

**BENEDETTA VIMERCATI, Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica, Giuffrè, Milano, 2014, VII-346**

Nel nostro ordinamento, il riconoscimento del consenso informato quale autonomo diritto soggettivo, in quanto declinazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica, è figlio di un percorso lento e accidentato, culminato con la sentenza n. 438 del 2008 della Corte costituzionale.

Da tale riconoscimento scaturiscono alcune domande essenziali che coinvolgono profonde questioni antropologiche e le relative declinazioni giuridiche: quale il contenuto e i confini che il costituzionalismo garantisce al diritto all'autodeterminazione terapeutica? A quali soggetti tale diritto deve essere effettivamente garantito? Solo a coloro che siano perfettamente capaci o anche a coloro che, per circostanze di fatto, non sono più, o non sono mai stati nelle condizioni di esprimere la propria volontà? E in quest'ultimo caso, in quale modo è possibile ricostruire la volontà del paziente?

Come noto, il venir meno della capacità di agire non priva di per sé il soggetto della possibilità che vengano tutelate le sue libertà, le quali, in quanto strutturalmente collegate all'essenza stessa del concetto di persona, sono riconosciute dall'ordinamento costituzionale. Infatti, nessuno Stato che riconosca come pilastro di tutta la sua impalcatura giuridica il principio personalista potrebbe giungere a negare a tale categoria di soggetti i diritti costituzionali di libertà. Ma, al contempo, come può una persona incapace accettare o rifiutare un trattamento sanitario? La sua autodeterminazione terapeutica può sostanziarsi in un vero e proprio consenso/dissenso avente tutti i caratteri necessari al fine della sua validità (informato, libero, personale, attuale)? Come si contempera il legame – sempre più spesso messo in evidenza da dottrina e giurisprudenza – tra scelte di fine vita, integrità, dignità e identità con la situazione di coloro che siano incapaci di esprimere la propria volontà?

Nel tentativo di sfuggire ad una endemica lentezza del legislatore che non ha saputo o non ha voluto fornire risposta a questi interrogativi, i ricorrenti hanno bussato e continuano a bussare alle porte dei tribunali, chiedendo ai giudici di confrontarsi con le nuove esigenze di tutela che emergono dal tessuto sociale. Per rispondere a tali istanze i giudici hanno plasmato e adattato strumenti giuridici pensati per altri fini, con l'obiettivo di tutelare il diritto all'autodeterminazione terapeutica di coloro che siano impossibilitati ad esprimere la propria volontà.

La ricostruzione *ex post* dei *desiderata* del paziente, così come delineato nella sentenza Englaro, e l'amministrazione di sostegno, che viene utilizzata come una sorta di *alter ego* giurisprudenziale al testamento biologico, sono esempi di questa pratica di *law in action*. L'efficacia di questi strumenti e la loro capacità di fornire effettiva garanzia alla volontà del paziente incapace necessitano però di essere vagliate alla luce del diritto costituzionale. È proprio il diritto costituzionale che, oltre a fungere da fondamento per la creazione e l'utilizzo di questi strumenti giuridici, può essere impiegato per verificarne gli esiti, proprio in punto di tutela del diritto di autodeterminazione.

Dopo un affondo sulla natura del rapporto medico-paziente, cui segue la ricostruzione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica e dei suoi tratti essenziali, il presente lavoro monografico mira a rendere manifeste le luci e le molteplici ombre che caratterizzano l'impegno della ricostruzione *ex post* della volontà e della figura protezionistica dell'amministrazione di sostegno nell'ambito delle *end-life decisions*, attraverso un *excursus* nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale in materia di decisioni di fine vita.

Un percorso che condurrà a riconoscere come necessario l'intervento di un ultimo soggetto rimasto nell'ombra: il legislatore. Egli, l'attore dimenticato, il invitato di pietra, deve tornare protagonista. Laddove vi è in discussione il riconoscimento e la tutela di diritti, ma anche la volontà di affermare posizioni etiche e filosofiche che inevitabilmente si fondono e si confrontano con il diritto, egli rappresenta quella figura che può e anzi deve impegnarsi attivamente, assumendosi la responsabilità di disciplinare le dichiarazioni anticipate di trattamento e di definire le singole posizioni giuridiche coinvolte. D'altra parte, l'intervento del legislatore non esclude – ovviamente – l'altrettanto possibile incisiva azione degli altri soggetti, su tutti il giudice nel caso singolo. È fondamentale però che tale ultimo attore possa agire nell'ambito di principi chiarificati in sede legislativa così almeno arginando il rischio che l'attività conoscitiva del giudice si trasformi in puro esercizio della volontà.

Assegnista di ricerca Università degli studi di Milano Bicocca