

Sez. 1^a Civile, Sentenza n. 14216 del 14 Giugno 2010

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE PRIMA**

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Presidente -
Dott. FELICETTI Francesco - Consigliere -
Dott. SALVAGO Salvatore - rel. Consigliere -
Dott. CULTRERA Maria Rosaria - Consigliere -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 13775/2009 proposto da:

E.B. (C.F. (OMISSIS)), elettivamente domiciliato

in ROMA, VIA COLA DI RIENZO 111, presso l'avvocato D'AMATO DOMENICO, rappresentato e difeso dall'avvocato SALOMONI Andrea, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

P.A., nella qualità di dirigente tutela minori e affari giuridici dell'ASP - CENTRO SERVIZI SOCIALI ALLA PERSONA DI F. e di tutore dei minori E.L. ed E.S., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CRESCENZIO 20, presso l'avvocato STORACE FRANCESCO, rappresentato e difeso dall'avvocato BATTISTINI GIAN PIETRO, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

contro

P.A., PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI BOLOGNA, GIUDICE TUTELARE DEL TRIBUNALE DI FERRARA, E.L., E.S., SINDACO DEL COMUNE DI FERRARA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 557/2009 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 24/04/2009;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 17/03/2010 dal Consigliere Dott. SALVATORE SALVAGO;

udito, per il ricorrente, l'Avvocato SALOMONI che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per il controricorrente, l'Avvocato STORACE FRANCESCO, per delega, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale per i Minorenni di Ferrara con sentenza del 9 febbraio 2009 dichiarava lo stato di adottabilità dei minori E.L. e S., nati rispettivamente il (OMISSIS) e l'(OMISSIS) da E.B. e da D.S. e ne disponeva la collocazione presso una famiglia interrompendo i rapporti con quella di origine.

L'impugnazione di E.B. è stata respinta dalla Corte di appello di Bologna con sentenza del 24 aprile 2009, che ha osservato:

a) già in passato erano stati posti in essere numerosi tentativi, con l'ausilio dei servizi sociali, onde consentire ai genitori di far fronte alle esigenze dei minori: tentativi sempre falliti per il grave stato di tossicodipendenza della madre e l'inadeguatezza del padre a costituire un punto di riferimento per i figli; b) le relazioni del dipartimento di salute mentale ne avevano sempre escluso l'idoneità a provvedere ai bisogni perfino materiali dei figli/e la sorella di lui non aveva mai avuto alcun legame affettivo con costoro; c) i minori per converso avevano instaurato un ottimo rapporto affettivo con la famiglia affidataria e manifestato l'intendimento di stabilirsi in modo stabile e definitivo presso di essa.

Per la Cassazione della sentenza l' E. ha proposto ricorso per 4 motivi, cui resiste il Servizio sociale ASP di

Ferrara n.q. di tutore dei minori con controricorso, illustrato da memoria. MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo E.B., deducendo violazione della L. n. 184 del 1983, artt. 8 e 15, artt. 75 e 78 cod. proc. civ., art. 24 Cost., si duole che la Corte di appello non abbia dichiarato la nullità del procedimento, in quanto: a) ai minori non era stato nominato un curatore speciale per assisterli e rappresentarli nel giudizio fin dalla sua apertura come stabilito dalla prima di dette norme, ma soltanto un tutore, avente tutt'altra funzione, ed al quale nel caso era stato affidato il compito di allontanarli dai genitori; b) tale omissione si poneva in contrasto con i principi costituzionali in tema di protezione dell'infanzia e di giusto processo ex art. 111 Cost., e di diritto di difesa, nonché con la Convenzione di New York del 1989 e con quella per i diritti del fanciulli, nonché infine con la novella 149 del 2001 che ne aveva ribadito la necessità; c) essendo il tutore interessato ad uno specifico esito del giudizio contrastante con quello auspicato dai genitori, era evidente il conflitto di interessi con i minori che aveva determinato la nullità di tutti gli atti del procedimento, in essi compresi quelli del giudizio di primo grado.

Il motivo è infondato.

Dalla disposizione della L. n. 184 del 1983, art. 8, discende quale logico corollario la partecipazione necessaria del minore al giudizio e fin dalla fase iniziale onde fare ivi valere autonomamente i propri diritti, dei quali tuttavia egli, quantunque sia titolare, non ha il libero esercizio (ovvero non ha capacità processuale); con la conseguenza che deve esservi rappresentato e che si rende necessaria l'interposizione soggettiva di un rappresentante legale. Al riguardo questa Corte ha osservato: a) che soccorre la disposizione di carattere generale dell'art. 75 cod. proc. civ., comma 2, che individua nella rappresentanza lo strumento con il quale rimediare al difetto di capacità; e che si traduce nella introduzione della possibilità di avvalersi anche nel processo degli strumenti con i quali il diritto sostanziale provvede al difetto di capacità per l'esercizio dei diritti dei soggetti incapaci: e cioè dell'istituto della rappresentanza legale con l'attribuzione al rappresentante del potere di stare in giudizio, consentendo la relativa attività processuale in modo da realizzare la produzione degli effetti in capo al minore, che in questo modo sta in giudizio con il nome, tramite il rappresentante legale; b) che il richiamo della legge allo strumento della rappresentanza non può non significare il richiamo alle norme che ne disciplinano il funzionamento (art. 1387 cod. civ.): e per quanto qui interessa che anche con riguardo ai minori la legge alla sottrazione dei poteri attinenti al libero esercizio dei diritti sostanziali fa normalmente corrispondere il conferimento legale dei corrispondenti poteri ad altri soggetti che si qualificano come rappresentanti legali "in tutti gli atti civili": soggetti che l'art. 320 cod. civ., individua anzitutto nei genitori, e quindi gli artt. 343 e 357 cod. civ. "se entrambi i genitori sono morti o per altre cause non possono esercitare la potestà" nel tutore; c) che il sistema è completato dall'art. 78 cod. proc. civ., per il quale "Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza può essere nominato all'incapace, ... un curatore speciale che lo rappresenti, finché subentra colui al quale spetta la rappresentanza.... Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto d'interessi col rappresentante".

Pertanto, siccome il legislatore ha utilizzato anche nell'ambito del processo lo strumento della rappresentanza legale, e non essendo il potere di agire e resistere in giudizio disponibile autonomamente dalla titolarità del bene della vita per il quale la tutela giurisdizionale venga postulata (Cass. 9893/2004), si deve concludere che le persone fisiche investite del relativo potere si identificano in quelle che hanno la rappresentanza processuale dell'incapace. E che anche nei giudizi di adottabilità la rappresentanza processuale del minore deve passare attraverso le figure del genitore, del tutore, ovvero "ove occorra" del curatore speciale (Cass. 27239/2008; 1206/2002).

Questa Corte ha poi ritenuto (sent. 7281 e 7282/2010; 3084/2010) che nell'ipotesi di avvenuta ablazione o limitazione della potestà genitoriale per l'adozione di uno dei provvedimenti di cui all'art. 330 cod. civ., e segg., da parte del giudice e contestuale (o successiva) nomina di un tutore non deve procedersi alla nomina anche di un curatore speciale: anzitutto perché l'art. 78 cod. proc. civ., comma 1, la prevede solo nel caso in cui manca la persona cui spetta la rappresentanza legale; quindi, perché in ogni altro caso il precedente art. 75 cod. proc. civ., prevede che la persona incapace può e deve stare in giudizio tramite il proprio rappresentante legale. E perché infine nella nuova disciplina la nomina del tutore da parte del Tribunale specializzato ha proprio lo scopo di dare al minore un rappresentante legale che abbia la legittimazione a stare in giudizio nei procedimenti di adozione in nome e per conto del minore onde valutarne ed attuarne i superiori preminenti interessi: e non più quella di proporre "opposizione" onde i

difenderne l'interesse (o quello dei genitori) a conservare il proprio status familiare.

Questo risultato si armonizza peraltro con il disposto dell'art. 9 della Convenzione di Strasburgo, per il cui comma 1 "Nelle procedure che interessano un fanciullo, se, in virtù del diritto interno, coloro che hanno responsabilità di genitore si vedono privati della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto d'interessi con lo stesso, l'autorità giudiziaria può designare un rappresentante speciale per il fanciullo in tali procedure": perciò rendendo la possibilità di nomina di un (rappresentante o) curatore speciale solo eventuale e subordinata all'ipotesi che coloro cui in base alla legge nazionale siano attribuite le funzioni e le responsabilità genitoriali si trovino in una situazione di conflitto di interessi con il minore, e non prevedendola in ogni altro caso, in cui siffatta incompatibilità non sussista.

Ed esso spiega, da ultimo, le ragioni per cui la novella del 2001 abbia, per un verso soppresso la disposizione originaria della L. n. 184, art. 17, comma 2, secondo la quale "A seguito della opposizione, il presidente del tribunale per i minorenni nomina un curatore speciale al minore e fissa con decreto l'udienza di comparizione dinanzi al tribunale" (che prevedeva la nomina obbligatoria del curatore pur quando il minore era già rappresentato da un tutore). Ed abbia per altro verso stabilito nel nuovo testo dell'art. 15, comma 3 della legge che la sentenza deve essere notificata per esteso anche "al tutore, nonché al curatore speciale ove esistano": in tal modo lasciando intendere che può mancare non soltanto il tutore, ma anche il curatore speciale; laddove siffatta ipotesi non potrebbe verificarsi e la locuzione sarebbe priva di senso giuridico, se anche nelle ipotesi di ablazione della potestà genitoriale e di presenza di un tutore, fosse comunque obbligatoria la nomina del curatore speciale, che significativamente la disposizione del comma precedente non include - a differenza del tutore, ove esistente - fra le persone che il Tribunale è tenuto ad ascoltare prima di emettere la dichiarazione dello stato di adottabilità. Per cui appare coerente l'indicazione del curatore speciale - come figura solo eventuale proprio perché il legislatore non poteva escludere la partecipazione al processo del tutore come rappresentante legale del minore in tutti i casi di adozione di provvedimenti ablativi della potestà; e perché in tale fattispecie il minore trova voce nel processo attraverso il tutore che gli è stato nominato, tecnicamente capace di stare in giudizio, ovvero assistito da un avvocato.

La sola deroga alla rappresentanza legale del tutore proviene dall'art. 78 cod. proc. civ., u.c., sulla necessità di nomina del curatore speciale in caso di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, che ha carattere generale ed è quindi riferibile anche al rapporto minore-tutore: peraltro del tutto conforme alla disposizione, di egual contenuto, dell'art. 9 della Convenzione di Strasburgo avanti ricordata. Ma in tal caso ne' la natura e finalità del giudizio in esame ne' tanto meno la ragion d'essere dell'ufficio tutelare consentono di ribadire la presunzione di conflitto di interessi operante nell'ipotesi in cui la rappresentanza legale del minore appartenga ai genitori. E torna ad applicarsi la regola generale che va ravvisata una situazione di conflitto di interessi, tale da comportare la necessità della nomina di un curatore speciale solo se sia dedotta in giudizio dal P.M. ovvero da uno dei soggetti indicati dalla L. n. 149, art. 10, ed accertata in concreto dal giudice come idonea a determinare la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal tutore in contrasto con l'interesse del minore. Con la conseguenza, tuttavia, che in questo caso la denuncia tende alla rimozione preventiva del conflitto nonché alla immediata sostituzione del rappresentante legale con il curatore speciale dal momento della situazione di incompatibilità determinatasi; e non può più essere prospettata nelle ulteriori fasi del giudizio (men che mai per la prima volta in quello di legittimità) ora per allora ed al solo fine di conseguire la declaratoria di nullità degli atti processuali compiuti in seguito ad una situazione non denunciata.

Le considerazioni svolte comportano che compete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica (artt. 82 ed 83 cod. proc. civ.), e che i due ruoli restano distinti pur quando cumulati nel medesimo soggetto che abbia il titolo richiesto dal 2 comma del menzionato art. 82 cod. proc. civ. per esercitare la difesa tecnica.

Come, infatti, ha osservato questa Corte anche in pronunce ormai lontane nel tempo (Cass. 570/1982) il tutore (o il curatore speciale) non solo è contraddittore necessario, ma ha una legittimazione autonoma e non condizionata che può liberamente esercitare in relazione alla valutazione degli interessi del minore; per cui non è tenuto a difendere o per converso a contestare il suddetto stato di adottabilità, ne' a proporre impugnazione avverso la sentenza che lo disponga o ne disponga la revoca, ma, quale che sia il contenuto della decisione, può liberamente esercitare, in relazione alla tutela degli interessi suddetti e senza necessità di autorizzazione alcuna, la facoltà di svolgere le proprie difese in primo grado, nonché di proporre appello o

ricorso per cassazione, così come quella di rinunciare a tali impugnazioni. Laddove l'avvocato del minore non può che assumerne, come di consueto, la difesa tecnica e perseguire gli interessi sostanziali e processuali del suo assistito. Al lume di detti principi risulta palese l'inconsistenza dei vizi procedurali dedotti dal ricorrente, in quanto: a) ai minori è stato regolarmente nominato un tutore - il Comune di Ferrara - per cui non occorre anche la nomina di un curatore speciale, ineludibile, per quanto si è detto avanti soltanto se all'atto di apertura del procedimento il minore, che pure vi è parte necessaria, non abbia avuto un rappresentante legale o con questo sia in conflitto di interessi; b) non potendo nel caso presumersi il conflitto di interessi per il solo fatto che il tutore-ASP del Comune di Ferrara abbia contestato le difese del ricorrente o comunque formulato richieste diverse nel preminente interesse dei minori, spettava all' E. dimostrare la situazione di conflitto effettivo tra gli interessi di detto ente n.q. e quelli dei figli, nonché evidenziarne le ragioni, non appena si fosse delineata; laddove il ricorrente si è sostanzialmente limitato ad invocare i medesimi principi che hanno indotto dottrina e giurisprudenza a presumerla nel caso in cui la rappresentanza legale continui ad appartenere ai genitori; per cui non soltanto non occorre provvedere alla nomina di un curatore speciale in presenza del tutore, ma spettava proprio a quest'ultimo nominare a sua volta un difensore per l'assistenza tecnica dei minori nel processo. Con il secondo motivo l' E., deducendo altra violazione dell'art. 8, censura la decisione per non aver considerato che la procura al difensore dei minori per il giudizio era stata conferita da un soggetto qualificatosi dirigente del Centro servizi alla persona di F. che non aveva tuttavia giustificato la propria legittimazione a rappresentare il Comune di Ferrara, nominato tutore di entrambi i minori; e doveva perciò essere dichiarata nulla. Questo motivo è inammissibile.

Della questione della diversità del soggetto (Dirigente della ASP) che ha conferito la procura al difensore dei minori rispetto al Sindaco di Ferrara che ne era stato nominato tutore non vi è menzione nella sentenza impugnata; per cui il ricorrente avrebbe potuto evitare una statuizione d'inammissibilità, per novità, della censura soltanto se avesse, da un lato asserito di aver dedotto la questione davanti al giudice "a quo" ed indicato, dall'altro, anche in quale atto e/o in quale momento del giudizio precedente lo aveva fatto, in modo da dare al Collegio il modo di controllare, ex actis, la veridicità di tale asserzione prima di passare al merito. E ciò anche perché questa Corte ha ripetutamente affermato che: a) in presenza di un atto di citazione, di una comparsa o di un ricorso contenente la denominazione di un ente, l'indicazione dell'organo che ne ha la rappresentanza in giudizio ed una firma leggibile di sottoscrizione della procura alle liti, l'altra parte può contestare che le indicazioni contenute nell'atto corrispondano alla realtà e che la persona firmataria si è effettivamente titolare dell'organo;

b) e tuttavia, se la controparte non sollevi contestazioni, la sentenza impugnata con il ricorso per cassazione non può considerarsi viziata da violazione di norme sul procedimento se il giudice non abbia ritenuto di dovere richiedere alla parte interessata di dimostrare che la persona, che ha agito per l'ente, era dotata del potere di esercitare, come titolare di un suo organo, i relativi poteri rappresentativi.

Ed il Collegio deve ribadire che all'assenza di contestazione dei poteri rappresentativi (in capo alla persona che ha rilasciato la procura ad litem) va parificata l'ipotesi della contestazione tardiva, nel senso che questa non consente più alla controparte di provare l'esistenza dei detti poteri, che inizialmente non sia stata posta in dubbio.

Con il quarto motivo, deducendo violazione della L. n. 184, art. 10, nonché della Convenzione di New York si duole che la Corte di appello non abbia provveduto all'audizione dei minori, non avvalendosi della facoltà conferitale dalla norma, malgrado il figlio L. avesse compiuto 12 anni appena qualche giorno dopo l'udienza fissata da detto giudice; si fossero potuti adottare provvedimenti differenti in relazione all'età ed al grado di sviluppo dei due fanciulli; e conseguentemente sotto tale profilo la loro audizione costituisse un vero e proprio obbligo, tale peraltro ritenuto nei paesi membri della U.E..

Anche questo motivo è infondato: non solo perché nel caso il minore per ammissione dello stesso ricorrente non aveva ancora compiuto i 12 anni nel momento in cui la causa è stata assunta in decisione dalla Corte di appello, ma anche perché la L. n. 184, art. 15, comma 2 nel testo modificato dalla L. n. 149 del 2001 siffatto obbligo ha posto esclusivamente nel giudizio di primo grado a carico del Tribunale per i minorenni che debba emettere la dichiarazione dello stato di adottabilità nei confronti del minore che abbia compiuto gli anni 12 (mentre per il minore di età inferiore prevede l'audizione "in considerazione della sua capacità di discernimento"). Mentre il giudice di appello prima di pronunciare la sentenza è tenuto soltanto, per il disposto dell'art. 17, comma 1 a sentire le parti ed il P.M., nonché ad effettuare "ogni altro

opportuno accertamento". Nell'ambito di tale indagine per altro la sentenza impugnata non ha mancato di rilevare che il minore E.L., che al momento dell'udienza collegiale non aveva ancora compiuto 12 anni, aveva manifestato ai Servizi sociali la volontà di restare definitivamente presso la famiglia affidataria, da lui stesso ritenuta pienamente idonea ad occuparsi dei bisogni propri e di quelli della sorella: in tal modo dando sostanziale attuazione anche alla disposizione dell'art. 12, comma 2 della menzionata Convenzione di New York che attribuisce al fanciullo la possibilità di essere ascoltato non soltanto direttamente dal giudice, ma anche "tramite un rappresentante o un organo appropriato".

In termini sostanzialmente analoghi si esprime l'art. 6 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, stipulata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata con legge 77 del 2003, per il quale nelle procedure che interessano un fanciullo, l'autorità giudiziaria, prima di adottare qualsiasi decisione deve (tra l'altro) consultare personalmente il fanciullo "considerato dal diritto interno come avente un discernimento sufficiente", se del caso, "e se necessario in privato, direttamente o attraverso altre persone o organi, nella forma che riterrà più appropriata tenendo conto del discernimento del fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente in contrasto con gli interessi superiori dello stesso" (Cass. sez. un. 22238/2009). Sicché, anche sotto tale profilo la valutazione discrezionale dei giudici di merito in ordine all'opportunità o meno di disporre, invece, l'audizione giudiziale si sottrae alle censure del ricorrente.

Con il terzo motivo, l' E., deducendo insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia censura la sentenza impugnata per avere confermato il giudizio di inidoneità anche a livello affettivo ad occuparsi dei figli, senza considerare: che egli sotto l'aspetto materiale aveva dimostrato di possedere un reddito annuo superiore ad Euro 27.000,00 (sufficiente ad assicurare il loro mantenimento; e che d'altra parte un progetto di vita idoneo a garantirne lo sviluppo e la vita affettiva era stato avallato da una relazione specialistica. Lamenta ancora che i giudici di merito non abbiano ammesso la richiesta per confermare il suo avvenuto recupero, disattendendo il principio che laddove la consulenza si profili come lo strumento più funzionale ed efficiente di indagine, il giudice non può rinunciare ad avvalersene se non motivando specificamente sul motivo di tale decisione. La censura è in parte inammissibile, in parte infondata:

inammissibile perché si risolve in una mera apodittica contraddizione delle conclusioni raggiunte dai giudici di merito in conseguenza degli accertamenti compiuti, cui il ricorrente contrappone un diverso e per sé più favorevole giudizio sulla propria idoneità a mantenere i figli e sulle proprie capacità affettive e genitoriali; e senza specificare pretese deficienze o in contraddittorietà dell'iter argomentativo della sentenza impugnata, censura soltanto il risultato del processo interpretativo ed argomentativo proponendo un significato diverso delle risultanze istruttorie, ovvero il riferimento all'espletamento di mezzi istruttori o all'apprezzamento di risultanze diversi da quelli considerati dalla Corte di appello.

D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità è fermissima nell'enunciare il principio che la parte che impugna una sentenza con ricorso per cassazione per omessa pronuncia su una istanza istruttoria, quale quella nel caso di procedere a consulenza tecnica, ha l'onere, per il principio di autosufficienza del ricorso, a pena di inammissibilità per genericità¹ del motivo, di specificare in quale atto difensivo o verbale di udienza l'ha formulata, per consentire al giudice di verificarne la ritualità, e la decisività. Laddove nel caso l' E. non ha indicato neppure in quale grado o fase del giudizio avesse richiesto la consulenza tecnica ed ancor meno quale accertamento specialistico intendeva devolvere al consulente; per cui. la Corte deve ribadire il principio che la consulenza è un mezzo istruttorio sottratto alla disponibilità delle parti e rimesso al potere discrezionale del giudice, il quale può non ricorrervi allorché disponga di elementi istruttori e di ulteriori elementi sufficienti a dar conto della decisione adottata. E proprio tale situazione si è verificata nel caso concreto, in cui la Corte di appello ha utilizzato da un lato tutti gli elementi tratti dalle pregresse vicende della famiglia E., nonché dai numerosi tentativi intrapresi anche con il sostegno dei servizi sociali per mantenere unito detto nucleo familiare ed evitare la declaratoria di adottabilità dei minori. E dall'altro si è avvalsa della relazione del Dipartimento di salute mentale di (OMISSIS) per accertare le facoltà cognitive del ricorrente, nonché le sue capacità affettive, ed ancora delle relazioni aggiornate dei Servizi sociali che per un verso hanno confermato il perdurare di siffatte carenze anche nel corso dei recenti rapporti avuti con i figli, e per altro verso hanno evidenziato il rapporto affettivo estremamente positivo da costoro intrapreso con la famiglia affidataria, nonché la loro volontà di stabilirsi in maniera permanente presso di questa. La novità e la particolarità di talune delle questioni trattate inducono la Corte a dichiarare interamente compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, rigetta il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese processuali.

Così deciso in Roma, il 17 marzo 2010.

Depositato in Cancelleria il 14 giugno 2010
