



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 1-2008
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

5

 **LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 1-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

Direzione:

Cosenza - Luigi Pellegrini Editore
Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli - Piazza Municipio, 4
Tel. 081 5510187
E-mail: mario.tedeschi@unina.it

Redazione:

Cosenza - Via De Rada, 67/c
Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672
E-mail: info@pellegrinieditore.it

Napoli - Facoltà di Giurisprudenza
I Cattedra di diritto ecclesiastico
Via Porta di Massa, 32
Tel. 081 2534216/18
E-mail: mariadarioenzo@libero.it

Abbonamento annuo 2 numeri:

per l'Italia, € 75,00

per l'estero, € 120,00

un fascicolo costa € 40,00

i fascicoli delle annate arretrate costano € 50,00

Per abbonarsi o per acquistare fascicoli arretrati rivolgersi a:

Luigi Pellegrini Editore

Via De Rada, 67/c - 87100 Cosenza

Tel. 0984 795065 - Fax 0984 792672

E-mail: info@pellegrinieditore.it

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:

– versamento su conto corrente postale n. 11747870

– assegno bancario non trasferibile intestato a Luigi Pellegrini Editore.

Gli abbonamenti decorrono dal gennaio di ciascun anno. Chi si abbona durante l'anno riceve i numeri arretrati. Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo. Decorso tale termine, si spediscono solo contro rimessa dell'importo.

Per cambio di indirizzo allegare alla comunicazione la targhetta-indirizzo dell'ultimo numero ricevuto.

Tutti i diritti di riproduzione e traduzione sono riservati.

La collaborazione è aperta a tutti gli studiosi, ma la Direzione si riserva a suo insindacabile giudizio la pubblicazione degli articoli inviati.

Gli autori degli articoli ammessi alla pubblicazione, non avranno diritto a compenso per la collaborazione. Essi riceveranno n. 2 fascicoli gratuiti della rivista.

Manoscritti e fotografie, anche se non pubblicati, non saranno restituiti.

Autorizzazione presso il Tribunale di Cosenza.

Iscrizione R.O.C. N. 316 del 29/08/01

ISSN 1970-5301

**Legge 2 Agosto 2007, n. 130: “Modifiche alla legge 8 luglio 1998, n. 230, in materia di obiezione di coscienza”
(testo in vigore dal 6 settembre 2007)**

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA
Promulga la seguente legge:

Art. 1

1. Alla legge 8 luglio 1998, n. 230, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 2, comma 1, lettera a), primo periodo, le parole: “ad eccezione delle armi di cui al primo comma, lettera h), nonché’ al terzo comma dell’articolo 2 della legge 18 aprile 1975, n. 110, come sostituito dall’articolo 1, comma 1, della legge 21 febbraio 1990, n. 36” sono sostituite dalle seguenti: “ad eccezione delle armi e dei materiali esplodenti privi di attitudine a recare offesa alle persone ovvero non dotati di significativa capacità’ offensiva, individuati con decreto del Ministro dell’interno, sentita la commissione consultiva centrale per il controllo delle armi di cui all’articolo 6 della legge 18 aprile 1975, n. 110, e successive modificazioni”;

b) all’articolo 15:

1) al comma 4 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “ovvero quando essi abbiano rinunciato allo status di obiettore di coscienza ai sensi del comma 7-ter”;

2) dopo il comma 7 sono aggiunti i seguenti:

“7-bis. Le disposizioni di cui ai commi 6 e 7 non si applicano ai cittadini che abbiano rinunciato allo status di obiettore di coscienza ai sensi del comma 7-ter.

7-ter. L’obiettore ammesso al servizio civile, decorsi almeno cinque anni dalla data in cui è stato collocato in congedo secondo le norme previste per il servizio di leva, può rinunciare allo status di obiettore di coscienza presentando apposita dichiarazione irrevocabile presso l’Ufficio nazionale per il servizio civile, che provvede a darne tempestiva comunicazione alla Direzione generale delle pensioni militari, del collocamento al lavoro dei volontari congedati e della leva di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 6 ottobre 2005, n. 216”.

2. Il decreto del Ministro dell’interno di cui all’articolo 2, comma 1, lettera a), della legge 8 luglio 1998, n. 230, come modificata dal comma 1, lettera a), del presente articolo, è adottato entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

3. Fino all’entrata in vigore del decreto del Ministro dell’interno di cui al comma 2, si applicano le disposizioni dell’articolo 2, comma 1, lettera a), primo periodo, della legge 8 luglio 1998, n. 230, nel testo vigente prima della data di entrata in vigore della presente legge.

Ministero dell'Interno. Circolare 16 febbraio 2007, n. 6: “Chiarimenti interpretativi in ordine al limite territoriale alla celebrazione di matrimoni da parte di ministri di culto diversi da quello cattolico”

**Dipartimento per gli affari interni e territoriali, Direzione centrale per
i Servizi demografici, Area III - Stato civile**

Sono pervenute richieste di chiarimento in ordine alla possibilità di trascrivere nei registri dello stato civile matrimoni religiosi celebrati da ministri di culto non cattolici al di fuori dell'ambito territoriale indicato nel decreto del Ministro dell'interno di approvazione della nomina ai sensi dell'art. 3 della legge 24 giugno 1929, n. 1159.

Sull'argomento si precisa quanto segue.

Così come indicato da diversi pareri del Consiglio di Stato, a suo tempo emessi, e confermato, di recente, dall'avviso fornito dal competente Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione - Direzione centrale degli affari dei culti di questo Ministero, interessato al riguardo, si rappresenta che il ministro di culto acattolico può celebrare matrimoni solo all'interno del territorio individuato nel decreto di approvazione della nomina emesso dal Ministro dell'interno.

Questa interpretazione trae fondamento dal fatto che l'approvazione della nomina, disposta ai soli fini della celebrazione dei matrimoni, è strettamente coordinata alla competenza territoriale dello stato civile.

Si precisa che tale limite territoriale di competenza trova applicazione anche nell'ipotesi in cui il ministro di culto, autorizzato a celebrare il matrimonio dall'ufficiale dello stato civile in base al dettato dell'art. 8 della citata legge n. 1159 del 1929, delega, qualora sia legittimamente impedito, un altro ministro di culto per la celebrazione di detto matrimonio (v. art. 25 del R.D. 28 febbraio 1930, n. 289 di attuazione della legge n. 1159 del 1929).

Resta fermo che la funzione pastorale relativa alla nomina di ministro di culto può essere svolta liberamente sull'intero territorio nazionale, configurandosi in tal caso l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito.

Alla luce di quanto sopra esposto appare ovvio che il matrimonio religioso celebrato da un ministro di culto al di fuori della sua competenza territoriale non deve essere trascritto nei registri dello stato civile.

Qualora tale matrimonio sia stato erroneamente registrato, l'ufficiale dello stato civile deve attivare la procedura per la richiesta al Tribunale ordinario competente per la cancellazione della trascrizione indebitamente effettuata (art. 100 del D.P.R. n. 396 del 2000).

Si pregano le SS.LL. di portare all'attenzione dei Sigg.ri Sindaci quanto sopra chiarito.

Cassazione, Sez. civ. III, sentenza 2-27 marzo 2007, n. 7449

**Parroco - Messa in suffragio - Mancata celebrazione - Libertà religiosa
- Culto - Risarcimento - Danno patrimoniale - Danno non patrimoniale
- Inadempimento contrattuale**

L'inadempimento del parroco, consistito nell'aver ommesso di celebrare all'ora concordata una funzione religiosa (nella specie, messa in suffragio di un defunto) non viola alcun diritto fondamentale della persona, e di conseguenza non legittima il committente a domandare il risarcimento del danno non patrimoniale.

(omissis)

Svolgimento del processo

M. e M. V., assumendo di avere concordato con il parroco, cui avevano versato dieci euro, la celebrazione (in un determinato giorno e ad una determinata ora) di una messa in suffragio del loro genitore e che la celebrazione non era invece avvenuta, convennero in giudizio il parroco per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito.

Il GdP dispose che la somma di euro 10,00 fosse versata agli attori (così a pagina 10 del ricorso), respinse per il resto la domanda e compensò le spese di lite.

Il tribunale di Verona ha rigettato l'appello dei V. rilevando: che il parroco non era stato inadempiente, posto che la messa era stata effettivamente celebrata, benché alle ore 8,30, invece delle ore 18,30, del giorno medesimo; che il defunto, in suffragio del quale era stato assunto l'obbligo di celebrare la messa, non aveva ricevuto alcun danno dal comportamento in questione; che, peraltro, il parroco aveva offerto agli attori, innanzi allo stesso GdP, la restituzione dei dieci euro versatigli per la celebrazione della messa.

Propongono ricorso per cassazione i V. a mezzo di tre motivi, illustrati anche da memoria, con i quali domandano che la sentenza sia cassata sui rilievi che lo spostamento dell'orario della messa costituisce inadempimento contrattuale, che non è neppure provato che la messa fosse stata effettivamente celebrata il mattino invece che il pomeriggio, che il contratto era intervenuto tra loro ed il sacerdote (e non tra il sacerdote ed il defunto, come affermato dal tribunale) ed aveva come scopo la realizzazione del vantaggio dei congiunti-contraenti di assistere alla celebrazione della messa nell'orario stabilito.

Motivi della decisione

Il ricorso è manifestamente infondato per le assorbenti ragioni che il GdP ha disposto che la somma di euro 10 fosse versata agli attori; che gli stessi non hanno affermato in ricorso di aver mai prospettato di aver subito un danno patrimoniale ulteriore rispetto alla somma corrisposta al parroco per la messa di suffragio; che non è ravvisabile nella specie la lesione di un diritto fondamentale della persona, com-

portante la risarcibilità del danno non patrimoniale allorché non ricorra un'ipotesi di reato (cfr. Cassazione, 8827 e 8828 del 2003, cui s'è allineata la giurisprudenza successiva).

Benché, dunque, la sentenza vada corretta nella parte in cui il tribunale ha impropriamente affermato che il defunto non aveva subito alcun danno per il comportamento del parroco, volta che non il danno del defunto veniva ovviamente in considerazione ma quello in ipotesi patito dai congiunti per non aver potuto assistere alla messa di suffragio, la soluzione data alla controversia è tuttavia corretta in diritto. È, infatti, di palmare evidenza che l'impossibilità contingente di assistere ad una determinata messa di suffragio in una determinata ora, per affermato inadempimento contrattuale del sacerdote che avrebbe dovuto officiarla, non lede un diritto fondamentale della persona né incide sul diritto di ognuno "a praticare i riti della propria religione" (così la memoria illustrativa, a pagina 6), in quanto si appalesa affatto estranea alla libertà di culto. La quale, in quanto attiene alla possibilità di praticare liberamente i riti della propria religione, non è stata in nulla conculcata dalla omessa o anticipata celebrazione di una determinata messa di suffragio da parte del sacerdote di quella medesima religione (il cui culto si assume dal medesimo impedito).

Non ricorrono i presupposti per provvedere sulle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ite Misa est! Danno morale, danno esistenziale, danno patrimoniale, per errata celebrazione di Messa

ANTONIO FUCILLO

La sentenza in commento presenta notevoli spunti di riflessione al di là della, per lo meno apparente, irrisorietà economica della questione che comunque vale la pena di riassumere nel fatto¹.

I ricorrenti avevano commissionato al loro parroco, la celebrazione di una messa in suffragio del defunto loro genitore "pagando" un corrispettivo di euro 10,00.

Tale celebrazione venne effettuata il giorno stabilito, ma ad un orario diverso (8,30, invece delle 18,30) impedendo, di fatto, la partecipazione dei ricorrenti alla celebrazione. Di qui, l'oggetto di causa.

L'azione proposta individuava nella *causa petendi* una particolare ipotesi di ri-

¹ Il provvedimento compare anche in *Danno e responsabilità*, 7, 2007, p. 779 ss, con nota di GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Uno scherzo al prete e alla giustizia degli uomini*, *ibidem*, p. 780 ss.

sarcimento del danno sostenendo che avendo il parroco, con la propria condotta, impedito in sostanza ai richiedenti la partecipazione alla messa di suffragio questi ne avrebbero ricevuto un danno sia patrimoniale, quantificabile sulla base del pagamento effettuato, che extra contrattuale derivante da lesione della propria religiosità.

Appare evidente che la questione si presenta alquanto complessa nei suoi elementi giuridici, essendo i fatti di causa assodati e non contestati.

La Suprema Corte, dunque, rigetta il ricorso nella convinzione che il danno subito dai ricorrenti era stato correttamente limitato alla restituzione dei 10 euro pagati², e che l'accertata impossibilità (causata dall'errore del parroco) di assistere alla messa in suffragio da parte dei congiunti non avrebbe in alcun modo leso, secondo il Collegio, "un diritto fondamentale della persona, né inciso sul diritto di ognuno a praticare i riti della propria religione", in quanto, sempre secondo la Corte, la circostanza non avrebbe in alcun modo impedito, conculcato o violato il diritto dei singoli ricorrenti di praticare i riti della propria religione.

Il *decisum* in commento, quindi, relega la questione nell'ambito del danno contrattuale con esclusione, circa la fattispecie oggetto di causa, di ipotesi di danno extra contrattuale, che la Corte individua nella presente sentenza soltanto quando la violazione di un diritto fondamentale configuri un'ipotesi di reato³.

Di conseguenza, al fine di procedere ad un commento, occorre individuare i punti principali del provvedimento:

a) La Corte ritiene possibile, nel caso di specie, la risarcibilità del danno contrattuale sussumendo, quindi, tra le obbligazioni che derivano da contratto⁴, il commissiamento di "messe" a sacerdoti;

b) La Corte ha poi statuito che la impedita partecipazione a funzioni religiose causata dalla colpevole condotta altrui non è danno extra contrattuale risarcibile, se non nelle limitate ipotesi nelle quali integra gli estremi di un reato;

c) Vi è poi un interessante *obiter* nella conclusione del dispositivo, ove la Corte sembra ammettere la risarcibilità extra contrattuale derivante da lesione della "propria libertà di culto";

su ciascuno dei quali è opportuno intervenire brevemente.

A) Il "pagamento" di un onere di messa integra, per il diritto canonico, un'ipotesi di cd. "tassa di stola bianca" che rappresenta civilisticamente una prestazione obbligatoria (cioè da riscuotere) per il parroco (se imposta dal diritto diocesano – can. 1263 c.j.c.), ma del tutto volontaria per il *dans*.

La Corte sembra, nella specie, propendere per una sorta di contratto commutativo, evidentemente di prestazione d'opera, ove al pagamento dell'onere di messa deve corrispondere la controprestazione del sacerdote, che deve quindi svolgersi con le modalità derivanti dal contratto (suppongo di "prestazione d'opera, ex art. 2222 c.c.). Per cui:

- la "tassa di stola" rappresenterebbe il corrispettivo di cui parla l'art. 2225 c.c., e l'inadempimento ex art. 2224 c.c., non essendosi verificate le "condizioni stabilite" dal committente, porterebbe al recesso contrattuale del medesimo, e costituirebbe

² Già disposta, peraltro, dal Giudice di pace.

³ Nel senso che, in parte motivazionale, la Corte sembra escludere la configurazione di diverse ipotesi risarcitorie.

⁴ Secondo la tradizionale distinzione delle obbligazioni secondo la loro "fonte".

la valida motivazione della valutazione “equitativa” compiuta dal Giudice di primo grado.

Ora, se si inquadra la prestazione sacerdotale tra le prestazioni di opera, e magari di opera intellettuale (art. 2230 c.c.), è evidente che l’inadempimento del prestatore apra alla possibile risoluzione del rapporto contrattuale con le conseguenze risarcitorie previste; anche se è il caso di evidenziare come la stessa lettera del codice (art. 2230 c.c.) preveda la generale compatibilità tra le norme codicistiche in materia e la particolare natura del rapporto che ne deriva, nonché la ovvia salvaguardia dei rapporti regolamentati da leggi speciali⁵.

Deve, però, notarsi la assoluta peculiarità di tale tipo di prestazione d’opera, ed in che cosa si configuri, nel caso di specie, il suo adempimento.

Non vi è dubbio che se la fattispecie si qualifica come compimento di una *facere* è evidente che, nel caso in esame, l’inadempimento è in *re ipsa*, in quanto se richiedo la celebrazione di una messa al fine di parteciparvi è del tutto lapalissiano che l’errore sull’orario, impedendomi di fatto di assistere alla cerimonia religiosa, costituisce inadempimento contrattuale.

Tuttavia, la celebrazione di una messa in suffragio sembra una cosa ben diversa da una semplice prestazione di fare. Difatti, il beneficiario dell’opera religiosa dovrebbe *in primis* essere il defunto o la sua “anima”, che per il credente trae comunque beneficio dalla messa celebrata seppure in orario diverso. È, quindi, necessario chiarire quale sia effettivamente l’oggetto della prestazione liturgica, se si rivolga verso l’immanente o verso il congiunto che la richiede.

È legittimo dubitare (in linea di principio), dunque, anche della contestata inadempienza contrattuale se rivolta verso il suffragio dell’anima del defunto⁶, anche se tale ipotesi, pur tenuta presente dal Giudice dell’Appello, non è stata ritenuta valida dalla Corte⁷.

B) Più complesso appare il secondo punto in esame.

È, infatti, di recente “scoperta” in dottrina la problematica delle eventuale risarcibilità del “danno” da lesione della libertà religiosa degli individui quando causata dalla condotta di un terzo⁸. In realtà, è oramai diffusa l’idea che esisterebbe un “principio generale del *neminem laedere* interno all’ordinamento, incluso l’ordine costituzionale dei diritti umani”⁹, riferibile, quindi, anche alla libertà religiosa¹⁰.

⁵ È appena il caso di evidenziare la “specialità” della prestazione oggetto della controversia, dovendosi necessariamente rinviare alle regole della liturgia canonica.

⁶ Occorre ricordare che la nozione di “anima” è presente anche in una particolare norma del codice civile in materia di successioni testamentarie, l’art. 629. In tema cfr. NICOLETTA DE LUCA, *Anima est plus quam corpus*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁷ La quale ritiene estranei alla fattispecie gli aspetti immanenti della questione, tuttavia ben presenti nella circostanza qualificata dalla celebrazione di una “messa di suffragio”, che ha lo scopo liturgico (e quindi religioso) di conforto all’anima del defunto, oltre che dei suoi parenti viventi.

⁸ RAFFAELE BOTTA, *La libertà religiosa*, in AA.VV. *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di PAOLO CENDON, Padova, Cedam, 2001, I, p. 763 ss.

⁹ STEFANO TESTA BEPPENHEIM, *Il codice civile è grande, e gli artt. 2043 e 2059 sono il suo profeta*, in AA.VV., *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa*, a cura di GIUSEPPE LEZIROLI, Napoli, Jovene, 2004, p.281.

¹⁰ ANTONIO FUCCILLO, *L’attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 135 ss.

L'art. 2059 c.c., tuttavia, appare limitare le ipotesi di risarcibilità del “danno non patrimoniale” ai “casi determinati dalla legge”, ed è altresì noto come non sia sopita la polemica sulla individuazione, nei cd. “diritti fondamentali”, di fattispecie inquadabili tecnicamente e direttamente tra quelle oggetto del richiamo contenuto in detta norma.

Di conseguenza, la sentenza in esame sembra richiamare quanto sostenuto dalla medesima Corte nel noto pronunciato n. 500/99 a Sezioni Unite, ove è stato stabilito che può dar luogo a un risarcimento la “condotta” di un soggetto, a condizione che l'interesse leso: (a) sia protetto da disposizioni specifiche; ovvero (b) sia oggetto di norme che rivelano una esigenza di protezione. Nel primo caso, il risarcimento sarà sempre dovuto, purché sussistano gli altri elementi dell'illecito; nel secondo caso, il risarcimento sarà dovuto se il giudice accerti, nel caso concreto, la prevalenza dell'interesse leso rispetto a quello, eventualmente concorrente, dell'offensore. Per cui, come è stato autorevolmente affermato¹¹, è necessario individuare la norma costituzionale (nel caso di specie l'art. 19 Cost.) o la norma di legge alla quale “ancorare” l'ingiustizia, e di qui far discendere l'ipotesi risarcitoria.

Nel *decisum* in commento, quindi, la Corte, dopo avere qualificato la fattispecie concreta sostanzialmente come “inadempimento” contrattuale, esclusa quindi nel caso di specie un'ipotesi di reato, non poteva che non ammettere la configurabilità di un'autonoma ipotesi di risarcimento di danno non patrimoniale.

Occorre, però, riflettere se, nel caso in esame, effettivamente vi sia stata una lesione del diritto di libertà religiosa dei ricorrenti causata dalla condotta “colposa” del resistente.

Che l'esercizio della propria libertà di culto si espliciti anche attraverso condotte positive, cioè basate su di un *facere* concreto, è questione assodata in dottrina¹². L'attività culturale, quindi, si caratterizza anche con condotte che si configurano nel compimento di atti a volte contraddistinti da apposite pratiche liturgiche, che qualificano l'atto come dimostrativo sia della propria appartenenza confessionale che delle proprie intime convinzioni religiose, e tali atti sono protetti dall'ordinamento con il solo limite negativo dei riti contrari al “buon costume”, ipotesi peraltro lontana dalla liturgia cattolica.

Esiste, pertanto, il diritto del fedele di partecipare alla S. messa, e tale diritto non può soffrire ostacoli né da parte dello Stato, né da parte dei singoli. Prescindendo, comunque, dalla fattispecie concreta in esame (ove è fin troppo facile escludere la lesione diretta del diritto di libertà religiosa), non è condivisibile l'assunto della Corte, nel momento in cui sostiene che l'impedimento causato alla partecipazione alla funzione non costituisce di per sé lesione alla libertà religiosa dell'individuo. Tale affermazione, difatti, non corredata nel dispositivo da adeguata motivazione

¹¹ MARCO ROSSETTI, *Danno psichico, danno morale, danno esistenziale*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della magistratura*, 2003, I.

¹² *Ex plurimis*, cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Libertà VII. Libertà di coscienza e di religione*, in *Enc. giur. trecc.*, vol. XIX, Roma, 1990; PAOLO DI MARZIO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2000; ANTONIO FUCILLO, *La dimensione privatistica della libertà religiosa*, in AA.VV., *La libertà religiosa*, a cura di MARIO TEDESCHI, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2002, I, p. 179 ss.; SERGIO FERLITO, *Diritto soggettivo e libertà religiosa. Riflessioni per uno studio storico e concettuale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; MARIO TEDESCHI, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 113 ss.

teorica, sembra aprire spazi ad una equivoca confusione tra atti di culto e prestazioni contrattuali che invece vanno tenute ben distinte. La religiosità degli individui, infatti, contiene elementi e profili non stereotipabili a priori, e non va dimenticata la caratterizzazione escatologica degli atti di culto, che, poi, costituisce la loro peculiarità rispetto all'esercizio anche di altri diritti fondamentali dell'individuo.

Sembra corretto evidenziare che la partecipazione alla funzione richiesta assume la caratterizzazione di esercizio di un diritto di libertà costituzionalmente protetto, ed in ciò prescindendo dalla circostanza di se tale diritto sia stato nella fattispecie concretamente leso¹³.

Il compimento di atti di culto è esercizio positivo della libertà religiosa degli individui ed in tale prospettiva va sempre e comunque inquadrato. Sarebbe, quindi, stato più corretto affermare che, pur non ravvisandosi nel caso in esame violazione di tale diritto, la libertà di partecipazione alle funzioni religiose è diritto autonomamente tutelabile e non fatto estraneo "alla libertà di culto".

C) Di grande interesse appare anche *l'obiter dictum* che si ricava dalla sentenza in commento.

Nonostante, infatti, l'apparente posizione "radicale" sopra esaminata (par. "B"), la Corte sembra però aprire spazio ad un' autonoma risarcibilità del danno da lesione della libertà religiosa nel punto in cui afferma che, nella fattispecie in esame, non si ritiene conculcata la libertà religiosa dei ricorrenti; affermazione dalla quale si può ricavare che qualora il fatto si fosse caratterizzato come lesivo la risarcibilità sarebbe in *re ipsa* scaturita.

Il discorso sembra fornire nuovi spazi alla risarcibilità del cd. "danno esistenziale"¹⁴, cioè alla risarcibilità patrimoniale di ipotesi contraddistinte dalle modificazioni peggiorative della sfera personale dei soggetti coinvolti, che causano riflessi negativi sulla vita della persona, causando la potenziale reazione dell'ordinamento attraverso il risarcimento patrimoniale di un danno "non patrimoniale"¹⁵.

D'altra parte, un segnale deciso in tale direzione lo si può cogliere dal sempre più ampio riconoscimento che la categoria del danno esistenziale ha assunto, sin dalla sentenza n. 6507/01 della medesima Corte di Cassazione, che aveva "esteso al danno da lesione della reputazione, così come a tutti i danni da lesione di un diritto della personalità, la fortunata formula già sperimentata con riguardo al danno biologico, e che può così sillogizzarsi: (a) i diritti fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti, sono altrettanti diritti soggettivi perfetti; (b) la lesione di tali diritti, in virtù

¹³ E, quindi, dalla ipotesi risarcitoria riguardante la fattispecie oggetto della causa.

¹⁴ Tra le sentenze favorevoli alla risarcibilità del danno esistenziale viene solitamente citato il *decisum* di Cass., 7.6.2000, n. 7713. In questa decisione, la Suprema Corte ha affermato che la lesione di uno qualsiasi dei diritti fondamentali della persona, anche a prescindere dalla commissione di un reato, è causa di un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., che va risarcito in via equitativa in aggiunta rispetto agli eventuali pregiudizi patrimoniali. Tale decisione è stata indirettamente corroborata, più di recente, da Cass. 3.4.2001 n. 4881, e da Cass., 10.5.2001, n. 6507. Anche secondo queste due sentenze (nelle quali comunque non si parla mai di "danno esistenziale"), la lesione dei diritti fondamentali della persona, costituzionalmente garantiti, costituisce un danno risarcibile ex art. 2043 c.c., che si aggiunge sia al danno morale, sia a quello patrimoniale.

¹⁵ È andato concretizzandosi ciò che STEFANO RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 60 ss., aveva con lungimiranza definito come possibile "ampliamento delle frontiere della responsabilità civile".

del combinato disposto dell'art. 2043 c.c., e della norma costituzionale che sancisce il diritto lesivo, genera un danno risarcibile; (c) tale danno deve essere risarcito in aggiunta sia al danno morale, sia a quello patrimoniale in senso stretto"¹⁶.

Le considerazioni in tema sembrano proporre una peculiare vivificazione dei principi costituzionali riferiti alla persona (nel caso di specie, l'art. 19 Cost.), con il necessario e conseguente profilo della risarcibilità in via autonoma (liquidato dal giudice secondo equità), oppure collegandolo a fattispecie più direttamente monetizzabili¹⁷. Il danno esistenziale¹⁸ per chi, quindi, ne sostiene l'esistenza e la risarcibilità, costituirebbe una categoria unica ed unificante dei danni non patrimoniali diversi da quelli morali, che riassume in sé il danno biologico, quello alla vita di relazione, quello alla serenità familiare, alla vita sessuale¹⁹.

Tuttavia, nonostante i molteplici dubbi che avvolgono la figura del "danno esistenziale"²⁰, la questione sembra ricevere nuova linfa, a fine di prospettare l'ammissibilità della tutela risarcitoria *ex se* della lesione del diritto di libertà religiosa²¹.

Con una singolare sinergia tra la Corte di cassazione e quella costituzionale: nel breve volgere di due mesi, infatti, sia la prima²², che la seconda²³, hanno proceduto ad una significativa rilettura dell'art. 2059 c.c., stabilendo che:

(a) "il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesivo un valore inerente alla persona" (Cass. 8827/03)

(b) "non [è] proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo; ciò che rileva, ai fini dell'ammissione a risarcimento, in riferimento all'art. 2059, è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona, dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica" (Cass. 8827/03);

(c) il limite risarcitorio dettato dall'art. 2059 c.c. non opera "se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti" (Cass. 8827/03);

(d) la tutela risarcitoria della persona "va ricondotta al sistema bipolare del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale: quest'ultimo comprensivo del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso e dei pregiudizi diversi ad ulteriori, purché costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto" (Cass. 8827/03).

¹⁶ MARCO ROSSETTI, *nota a Cass. 6507/2001*, in *Diritto e giustizia*, 2001, n.87, *ad vocem*.

¹⁷ Come, ad esempio, poteva essere nel caso di specie, ove era stata lamentata anche una lesione contrattuale, e quindi un danno patrimoniale diretto.

¹⁸ La locuzione è assunta nel significato attribuitole da parte della dottrina, nella consapevolezza del suo significato "convenzionale".

¹⁹ PAOLO ZIVIZ, *Alla scoperta dal danno esistenziale*, in *Contr. e impr.*, 1994, pp. 864-865.

²⁰ Espressi, tra gli altri, nei commenti a margine della citata sentenza. Leggila: in *Danno e resp.*, 2000, p. 835, con note di PIER GIUSEPPE MONATERI, *Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*, e di GIULIO PONZANELLI, *Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*; nonché in *Diritto e giustizia*, 2000, n. 23, p. 23, ed *ibidem*, n. 24, p. 4 ss., con nota di MARCO ROSSETTI, *Messa da requiem per il 2059 c.c. se passa la linea del "danno in sé"*.

²¹ L'argomento è assolutamente delicato, ed in questa sede può essere soltanto accennato. In tema, mi si consenta un ampio rinvio ad ANTONIO FUCCILLO, *L'attuazione privatistica della libertà religiosa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 135 ss.

²² Cass. 31.5.2003 n. 8827 e Cass. 31.5.2003 n. 8828, ambedue in *Danno e resp.*, 2003, 816 e ss.

²³ Corte cost., 11.7.2003 n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, 939.

Per effetto di tali decisioni, tutti i danni non patrimoniali lesivi di interessi della persona di rango costituzionale sono divenuti dunque sempre risarcibili, anche al di fuori dei limiti di cui all'art. 2059 c.c., con valutazione rimessa all'equo apprezzamento del giudice nel caso concreto.

La sentenza in commento, anche in virtù dell'esplicito richiamo agli appena citati precedenti, può sistemarsi nella scia di tali pronunciati, e quindi tra quelli che sostanzialmente ammettono una possibile risarcibilità di un danno non patrimoniale da lesione di diritto costituzionalmente garantito, in ciò rispettando il disposto dell'art. 2059 c.c.²⁴.

Resta il rammarico che, prescindendo dalla vacuità economica della questione concreta oggetto di causa, la Corte aveva l'occasione di affrontare direttamente la "positività" del diritto di libertà religiosa²⁵, la sua collocazione tra i diritti fondamentali direttamente attivabili dai singoli, la sua precettività²⁶, ed a ciò deve supplire trovandovi, peraltro, il suo legittimo spazio, la dottrina²⁷.

²⁴ Nonostante che sia dubbio in dottrina se sia, o meno, necessaria una qualificazione dei diritti "fondamentali" attraverso norme di riconoscimento, è indubbio che nell'attivazione del disposto dell'art. 2059 c.c. non se ne possa prescindere.

²⁵ Sembra, infatti, un po' affrettata la definizione di questione "stravagante", sostenuta da GIUSEPPE FINOCCHIARO, *Uno scherzo al prete e alla giustizia degli uomini*, cit., p. 780, il quale Autore, poi, sembra sostenere la "sbrigativa" definizione della questione assunta dalla Corte (*ibidem*, p. 781).

²⁶ Certamente, sia nel dispositivo, che nella motivazione, la Corte ha liquidato la questione con una disarmante superficialità, evitando di entrare nella difficile analisi dei contenuti del diritto di libertà religiosa.

²⁷ È appena il caso di notare come spetti alla "scienza del diritto ecclesiastico" tale compito.

Corte di Cassazione, Sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748

Alimentazione forzata - Coma vegetativo irreversibile - Diritti personalissimi - Trattamenti sanitari - Diritto alla vita - Accanimento terapeutico - Incapacità di intendere e volere - Rappresentanza legale - Tutore - Curatore speciale - Dignità umana - Libertà fondamentali - Stato vegetativo permanente.

In una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta - proveniente dal tutore che lo rappresenta - di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione - proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità - si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita. Sulla base di tali considerazioni, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

(omissis)

Svolgimento del processo

1. - Con ricorso ex art. 732 cod. proc. civ., B. E., quale tutore della figlia interdetta E. E., ha chiesto al Tribunale di Lecco, previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., l'emanazione di un ordine di interruzione della alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico che tiene in vita la tutelata, in stato di coma vegetativo irreversibile dal 1992.

Il curatore speciale, nominato dal Presidente del Tribunale, ha aderito al ricorso.

Il Tribunale di Lecco, con decreto in data 2 febbraio 2006, ha dichiarato inammissibile il ricorso ed ha giudicato manifestamente infondati i profili di illegittimità costituzionale prospettati in via subordinata dal tutore e dal curatore speciale.

Né il tutore né il curatore speciale - hanno statuito i primi giudici - hanno la rappresentanza sostanziale, e quindi processuale, dell'interdetta con riferimento alla domanda dedotta in giudizio, involgendo essa la sfera dei diritti personalissimi, per i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette la rappresentanza, se non in ipotesi tassative previste dalla legge, nella specie non ricorrenti.

Inoltre, la mancata previsione normativa di una tale rappresentanza è perfettamente aderente al dettato costituzionale, e la lacuna non può essere colmata con una interpretazione costituzionalmente orientata.

Peraltro, anche ove il curatore o il tutore fossero investiti di tale potere, la domanda – ad avviso dei primi giudici - dovrebbe essere rigettata, perché il suo accoglimento contrasterebbe con i principi espressi dall'ordinamento costituzionale. Infatti, ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost., un trattamento terapeutico o di alimentazione, anche invasivo, indispensabile a tenere in vita una persona non capace di prestarvi consenso, non solo è lecito, ma dovuto, in quanto espressione del dovere di solidarietà posto a carico dei consociati, tanto più pregnante quando, come nella specie, il soggetto interessato non sia in grado di manifestare la sua volontà. In base agli artt. 13 e 32 Cost. ogni persona, se pienamente capace di intendere e di volere, può rifiutare qualsiasi trattamento terapeutico o nutrizionale fortemente invasivo, anche se necessario alla sua sopravvivenza, laddove se la persona non è capace di intendere e di volere il conflitto tra il diritto di libertà e di autodeterminazione e il diritto alla vita è solo ipotetico e deve risolversi a favore di quest'ultimo, in quanto, non potendo la persona esprimere alcuna volontà, non vi è alcun profilo di autodeterminazione o di libertà da tutelare. L'art. 32 Cost. porta ed escludere che si possa operare una distinzione tra vite degne e non degne di essere vissute.

2. – Avverso tale decreto ha proposto reclamo alla Corte d'appello di Milano il tutore, chiedendo che, previa opportuna istruttoria sulla volontà di E., a suo tempo manifestata, contraria agli accanimenti terapeutici e, ove occorra, incidente di costituzionalità, venga ordinata l'interruzione dell'alimentazione forzata di E., in quanto trattamento invasivo della sfera personale, perpetrato contro la dignità umana.

Il curatore speciale, costituitosi, ha chiesto l'accoglimento dell'impugnazione, ed ha proposto egli stesso reclamo, da intendersi anche come reclamo incidentale.

Il pubblico ministero ha concluso per la reiezione del reclamo, ritenendo divisibili le argomentazioni poste dal Tribunale a fondamento del provvedimento impugnato.

3. – La Corte d'appello di Milano, con decreto in data 16 dicembre 2006, in riforma del provvedimento impugnato, ha dichiarato ammissibile il ricorso e lo ha rigettato nel merito.

3.1. – La Corte ambrosiana non condivide la decisione del Tribunale in punto di inammissibilità della domanda, giacché i rappresentanti legali di E. domandano che sia il giudice a disporre l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiali, sul presupposto che tale presidio medico costituisca un trattamento invasivo dell'integrità psicofisica, contrario alla dignità umana, non praticabile contro la volontà dell'incapace o, comunque, in assenza del suo consenso.

Secondo la Corte territoriale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 357 e 424 cod. civ., nel potere di cura della persona, conferito al rappresentante legale dell'incapace, non può non ritenersi compreso il diritto-dovere di esprimere il consenso informato alle terapie mediche. La "cura della persona" implica non solo la cura degli interessi patrimoniali, quanto – principalmente – di quelli di natura esistenziale, tra i quali vi è indubbiamente la salute intesa non solo come integrità psicofisica, ma anche come diritto di farsi curare o di rifiutare la cura: tale diritto non può trovare limitazione alcuna quando la persona interessata non è in grado di determinarsi.

La presenza in causa – indicata come necessaria dalla Corte di cassazione con l'Ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 – del curatore speciale che si è associato alla richiesta del tutore supera ogni problema di possibile conflitto tra la tutelata ed il tutore.

E, in considerazione dello stato di totale incapacità di E. e delle gravi conseguenze che la sospensione del trattamento in atto produrrebbe, il tutore o, in sua vece, il curatore speciale deve adire il giudice per ottenerne l'interruzione.

3.2. - Nel merito, la Corte d'appello osserva che E. – la quale non può considerarsi clinicamente morta, perché la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo – si trova in stato vegetativo permanente, condizione clinica che, secondo la scienza medica, è caratteristica di un soggetto che “ventila, in cui gli occhi possono rimanere aperti, le pupille reagiscono, i riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente e le uniche risposte motorie riflesse consistono in una redistribuzione del tono muscolare”. Lo stato vegetativo di E. è immutato dal 1992 – da quando ella riportò un trauma cranico-encefalico a seguito di incidente stradale – ed è irreversibile, mentre la cessazione della alimentazione a mezzo del sondino nasogastrico la condurrebbe a sicura morte nel giro di pochissimi giorni.

La Corte territoriale riferisce che dalle concordi deposizioni di tre amiche di E. – le quali avevano raccolto le sue confidenze poco prima del tragico incidente che l'ha ridotta nelle attuali condizioni - emerge che costei era rimasta profondamente scossa dopo aver fatto visita in ospedale all'amico Alessandro, in coma a seguito di un sinistro stradale, aveva dichiarato di ritenere preferibile la situazione di un altro ragazzo, Filippo, che, nel corso dello stesso incidente, era morto sul colpo, piuttosto che rimanere immobile in ospedale in balia di altri attaccato ad un tubo, ed aveva manifestato tale sua convinzione anche a scuola, in una discussione apertasi al riguardo con le sue insegnanti suore.

Secondo i giudici del reclamo, si tratterebbe di dichiarazioni generiche, rese a terzi con riferimento a fatti accaduti ad altre persone, in un momento di forte emotività, quando E. era molto giovane, si trovava in uno stato di benessere fisico e non nella attualità della malattia, era priva di maturità certa rispetto alle tematiche della vita e della morte e non poteva neppure immaginare la situazione in cui ora versa. Non potrebbe dunque attribuirsi alle dichiarazioni di E. il valore di una personale, consapevole ed attuale determinazione volitiva, maturata con assoluta cognizione di causa. La posizione di E. sarebbe pertanto assimilabile a quella di qualsiasi altro soggetto incapace che nulla abbia detto in merito alle cure ed ai trattamenti medici cui deve essere sottoposto.

La Corte d'appello non condivide la tesi – sostenuta dal tutore ed avallata dal curatore speciale – secondo cui, di fronte ad un trattamento medico - l'alimentazione forzata mediante sondino nasogastrico - che mantiene in vita E. esclusivamente da un punto di vista biologico senza alcuna speranza di miglioramento, solo l'accertamento di una precisa volontà, espressa da E. quando era cosciente, favorevole alla prosecuzione della vita ad ogni costo, potrebbe indurre a valutare come non degradante e non contrario alla dignità umana il trattamento che oggi le viene imposto.

Innanzitutto perché, in base alla vigente normativa, E. è viva, posto che la morte si ha con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo. In secondo luogo perché – al di là di ogni questione inerente alla natura di terapia medica, di accanimento terapeutico (inteso come cure mediche svincolate dalla speranza di recupero del paziente) o di normale mezzo di sostentamento che si possa dare alla alimentazione forzata cui è sottoposta E. – è indiscutibile che, non essendo E. in grado di alimentarsi altrimenti ed essendo la nutrizione con sondino nasogastrico l'unico modo di alimentarla, la sua sospensione condurrebbe l'incapace a morte certa nel volgere di pochi giorni: equivarrebbe, quindi, ad una eutanasia indiretta omissiva.

Secondo i giudici del gravame, non vi sarebbe alcuna possibilità di accedere a distinzioni tra vite degne e non degne di essere vissute, dovendosi fare riferimento unicamente al bene vita costituzionalmente garantito, indipendentemente dalla qualità della vita stessa e dalle percezioni soggettive che di detta qualità si possono avere.

“Se è indubbio che, in forza del diritto alla salute e alla autodeterminazione in campo sanitario, il soggetto capace possa rifiutare anche le cure indispensabili a tenerlo in vita, nel caso di soggetto incapace (di cui non sia certa la volontà, come nel caso di E.) per il quale sia in atto solo un trattamento di nutrizione, che indipendentemente dalle modalità invasive con cui viene eseguito (sondino nasogastrico) è sicuramente indispensabile per l'impossibilità del soggetto di alimentarsi altrimenti e che, se sospeso, condurrebbe lo stesso a morte, il giudice – chiamato a decidere se sospendere o meno detto trattamento – non può non tenere in considerazione le irreversibili conseguenze cui porterebbe la chiesta sospensione (morte del soggetto incapace), dovendo necessariamente operare un bilanciamento tra diritti parimenti garantiti dalla Costituzione, quali quello alla autodeterminazione e dignità della persona e quello alla vita”. Detto bilanciamento – a giudizio della Corte d'appello – “non può che risolversi a favore del diritto alla vita, ove si osservi la collocazione sistematica (art. 2 Cost.) dello stesso, privilegiata rispetto agli altri (contemplati dagli artt. 13 e 32 Cost.), all'interno della Carta costituzionale”; tanto più che, alla luce di disposizioni normative interne e convenzionali, la vita è un bene supremo, non essendo configurabile l'esistenza di un “diritto a morire” (come ha riconosciuto la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 aprile 2002 nel caso *Pretty c. Regno Unito*).

4. – Per la cassazione del decreto della Corte d'appello il tutore B. E., con atto notificato il 3 marzo 2007, ha interposto ricorso, affidato ad un unico, complesso motivo.

Anche il controricorrente curatore speciale Avv. Franca Alessio ha proposto ricorso incidentale, sulla base di due motivi.

Il ricorrente ed il ricorrente incidentale hanno, entrambi, depositato memoria in prossimità dell'udienza.

Motivi della decisione

1. – Con l'unico mezzo illustrato con memoria - denunciando violazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., nonché omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia – il tutore, ricorrente in via principale, chiede alla Corte di affermare, come principio di diritto, “il divieto di accanimento terapeutico, e cioè che nessuno debba subire trattamenti invasivi della propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio”. Qualora tale risultato ermeneutico sia precluso per effetto degli artt. 357 cod. civ. e 732 cod. proc. civ., ovvero di altre norme di legge ordinaria, il ricorrente chiede che sia sollevata questione di legittimità costituzionale di tutte tali norme legislative, per violazione degli artt. 2, 13 e 32 Cost., da cui si assume discendere la piena operatività del divieto di accanimento terapeutico.

Secondo il ricorrente, la Corte d'appello di Milano avrebbe frainteso e travisato completamente il significato da attribuirsi alla indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita. Il predicare l'indisponibilità del diritto alla vita, a differenza di quel che accade per altri diritti costituzionali e fondamentali, si riallaccia al fatto che, nella mappa del costituzionalismo moderno, esso costituisce un diritto diverso da tutti

gli altri: la vita è indispensabile presupposto per il godimento di qualunque libertà dell'uomo e, proprio per questo, non può ammettersi che la persona alieni ad altri la decisione sulla propria sopravvivenza o che il diritto si estingua con la rinuncia. E tuttavia, l'indisponibilità ed irrinunciabilità del diritto alla vita è garantita per evitare che soggetti diversi da quello che deve vivere, il quale potrebbe versare in stato di debolezza e minorità, si arroghino arbitrariamente il diritto di interrompere la vita altrui; ma sarebbe errato costruire l'indisponibilità della vita in ossequio ad un interesse altrui, pubblico o collettivo, sopraordinato e distinto da quello della persona che vive.

Del resto – ricorda il ricorrente – la Corte costituzionale ha precisato che nella tutela della libertà personale resa inviolabile dall'art. 13 Cost. è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo. E la giurisprudenza della Corte di cassazione, nel ricostruire di recente come fonte di responsabilità del medico il solo fatto di non avere informato il paziente, o di non averne sollecitato ed ottenuto previamente l'assenso per il trattamento, ha chiarito che qui siamo fuori dall'ipotesi in cui il consenso dell'avente diritto vale come esimente da responsabilità giuridica per chi ha agito praticando la cura invasiva della sfera individuale: il consenso libero ed informato è piuttosto percepito come un requisito intrinseco perché l'intervento di chi pure sia professionalmente competente a curare risulti di per sé legittimo.

Il che – ad avviso del ricorrente – sottolinea come il diritto alla vita, proprio perché irrinunciabile ed indisponibile, non spetti che al suo titolare e non possa essere trasferito ad altri, che lo costringano a vivere come essi vorrebbero.

Ciò che la Corte ambrosiana avrebbe trascurato è che, nel caso di E. E. come in qualunque altro caso di trattamenti praticati dal medico o da altri sulla persona per mantenerla in vita, a venire in rilievo non è il diritto alla vita, ma “solo ed esclusivamente la legittimità della decisione di un uomo, che solitamente e per fortuna nel caso nostro è un medico professionalmente competente, di intervenire sul corpo di una persona per prolungarne la vita”.

Ad avviso del ricorrente, la garanzia del diritto alla vita è più complessa per soggetti incapaci di intendere e di volere, come E. E., che non per chi abbia coscienza e volontà. Per chi sia cosciente e capace di volere, invero, la prima garanzia del proprio diritto alla vita risiede nella libertà di autodeterminazione rispetto all'ingerenza altrui, ove pure consista in una cura da erogarsi in nome del mantenimento in vita.

Lo stesso tipo di garanzia non è sostenibile per chi sia in stato di incapacità. La giurisprudenza ha da tempo individuato, come criterio di azione, l'autolegittimazione dell'intervento medico, in quanto dedito a curare e dotato all'uopo di convenienti capacità ed attitudini professionali. Secondo il ricorrente, resterebbe l'esigenza, di rango costituzionale, che il trattamento invasivo della persona, quando non sia e non possa essere assentito da chi lo subisce, sia erogato sotto il diretto controllo dell'autorità giudiziaria, in quanto sicuramente ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost.

La Corte d'appello di Milano avrebbe svolto, sotto questo profilo, un ragionamento alquanto contraddittorio. Per un verso, nel dichiarare ammissibile il ricorso del tutore, la Corte territoriale non avrebbe negato ed avrebbe anzi ammesso la necessità che il trattamento di cura invasivo della persona di E. sia sottoposto al controllo dell'autorità giudiziaria; mentre, nel contempo e per altro verso, la stessa Corte avrebbe poi rifiutato, giudicando nel merito, di rilevare ogni e qualunque limite all'intervento del medico, quando il trattamento di cura incida sul diritto alla vita.

Questa contraddizione, ad avviso del ricorrente, sarebbe frutto di una impostazione radicalmente errata, giacché l'autolegittimazione del medico ad intervenire, anche per trattamenti incidenti sul bene della vita, deve arrestarsi quando i trattamenti medesimi configurino ciò che costituisce accanimento terapeutico.

Secondo il codice di deontologia medica (art. 14), il medico deve astenersi dall'ostinazione in trattamenti da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato e/o un miglioramento della qualità della vita. In questo si rispecchiano l'idea di non accanirsi in trattamenti "futili", presente nell'esperienza anglosassone, o le prescrizioni della riforma del Codice della salute francese introdotte dalla legge 2005-370 del 22 aprile 2005, sulla sospensione e la non erogazione, a titolo di "ostinazione irragionevole", di trattamenti "inutili, sproporzionati o non aventi altro effetto che il solo mantenimento artificiale della vita".

Sicché, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente (artt. 2, 13 e 32 Cost.).

Il ricorrente contesta la tesi – fatta propria dalla Corte di Milano – secondo cui, poiché la conservazione della vita è un bene in sé, qualsiasi trattamento volto a tale scopo non potrebbe configurare accanimento. Difatti, in frangenti come quello in cui si trova E., non è lo spegnersi, bensì il protrarsi della vita ad essere artificiale, ad essere il mero prodotto dell'azione che un uomo compie nella sfera individuale di un'altra persona la quale, solo per tale via, viene, letteralmente, costretta a sopravvivere.

Si sostiene che anche per i trattamenti tesi al prolungamento della vita altrui, come per qualunque altro trattamento medico, deve essere verificato se essi rechino un beneficio o un'utilità al paziente o non incorrano nel divieto di accanimento terapeutico.

Ad avviso del ricorrente, il divieto di ostinazione in cure per cui non sia accertabile ed accertato un beneficio o un miglioramento della qualità della vita non sarebbe in contraddizione con il divieto di trattamenti diretti a provocare la morte: giacché una cosa è che il medico non debba uccidere, neppure sotto le mentite spoglie del curare; altra cosa è che il medico possa e debba astenersi da quei trattamenti che, pur suscettibili di prolungare il vivere, fosse accertato non rechino beneficio o utilità per il paziente, nel sottrarlo all'esito naturale e fatale dello stato in cui si trova e nel forzarlo a mantenere talune funzioni vitali.

Nel ricorso si sostiene che il diritto alla vita è in uno – e non è contrapponibile, come viceversa vorrebbe la Corte d'appello milanese – con la garanzia dell'individualità umana di cui agli artt. 2, 13 e 32 Cost. Il modo normale di garantire l'individualità di un uomo è l'autodeterminazione; ma quando, come nel caso di E., l'autodeterminazione non è più possibile, perché la persona ha perso irreversibilmente coscienza e volontà, bisogna perlomeno assicurarsi che ciò che resta dell'individualità umana, in cui si ripone la "dignità" di cui discorrono gli artt. 2, 13 e 32 Cost., non vada perduta. E tale individualità andrebbe perduta qualora un'altra persona, diversa da quella che deve vivere, potesse illimitatamente ingerirsi nella sfera personale dell'incapace per manipolarla fin nell'intimo, fino al punto di imporre il mantenimento di funzioni vitali altrimenti perdute.

Il divieto di accanimento terapeutico – si sostiene – nasce proprio da qui: esso nasce affinché l'intervento del medico, artificiale ed invasivo della sfera personale di chi è incapace e perciò inerme, sia entro i confini dati dall'autolegittimazione del medico come professionista, il quale, come tale, deve curare e quindi recare un tangibile

vantaggio al suo paziente. Siffatta accurata verifica della utilità o del beneficio del trattamento per chi lo subisce andrebbe fatta proprio e soprattutto quando il trattamento miri a prolungare la vita, poiché “proprio e soprattutto quando il trattamento stesso miri a prolungare la vita, il medico, come professionista, si spinge al massimo dell'intromissione nella sfera individuale dell'altra persona, addirittura modificando, o quanto meno spostando, le frontiere tra la vita e la morte”.

Certamente non ci si deve permettere, neppure ed anzi a maggior ragione per chi sia incapace o abbia minorazioni, di distinguere tra vite degne e non degne di essere vissute. Il che non toglie, tuttavia, che vi siano casi in cui, per il prolungamento artificiale della vita, non si dia riscontro di utilità o beneficio alcuno ed in cui, quindi, l'unico risultato prodotto dal trattamento o dalla cura è di sancire il trionfo della scienza medica nel vincere l'esito naturale della morte. Tale trionfo è però un trionfo vacuo, ribaltabile in disfatta, se per il paziente e la sua salute non c'è altro effetto o vantaggio.

Non è la vita in sé, che è un dono, a potere essere mai indegna; ad essere indegno può essere solo il protrarre artificialmente il vivere, oltre quel che altrimenti avverrebbe, solo grazie all'intervento del medico o comunque di un altro, che non è la persona che si costringe alla vita.

La Corte d'appello di Milano, ad avviso del ricorrente, avrebbe inoltre finito con il travisare e distorcere il significato dell'istruttoria effettuata durante il giudizio, nel quale è stato appurato, per testi, il convincimento di E., anteriormente all'incidente che l'ha ridotta in stato vegetativo permanente, che sarebbe stato “meglio” morire piuttosto di avere quella che “non poteva considerarsi vita”. I convincimenti di E. sarebbero stati chiesti e sarebbero stati oggetto di istruttoria non perché taluno potesse pensare che essi, manifestati in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, valgano oggi come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale dai trattamenti che ella subisce. L'accertamento dei convincimenti di E., quando ancora poteva manifestarli, sarebbe stato richiesto e fatto, invece, perché la Corte d'appello, nel pronunciarsi sul mantenimento dell'idratazione e dell'alimentazione artificiali, potesse valutare e ponderare ogni elemento disponibile.

Lo stato vegetativo permanente (SVP) in cui giace E. è uno stato unico e differente da qualunque altro, non accostabile in alcun modo a stati di handicap o di minorità, ovvero a stati di eclissi della coscienza e volontà in potenza reversibili come il coma. Nello stato di SVP, a differenza che in altri, può darsi effettivamente il problema del riscontro di un qualunque beneficio o una qualunque utilità tangibile dei trattamenti o delle cure, solo finalizzate a porporre la morte sotto l'angolo visuale biologico.

2.1. – Con il primo motivo, illustrato con memoria, denunciando violazione o falsa applicazione degli artt. 357 e 424 cod. civ., in relazione agli artt. 2, 13 e 32 Cost., il curatore speciale, ricorrente in via incidentale, chiede che sia affermato come principio di diritto il divieto di accanimento terapeutico. Ripercorrendo le medesime argomentazioni contenute nel ricorso principale, nel ricorso incidentale si sottolinea come E. non sia in grado di esprimere alcun consenso riguardo ad atti che si configurano come invasivi della sua personale integrità psico-fisica, e si richiama la giurisprudenza costituzionale sull'attinenza della tutela della libertà personale a qualunque intromissione sul corpo o sulla psiche cui il soggetto non abbia consentito. Si pone l'accento sulla tutela della dignità umana, inscindibile da quella della vita stessa, come valore costituzionale, e si invoca, tra l'altro, l'art. 32 Cost., che preclude trattamenti sanitari che possano violare il rispetto della persona umana. Si sostiene che, quando il trattamento è inutile, futile e non serve alla salute, sicuramente esso

esula da ogni più ampio concetto di cura e di pratica della medicina, ed il medico, come professionista, non può praticarlo, se non invadendo ingiustificatamente la sfera personale del paziente.

2.2. – Il secondo mezzo del ricorso incidentale denuncia omessa ed insufficiente motivazione circa il punto decisivo della controversia e chiede che la Corte si pronunci in ordine al principio che nessuno debba subire trattamenti invasivi sulla propria persona, ancorché finalizzati al prolungamento artificiale della vita, senza che ne sia concretamente ed effettivamente verificata l'utilità ed il beneficio. Ad avviso del ricorrente in via incidentale, l'osservanza del divieto di accanimento terapeutico doveva essere assicurata dalla Corte d'appello di Milano nell'accezione del divieto di attività svincolata dalla speranza di recupero del paziente, indipendentemente dall'essere il trattamento in questione finalizzato al mantenimento in vita.

Anche nella memoria si sottolinea che la Corte d'appello erroneamente avrebbe, dopo averle ammesse, ritenuto ininfluenti le testimonianze delle amiche di E.. Secondo il ricorrente in via incidentale, un'eventuale dichiarazione circa la propria volontà a non essere mantenuti in vita durante lo stato vegetativo permanente non può che essere formulata ex ante, da chi si trovi ancora in piena salute e perfettamente in grado di comprendere e di volere, non avendo alcuna rilevanza il fatto che la ragazza, allora, fosse in giovane età. Non sarebbe condivisibile il giudizio della Corte d'appello secondo cui le determinazioni di E. avrebbero avuto valore solo nell'attualità della malattia.

3. – Il ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ., essendo entrambe le impugnazioni proposte contro lo stesso decreto.

4. – Trattandosi dell'impugnazione di un provvedimento depositato il 16 dicembre 2006 - quindi nella vigenza del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80), in base alla disciplina transitoria recata dall'art. 27, comma 2 - il ricorso per cassazione per violazione di legge comprende la possibilità di dedurre, altresì, il vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi del novellato art. 360 cod. proc. civ.

Le proposte impugnazioni vanno pertanto scrutinate anche là dove prospettano il vizio di cui al numero 5 del citato art. 360 cod. proc. civ.

5. – I motivi in cui si articolano il ricorso principale ed il ricorso incidentale, stante la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

Essi investono la Corte - oltre che del quesito se la terapia praticata sul corpo di E. E., consistente nell'alimentazione e nella idratazione artificiali mediante sondino nasogastrico, possa qualificarsi come una forma di accanimento terapeutico, sull'asserito rilievo che si verserebbe in fattispecie di trattamento invasivo della persona, senza alcun beneficio od utilità per la paziente che vada oltre il prolungamento forzoso della vita, perché oggettivamente finalizzato a preservarne una pura funzionalità meccanica e biologica - anche della questione se ed in che limiti, nella situazione data, possa essere interrotta quella somministrazione, ove la richiesta al riguardo presentata dal tutore corrisponda alle opinioni a suo tempo espresse da E. su situazioni prossime a quella in cui ella stessa è venuta, poi, a trovarsi e, più in generale, ai di lei convincimenti sul significato della dignità della persona.

Quest'ultima questione è preliminare in ordine logico. Dall'esame di essa, pertanto, conviene prendere le mosse.

6. – Occorre premettere che il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi.

Il principio del consenso informato – il quale esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico – ha un sicuro fondamento nelle norme della Costituzione: nell'art. 2, che tutela e promuove i diritti fondamentali della persona umana, della sua identità e dignità; nell'art. 13, che proclama l'inviolabilità della libertà personale, nella quale «è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo» (Corte cost., sentenza n. 471 del 1990); e nell'art. 32, che tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo, oltre che come interesse della collettività, e prevede la possibilità di trattamenti sanitari obbligatori, ma li assoggetta ad una riserva di legge, qualificata dal necessario rispetto della persona umana e ulteriormente specificata con l'esigenza che si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele preventive possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze.

Nella legislazione ordinaria, il principio del consenso informato alla base del rapporto tra medico e paziente è enunciato in numerose leggi speciali, a partire dalla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833), la quale, dopo avere premesso, all'art. 1, che «La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana», sancisce, all'art. 33, il carattere di norma volontario degli accertamenti e dei trattamenti sanitari.

A livello di fonti sopranazionali, il medesimo principio trova riconoscimento nella Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, fatta a Oviedo il 4 aprile 1997, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 28 marzo 2001, n. 145, la quale, all'art. 5, pone la seguente «regola generale» (secondo la rubrica della disposizione): «Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé».

Dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000, si evince come il consenso libero e informato del paziente all'atto medico vada considerato, non soltanto sotto il profilo della liceità del trattamento, ma prima di tutto come un vero e proprio diritto fondamentale del cittadino europeo, afferente al più generale diritto all'integrità della persona (Capo I, Dignità; art. 3, Diritto all'integrità della persona).

Nel codice di deontologia medica del 2006 si ribadisce (art. 35) che «Il medico non deve intraprendere attività diagnostica e/o terapeutica senza l'acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente».

Il principio del consenso informato è ben saldo nella giurisprudenza di questa Corte.

Nelle sentenze della III Sezione civile 25 gennaio 1994, n. 10014, e 15 gennaio 1997, n. 364, si afferma che dall'autolegittimazione dell'attività medica non può trarsi la convinzione che il medico possa, di regola ed al di fuori di taluni casi eccezionali (allorché il paziente non sia in grado, per le sue condizioni, di prestare un qualsiasi consenso o dissenso, ovvero, più in generale, ove sussistano le condizioni dello stato di necessità di cui all'art. 54 cod. pen.), intervenire senza il consenso o malgrado il

dissenso del paziente. Più di recente, Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, ha precisato che “la correttezza o meno del trattamento non assume alcun rilievo ai fini della sussistenza dell’illecito per violazione del consenso informato, essendo del tutto indifferente ai fini della configurazione della condotta omissiva dannosa e dell’ingiustizia del danno, la quale sussiste per la semplice ragione che il paziente, a causa del deficit di informazione, non è stato messo in condizione di assentire al trattamento sanitario con una volontà consapevole delle sue implicazioni”: il trattamento eseguito senza previa prestazione di un valido consenso è in violazione “tanto dell’art. 32, secondo comma, della Costituzione, quanto dell’art. 13 della Costituzione e dell’art. 33 della legge n. 833 del 1978, donde la lesione della situazione giuridica del paziente inerente alla salute ed all’integrità fisica”. “La legittimità di per sé dell’attività medica – ribadisce Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2001-3 ottobre 2001 – richiede per la sua validità e concreta liceità, in principio, la manifestazione del consenso del paziente, il quale costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico-chirurgico. Il consenso afferisce alla libertà morale del soggetto ed alla sua autodeterminazione, nonché alla sua libertà fisica intesa come diritto al rispetto della propria integrità corporea, le quali sono tutte profili della libertà personale proclamata inviolabile dall’art. 13 Cost. Ne discende che non è attribuibile al medico un generale “diritto di curare”, a fronte del quale non avrebbe alcun rilievo la volontà dell’ammalato che si troverebbe in una posizione di “soggezione” su cui il medico potrebbe ad libitum intervenire, con il solo limite della propria coscienza; appare, invece, aderente ai principi dell’ordinamento riconoscere al medico la facoltà o la potestà di curare, situazioni soggettive, queste, derivanti dall’abilitazione all’esercizio della professione sanitaria, le quali, tuttavia, per potersi estrinsecare abbisognano, di regola, del consenso della persona che al trattamento sanitario deve sottoporsi”.

6.1. – Il consenso informato ha come correlato la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

Ciò è conforme al principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l’intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell’integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive.

Ed è altresì coerente con la nuova dimensione che ha assunto la salute, non più intesa come semplice assenza di malattia, ma come stato di completo benessere fisico e psichico, e quindi coinvolgente, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, anche gli aspetti interiori della vita come avvertiti e vissuti dal soggetto nella sua esperienza.

Deve escludersi che il diritto alla autodeterminazione terapeutica del paziente incontri un limite allorché da esso consegua il sacrificio del bene della vita.

Benché sia stato talora prospettato un obbligo per l’individuo di attivarsi a vantaggio della propria salute o un divieto di rifiutare trattamenti o di omettere comportamenti ritenuti vantaggiosi o addirittura necessari per il mantenimento o il ristabilimento di essa, il Collegio ritiene che la salute dell’individuo non possa essere oggetto di imposizione autoritativo-coattiva. Di fronte al rifiuto della cura da parte del

diretto interessato, c'è spazio – nel quadro dell'“alleanza terapeutica” che tiene uniti il malato ed il medico nella ricerca, insieme, di ciò che è bene rispettando i percorsi culturali di ciascuno – per una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza; e c'è, prima ancora, il dovere di verificare che quel rifiuto sia informato, autentico ed attuale. Ma allorché il rifiuto abbia tali connotati non c'è possibilità di disattenderlo in nome di un dovere di curarsi come principio di ordine pubblico.

Lo si ricava dallo stesso testo dell'art. 32 della Costituzione, per il quale i trattamenti sanitari sono obbligatori nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sempre che il provvedimento che li impone sia volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri e che l'intervento previsto non danneggi, ma sia anzi utile alla salute di chi vi è sottoposto (Corte cost., sentenze n. 258 del 1994 e n. 118 del 1996).

Soltanto in questi limiti è costituzionalmente corretto ammettere limitazioni al diritto del singolo alla salute, il quale, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire.

Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale. E d'altra parte occorre ribadire che la responsabilità del medico per omessa cura sussiste in quanto esista per il medesimo l'obbligo giuridico di praticare o continuare la terapia e cessa quando tale obbligo viene meno: e l'obbligo, fondandosi sul consenso del malato, cessa – insorgendo il dovere giuridico del medico di rispettare la volontà del paziente contraria alle cure – quando il consenso viene meno in seguito al rifiuto delle terapie da parte di costui.

Tale orientamento, prevalente negli indirizzi della dottrina, anche costituzionalistica, è già presente nella giurisprudenza di questa Corte.

La sentenza della I Sezione penale 29 maggio 2002-11 luglio 2002 afferma che, “in presenza di una determinazione autentica e genuina” dell'interessato nel senso del rifiuto della cura, il medico “non può che fermarsi, ancorché l'omissione dell'intervento terapeutico possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte”. Si tratta evidentemente – si precisa nella citata pronuncia – di ipotesi estreme, “che nella pratica raramente è dato di registrare, se non altro perché chi versa in pericolo di vita o di danno grave alla persona, a causa dell'inevitabile turbamento della coscienza generato dalla malattia, difficilmente è in grado di manifestare liberamente il suo intendimento”: “ma se così non è, il medico che abbia adempiuto il suo obbligo morale e professionale di mettere in grado il paziente di compiere la sua scelta e abbia verificato la libertà della scelta medesima, non può essere chiamato a rispondere di nulla, giacché di fronte ad un comportamento nel quale si manifesta l'esercizio di un vero e proprio diritto, la sua astensione da qualsiasi iniziativa di segno contrario diviene doverosa, potendo, diversamente, configurarsi a suo carico persino gli estremi di un reato”.

La soluzione, tratta dai principi costituzionali, relativa al rifiuto di cure ed al dovere del medico di astenersi da ogni attività diagnostica o terapeutica se manchi il consenso del paziente, anche se tale astensione possa provocare la morte, trova

conferma nelle prescrizioni del codice di deontologia medica: ai sensi del citato art. 35, «in presenza di documentato rifiuto di persona capace», il medico deve «in ogni caso» «desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona». Inoltre tale soluzione è legislativamente sancita in altri ordinamenti europei. Significativo in questa direzione è l'art. 1111-10 del code de la santé publique francese, inserito dalla legge n. 2005-370 del 22 aprile 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, a tenore del quale «Lorsqu'une personne, en phase avancée ou terminale d'une affection grave et incurable, quelle qu'en soit la cause, décide de limiter ou d'arrêter tout traitement, le médecin respecte sa volonté après l'avoir informée des conséquences de son choix. La décision du malade est inscrite dans son dossier médical».

Né la configurabilità di un dovere dell'individuo alla salute, comportante il dovere del paziente di non rifiutare cure e terapie che consentano il mantenimento in vita, può ricavarsi dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 29 aprile 2002, nel caso *Pretty c. Regno Unito*. La Corte di Strasburgo afferma che l'art. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali protegge il diritto alla vita, senza il quale il godimento di ciascuno degli altri diritti o libertà contenuto nella Convenzione diventa inutile, precisando che tale disposizione, per un verso, non può, senza che ne venga distorta la lettera, essere interpretata nel senso che essa attribuisca il diritto diametralmente opposto, cioè un diritto di morire, né, per l'altro verso, può creare un diritto di autodeterminazione nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita. Siffatto principio – che il Collegio condivide pienamente e fa proprio – è utilizzato dalla Corte di Strasburgo non già per negare l'ammissibilità del rifiuto di cure da parte dell'interessato, ma per giudicare non lesivo del diritto alla vita il divieto penalmente sanzionato di suicidio assistito previsto dalla legislazione nazionale inglese ed il rifiuto, da parte del Director of Public Prosecutions, di garantire l'immunità dalle conseguenze penali al marito di una donna paralizzata e affetta da malattia degenerativa e incurabile, desiderosa di morire, nel caso in cui quest'ultimo le presti aiuto nel commettere suicidio. Coerentemente con tale impostazione, la stessa sentenza della Corte europea ha cura di sottolineare: che, in campo sanitario, il rifiuto di accettare un particolare trattamento potrebbe, inevitabilmente, condurre ad un esito fatale, e tuttavia l'imposizione di un trattamento medico senza il consenso di un paziente adulto e mentalmente consapevole interferirebbe con l'integrità fisica di una persona in maniera tale da poter coinvolgere i diritti protetti dall'art. 8.1 della Convenzione (diritto alla vita privata); e che una persona potrebbe pretendere di esercitare la scelta di morire rifiutandosi di acconsentire ad un trattamento potenzialmente idoneo a prolungare la vita.

Analogamente, secondo la sentenza 26 giugno 1997 della Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Vacco e altri c. Quill e altri*, ciascuno, a prescindere dalla condizione fisica, è autorizzato, se capace, a rifiutare un trattamento indesiderato per il mantenimento in vita, mentre a nessuno è permesso di prestare assistenza nel suicidio: il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari si fonda sulla premessa dell'esistenza, non di un diritto generale ed astratto ad accelerare la morte, ma del diritto all'integrità del corpo e a non subire interventi invasivi indesiderati.

7. – Il quadro compositivo dei valori in gioco fin qui descritto, essenzialmente fondato sulla libera disponibilità del bene salute da parte del diretto interessato nel possesso delle sue capacità di intendere e di volere, si presenta in modo diverso quando il soggetto adulto non è in grado di manifestare la propria volontà a causa del suo stato di totale incapacità e non abbia, prima di cadere in tale condizione,

allorché era nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, specificamente indicato, attraverso dichiarazioni di volontà anticipate, quali terapie egli avrebbe desiderato ricevere e quali invece avrebbe inteso rifiutare nel caso in cui fosse venuto a trovarsi in uno stato di incoscienza.

Anche in tale situazione, pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto).

7.1. – Risulta pacificamente dagli atti di causa che nella indicata situazione si trova E. E., la quale giace in stato vegetativo persistente e permanente a seguito di un grave trauma cranico-encefalico riportato a seguito di un incidente stradale (occorso quando era ventenne), e non ha predisposto, quando era in possesso della capacità di intendere e di volere, alcuna dichiarazione anticipata di trattamento.

Questa condizione clinica perdura invariata dal gennaio 1992.

In ragione del suo stato, E., pur essendo in grado di respirare spontaneamente, e pur conservando le funzioni cardiovascolari, gastrointestinali e renali, è radicalmente incapace di vivere esperienze cognitive ed emotive, e quindi di avere alcun contatto con l'ambiente esterno: i suoi riflessi del tronco e spinali persistono, ma non vi è in lei alcun segno di attività psichica e di partecipazione all'ambiente, né vi è alcuna capacità di risposta comportamentale volontaria agli stimoli sensoriali esterni (visivi, uditivi, tattili, dolorifici), le sue uniche attività motorie riflesse consistendo in una redistribuzione del tono muscolare.

La sopravvivenza fisica di E., che versa in uno stato stabile ma non progressivo, è assicurata attraverso l'alimentazione e l'idratazione artificiali somministrate attraverso un sondino nasogastrico.

E. è stata interdetta ed il padre è stato nominato tutore.

7.2. – In caso di incapacità del paziente, la doverosità medica trova il proprio fondamento legittimante nei principi costituzionali di ispirazione solidaristica, che consentono ed impongono l'effettuazione di quegli interventi urgenti che risultino nel miglior interesse terapeutico del paziente.

E tuttavia, anche in siffatte evenienze, superata l'urgenza dell'intervento derivante dallo stato di necessità, l'istanza personalistica alla base del principio del consenso informato ed il principio di parità di trattamento tra gli individui, a prescindere dal loro stato di capacità, impongono di ricreare il dualismo dei soggetti nel processo di elaborazione della decisione medica: tra medico che deve informare in ordine alla diagnosi e alle possibilità terapeutiche, e paziente che, attraverso il legale rappresentante, possa accettare o rifiutare i trattamenti prospettati.

Centrale, in questa direzione, è la disposizione dell'art. 357 cod. civ., la quale – letta in connessione con l'art. 424 cod. civ. –, prevede che «Il tutore ha la cura della persona» dell'interdetto, così investendo il tutore della legittima posizione di soggetto interlocutore dei medici nel decidere sui trattamenti sanitari da praticare in favore dell'incapace. Poteri di cura del disabile spettano altresì alla persona che sia stata nominata amministratore di sostegno (artt. 404 e ss. cod. civ., introdotti dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6), dovendo il decreto di nomina contenere l'indicazione degli atti che questa è legittimata a compiere a tutela degli interessi di natura anche personale del beneficiario (art. 405, quarto comma, cod. civ.).

A conferma di tale lettura delle norme del codice può richiamarsi la sentenza 18 dicembre 1989, n. 5652, di questa Sezione, con la quale si è statuito che, in tema di

interdizione, l'incapacità di provvedere ai propri interessi, di cui all'art. 414 cod. civ., va riguardata anche sotto il profilo della protezione degli interessi non patrimoniali, potendosi avere ipotesi di assoluta necessità di sostituzione della volontà del soggetto con quella della persona nominata tutore pure in assenza di patrimoni da proteggere. Ciò avviene – è la stessa sentenza a precisarlo – nel caso del soggetto “la cui sopravvivenza è messa in pericolo da un suo rifiuto (determinato da infermità psichica) ad interventi esterni di assistenza quali il ricovero in luogo sicuro e salubre od anche il ricovero in ospedale” per trattamenti sanitari: qui il ricorso all' (allora unico istituto dell') interdizione è giustificato in vista dell'esigenza di sostituire il soggetto deputato a esprimere la volontà in ordine al trattamento proposto. E, sempre nella medesima direzione, possono ricordarsi le prime applicazioni dei giudici di merito con riguardo al limitrofo istituto dell'amministratore di sostegno, talora utilizzato, in campo medico-sanitario, per assecondare l'esercizio dell'autonomia e consentire la manifestazione di una volontà autentica là dove lo stato di decadimento cognitivo impedisca di esprimere un consenso realmente consapevole.

È soprattutto il tessuto normativo a recare significative disposizioni sulla rappresentanza legale in ordine alle cure e ai trattamenti sanitari.

Secondo l'art. 4 del d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211 (Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all'applicazione della buona pratica clinica nell'esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico), la sperimentazione clinica degli adulti incapaci che non hanno dato o non hanno rifiutato il loro consenso informato prima che insorgesse l'incapacità, è possibile a condizione, tra l'altro, che «sia stato ottenuto il consenso informato del legale rappresentante»: un consenso – prosegue la norma – che «deve rappresentare la presunta volontà del soggetto».

Ancora, l'art. 13 della legge sulla tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (legge 22 maggio 1978, n. 194), disciplinando il caso della donna interdetta per infermità di mente, dispone: che la richiesta di interruzione volontaria della gravidanza, sia entro i primi novanta giorni che trascorso tale periodo, può essere presentata, oltre che dalla donna personalmente, anche dal tutore; che nel caso di richiesta avanzata dall'interdetta deve essere sentito il parere del tutore; che la richiesta formulata dal tutore deve essere confermata dalla donna.

Più direttamente – e con una norma che, essendo relativa a tutti i trattamenti sanitari, esibisce il carattere della regola generale – l'art. 6 della citata Convenzione di Oviedo – rubricato *Protection des personnes n'ayant la capacité de consentir* – prevede che «Lorsque, selon la loi, un majeur n'a pas, en raison d'un handicap mental, d'une maladie ou pour un motif similaire, la capacité de consentir à une intervention, celle-ci ne peut être effectuée sans l'autorisation de son représentant, d'une autorité ou d'une personne ou instance désignée par la loi», precisando che «une intervention ne peut être effectuée sur une personne n'ayant pas la capacité de consentir, que pour son bénéfice direct». E – come esplicita il rapporto esplicativo alla Convenzione – quando utilizza l'espressione «pour un motif similaire», il citato art. 6 si riferisce alle situazioni, quali, ad esempio, gli stati comatosi, in cui il paziente è incapace di formulare i suoi desideri o di comunicarli.

Ora, è noto che, sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata dallo Stato italiano. Ma da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi – tanto più dopo la legge parlamentare di autorizzazione alla ratifica – una funzione ausiliaria sul piano

interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme. Del resto, la Corte costituzionale, nell'ammettere le richieste di referendum su alcune norme della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente la procreazione medicalmente assistita, ha precisato che l'eventuale vuoto conseguente al referendum non si sarebbe posto in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145 (Corte cost., sentenze n. 46, 47, 48 e 49 del 2005): con ciò implicitamente confermando che i principi da essa posti fanno già oggi parte del sistema e che da essi non si può prescindere.

7.3. - Assodato che i doveri di cura della persona in capo al tutore si sostanziano nel prestare il consenso informato al trattamento medico avente come destinatario la persona in stato di incapacità, si tratta di stabilire i limiti dell'intervento del rappresentante legale.

Tali limiti sono connotati dal fatto che la salute è un diritto personalissimo e che – come questa Corte ha precisato nell'ordinanza 20 aprile 2005, n. 8291 – la libertà di rifiutare le cure “presuppone il ricorso a valutazioni della vita e della morte, che trovano il loro fondamento in concezioni di natura etica o religiosa, e comunque (anche) extragiuridiche, quindi squisitamente soggettive”.

Ad avviso del Collegio, il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del best interest, deve decidere non “al posto” dell'incapace né “per” l'incapace, ma “con” l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche.

L'uno e l'altro vincolo al potere rappresentativo del tutore hanno, come si è visto, un preciso referente normativo: il primo nell'art. 6 della Convenzione di Oviedo, che impone di correlare al «*bénéfice direct*» dell'interessato la scelta terapeutica effettuata dal rappresentante; l'altro nell'art. 5 del d.lgs. n. 211 del 2003, ai cui sensi il consenso del rappresentante legale alla sperimentazione clinica deve corrispondere alla presunta volontà dell'adulto incapace.

Non v'è dubbio che la scelta del tutore deve essere a garanzia del soggetto incapace, e quindi rivolta, oggettivamente, a preservarne e a tutelarne la vita.

Ma, al contempo, il tutore non può nemmeno trascurare l'idea di dignità della persona dallo stesso rappresentato manifestata, prima di cadere in stato di incapacità, dinanzi ai problemi della vita e della morte.

7.4. – Questa attenzione alle peculiari circostanze del caso concreto e, soprattutto, ai convincimenti espressi dal diretto interessato quando era in condizioni di capacità, è costante, sia pure nella diversità dei percorsi argomentativi seguiti, nelle decisioni adottate in altri ordinamenti dalle Corti nelle controversie in ordine alla sospensione delle cure (ed anche dell'alimentazione e idratazione artificiali) per malati in stato vegetativo permanente, in situazioni di mancanza di testamenti di vita.

Nel leading case in re Quinlan, la Corte Suprema del New Jersey, nella sentenza 31 marzo 1976, adotta la dottrina – seguita dalla stessa Corte nella sentenza 24 giugno 1987, in re Nancy Ellen Jobses – del substituted judgement test, sul rilievo che questo approccio è inteso ad assicurare che chi decide in luogo dell'interessato prenda, per quanto possibile, la decisione che il paziente incapace avrebbe preso se capace. Allorché i desideri di un capace non siano chiaramente espressi, colui che decide in sua vece deve adottare come linea di orientamento il personale sistema di vita del paziente: il sostituto deve considerare le dichiarazioni precedenti del paziente in merito e le sue reazioni dinanzi ai problemi medici, ed ancora tutti gli aspetti della personalità del paziente familiari al sostituto, ovviamente con riguardo, in particolare, ai suoi valori di ordine filosofico, teologico ed etico, tutto ciò al fine di individuare il tipo di trattamento medico che il paziente prediligerebbe.

Nella sentenza 25 giugno 1990 nel caso Cruzan, la Corte Suprema degli Stati Uniti statuisce che la Costituzione degli USA non proibisce allo Stato del Missouri di stabilire “a procedural safeguard to assure that the action of the surrogate conforms as best it may to the wishes expressed by the patient while competent”.

Nella sentenza 17 marzo 2003, il Bundesgerichtshof – dopo avere premesso che se un paziente non è capace di prestare il consenso e la sua malattia ha iniziato un decorso mortale irreversibile, devono essere evitate misure atte a prolungargli la vita o a mantenerlo in vita qualora tali cure siano contrarie alla sua volontà espressa in precedenza sotto forma di cosiddetta disposizione del paziente (e ciò in considerazione del fatto che la dignità dell'essere umano impone di rispettare il suo diritto di autodeterminarsi, esercitato in situazione di capacità di esprimere il suo consenso, anche nel momento in cui questi non è più in grado di prendere decisioni consapevoli) – afferma che, allorché non è possibile accertare tale chiara volontà del paziente, si può valutare l'ammissibilità di tali misure secondo la presunta volontà del paziente, la quale deve, quindi, essere identificata, di volta in volta, anche sulla base delle decisioni del paziente stesso in merito alla sua vita, ai suoi valori e alle sue convinzioni.

Nel caso Bland, l'House of Lords 4 febbraio 1993, utilizzando la diversa tecnica del best interest, perviene alla conclusione (particolarmente articolata nel parere di Lord Goff of Chieveley) secondo cui, in assenza di trattamenti autenticamente curativi, e data l'impossibilità di recupero della coscienza, è contrario al miglior interesse del paziente protrarre la nutrizione e l'idratazione artificiali, ritenute trattamenti invasivi ingiustificati della sua sfera corporea.

7.5. – Chi versa in stato vegetativo permanente è, a tutti gli effetti, persona in senso pieno, che deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali, a partire dal diritto alla vita e dal diritto alle prestazioni sanitarie, a maggior ragione perché in condizioni di estrema debolezza e non in grado di provvedervi autonomamente.

La tragicità estrema di tale stato patologico – che è parte costitutiva della biografia del malato e che nulla toglie alla sua dignità di essere umano – non giustifica in alcun modo un affievolimento delle cure e del sostegno solidale, che il Servizio sanitario deve continuare ad offrire e che il malato, al pari di ogni altro appartenente al consorzio umano, ha diritto di pretendere fino al sopraggiungere della morte. La comunità deve mettere a disposizione di chi ne ha bisogno e lo richiede tutte le migliori cure e i presidi che la scienza medica è in grado di apprestare per affrontare la lotta per restare in vita, a prescindere da quanto la vita sia precaria e da quanta speranza vi sia di recuperare le funzioni cognitive. Lo reclamano tanto l'idea di una universale eguaglianza tra gli esseri umani quanto l'altrettanto universale dovere di solidarietà nei confronti di coloro che, tra essi, sono i soggetti più fragili.

Ma – accanto a chi ritiene che sia nel proprio miglior interesse essere tenuto in vita artificialmente il più a lungo possibile, anche privo di coscienza – c'è chi, legando indissolubilmente la propria dignità alla vita di esperienza e questa alla coscienza, ritiene che sia assolutamente contrario ai propri convincimenti sopravvivere indefinitamente in una condizione di vita priva della percezione del mondo esterno.

Uno Stato, come il nostro, organizzato, per fondamentali scelte vergate nella Carta costituzionale, sul pluralismo dei valori, e che mette al centro del rapporto tra paziente e medico il principio di autodeterminazione e la libertà di scelta, non può che rispettare anche quest'ultima scelta.

All'individuo che, prima di cadere nello stato di totale ed assoluta incoscienza, tipica dello stato vegetativo permanente, abbia manifestato, in forma espressa o anche attraverso i propri convincimenti, il proprio stile di vita e i valori di riferimento, l'inaccettabilità per sé dell'idea di un corpo destinato, grazie a terapie mediche, a sopravvivere alla mente, l'ordinamento dà la possibilità di far sentire la propria voce in merito alla disattivazione di quel trattamento attraverso il rappresentante legale.

Ad avviso del Collegio, la funzionalizzazione del potere di rappresentanza, dovendo esso essere orientato alla tutela del diritto alla vita del rappresentato, consente di giungere ad una interruzione delle cure soltanto in casi estremi: quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione – tenendo conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso – sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona.

Per altro verso, la ricerca della presunta volontà della persona in stato di incoscienza – ricostruita, alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova, non solo alla luce dei precedenti desideri e dichiarazioni dell'interessato, ma anche sulla base dello stile e del carattere della sua vita, del suo senso dell'integrità e dei suoi interessi critici e di esperienza – assicura che la scelta in questione non sia espressione del giudizio sulla qualità della vita proprio del rappresentante, ancorché appartenente alla stessa cerchia familiare del rappresentato, e che non sia in alcun modo condizionata dalla particolare gravosità della situazione, ma sia rivolta, esclusivamente, a dare sostanza e coerenza all'identità complessiva del paziente e al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Il tutore ha quindi il compito di completare questa identità complessiva della vita del paziente, ricostruendo la decisione ipotetica che egli avrebbe assunto ove fosse stato capace; e, in questo compito, umano prima che giuridico, non deve ignorare il passato dello stesso malato, onde far emergere e rappresentare al giudice la sua autentica e più genuina voce.

Da quanto sopra deriva che, in una situazione cronica di oggettiva irreversibilità del quadro clinico di perdita assoluta della coscienza, può essere dato corso, come estremo gesto di rispetto dell'autonomia del malato in stato vegetativo permanente, alla richiesta, proveniente dal tutore che lo rappresenta, di interruzione del trattamento medico che lo tiene artificialmente in vita, allorché quella condizione, caratterizzante detto stato, di assenza di sentimento e di esperienza, di relazione e di conoscenza – proprio muovendo dalla volontà espressa prima di cadere in tale stato e tenendo

conto dei valori e delle convinzioni propri della persona in stato di incapacità – si appalesi, in mancanza di qualsivoglia prospettiva di regressione della patologia, lesiva del suo modo di intendere la dignità della vita e la sofferenza nella vita.

7.6. - Non v'è dubbio che l'idratazione e l'alimentazione artificiali con sondino nasogastrico costituiscono un trattamento sanitario. Esse, infatti, integrano un trattamento che sottende un sapere scientifico, che è posto in essere da medici, anche se poi proseguito da non medici, e consiste nella somministrazione di preparati come composto chimico implicant procedure tecnologiche. Siffatta qualificazione è, del resto, convalidata dalla comunità scientifica internazionale; trova il sostegno della giurisprudenza nel caso Cruzan e nel caso Bland; si allinea, infine, agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, la quale ricomprende il prelievo ematico – anch'esso "pratica medica di ordinaria amministrazione" – tra le misure di "restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria la esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo" (sentenza n. 238 del 1996).

8. – Diversamente da quanto mostrano di ritenere i ricorrenti, al giudice non può essere richiesto di ordinare il distacco del sondino nasogastrico: una pretesa di tal fatta non è configurabile di fronte ad un trattamento sanitario, come quello di specie, che, in sé, non costituisce oggettivamente una forma di accanimento terapeutico, e che rappresenta, piuttosto, un presidio proporzionato rivolto al mantenimento del soffio vitale, salvo che, nell'imminenza della morte, l'organismo non sia più in grado di assimilare le sostanze fornite o che sopraggiunga uno stato di intolleranza, clinicamente rilevabile, collegato alla particolare forma di alimentazione.

Piuttosto, l'intervento del giudice esprime una forma di controllo della legittimità della scelta nell'interesse dell'incapace; e, all'esito di un giudizio effettuato secondo la logica orizzontale compositiva della ragionevolezza, la quale postula un ineliminabile riferimento alle circostanze del caso concreto, si estrinseca nell'autorizzare o meno la scelta compiuta dal tutore.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la decisione del giudice, dato il coinvolgimento nella vicenda del diritto alla vita come bene supremo, può essere nel senso dell'autorizzazione soltanto (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona.

Allorché l'una o l'altra condizione manchi, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato, dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa, nonché dalla mera logica utilitaristica dei costi e dei benefici.

9. – Nei limiti appena tratteggiati, il decreto impugnato non si sottrae alle censure dei ricorrenti.

Esso ha omesso di ricostruire la presunta volontà di E. e di dare rilievo ai desideri da lei precedentemente espressi, alla sua personalità, al suo stile di vita e ai suoi più intimi convincimenti.

Sotto questo profilo, la Corte territoriale – a fronte dell'indagine istruttoria, nella quale è stato appurato, per testi, che E., esprimendosi su una situazione prossima a quella in cui ella stessa sarebbe venuta, poi, a trovarsi, aveva manifestato l'opinione che sarebbe stato per lei preferibile morire piuttosto che vivere artificialmente in una situazione di coma – si è limitata a osservare che quei convincimenti, manifestatisi in un tempo lontano, quando ancora E. era in piena salute, non potevano valere come manifestazione di volontà idonea, equiparabile ad un dissenso in chiave attuale in ordine ai trattamenti praticati sul suo corpo.

Ma i giudici d'appello non hanno affatto verificato se tali dichiarazioni – della cui attendibilità non hanno peraltro dubitato -, ritenute inidonee a configurarsi come un testamento di vita, valessero comunque a delineare, unitamente alle altre risultanze dell'istruttoria, la personalità di E. e il suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive; e quindi hanno omesso di accertare se la richiesta di interruzione del trattamento formulata dal padre in veste di tutore riflettesse gli orientamenti di vita della figlia.

Tale accertamento dovrà essere effettuato dal giudice del rinvio, tenendo conto di tutti gli elementi emersi dall'istruttoria e della convergente posizione assunta dalle parti in giudizio (tutore e curatore speciale) nella ricostruzione della personalità della ragazza.

10. – Assorbito l'esame della questione di legittimità costituzionale, i ricorsi sono accolti, nei sensi di cui in motivazione e nei limiti in essa indicati.

Ne segue la cassazione del decreto impugnato e il rinvio della causa ad una diversa Sezione della Corte d'appello di Milano.

Detta Corte deciderà adeguandosi al seguente principio di diritto:

«Ove il malato giaccia da moltissimi anni (nella specie, oltre quindici) in stato vegetativo permanente, con conseguente radicale incapacità di rapportarsi al mondo esterno, e sia tenuto artificialmente in vita mediante un sondino nasogastrico che provvede alla sua nutrizione ed idratazione, su richiesta del tutore che lo rappresenta, e nel contraddittorio con il curatore speciale, il giudice può autorizzare la disattivazione di tale presidio sanitario (fatta salva l'applicazione delle misure suggerite dalla scienza e dalla pratica medica nell'interesse del paziente), unicamente in presenza dei seguenti presupposti: (a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, univoci e convincenti, della voce del paziente medesimo, tratta dalle sue precedenti dichiarazioni ovvero dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona. Ove l'uno o l'altro presupposto non sussista, il giudice deve negare l'autorizzazione, dovendo allora essere data incondizionata prevalenza al diritto alla vita, indipendentemente dal grado di salute, di autonomia e di capacità di intendere e di volere del soggetto interessato e dalla percezione, che altri possano avere, della qualità della vita stessa».

11. – Ricorrendo i presupposti di cui all'art. 52, comma 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali), a tutela dei diritti

e della dignità delle persone coinvolte deve essere disposta, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'omissione delle indicazioni delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati nella sentenza.

P.Q.M.

La Corte, riuniti i ricorsi, li accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione; cassa il decreto impugnato e rinvia la causa a diversa Sezione della Corte d'appello di Milano.

Dispone che, in caso di diffusione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, sia omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi degli interessati riportati nella sentenza.

Corte di Appello di Roma, Sentenza 4 aprile 2007

Separazione - Matrimonio - Prole - Affidamento - Minori - Religione ebraica - Appartenenza confessionale - Famiglia - Educazione religiosa - Libertà religiosa

Il nuovo testo dell'art. 155, comma 1, cod. civ. interamente sostituito dall'art. 1 della legge n. 54/2006, riconosce il "diritto del figlio minore", anche in caso di separazione dei genitori, "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale". Ciò implica come soluzione prioritaria, secondo la chiara disposizione di cui allo stesso art. 155 (nuovo testo), comma 2, del cod. civ., quella dell'affidamento dei minori ad entrambi i genitori, potendo il giudice disporre l'affidamento ad uno solo di essi nell'ipotesi residuale in cui ritenga, con provvedimento motivato, che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse dei figli (nel caso di specie, la Corte ha stabilito che i figli minori di due genitori separati venissero affidati ad entrambi i genitori, ricevendo un'educazione religiosa aperta alle loro diverse fedi (ebraica quella del padre e cristiana quella della madre), nel rispetto della libertà di orientamento religioso dei loro figli).

(omissis)

Con sentenza 8 ottobre-8 novembre 2004 il Tribunale di Roma, previa riunione dei distinti ricorsi per separazione presentati dai coniugi e in accoglimento di essi, ha pronunciato la separazione di B.E. e P.G., unitisi in matrimonio in Grottaferrata il 30 giugno 1989 e genitori di due figli, D. e G., rigettando le reciproche domande di addebito della separazione proposte dalle parti; ha affidato i figli minori alla madre, disciplinando il rapporto di frequentazione del padre con la prole; ha condannato il B. a corrispondere alla P. l'assegno mensile di Euro 900,00 per il mantenimento dei due figli, a decorrere dal mese di novembre 2004, fermo restando per il passato quanto stabilito in via provvisoria dal Presidente del Tribunale (Euro 850,00 al mese a decorrere dal mese di maggio 2002 per la sola prole, con rivalutazione automatica annuale dell'importo secondo gli indici Istat), oltre all'obbligo del padre di concorrere, nella misura del 50%, alle spese straordinarie relative alla salute e all'istruzione dei figli; ha rigettato la domanda della P. di vedersi attribuito un assegno di mantenimento a carico del B.; ha disposto l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

A sostegno della decisione, il Tribunale ha addotto, con riguardo ai rapporti personali tra genitori e figli, l'idoneità della P. a prendersi cura della prole, come del resto avvenuto nelle more del giudizio preceduto dalla separazione di fatto dei coniugi, rilevando, in contrasto con quanto sostenuto dal B., che nessun elemento contrario alla competenza genitoriale della madre fosse deducibile dalla circostanza che la P. non condividesse la religione ebraica del marito e, pertanto, non si impegnasse

nell'educazione dei figli alla medesima religione, restando comunque libero il padre di promuovere la partecipazione dei minori alla festività e celebrazioni della propria religione, in occasione delle quali avrebbe potuto avere i figli con sé compatibilmente con i loro impegni scolastici; e, inoltre, affermando che la mera possibilità, adombrata nella memoria finale di replica del B., di un trasferimento della P. con i figli in altra città, non era suscettibile di esame ai fini della designazione del genitore affidatario della prole, trattandosi di fatto nuovo, generico ed ipotetico, dedotto "in extremis" senza alcuna possibilità di esercizio del contraddittorio tra le parti al riguardo.

Avverso la predetta sentenza, con ricorso depositato il 5 dicembre 2005, il B. ha proposto appello davanti a questa Corte competente, lamentando l'attuato proposito di trasferimento della P. in altra città, effettivamente avvenuto nel dicembre 2004, allorché la moglie, con entrambi i figli a lei affidati, si era sistemata nella città di Siena, determinando nella prole e, specialmente, nel figlio più grande, D., già adolescente, un trauma nel trauma, avendo il minore sofferto, oltre alla disgregazione dell'unione tra i suoi genitori, anche il distacco dal proprio ambiente di vita, scuola, amicizie e pratica religiosa nella locale comunità ebraica, essendo in Roma il centro della sua vita familiare e sociale fin dalla nascita.

Il B., in particolare, ha rappresentato che il giovanissimo D., insopportabile verso il nuovo ambiente impostogli dalla madre, aveva espresso la volontà di rientrare a Roma presso il padre, e che la P. aveva assecondato il desiderio del figlio, concordando col marito, dopo la sentenza del Tribunale, un nuovo regime di affidamento per il solo D., stabilitosi permanentemente in Roma, presso la casa paterna, al termine dell'anno scolastico 2004-2005.

Ad avviso dell'appellante, era rimasta problematica e nel tempo si era aggravata anche la posizione della figlia più piccola, G., desiderosa a sua volta di ritornare a Roma, per ritrovare il suo ambiente di vita e di relazioni scolastiche e amicali, donde la richiesta dell'appellante, a parziale modifica della decisione impugnata, di essere designato come genitore affidatario, in via esclusiva, di entrambi i figli e, in ogni caso, del primogenito, D., per la scelta operata dallo stesso ragazzo di stabilirsi presso di lui.

Con memoria, depositata il 7 aprile 2006, la P. si è costituita, facendo propria la richiesta del B. di modifica della sentenza in punto ad affidamento del figlio al padre, in adesione alla scelta operata da D.; mentre ha confutato il preteso disagio della figlia più piccola, G., a permanere con lei, in Siena, protestando che la sua decisione di trasferirsi da Roma nella città toscana, effettivamente attuata nel dicembre 2004, non era stato frutto di mero arbitrio o capriccio personale, ma era stata necessitata dall'esigenza di partecipare alle attività economiche, in ambito alberghiero, da intraprendere con i suoi genitori in Siena, anche per la situazione di difficoltà economica in cui ella si era trovata a Roma, dopo la separazione, per il mancato pagamento dell'assegno dovuto dal B. per i figli, donde la presentazione di denunce-querela a carico del marito da parte della stessa P.; specificando, infine, l'appellata che il pagamento del contributo economico era diventato regolare solo dopo il trasferimento del figlio, D., a Roma, allorché il B. aveva finalmente iniziato a corrispondere la somma stabilita in sentenza, decurtata della metà, a favore della sola figlia, G., rimasta con la madre.

Il Pubblico Ministero è intervenuto in causa, con atto scritto del 10 maggio 2006, in cui ha svolto le osservazioni in epigrafe trascritte.

Alla prima udienza del 18 maggio 2006, la Corte ha disposto l'audizione della minore, G., sussistendo contrasto tra i genitori solo in merito al suo affidamento, previa acquisizione di relazione del competente servizio sociale di Siena sulle condi-

zioni psico-fisiche della bambina presso la madre e sulle sue relazioni con ciascuno dei genitori ed i rispettivi rami parentali, pervenuta il 6 ottobre 2006.

Nella successiva udienza del 9 novembre 2006, cui la causa è stata rinviata dall'udienza del 21 settembre 2006 per adesione del difensore dell'appellata all'astensione dalle attività processuali proclamata dal consiglio nazionale forense, la Corte ha ascoltato la minore, G., concedendo, all'esito dell'incombente, termini alle parti per memorie conclusive fino al 10 gennaio 2007.

Acquisite le predette memorie, alla nuova udienza del 25 gennaio 2007 la Corte si è riservata di decidere sulle conclusioni delle parti, come in epigrafe trascritte.

Motivi della decisione

Come si evince dalla narrativa che precede, l'appello del B. si fonda su un solo motivo, consistente nella pretesa inadeguatezza e incapacità della P. di discernere e perseguire il bene e l'interesse dei figli, ciò che sarebbe dimostrato, secondo l'appellante, dall'arbitraria scelta della moglie di trasferirsi con la prole da Roma a Siena, determinando un forte trauma nei minori per il forzato distacco dal loro ambiente di vita e relazioni fin dalla nascita, trauma ad oggi superato solo dal figlio primogenito, D., rientrato a Roma e stabilmente convivente col padre, mentre la figlia più piccola, G., rimasta a Siena con la madre, soffrirebbe molto per la lontananza dalla città natale e per la separazione dal fratello, oltre che dal padre.

La censura è infondata.

Va premesso che, come avallato dall'art. 155-quater, 1° capoverso, inserito dall'art. 1 della legge 8 febbraio 2006, n. 54, entrata in vigore il 16 marzo 2006 nelle more di questo giudizio d'appello, il cambiamento di residenza o domicilio di uno dei coniugi non è, di per sé, indicativo di inidoneità genitoriale, determinando soltanto la facoltà dell'altro coniuge, ove il mutamento interferisca con le modalità dell'affidamento, di chiedere la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati con riguardo ai rapporti personali e anche economici conseguenti alla separazione.

In particolare, in materia di affidamento di figli di genitori separati, non sussiste alcuna disposizione che vieti o comunque limiti l'affidamento della prole, anche nel caso in cui il genitore affidatario stabilisca la propria residenza all'estero, essendo anzi costituzionalmente garantito ad ogni cittadino il diritto di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale e, anche, la libertà di uscire dal territorio della Repubblica (c.f.r. l'art. 16, primo e secondo comma, Cost.), salva, evidentemente, nelle predette ipotesi, una più attenta e delicata valutazione dell'interesse preminente dei minori, in sede di definizione del loro affidamento, affinché siano ridotti al massimo i danni derivanti dalla crisi della famiglia e sia assicurato il miglior sviluppo possibile della loro personalità (c.f.r., in termini, Cass., sez. I, sentenza n. 1732 del 17/02/1995 e altre conformi, in archivio CED).

Ciò posto, nella fattispecie in esame, deve escludersi, sulla base della qualificata osservazione dei minori condotta dal Servizio sociale di Siena e delle dichiarazioni rese dalla stessa minore, G., davanti a questa Corte, che la scelta della P. di trasferire la propria residenza a Siena, presso i propri genitori, portando con sé entrambi i figli a lei affidati, abbia avuto ripercussioni negative sullo sviluppo della personalità dei minori e sulla loro sfera affettiva.

La relazione socio-familiare, stilata dal Servizio sociale di Siena in data 6 ottobre 2006, comunica, innanzitutto, i risultati dell'osservazione di D., all'epoca quasi sedicenne, e G., di anni otto, in occasione della loro comune presenza, il 21 giugno 2006, a casa della madre dove si è svolto incontro con gli operatori del Servizio.

Dal colloquio con i minori è emersa la personalità accogliente e socievole di entrambi, i quali si sono trovati d'accordo nell'attribuire alla madre la capacità di essere una "perfetta educatrice" (espressione testuale di D.), capace, più del padre, di richiamare i figli al rispetto dei loro impegni scolastici e non, pur mostrando disponibilità a recepire le richieste dei figli e, in particolare, di G. con lei convivente (c.f.r., al riguardo, le dichiarazioni della bambina sulla madre, riportate nella relazione del Servizio); il padre, invece, sarebbe molto permissivo e poco presente e tenderebbe ad accontentare troppo la figlia più piccola, rischiando di viziarla, secondo le schiette dichiarazioni di D., ispirate - come da accorta valutazione del Servizio - da sincera critica al modello educativo paterno piuttosto che da moti di gelosia verso la sorellina, più piccola di lui di ben sette anni e mezzo. D. ha, perfino, rappresentato agli operatori sociali che, qualora la sorella si trasferisse a Roma, egli rientrerebbe a Siena per manifestare calore, vicinanza e affetto alla madre, alla quale si è mostrato molto legato.

La piccola G. è apparsa ai suoi osservatori in maggiore ansia per le proprie sorti e meno spontanea del fratello, preoccupata di tutelare al massimo la figura paterna.

Gli operatori del Servizio hanno, poi, avuto dei colloqui con ciascuno dei genitori, rilevando che la condotta della madre è adeguata nei riguardi dei figli, rispetto ai quali si pone come normativa ma anche aperta alle loro esigenze, specialmente con riguardo all'elastica applicazione del loro diritto di visita e permanenza presso il padre.

La relazione madre-figli, sempre secondo il Servizio, risulta dunque positiva e vissuta in un clima di tranquillità, espansività e confidenza.

Il colloquio col padre, svoltosi circa un mese dopo, il 24 luglio 2006, ha evidenziato la preoccupazione del B. per la situazione familiare e, in particolare, per la crescita dei figli, costretti a vivere separati l'uno dall'altro, abitando D. col padre a Roma e G. con la madre a Siena.

Pur esprimendo sentimenti di scarsa stima nei confronti della P., il B. ha tuttavia esternato agli operatori del Servizio il suo consenso a lasciare entrambi i figli con la madre, ove lo volessero, pur di salvaguardare l'unità di D. e G.

Entrambi i genitori, infine, si sono dichiarati disponibili ad iniziare un percorso di mediazione familiare che li aiuti a superare gli ostacoli che li dividono, al fine di esercitare in modo positivo i rispettivi ruoli genitoriali per una crescita adeguata ed equilibrata dei loro figli (c.f.r., per tutto quanto precede, la citata relazione del S.S., in atti).

L'ascolto, a cura di questa Corte, della minore contesa, G., sussistendo invece il consenso di entrambi i genitori alla scelta di D. di vivere a Roma col padre, ha confermato il disagio della bambina, divisa tra il desiderio di ritornare a Roma, anche per la scuola qui frequentata dove si è trovata meglio rispetto alla scuola cui è attualmente iscritta a Siena, e l'attaccamento alla propria madre che vorrebbe con sé, in questa città, per ritornare in Toscana, dove vivono i nonni materni, di tanto in tanto (c.f.r. il verbale d'udienza 9 novembre 2006, in atti).

All'esito dell'istruzione svolta, reputa la Corte che il caso in esame debba essere disciplinato facendo applicazione del nuovo testo dell'art. 155, comma 1, cod. civ. interamente sostituito dall'art. 1 della legge n. 54/2006, cit., che riconosce il "diritto del figlio minore", anche in caso di separazione dei genitori, "di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale".

Nella fattispecie, è evidente che il diritto di D. e G.B. al rapporto - in condizioni

di tendenziale parità – con ciascuno dei genitori separati, tenuto conto dell' idoneità psico-sociale di ambedue le figure parentali ad assolvere la loro funzione di protezione e cura della prole, implica come soluzione prioritaria, secondo la chiara disposizione di cui allo stesso art. 155 (nuovo testo), comma 2, del cod. civ., quella dell' affidamento degli stessi minori ad entrambi i genitori, potendo il giudice disporre l' affidamento ad uno solo di essi nell' ipotesi residuale in cui ritenga, con provvedimento motivato, che l' affidamento all' altro sia contrario all' interesse dei figli, ciò che certamente non ricorre nel caso in esame (c.f.r. l' art. 155-bis, comma 1, cod. civ., inserito dall' art. 1 della legge n. 54/2006, cit.).

Nella determinazione dei tempi e delle modalità di presenza dei minori presso ciascun genitore, ritiene la Corte di dovere privilegiare, rispetto al valore particolarmente sottolineato dal B. della convivenza dei due fratelli nella casa paterna, in Roma, quello - ad avviso del giudicante, maggiormente rispondente all' interesse di G., più piccola di D. di sette anni e mezzo, e, perciò, ancora bisognosa di pregnante assistenza anche materiale da parte della genitrice - della stabile permanenza della bambina presso la madre, in Siena, città peraltro non lontanissima da Roma e con quest' ultima ben collegata.

In particolare, si reputa rispondente al diritto dei minori, come sopra enunciato, il seguente statuto delle loro relazioni con i genitori:

1. affidamento di D. e G. ad entrambi i genitori, con esercizio della potestà da parte degli stessi genitori, i quali assumeranno di comune accordo le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all' istruzione, all' educazione e alla salute, mentre eserciteranno la potestà separatamente con riguardo alle sole decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, che si imporranno nei tempi di permanenza dei minori presso ciascuno di loro (c.f.r. l' art. 155, comma terzo, cod. civ., nuovo testo);

2. in particolare, i figli riceveranno un' educazione religiosa aperta alle diverse fedi dei genitori (ebraica quella del padre e cristiana quella della madre), i quali dovranno promuovere e garantire la consapevole libertà di orientamento religioso dei loro figli;

3. il figlio primogenito, D., di anni sedici, risiederà presso la casa del padre, in Roma, come da sua scelta; mentre la figlia secondogenita, G., di anni nove, continuerà ad abitare presso la madre, in Siena;

4. sia il padre che la madre potranno permanere con entrambi i figli, nelle loro rispettive residenze o altrove, per due fine settimana al mese, tra loro alternati, a partire dal venerdì (uscita da scuola) alla domenica sera; le vacanze natalizie, pasquali e durante l' anno scolastico, saranno ripartite tra i genitori in modo da garantire a ciascuno di loro un analogo tempo di permanenza con entrambi i figli, con obbligo di comunicare all' altro genitore, in ogni caso di allontanamento dalle rispettive residenze, il luogo dove si tratteranno con la prole, e di consentire, comunque, nei tempi di permanenza di ciascuno o di entrambi i figli presso un genitore, il mantenimento di regolari contatti della prole con l' altro genitore;

5. anche il tempo di permanenza dei figli presso l' uno o l' altro genitore, durante le vacanze estive, sarà disciplinato in modo da consentire la presenza congiunta dei due minori presso lo stesso genitore e l' equa ripartizione dei rispettivi tempi di permanenza estiva con i figli tra i genitori, secondo un calendario che le parti concorderanno preferibilmente entro il 30 maggio di ciascun anno;

6. resta salvo il diritto di libera visita infrasettimanale dei figli, da parte del genitore con loro non stabilmente convivente, nel rispetto dei prioritari impegni scolastici e di studio della prole.

Riguardo agli aspetti economici, ritiene la Corte di dovere applicare la prioritaria indicazione desumibile dal nuovo testo dell'art. 155, comma 4, cod. civ., a favore del mantenimento cosiddetto diretto dei figli, in misura proporzionale al reddito di ciascun genitore, tanto più che la collocazione dei minori, uno presso il padre e l'altra presso la madre, rende più agevole proprio la detta forma di mantenimento, senza la necessità, pertanto, di stabilire la corresponsione di un assegno periodico, che sarebbe reciprocamente dovuto, atteso che entrambi i genitori sono benestanti imprenditori (il B. in ambito immobiliare e la P. nel settore della ristorazione ed alberghiero), come da documentazione in atti versata, peraltro non aggiornata – con riguardo a quella fiscale – da alcuna delle parti in questa sede, e considerato altresì che i coniugi, nelle loro note conclusive, non hanno neppure riproposto la reciproca richiesta di un assegno di mantenimento per i figli conviventi con ciascuno di loro.

L'esito del giudizio in materia di affidamento dei minori, senza vincitori né vinti, giustifica l'integrale compensazione tra le parti anche delle spese del presente grado di causa, come già disposto per quelle del primo giudizio.

P.Q.M.

La Corte,

definitivamente pronunciando sull'appello avverso la sentenza 8 ottobre-8 novembre 2004 del Tribunale di Roma, proposto da B.E. nei confronti di P.G., ogni contraria istanza, eccezione e deduzione disattese, in parziale riforma della sentenza impugnata, così provvede:

a) affida i figli minori delle parti, B.D. e B.G., ad entrambi i genitori, con esercizio della potestà da parte degli stessi genitori, i quali assumeranno di comune accordo le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute, mentre eserciteranno la potestà separatamente con riguardo alle sole decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, che si imporranno nei tempi di permanenza dei minori presso ciascuno di loro;

b) in particolare, i figli riceveranno un'educazione religiosa aperta alle diverse fedi dei genitori (ebraica quella del padre e cristiana quella della madre), i quali dovranno promuovere e garantire la consapevole libertà di orientamento religioso dei loro figli;

c) il figlio primogenito, D., di anni sedici, risiederà presso la casa del padre, in Roma, come da sua scelta; mentre la figlia secondogenita, G., di anni nove, continuerà ad abitare presso la madre, in Siena;

d) sia il padre che la madre potranno permanere con entrambi i figli, nelle loro rispettive residenze o altrove, per due fine settimana al mese, tra loro alternati, a partire dal venerdì (uscita da scuola) alla domenica sera; le vacanze natalizie, pasquali e durante l'anno scolastico saranno ripartite tra i genitori in modo da consentire a ciascuno di loro un analogo tempo di permanenza con entrambi i figli, fermo l'obbligo, in ogni caso di allontanamento dalla rispettiva residenza, di comunicare all'altro genitore il luogo dove si tratteranno con la prole, e di consentire, comunque, nei tempi di permanenza di ciascuno o di entrambi i figli presso un genitore, regolari contatti della prole con l'altro genitore;

e) anche il tempo di permanenza dei figli presso l'uno o l'altro genitore, durante le vacanze estive, sarà disciplinato in modo da assicurare la presenza congiunta dei due minori presso lo stesso genitore e l'equa ripartizione dei tempi di permanenza estiva con i figli tra i genitori, secondo un calendario che le parti concorderanno preferibilmente entro il 30 maggio di ciascun anno;

f) resta salvo il diritto di libera visita infrasettimanale dei figli, da parte del genitore con loro non stabilmente convivente, nel rispetto dei prioritari impegni scolastici e di studio dei minori;

g) ciascuno dei genitori provvedere al mantenimento dei figli in modo diretto e in misura proporzionale al proprio reddito.

Dispone l'integrale compensazione tra le parti anche delle spese del presente grado del giudizio.

Conferma in tutto il resto la sentenza impugnata.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 febbraio 2007.

Depositata in Cancelleria il 4 aprile 2007.

Corte di Appello di Roma, Sentenza 18 aprile 2007

Affidamento congiunto - Minore - Scioglimento del matrimonio - Affidato condiviso - Interesse del minore - Credo religioso - Libertà religiosa - Contrasto - Provvedimenti

L'affidamento congiunto del minore ai genitori deve essere escluso qualora ciò non sia conforme all'interesse dello stesso, in quanto non idoneo a garantirgli l'equilibrio e la serenità necessari per il suo sviluppo. Ciò risulta conforme anche alla nuova normativa introdotta dalla L. n. 54/2006, che prevede quale regola generale quella dell'affido condiviso del figlio minore, salvo che questo si ponga contro il suo interesse (artt. 155 e 155 bis c.c.). (Nel caso di specie, veniva escluso l'affidamento congiunto della minore che incorreva in frequenti motivi di contrasto con la madre, determinati in parte anche dal credo religioso di quest'ultima e dai ripetuti tentativi di coinvolgimento della figlia).

(omissis)

Svolgimento del processo

Il Tribunale di Velletri, dopo aver pronunciato con sentenza non definitiva del 10/9/2003 lo scioglimento del matrimonio contratto da R.M. e S.P., con successiva sentenza in data 19/11/2004 ha affidato la figlia L., congiuntamente ai genitori, con residenza alternata, nel periodo scolastico presso la madre a Nuoro e nel periodo estivo presso il padre a Velletri, ha stabilito che la figlia trascorra nei rispettivi periodi feriali dei genitori quindici giorni con ciascuno di essi ed ha posto a carico del M. un contributo al suo mantenimento di Euro 260,00 mensili, esonerandolo dal pagamento per i periodi di coabitazione con la figlia.

Il M. con ricorso ritualmente depositato e notificato ha proposto appello avverso la suddetta sentenza deducendone l'erroneità per avere disposto il collocamento della bambina secondo le modalità suindicate, senza tener conto della volontà dalla stessa, espressa nel corso del giudizio di primo grado, di voler vivere a Velletri con il padre. Ha chiesto pertanto che la Corte, previa sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza e audizione della minore, modifichi i provvedimenti relativi al collocamento della minore, adottando le conseguenti statuizioni di carattere economico.

La P. si è costituita in giudizio contestando il fondamento dell'appello e chiedendo in via incidentale che la Corte affidi la figlia in via esclusiva a lei in quanto l'affidamento congiunto in presenza di una elevata conflittualità tra lei ed il M. non può che avere riflessi negativi sulla figlia.

Ha precisato che la figlia è ben ambientata a Nuoro e che è condizionata e suggestionata dal padre, nel tentativo di questi di farla tornare a Velletri. Ha chiesto inoltre che la Corte determini a carico del M. un contributo al mantenimento della figlia di Euro 350,00 mensili da versarsi per l'intero anno, oltre all'obbligo di contribuire al pagamento delle spese straordinarie nella misura del 50%.

All'udienza del 23/6/2005, su richiesta dell'appellante, è stata sentita la minore L.,

che ha dichiarato di non trovarsi bene a Nuoro, di non andare d'accordo con la madre, la quale a suo dire le impedisce i contatti telefonici con il padre e con i compagni di scuola ed inoltre la lascia spesso sola in casa sia per ragioni di lavoro sia perché si reca in missione per motivi di religione, in quanto testimone di Geova. All'esito dell'audizione la Corte si è riservata di adottare una decisione e con ordinanza del 24/6/2005, preso atto del grave stato di disagio emerso dalle dichiarazioni della minore e dell'assenza in udienza della madre, ha disposto la convocazione delle parti. All'udienza del 14/7/2005 la Corte, dopo aver sentito le parti, si è riservata e con ordinanza dell'1/8/2005 ha dichiarato inammissibile l'istanza di sospensione dell'appellante.

Con ricorso depositato il 17/10/2005 il M., dopo aver premesso che la figlia a seguito del periodo estivo trascorso con lui non ha più voluto tornare in Sardegna dalla madre ed ha espresso la volontà di rimanere a vivere a Velletri con il padre, ha chiesto che la Corte con provvedimento di urgenza disponga il collocamento di L. presso di lui, con i conseguenti provvedimenti economici a carico della madre per il mantenimento della figlia. All'udienza del 10/11/2005 fissata per la trattazione del ricorso di urgenza, la Corte, sentite le parti, si è riservata e con ordinanza dell'11/11/2005 ha disposto in via provvisoria ed urgente il collocamento di L. presso il padre, disponendo che gli incontri con la madre avvengano con regolarità e liberamente e affidando al Servizio Sociale l'incarico di seguire la vicenda, di intervenire a sostegno delle parti e della minore e di suggerire le più opportune modalità di affidamento e di frequentazione della minore con il genitore non affidatario, ha infine sospeso l'obbligo del M. di corrispondere alla P. l'assegno di mantenimento per la figlia, riservando al merito ogni decisione in ordine alle questioni economiche.

All'udienza del 2/3/2006, acquisita la relazione del Servizio Sociale e sentite le parti che hanno chiesto rinvio per deposito di note, la causa è stata rinviata confermando l'incarico al Servizio di vigilare sulla situazione del nucleo familiare. Nelle note difensive l'appellante ha chiesto la conferma del collocamento della figlia presso di sé e la previsione di un contributo al suo mantenimento a carico della madre e l'appellata si è rimessa alla decisione della Corte in ordine all'affidamento ed al collocamento della figlia ed ha precisato di non essere in condizione di versare un contributo economico per la figlia. Alla successiva udienza del 13/7/2006 la causa è stata rinviata per l'adesione dei difensori alla proclamata astensione dalle udienze ed all'udienza del 15/2/2007, sentiti i procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

L'appello è fondato.

Le dichiarazioni rese in udienza da L. con estrema spontaneità hanno rivelato la condizione di grande disagio da lei vissuta rispetto alla convivenza con la madre, la propria insofferenza rispetto alle abitudini di vita della madre ed alle regole che a lei erano imposte. La minore ha manifestato con chiarezza e sincerità, così da escludere ogni dubbio circa eventuali condizionamenti da parte del padre, la propria ferma intenzione di vivere con lui, con il quale ha dichiarato di avere un buon rapporto e dal quale si sente compresa e sostenuta.

Lo stato d'animo ed i desideri di L., così come espressi nel corso della audizione dinanzi alla Corte, hanno trovato conferma nelle due relazioni elaborate dal Servizio Sociale del Comune di Velletri all'esito di diversi incontri con i due genitori e con la minore: il Servizio ha riscontrato il fermo intendimento di L. di rimanere a Velletri, luogo in cui ha un buon inserimento scolastico e sociale, insieme con il padre, con il quale ha un rapporto sereno, così come con la compagna del padre e le due figlie di

quest'ultima, una delle quali è sua compagna di scuola. Lo stesso Servizio ha riferito in ordine alla volontà della minore di non essere affidata alla madre, con la quale ha diversi motivi di contrasto, determinati dal credo religioso della P. e dai ripetuti tentativi da parte di quest'ultima di coinvolgere la figlia nelle sue frequentazioni e di impedirle di avere contatti con gli amici ed i compagni di scuola. Tale situazione di conflitto si è nuovamente realizzata in occasione degli incontri avuti tra la madre e la figlia nel corso del 2006, per la tendenza della P. ad attrarre la figlia nel gruppo dei testimoni di Geova, cui ella aderisce, e ad ostacolare le sue richieste di partecipazione alle gite scolastiche in assenza di giustificati motivi, comportamenti questi che hanno indotto nella figlia il convincimento che la madre si disinteressa delle sue esperienze e delle sue effettive necessità. Il Servizio Sociale nell'ultima relazione del 16/6/2006 ha riferito di avere appreso dalla minore e dal padre che la madre non comunica mai tempestivamente i propri spostamenti ed i periodi in cui intende vedere la figlia, così da creare diversi problemi anche dal punto di vista organizzativo, ed ha ribadito la ferma volontà di L. di vivere con il padre.

Gli elementi fin qui esposti inducono a ritenere che l'affidamento congiunto di L. ai genitori non sia conforme al suo interesse in quanto non idoneo, allo stato attuale, a garantirle l'equilibrio e la serenità necessari per il suo sviluppo, anche alla luce della nuova normativa introdotta dalla L. n. 54/2006, che prevede quale regola generale quella dell'affido condiviso del figlio minore, salvo che questo si ponga in contrasto con il suo interesse (artt. 155 e 155 bis c.c.). Ad avviso della Corte sussistono nella specie le condizioni per derogare alla disciplina ormai ordinaria dell'affido condiviso non solo in virtù della conflittualità tra i due genitori e della distanza tra i rispettivi luoghi di residenza, che comunque renderebbero difficile una condivisione delle responsabilità ed una ripartizione pressoché paritaria dei compiti di accudimento, ma anche in relazione alla netta e decisa posizione della minore di rifiuto della convivenza con la madre, manifestata in modo chiaro, sincero e spontaneo e che in questo momento è opportuno assecondare, tenuto conto dell'età critica della ragazza che oggi ha quattordici anni, con l'auspicio che nel tempo, anche attraverso la doverosa e responsabile collaborazione di entrambi i genitori, la situazione possa trovare una positiva evoluzione e condurre ad un riavvicinamento tra la madre e la figlia, che appare quanto mai necessario al fine di una crescita sana di quest'ultima.

Per tali ragioni, in riforma della sentenza impugnata, deve essere disposto l'affidamento di L. al padre con la precisazione che ai sensi della nuova formulazione dell'art. 155 c.c. la potestà genitoriale sarà esercitata da entrambi i genitori, separatamente, nei rispettivi periodi di permanenza, per le questioni di ordinaria amministrazione, congiuntamente per le decisioni di maggiore interesse relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute.

Per le medesime ragioni deve essere riformata anche la statuizione concernente il collocamento della minore dovendosi ritenere senza dubbio pregiudizievole per lei obbligarla, considerato il suo atteggiamento di rifiuto, a vivere a Nuoro con la madre e sradicarla dall'ambiente familiare, scolastico e sociale in cui è inserita già da tempo con benefici effetti sulla sua tranquillità, e deve quindi disporsi che L. viva nell'abitazione paterna in Velletri. È tuttavia necessario che la minore incontri e frequenti regolarmente la madre per ricostituire con lei il legame che è venuto meno e che potrà essere recuperato attraverso il consapevole e attivo atteggiamento dei genitori che dovranno, in vista dell'esclusivo interesse di L., agevolare, favorire e stimolare le occasioni di incontro e le comunicazioni tra lei e la madre. La Corte ritiene necessario a tale scopo indicare i tempi e le modalità di permanenza che i

genitori dovranno rigorosamente rispettare, segnalando agli stessi che essi hanno la facoltà, in ogni momento, di modificare ed ampliare consensualmente tali modalità, nel rispetto delle esigenze lavorative della madre e degli impegni di studio della figlia, tenendo sempre presente l'interesse primario di quest'ultima a consolidare il rapporto con la madre.

Pertanto la P. potrà vedere e tenere con sé la figlia con le seguenti modalità:

per due fine settimana al mese nel luogo di residenza della minore dal venerdì sera alla domenica sera;

per trenta giorni durante le vacanze estive, da concordate tra le parti entro il trenta maggio di ogni anno, che potranno essere trascorsi nel luogo di residenza della madre o altrove;

per sette giorni durante le vacanze natalizie, alternativamente dal 23 al 30 dicembre e dal 30 dicembre al 6 gennaio, nel luogo di residenza della madre o altrove;

per tre giorni durante le vacanze pasquali, comprensivi ad anni alterni del giorno di Pasqua o del Lunedì dell'Angelo, nel luogo di residenza della madre o altrove;

La Corte ritiene opportuno rappresentare alle parti la necessità di rispettare le prescrizioni imposte e di collaborare affinché siano attuati le modalità di affidamento ed i tempi di permanenza della figlia con entrambi i genitori e che in caso di gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio alla minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento potranno essere adottati i provvedimenti, sanzionatori di cui all'art. 709 ter c.c. (modifica in via di urgenza dell'affidamento e del collocamento, risarcimento dei danni, sanzione pecuniaria).

Deve essere confermato l'incarico al Servizio Sociale del Comune di Velletri, da svolgere di concerto con il Servizio Sociale del Comune di Nuoro cui l'incarico viene così esteso, di vigilare attentamente sulla situazione della minore e sui rapporti con entrambi i genitori, di porre in essere tutti gli interventi, che finora non sembra siano stati posti in essere, ritenuti necessari nell'interesse di L., fornendo a lei ed ai suoi genitori il necessario sostegno psicologico, allo scopo di controllare l'evolversi della situazione e di evitare che siano posti ostacoli da parte del padre o della madre alla ripresa dei contatti tra questa e la figlia.

La sentenza impugnata deve essere riformata anche con riguardo alla statuizione economica: deve infatti essere revocato l'obbligo del M. di corrispondere alla P. l'assegno per il mantenimento della figlia, che ormai vive stabilmente con lui, e deve essere sancito l'obbligo per la P. di contribuire al mantenimento della figlia, secondo un principio di carattere generale che impone ad ogni genitore di mantenere, educare ed istruire i figli, adempiendo a tale obbligazione in proporzione alle proprie sostanze e secondo la rispettiva capacità di lavoro professionale o casalingo (v. artt. 147 e 148 c.c.). Non può pertanto essere accolta la richiesta della P. di essere esonerata da ogni contributo al mantenimento della figlia, contributo che peraltro appare necessario non solo al fine del sostentamento materiale di L. ma, nella fattispecie, anche e soprattutto per dimostrare in concreto alla stessa L. l'interesse e la partecipazione della madre alla sua vita ed alle sue molteplici esigenze, sotto il profilo morale e materiale.

Quanto all'entità del contributo si osserva che la P. è dipendente del Ministero di Giustizia con la qualifica di operatore amministrativo ed una retribuzione annua lorda, nell'anno 2001 cui si riferisce l'ultimo mod. Cud. in atti, di Euro 18381,54, pari a circa Euro 15000,00 netti e quindi ad Euro 1200,00 circa mensili e che il M. è sottufficiale della Guardia di Finanza con un reddito annuo lordo nell'anno 2000 (v. ultimo Cud del 2001) di Euro 23457,37, pari a circa Euro 18105,00 e quindi a circa Euro 1500,00 mensili.

Considerati i rispettivi redditi delle parti, il fatto che la minore vivrà, almeno per il momento, prevalentemente con il padre con i conseguenti oneri a carico di quest'ultimo sia economici sia organizzativi e di accudimento in generale, infine la circostanza per cui la P. dovrà sostenere i costi dei viaggi e del soggiorno a Velletri per incontrare la figlia, la Corte ritiene equo stabilire in Euro 250,00 mensili il contributo che la P. dovrà versare al M. per il mantenimento della figlia, con decorrenza dal mese successivo alla data della presente decisione (aprile 2007) e con la rivalutazione monetaria annuale secondo gli indici Istat dall'aprile 2008, e prevedere l'obbligo della stessa di contribuire con la stessa decorrenza alle spese mediche, non coperte dal S.S.N., sportive, scolastiche e ricreative in genere nella misura del 50%, previamente concordate tra i genitori.

La natura e la delicatezza delle questioni esaminate, nonché il comportamento processuale della appellata, che non ha sostanzialmente insistito nella originaria richiesta di affidamento a sé della figlia, rimettendosi alla decisione della Corte, inducono a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di questo grado del giudizio.

P.Q.M.

La Corte definitivamente pronunciando sull'appello proposto da R.M. con ricorso depositato il 16/2/2005 avverso la sentenza del Tribunale di Velletri in data 19/11/2004 nei confronti di S.P. e sull'appello incidentale da questa proposto avverso la medesima sentenza con comparsa di costituzione e risposta, così provvede:

accoglie l'appello principale ed in riforma della sentenza impugnata affida la minore L.M. al padre;

dispone che L. viva con il padre e che la madre possa vederla e tenerla con sé con le seguenti modalità;

per due fine settimana al mese nel luogo di residenza della minore dal venerdì sera alla domenica sera;

per trenta giorni durante le vacanze estive, da concordare tra le parti entro il trenta maggio di ogni anno, nel luogo di residenza della madre o altrove;

per sette giorni durante le vacanze natalizie, alternativamente dal 23 al 30 dicembre e dal 30 dicembre al 6 gennaio, nel luogo di residenza della madre o altrove;

per tre giorni durante le vacanze pasquali, comprensivi ad anni alterni del giorno di Pasqua o del Lunedì dell'Angelo, nel luogo di residenza della madre o altrove;

la potestà genitoriale sarà esercitata da entrambi i genitori, separatamente, nei rispettivi periodi di permanenza, per le questioni di ordinaria amministrazione, congiuntamente per le decisioni di maggiore interesse relative all'istruzione, all'educazione ed alla salute;

conferma l'incarico al Servizio Sociale del Comune di Velletri, da svolgere di concerto con il Servizio Sociale del Comune di Nuoro cui l'incarico viene così esteso, di vigilare attentamente sulla situazione della minore e sui rapporti con entrambi i genitori, di porre in essere tutti gli interventi, che finora non sembra siano stati posti in essere, ritenuti necessari nell'interesse di L., fornendo a lei ed ai suoi genitori il necessario sostegno psicologico, allo scopo di controllare l'evolversi della situazione e di evitare che siano posti ostacoli da parte del padre o della madre alla ripresa dei contatti tra questa e la figlia;

dispone che la P. corrisponda al M. per il mantenimento della figlia la somma di Euro 250,00 mensili entro il giorno cinque di ogni mese, con decorrenza dal mese successivo alla data della presente decisione (aprile 2007) e con la rivalutazione mo-

netaria annuale secondo gli indici Istat dall'aprile 2008, e contribuisca con la stessa decorrenza alle spese mediche, non coperte dal S.S.N., sportive, scolastiche e ricreative in genere nella misura del 50%, previamente concordate tra i genitori;

rigetta l'appello incidentale;

dichiara interamente compensate tra le parti le spese di questo grado del giudizio.

Si comunichi ai Servizi Sociali dei Comuni di Velletri e di Nuoro.

Così deciso il 7 marzo 2007 nella camera di consiglio della Corte d'appello di Roma sezione persona e famiglia.

Tribunale Civile di Milano, Sezione immigrazione, Sentenza 2 febbraio 2007

Ricongiungimento familiare - Matrimonio - celebrazione via telefono - Diritto privato internazionale - Legge del Paese d'origine - Paki- stan - Coniugi - Immigrazione - Autorità amministrativa - Società multiethnica

È valido, ai fini del ricongiungimento familiare il matrimonio celebrato per telefono, se nel Paese d'origine di colui che lo ha contratto tale forma è considerata valida. Infatti la legge 218 del 1995, all'articolo 28, prevede che il giudizio di validità formale del matrimonio deve essere effettuato alla luce della legge del luogo di celebrazione o della legge nazionale dei coniugi. Pertanto se nel paese d'origine è prevista la validità del matrimonio celebrato via telefono, questo deve essere considerato valido in Italia ai fini del ricongiungimento.

Il Giudice Dott.ssa C. C.,
letto il ricorso presentato da C. Z. M. in data 16/11/2006 ex art. 30 VI comma decreto legislativo 286/98 avverso il provvedimento di diniego del visto per ricongiungimento familiare emesso in data 20/9/06 dall'Ambasciata D'Italia in Islamabad;
ritenuta la tempestività e la propria competenza nel decidere;
a scioglimento della riserva assunta, così provvede:
L'Ambasciata Italiana ha motivato il proprio diniego di rilascio del visto d'ingresso sull'unico elemento fattuale dell'invalidità del matrimonio del ricorrente in quanto celebrato per telefono.

Il ricorrente lamenta profili di invalidità del provvedimento sulla circostanza della piena validità del vincolo coniugale secondo la legge pakistana comune ai due coniugi.

Le doglianze del ricorrente appaiono fondate.
Il ricorrente ha prodotto certificato pakistano di matrimonio dal quale si evince la piena validità in Pakistan del matrimonio celebrato a mezzo del telefono.

Giova richiamare l'art. 28 della L. 218/95 sulla legge applicabile in caso di matrimonio celebrato all'estero che prevede che il giudizio di validità formale del matrimonio deve essere effettuato alla luce della legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale dei coniugi.

Ne consegue pertanto che secondo la legge comune ai due coniugi anche il matrimonio celebrato per telefono ha validità giuridica.

Va rilevato che l'autorità amministrativa, nella persona del Questore di Varese ha già positivamente compiuto l'indagine sui requisiti per il rilascio del nulla osta concedendo il provvedimento di nulla osta al ricongiungimento familiare con la moglie S. Z. in data 18/7/05.

Secondo il disposto legislativo dell'art. 29 decreto legislativo 286/98 non è prevista la necessità di ulteriore controllo da parte dell'Ambasciata alla quale è inoltrata la richiesta per il visto d'ingresso, poiché a tale organo è riservato un mero controllo ester-

no di legittimità sull'esistenza delle condizioni di legge, che non può comportare una valutazione penetrante quale quella riservata soltanto alla Questura competente.

Tale interpretazione conduce a ritenere che l'Autorità amministrativa non possa effettuare un'indagine sulla validità formale del matrimonio che deve essere riservata soltanto a quella giurisdizionale (Cass. 5537/01).

Ne consegue pertanto che il provvedimento di diniego è illegittimo e deve essere annullato.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso presentato da C. Z. M. e annulla il provvedimento dell'Ambasciata d'Italia in Islamabad emesso in data 20/9/06.