del 22 Luglio 2008 Avvenire estratto da pag. 2

Sforzo davvero straordinario Usare il diritto alla rovescia

CASO ENGLARO: IMPRESSIONANTE SERIE DI ERRORI E AMBIGUITÀ PROCEDURALI

ALBERTO GAMBINO

Più passano i giorni, più si avvicendano appelli e manifestazioni di solidarietà, e più appare chiara la catena di errori giuridici e di ambiguità procedurali che si è annidata nella vicenda Englaro, che – come hanno confermato medici e giudici del caso – esula dal tema dell'accanimento terapeutico. La Corte d'appello di Milano, seguendo la Cassazione di ottobre, applica un cosiddetto "principio di autodeterminazione" e, attraverso testimonianze ed elementi presuntivi della volontà di Eluana, autorizza il tutore a staccare il sondino naso-gastrico che veicola il sostentamento.

Com'è possibile arrivare a tanto? Si è travisato, direi capovolto, il principio di libertà che vige per gli interventi terapeutici, e che è tuttavia da collegare al diritto all'integrità fisica, alla libertà personale e alla qualificazione giuridica della vita quale bene indisponibile. I diritti indisponibili – correlati a libertà costituzionali – possono evidentemente essere esercitati, ma è impossibile cederli o rinunziarvi. Sarebbe come dire che si può abdicare alla libertà di circolazione o di manifestazione del pensiero: nel momento stesso che se ne cede l'esercizio, la libertà muore. Per questo, il rifiuto di terapia deve essere esercitato personalmente e in piena autonomia rispetto alla sua attivazione e alla sua persistenza temporale. E suona davvero paradossale che l'esercizio personale del rifiuto – disatteso ora dai magistrati del caso Englaro – sia stato a suo tempo la condizione posta alla base del caso Welby, almeno per la valutazione che ne diede il Tribunale di Roma, il quale configurò sì nella condotta del dottor Riccio il reato di omicidio di consenziente, ma ne escluse la punibilità, in quanto il medico avrebbe agito – a detta di quei giudici – in presenza del dovere di adempiere al «diritto di autodeterminazione» del paziente stesso. La natura eccezionale del rifiuto, soprattutto se causativo della morte – si ricorda in quella sentenza – deve essere «personale, ovvero promanare dal titolare», non esercitabile tramite «rappresentante legale», «consapevole ovvero informato» e «attuale» e «quindi deve persistere nel momento in cui il medico si accinge ad attuare la volontà del malato».

Il problema è che la creazione giurisprudenziale del «diritto di autodeterminazione» ha drammaticamente snaturato proprio il principio dal quale lo si fa derivare – la libertà di rifiuto del trattamento terapeutico – assegnando alla volontà dell'individuo il potere di disporre modi e collaborazioni circa l'esito della propria vita. Con la conseguenza che, nel caso di Eluana, la libertà di rifiuto del trattamento terapeutico slitta nel rifiuto di assistenza umanitaria. Si tenta cioè di sostituire la libertà della persona con la volontà dell'individuo per dare fondamento teoretico dei diritti indisponibili, con il risultato di renderli "disponibili" e contrattualizzabili. Nel caso Welby, ciò ha portato, in contrasto con il Codice di deontologia medica, ad assegnare al medico il ruolo di esecutore della volontà del paziente. Nel caso della Englaro, il «diritto all'autodeterminazione» è ridisegnato, ritenendosi non solo esercitabile da soggetti diversi dal titolare, ma anche desumibile da testimonianze e presunzioni, con la conseguenza di ripudiarne persino le pur equivoche fondamenta volontaristiche e trasformarlo in una sorta di «diritto di etero-determinazione».

Così il malato in stato vegetativo con la sua volontà presunta (condizione che neanche Rodotà, su "la Repubblica" del 19 luglio, disconosce), è valutato in relazione alla percezione altrui e non per il valore in sé, giuridicamente proprio della persona-soggetto di diritto. È un'analisi drammaticamente confortata dalla vulgata giuridico-mediatica che interpreta il decreto dei giudici d'appello, pensato per beni e situazioni reversibili, immediatamente esecutivo, sebbene impugnabile dal pm, così da suonare come una sentenza di «condanna a morte» (lo dice apertamente il professor Chiappetti su "Il Tempo" del 21 luglio), con l'esito di una beffarda e definitiva consacrazione in "cosa" del corpo inerme della Englaro.

E, a proposito, dell'impugnazione del decreto, non può tacersi di un'altra irritualità. Il comunicato del primo presidente di Cassazione, illustrante il caso, non solo indebolisce la decisione della Corte (poiché se le sentenze sono chiare, esse parlano da sole; lo ha ricordato Marco Olivetti su "Avvenire" del 20 luglio), ma asserendo che il decreto applica il principio della Cassazione, anticipa di fatto la possibile pronunzia della Corte da lui presieduta.

Il paradosso finale di questo straordinario sforzo di usare il diritto alla rovescia si verificherà allorquando, all'esito del distacco del sondino – che il decreto tecnicamente "autorizza" (il tutore può dunque cambiare la volontà della Englaro!) – nessun giudice potrà impedire che qualcuno ricominci a dare da bere e da mangiare a Eluana per assicurarle il sostentamento vitale nel rispetto di basilari principi di solidarietà e civiltà giuridica.