

Sull'esecuzione del decreto emesso dalla Corte d'Appello di Milano nella vicenda Englaro

di Stefano Rossi
(29 gennaio 2009)

Il prof. Gambino ha ragione, ma unicamente sul fatto che, per un lapsus, ho utilizzato il termine «sentenza» al posto di «decreto». In realtà volevo semplicemente riferirmi al fatto che l'esecuzione del decreto emesso dalla Corte d'appello di Milano, entro cui – con grande finezza giuridica ed argomentativa – sono stati trasfusi i principi sanciti dalla Suprema Corte di Cassazione, non avrebbe certamente rappresentato un vulnus al nostro ordinamento e ai suoi principi generali.

Non sono un processual-civilista, ma svolgendo la professione di avvocato civilista, qualche nozione generale l'ho pur acquisita ed è sulla base di ciò che ritengo perlomeno contestabile la tesi esposta da Gambino per cui :

«...Il provvedimento della Corte di Appello di Milano, reso in data 9 luglio 2008, non è una sentenza ma è un decreto, e – soprattutto – possedendo natura autorizzatoria (è infatti stato emanato nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione, che peraltro implica la possibilità di modificazioni del decreto stesso), non vale come titolo esecutivo: dunque, non è "tecnicamente" suscettibile di esecuzione...Nel caso in questione il decreto, dunque, che non ha un contenuto condannatorio ma solo autorizzatorio, non è titolo esecutivo; quindi non obbliga alcuno alla sua esecuzione, ma consente al solo tutore di attuarlo (e in questi termini si esprime la stessa Corte d'Appello nel dettare le indicazioni relative alla "fase attuativa"). Il decreto può pertanto essere attuato dal tutore che è legittimato a distaccare il sondino e, così non alimentare più la paziente, ma senza la pretesa giuridica che ad eseguire il distacco definitivo possano essere obbligati medici o strutture ospedaliere pubbliche o private. »

Il punto critico di tali asserzioni non sta tanto nel carattere del provvedimento adottato dalla Corte di Appello che – nessuno l'ha mai negato – è di tipo autorizzatorio: in questo senso si è espresso anche Carlo Casonato, nel suo ottimo saggio «Fine vita: il diritto che c'è» (Forumcostituzionale 19.12.2008), per cui «...i principi di diritto in base ai quali risolvere il caso, anzitutto, non sono stati individuati dalla più recente sentenza delle Sezioni Unite (n. 27145 del 13 novembre), ma erano già stati indicati poco più di un anno fa dalla prima sezione civile della Cassazione (sent. 21748 del 16 ottobre 2007). La Corte, in quell'occasione, indicava che il giudice avrebbe potuto autorizzare (non ordinare) la disattivazione della nutrizione e dell'idratazione artificiali, su richiesta del tutore in contraddittorio con il curatore speciale, solo in presenza di due specifiche condizioni...».

Il problema, oggetto di contesa, è quello dell' esecutività ed efficacia verso i terzi del suddetto decreto - negata in maniera recisa e assoluta da Gambino - in relazione al quale è necessario svolgere alcune precisazioni.

Il procedimento, nel corso del quale è stato emesso il decreto della Corte di Appello di Milano, è disciplinato ai sensi degli artt. 737 s.s. c.p.c. (in particolare si trattava di procedimento di reclamo in grado d'appello ex art. 739 c.p.c.): tali disposizioni si possono coagulare in relazione ad una caratteristica formale, essendo titolate «disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio», e ad una strutturale, in quanto i provvedimenti emessi all'esito del procedimento «...possono essere in ogni tempo modificati e revocati...»

Tuttavia tali decreti acquistano efficacia esecutiva e sono quindi eseguibili, come conferma la consolidata giurisprudenza (ex pluris [Cassazione civile](#) , sez. II, 07 febbraio 1987 , n. 1255; Cass. 8 settembre 1992, n. 10292; Cass. 26 febbraio 1988, n. 2050), secondo cui « ...i decreti pronunciati in primo grado dal Tribunale nei procedimenti in camera di

consiglio, oltre a poter essere in ogni tempo modificati o revocati dallo stesso Tribunale che li ha pronunciati (art. 742 c.p.c.) per essere adeguati alle concrete esigenze in base a rinnovata valutazione, sono soggetti a reclamo delle parti alla corte d'appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c. nel termine perentorio indicato nella stessa norma, la cui infruttuosa decorrenza, al pari del rigetto del reclamo, fa acquistare, efficacia esecutiva ma non riconducibile alle non pertinenti nozioni di giudicato ai decreti stessi (art. 741), non essendo previsto normalmente successivo intervento di controllo. Così per la legge processuale il procedimento in camera di consiglio, cosiddetto di giurisdizione volontaria, ha una netta e precisa autonomia strutturale e funzionale ed integra una particolare compiuta ed esecutiva disciplina, nonché pari modi di insorgenza, di svolgimento e di formazione, ed acquisto del carattere definitivo... »

Si deve notare infatti (in questo senso riportando le argomentazioni recentemente espresse dal Tribunale per i minorenni dell'Emilia Romagna, 2 aprile 2008, pres. Millo; Corte Appello Milano, ordinanza 25 febbraio 2004, pres. Pesce, Redazione Juris Data, 2005) come le difficoltà relative all'apposizione della formula esecutiva sui decreti che il Tribunale pronuncia al termine di tutti i procedimenti in camera di consiglio abbiano origine dalla espressione letterale dell'art. 474, comma 2, n. 1) c.p.c. che, nell'individuare i provvedimenti giudiziari utilizzabili come titoli esecutivi, indica «le sentenze e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva», escludendo così, almeno apparentemente, i decreti pronunciati ex art. 737 e seg. , in quanto da una parte non si tratta all'evidenza di sentenze, dall'altra nessuna delle disposizioni di quel capo del codice attribuisce «espressamente» efficacia esecutiva ai detti provvedimenti.

D'altra parte la chiara dizione dell'art. 474 c.p.c. esclude che si possa ricorrere all'interpretazione analogica, rendendo quindi insoddisfacenti le ricostruzioni interpretative finora tentate da dottrina e giurisprudenza, sostanzialmente fondate (del tutto ragionevolmente peraltro) sull'individuazione dell' eadem ratio dei presupposti e della funzione dei provvedimenti de quo rispetto a quella di molti provvedimenti del tutto analoghi che, ad esempio, in materia di famiglia vengono pronunciati dal Tribunale ordinario e che tuttavia, per espressa disposizione normativa, sono titoli esecutivi.

Tali difficoltà risultano però superabili se si riflette sulla formulazione dell'art. 741 c.p.c. il quale, come noto, stabilisce quando i provvedimenti pronunciati al termine dei procedimenti in camera di consiglio divengono «efficaci».

La diversità del termine utilizzato dalla disposizione (efficacia invece di esecutività) e la tradizionale ed indiscutibile sottolineatura della modificabilità dei provvedimenti camerale - qualora mutino le situazioni di fatto che hanno portato alla loro emanazione - hanno sempre costituito finora l'ostacolo maggiore ad ammettere che la legge abbia riconosciuto espressamente a questi provvedimenti il carattere di titoli esecutivi.

In realtà non sembra possibile attribuire all'espressione «efficacia» - utilizzata nell'art. 741 c.p.c. - un senso diverso da quello di esecutività, intesa come possibilità di dare esecuzione al provvedimento, anche coattivamente, qualora uno qualunque dei soggetti interessati non intenda adeguarsi spontaneamente al dettato del provvedimento.

La differenza terminologica - rinvenuta nell'art. 741 c.p.c. - trova infatti giustificazione nella scelta operata dal legislatore, che, molto attento alla tecnicità della normativa, aveva optato per un diverso termine molto probabilmente al fine di sottolineare sia le particolarità dell'esecuzione - legata più alle persone ed alle loro relazioni che non ad aspetti patrimoniali - sia la differenza tra questi provvedimenti, sempre modificabili e revocabili, e quelli ordinari di condanna in materia patrimoniale.

Non sembra però possibile negare che questi provvedimenti debbano poter essere comunque tradotti in pratica, anche coattivamente, in quanto, in caso contrario, si finirebbe per negare totalmente e radicalmente il senso stesso dell'intero procedimento giudiziario

che ha portato alla loro emanazione e la funzione stessa del ricorso al giudice per la tutela di diritti, che altrimenti rimarrebbero negletti.

In conclusione, il punto di arrivo di questo percorso non può che essere l'affermazione secondo cui, quando nell'art. 741 c.p.c. viene utilizzato il termine «efficacia», esso viene inteso indiscutibilmente come equivalente al termine esecutività, ricavandosene quindi la conseguenza che, non per analogia di situazioni, ma per espressa disposizione di legge, i provvedimenti emessi al termine di procedimenti in camera di consiglio possono essere riconosciuti a pieno titolo come dotati di efficacia esecutiva.

Ad ulteriore ed ultima conferma della tesi qui sostenuta si può richiamare quanto statuito recentissimamente dal Tribunale Regionale della Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 26 gennaio 2009, n. 214, che, nel rigettare «l'obiezione della Regione, per la quale la sentenza della Cassazione non farebbe "stato" nei suoi confronti, trattandosi di provvedimento di volontaria giurisdizione», ha sottolineato come «...i provvedimenti assunti in sede di giurisdizione volontaria non contenziosa, essendo preordinati all'esigenza prioritaria della tutela degli interessi e revocabili e modificabili in ogni momento dall'autorità giudiziaria, sono normalmente inidonei ad assumere carattere di definitività ed efficacia di giudicato. Al contrario, le procedure camerale, che si concludano con un provvedimento di natura decisoria su contrapposte posizioni di diritto soggettivo, sono anch'esse suscettibili di acquistare autorità di giudicato (Cass. 16 aprile 2003, n. 6011). Al fine di sussumere in quest'ultima ipotesi anche il provvedimento camerale pronunciato nei confronti di B.E., potrebbe richiamarsi il difetto di ulteriore impugnabilità nel merito, il fatto di avere ad oggetto una decisione su diritti soggettivi costituzionali e, soprattutto, la circostanza che il ricorso ex art. 111 Cost. è stato ritenuto ammissibile dalla Suprema Corte, tale ammissibilità potendo predicarsi solo in caso di impugnativa riguardante diritti avverso una decisione atta a divenire definitiva (il che, come affermato dal Giudice del rinvio, implica che i presupposti accertamenti di fatto siano divenuti definitivi e immodificabili). ...La pronuncia, contenente l'accertamento di un diritto soggettivo al fine di conferire il relativo potere di esercizio, costituisce essa stessa il requisito della fattispecie costitutiva del diritto. Pure nel caso di trasposizione in sede contenziosa di siffatta autorizzazione (si ipotizzi l'opposizione materiale del medico all'esercizio del diritto autorizzato), al giudice del contenzioso sarebbe comunque preclusa l'indagine sul merito delle scelte effettuate dal giudice camerale; merito il cui riesame potrebbe essere provocato dallo stesso giudice camerale in via di revoca (art. 742 c.p.c.), ad istanza del tutore e curatore; la ripartizione di funzioni tra la giurisdizione contenziosa e quella non contenziosa comporta che la prima non possa mai esercitare poteri sostitutivi sulle valutazioni che la legge riserva al giudice camerale, cosicché la efficacia definitiva (nel senso di non più impugnabile ma solo revocabile ad istanza del titolare del diritto inciso) del decreto della Corte di Appello di Milano produce, sul punto, un effetto di preclusione quantomeno "equivalente" a quello di un giudicato (in tal senso, anche l'opinione di App. Milano, decreto 9 luglio 2008). In definitiva, la pronuncia del Giudice Tutelare ottenuta da B.E. ha prodotto un effetto "sostantivo" nell'ordinamento generale che nessuno, se non il Giudice tutelare su istanza del titolare del diritto inciso (E. tramite tutore o curatore), può disconoscere. L'amministrazione che disconosca siffatto effetto si pone in contrasto con l'ordinamento giuridico.»

Sul punto, non ho altro da aggiungere, mi limito a ringraziare il prof. Gambino che, con le sue interviste e gli editoriali su «Avvenire» (in cui esprime sempre monolitiche certezze), offre continui spunti critici a chi ha assunto a proprio orizzonte di riferimento – in materie così delicate – «un'etica senza verità».