

1957/16



Esente

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

f. lozani

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 6583/2015

PRIMA SEZIONE CIVILE

Cron. 1957

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. FABRIZIO FORTE - Presidente - Ud. 25/11/2015
- Dott. MARIA CRISTINA GIANCOLA - Consigliere - PU
- Dott. ANTONIO DIDONE - Consigliere -
- Dott. GIACINTO BISOGNI - Consigliere -
- Dott. MARIA ACIERNO - Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 6583-2015 proposto da:

GENNARO, elettivamente domiciliato in ROMA,
 Via \ , presso l'avvocato ANTONIO LE
 , rappresentato e difeso dall'avvocato NICOLA
), giusta procura in calce al
 ricorso;

M

2015

- **ricorrente** -

1941

contro

ELVIRA;

- **intimata** -

avverso la sentenza n. 429/2014 della CORTE D'APPELLO

di SALERNO, depositata il 29/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 25/11/2015 dal Consigliere Dott. MARIA
ACIERNO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato N.A.)

che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCA CERONI che ha concluso per
l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso.



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Gennaro ha chiesto che fosse dichiarato il difetto di veridicità del riconoscimento di paternità nei confronti dei figli minori e i nati dall'unione con Elvira .

In primo grado il Tribunale ha rigettato la domanda rilevando che l'attore avrebbe dovuto far nominare un curatore speciale dei minori.

Lo ha impugnato la sentenza di primo grado rilevando che la nomina non era necessaria; che se ritenuta tale doveva essere disposta ex officio dal Tribunale; che il rifiuto della di far sottoporre i figli alla prova immuno ematologica avrebbe dovuto convincere il Tribunale della fondatezza della domanda.

La Corte territoriale nel rigettare l'impugnazione ha evidenziato :

la fondatezza, in astratto, del primo motivo d'appello dal momento che l'appellante aveva richiesto la nomina di un curatore speciale al Presidente del Tribunale, il quale tuttavia, non aveva accolto l'istanza non ravvisando nella specie il conflitto d'interesse tra la madre ed i minori.

L'irrilevanza, in concreto, di tale fondatezza in quanto non ritenuto sussistente il conflitto tra madre e minore per avere entrambi il coincidente interesse ad opporsi

all'azione. Tale conflitto, secondo la Corte d'Appello, doveva essere verificato in astratto ed ex ante e non a posteriori alla stregua della condotta processuale ed in particolare con riferimento al rifiuto della di sottoporre i figli minori all'esame ematogenetico:

Il difetto di prova idonea a sostenere l'accoglimento del ricorso. Al riguardo deve rilevarsi che la giurisprudenza di legittimità postula la dimostrazione dell'assoluta impossibilità per il soggetto che ha compiuto il riconoscimento di essere il padre biologico del figlio riconosciuto. Tale prova non risulta fornita dal momento che da un lato, il rifiuto del prelievo non è provenuto dagli interessati con conseguente insussistenza di rilievo decisivo di tale comportamento. Dall'altro non emergono altri indizi della suddetta impossibilità assoluta del ricorrente ad essere il genitore biologico, dal momento che l'ulteriore elemento costituito dalla testimonianza della madre dell'appellante non viene ritualmente prospettato nei motivi d'appello ma solo in comparsa conclusionale e per provenienza e circostanze dedotte non appare attendibile.

Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione lo affidato ai seguenti motivi :

nel primo motivo viene dedotta l'omessa o contraddittoria motivazione in ordine ad un punto decisivo della controversia consistente nella sola apparente riforma della

sentenza di primo grado operata dalla Corte territoriale, la quale ha affermato di accogliere il primo motivo ma di doversi limitare alla correzione della motivazione in virtù della mancata prova dell'impossibilità del ricorrente di essere il padre biologico dei minori.

Nel secondo motivo viene dedotta la violazione e falsa applicazione degli art. 263 cod. civ. 12 delle preleggi e 2727 cod. civ. nonché il vizio di motivazione per avere la Corte territoriale illegittimamente scisso due profili che avrebbero dovuto essere trattati in modo connesso ovvero l'assoluta impossibilità per l'attore di essere il padre biologico e la sussistenza del legame procreativo. In ordine al primo aspetto fattuale la prova poteva essere data con qualsiasi mezzo e raggiunta anche mediante presunzioni. Nella specie ingiustificatamente la Corte d'Appello di Salerno non ha tenuto conto del fatto che le dichiarazioni della teste escussa contenenti una confessione stragiudiziale della madre dei minori, ancorché riferita de relato actoris, non è stata contestata dalla medesima, così come non è stato tenuto in alcun conto il rifiuto di far sottoporre i minori alla prova del dna.

Nel terzo motivo viene censurata la motivazione fornita dalla Corte d'Appello in ordine alla giustificazione della sostanziale irrilevanza del rifiuto. Nella sentenza impugnata viene affermato che poiché il rifiuto non

proviene dai diretti interessati non può assumere rilevanza. Ma ciò contrasta nettamente con la considerazione relativa all'inutilità della nomina del curatore speciale per la coincidenza dell'interesse dei minori con quello materno. Il curatore doveva essere nominato prima dell'instaurazione del giudizio come espressamente richiesto dall'attore perché potesse validamente contraddire ed intervenire anche direttamente in secondo grado.

Nel quarto motivo viene dedotta la violazione dell'art. 263, degli artt. 2729, 2730 e 2733 cod. civ. nonché degli artt. 115 e 116 cod. proc. civ. per l'omesso rilievo dato al rifiuto di far sottoporre i minori all'esame ematogenetico, unitamente alle ammissioni relative all'infedeltà della madre riportate dalla teste. Tale circostanza pur non fornendo da sola la prova dell'impossibilità della paternità biologica costituisce una presunzione semplice da valutarsi unitamente al rifiuto mentre la Corte d'appello ha escluso il ricorso al parametro normativo della prova presuntiva.

Nel quinto motivo di ricorso viene censurata l'omessa pronuncia sul fondamento delle prove assunte sia in ordine all'infedeltà sia in ordine ai riscontri ematogenetici forniti dalla parte attrice in virtù dell'indagine tecnica di parte espletata ante causam.

Nel sesto motivo viene censurata la violazione e falsa applicazione degli artt. 91 e 92 cod. proc. civ. per avere la corte territoriale condannato il ricorrente alle spese del secondo grado e confermato la analoga statuizione relativa al primo grado, senza tenere conto dell'obiettiva controvertibilità dell'accertamento compiuto.

I primi tre motivi devono essere esaminati congiuntamente in quanto logicamente connessi ed accolti per quanto di ragione.

Una delle due rationes decidendi su cui si fonda la sentenza impugnata è costituita dall'insussistenza del conflitto d'interessi tra madre e figli minori in quanto portatori nel giudizio di una posizione giuridica soggettiva coincidente ed opposta a quella del ricorrente. L'altra, alla prima indissolubilmente connessa sul piano logico, è l'irrilevanza probatoria del rifiuto della madre di far sottoporre i minori all'esame ematogenetico per la non convergenza tra il soggetto responsabile della condotta processuale da esaminare e quello che deve essere oggetto dell'indagine tecnica.

Secondo la Corte d'Appello, i minori, ancorché litisconsorti necessari, al pari della madre, possono essere da quest'ultima validamente rappresentati in giudizio ma la condotta processuale della parte costituita per sé e quale legittima rappresentante degli interessi dei figli minori

non riveste alcun rilievo probatorio ex art. 116 cod. proc. civ. anche se rivolta ad impedire l'espletamento dell'unico mezzo di prova decisivo, dal momento che l'acquisizione di tale prova si fonda su un'indagine tecnico-scientifica non condotta su di essa ma sui minori. Poiché il rifiuto non proviene da chi deve essere sottoposto all'esame, non assume rilievo probatorio, anche se l'unica parte legittimata a rappresentare gli interessi dei minori nel giudizio è proprio quella che ha manifestato tale rifiuto. La palese contraddittorietà logica della duplice ratio decidendi riflette l'errata interpretazione del sistema normativo applicabile alla fattispecie sottesa alla decisione assunta dalla Corte d'Appello.


E' necessario preliminarmente rilevare che nella specie si applica la nuova formulazione dell'art. 263 cod. civ. ai sensi dell'art. 104 ottavo comma del d.lgs n. 154 del 2013, secondo il quale : *"Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, le disposizioni del codice civile relative al riconoscimento dei figli, come modificate dalla medesima legge, si applicano anche ai figli nati o concepiti anteriormente all'entrata in vigore della stessa"* Alla fattispecie dedotta in giudizio non si applica il successivo decimo comma che ha ad oggetto lo slittamento della decorrenza dei nuovi termini di

decadenza e prescrizione per la proposizione dell'impugnazione del riconoscimento al giorno in cui il decreto legislativo delegato è entrato in vigore.

Il nuovo art. 263 cod. civ., coerentemente con l'esigenza di garantire la preminenza della posizione del figlio nelle azioni di stato, ha limitato l'imprescrittibilità dell'azione soltanto riguardo a quest'ultimo, prevedendo un regime temporale rigoroso per i genitori e stabilendo comunque un termine di proposizione dell'azione, definito in dottrina come "tombale" non superiore a cinque anni per tutti i legittimati diversi dal figlio, così come per l'azione di disconoscimento della paternità. Le due azioni, pertanto, sono sottoposte ad una disciplina giuridica dei termini di proposizione dell'azione, del regime di decadenza e di prescrizione sostanzialmente omogenea, in funzione della ratio sottesa a tutta la riforma della filiazione, consistente nella tendenziale piena equiparazione dei figli nati nel matrimonio e fuori di esso, riscontrabile anche nelle novità normative relative alle azioni di stato. Le differenze di regime giuridico tra le due azioni risiedono esclusivamente sulla diversità della relazione preesistente alla filiazione, essendo conseguenti alla perdurante vigenza della presunzione di paternità in costanza di matrimonio e all'obbligo giuridico di fedeltà proprio del vincolo coniugale. E' invece

uniforme la disciplina giuridica con riferimento al diritto del figlio al riconoscimento della propria identità e discendenza biologica (imprescrittibilità dell'azione) temperata dalla correlata tutela della stabilità degli status acquisiti, attuabile mediante lo sbarramento temporale definitivo e non prorogabile per gli altri legittimati, compresi i genitori, per l'esercizio dell'azione.

Partendo da tali premesse, risulta agevole la questione, di cruciale rilievo nel presente giudizio, relativa alla configurabilità del conflitto d'interessi. L'art. 247, secondo comma, cod. civ. prevede, in via generale ed astratta, la nomina di un curatore speciale per il minore che sia legittimato passivo in azione di disconoscimento di paternità. La norma costituisce il consequenziale corollario logico della previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 245 cod. civ. secondo il quale l'azione di disconoscimento di paternità è promossa dal curatore speciale quando il figlio sia minore su istanza del pubblico ministero e del genitore. Nell'azione relativa all'impugnazione del riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio è prevista espressamente la proposizione dell'azione da parte del curatore speciale del minore su istanza del pubblico ministero o dell'altro genitore, ma non la nomina del medesimo curatore quando il minore sia,



come nel caso di specie, legittimato passivo e, comunque, litisconsorte necessario. Deve, rilevarsi, tuttavia, che anche in questa azione la posizione del minore si pone, in via generale ed astratta, in potenziale conflitto d'interessi con quella dell'altro genitore legittimato passivo non potendo stabilirsi ex ante una coincidenza ed omogeneità d'interessi né in ordine alla conservazione dello status posto in discussione che potrebbe non profilarsi come la scelta corrispondente all'interesse superiore e/o preminente del minore, né in ordine alla scelta contrapposta fondata sul favor veritatis e sulla conoscenza della propria identità e discendenza biologica. Tale scelta non può essere affidata all'altro genitore litisconsorte necessario il quale può legittimamente fondare la propria condotta processuale di resistenza od adesione all'azione sulla base d'interessi personali ed economico patrimoniali potenzialmente contrastanti con l'individuazione del "best interest" (secondo la formula di provenienza convenzionale, rinvenibile nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989, ratificata con L. n. 176 del 1991 e dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani) per il minore medesimo, individuazione tanto più complessa in quanto da compiersi in una situazione di potenziale conflitto tra il diritto alla stabilità e quello speculare alla verità dello status genitoriale, trattandosi di profili entrambi costitutivi dell'identità della

persona. L'esigenza di un'autonoma valutazione della posizione processuale del minore compiuta in posizione di terzietà rispetto a quella dei genitori in conflitto, è identica in entrambe le azioni. Deve, pertanto, ritenersi che la mera omissione normativa della previsione espressa della nomina di un curatore speciale del minore legittimato passivo, nell'impugnazione del riconoscimento di paternità non ne escluda la necessità ex ante ed imponga di colmare, mediante un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, ed in via analogica, la lacuna normativa rimasta tale anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs n. 154 del 2013, non essendo giustificabile, alla luce dei parametri sopra indicati, che nella prima ipotesi sia sempre necessaria ex lege la nomina del curatore speciale mentre nella seconda ipotesi, la nomina sia fondata su una valutazione caso per caso del tutto incompatibile con la tendenziale uniformità di regime che caratterizza il sistema di tutela del minore nelle azioni di stato alla luce della riforma.

Ne consegue che nella specie la necessità di procedere alla nomina del curatore speciale doveva fondarsi su una valutazione generale ed astratta così come richiesto dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 13507 del 2002, citata anche nella sentenza impugnata). Tale affermazione è solo in apparente contrasto con la pronuncia n. 5333 del 2001 di

questa sezione, secondo la quale : "Il conflitto di interessi nel rapporto processuale tra genitore esercente la potestà e figlio è ipotizzabile non già in presenza di un interesse comune, sia pure distinto ed autonomo, di entrambi al compimento di un determinato atto, ma soltanto allorché i due interessi siano nel caso concreto incompatibili tra loro, nel senso che l'interesse del rappresentante, rispetto all'atto da compiere, non si concili con quello del rappresentato; l'esistenza di una siffatta situazione di conflitto, il cui apprezzamento è rimesso al giudice di merito, non è normativamente presunta nel caso dell'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicità, la quale non rientra tra le ipotesi, tassativamente indicate dal legislatore, nelle quali il giudizio deve essere proposto, in rappresentanza del minore, nei confronti di un curatore speciale nominato al riguardo dal giudice; ne consegue che, in ordine a tale azione, trova applicazione, in mancanza della deduzione di una concreta situazione di conflitto di interessi, la regola secondo cui il genitore esercente la potestà è legittimato, nell'interesse del figlio minore, a resistere al giudizio da altri intentato". Tale orientamento, sviluppatosi nel pregresso regime giuridico della disciplina normativa della filiazione e delle azioni di status, fortemente caratterizzato dalle differenze di trattamento tra figli nati nel matrimonio e figli nati

fuori di esso, non può che essere superato alla luce dell'illustrata tendenziale parità di condizioni e di tutela giuridica che caratterizza, alla luce della novella introdotta dalla legge delega n.219 del 2012 ed il d.lgs n. 154 del 2013, la filiazione secondo il regime giuridico attualmente vigente, indipendentemente dalla tipologia di relazione o vincolo da cui tragga origine. Peraltro, più di recente, la prima sezione di questa Corte ha ritenuto che la sussistenza del conflitto d'interessi tra il minore e chi ne ha la legale rappresentante si fonda sempre su una valutazione effettuata ex ante ed in astratto ed ha ad oggetto una valutazione anche solo di potenziale incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e del rappresentato. (Cass.13507 del 2002). Le conseguenze della mancata nomina, nella specie sollecitata fin dall'instaurazione del giudizio di primo grado è la nullità del procedimento per violazione del principio del contraddittorio, con conseguente necessità di ricostituzione corretta del rapporto processuale fin dal primo grado del giudizio.

I rimanenti tre motivi devono ritenersi assorbiti dall'accoglimento dei primi tre e dalla conseguente necessità di rimettere le parti, ex art. 383 terzo comma cod. proc. civ., davanti al giudice di primo grado (Cass. 19790 del 2014) perché si provveda all'integrale

rinnovazione del giudizio con la costituzione completa del contraddittorio, da realizzarsi mediante la nomina di un curatore speciale del minore.

P.Q.M.

La Corte,

accoglie i primi tre motivi di ricorso per quanto di ragione. Cassa la sentenza impugnata e ex art. 383 terzo comma cod. proc. civ. rimette la causa davanti al Tribunale di Salerno in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 25 novembre 2015

Il Presidente

(Dr. Fabrizio Forte)

Il giudice est.

(Dr.ssa Maria Acierno)

