

RIFLESSIONI SULLA LIBERA AUTODETERMINAZIONE DEL PAZIENTE NELLA SCELTA DELLE CURE MEDICHE: UNO SGUARDO COMPARATIVO TRA ITALIA E ALBANIA*.

di Emanuela Furramani** e Rezart Bushati***

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Il diritto del paziente alla libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche: il diritto al consenso informato. – 2.1. Il diritto di rifiutare le cure mediche. – 2.2. Il diritto di sospendere un trattamento medico. – 3. Riflessioni sul diritto alla libera autodeterminazione nella legislazione albanese.

263

1. Introduzione.

Il tradizionale rapporto paternalistico¹ medico – paziente, connotato da una forte asimmetria² e da un'ampia discrezionalità del medico nell'effettuare le scelte di cura del paziente³ è da tempo entrato in crisi, lasciando il posto a un operare del medico nel rispetto della libera autodeterminazione del paziente⁴. Di conseguenza il paziente ha la piena autonomia nella decisione relativa agli atti che implicano un'interferenza sulla sua integrità psicofisica. Simile meccanismo garantisce al paziente una partecipazione più attiva nella

* *Sottoposto a referaggio.*

** Docente di Diritto penale e Diritto penale internazionale – Università di Scutari “Luigj Gurakuqi”.

*** Dottore di ricerca in Diritto Pubblico, indirizzo internazionale, europeo, navigazione – Università di Roma “Tor Vergata”.

¹ Sul tema A. Fiori e D. Marchetti, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Vol. III, Milano, 2009, p. 65 ss.; L. Petraglia, *Libertà di rifiutare le cure e responsabilità penale del medico: quando la natura deve fare il suo corso*, in *San. pubb. priv.*, 2008, I, p. 11.

² Sull'asimmetria nel rapporto medico – paziente: Comitato Nazionale per la Bioetica, *Parere su scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001 (in www.governo.it/bioetica/pareri.html), p. 46: “Sul piano pratico lo squilibrio tra medico e paziente è ineliminabile: ma spetta certamente al medico lo sforzo di ridurre al massimo questa asimmetria, secondo un impegno che fa parte della sua Arte sul piano tecnico, prima ancora che su quello morale”.

³ Sul punto A. Pioggia, *Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1/2011, p. 129; A. Santosuosso, *Evoluzione del concetto di “salute”*, in G. Bonachi (a cura di), *Dialoghi di bioetica*, Carocci, Roma, 2002, p. 117; F. P. Ruggiero, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico – chirurgico: prospettiva di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 196.

⁴ In tal senso G. Iadecola, *In tema di rilevanza penale del trattamento medico – chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 166.; F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 241.; G. Cattaneo, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 222.

scelta del trattamento medico⁵ a cui verrà sottoposto, fondato su una sua preventiva e adeguata informazione ai fini di una decisione consapevole⁶.

Questo radicale cambiamento è dovuto principalmente al progresso della scienza medica, allo sviluppo tecnologico, e all'evoluzione del diritto e del pensiero filosofico del XX secolo, basato sui principi di uguaglianza dei cittadini, della pari dignità morale, della libertà e dell'autonomia del singolo. Alla luce di quanto sopra esposto, assume immediata rilevanza la posizione attribuita alla persona umana in quanto essere razionale, libero, capace di riconoscere e di scegliere a favore della salvaguardia della propria salute con l'aiuto e le conoscenze del medico⁷.

2. Il diritto del paziente alla libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche: il diritto al consenso informato.

Ai fini dell'individuazione della portata del diritto alla libera autodeterminazione del paziente in campo medico, di particolare interesse è l'art. 32 della Costituzione italiana. La finalità principale perseguita da questo articolo è la tutela dell'integrità psicofisica dell'individuo da qualsiasi tipo d'interferenza esterna, sia questa intrapresa da persone terze o da organi dello Stato, nello specifico, tutela dalle sperimentazioni scientifiche che non siano accettate volontariamente. A tal proposito, la Costituzione offre una protezione complessiva dell'essere umano nella sua integrità psicofisica⁸, dignità e *identità personale*⁹.

Tuttavia, oltre alla tutela dell'integrità psicofisica della persona, il diritto alla libera autodeterminazione rappresenta un diritto – strumento finalizzato alla piena realizzazione

⁵ G. Ferrando, *Informazione e consenso in sanità*, in S. Aleo, R. De Matteis e G. Vecchio (a cura di), *La responsabilità in ambito sanitario*, I, Padova, 2014, p. 375.

⁶ B. Çipi, *Konsenti dhe informimi i të sëmurit*, in *Buletin i urdhrit të mjekëve të Shqipërisë*, Maj – Gusht 2017, p. 21; B. Hoerni, *75 reflexion sur la médecine*, 1992, pp. 207-210.; M. Mano, *Etika, Bioetika, Deontologjia mjekësore*, Tiranë, 2011, p. 370; M. Bilancetti, *La responsabilità del chirurgo estetico*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 354 ss.; G. Ferrando, *Informazione*, cit., p. 375. In merito alla questione si veda anche D. Pulitanò, *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 6/2007, p. 1196.

⁷ Così C. D. Leotta, *Consenso informato*, voce in *Dig. disc. pen.*, Vol. V, Utet, Torino, 2010, p. 100.

⁸ In merito alla questione si veda D. Pulitanò, *Doveri del medico*, cit., p. 1196.

⁹ M. B. Magro, *The last dance. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato*, in *Dir. pen. cont.*, 12 giugno 2019, p. 3, (<https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/5678-magro2019a.pdf>).

del diritto alla salute¹⁰. Questo suo carattere si rileva nell'interpretazione offerta dalla dottrina e giurisprudenza italiana, secondo le quali questo principio cardine dell'ordinamento è inquadrabile non solo nel contesto del citato art. 32, comma 2, Cost., ma viene altresì identificato nel più ampio principio dell'inviolabilità della libertà personale dell'individuo, previsto dall'art. 13 Cost.¹¹.

Di recente, l'intervento del legislatore, attraverso la legge n. 219/2017¹², ha messo in evidenza la natura fondamentale del diritto alla libera autodeterminazione in campo medico¹³, in quanto strumento principale per la tutela del diritto alla vita, salute e dignità della persona. Questa legge, a lungo attesa, ha colmato il vuoto normativo preesistente e si propone come obiettivo quello di fare chiarezza sulla relazione medico – paziente, specie riguardo al diritto alla libera autodeterminazione del paziente nel trattamento medico salvavita e quello relativo alle fasi finali della vita, questioni queste che hanno continuamente provocato un forte dibattito in dottrina e giurisprudenza, con riferimento anche alle implicazioni etiche e giuridiche che esse inevitabilmente comportano.

La nuova normativa prevede una regolamentazione volta a valorizzare e garantire il diritto alla libera autodeterminazione e alla dignità del paziente, seguendo la linea già tracciata dalla giurisprudenza¹⁴, proiettata a tutelare il paziente. Nello specifico, nell'articolo 1 dedicato al consenso informato, vengono esplicitamente richiamati i principi contenuti negli articoli 2, 13 e 32 Cost., nonché agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i quali tutelano il diritto all'inviolabilità della dignità umana, il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica e psichica e consenso libero e informato. Questo primo articolo della legge disciplina in modo dettagliato ed esaustivo il consenso informato, riconoscendo e garantendo al paziente il diritto alla libera autodeterminazione in entrambi

¹⁰ Art. 2 Cost.: «La Repubblica 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 economia e sociale».

¹¹ Sul tema A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 1985, p. 27 ss.; R. Fresa, *La colpa professionale in ambito sanitario: responsabilità civile e penale (consenso informato, colpa e nesso causale, casistica e giurisprudenza)*, Torino, 2008, p. 55.; A. Santosuosso, *Autodeterminazione e diritto alla salute: da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, III, 1997, p. 38.

¹² legge 22 dicembre 2017, n. 219, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, entrata in vigore il 31 gennaio 2018, in GU n.12 del 16-1-2018.

¹³ R. Calvo, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, p. 689 ss.; S. Canestrari, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 78 ss.

¹⁴ Corte cost., n. 438 del 23 dicembre 2008, in *Foro it.*, 2009, I, p. 1328 ss.; Cass. Civ., Sez. I, n. 21748/2007, caso Eluana Englaro; Tribunale di Roma, Sez. I civile, ord. 16-12-2006.

i suoi risvolti: da un lato il diritto di esprimere il proprio consenso dopo essere stato adeguatamente informato e aggiornato sulle proprie condizioni di salute e sulle terapie mediche, fatto salvo il trattamento sanitario obbligatorio e lo stato di necessità come previsti dall'art. 54 c.p.¹⁵; e dall'altro lato il diritto di rifiutare le cure, e di conseguenza anche di sospendere il trattamento medico già in atto, perfino in situazioni di rischio per la salute o vita del paziente¹⁶.

Per essere esercitato correttamente il diritto al consenso informato richiede *conditio sine qua non* la capacità di intendere e volere del paziente e nel contempo la comunicazione allo stesso di informazioni adeguate e complete riguardanti: lo stato di salute, la situazione patologica, diagnosi, prognosi, benefici e probabili rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché informazioni sulle possibili alternative e conseguenze dell'eventuale rifiuto di sottoporsi al trattamento proposto¹⁷. La comunicazione delle informazioni adeguate costituisce un elemento importante ai fini di un consenso informato valido ed essa può influenzare in modo considerevole la scelta del paziente¹⁸.

Negli anni, la rilevanza del diritto alla libera autodeterminazione in campo medico, in quanto diritto fondamentale della persona, è stata riconosciuta anche dalla Corte EDU,

¹⁵ Art. 54 c. p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri da un pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo».

¹⁶ In tal senso si veda A. Santosuosso (a cura di), *Il consenso informato tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1996, p. 16; G. Gennari, *Consenso informato: ritorno all'anno zero*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1417; G. Guerra, *Rifiuto dell'alimentazione artificiale e volontà del paziente in stato vegetativo permanente*, in *Danno e resp.*, 2008, I, p. 438.; M. Gorgoni, *La «stagione» del consenso e dell'informazione: strumenti di realizzazione del diritto alla salute e di quello all'autodeterminazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, p. 488 ss; Pret. Roma, 3 aprile 1997, De Vivo, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 950, con nota di G. Iadecola, *La responsabilità penale del medico tra posizione di garanzia e rispetto della volontà del paziente (in tema di omessa trasfusione di sangue «salvavita» rifiutata dal malato)*; F.P. Ruggiero, *Il consenso dell'avente diritto nel trattamento medico – chirurgico: prospettiva di riforma*, in *Riv. it. med. leg.*, 1996, p. 202; B. Çipi, *Konsenti dhe informimi i të sëmurit*, 16.09.2017, in *sot.com.al.*; In giurisprudenza si veda Ass. Firenze, 18.10.1990, in *Foro it.*, 1991, II, p. 236; Cass. Pen., 21 ottobre 2005, n. 38852.; Cass. Civ., Sez. I, n. 21748/2007, caso *Englaro*; Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 15, in *Dir. giust. on line*, 18 marzo 2008 e in *Giuda al dir.*, 2008, p. 93; Cass., Sez. I, 10 luglio 2009, n. 37875; Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2010, P.M., in proc. Petretto, *CED Cassazione*; Corte EDU, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, Reports 1998-I, par. 60); *Idem*, *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, par. 63, ECHR 2002-III.

¹⁷ Art. 1, par. 3, legge 22 dicembre 2017, n. 219.; In dottrina R. Fresa, *La colpa*, cit., p. 67; F. Ruggiero, *Il consenso*, cit., p. 192.; G.A. Norelli e E. Mazzeo, *Il consenso partecipe nella norma e nella prassi medica*, in F. Di Pilla, *Consenso informato e diritto alla salute. Atti del convegno, Perugia, 26 novembre 1999*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 63 ss.

¹⁸ M. Di Masi, *Effetti redistributivi della Legge n. 219/2017 nel rapporto fra medico e paziente*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1-bis, *Questioni di fine vita*, p. 17.

nonostante tale diritto non viene espressamente annunciato dalla CEDU, attraverso l'estensione della tutela con una nuova e interessante interpretazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare *ex art. 8 CEDU*. In questo senso, è stato affermato in più di una occasione dalla Corte EDU che la mancata comunicazione preventiva al paziente dell'informazione dettagliata sui rischi del trattamento medico e di conseguenza il mancato ottenimento del consenso informato è da considerare violazione dell'art. 8 della CEDU¹⁹, sottolineando nello stesso tempo la rilevanza del diritto all'accesso alle informazioni concernenti lo stato di salute delle persone che si devono sottoporre a un determinato trattamento medico, che consenta loro di valutare rischi e benefici²⁰.

A tal proposito, la Corte EDU rileva che la mancata comunicazione al paziente delle informazioni sopra riportate può comportare, nel caso si verifichi uno dei rischi a cui il trattamento espone, la responsabilità diretta del medico. A tale proposito la Corte ritiene che gli Stati parte sono tenuti ad adottare tutte le misure necessarie a garantire che i medici considerino le conseguenze prevedibili di una procedura medica pianificata sull'integrità fisica dei loro pazienti, e di informare quest'ultimi anticipatamente, in modo tale da essere in grado di dare il consenso informato²¹.

Nella stessa linea, la Corte EDU si è espressa anche riguardo al diritto di rifiutare le cure, osservando che l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso del paziente viola l'integrità fisica di quest'ultimo, incidendo sull'esercizio del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. La Corte riconosce in capo alla persona la libera disponibilità del proprio corpo come una dimensione del più ampio concetto di *vita privata* il quale ricopre anche l'integrità fisica e psicologica di una persona²² ai sensi dell'art. 8 CEDU. Pertanto, un intervento medico in violazione del rifiuto del paziente, anche se di minore importanza, costituisce un'interferenza con questo diritto²³.

¹⁹ Corte EDU, *Csoma v. Romania*, 8759/05, 15 January 2013, par. 42; *Idem, Trocellier v. France* (dec.), n. 75725/01, par. 4, ECHR 2006-XIV, par. 4; *Vo v. France* [GC], n. 53924/00, par. 89, CEDU 2004-VIII; *Codarcea v. Romania*, n. 31675/04, 2 June 2009, par. 105; *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, par. 63, ECHR 2002-III; *Glass v. United Kingdom*, (Application no. 61827/00, Judgment dated 09/03/2004), par. 70-83.; *V.C v. Slovakia*, (Application no. 18968/07, Judgment dated 08/11/2011), par. 43-47 e par. 100-120; *N.B v. Slovakia*, (Application no. 29518/10, Judgment dated, 12/06/2012), par. 74-81; *G and others v. Slovakia*, (Application no. 15966/04, Judgment dated 13/11/2012), par. 120-126 e par. 135-146.

²⁰ Corte EDU, *Guerra and Others v. Italy*, 19 February 1998, Reports 1998-I, par. 60

²¹ Corte EDU, *Trocellier c. France* (dec.), no. 75725/01, par. 4, ECHR 2006-XIV.

²² Corte EDU, *X e Y c. Paesi Bassi*, sentenza del 26 marzo 1985, Serie A n. 91, p.11, par. 22.

²³ Corte EDU, *X v. Austria*, no. [8278/78](#), Commission decision of 13 December 1979, Decisions and Reports (DR) 18, p. 155.; *Y. F. v. Turkey*, no. 24209/94, par. 33, in ECHR 2003-IX.

2.1. Il diritto di rifiutare le cure mediche.

Il rifiuto alle cure mediche è un imprescindibile corollario del diritto al consenso informato, esercitabile da una persona in grado di determinarsi, ossia: cosciente, responsabile e pienamente informata delle conseguenze delle proprie scelte. In questo senso, di fronte al rifiuto esplicito del paziente, il medico ha l'obbligo giuridico di astenersi da qualsiasi azione²⁴. Tale obbligo trova il proprio fondamento in una norma di rango costituzionale²⁵, la quale garantisce al paziente l'esercizio del diritto al rifiuto del trattamento medico, anche se necessario e *quoad vitam*²⁶.

In forza di simili affermazioni, il trattamento medico – chirurgico effettuato in mancanza del consenso informato del paziente o in presenza di un rifiuto esplicito viene considerato arbitrario, e di conseguenza, in violazione dell'integrità fisica e psichica dell'individuo²⁷. In tal senso le Sezioni Unite della Corte Suprema hanno qualificato la condotta medica in

²⁴ F. Mantovani, *Biodiritto e problematiche di fine della vita*, in *Criminalia*, 2006, p. 57 ss.; *ID.*, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Cedam, Padova, 1974, p. 87.; F. Ramacci, *Statuto giuridico del medico e garanzie del malato*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, p. 1707 ss.; B. Vimercati, *Consenso*, cit., p. 111.; M. Barni, G. Dell'Osso e P. Martini, *Aspetti medico legali e riflessi deontologici del diritto di morire*, in *Riv. it. med. leg.*, I, 1981, p. 27.; F. RAMACCI, R. RIZZ, M. BARNI, *Libertà individuale e tutela della salute*, *ivi*, 1983, p. 848.; A. Manna, *Profili penalistici del trattamento medico – chirurgico*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, p. 70.; In giurisprudenza si veda Cass., 27 marzo 2001, in *Dir. Giust.*, 2001, n. 40, p. 23 ss.; Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, n. 13; Pret. Roma, 3 aprile 1991 e Pret. Treviso, 29 aprile 1999, in *Bioetica*, 2000, n. 1, p. 123 ss.; Cass., 4 luglio 2005, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 395, con nota di M. Barni.

²⁵ M. Donini, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 911; F. Giunta, *Il morire tra bioetica e diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 565.

²⁶ G. Ponzanelli, *Nancy Cruzan, La Corte Suprema degli Stati Uniti e il "right to die"*, in *Foro it.*, 2001, IV, p. 72; Lo stesso principio viene ripreso anche dal Trib. Roma, 17 ottobre 2007, (in www.ansa.it) e dalla C. Ass. Firenze, 18 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, p. 236, nella quale viene ribadito che ad ogni individuo spetta il diritto di rifiutare le cure mediche: «lasciando che la malattia segua il suo corso anche fino alle estreme conseguenze: il che a ragione non può essere considerato riconoscimento di un diritto positivo al suicidio, ma è invece la riaffermazione che la salute non è un bene che possa essere imposto coattivamente al soggetto.»; Sul rifiuto di cure inteso come scelta di vita: «rifiuto del dolore, dell'infelicità connessa alla malattia ed eventualmente anche della cura: una scelta sul modo di vivere, di completare il proprio percorso di vita». Così D. Pulitanò, *Doveri del medico*, cit., p. 1199.

²⁷ Si veda Cass. Pen., 29 maggio – 11 luglio 2002; Cass. Civ., n. 21748, 4 ottobre 2007; Cass. Pen., Sez. IV, 18 gennaio – 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 66 ss.; Cass. Pen., Sez. IV, 6 novembre – 4 dicembre 2008, n. 45126. In tal senso anche M. Pellissero, *Libertà di autodeterminazione e diritto penale*, in D. Carusi, S. Castiglione e G. Ferrando, *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino, 2011, p. 103.; M.N. Gribaudo, *Consenso*, cit., p. 8.; G. Iadecola, *La rilevanza del consenso del paziente al trattamento medico chirurgico*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, p. 42.

violazione del consenso informato come un'illegitima coazione dell'altrui volere²⁸. Tale orientamento della Corte viene condiviso da una parte autorevole della dottrina, secondo la quale il trattamento medico non può essere effettuato in presenza del rifiuto del paziente, anche se ritenuto salvavita. A tal proposito, vale la pena riprendere le considerazioni di Mantovani, secondo il quale giacché: «il soggetto non è titolare di un diritto al suicidio, non può in senso contrario nemmeno essere giuridicamente privato del diritto di non curarsi, di trascurarsi e di lasciarsi morire»²⁹. Questo orientamento mette in evidenza il risvolto negativo del diritto alla salute: «in quanto diritto di perdere la salute, di ammalarsi e di non curarsi, di vivere in fasi finali della propria esistenza secondo i canoni di dignità umana propri dell'interessato»³⁰.

Suddetto orientamento è stato confermato anche dalla Corte EDU nella sentenza riguardante il caso *Jehova's Witnesses of Moscow c. Russia* del 10 giugno 2010, concernente un paziente appartenente ai *Testimoni di Geova* il quale rifiutava di sottoporsi alla trasfusione di sangue. La Corte EDU afferma, in questo caso, il diritto del paziente all'autonomia nella consapevole scelta della terapia medica, asserendo: «perché la libertà sia piena, il paziente deve avere la possibilità di fare le scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri»³¹.

²⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Resp. civ.*, 2009, p. 881, con nota di S. Campione, *Trattamento eseguito legis artis in difetto del consenso: la svolta delle S.U. penali nella prospettiva civilistica*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1060, con nota di S. Tordini Cagli, *Profili penali del trattamento medico chirurgico in assenza del consenso*; Cass. Pen., 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 66, con nota di G. Pietra, *Trattamento medico chirurgico arbitrario: un'assenza legale non più tollerabile*; e in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1535 ss., con nota di M. Gorgoni, *Il medico non ha il diritto ma solo la potestà di curare*.

²⁹ «Negare questo diritto e predicare il dovere giuridico di curarsi, di essere sano, dovere fra l'altro concettualmente indeterminato e incontenibile, è aprire spaventose prospettive di imposizioni, di divieti, di controlli, che porterebbero involgere al limite, l'intero modo di vita del soggetto nelle sue più diverse manifestazioni (alimentazione, fumo, vestiario, sessualità e lavoro)». Così F. Mantovani, *Aspetti penalistici*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Atti del convegno di studi, Roma, 1° dicembre 1982*, Jovene Editore, Napoli, 1983, p. 157.

³⁰ Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748; Sul tema si veda anche P. Bellini, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità. Atti del convegno di studi, Roma 1° dicembre 1982*, Jovene Editore, Napoli, 1983, p. 61.; M. Portigliatti Barbos, (voce) *Diritto a morire*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, p. 4.

³¹ CEDU, *Jehova's Witnesses of Moscow c. Russia*, 10 giugno 2010, (C. 302/2002): «La libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico o di scegliere una forma alternativa di trattamento costituisce aspetto essenziale del principio di autodeterminazione e di autonomia personale. Un paziente adulto e capace è libero di decidere se sottoporsi ad un trattamento chirurgico, di ricevere una trasfusione [...] Perché la libertà sia piena, il paziente deve avere la possibilità di fare le scelte che siano coerenti con i propri punti di vista e valori, per quanto irrazionali, stolte o imprudenti queste scelte possano apparire ad altri».

Questo principio cardine viene enunciato anche nella legge n. 219/2017, art. 1, par. 6: «[...] il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile o penale». Dunque, in caso di un espresso rifiuto del trattamento medico salvavita da parte del paziente, la legge esclude la responsabilità civile o penale del medico curante. Tale concetto viene ulteriormente consolidato nell'art. 2, denominato «Terapia del dolore, divieto di ostinazione irragionevole nelle cure e dignità nella fase finale della vita», il quale prevede una garanzia per il paziente «[...] in imminenza di morte, il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati», garantendo a quest'ultimo le cure necessarie ad alleviare la sofferenza.

Da quanto sopra esposto, viene rilevata in dottrina la necessità della lettura del *dovere di garanzia del medico* sotto un altro profilo, facendo ricadere su quest'ultimo il dovere di “impedire che il paziente rimanga privo della corretta offerta dei trattamenti possibili e dell'attuazione di quelli che accetta”³² e non quello di garantire sempre, comunque e a ogni costo la salute o la vita del paziente³³.

2.2. Il diritto di sospendere un trattamento medico.

Rilevanza non marginale assume in talune circostanze anche la questione della richiesta del paziente di interrompere le cure mediche già iniziate, che si colloca a fianco al diritto di rifiutare il trattamento medico.

Il diritto di sospendere le cure da parte del paziente trova il suo fondamento nel quadro dei

³² Così L. D'Avack, *Sul consenso informato all'atto medico*, in *Dir. fam.*, n. 2/2008, p. 759; Sull'argomento si veda anche S. Canestrari, *Principi di biodiritto penale*, Il Mulino, 2015, p. 80 ss. Per A. Santosuosso, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, in *Riv. BioDiritto*, n. 1/2018, p. 86, la formulazione del comma 6 dell'art. 1 della legge n. 219 del 2017 dovrebbe comunque servire a “tranquillizzare i medici circa la possibilità di subire misure repressive” in quanto “a fronte del rifiuto del paziente, non ricorrono gli estremi dello stato di necessità (art. 54 c.p.) o della cosiddetta posizione di garanzia (art. 40 c.p.), come giustificazioni per pratiche mediche interventistiche, ispirate a una malintesa medicina difensiva”; A. Carminati, *L'affermazione del principio costituzionale di autodeterminazione terapeutica e i suoi possibili risvolti nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2019, 1-Bis - *Questioni di fine vita*, p. 19.

³³ In merito M. Donini, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 16, (https://www.penalecontemporaneo.it/upload/DONINI_2017b.pdf).

principi sopra esposti. Siffatto diritto ricopre una particolare rilevanza nei casi di trattamenti medici di lunga durata, nei quali è necessario che il consenso espresso all'inizio del trattamento persista nel corso di tutta la sua durata³⁴. In queste circostanze, la presenza del solo consenso iniziale del paziente non è sufficiente a considerare lecito il trattamento, il quale può essere sospeso in qualsiasi momento da parte dell'interessato, a condizione che la sospensione sia oggettivamente possibile.

A questo riguardo, parte della dottrina³⁵, mette in evidenza l'autonomia della persona nella scelta delle cure mediche, che risulta principalmente connessa con il personale modo d'intendere la salute, la dignità e l'identità. Di conseguenza, la sospensione delle cure è da considerare una richiesta a *essere lasciato andare* e di non interporre ulteriori ostacoli nel processo di morire, delimitando l'intervento medico unicamente ai trattamenti che alleviano il dolore³⁶.

È evidente che il rifiuto o la sospensione del trattamento medico sono tematiche molto complesse e delicate che rendono difficile il delineare di un confine tra queste ultime e l'eutanasia³⁷, ossia la richiesta esplicita e inequivocabile da parte del malato terminale, afflitto da intollerabili sofferenze fisiche e psichiche, di porre termine alla propria vita³⁸. Non mancano, a tal proposito, gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che propongono una netta distinzione tra l'esercizio del diritto alla libera autodeterminazione e l'eutanasia. Il primo trova il proprio fondamento nel diritto del malato di pretendere che il processo biologico segua il suo percorso naturale senza interferenze³⁹ e nel principio

³⁴ Art. 5, Convenzione di Oviedo: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve innanzitutto una informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento e sulle sue conseguenze e i suoi rischi. La persona interessata può, in qualsiasi momento, liberamente ritirare il proprio consenso». Lo stesso principio è stato ripreso dalla legislazione interna nel campo della sperimentazione clinica (l. n. 211/2003) e della procreazione assistita (l. n. 40/2004).

³⁵ P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e integrità della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 403 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 249.

³⁶ Sul punto P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 249.

³⁷ In tal senso si veda M.B. Magro, *The last dance*, cit., p. 24 ss.

³⁸ Sull'autonomia individuale alla fine della vita si veda D. Neri, *Il diritto di scegliere la propria fine*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C. Mazzoni, S. Rodotà, *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Giuffrè Editore, Milano, 2011, p. 1785. Si veda la definizione proposta da Cfr. P. Borsellino, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, seconda edizione, 2018, pp. 339-340.

³⁹ P. Zatti, *Rapporto medico-paziente*, cit., p. 403 ss.; P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 249 ss.; E. Furrmani, *Right to life and self-determination in end-of-life decisions: Reflections on euthanasia*, in *ICSNS XI-2020, Eleventh International Conference on: "Social and natural sciences- Global challenge 2020"*, Madrid, 2020, p. 47.

secondo cui *nessuno può essere obbligato a sottoporsi a un trattamento medico*⁴⁰, a esclusione dei casi esplicitamente previsti dalla legge.

In questo senso, gli interrogativi che si pongono in merito alla libera autodeterminazione nella relazione terapeutica ruotano attorno all'individuazione dei limiti che devono essere posti agli atti di disposizione dell'integrità psicofisica⁴¹, tenendo conto della natura fondamentale del diritto all'integrità fisica e alla vita⁴², in quanto quest'ultimi sono considerati diritti indisponibili, inalienabili e irrinunciabili che non possono essere separati dal loro titolare.

In merito a tale questione, oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza, si è espressa la Corte EDU nel caso noto *Pretty v. Gran Bretagna*⁴³, nella quale è stato domandato un'interpretazione del diritto alla vita (art. 2 CEDU) in senso negativo, e quindi, affermare il diritto dell'individuo di poter scegliere di porre fine alla propria vita, come corollario del diritto alla vita⁴⁴. La Corte EDU ha rigettato questa interpretazione, riconoscendo agli Stati un'ampia discrezionalità di regolamentazione sulle questioni di fine vita. In questo senso, in mancanza di una normativa nazionale che prevede in modo esplicito il diritto di decidere in merito alla fine della propria vita, è da escludere che questo diritto sia garantito dalla CEDU. Tuttavia, la Corte EDU riconosce che le questioni di fine vita rappresentano una delle tante dimensioni del diritto al rispetto della vita privata e familiare e sono pertanto riconducibili nell'ambito dell'art. 8 CEDU. Quest'ultimo orientamento è stato ulteriormente confermato dalla stessa Corte in varie occasioni, nelle quali i giudici di Strasburgo in relazione al diritto di ottenere un aiuto a morire attraverso la somministrazione di farmaci letali hanno affermato che: «il diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in conformità a tale decisione, è uno degli

⁴⁰ C. Cuppelli, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in *Dir. pen. cont.*, n. 12/2017, p. 127.

⁴¹ Cfr. G. Cocco, *Un punto*, cit., p. 488.; A. Santosuosso, *Questioni false*, cit., p. 85.

⁴² G. Iadecola, *Potestà*, cit., p. 117.; *ID.*, *La responsabilità*, cit., p. 957. In tal senso si veda anche M. B. Magro, *Eutanasia*, cit., p. 64; G. Casciaro, P. Santese, *Il consenso*, cit., p. 235.; A.M. Pinelli, *Libertà di curarsi e rilevanza delle decisioni di fine vita*, in M. Bianca (a cura di), *Le decisioni di fine vita*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 38 ss.; T. Pasquino, *Il bene della "vita" e l'integrità del corpo: note a margine dell'art. 5 c.c.*, p. 58 ss.

⁴³ Corte EDU, *Case of Pretty v. United Kingdom*, Application no. 2346/2002, in *Human rights case digest*, vol. 13, no. 3-4, 2002, pp. 347-353.

⁴⁴ A. Santosuosso, *Indicazione medica vs. autodeterminazione: la formazione transnazionale del diritto*, in D. Carusi, S. Castignone e G. Ferrando, *Rifiuto di cure e direttive anticipate*, Torino, 2011, p. 44 ss.

aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU»⁴⁵.

Sul tema dell'autonomia nella scelta delle cure mediche è intervenuta anche la Corte costituzionale nel 2019 con il *caso Cappato*⁴⁶, determinando in questo modo un cambio di rotta rispetto al precedente orientamento giurisprudenziale italiano. La sentenza in esame è stata considerata rivoluzionaria in quanto ha il merito d'introdurre il principio della piena e libera autodeterminazione anche nelle questioni di fine vita⁴⁷ e sottopone la tematica alla dovuta attenzione sia dal punto di vista politico che giuridico.

Nello specifico, il giudice costituzionale, rileva che il divieto assoluto di aiuto al suicidio, tradizionalmente considerato un divieto funzionale alla tutela delle persone più fragili e vulnerabili, incide in modo tale da limitare e violare il loro diritto alla libera autodeterminazione, costringendo il paziente a cure mediche non volute, senza possibilità di sospenderle, ledendo di conseguenza il principio della dignità umana⁴⁸.

La Corte, affrontando la questione, alla luce di quanto sovra esposto, si riferisce al soggetto che si trova in situazioni molto particolari: «(a) affetto da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, il quale sia (c) tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli.» In riferimento alle condizioni sopra descritte, la Corte annota che «l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, 2 comma, Cost.».

Nell'orientamento della giurisprudenza Costituzionale si evidenzia la necessità di un bilanciamento tra i beni giuridici oggetto di tutela, ossia il diritto primario e assoluto della

⁴⁵ Corte EDU, *Haas contro Svizzera*, sentenza 20 gennaio 2011; Nello stesso senso, Corte EDU, *Koch contro Germania*, sentenza 19 luglio 2012, e *Gross contro Svizzera*, sentenza 14 maggio 2013.; *Lambert and others v. France* (application no. 46043/14), 5 June 2015, par. 98.

⁴⁶ Sul tema si veda F. Viganò, *The Italian Constitutional Court on assisted suicide*, in *Criminal Justice Network*, 27 novembre 2018, (<https://www.criminaljusticenetwork.eu/en/post/the-italian-constitutional-court-on-assisted-suicide>).

⁴⁷ Cass., sentenza n. 242 del 25 settembre 2019, depositata in cancelleria il 22 novembre 2019.

⁴⁸ Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 2018, n. 207, Considerato in diritto, punto 9: «il divieto assoluto di suicidio [...] funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, finisce per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost. imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive».

vita e quello della libera autodeterminazione in campo medico, rilevando che la tutela e il fondamentale rilievo della vita umana non esclude «l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari, anche quando ciò richieda una condotta attiva [...] da parte di terzi»⁴⁹.

Con questa decisione è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità di chi aiuta un soggetto liberamente e autonomamente determinatosi al suicidio⁵⁰. La decisione ha aperto forti dibattiti nell'ambito della dottrina penalistica, in particolar modo, per quanto riguarda le implicazioni che essa comporta nelle questioni di fine vita, poiché come si evidenzia, la Corte costituzionale interpreta il diritto alla libera autodeterminazione nelle cure mediche in modo estensivo, includendo in esso anche il diritto di decidere come e quando porre fine alla propria esistenza⁵¹.

3. Riflessioni sul diritto alla libera autodeterminazione nella legislazione albanese.

A differenza della normativa italiana, la quale garantisce costituzionalmente il diritto alla libera autodeterminazione in quanto diritto fondamentale della persona (art. 32, comma 2, Cost.), la Costituzione albanese, anche se relativamente giovane, adottata solo nel 1998, non contiene una previsione di questa portata.

Tuttavia, il diritto alla libera autodeterminazione in campo medico, in tutte le sue manifestazioni (diritto al consenso informato, rifiuto e sospensione del trattamento medico), trova affermazione nella legislazione albanese. Questo diritto fondamentale della persona viene affermato in primo luogo nella legge di ratifica della Convenzione di Oviedo

⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, considerato in diritto, punto 2.3: «il fondamentale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva [...] da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto 'ad una morte rapida'».

⁵⁰ Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, punto 6 del Considerato in diritto. Sul tema M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, cit., p. 7 ss.

⁵¹ D. Pulitanò, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, in *Dir. pen. cont.*, n. 7-8/2018, p. 59.; F. Lazzeri, *La Corte costituzionale traccia la via alla liceità delle condotte di aiuto al suicidio "medicalizzato"*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, p. 3, (<https://www.penalcontemporaneo.it/upload/5107-lazzeri2019a.pdf>).

sui diritti dell'uomo nei confronti della biomedicina⁵² e in alcune leggi ordinarie in tema di trattamenti medici⁵³, tra le quali si possono richiamare: la *legge sull'assistenza sanitaria*, n. 10107/2009⁵⁴, nell'art. 6, denominato «Responsabilità e diritti dei cittadini», nei commi 2/b e 2/ç, prevede rispettivamente il diritto di ogni persona di essere informata sul mantenimento e miglioramento della propria salute, al fine di prendere decisioni e il diritto di esprimere il consenso informato; la *legge sul trapianto di tessuti, cellule e organi nella Repubblica d'Albania*, n. 10454/2011⁵⁵, nell'art. 15 prevede espressamente il diritto al consenso informato del donatore; la *legge sul servizio di trasfusione di sangue*, n. 9739/2007 (negli artt. 7 e 8)⁵⁶; la *legge sull'interruzione della gravidanza*, n. 8045/1995⁵⁷, negli artt. 4 e 6, prevede il dovere del personale medico di informare il paziente e il diritto di prestare il proprio consenso dopo essersi informato (art.7); la *legge sulla salute riproduttiva*, n. 8876/2002, la quale garantisce fra altri anche il diritto al consenso informato⁵⁸, annunciando che: «qualsiasi intervento medico relativo alla salute riproduttiva e sessuale deve essere eseguito con il consenso (accettazione) della persona su cui verrà eseguito l'intervento»⁵⁹; la *legge sulla salute mentale*, n. 44/2012 (art. 6)⁶⁰; e infine la *legge*

⁵² Ligji nr. 10 339, datë 28.10.2010 *Për aderimin e Republikës së Shqipërisë në Konventën për të Drejtat e Njeriut dhe Biomjekësinë*, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr. 159, datë 03.12.2010, p. 8327.

⁵³ E. Furramani, *Informed consent and its relevance on medical-surgical treatment*, in *Buletin shkencor*, Universiteti Luigj Gurakuqi nr. 8, Shkodër, 2014, p. 50.

⁵⁴ Ligji Nr.10 107, datë 30.3.2009 *Për kujdesin shëndetësor në Republikën e Shqipërisë*, i ndryshuar me ligjin nr. 27/2019, *Për disa ndryshime dhe shtesa në ligjin nr. 10 107, datë 30.3.2009, "Për kujdesin shëndetësor në Republikën e Shqipërisë"*, të ndryshuar.

⁵⁵ *Ligji për transplantimin e indeve, të qelizave dhe të organeve në Republikën e Shqipërisë*, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë nr. 107, datë. 09/08/2011.

⁵⁶ La legge n. 9739, del 21 maggio 2007 *Sul servizio di trasfusione di sangue nella Repubblica dell'Albania*, nell'articolo 8 prevede il diritto del donatore del sangue di prestare il proprio consenso dopo aver ricevuto e capito le informazioni riguardanti il trattamento sanitario.

⁵⁷ Ligji për ndërprerjen e shtatzanisë, nr. 8045, datë, 7.12.1995, in GJ. Koja, A. Shehi, A. Njerrena e I. Minga (a cura di) *Legjislacioni shëndetësor në Republikën e Shqipërisë për periudhën 1992-2010, vol. I*, Tirane 2010, p. 48.

⁵⁸ Ligji për shëndetin riprodhues, nr. 8876, datë 4.4.2002, art. 6, par. 1, «1. Çdo grua, e lirë dhe e përjashtuar nga çdo formë diskriminimi, detyrimi dhe dhune, ka të drejtë për t'u kontrolluar e për të vendosur lirisht për të gjitha çështjet që lidhen me seksualitetin e saj dhe shëndetin seksual e riprodhues». Art 8, par. 2: «2. Ky ligj i garanton çdo individ vendimmarrjen për ushtrimin e të drejtave riprodhuese sipas dëshirës dhe interesit të tyre të lirë nga diskriminimi, detyrimi dhe dhuna».

⁵⁹ Ligji për shëndetin riprodhues, nr. 8876, datë 4.4.2002, art. 9, punto b: «çdo ndërhyrje mjekësore e lidhur me shëndetin riprodhues dhe seksual duhet kryer me pëlqimin (pranimin) e personit mbi të cilin do të kryhet ndërhyrja»; art. 15: «2. Sterilizimi është një metodë e ligjshme për planifikimin familjar dhe kryhet vetëm kur: a) pacienti jep pëlqimin me shkrim; a) individ plotëson kriterin moshë».

⁶⁰ Ligji n. 44/2012 *Për shëndetin mendor*, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë, nr. 53, 16 maj 2012, p. 2679, art. 6, Të drejtat e personave me çrregullime të shëndetit mendor: «ç) të drejtën për të pranuar ose jo ndërhyrjen e propozuar diagnostike e terapeutike, përveç rasteve të tjera të parashikuara në këtë ligj; d) të drejtën për të marrë informacionin e duhur për të drejtat e tyre, si dhe për të qenë pjesë e hartimit të planit individual të trajtimit; f) të drejtën për të mos u detyruar forcërisht të ekzaminohen nga pikëpamja

sulle cure palliative, n. 138/2014⁶¹, la quale garantisce il diritto del paziente sottoposto a cure palliative di essere informato in merito alla malattia, corretta diagnosi e prognosi di patologia, riconoscendo tra l'altro il diritto di scegliere le modalità e il tipo di cure mediche o di opporsi a esse, il diritto di prendere decisioni e di prestare il consenso al trattamento. Ruolo fondamentale nell'affermare il diritto alla libera autodeterminazione è da riconoscere alla Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina⁶², ratificata nel 2010, la quale nella gerarchia delle fonti nell'ordinamento albanese si trova subito dopo la Costituzione, rappresentando lo strumento legislativo principale che garantisce questo principio cardine.

Come noto, la Convenzione nell'art. 5 prevede esplicitamente la libera autodeterminazione della persona in campo medico, riconoscendo alla stessa il diritto di esprimere il proprio consenso informato dopo avere ricevuto un'informazione adeguata sullo scopo e natura dell'intervento, conseguenze e rischi di quest'ultimo, e contemporaneamente riconosce la libertà di ritirare tale consenso in ogni momento, ovvero il diritto di rifiutare il trattamento medico, anche quello già in atto⁶³. Va tenuto presente come la previsione normativa dell'art. 5: «Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato», risalta il principio dell'incoercibilità del trattamento medico sanitario, alla luce del quale nessun trattamento può essere imposto coattivamente contro la volontà della persona interessata⁶⁴, a esclusione dei casi esplicitamente previsti per legge⁶⁵.

Riferimento al consenso informato viene fatto anche nel Codice penale albanese, nella parte

mjekësore, me qëllim përcaktimin e një çrregullimi të shëndetit mendor të mundshëm, me përjashtim të rasteve dhe sipas procedurës së përshkruar në këtë ligj (Neni 20, Trajtim i pavullnetshem)».

⁶¹ Ligji për kujdesin paliativ në Republikën e Shqipërisë, nr. 138/2014, art. 5, Të drejtat e pacientëve në kujdes paliativ: «Pacientët, gjatë marrjes së kujdesit paliativ, gëzojnë këto të drejta: a) marrjen e kujdesit paliativ të arritshëm dhe efikas; b) marrjen e informacionit për sëmundjen, prognozën dhe mënyrën e trajtimit; c) njohjen në mënyrë të përshtatshme me diagnozën dhe prognozën e vërtetë e të saktë të sëmundjes; ç) zgjedhjen e mënyrës e të llojit të trajtimit mjekësor ose kundërshtimin e tyre; d) ruajtjen e konfidencialitetit për gjendjen shëndetësore; 2 dh) marrjen e vendimeve dhe dhënien e pëlqimit për trajtimin».

⁶² Ligji nr. 10 339, datë 28.10.2010, *Për aderimin e Republikës së Shqipërisë në Konventën për të Drejtat e Njeriut dhe Biomjekësinë, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë*, nr. 159, datë 03.12.2010, p. 8327.

⁶³ Art. 5, Convenzione sui Diritti dell'Uomo e la Biomedicina, Oviedo, 4 aprile 1997.

⁶⁴ G.M. Flick, *La salute nella Costituzione italiana: un diritto fondamentale, un interesse di tutti*, in AA.VV., *La responsabilità medica*, Osservatorio "Giordano dell'Amore", Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 15.; P. Vallini, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 70.; A. Santosuosso, *Autodeterminazione*, cit., p. 38.

⁶⁵ Art. 20, *Legge sulla salute mentale*, n. 44/2012 (Ligji për shëndetin mendor, nr. 44/2012).

generale dove vengono previsti gli obblighi da imporre al detenuto in affidamento in prova (art. 60 c.p.) e dal Codice di giustizia penale minorile⁶⁶ (art. 115, denominato *assistenza e trattamento sanitario per il minore*). In particolare, nell'art. 60 c.p. in riferimento all'obbligo di riabilitazione per i soggetti tossicodipendenti e alcool dipendenti, prevede che quest'ultimi vengono effettuati solo attraverso il consenso informato dell'interessato. Questa previsione del consenso informato è stata introdotta con la modifica del codice penale attraverso la legge n. 36/2017. Invece, nell'art. 93 c.p., è previsto il delitto dell'*interruzione della gravidanza senza il consenso della donna*, in cui l'assenza del consenso informato della persona interessata è espressamente prevista come illecito penale. Un ulteriore richiamo al diritto al consenso informato viene fatto dal *Codice di etica e deontologia medica* del 2011 e dalla *Carta albanese dei diritti del paziente* del 2010, la prima approvata dall'ordine dei medici e la seconda con un decreto del Ministero della salute.

In particolare, il *Codice di etica e deontologia medica* prevede nell'art. 25, il diritto del paziente di essere informato:

«Sulla malattia, sugli esami e sui farmaci che li vengono proposti e sui loro risultati. Il medico ha il dovere d'informare il paziente in modo sincero e comprensibile, tenendo conto in ogni caso della sua personalità e condizione psichica.

Se il paziente ha meno di 16 anni o non è in grado di comprendere le sue condizioni e il trattamento che li viene proposto, le informazioni vengono fornite al familiare che ha la tutela del minore.

Quando il medico valuta che l'informazione rischia di danneggiare le sue condizioni psichiche o la sua salute, non ha l'obbligo d'informarlo [...]. Una grave diagnosi e una prognosi fatale devono essere scoperte molto prudentemente. Tuttavia, i membri della famiglia dovrebbero essere informati e avvertiti, a parte i casi quando il paziente stesso ha precedentemente determinato le persone che potrebbero essere informate sulle sue condizioni di salute.”

Nell'art. 28 del codice è previsto il diritto al consenso informato: “è dovere di ogni medico ottenere il consenso del paziente prima di qualsiasi intervento, esame o trattamento proposto, dopo averlo informato dettagliatamente ed essere convinto che il paziente abbia capito. Quando il paziente, in grado di esprimere la sua volontà, rifiuta l'intervento

⁶⁶ Ligji nr. 37/2017, *Kodi i drejtësisë penale për të mitur*.

proposto, il medico deve accettare la volontà del paziente dopo averlo informato di tutti i rischi che possono derivare da tale rifiuto. [...] L'informazione al paziente e il suo consenso o rifiuto vano espressi per iscritto nella cartella clinica del paziente è firmata da lui, dal rappresentante legale o dal tutore»⁶⁷.

Sulla base di quanto sopra esposto, si evidenzia che l'acquisizione del consenso informato rappresenta un processo molto complesso che si basa sul rapporto di fiducia medico paziente e richiede un duplice scambio di informazioni. Da una parte, il medico deve dare al paziente tutte le informazioni necessarie relative alla diagnosi, prognosi, rischi e benefici del trattamento medico e dall'altra parte il paziente deve comunicare al medico informazioni sul suo stato clinico in modo da aiutarlo a fare una diagnosi e cura corretta⁶⁸. In tal senso, viene valorizzata la comunicazione dell'informazione al paziente, la quale deve essere chiara, appropriata, in un linguaggio semplice⁶⁹ e comprensibile e deve dare a quest'ultimo la possibilità di fare la scelta più giusta nel proprio interesse⁷⁰.

Il diritto al consenso informato è successivamente affermato nella *Carta albanese dei diritti del paziente*, approvata con decreto del Ministero della salute, n. 657 del 15 febbraio 2010, la quale riproduce fiduciosamente tutti i diritti riconosciuti dalla *Carta europea dei diritti del malato*. In particolare, nell'art. 3, della Carta sancisce il diritto del paziente di essere informato sul proprio stato di salute, servizi sanitari e le modalità del loro utilizzo, nonché su qualsiasi ricerca scientifica o innovazione tecnologica che potrebbe essere utilizzata⁷¹. Di particolare interesse è l'esplicita previsione della personalizzazione delle modalità di comunicazione delle informazioni necessarie, le quali devono tenere conto della religione, etnia e lingua del paziente⁷².

⁶⁷ Art. 28, *ibidem*.

⁶⁸ B. Çipi, *Konsenti*, cit., p. 20.

⁶⁹ Art. 28, *Codice di Etica e Deontologia medica dell'Albania*, 2011.; In tal senso Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016.; B. Çipi, *Aspekte etike dhe historike të sekretit mjekësor*, in *Buletin i urdhrit të mjekëve të Shqipërisë*, nr. 1, Janar – Prill 2012, p. 23 ss.

⁷⁰ B. Çipi, *Konsenti*, cit., p. 21.; B. Hoerni, *75 reflexion sur la médecine*, 1992, p. 207-210; M. Mano, *Etika*, cit., p. 371.

⁷¹ *Karta Shqiptare e të Drejtave të Pacientit*, miratuar nga Ministria e Shëndetësisë me Urdhër, nr. 657, 15.02.2010. Art. 3, «I servizi sanitari, così come i fornitori e i professionisti devono assicurare una informazione ritagliata sul paziente, tenendo in particolare conto le sue specificità religiose, etniche o linguistiche. I servizi sanitari hanno il dovere di rendere tutte le informazioni facilmente accessibili, rimuovendo gli ostacoli burocratici, educando i fornitori di assistenza sanitaria, preparando e distribuendo materiale informativo». In tal senso si veda Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016, par. 27.

⁷² In merito si veda P. Agalliu, *Të drejtat e pacientëve dhe roli i avokatit për mbrojtjen e tyre*, in *Revista Avokatia*, n. 30/2020, (<http://avokatia.al/>).

L'art. 4 della Carta prevede il diritto al consenso informato del paziente, garantendo il diritto di accedere a tutte le informazioni necessarie che lo aiutano a partecipare attivamente nelle decisioni relative al proprio stato di salute. Sulla base di questa previsione l'informazione rappresenta una condizione indispensabile per il trattamento medico⁷³.

Alla luce del quadro normativo sopra esposto emerge che il principio della libera autodeterminazione rappresenta uno strumento indispensabile all'interno della relazione medico – paziente con la finalità principale la tutela dell'integrità psicofisica di quest'ultimo⁷⁴. Questo principio cardine richiede una lettura combinata dei diritti esplicitamente richiamati e garantiti dalla Costituzione come il diritto alla dignità della persona⁷⁵, il diritto alla libertà personale⁷⁶, il diritto alla vita privata e familiare⁷⁷ e il diritto alla salute⁷⁸, in quanto «uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non solo una semplice assenza di malattia o infermità». In tal senso, il principio della libera autodeterminazione deve riguardare tutti gli aspetti della dimensione terapeutica.

Al di là delle questioni generali, vale la pena menzionare anche alcuni fatti non certo irrilevanti da tenere in debita considerazione. In primo luogo, si evidenzia che una parte della dottrina albanese riconduce il rispetto del consenso informato a una regola prevalentemente etica che incide sul rapporto di fiducia creatosi tra il medico e il paziente. Altra parte della dottrina lo considera un meccanismo che se rispettato, esonera il medico dalla responsabilità civile⁷⁹ o penale nel caso in cui si verificano gli eventi dannosi sui quali il paziente è stato informato, fungendo da causa di esclusione della pericolosità sociale della condotta⁸⁰. In quest'ottica si evidenzia il rischio della trasformazione del consenso informato in un semplice adempimento burocratico difensivo del rapporto terapeutico.

Questo rischio, in particolar modo, è connesso con le modalità di prestazione del consenso

⁷³ Art. 4, *Karta Shqiptare e të Drejtave të Pacientit*, cit.

⁷⁴ In questa direzione si veda F. Brahimaj, *Konsenti*, cit., p. 5.

⁷⁵ Art. 3, Costituzione della Repubblica d'Albania.

⁷⁶ Art. 27, *ibidem*.

⁷⁷ Art. 53, *ibidem*; Si veda a tal proposito la giurisprudenza della Corte EDU *Trocellier v. France* (dec.), n. 75725/01, par. 4, ECHR 2006-XIV, par. 4; *Vo v. France* [GC], n. 53924/00, par. 89, CEDU 2004-VIII; *Codarcea v. Romania*, n. 31675/04, 2 June 2009, par. 105; e *Pretty v. United Kingdom*, n. 2346/02, par. 63, ECHR 2002-III; *Glass v. United Kingdom*, (Application no. 61827/00, Judgment dated 09/03/2004), par.70-83.

⁷⁸ Art. 55, *Costituzione della Repubblica dell'Albania*; Si veda anche l'interpretazione offerta dalla Corte di Fier nella decisione n. 62-2016-3455(884), del 18/07/2016 (Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016.)

⁷⁹ E. PAPAGJONI, *Përgjegjësia civile në kujdesin shëndetësor - Padia: Një ekuacion juridik në fushëbetejat gjyqësore*, in *Revista Avokatia*, n. 33/2020, (<http://avokatia.al/>).

⁸⁰ S.H. Muçi, *E drejta penale. Pjesa e pergjithshme*, Tirane, 2012, p. 206.

informato, attraverso la sottoscrizione dei c.d. *Moduli standard prestampati* da parte del paziente. Pratica questa che ha un impatto negativo sul particolare rapporto fiduciario instaurato tra il medico e il paziente⁸¹, e pertanto di fatto, incide direttamente sul venir meno della reale comunicazione paziente – sanitario che consentirebbe la normale acquisizione dell'informazione necessaria ai fini del consenso⁸². Per questo motivo, le modalità di prestazione del consenso informato attraverso i moduli prestampati sono viste con un atteggiamento fortemente critico. Non si può certo negare il rischio che comporta una simile pratica di sottoscrizione, innanzitutto nel rendere l'informazione trasmessa astratta e incompresa⁸³, in contrasto con la vera natura e il ruolo attribuito al consenso informato.

Nonostante l'ampia previsione del diritto alla libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche nella legislazione albanese, manca una legge che disciplini la materia in modo esaustivo e dettagliato, specie in merito alle conseguenze della violazione di questo diritto, che a quanto pare, risultano circoscritte nell'ambito della responsabilità etica o disciplinare, tranne la previsione esplicita del Codice penale. È senz'altro vero che questa omissione legislativa può dare luogo a rilevanti problemi di interpretazione del diritto alla libera autodeterminazione.

Di recente, la giurisprudenza albanese ha cominciato a trattare la questione del consenso informato e dei suoi requisiti⁸⁴, considerando la violazione di tale diritto fonte di responsabilità civile, malgrado la mancanza di una previsione esplicita nella legislazione albanese⁸⁵. In questo senso, la violazione del diritto al consenso informato, nei casi di

⁸¹ Cass., Sez. III, 27 giugno 2011, n. 14110 (in: www.legge-e-giustizia.it); In tal senso anche L. Bellanova, *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 163 ss.; E. Turillazzi, *In tema di consenso informato. Giacché tutto è fatto per un fine, tutto è necessariamente per il miglior fine*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, I, p. 207.

⁸² Così AA. VV., *Informazione e consenso all'atto medico. Comitato nazionale per la Bioetica*, 2 giugno 1992, a cura di D. Bordignon, cit., p. 174.

⁸³ L. Bellanova, *Il dovere*, cit., p. 168; G. Ferrano, *Informazione*, cit., pp. 417-418.

⁸⁴ Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016; Gjykata e Rrethit Gjyqësor Tiranë, Vendim nr. 6301, datë 05/06/2013.; E. Papagjoni, *Përgjegjësia civile në kujdesin shëndetësor. Padia: Një ekuacion juridik në fushëbetejat gjyqësore*, in *Revista Avokatia*, n. 33/2020 (<http://avokatia.al/>).

⁸⁵ Gjykata e Rrethit Gjyqësor Fier, Vendim nr. 62-2016-3455(884), datë 18/07/2016, par. 27: «Trajtimi mjekësor pa pëlqimin e pacientit për shkak të vullnetit të vesuar të tij, do t'i jepte pacientit të drejtën për të kërkuar dëmshpërblim. Ky informacion duhet të jepet paraprakisht për ta vënë pacientin në kushtet për të marrë pjesë aktive në zgjedhjet terapeutike që i përkasin gjendjes së tij shëndetësore. Informacioni duhet të jetë në përputhje me standartin mjekësor të kohës dhe përsa i përket kuptimit dhe marrjes së informacionit nga pacienti, ai duhet t'i përgjigjet standartit të "pacientit të arsyeshëm"».

mancaza totale o parziale dell'informazione, fa sorgere in capo al medico la responsabilità civile a prescindere dal rispetto delle regole dell'arte medica, e indipendentemente dalla verifica di un evento lesivo della salute o vita del paziente. A tal proposito, l'orientamento giurisprudenziale considera *danno* la violazione del diritto del paziente all'informazione, per non aver dato a quest'ultimo la possibilità di scegliere il momento in cui sottoporsi all'intervento e il tipo di trattamento⁸⁶.

Nella dottrina, prevale al momento l'orientamento che esclude la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario, ossia eseguito senza il consenso del paziente, che sia nell'interesse e beneficio della salute del paziente⁸⁷. In questo contesto, la violazione del diritto al consenso informato del trattamento terapeutico non viene considerata penalmente rilevante, in ossequio al principio di tassatività e determinatezza della fattispecie penale, considerato che manca nel Codice penale la previsione di un simile reato, tuttavia essa è fonte di responsabilità sul piano etico, disciplinare e civile.

In questo senso, si può richiamare il caso di una paziente affetta da calcoli renali, sottoposta a un intervento chirurgico in cui uno dei suoi reni è stato rimosso perché completamente distrutto, senza informarla sulla tipologia del trattamento e senza ottenere preventivamente il suo consenso informato. Nel caso di specie, la paziente era venuta a conoscenza della mancanza del rene casualmente, attraverso un esame ecografico dell'addome. In seguito alla denuncia da parte della paziente all'ordine dei medici, il caso è stato qualificato come una semplice violazione delle regole di etica e deontologia medica, dal momento che non è stato evidenziato nessun danno alla salute⁸⁸.

Questo orientamento lo ritroviamo condiviso anche da una parte della dottrina e giurisprudenza italiana, la quale esclude la rilevanza penale del trattamento medico arbitrario eseguito nel rispetto delle regole dell'arte medica (*legis artis*), seguito da un esito benefico per il paziente. In questo senso, sotto il profilo oggettivo, nel trattamento medico arbitrario seguito da esito fausto, ossia con un conseguente miglioramento complessivo dello stato di salute del paziente, è impossibile riscontrare la presenza della malattia, quale apprezzabile danno alla salute con conseguente menomazione funzionale dell'organismo,

⁸⁶ *Ibidem*, par. 31.

⁸⁷ I. Elezi, S. Kcupi e M. Haxhia, *Komentari i kodit penal të Republikës së Shqipërisë (pjesa e përgjithshme)*, West Print, Tiranë, 2009, p. 152.; A. Çela, *et al.*, *E drejta penale e Republikës Popullore të Shqipërisë (pjesa e përgjithshme)*, Universiteti i Tiranës "Enver Hoxha", Tiranë, 1982, p. 194.; Cfr. Sh. Muçi, *E drejta penale*, cit., p. 206.

⁸⁸ B. Çipi, *Konsenti dhe informimi i të sëmurit*, 16.09.2017, in sot.com.al.

richiesta dalla fattispecie penale di lesioni personali ai sensi dell'art. 582 c.p.⁸⁹ o dalla fattispecie di omicidio preterintenzionale ai sensi dell'art. 584 c.p.⁹⁰.

Invece, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, il trattamento medico – chirurgico arbitrario manca del dolo intenzionale diretto a provocare lesioni personali. A tal proposito, la giurisprudenza della Corte Suprema italiana ha statuito che il trattamento caratterizzato dalla finalità terapeutica che: «comporta di conseguenza un giudizio positivo sul miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute del paziente»⁹¹, eseguito nel rispetto delle regole dell'arte medica, non può essere connotato dalla presenza del dolo intenzionale, quale elemento essenziale richiesto ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali *ex art.* 582 c.p.⁹², e si trova fuori dalle fattispecie penali previste dagli artt. 584 e 610 c.p.⁹³ che prevedono rispettivamente il delitto di omicidio preterintenzionale e la violenza privata⁹⁴. Opinare diversamente, equivale ad ammettere automaticamente la responsabilità del medico a titolo di lesioni volontarie per la sola mancanza del consenso

⁸⁹ In tal senso A. Manna, *La responsabilità*, cit., p. 611.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Così Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008 – 21 gennaio 2009, n. 2437: «ove il medico sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, e tale intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *legis artis*, si sia concluso con esito fausto, nel senso che dall'intervento è derivato un'apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle alternative ipotizzabili, e senza che ci fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo, tale condotta è priva di rilevanza penale, tanto sotto il profilo della fattispecie di lesione personale di cui all'art. 582 c.p., che sotto quello del reato di violenza privata di cui all'art. 610 c.p.». In tal senso si veda anche App. Bari, Sez. III, 20 settembre 2011, (in: www.giurisprudenzabarese.it).

⁹² *Ibid.*; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437: «l'attività medico – chirurgica per essere considerata legittima necessità l'acquisizione del consenso informato rilasciato dal paziente, salvo le eccezioni previste dalla legge. Non ricorre però alcuna fattispecie penale nel caso in cui il medico, pur in assenza di un valido consenso del paziente, abbia agito secondo le *lex artis* e l'intervento si sia concluso con esito benefico per la salute del paziente, da intendersi come miglioramento della patologia da cui era affetto». Nella stessa direzione anche Cass. Pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, con nota di G. Pietra, *Trattamento medico chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, I, p. 70.; Cass. Pen., Sez. I, 29 maggio 2002, n. 528, in *Studium iuris*, 2003, p. 511, con nota di Vagnoli, nella quale la Corte ha affermato: «malgrado l'assenza di un consenso informato del paziente – e sempre che non sussista un dissenso espresso dello stesso al trattamento terapeutico prospettato – deve escludersi che il medico sia penalmente responsabile delle lesioni alla vita o dell'intangibilità fisica e psichica del paziente sul quale ha operato in osservanza delle *legis artis*, poiché l'attività terapeutica essendo strumentale alla garanzia del diritto alla salute previsto dall'art. 32 Cost., è autorizzata e disaminata dall'ordinamento ed è quindi scriminata da uno stato di necessità ontologicamente intrinseco, senza che sia necessario fare riferimento alle cause di giustificazione codificate».

⁹³ Secondo Eusebi l'atto medico in assenza del consenso informato del paziente non debba considerarsi lecito solo per il fatto di essere realizzato *legis artis*, ma considerato la finalità di simile condotta, che è quella di contrastare la malattia, e quindi, di per sé non possa reputarsi rilevante ai fini del delitto di lesioni personali volontarie *ex art.* 582 c.p., qualunque sia l'esito. L. Eusebi, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1995, p. 728.

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437.

informato⁹⁵.

In quest'ottica, il trattamento medico terapeutico ha la finalità di favorire le condizioni di vita, di ripristinare la salute o ad attenuare i disturbi che infliggono la persona⁹⁶, di logica la condotta medica si distingue nettamente dalla condotta del malfattore intenzionata e diretta a cagionare una lesione dell'integrità psicofisica del soggetto⁹⁷.

È da evidenziare anche un altro orientamento nella dottrina italiana, il quale considera il trattamento medico – chirurgico arbitrario nell'area del penalmente rilevante, indipendentemente dall'esito, poiché la finalità terapeutica del trattamento non viene considerata idonea a scriminare la condotta medica. A parere di questa parte della dottrina⁹⁸ l'attività medico – chirurgica incide sulla sfera fisica del paziente e solamente nel caso in cui sia presente il consenso informato di quest'ultimo, la condotta medica non configura un illecito contro l'incolumità individuale. Quando, invece, il trattamento viene eseguito in presenza del consenso del paziente, indipendentemente dall'esito, l'attività medica risulta scriminata, poiché il consenso opera come causa di giustificazione rispetto alla sussistenza dell'illecito⁹⁹. Sulla base di questo orientamento dottrinale¹⁰⁰, il trattamento medico – chirurgico arbitrario, quando è presente l'elemento del dolo e la consapevolezza da parte del medico di non aver permesso al paziente di poter disporre del proprio diritto alla salute, è riconducibile al paradigma tipico del delitto di lesione personale volontaria *ex art. 582 c.p.*

In merito al trattamento medico – chirurgico non terapeutico, compreso qui l'esperimento scientifico, eseguito in assenza del consenso informato del paziente, prevale nella dottrina albanese l'orientamento che qualifica la condotta medica come rilevante penalmente, in quanto quest'ultima si pone in violazione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona¹⁰¹, configurando il delitto di lesione personale ai sensi degli artt. 88, 89 del Codice penale albanese¹⁰².

⁹⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, con nota di G. Pietra, *Trattamento*, cit., p. 75.

⁹⁶ A. Crespi, *La responsabilità*, cit., p. 6.

⁹⁷ M.N. Gribaudo, *Consenso*, cit., p. 56.

⁹⁸ L. Eusebi, *Sul mancato consenso*, cit., p. 728.; D. Rodrigues, *Ancora*, cit., p. 1153.; G. Passacantando, *Problematiche in tema di consenso informato e responsabilità penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, p. 241.

⁹⁹ M. Bilancetti, *La responsabilità*, cit., p. 272.

¹⁰⁰ Cfr. A. Manna, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, p. 610.; M. Pellissero, *Intervento medico in assenza del consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 372 ss.

¹⁰¹ I. Elezi, *E drejta penale, pjesa e posaçme*, Tirane, 2014, p. 87.

¹⁰² *Ibidem*.

<Tale impostazione trova un punto di contatto con la dottrina e giurisprudenza¹⁰³ italiana, la quale considera il trattamento medico – chirurgico non terapeutico arbitrario idoneo a configurare il delitto di lesioni personali ai sensi dell’art. 582 c.p., sia per quanto riguarda l’elemento oggettivo che quello soggettivo¹⁰⁴. Sotto il primo profilo, la condotta medica a scopo non terapeutico, estranea al miglioramento dello stato di salute del paziente, effettuata in assenza del consenso informato dell’interessato, è idonea a cagionare una malattia del corpo e della mente. Per quanto riguarda il profilo soggettivo, ci troviamo in presenza del dolo diretto e intenzionale richiesto dal delitto di lesione personale, poiché si è in presenza dell’agire del medico con la coscienza e la consapevolezza di ledere l’integrità fisica o psichica del soggetto.

Sulle questioni di fine vita ed eutanasia¹⁰⁵, invece, risulta pacifico nell’ordinamento giuridico albanese l’illecita di simile condotta. Secondo un’autorevole dottrina, qualsiasi condotta da parte dei terzi diretta ad aiutare o provocare la morte di un soggetto, configura il delitto di omicidio volontario *ex art. 76* del Codice penale albanese¹⁰⁶. Non manca a tal proposito l’orientamento dottrinale che mette in discussione la configurabilità di tale delitto¹⁰⁷, influenzato dalla nuova filosofia del diritto alla vita, qualità della vita e dignità dell’essere umano.

Concludendo, si evidenzia che nonostante la previsione normativa, il principio della libera

¹⁰³ Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521: «risponderà di omicidio preterintenzionale [...] il medico che sottoponga il paziente a un evento (dal quale poi consegue la morte), in mancanza di alcuna finalità terapeutica, per fini estranei alla tutela della salute del paziente, come quando provochi coscientemente un’inutile mutilazione o agisca per scopi estranei alla tutela della salute del paziente (scopi scientifici o di ricerca scientifica, sperimentazione, scopi dimostrativi, didattici, o addirittura esibizionistici, scopi di pura estetica non accettati dal paziente)». Nello stesso senso anche Cass. Pen., 8 giugno 2010, n. 21799, secondo la Corte l’ipotesi dolosa e configurabile: «nei casi in cui la menomazione venga provocata, intenzionalmente, per scopi scientifici o di ricerca, nei casi di interventi demolitivi coscientemente inutili, nei casi in cui il medico proceda ad un’amputazione per curare una patologia che sa poter essere affrontata agevolmente con diversi mezzi terapeutici, ecc, o altri casi marginali». In tal senso anche il Tribunale di Milano, con la decisione del 21 luglio 2000, ha ravvisato la responsabilità del medico *ex art. 582 c.p.* a fronte della somministrazione di una terapia a base di insulina a scopo antiabortivo, applicata in assenza dei protocolli accettati dalla comunità scientifica, che abbia determinato crisi ipoglicemiche e conseguenti inabilità temporanee, senza il consenso informato della paziente, sia sotto il profilo della terapia sperimentale che alla terapia in uso secondo la prassi medica diffusa.

¹⁰⁴ Sul tema si veda W. Beulke e A. Diebner, “[...] *Un piccolo taglio per un uomo, una grande tematica per l’umanità*”. *Perche la sentenza del Landergericht di Colonia sulla circoncisione di un minore per motivi religiosi non convince*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, I, p. 839 ss.

¹⁰⁵ A. Shegani, *Euthanasia, last life right and Albanian legislation*, in *diritto.it*, 24 novembre 2011.

¹⁰⁶ I. Elezi, *E drejta penale*, cit., p. 38.; E. Bana (Canaj), A. Tepshi e S. Veliu, *Legalising euthanasia in Albania? To Act or Not To Act: That Is the Question*, in *Polis International Scientific Journal*, n. 17/2018, pp. 51, 58.; Il divieto di accelerare o provocare la morte viene previsto anche dalla *legge sulle cure palliative*, n. 138 /2014, nell’art 4, denominato *Principi di erogazione delle cure palliative*.

¹⁰⁷ O. Naqellari, *E drejta për të vdekur me dinjitet*, in *Jeta juridike*, r. 1/2009.

autodeterminazione in campo medico, non sembra abbia trovato l'attenzione dovuta da parte della giurisprudenza e della dottrina albanese, le quali solo recentemente hanno cominciato a trattare la questione. Dall'altra parte la riconducibilità del trattamento medico eseguito in assenza del consenso informato a una semplice violazione delle regole di etica e deontologia medica può comportare dei rischi. *In primis*, si rischia di non riconoscere il ruolo fondamentale del consenso informato in quanto diretto a tutelare l'integrità psicofisica, salute, vita e dignità della persona. *In secundis*, la responsabilità etica o disciplinare del medico può risultare da sola insufficiente a orientare tutti i comportamenti medici, specie quelli radicalmente fondati su paradigmi di tipo paternalistico¹⁰⁸.

In questo contesto, nasce la necessità di un intervento del legislatore con una normativa dettagliata che riconosca la rilevanza del consenso informato all'interno del rapporto terapeutico, in modo tale da tutelare e garantire il diritto del paziente alla piena e libera autodeterminazione nella scelta delle cure mediche.

Abstract: Il diritto alla libera autodeterminazione del paziente nella scelta delle cure mediche raffigura un diritto fondamentale della persona e una condizione indispensabile nella relazione terapeutica, finalizzato alla tutela dell'integrità psicofisica, salute, vita e dignità dell'essere umano. Questo diritto in continua evoluzione rappresenta oggi una delle tematiche più complesse e dibattute nella dottrina e giurisprudenza italiana, specie per quanto riguarda le questioni di fine vita.

Una nuova prospettiva del diritto alla libera autodeterminazione viene offerta dalla decisione della Corte costituzionale italiana che dichiara l'incostituzionalità parziale dell'aiuto al suicidio, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi aiuta un soggetto liberamente e autonomamente determinatosi al suicidio. Decisione quest'ultima che sembra mettere in discussione l'orientamento secondo cui l'individuo non ha discrezionalità nel decidere di porre fine alla propria vita.

Per quanto riguarda la legislazione albanese, la libertà di accettare o rifiutare uno specifico trattamento medico o di scegliere una forma alternativa di trattamento è garantita, ma essa rappresenta un argomento nuovo e poco trattato sia in dottrina che in giurisprudenza. Queste ultime hanno un approccio diverso sulla libera autodeterminazione e la riconducono

¹⁰⁸ L. Forni, *Scelte giuste, anche alla fine della vita: analisi etico – giuridica della legge n. 219/2017*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1-bis - *Questioni di fine vita*, p. 3.

a una regola prevalentemente etica. Solo di recente si nota nella giurisprudenza l'orientamento che valorizza l'autonomia del paziente nella scelta delle cure mediche, considerando la violazione di questo diritto fonte di responsabilità civile per il medico.

Abstract: The patient's right to free self-determination in the choice of medical treatment represents a fundamental right of the person and an indispensable condition in the therapeutic relationship, aimed at protecting the physical and psychological integrity, health, life, and dignity of the human being. This constantly evolving law represents today one of the most complex and debated issues in Italian doctrine and jurisprudence, especially regarding end-of-life issues.

A new perspective on the right to free self-determination is offered by the decision of the Italian Constitutional Court, which declares the partial unconstitutionality of assisting suicide (article 580 Italian criminal code), in the part in which it does not exclude the punishment of those who help a person who is freely and autonomously determined to commit suicide. This decision seems to cast doubt on the orientation according to which the individual has no discretion in deciding to end his life.

Regarding the Albanian legislation, the freedom to accept or refuse a specific medical treatment or to choose an alternative form of treatment is guaranteed, but it represents a new and little discussed issue both in doctrine and jurisprudence. The latter have a different approach to free self-determination and consider it a predominantly ethical rule. Only recently has been noted in the jurisprudence the orientation that values the patient's autonomy in the choice of medical treatment, considering the violation of this right source of civil liability for the doctor.

Parole chiave: libera autodeterminazione – integrità psicofisica – consenso informato – rifiuto del trattamento medico – responsabilità medica.

Key words: free self-determination – physical and psychological integrity – informed consent – refusal of medical treatment – medical liability.