

Ao6

Fabio Cembrani

Le nuove sfide del *care*

Medicina legale, deontologia
ed etica per le professioni sanitarie

Seconda edizione





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Sotto le mura, 54
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1170-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: gennaio 2017
II edizione: febbraio 2018

Indice

- 7 *Prologo*
- 9 **Capitolo I**
La dignità umana
- 1.1. Introduzione, 9 – 1.2. La duplice dimensione costitutiva della dignità umana, 10 – 1.3. La dignità umana nei codici deontologici, 13 – 1.4. La dignità ed il suo riconoscimento costituzionale, 23 – 1.5. Sull'esigenza di dare un volto alla dignità umana nella relazione di cura, 29 – 1.5.1. *La dignità ed il diritto della persona di essere informata e di conoscere la verità*, 36 – 1.5.2. *La dignità nella persona affetta da demenza*, 41 – 1.5.3. *La dignità nel fine della vita*, 51 – 1.5.4. *La dignità nella contenzione*, 69 – 1.6. Conclusioni, 76.
- 79 **Capitolo II**
L'autonomia della persona nel campo della salute e nella scelta di cura
- 2.1. Introduzione, 79 – 2.2. L'autonomia della persona dei codici di deontologia professionale, 84 – 2.3. Gli ondivaghi orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità sull'autonomia decisionale della persona umana, 87 – 2.4. Su una dubbia modalità di espressione del consenso: il consenso presunto, 91 – 2.5. Sulla liceità del prelievo ematico per la determinazione dell'alcoemia effettuato senza o contro il consenso della persona, 101 – 2.6. Il consenso informato ed il travisamento dell'autenticità del suo senso, 109 – 2.7. Alcune brevi considerazioni finali, 118.
- 121 **Capitolo III**
L'obbligo di conservare il segreto, la riservatezza e la tutela dei dati sensibili
- 3.1. Introduzione, 121 – 3.2. Il segreto e la riservatezza nei codici di deontologia professionale, 122 – 3.3. Il segreto professionale ed il segreto d'ufficio, 126 – 3.4. Ancora sul dovere del professionista della salute di collaborare con l'autorità giudiziaria, 137 – 3.5. I delitti perseguibili d'ufficio, 144 – 3.6. La riservatezza, 151 – 3.7. Il Codice sul trattamento dei dati sensibili e

la tutela della privacy, 152 – 3.8. Le giuste cause di rivelazione del segreto e la tutela dei dati sensibili, 167 – 3.9. Conclusioni, 172.

173 Capitolo IV

La responsabilità professionale

4.1. Introduzione, 173 – 4.2. Il modello retributivo della colpa: i suoi limiti e le sue insufficienze, 175 – 4.3. Luci e ombre delle previsioni deontologiche, 181 – 4.4. Le nuove leggi di riforma della colpa professionale, 183 – 4.5. L'omissione (rifiuto) di atti d'ufficio, 198 – 4.6. La sicurezza nell'ambito della cura, 200 – 4.7. Conclusioni, 202.

203 Capitolo V

Il diritto del professionista ad avere una coscienza e di poterla legittimamente esprimere

5.1. Introduzione, 203 – 5.2. L'obiezione di coscienza nel campo della salute, 205 – 5.3. La clausola (o opzione) di coscienza, 215 – 5.4. Una situazione discussa, davvero molto particolare: la contraccezione di emergenza, 223 – 5.5. Conclusioni, 234.

239 Capitolo VI

Le politiche di sostegno alla disabilità

6.1. Introduzione, 239 – 6.2. Le parole d'ordine dell'attuale dibattito politico: cambiamento (rottamazione), rigore (austerità) e responsabilità, 240 – 6.3. Sull'esigenza di dare un significato ed un valore alle (vere) priorità costituzionali, 243 – 6.4. La solidarietà infranta, 245 – 6.5. Gli interventi a sostegno della *Long Term Care*, 248 – 6.6. Conclusioni, 260.

263 Capitolo VII

Etica dei principi ed etica della responsabilità

7.1. Introduzione, 263 – 7.2. L'etica della convinzione e l'etica della responsabilità, 266 – 7.3. Etica, umanesimo e storicità, 268 – 7.4. Etica e solidarietà intergenerazionale, 271 – 7.5. Alcune brevi considerazioni di sintesi, 272.

275 *Epilogo*

277 *Bibliografia*

Prologo

Mai avrei pensato di cimentarmi nell'impresa di scrivere un volume dedicato alle professioni sanitarie ed agli studenti dei Corsi di laurea che si preparano ad affrontare lo scoglio dell'esame di Medicina legale, di deontologia e di etica professionale. Non solo perché ho da sempre preso le debite distanze di sicurezza da quei Docenti che consigliano (prescrivono) il testo da loro stessi scritto spesso contando sui diritti d'Autore ma soprattutto perché la mia storia personale mi ha insegnato ad essere umile, a non pretendere di insegnare nulla a nessuno a meno che non me lo si chieda ed a vivere la vita professionale con impegno e sana curiosità senza però mai sottovalutare né banalizzare le tante criticità che ciascuno di noi è costretto ad affrontare ed in qualche modo a risolvere.

Dopo oltre 25 anni di esperienza formativa (ho iniziato ad insegnare ai futuri infermieri ancora negli anni Novanta del secolo scorso essendo così stato un testimone privilegiato del lungo travaglio di questa professione non ancora giunto a pieno compimento) ho deciso, per una serie di fortuite coincidenze e per il coraggio dell'Editore a cui va il mio ringraziamento sincero, di fare questo salto provando a mettere a frutto la mia oramai canuta esperienza ed il materiale su cui, in questi anni, ho ripetutamente lavorato proponendolo agli studenti per i loro approfondimenti. Pur avendo piena consapevolezza sul fatto che i giovani studiano oggi per la preparazione all'esame utilizzando le sole diapositive presentate nel corso delle lezioni teoriche, che la carta scritta è purtroppo diventata un'inutile zavorra quando a me hanno insegnato ad amare i libri e a conservarli religiosamente in libreria e che la moderna tecnologia ci mette nelle condizioni di scambiarci il materiale di studio con la velocità e la pervasività tipiche del mondo virtuale. Che non rinnego ma che però continuo a temere per la sua incredibile velocità e per quel suo trasformismo identitario tipico della globalizzazione che ha fatto del virtuale il suo trampolino di lancio per penetrare tutti i mondi; anche quelli che compongono la nostra intimità.

Non ho però tradito due esigenze che mi hanno fin da subito accompagnato quando ho deciso di cimentarmi in questa impresa.

Innanzitutto di scrivere un testo che non fosse la brutta copia o un *mix* dei diversi volumi che trattano, sicuramente molto meglio del mio, la Medicina legale per le professioni sanitarie; e, soprattutto, selezionando gli argomenti avendo bene a mente che queste ultime sono andate incontro ad una radicale trasformazione non solo per gli intervenuti cambiamenti del nostro assetto normativo ma perché si è completamente rivoluzionato il *care* sotto l'influsso delle tecnologie (diagnostiche, informatiche e non solo), per il rapidissimo e continuo progresso delle conoscenze e, non certo da ultimo, per la trasformazione dei bisogni di salute della popolazione provocato dalla transizione epidemiologica. Che non si possono continuare a trascurare nei piani didattici se l'obiettivo è quello di preparare professionisti in grado di dare ad essi una risposta soprattutto umana.

La decisione è così stata quella di scrivere un testo con contenuti in parte innovativi rispetto a quelli affrontati in analoghi volumi pur mantenendo saldo il nucleo tradizionale della mia disciplina di appartenenza nel tentativo di provare a reggere il passo con i tempi di una modernità sempre più rapida, liquida e veloce, sapendoci però aprire con sana curiosità alle sue violente contraddizioni ed alle molte criticità che la attraversano.

Non già per dare ad esse una risposta definitiva perché il possedere la bacchetta magica da usare per trasformare il brutto ranocchietto in una bellissima principessa è una realtà che è destinata purtroppo a restare vitale solo nei nostri sogni infantili. Anche se questo non significa abbandonare la speranza di dare al nostro futuro ed a quello di chi proseguirà dopo di noi un orizzonte migliore ed una sostenibilità umana. Perché continuo ancora a credere che il prendersi davvero sulle spalle le persone più deboli sia una straordinaria opportunità che la vita professionale ci dona e che dobbiamo saper cogliere con impegno e sana coerenza aprendoci a tutte le sfide che la nostra esperienza ci riserverà con l'obiettivo di dare un senso ed una identità ad ogni nostra parabola esistenziale.

Il mio augurio è che chi leggerà questo testo, sia per prepararsi all'esame dei Corsi universitari o a quello ben più arduo della vita professionale, sappia trovare un rinnovato slancio sul piano della motivazione, dell'entusiasmo e dell'impegno a cui ci chiamano le molte forme di fragilità e di povertà che continuano purtroppo ad esistere e con le quali dobbiamo responsabilmente confrontarci.

La dignità umana

I.1. Introduzione

Alla dignità umana la tradizione umanistica (filosofica, bioetica e giuridica) ha dedicato un ampio spazio di analisi e ciò è avvenuto con particolare impegno soprattutto in questi ultimi anni nel tentativo di diradarne le opacità e di contrastarne le ambiguità, i luoghi comuni e le frequenti strumentalizzazioni perché le nuove piste aperte dal progresso scientifico, dalla globalizzazione dei mercati e dalla liquidità postmoderna hanno mostrato avere capacità aggressive dalle forme straordinariamente inaspettate rispetto a quelle che ci erano note e rispetto alle quali eravamo stati, in qualche modo, addestrati all'autodifesa.

La dignità è stata così indicata come un attributo intrinseco di ogni essere umano, come il suo « canone interpretativo »¹ e come « il limite dell'autonomia e dei diritti legati all'autonomia »² cosicché i *multilevel* dell'ordinamento giuridico ne hanno sancito non solo la sua costituzionalizzazione³ ma anche la sua internazionalizzazione, riconoscendola come cardine fondante lo Stato moderno. Senza dignità verrebbe, infatti, frantumata la tenuta della democrazia e senza di essa sarebbero messi in secondo piano gli altri diritti della persona e la sua stessa attitudine all'armonico sviluppo della personalità (art. 2 Cost.: « La Re-

1. Cfr. G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano 2015, che la rappresenta « come valore ultimo e nucleo della persona [...] fonte di diritti, ma anche di limiti all'autonomia individuale [...] della specie e non solo dell'uomo, della sua struttura costitutiva sulla quale possano incidere la rivoluzione genetica e le nuove vie aperte dalla scienza ».

2. P. ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano 2009.

3. Così L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari 2012. Si veda al riguardo anche S.RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2013, il quale avverte che « la dignità non è un diritto fondamentale tra gli altri né una supernorma » essendo essa « venuta a integrare principi fondamentali già consolidati — libertà, uguaglianza, solidarietà — facendo corpo con essi e imponendone una reinterpretazione in una logica di indivisibilità ».

pubblica 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 »). Da ciò la sua indisponibilità ed irrinunciabilità nel senso che, una volta privato della dignità, l'essere umano viene a perdere la sua stessa identità di genere.

Lungo questa prospettiva la tradizione umanistica ha gradualmente sviluppato la dimensione oggettiva (astratta ed immutabile) della dignità umana che però non la esaurisce perché ad essa occorre riconoscere anche un'altra parallela dimensione: quella più propriamente soggettiva (reale o concreta) che si esprime nell'autodeterminazione (o libertà) individuale e nel riconoscimento del valore assunto dalla capacità dell'essere umano di avere relazioni con i suoi simili, stabili, costruttive e solidali. Apprendo essa all'idea che la dignità garantisce, oltre all'uguaglianza di tutti gli individui, anche la tutela ed il rispetto delle diversità che compongono il *puzzle* multietnico e multiculturale della comunità mondiale e l'impegno pubblico a rimuovere gli ostacoli di natura economica o sociale che sono motivo e causa di disuguaglianza, di discriminazione e di emarginazione.

1.2. La duplice dimensione costitutiva della dignità umana

Riflettere sulla dignità significa cogliere le sue diverse concettualizzazioni per comporne il significato di valore e così opporsi al suo utilizzo linguistico retorico ed a quella sua diffusa strumentalizzazione che ha coinvolto anche il mondo professionale se si considera che sia nel Codice deontologico degli infermieri del 2009 che nella nuova versione del Codice di deontologia medica approvato dalla FNOMCeO nel maggio 2014 essa è stata trasfigurata (confusa) nel decoro professionale⁴. Riflettere su di essa significa così rivendicare la nostra stessa umanità, difendere la nostra identità di genere che corre oggi il rischio di degenerare nel postumano, dare una chiara fisionomia alle molte professioni che si occupano delle persone più fragili e, soprattutto,

4. F. CEMBRANI, *La dignità umana come misura della relazione di cura (e... sulla necessità di dare ad essa uno statuto post-metafisico... sostanzialmente umano)*, 2015, in « Rivista italiana di medicina legale », 1.

non dimenticare la storia che le ha ripetutamente usato violenza sapendo però guardare anche in avanti, agli interessi delle generazioni future ed a chi abiterà il mondo dopo di noi.

La dignità umana ha radici filosofiche la cui profondità è fuori discussione se si riflette sul fatto che le sue origini sono davvero remote.

Per primo è stato Cicerone, nel *De officiis*, a coglierne la sua duplice dimensione: quella oggettiva (o astratta) che deriva all'essere umano dalla posizione che egli ha nel mondo e quella soggettiva (concreta) che, almeno inizialmente, veniva associata alla posizione ricoperta dal singolo individuo nella vita pubblica. La prima dimensione è così, come scrive il retore romano, « comune a tutti, per ciò che tutti siamo partecipi della ragione », una dote naturale del genere umano, trasversale a tutte le persone, indipendentemente dal loro stato, dal genere, dall'età e dalla loro condizione sociale; la seconda è, invece, ciò che la natura ha assegnato in proprio alle singole persone, una caratteristica particolare modulata dal ruolo e dalle prestazioni che gli esseri umani realizzano nel vivere sociale. Da qui il suo carattere non assoluto nel senso che quest'ulteriore dimensione della dignità, rispetto alla prima, si può acquisire, perfezionare e, naturalmente, anche perdere.

Questa visione universalistica della dignità umana è stata poi prepotentemente rafforzata dal cristianesimo e dall'idea antico-testamentaria (Gen. 1, 26-27: « Facciamo l'uomo a nostra immagine, secondo la nostra somiglianza. [...] E Dio creò l'uomo a sua immagine; a immagine di Dio lo creò: maschio e femmina li creò ») sulla quale, nonostante la sobrietà dei testi biblici, hanno molto insistito i Padri della Chiesa. Poiché Dio ha creato l'uomo a sua immagine, all'essere umano è riservata una posizione privilegiata e speciale nel mondo proprio per la somiglianza con il suo Creatore. E che conferisce all'uomo stesso la dignità, il cui carattere sostanziale è trascendente (sacro) non avendo così bisogno di essere né coltivata né perfezionata dal singolo individuo essendo una dote comune e trasversale ad ogni essere umano, indipendentemente dal ceto sociale, dal ruolo e dalla posizione pubblica ricoperta; dal carattere irrinunciabile ed indisponibile anche ammettendo la finitezza della condizione umana, un qualcosa che assume l'idea di condizione, presupposto e canone interpretativo della persona il cui valore è assoluto e dal carattere metagiuridico. Una

qualità ed una dote immanente alla persona umana che, preesistendo all'ordinamento, non richiede di essere formalizzata dal diritto avendo la legittima pretesa di svilupparsi autonomamente con una sua propria forza ed autonomia anche se l'esperienza storica ha dimostrato le sue drammatiche fragilità e le (sempre) possibili strumentalizzazioni attualizzate, ai nostri tempi, dalle guerre, dalle aggressioni terroristiche e dai barbari omicidi in diretta perpetuati in nome e per conto di quel Dio misericordioso che pur è Allah.

Su questa dimensione oggettiva e trasversale della dignità è però intervenuto il processo di secolarizzazione che, nel corso dei secoli, ha portato alla progressiva separazione della fede dalla ragione. La qual cosa è avvenuta a partire dall'Umanesimo italiano con pensatori del calibro di Giovanni Pico della Mirandola che, nel *De hominis dignitate*, realizzando un perfetto equilibrio tra la tradizione classica e quella cristiana, ha valorizzato e dato un peso prevalente alla dimensione soggettiva della dignità che era stata messa in secondo piano dalla tradizione cristiana; sviluppando l'idea che ciascuno di noi è l'artefice della sua parabola di vita terrena che ci pone nelle condizioni di « foggia(rsi) nella forma che avrai preferito ». Secondo Pico della Mirandola ogni realtà ha una sua natura ed è questa che determina il nostro agire. L'uomo, che non ha una sua natura definita e che è stato posto da Dio al centro del mondo (« Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né immortale, perché di te stesso quasi libero e sovrano artefice ti plasmassi e ti scolpissi nella forma che avresti prescelto »), gode però di un'assoluta libertà che gli consente sia di raggiungere la suprema perfezione divina che di abbassarsi alla condizione leonina dei bruti. Se l'uomo è l'artefice della propria fortuna, l'interesse cade sull'autonomia dei comportamenti e delle scelte, privilegiando quindi, implicitamente, la « virtù » rispetto alla « fortuna » e l'agire rispetto alla pura contemplazione. Questa visione umanistica del mondo ha così valorizzato l'idea che la dignità ha anche una dimensione soggettiva, che essa non è solo un qualcosa di immanente all'essere umano ma un compito ed una conquista del singolo individuo che si persegue nel reciproco riconoscimento, nella capacità di avere relazioni costruttive e con ciò che gli altri gli riconoscono. Con ruoli sociali di diversa rilevanza per i pensatori di quei tempi: per Bacone la priorità nella scala dei valori doveva essere, infatti, riconosciuta allo scienziato che con le sue scoperte e con il superamento dei limiti contribuiva alla fe-

licità dell'essere umano, per Hobbes, invece, al ruolo ed al valore che gli veniva riconosciuto dallo Stato e dal potere costituito, per Pascal, ancora, nella capacità del pensiero (« qui sta tutta la sua dignità ed il suo pregio »).

È a Kant, tuttavia, che deve essere riconosciuto quel salto di prospettiva dato alla cultura moderna dall'Illuminismo europeo essendo stato un suo straordinario merito quello di aver saputo collegare la dimensione soggettiva della dignità con la capacità dell'uomo di agire secondo una prospettiva ed un ordine morale. In questa direzione la dignità non compete all'essere umano per quella somiglianza con Dio che lo porrebbe all'apice della scala creaturale ma in quanto ente morale pensante, dotato di una ragione pratica che interroga l'individuo chiedendogli incessantemente di considerare il suo simile come fine e mai come mezzo, per il suo valore assoluto. La dignità dell'uomo rappresenta, così, un valore intrinseco irrinunciabile che impone a tutti gli altri esseri ragionevoli il rispetto sia della propria persona che dei propri simili con i quali ci si deve sempre misurare alla pari. In questo modo, il rispetto che si ha per gli altri ed il legame di solidarietà che ad essi ci lega testimoniano il riconoscimento e la tutela della dignità umana: disprezzare gli altri, pertanto, è negare il rispetto dovuto in generale a qualsiasi uomo considerandolo come fine in se stesso e ridurlo ad un mezzo utilizzato, senza alcuna moralità, per il raggiungimento di altri scopi.

1.3. La dignità umana nei codici deontologici

Se queste sono le dimensioni costitutive della dignità umana sviluppate dalla tradizione umanistica occorre ora verificare se le stesse siano o meno state recepite dai codici di deontologia delle professioni sanitarie e quale è l'effettivo livello di garanzia che alla dignità stessa essi riconoscono.

Prima di entrare nel merito delle questioni si impone, tuttavia, un preliminare chiarimento sulla pregnanza dei codici deontologici perché il dubbio che si pone è se le loro indicazioni siano precetti di natura extra-giuridica (dunque, mere regole interne alla categoria) o se, in alternativa, esse rappresentino vere e proprie norme la cui violazione pone profili di colpa professionale o se, ancora, esse agiscano in

modalità concorrente nel determinare il comportamento atteso dal professionista ogniqualvolta le stesse intervengono su specifiche situazioni disciplinate dall'ordinamento giuridico. Riassumendo le molte questioni aperte su cui riflettere sollevano su questi interrogativi: le regole di comportamento della deontologia professionale hanno o no un valore giuridico? E se sì, di quale tipo di regole si tratta? Di regole proprie ed autonome? O di regole concorrenti? Ed ancora: la loro violazione, suscettibile naturalmente di sanzione sul piano disciplinare interno, può o meno costituire un profilo di colpa giuridica, comunque sanzionabile? E se sì, nel rispetto di quale proceduralità?

Le questioni sono, naturalmente, ampie ed occorre affrontarle nella consapevolezza dei rischi che esistono, sul piano pedagogico-formativo, a considerare le regole deontologiche alla stregua di regole giuridiche che, con queste, vanno ad integrare il profilo della colpa tanto sul versante penale che su quello civile. Perché la morale (o l'etica, anche se dobbiamo riservare ad essa una prospettiva più ampia rispetto alla prima⁵) ed il diritto sono due regni separati e distinti, che non possono essere sovrapposti o confusi anche se esistono tra di loro forti e profondi contatti nelle zone di frontiera che si sono tra di essi venuti nel tempo a creare; se non altro perché il diritto chiede alla coscienza di interiorizzare le sue prescrizioni per portarle a compimento non già passivamente ma in modo attivo e consapevole e perché la morale chiede al diritto, con altrettanta forza, di essere ricambiata con il suo riconoscimento e protezione giuridica.

Si tratta di interconnessioni ampie su cui varrebbe la pena addentrarsi anche se ciò richiederebbe di affrontare molte questioni tecniche sulle quali non esiste convergenza di pensiero tra gli interpreti e che ci porterebbero molto lontano.

Limitiamoci, dunque, a mantenere separata la morale dal diritto ed occupiamoci, ora, della struttura costitutiva del diritto moderno e dei diversi *multilevel* che lo compongono ad esprimere quel pluralismo giuridico (o normativo) che attualizza l'ampia porosità del diritto ed il suo sempre più complesso *puzzle* in cui si alternano molte tessere dai colori diversi che compongono regioni permeabili, messe tra loro in

5. Così P. RICOEUR, *Etica e morale*, Brescia 2007 il quale segnala l'eredità aristotelica dell'etica e la sua prospettiva teleologica e quella kantiana della morale e la sua prospettiva deontologica definita dal carattere di obbligazione della norma.

relazione da entrate ed uscite simultaneamente aperte e chiuse. Questa porosità del diritto — che è la matrice dell'interlegalità moderna — è un'idea che non chiude su se stesso il nostro ordinamento aprendolo, invece, al pluralismo delle fonti che di esso è parte costitutiva e che rende ragione dell'idea che non sono solo i poteri politici interni ad ogni singolo Stato a produrre regole giuridiche: le quali promanano da fonti diverse, ancorché normativamente riconosciute, che portano una targa sovranazionale (europea e comunitaria) ed internazionale e da altri organi giuridicamente riconosciuti come sono gli Ordini ed i Collegi professionali. Il dogma giusnaturalistico che sia il solo potere politico statale a produrre regole giuridiche è, in questa prospettiva, una prerogativa dello Stato di diritto ottocentesco che è stato sostituito dalla democrazia costituzionale: con la conseguenza che lo Stato moderno, nei suoi poteri legittimi, non è l'unica fonte di produzione di precetti normativi esistendo regole approvate da gruppi sociali legittimamente organizzati e riconosciuti che limitano, conseguentemente, il potere statale senza che vi siano conflitti o sovrapposizioni di attribuzioni. In questo si manifesta ciò che i giuristi indicano come l'avvenuta costituzionalizzazione del pluralismo di cui si fa portavoce la nostra Carta costituzionale del 1948 nell'affermazione, quasi ostinata, che il vivere democratico si regge sull'idea di uno Stato laico, pluralista, democratico, inclusivo e garante dei diritti fondamentali (inviolabili) della persona umana (art. 2 Cost.); perché la laicità ed il pluralismo pretendono l'esistenza di una pluralità di ordinamenti di diversa natura e tipologia i quali, in modo non già antitetico ma concorrente, si influenzano reciprocamente nello sviluppare non solo la rete delle obbligazioni sociali ma la stessa personalità umana, sia individualmente sia all'interno di quelle formazioni sociali in cui si esprime il nostro diritto di cittadinanza.

La Costituzione, dunque, rafforza, legittima e garantisce le diverse realtà e formazioni sociali che, legittimamente, consentono a ciascuna persona di sviluppare il suo compasso individuale, la sua identità, la sua stessa coscienza e, in una parola spesso abusata, la sua stessa umanità.

Con tutta una serie di ricadute, a livello operativo, cui bisogna brevemente accennare. Prendiamo, a titolo di esempio, il tema dei diritti della persona umana di cui si fa ripetutamente garante la Carta

costituzionale che resta la manifestazione più alta del diritto positivo⁶: se si applica a tali diritti la teoria del pluralismo giuridico la logica conseguenza è che essi vanno ricercati non solo all'interno delle norme ordinamentali interne ma, per così dire, aprendosi alle indicazioni date a livello sovranazionale (dalla Carta europea dei Diritti dell'uomo, dalla Carta europea dei diritti sociali, dalla Convenzione di Oviedo, ecc.) ed internazionale (le Convenzioni ONU sui diritti umani, quella sui diritti del fanciullo e quella sui diritti delle persone disabili) che con quelle prodotte dall'ordinamento professionale. Perché, naturalmente, quell'idea di porosità giuridica cui si è poc'anzi fatto cenno non si applica solo nella direzione che va dall'esterno verso l'interno esistendo, anche a livello interno, regole di tipo concorrente che definiscono la nostra struttura ordinamentale non più in linea gerarchica, dall'alto verso il basso, ma in una prospettiva sempre più orizzontale. Naturalmente, gli intrecci direzionali sono complessi e l'interprete è spesso chiamato al difficile compito di ordinare le tessere di quel sempre più complesso *puzzle* mediante l'esame comparato ed il bilanciamento delle fonti di provenienza diversa che, molto spesso, pongono ampi e non ancora completamente risolti dubbi ai quali occorre guardare senza dimenticare che la Costituzione resta, checché ne dicano i detrattori, « la legge della concordia »⁷.

A chi volesse contrastare la linea interpretativa che assegna ai codici di deontologia la natura e la struttura di una norma che, con le altre previsioni normative, concorre ad indicare il comportamento professionale atteso dal professionista per onorare il suo ruolo di garanzia, bisogna ricordare che il legislatore ha più volte sollecitato l'intervento della deontologia professionale per la disciplina di campi specifici dell'attività umana: in tale senso la legge 4 agosto 2006, n. 248 sulle liberalizzazioni (« Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale »), il testo unico del 2003 in materia di trattamento dei dati (« Codice in materia di protezione dei dati personali »), la legge che ha istituito la figura della psicologo e, non

6. G. ZAGREBELSKY, *Contro l'etica della verità*, Bari 2009.

7. *Ibidem*.

certo in subordine, la legge sulle professioni sanitarie del 2009⁸. La deontologia è stata, dunque, sollecitata e chiamata in causa in modo diretto da specifici provvedimenti normativi che hanno demandato ad essa il compito di dar forma e compiutezza alle previsioni normative a confermare che è stato lo stesso legislatore a riconoscere il suo ruolo concorrente con la disciplina giuridica; con la conseguenza che la violazione dei precetti deontologici rileva non solo ai fini disciplinari interni perché essa può essere sanzionata dalla giurisdizione (penale, civile, amministrativa ed anche contabile).

In questa direzione convergono, sia pur con qualche iniziale incertezza, anche gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità che, fino a qualche anno fa⁹, indicava la deontologia in una regola di auto-governo e di organizzazione interna della categoria professionale. Le conseguenze di questa primitiva impostazione della Suprema Corte, sopravvissuta fino a circa un decennio fa, sono abbastanza evidenti e possono essere riassunte in due proposizioni. La prima: i precetti deontologici hanno natura extra-giuridica in difetto di un'espressa previsione legislativa. La seconda: essi sono insindacabili nella loro

8. Art. 1 legge 26 febbraio 1999, n. 42: «1. La denominazione “professione sanitaria ausiliaria” nel testo unico delle leggi sanitarie, approvato con regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, e successive modificazioni, nonché in ogni altra disposizione di legge, è sostituita dalla denominazione “professione sanitaria”. 2. Dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogati il regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 14 marzo 1974, n. 225, ad eccezione delle disposizioni previste dal titolo V, il decreto del Presidente della Repubblica 7 marzo 1975, n. 163, e l'articolo 24 del regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 6 marzo 1968, n. 680, e successive modificazioni. 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, e successive modificazioni e integrazioni, 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 e per le altre professioni del ruolo sanitario per l'accesso alle quali è richiesto il possesso del diploma di laurea, nel rispetto reciproco delle specifiche competenze professionali ».

9. Cass. civile, sezioni unite, 10 luglio 2003, n. 10842: «Le disposizioni dei codici deontologici predisposti dagli ordini professionali, se non recepite direttamente da una norma di legge [...], non hanno né la natura né le caratteristiche di norme di legge, come tali assoggettabili al criterio interpretativo di cui all'art. 12 delle preleggi, ma sono espressione dei poteri di auto-organizzazione degli ordini (o collegi) sì da ripetere la loro autorità [...] oltre che da consuetudini professionali anche da norme che i suddetti ordini (o collegi) emanano per fissare gli obblighi di correttezza cui i propri iscritti devono attenersi e per regolare la propria funzione disciplinare ».

applicazione ed interpretazione nel giudizio di legittimità che può riguardare il solo vizio di motivazione del giudizio espresso dagli organi disciplinari interni. Questa impostazione, criticata dalla dottrina giuridica aperta alla teoria del pluralismo ordinamentale, è stata però superata e ciò è avvenuto a partire dal 2007, anno in cui la Corte, riunita in Sezioni Unite, ha riconosciuto¹⁰ che la deontologia assume il significato di una regola giuridica non isolata ma bensì concorrente con le altre disposizioni normative a disciplinare il comportamento atteso dal professionista; ciò a conferma di quanto era stato in precedenza stabilito dal Consiglio di Stato (sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 122) il quale aveva evidenziato che le regole deontologiche possono essere sottoposte a sindacato giurisdizionale nell'ipotesi di violazione dei precetti costituzionali, dei principi generali dell'ordinamento o perché incidenti su soggetti estranei alla deontologia professionale e che esse non sono regole interne ma norme indirette, a sottolineare il « particolare procedimento in base al quale fatti normativi degli ordinamenti particolari producono effetti di invalidazione di effetti giuridici, o di qualificazione del comportamento di soggetti, nell'ordinamento generale, mediante richiamo da parte di quest'ultimo ». Con la conseguenza che la loro violazione è fonte di responsabilità giuridica oltre che, naturalmente, di responsabilità interna (o disciplinare) nell'ipotesi in cui le regole deontologiche vadano ad incidere su specifiche fattispecie disciplinate dall'ordinamento.

Così chiarita la pregnanza ed il significato della deontologia professionale occorre osservare che i codici deontologici delle professioni sanitarie si appellano alla dignità umana in maniera diversa e con plurimi riferimenti.

Quello dell'infermiere (gennaio 2009) richiama la dignità in due soli articoli senza però dare ad essa una prospettiva chiara ed uniforme confondendola con il decoro professionale: nell'art. 3 dove si afferma che la responsabilità dell'infermiere consiste « nell'assistere, nel curare

10. Cass. civile, sezioni unite, sentenza n. 26810 del 20 dicembre 2007: « Si deve pertanto enunciare il seguente principio di diritto, in applicazione dell'art. 384 c.p.c., come sostituito dall'art. 12 d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40: « 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 ».

e nel prendersi cura della persona nel rispetto della vita, della salute, della libertà e della dignità dell'individuo»; e nell'art. 42 che invita l'infermiere a tutelare «la dignità propria e dei colleghi, attraverso comportamenti ispirati al rispetto della solidarietà».

Molto più convincenti sono i richiami, sia diretti sia indiretti, che alla dignità opera il Codice deontologico del fisioterapista dell'AIFI del 2013. Il richiamo indiretto è contenuto nell'art. 3 del Codice che esorta il fisioterapista a rispettare ed a promuovere i diritti fondamentali della persona umana sanciti dalla Carta costituzionale, dalla Convenzione di Oviedo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili e da altri documenti internazionali. Meritorio e davvero pertinente è il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riserva alla dignità una tutela di straordinario rilievo: della dignità parla infatti il Preambolo («Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia») nonché l'art. 1 che ricalca la Costituzione tedesca («La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata») e che, con riferimento alla medicina, deve essere esaminato in relazione a quanto previsto dal successivo art. 3: «Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati:

- a) il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge;
- b) il divieto delle pratiche eugenetiche aventi come scopo la selezione delle persone;
- c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro;
- d) il divieto di clonazione riproduttiva degli esseri umani».

E, non certo in subordine, alla Convenzione ONU sui diritti delle persone disabili visto che questo documento internazionale, fatto proprio dalla legislazione italiana che lo ha interamente recepito nel 2009, opera plurimi richiami alla dignità della persona disabile affermando

« l'universalità, l'indivisibilità, l'interdipendenza e l'interrelazione di tutti i diritti umani e libertà fondamentali e la necessità di garantirne il pieno godimento da parte delle persone con disabilità, senza discriminazioni ». Molteplici sono poi i richiami diretti operati dal Codice dell'AIFI alla dignità umana. L'art. 4 invita, infatti, il fisioterapista ad orientare e finalizzare la sua attività « alla tutela della vita e della salute della persona intesa nell'accezione più ampia del termine promuovendone la libertà e la dignità ». L'art. 34, dedicato alle problematiche del fine vita, esorta poi il fisioterapista a tutelare la dignità della persona umana messa spesso in contropiede dai trattamenti non proporzionati e a contribuire a promuovere « una cultura di lotta al dolore, nel rispetto della dignità umana e del diritto della buona qualità di vita ». Con indicazioni chiare e puntuali che, tuttavia, sono messe in parziale secondo piano dall'art. 21 del Codice che, trattando delle terapie non convenzionali, confonde la dignità con il decoro professionale reiterando l'errore già compiuto dal Codice deontologico dell'infermiere.

Alla dignità si rivolge anche il Codice di deontologia medica (maggio 2014) che, in alcune parti, la identifica come attributo della persona umana mentre in altre la sovrappone (confonde) con il decoro e l'indipendenza professionale (art. 1). Così riconoscendone la sua dimensione sociale anche se il richiamo che impegna il medico a vigilare « sulla dignità, sul decoro, sull'indipendenza e sulla qualità professionale » conferma quanto ampio sia il ventaglio polisemico di quest'idea concettuale e quale è — di fatto — il suo significato linguistico nel mondo professionale. Spesso artificioso e retorico, al punto tale da confondere le poche (e confuse) novità contenute in questa versione del Codice: perché il vigilare sul decoro e sull'indipendenza professionale è un'affermazione certo non opinabile che, tuttavia, non può essere confusa con la dignità. Bene avrebbe, dunque, fatto la deontologia medica a limitarsi a parlare di decoro e di indipendenza professionale nella parte in cui il professionista viene esortato su di esse a vigilare senza intorbidire le acque con l'improprio richiamo alla dignità professionale che viene reiterato anche nella prima parte dell'art. 15 del Codice quando l'esercizio della medicina non convenzionale viene limitato al rispetto del « decoro e della dignità della professione » pur senza « sottrarre la persona assistita a trattamenti scientificamente fondati e di comprovata efficacia ». Con un'imprecisione lessicale preoccupante, a meno che non si vogliano dare per possibili comportamenti profes-