

Sull'equivoco giuridico dell'esecuzione del decreto nella vicenda Englaro

Alberto Gambino *
(21 gennaio 2008)

Due recenti scritti apparsi su questo forum a firma di valenti giovani studiosi, che riflettono su alcuni aspetti giuridici della vicenda Englaro, muovono da quello che – ad avviso di chi scrive – si appalesa come un equivoco giuridico di non poco conto: l'esistenza di un obbligo giuridico di esecuzione della decisione dei giudici milanesi.

Leonardo Brunetti nelle sue *Osservazioni a prima lettura sul recente "Atto di indirizzo" ministeriale avente ad oggetto "Stati vegetativi, nutrizione e idratazione"* (15 gennaio 2009), sostenendo l'illegittimità dell'Atto di indirizzo del Ministro della Salute, scrive: "[...] nel caso in esame, la sentenza appare privare l'amministrazione di qualunque sfera di discrezionalità nel proprio agire"; sentenza che, in altro passo dello stesso scritto, risulterebbe suscettibile di giudizio di ottemperanza "previsto anche per l'esecuzione delle sentenze del giudice civile". Dal canto suo, Stefano Rossi nel tenace saggio *Di una sola voce ne abbiamo sentite due* (15 ottobre 2008), così conclude: "Credo quindi che qualora si desse (finalmente) esecuzione alla sentenza adottata dalla Corte d'appello di Milano, resa in data 9 luglio 2008, ciò non avverrebbe certo in applicazione di un indirizzo «alieno» e minoritario nella nostra giurisprudenza"¹.

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.

Come noto, l'esecuzione consegue rispetto alle sentenze di condanna, cui derivano "obblighi", mentre nel caso di specie al tutore è attribuita la "facoltà" di staccare definitivamente il sondino naso-gastrico di sostentamento (verrebbe peraltro da chiedersi quale coerenza abbia tale effetto endemico della procedura, posto che tutta la vicenda si fonda piuttosto sulla presunta sovranità di un principio di autodeterminazione del paziente, che a ben vedere procedimentalmente sfocia invece in una vicenda di etero-determinazione, essendo la decisione rimessa alla discrezionalità di valutazione e, dunque, di attuazione del tutore)³.

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 private⁴.

* Ordinario di Diritto privato nell'Università Europea di Roma.

¹ Ancora più perplessità suscita il richiamo ad una "esecuzione" della sentenza della Cassazione (così C. F. Grosso, *Coraggiosa scelta*, su *La Stampa* del 21 gennaio 2009, p. 36).

² Tale è anche l'opinione di L. D'Avack, *Eluana il nodo inestricabile della volontà del paziente*, su *Il Messaggero* del 31 dicembre 2008, pag. 24.

³ In questo senso anche F. D. Busnelli, pur condividendo complessivamente la sentenza n. 21784/2007 della Cassazione, critica invece il percorso dei giudici d'Appello nella parte in cui si legittima il possibile ricorso al criterio del *best interest*, disancorato da un'indagine sulla volontà del paziente (*Il caso Englaro in Cassazione*, in *Famiglia, Persone e Successioni*, 2008, p. 968).

⁴ Identica conclusione anche per L. D'Avack, cit., p. 24.