises confirmé la légalité des «exigences spécifiques, imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles professionnelles justifiées par l'intérêt général – notamment les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de

⁴⁴ V. par exemple les conclusions de l'Avocat Général M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 31 janvier 2013, dans l'affaire Konstandinides (C-475/11), p. 7, qui cite les décisions suivantes : arrêts du 12 décembre 1974, Walrave et Koch (36/74, Rec. p. 1405, point 17); du 14 juillet 1976, Donà (13/76, Rec. p. 1333, point 17); Bosman, précité, point 82; du 11 avril 2000, Deliège (C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 47); du 6 juin 2000, Angonese (C-281/98, Rec. p. I-4139, point 31); du 19 février 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Rec. p. I-1577, point 120), et du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, dit «Viking Line» (C-438/05, Rec. p. I-10779, point 33).

contrôle et de responsabilité – incombant à toute personne établie sur le territoire de l'État où la prestation est fournie»⁴⁵. Dans ce même arrêt, la Cour a aussi précisé que les règles du Traité, et notamment l'article 56 TFUE portant sur la prestation des services, ne peuvent servir au professionnel pour «se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État»⁴⁶. La Cour a toutefois souligné que l'application des règles professionnelles (y compris donc les règles déontologiques) peut être compatible avec le Traité seulement si elle n'est pas restrictif ou si la restriction est justifiée, c'est-à-dire, par exemple, dans la mesure où il existe un rapport de proportionnalité. Un principe analogue ressort en outre de la jurisprudence au sujet du droit d'établissement⁴⁷.

De la jurisprudence de la Cour de Justice, il résulte donc que les règles déontologiques peuvent entraîner une restriction aux libertés et qu'elles peuvent être justifiées par le biais de l'une des exceptions prévues par les Traités et par la jurisprudence de la Cour.

Il faut en outre considérer la directive du 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, qui intervient tant dans le domaine de la prestation de services que dans celui du droit d'établissement et qui définit aussi le concept de profession réglementée⁴⁸. La directive fait notamment référence aux règles déontologiques dans plusieurs points. Dans le « considérant » n.11, il est par exemple précisé que « le système général n'empêche pas qu'un État membre impose à toute personne exerçant une profession dans cet État membre des exigences spécifiques motivées par l'application des règles professionnelles justifiées par l'intérêt général. Celles-ci concernent, par exemple, l'organisation de la profession, les normes professionnelles, y compris déontologiques, le contrôle et la

⁴⁵ Arrêt du 3 décembre 1974, van Binsbergen, point 12.

⁴⁶ Ibid., point 13.

⁴⁷ V. par exemple l'arrêt du 30 novembre 1995 - Reinhard Gebhard contre Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (C-55/94).

⁴⁸ Art. 3 lettre a): «profession réglementée»: une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées; l'utilisation d'un titre professionnel limitée par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives aux détenteurs d'une qualification professionnelle donnée constitue notamment une modalité d'exercice. Lorsque la première phrase n'est pas d'application, une profession visée au paragraphe 2 est assimilée à une profession réglementée».

responsabilité ». Même par rapport à la définition de l'épreuve d'aptitude, la directive insère, parmi les matières sur lesquelles elle peut porter, « la connaissance de la déontologie applicable aux activités concernées dans l'État membre d'accueil ». En ce qui concerne le principe de libre prestation de services, l'article 5.3 précise que le professionnel qui se déplace est « soumis aux règles de conduite de caractère professionnel, réglementaire ou administratif en rapport direct avec les qualifications professionnelles telles que la définition de la profession, l'usage des titres et les fautes professionnelles graves qui ont un lien direct et spécifique avec la protection et la sécurité des consommateurs, ainsi qu'aux dispositions disciplinaires applicables dans l'État membre d'accueil aux professionnels qui y exercent la même profession ».

Au sujet des fautes professionnelles graves évoquées par la directive, il paraît intéressant de rappeler l'interprétation donnée par l'Avocat Général M. Pedro Cruz Villalón, dans l'affaire Konstandinides de 2013⁴⁹. Il s'agissait d'un renvoi préjudiciel avec lequel le tribunal professionnel du Land Hesse (Allemagne) avait interrogé la Cour de Justice sur la conformité avec le droit de l'Union du régime disciplinaire applicable aux médecins dans le Land concerné, et notamment d'un régime fondé sur des règles déontologiques de l'ordre professionnel allemand appliqué à un médecin établi en Grèce et offrant de façon temporaire des services en Allemagne.

Selon les conclusions de l'Avocat Général, le paragraphe 3 de l'article 5 doit être interprété dans le sens qu'il « contient une seule prescription, adressée aux États membres, autorisant l'assujettissement du prestataire de services à toutes les dispositions (déontologiques et disciplinaires) étroitement liées aux qualifications professionnelles ». Quant au point portant sur les règles relatives aux « fautes professionnelles graves » l'Avocat précise que « cette mention doit être comprise comme une allusion aux situations dans lesquelles un régime disciplinaire ayant pour objet certaines conduites professionnelles implique des sanctions disciplinaires visant la possession ou l'utilisation du titre », c'est-à-dire le retrait ou la suspension du titre.

Comme l'a jugé aussi la Cour dans son arrêt, les règles déontologiques en matière

⁴⁹ <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-475/11>.

de régime tarifaire et de publicité concernées dans cette affaire n'entrent donc pas dans le champ d'application matériel de la directive (et pourtant elles relèvent des règles du TFFUE portant sur les libertés). Toutefois, même de cette interprétation de la directive résulte l'importance de la procédure et des sanctions disciplinaires au niveau européen et, par conséquent, la portée potentielle des différences entre les pays à ce sujet. D'ailleurs, l'Avocat Général a souligné, aussi par rapport aux règles du TFUE, les conséquences que les normes déontologiques formulées en termes ambigus et équivoques peuvent avoir sur les libertés, surtout quand elles sont liées à un régime disciplinaire strict : « Le cumul de ces deux caractéristiques – l'ambiguïté et la sanction – a manifestement pour effet de dissuader les médecins d'autres États membres de réaliser des activités publicitaires, lesquelles peuvent être déterminantes aux fins de leur entrée sur le marché professionnel d'un autre État ». Il a enfin précisé que selon l'article 56 TFUE « une mesure nationale en vertu de laquelle les professionnels de la médecine qui exercent des activités publicitaires sont tenus de respecter des règles déontologiques excessivement ambiguës et s'accompagnant d'un régime de sanctions strict constitue une restriction à la libre prestation de services ».

De l'ensemble de ces éléments il ressort donc, d'une part, le rôle que la déontologie peut avoir au niveau européen et d'autre part, la portée pratique des différences entre les modèles de déontologie et de responsabilité disciplinaire évoquées dans la présente thèse.

Dans ce contexte, il faut en outre souligner le rôle des juridictions ordinaires comme juges du renvoi préjudiciel. Cela est notable à double titre. En premier lieu, par le biais du renvoi préjudiciel, il pourrait se développer un dialogue entre la Cour de justice et la profession. La pluralité des instances et des auteurs qui interviennent dans le domaine de la procédure disciplinaire, soulignée par rapport aux droits nationaux, est donc confirmée aussi au niveau du droit européen. En second lieu, cette fonction des juridictions ordinaires, étant liée à certaines caractéristiques soulignées à plusieurs reprises par la Cour de Justice, fait ressortir une forme ultérieure de la portée potentielle des différences des modèles de déontologie portant sur la structure et le rôle des institutions ordinaires.

Dans le cadre normatif et jurisprudentiel de l'Union Européenne, les règles

déontologiques qui jouent un rôle important sont surtout celles liées aux rapports internes entre les professionnels ainsi qu'entre ceux-ci et l'ordre professionnel d'accueil (et notamment les règles portant sur les qualifications professionnelles, la publicité, les honoraires, la concurrence et le régime disciplinaire).

Et pourtant, sur le plan substantiel, la déontologie médicale joue un rôle aussi par delà ces domaines pour au moins deux raisons. La première est liée à l'évolution des codes en matière de droit fondamentaux et des questions soulevées par la biomédecine. Par exemple, une pratique admise dans l'ordre professionnel d'accueil peut être prohibée dans l'ordre professionnel d'origine auquel, dans le domaine des prestations des services, le médecin demeure soumis, ou vice-versa. La seconde tient à la circulation des patients qui peuvent choisir d'autres pays en raison de la possibilité d'accéder à des pratiques prohibées dans leur pays d'origine ou des droits qui leur sont garantis en matière de soins de santé transfrontaliers⁵⁰. Les différences caractérisant les régulations déontologiques des pays européens sont donc susceptibles de jouer un rôle significatif.

La mobilité européenne offre en effet des nouvelles possibilités, mais elle pose en même temps des nouvelles exigences pour tous les acteurs concernés. C'est pourquoi il paraît nécessaire de réfléchir à des mécanismes de coordination des règles déontologiques et des modèles de déontologie au niveau européen, afin de favoriser la libre circulation des médecins et des patients et d'assurer une protection adéquate des droits (ainsi qu'un exercice approprié de responsabilités) de tous les sujets concernés. Dans cette perspective, la jurisprudence de la Cour de Justice peut jouer un rôle considérable. On peut en outre songer à des standards communs. Par rapport à cela, il faut toutefois souligner qu'une telle intervention impliquerait, au niveau étatique, des formes d'influence directe sur la régulation déontologique qui ne caractérisent pas encore tous les modèles analysés des rapports entre le droit et la déontologie. De même, on peut évoquer une autre voie par laquelle la régulation professionnelle pourrait jouer un rôle significatif, à savoir la nouvelle approche de l'harmonisation qui caractérise certains domaines, notamment techniques, et qui vise à limiter l'harmonisation législative à des exigences essentielles, tout en donnant

⁵⁰ On songe ici, par exemple, à la directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. V. aussi M. BELANGER, *Droit européen général de la santé*, Bordeaux, 2013.

des espaces à des sources normatives différentes⁵¹.

Finalement, il paraît intéressant d'analyser la proposition d'un code de déontologie européen qui a été avancée par des ordres professionnels.

On peut ici rappeler les congrès internationaux et interdisciplinaires sur ce sujet organisés par la Fédération nationale des médecins italiens, à savoir : les « Giornate Europee di Deontologia Medica » sur les thèmes « Codice di deontologia europea : utopia o realtà ? » (en 2005) et « La deontologie medica nella prospettiva della libera circolazione dei pazienti in Europa » (en 2010).

L'hypothèse d'un code de déontologie européen a été, ensuite, récemment reprise par certains ordres professionnels au sein du Conseil Européen des Ordres des Médecins (CEOM).

Dans cette perspective, on peut réfléchir à certains aspects qui on trait à cette proposition quant à ses limites aussi bien qu'aux ses potentialités. Il s'agit, plus précisément, d'évaluer l'hypothèse d'un code déontologique européen par rapport tant à sa faisabilité sur le plan déontologique qu'à sa portée concrète sur le plan juridique. Si d'une part l'analyse du rôle de la déontologie en droit européen a montré l'exigence d'une réflexion commune, d'autre part il faut considérer à la fois les difficultés à rejoindre un consensus sur certains problèmes et la connexion étroite entre la déontologie et la législation des pays concernés.

Le risque peut être d'élaborer un code dans lequel seraient fixés seulement les principes déjà communs aux déontologies européens et donc déjà inclus dans les codes déontologiques ou dans des autres chartes ou documents d'éthique médicale, à savoir la Charte Européenne d'Éthique Médicale du CEOM ou même la Convention d'Oviedo pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine. En même temps ce code européen n'aurait aucune valeur sur le plan juridique.

Malgré l'impossibilité d'uniformiser les aspects architecturaux du rapport entre le droit et la déontologie dans tous les pays européens, sur un plan plus substantiel on peut réfléchir à la valeur « adjointe » potentielle d'un code de déontologie européen par rapport aux autres instruments européens de l'éthique médicale.

⁵¹ Sur la nouvelle approche de l'harmonisation v. par exemple P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU law*, V ed., Oxford, 2008, p. 158. Sur le rôle des acteurs privés, v. E. BROSSET (dir.), *Le droit International et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés?*, Paris, 2009.

En premier lieu, un code de déontologie commun pourrait stimuler la réflexion déontologique dans les ordres médicaux européens en essayant de la faire converger sur certaines questions essentielles. Le code pourrait donc jouer une fonction d'orientation, en prenant pour modèle, par exemple, le congrès fédéral des médecins allemands et du code de déontologie fédéral en Allemagne.

En outre, sur le plan des contenus on peut évaluer deux domaines d'évolution du code déontologique européen. Un premier groupe des normes pourrait porter sur certains aspects suffisamment partagés au niveau européen mais dont la réglementation est encore peu développée au niveau déontologique. On songe ici, par exemple, aux droits des mineurs. Un autre domaine dans lequel une régulation déontologique commune pourrait être utile est celui du traitement des données personnelles. Le code de déontologie européen pourrait en outre promouvoir des positions partagées quant aux droits et aux devoirs d'information, notamment par rapport aux pratiques prohibées dans certains pays mais admis dans d'autres États membres.

Un second groupe des normes pourrait porter sur les aspects plus étroitement liés à la circulation des professionnels, à savoir les honoraires, la publicité, l'exercice de la profession médicale en société etc.

Finalement en ce qui concerne les modalités d'élaboration, afin de jouer une véritable fonction d'orientation de la réflexion déontologique européenne, le code doit résulter d'une procédure partagée, d'une façon analogue, par exemple, aux congrès fédéraux des médecins allemand, et pluridisciplinaire.

7. Un nouveau modèle italien

À l'issue de l'analyse comparée du rôle de la déontologie médicale en France, en Allemagne et en Italie et compte tenu des avantages potentiels aussi bien que des aspects problématiques et des incohérences du modèle italien, on peut ici brosser un tableau des changements nécessaires pour améliorer les rapports entre le droit et la déontologie en Italie.

En ce qui concerne les aspects architecturaux il faudrait au préalable une réforme de la législation professionnelle et notamment une réglementation plus claire de

l'intégration du code de déontologie dans le système des sources du droit par rapport tant au pouvoir normatif de l'ordre professionnel qu'à la forme empruntée par le code lui-même et à sa position dans la hiérarchie des normes. À la lumière des caractéristiques du système juridique italien et des aspects qui résultent des divers modèles d'intégration « non-médiate », il faut toutefois chercher à allier la sécurité juridique et le dualisme entre le droit et la déontologie. La loi professionnelle devrait donc façonner la déontologie en s'inspirant au rapport entre l'encadrement juridique précis et l'autonomie de la dimension déontologique qui caractérise le modèle allemand. La déontologie devrait donc emprunter la forme d'une source du droit spécifique sans toutefois devenir la source d'une autorité étatique. En revanche, il semble utile de prévoir la possibilité d'un avis d'une autorité publique sur le code de déontologie d'une façon analogue au modèle français de l'avis du Conseil d'État.

Par rapport à la procédure disciplinaire, il faudrait changer la composition des commissions disciplinaires en prévoyant la présence de, au moins, un juriste. Bien que la création des tribunaux professionnels externes à l'ordre paraisse être la façon la meilleure pour augmenter la transparence et le crédit de la profession, compte tenu des caractéristiques du système juridictionnel italien et les principes constitutionnels en matière de création de tribunaux, le modèle français de l'échevinage semble être la solution la plus adéquate. Un changement essentiel est en outre lié au rôle du patient. Il faudrait en effet valoriser la procédure disciplinaire en prévoyant au préalable une tentative de conciliation obligatoire et ensuite la possibilité pour le patient de devenir partie de la procédure disciplinaire. Afin d'améliorer la transparence de l'instrument disciplinaire il faut aussi permettre une plus ample publicité des décisions des juridictions ordinaires.

Outre ces deux domaines de réforme, il manque encore quelques éléments essentiels pour façonner un modèle de déontologie plus cohérent et efficace.

Le premier tient aux modalités d'intervention de la loi dans le domaine médical. D'un côté il faut éviter que la législation se caractérise par un retard que l'on pourrait qualifier de « pathologique ». Mais de l'autre côté l'intervention du législateur doit nécessairement conduire à un droit « doux »⁵² visant au dialogue avec les autres sources normatives et notamment celle technico-professionnelle

⁵² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Diritto, giustizia, legge*, Torino, 1992.

plutôt qu'à l'intégration des contenus des celles-ci dans la loi.

Le second élément concerne l'élaboration du code de déontologie. Dans ce contexte la récente réforme du code, malgré des aspects positifs, a montré des éléments qu'il faudrait bien éviter, à savoir : une « juridicisation » des certains aspects de la régulation qui, sans un encadrement clair du point de vue formel des rapports entre le droit et la déontologie, risque de porter atteinte au dualisme sans gagner en sécurité juridique ; un affaiblissement de la sensibilité montrée sur certains points par la version précédente du code ; l'absence d'un résultat unanimement partagé par la catégorie professionnelle (des ordres ont menacer de ne pas appliquer le nouveau code).

Il faudrait en outre augmenter la connaissance interne et surtout externe du code de déontologie en promouvant des instruments adéquats et des formes de publicité plus concrètes du code de déontologie. De même, les commentaires du code de déontologie médicale en France et les débats au sujet du code déontologique sur le journal des médecins allemands sont deux exemples intéressants.

Finalement, en empruntant l'image des états généraux de la bioéthique en France, on pourrait penser à des « états généraux de la déontologie » à l'occasion de la réforme du code de déontologie, en ouvrant le débat au nouveau sociale par le biais d'une consultation online après la rédaction du projet de code et avant la rédaction définitive, comme c'est le cas, par exemple, dans le Royaume-Uni.

L'ensemble des tous ces éléments peut contribuer à façonner un nouveau modèle italien qui permette des rapports plus flexibles, cohérents et efficaces entre la déontologie médicale et le droit et pourrait rendre le code de déontologie un véritable « intermédiaire » entre le droit, la profession et la société.

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES (ASSM) ET FEDERATION DES MEDECINS SUISSES (FMH), *Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique*, 2° éd., Berne, 2013.

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, *Prise de position de l'Académie Suisse des Sciences Médicales concernant les propositions de modifications relatives à l'assistance organisée au suicide dans le Code pénal suisse et le Code pénal militaire* (10 gennaio 2010).

ALFANDARI E., *Suicide assisté et euthanasie*, in *Dalloz*, 2008, n. 23, p. 1600.

ALMERAS P., PEQUIGNOT H., *La déontologie médicale*, Paris, 1996.

ALPA G., *Norme deontologiche e Cassazione*, in *Attualità forensi*, n.1, 2005.

ALT MAES F., *La loi sur la fin de vie devant le droit pénal*, in *JCP*, I, 119, 2006.

ANCEL P. et MORET-BAILLY J. (a cura di), *Vers un droit commun disciplinaire?*, Saint-Etienne, 2007.

ARBEITSGEMEINSCHAFT RECHTSANWÄLTE IM MEDIZINRECHT E.V., *Qualitätsmängel im Arzthaftungsprozess – Brauchen wir ein Patientenrechtegesetz?*, Berlin Heidelberg, 2012.

ARNOLD R., *Questioni giuridiche in merito alla fecondazione artificiale nel diritto tedesco*, in CASONATO C., FROSINI T. E. (a cura di), *La fecondazione assistita nel diritto comparato*, Torino, 2006.

AUBRY H., *Réflexions sur l'évolution récente de la déontologie en droit des affaires*, in *Rassemblement Dalloz*, n°37, 2009, pp. 2504-2507.

AYER A., KIESER U., POLEDNA T., SPRUMONT D., *Medizinalberufegesetz (MedBG), Kommentar/Loi sur les professions médicales universitaires (LPMéd) – Commentaire*, Basel, 2009.

BARBERA G., *Ordini e collegi: le nuove disposizioni in materia di professioni sanitarie*, in *Rivista di diritto delle professioni sanitarie*, 9(2), 2006, pp. 86-89.

BARNI M., *Dall'atto medico al testamento biologico, la rivincita della deontologia*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-5, 2009, pp. 825-830.

BATEMAN S., *Pouvoir normatif et décision médicale*, in BELLIVIER F., NOIVILLE C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, coll. Actes, 2006, Paris, p.131.

BARNI M., *Un codice deontologico di chiara sostanza medico-legale*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2, 2007, pp. 543-550.

BARNI M. (a cura di), *Bioetica, deontologia e diritto per un nuovo codice professionale del medico*, Milano, 1999.

BARTH L., *Das Verbot der „ärztlichen Suizidassistenz“ - eine verfassungsrechtliche Problemorientierung*, Berlin, 2012.

BATTISTI C., ALESSIO G., voce “deontologia” in *Dizionario etimologico italiano*, Firenze, 1951.

BELANGER M., *Droit européen général de la santé*, Bordeaux, 2013.

BELLIVIER F., *Bioéthique. Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, n°4, October/Décembre 2004, pp. 737-795.

BELLIVIER F., NOIVILLE C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, coll. Actes, 2006, Paris.

BENCIOLINI P., *La deontologia dai galatei ai codici deontologici*, in Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010, pp.260-287.

BENTHAM J., *Deontology*, a cura di S. Cremaschi, Firenze, 2000.

BERGOIGNAN ESPER C., *Les états généraux de la bioéthique, un tournant dans la réflexion*, in *Recueil Dalloz*, n. 27, 2009, p. 1837.

BERNARD-DOUCHEZ M.H., *La déontologie médicale*, in NEIRINCK C. (a cura di), *De la bioéthique au bio-droit*, Paris, 1998, p.99.

BERTIN L., *Réforme de l'Ordre de Médecins. Mise en place de la nouvelle juridiction disciplinaire*, in *Médecine et Droit*, n.89, 2007, pp. 173-181.

Berufsordnung für die Ärzte Bayerns, in *Bayerisches Ärzteblatt Spezial*,1, 2012.

BESSIS RUDYARD P., *Les procédures disciplinaires à l'encontre des professionnels de santé et des auxiliaires médicaux*, Paris, 2011.

BIANCO A., *Per un nuovo professionalismo medico fondato sull'alleanza terapeutica*, in Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010, pp. 5-11.

BIN R., BRUNELLI G., GUAZZAROTTI A., PUGIOTTO A., VERONESI P., *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Torino, 2008.

BINET J-R, *La réforme de la loi bioéthique: Commentaire et analyse de la loi du 7 juillet 2011*, Paris, 2012.

BINET J-R, *Droit médicale*, coll. « Cours », Paris, 2010.

BINET J-R., *Le nouveau droit de la bioéthique. Commentaire et analyse de la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*, coll. « Carré Droit », Paris, 2005.

BOUSSARD S., HENNETTE-VAUCHEZ S., *Les rapports entre droit et déontologie. Le point de vue du Conseil national de l'ordre des médecins*, in HENNETTE-VAUCHEZ S (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août*, Paris, 2006, p. 93.

BROSSET E. (a cura di), *Le droit International et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés?*, Paris, 2009.

BRUCHHAUSEN W., HOFER H.-G., *Ärztliches Ethos im Kontext. Historische, phänomenologische und didaktische Analysen*, Bonn, 2010.

BRUSCO C., *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (23 settembre 2013).

BUNDESÄRZTEKAMMER, *Empfehlungen der Bundesärztekammer und der Zentralen Ethikkommission bei der Bundesärztekammer „Umgang mit Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung in der ärztlichen Praxis“*, in *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 110, 33–34, 19. August 2013, pp. A1580.

BUNDESÄRZTEKAMMER, *Beschlussprotokoll des 114. Deutschen Ärztetages in Kiel 2011*, Berlin, 2011.

BUNDESÄRZTEKAMMER, *Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung*, in *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 108,7, 8. Februar 2011, p. A346.

BUTTERS S., *Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, in *Ärzteblatt Thüringen*, 3, 24, 2013, p. 167 e ss.

BYK C. (a cura di), *Bioéthique: législation, jurisprudence et avis des instances d'éthique*, in *JPC*, n°21, Doctrine Chronique, I 139, 2005, p.953.

CABROL V., *La codification de la déontologie médicale*, in *Revue générale de droit médical*, 16, 2005, pp. 103-123.

CAMASSA E., CASONATO C., *La procreazione medicalmente assistita: ombre e luci*, Trento, 2005.

CANESTRARI S., *Bioetica e diritto penale*, Torino, 2012.

CARICATI A., *Deontologia UE: una realtà da raggiungere*, pubblicato sul sito della FNOMCeO (2005).

CASONATO C., *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle life sciences*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, pp. 179-208.

CASONATO C., *Introduzione al biodiritto* III ed., Torino, 2012.

CASONATO C., *Informed Consent and End-of-Life Decisions: Notes of Comparative Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, 2011, pp. 225-256.

CASONATO C., *Lo schema di testo unificato "Calabro" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Quaderni Costituzionali* (Forum on-line, febbraio 2009).

CASONATO C., *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, 3, pp.545-576.

CASONATO C., *Riflessioni sul fine vita. La tutela multilivello dell'autodeterminazione individuale*, in www.biodiritto.org.

CASONATO C. (a cura di), *Life, technology and law: second Forum for transnational and comparative legal dialogue: Levico Terme, Italy, June 9-10, 2006: proceedings*, Padova, 2007.

CASONATO C., *Diritto, diritti ed eugenetica*, in *Humanitas*, 4, 2004, pp. 841-856.

CASONATO C e CEMBRANI F., *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, in LENTI L., PALERMO FABRIS E., ZATTI P. (dir.) *Trattato di biodiritto – I diritti in medicina*, Milano, 2011, p. 39-111.

CASONATO C., FROSINI T. E., GROPPI T., *Introduzione: l'atipicità del panorama italiano in tema di biodiritto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n.4, 2007, pp. 1650-1652.

CASONATO C., PICIOCCHI C. (a cura di), *Biodiritto in dialogo*, Padova, 2006.

CASSESE S., *I codici di condotta*, in *Documenti Giustizia*, n. 7-8, 1994, p.1372.

CATTORINI P., *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 6, 2008, p. 1205.

CAVAGNOLI S., IORIATTI E. (a cura di), *Tradurre il diritto. Nozioni di diritto e di linguistica giuridica*, Padova, 2009.

CELOTTO A., *Legge sulla procreazione medicalmente assistita: quanti dubbi di costituzionalità!*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>

CEMBRANI F., *Il Codice di deontologia medica: i rapporti tra l'auto-regolamentazione della professione ed il diritto*, Trento, 2007.

CEMBRANI F., *Ancora in tema di informazione e di consenso all'atto medico: da autorizzazione formale a cultura della condivisione*, in *Ragiusan*, 2004; pp. 245-246.

CERRINA FERONI G., FROSINI T. E., TORRE A. (a cura di), *Codice delle Costituzioni. Volume I - Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Spagna, Svizzera, Usa e Weimar*, Torino, 2009.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, XII. ed., Paris, 2006.

CNOM, *Commentaires du code de déontologie médicale*, 2014.

COLLEGE MEDICAL (LUXEMBOURG), *Avis du collège médical concernant la proposition de loi sur le droit de mourir en dignité*, <http://www.collegemedical.lu/>.

COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE (CCNE), *Avis n.63 sur fin de vie, arrêt de vie, euthanasie*, 27 gennaio 2000.

CONSEIL NATIONAL DE L'ORDRE DES MEDECINS (BELGIQUE), *Avis du Conseil national de l'ordre des médecins relatif à l'implication médicale dans le cadre de la vie finissante – Euthanasie*, in *Bulletin du Conseil national (BCN)*, 87, 2000, p. 8.

COMPORI G. D., *La deontologia medica nelle prospettive della pluralità degli ordinamenti giuridici (Nota a Cass. sez. III civ. 30 luglio 2001, n. 10389)*, in *Riv. it. med. Leg.*, 3, 2002, pp. 855-865.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Commentaire de la décision n. 99-421 DC du 16 novembre 1999*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.8, 1999.

COSTANZE J., *Medizinrecht*, Stuttgart, 2012.

CRAIG P., DE BURCA G., *EU law*, V ed., Oxford, 2008.

CROZE H., *Euthanasie et devoir de vivre*, in *JCP*, 2008, n.18-19, 3-4.

D'ALOIA A., *Oltre la malattia: metamorfosi del diritto alla salute*, in *BioLaw Journal*, 1, 2014, p. 87.

D'ALOIA A. (a cura di), *Il diritto alla fine della vita*, Napoli, 2012.

D'AIOLA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005.

DANOVI R., *Corso di ordinamento forense e deontologia*, VIII ed., Milano, 2008.

DANOVI R., *Il procedimento disciplinare nella professione di avvocato*, Milano, 2004.

DANOVI R., *Dalle regole alla codificazione. Commentario del codice di deontologia forense*, II ed., Milano, 2004.

DANOVI R., *Deontologia e Giustizia*, Milano, 2003.

DANOVI R., *Regole deontologiche e canoni complementari: un sistema efficace per la difesa della professione (Nota a Cass. sez. un. civ. 6 giugno 2002, n. 8225)*, in *Rassegna forense*, 1, 2003, pp. 133-134.

DANOVI R., *Codici deontologici*, Milano, 2000.

DEBOST C., *Mise en lumière d'une réforme silencieuse du Code de déontologie médicale*, in *Revue Droit & Santé*, n.48, 2013, pp. 506-507.

DEBOST C., GIRAUDEAU N., VERON P., VAILLA F., *La réforme du Code de déontologie médicale*, in *Revue Droit & Santé*, n.48, 2013, pp.507-510.

DE LAMBERTERIE I., VERGES E. (a cura di), *Quel droit pour la recherche?*, coll. Colloques et débats, Paris, 2006.

DIETER H., SEIFERT K.H, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, 2007.

DIEDRICH K.; FELBERBAUM R., GRIESINGER G., HEPP H., KREß H, RIEDE U., *Reproduktionsmedizin im internationalen Vergleich. Wissenschaftlicher Sachstand, medizinische Versorgung und gesetzlicher Regelungsbedarf*, Frankfurt, 2008.

DOPPELFELD E., *Mögliche neue Tätigkeitsfelder für Ethik-Kommissionen*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech*, 26, 2008, pp. 645–650.

DUBOUIS L., *Démocratie sanitaire et droits de la personne malade*, in CHEROT J-Y et a., *Mouvement du droit public : du droits administratif au droit constitutionnel*,

du droit français aux autres : mélanges en l'honneur de Franck Moderne, 2004, pp. 127-143.

DOUCHEZ M.-H., *La déontologie médicale*, in *Déontologie et Droit*, Toulouse, 1994.

ELSTER T., *Ärztliche Leitlinien in der vertraglichen Arzthaftung. Eine Untersuchung materiell-rechtlicher und prozessualer Aspekte unter besonderer Berücksichtigung des medizinischen Standards*, Frankfurt am Main, 2012.

ERDOGAN-GRIESE B., *Neues Patientenrechtgesetz führt zu kontroverser Expertendebatte*, in *Rheinisches Ärzteblatt*, 1/2013, p. 12.

DOMENIGHETTI G., GRILLI R., MAGGI JR., *Does provision of an evidence based information change public willingness to accept screening test?*, in *Health Expectations*, 3, 2000, 145-150

DOMENIGHETTI G., *Comunicazione sanitaria e responsabilità*, in *Punto Omega*, Provincia Autonoma di Trento, n. 24, 2008, 144;

FEUILLET-LE MINTIER B. (a cura di), *De l'éthique au droit en passant par la régulation professionnelle*, in *Mission de recherche « Droit et justice »: MIRE*, CRJO Rennes, 1999.

FIORI A., *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, pp. 381-389.

FLICK G. M., *La salute nella Costituzione italiana*, in *Federazione Nazionale Ordini Medici Chirurghi e Odontoiatri* (a cura di), *Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010, pp. 12-35.

FNOMCeO, *La Professione. Medicina, scienza, etica e società*, n. 1, 2012.

FNOMCeO, *Centenario dell'istituzione degli Ordini dei Medici. Cento anni di professione al servizio del Paese*, Roma, 2010.

FRANKE R., *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte. Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts und des Patientenschutzes*, Stuttgart, 1994.

FURKEL F., *Réflexions sur la normativité et biomédecine en République Fédérale d'Allemagne*, in FEUILLET-LE MINTIER B. (a cura di), *Normativité et biomédecine*, Paris, 2003.

GALLO M., voce “colpa penale”, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Milano, 1960, pp.624-643.

GARCIA-RETAMERO R., GALESIC M.(EDS.), *Transparent Communication of Health Risks: Overcoming Cultural Differences*, New York, 2013.

GINON A.S., LECLERC O., SACHS T., VACARIE I., *Une médecine « responsable»*, in *Droit, sciences et techniques : quelles responsabilités ?*, Paris, 2011, p. 509-522.

GLORION B., *L'Ordre des médecins quels pouvoirs?*, in *Revue Pouvoirs*, numéro spécial *Les pouvoir médical*, n°89, avril, 1999, p.135.

GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P., *Traité de droit administratif*, Paris, 2011.

Grande Enciclopedia De Agostini, voce “deontologia”, 2000.

GRECO G., MORROCCHESI G., *Il potere disciplinare dell'Ordine professionale*, Torino, 2006

GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.

GROSSI P., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in CAPPELLINI P., SORDI B. (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano, 2000.

GUILLOD O., *Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie : regard de droit comparé*, in *Jusletter*, 2011, pp. 121-136.

HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Torino, 2002.

HANDY S., *Patientenrechtgesetz – ein kurzer Überblick*, in *Ärzteblatt Mecklenburg-Vorpommern*, 4, 23, 2013, p.130.

HEBERER J., *Das ärztliche Berufs-und Standesrecht*, Landsberg/Lech, 2001.

HEFEN F., *Staatsrecht. II Grundrechte*, 3.Auflage, München, 2011.

HENNETTE-VAUCHEZ S., *Droits des patients et pouvoir médical. Quel paradigme dominant dans la juridicisation de la fin de vie?*, in J.-M. LARRALDE, (dir.), *La libre disposition de soi*, Bruxelles, 2009, pp. 173-197.

HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Bioéthique, biodroit, biopolitique. Réflexions à l'occasion du vote de la loi du 4 août*, Paris, 2006.

HENNETTE-VAUCHEZ S., *Bioéthique et Constitution*, in MATHIEU B. (dir.), *Cinquantenaire de la Constitution de la Vème République*, Paris, 2008, pp. 505-517.

HEPP H., DIEDRICH K., *Richtlinien der Bundesärztekammer zur Reproduktionsmedizin. Berufsrechtlicher Rahmen*, in *Gynäkologe*, 42, 2009, pp.508–515.

HEPP H., DIEDRICH K., *Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion des Wissenschaftlichen Beirates der Bundesärztekammer – klinische, ethische und rechtliche Aspekte*, in FELBERBAUM R.E, BÜHLER K., VAN DER VEN H., *Das Deutsche IVF - Register 1996 - 2006: 10 Jahre Reproduktionsmedizin in Deutschland*, Heidelberg, 2007, pp. 21-32.

HILLER A., *Verbindlichkeit und Verfassungsmäßigkeit der Richtlinien für Ärzte und Krankenkassen*, Baden-Baden, 1989.

IADECOLA G., *Le norme della deontologia medica: rilevanza giuridica ed autonomia di disciplina*, in *Riv. it. med. leg.*, 2, 2007, pp. 551-562.

IORIATTI E., *Interpretazione comparante e multilinguismo europeo*, Padova, 2013.

JARASS H. D., PIEROTH B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 11. Auflage, München, 2011.

JAUNAIT A., *Comment pense l'institution médicale ? : Une analyse des codes français de déontologie médicale*, Paris, 2005.

JEFFERS J., *Dead or Alive?: The Fate of Natural Law in Irish Constitutional Jurisprudence*, in *The Galway Student Law Review*, NUI Galway, 2, 2003, pp. 2-16.

KAATSCH H. J., ROSENAU H., THEOBALD W., *Medizinethik*, Berlin, 2008.

KELLY J.M., *The Irish Constitution (4th ed. Gerard W. Hogan and Gerry Whyte)*, Dublin, 2003.

KENTENICH H., PIETZNER K., *Qualitätssicherung in der assistierten Reproduktion auf der Grundlage einer qualifizierten Beratung*, in *Gynäkologische Endokrinologie*, 5, 2007, pp.187–192.

KOCH H. G., *Medizinrecht: Ersatz oder Pendant medizinischer Ethik*, in *Ethik in der Medizin*, 1994.

KUHSE H., SINGER P. *What is Bioethics? A Historical Introduction*, in ID, *A Companion to Bioethics*, Oxford, 1998.

LANGE B., *Die Auswirkung untergesetzlicher Normsetzung auf das Vertragsarztrecht*, Berlin, 2005.

LAUDE A. (a cura di), *Consentement et santé*, Paris, 2014.

LAUDE A., *Le code de déontologie médicale enfin modifié!*, in *Recueil Dalloz*, 2012.

LAUDE A., MATHIEU B., TABUTEAU D., *Droit de la santé*, coll.Thémis Droit, Paris, 2012.

LENOIR N., *Biotechnology, Bioethics and Law: Europe's 21st Century Challenge*, in *Modern Law Review*, 2006, p. 1.

LENOIR N., MATHIEU B., *Les normes internationales de la bioéthique*, Paris, 2004.

LEFEBVRE J., *Déontologie des professions médicales et de santé*, Bordeaux, 2007.

LEONE S., PRIVITERA S. (a cura di), *Dizionario di Bioetica*, Ed. ISB, 1994.

LEWIS B., *Liberal Democracy, Natural Law and Jurisprudence: Thomistic Notes on an Irish Debate*, in *Reassessing The Liberal State: Reading Maritain's "Man And The State"*, Washington., 2001.

LIPPERT H.-D., *Recht und Ethik in der Medizin*, in BRINKMANN B., MADEA B. (a cura di), *Handbuch Gerichtliche Medizin*, Berlin-Heidelberg, 2003.

MAIORCA C., voce "colpa civile" (teoria generale), in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Milano, pp. 536-613,611.

MARINO I., *Credere e curare*, Torino, 2005.

MARINO I., *Nelle tue mani. Medicina, fede, etica e diritti*, Torino, 2009.

MASI G., COSI G., voce "deontologia", in *Enciclopedia Filosofica*, Milano, 2006, III vol., p.2684 e ss.

MATHIEU B., *La position du Conseil d'État sur la révision des lois de bioéthique. A propos de l'étude du 9 avril 2009*, in *JPC*, n.20, 251, 13 mai 2009, p.3.

MATHIEU B., *La bioéthique*, Paris, 2009.

MATTARELLA B. G., *Le regole dell'onestà, Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2008.

MAZZONI C.M. (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998.

MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Auflage, München, 2011.

MEMETEAU G., *Cours de droit médical*, IV éd., Paris, 2011.

MEMETEAU G., *Droit médicale et déontologie: suggestions prudentes en faveur d'un rapprochement*, in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, 1992.

MERZ E., v. LOEWENICHV., *Muster-Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Novelle 2006*, in *Ethik in der Medizin*, 20, 2008, pp. 60-61.

MICHL S., POTTHAST T., WIESING U., *Pluralität in der Medizin. Werte-Methoden-Theorien*, Freiburg-München, 2008.

MONNIER S., *Les comites d'éthique et le droit. Éléments d'analyse sur le système normatif de la bioéthique*, Paris, 2005.

MOQUET-ANGER M.-L., *Déontologie médicale, droit ou auto-régulation avec contrôle juridictionnel?*, in FEUILLET-LE MINTIER B. (a cura di), *Normativité et biomedicine*, Paris, 2003.

MORET-BAILLY J., *La déontologie médicale de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale)*, in *Rev. dir. sanit. et soc.*, 6, 2012, pp. 1074-1083.

MORET-BAILLY J., *Le code français de déontologie médicale : commentaire critique*, in *Revista de Direito Sanitário*, 2012, pp.157-186.

MORET-BAILLY J., *Qu'est-ce que la déontologie?*, in BEIGNIER B., BLANCHARD B., VILLACEQUE J., *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, 2ème édition, Paris, 2007, pp. 49-77.

MORET-BAILLY J., *Les évolutions récentes des règles d'exercice des professions de santé*, in *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2, 2005, pp. 593-602.

MORET-BAILLY J., *Les conflits d'intérêts des experts consultés par l'administration dans le domaine sanitaire*, in *Rev. dr. sanit. et soc.*, 2004, pp. 855-871.

MORET-BAILLY J., *Discipline*, in CADIET L. (a cura di), *Dictionnaire de la justice*, Paris, 2004, pp. 332-337.

MORET-BAILLY J., *Les institutions disciplinaires, Mission de recherche droit et justice*, coll. Arrêt sur recherches, 2003.

MORET- BAILLY J., *Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002*, in *Rev. dr. sanit. et soc.*, 4, 2003, pp. 581-589.

MORET-BAILLY J., *Règles déontologiques et fautes civiles*, in *Dalloz*, chron., 2002, pp. 2820-2825.

MORET-BAILLY J., (a cura di); *L'accès à la justice disciplinaire*, Saint Etienne, 2002.

MORET-BAILLY J., *Les déontologies*, Aix-en-Provence, 2001.

MORET-BAILLY J., *La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies*, in *Droits*, n°32, 2000, pp. 171-182.

MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008.

MOYNIHAN R., CASSELS A., *Farmaci che ammalano e case farmaceutiche che ci trasformano in pazienti* (ed. it), Bologna, 2005.

MÜLLER-GÖTZMANN C., *Artifizielle Reproduktion Und Gleichgeschlechtlich Elternschaft*, Berlin, 2009.

(Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, in *Deutsche Ärzteblatt*, Jg. 103, Heft 20, 19.Mai 2006, p. 1392.

NEIRINCK C. (a cura di), *De la bioéthique au bio-droit*, Droit et Societé, Paris, 1994.

NOGLER L. (a cura di), *Le attività autonome. Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, vol. VI, Torino, 2006.

PAGNI A., *Verso un Codice europeo di deontologia medica*, pubblicato sul sito della FNOMCeO (2005).

PALAZZANI L., *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002.

PATRONI GRIFFI A., *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in CHIEFFI L. (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, 2000, p. 248.

PATUZZO S., TAGLIARO F., *Il processo di revisione per il nuovo codice di deontologia medica. passaggi critici e punti di forza delle bozze in discussione*, in *Riv. it. med. leg.*, 1, 2014, pp. 333-338.

PATUZZO S., *Il primo Codice di deontologia medica italiano. Nuove ricerche*, in *Professione & Clinical Governance. La cultura della salute fra etica, economia e diritto*, n. 2, 2012.

PATUZZO S., BORTOLOTTI F., TAGLIARO F., *The foundations of Italian medical deontology following the finding of the professional codes of the medical chamber of Istria (1897) and of the medical chamber of Trento (1900)*, in *Riv.it. med. leg.*, 4, 2013, pp. 2026-2031.

PEDROT P., CADEAU E., LE COZ P., *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, Ellipses, coll. Dictionnaire de droit, 2006.

PEINE F.-J., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10. Auflage, Heidelberg, 2011.

PENASA S., *Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation within the European Union*, in *Medical Law International*, 12 (3-4), 2013, pp. 300-327 (published online 5 May 2013).

PENASA S., *The Italian Law on assisted reproductive technologies n. 40 of 2004 facing the European Court of Human Rights: the case of Costa and Pavan v. Italy*, in *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, n. 37, 2012, pp. 155-178.

PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (16 giugno 2014).

PERFETTI U., *Corso di deontologia forense*, Padova, 2008.

PERFETTI U., *Codice deontologico forense e natura delle norme deontologiche in Rassegna forense*, 2, 2006, pp. 931-960.

PERFETTI U., *La responsabilità deontologica*, in *Rassegna forense*, 2, 2006, pp. 961-983.

PESTALOZZA C., *Das Recht auf Gesundheit. Verfassungsrechtliche Dimensionen*, in *Bundesgesundheitsblatt - Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz*, 2007, 50, 9, pp 1113-1118.

Piccola Treccani, Roma, 1995, voce “deontologia”.

PICIOCCHI C., *La dignità come rappresentazione giuridica della condizione umana*, Padova, 2013.

PICIOCCHI C., *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006.

PIZZORUSSO A., in *Il “codice etico” dei magistrati italiani*, in ASCHETTINO L., BIFULCO D., EPINEUSE H., SABATO R. (a cura di), *Deontologia giudiziaria, Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006 p. 62.

POIRE S., *Le médecin, maillon du système de «gouvernement de la santé»*, in BELLIVIER F., NOIVILLE C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin*, coll. Actes, Paris, 2006.

POZZO B., *L'interpretazione della Corte del Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in IORIATTI E. (a cura di), *Interpretazione e traduzione del diritto*, Padova, 2008.

POZZO B., TIMOTEO M. (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008.

PRADEL J., *La Parque assistée par le Droit. Apports de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie*, in *Dalloz*, 31, 2005, pp. 2106-2113.

QUADRI E., *Codice di deontologia medica*, in ALPA G., ZATTI P., *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006.

QUADRI E., *Il codice deontologico medico ed i rapporti tra etica e diritto*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4-5, 2002, pp. 925-948.

RADE C., MAURY F., ILLIN A., *Le rôle des règles déontologiques dans l'encadrement normatif de la recherche biomédicale*, in DUPRAT J.-P. (a cura di), *Jeux de normes dans la recherche biomédicale*, Paris, 2002, pp. 43-62.

RAIMONDI F., RAIMONDI L., *Il procedimento disciplinare nelle professioni sanitarie: potere disciplinare, procedimento sanzioni*, Milano, 2006.

RATZEL R., *Zivilrechtliche Konsequenzen von Verstößen gegen die ärztliche Berufsordnung*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech*, 10, 2002, 492-496.

RATZEL R., LIPPERT H. D., *Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO)*, Fünfte Auflage, Berlin-Heidelberg, 2010.

RATZEL R., LUXEMBURGER B., *Handbuch Medizinrecht*, Bonn, 2011

REICH W.T. (chief ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, New York, 1995.

RIES H.-P. et al., *Arztrecht*, Berlin Heidelberg, 2012.

RIVIERO J., WALINE J., *Droit administratif*, Paris, 2006.

RODOTÁ S., *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

ROTTSCHÄFER, T., *Patientenrechtgesetz lässt viele Chancen ungenutzt*, in *Schleswig-Holsteinisches Ärzteblatt*, 12/2012, p. 35.

- SACCO R., *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.
- SACHS M., *Grundgesetz Kommentar*, München, 2011.
- SANTOSUOSSO A., *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001.
- SANTOSUOSSO A., GENNARI G. (eds), *Bioethical Matters and the Courts: Do Judges Make Law?*, in *Politeia*, n. 65/2002.
- SARTEA C., *L'emergenza deontologica. Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2009.
- SCHEFOLD D., *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in CECCHERINI E. (a cura di), *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, p.113.
- SCHMIDT R., *Allgemeines Verwaltungsrecht: Grundlagen des Verwaltungsverfahrens; Staatshaftungsrecht*, 11. Auflage, Grasberg, 2007.
- SCHMITZ-LUHN B., *Kölner Medizinrechtstag: „Das Patientenrechtegesetz“*, in *Hessisches Ärzteblatt*, 2/2013, p.119.
- SCHRÖTER J., *Die Strafbarkeit des Arztes bei der Offenbarung genetischer Daten an Angehörige eines Patienten*, Frankfurt am Main, 2011.
- SCHUSTER A., *Genetica e procreazione selettiva nel diritto comparato* CASONATO C., PICIOCCHI C., VERONESI P. (a cura di), *Forum Biodiritto 2009, I dati genetici nel biodiritto*, Milano, 2011.
- SICKOR J.A., *Normenhierarchie im Arztrecht*, Berlin – Heidelberg, 2005.
- SIMONETTI H., *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Napoli, 2009.
- SMITH G.P., *Bioethics and the Law: Medical, Socio-Legal and Philosophical Directions for a Brave New World*, Lanham, 1993.
- SMITH R., *In search of non disease*, in *BMJ*, 324, 2002, pp. 883-885.
- SPRUMONT D., RODUIT G., *Le corps médical suisse face au droit : l'attitude de la Fédération des médecins suisses et de l'Académie suisse des sciences médicales*, in *Revue générale de droit médical*, 2008, pp. 401 -429.

SOCIETÀ ITALIANA DI MEDICINA LEGALE E DELLE ASSICURAZIONI, *Il documento di Erice sui rapporti della bioetica e della deontologia medica con la medicina legale, 53rd Course «New trends in forensic haematology and genetics. Bioethical problems»*, Erice 18-21 febbraio 1991, in *Medicina e Morale*, 4, 1991, pp. 561-567.

SODAN H., J. ZIEKOW, *Grundkurs öffentliches Recht. Staats- und Verwaltungsrecht*, München, 2012.

STRABBURGER J., *Die Inkorporation der Deklaration von Helsinki in das ärztliche Berufs- und Standesrecht. Verfassungsrechtliche Aspekte.*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech*, 8, 2006, pp. 462-471.

TABUTEAU D., *Pouvoirs publics et professions de santé*, in *Les Tribunes de la santé (Sève)*, n° 26, printemps 2010, p. 103.

TAUPITZ J., *Die Standesordnungen Der Freien Berufe: Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung Im Rechtssystem*, Berlin, 1991.

TENORE V., *Deontologia e nuovo procedimento disciplinare nelle libere professioni*, Milano, 2012.

TERRIER E., *Déontologie médicale et droit*, Bordeaux, 2003.

THEUNER K., *Die ärztliche Schweigepflicht im Strafrecht: Eine Untersuchung der Interdependenzen zwischen materiellem und formellem Geheimnisschutzstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Bezüge zu Standesethik und Standesrecht*, Frankfurt am Main, 2009.

TONIATTI R., *Le droit traduit et comparé*, in *Traduire les savoirs*, Berne, 2011.

TONIATTI R., *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsabilità. Una prospettiva teorica*, in ASCHETTINO L, BIFULCO D., ÉPINEUSE H., SABATO R., *Deontologia Giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, Napoli, 2006.

THORN P., WISCHMANN T, *Eine kritische Würdigung der Novellierung der (Muster)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion der Bundesärztekammer 2006*; in *Ethik in der Medizin*, 20, 2008, pp. 61-63.

UHL M., *Richtlinien der Bundesärztekammer. Ein verfassungsrechtlicher Beitrag zur exekutiven Rechtsnormsetzung*, in *Schriftenreihe Medizinrecht in Forschung und Praxis*, Hamburg, 2008.

VACARIE I., *Raison statistique et catégories du droit de la santé*, in corso di pubblicazione.

VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della persona*, Milano, 2007.

VESTING J.-W., *Die Verbindlichkeit von Richtlinien und Empfehlungen der Ärztekammern nach der Musterberufsordnung 1997*, in *MedR Schriftenreihe Medizinrech*, 4, 1998.

VISCONTI J. (a cura di), *Lingua e diritto: livelli di analisi*, Milano, 2010.

VON MANGOLDT H., KLEIN F., STARCK C., *Kommentar zum Grundgesetz: GG. Band 1: Präambel, Art. 1-19*, München, 2010.

VOLLMANN J., SCHILDMANN J., SIMON A. (a cura di), *Klinische Ethik. Aktuelle Entwicklung in Theorie und Praxis*, Frankfurt-New York, 2009.

WALINE L., *droit administratif*, 23e éd., Paris, 2010.

WENZEL F., *Der Arzthaftungsprozess. Medizinschaden. Fehler-Folgen-Verfahren*, Köln, 2012.

WOLOSHIN S., SCHWARTZ L. M., *How a charity oversells mammography*, in *BMJ* 2012; 345: e5132.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Diritto, giustizia, legge*, Torino, 1992.

ZATTI P., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009.

ZATTI P., *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, p. 43.

ZIMMERMANN R., *Reproduktionsmedizin und Gesetzgebung*, Berlin, 2011.