

Sez. 1^a Civile, Sentenza n. 3804 del 17 Febbraio 2010

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

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PROTO Vincenzo - Presidente -

Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -

Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -

Dott. DOGLIOTTI Massimo - Consigliere -

Dott. DIDONE Antonio - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 2360/2009 proposto da:

C.G.O. (c.f. (OMISSIS)), nella qualità di

curatore speciale dei minori G.M., E. e S.,

elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SILVIO PELLICO 44, presso l'avvocato BARTOLINI BALDELLI

FRANCESCO, rappresentata e difesa da se medesima, giusto decreto della Corte di Appello di Milano del 17.04.08;

- ricorrente -

contro

G.W. (c.f. (OMISSIS)), O.L. (c.f.

(OMISSIS)), elettivamente domiciliati in ROMA, VIA ANTONIO SILVANI 113, presso l'avvocato GRAZZINI

ROSSELLA, rappresentati e difesi dall'avvocato PEREGO Romeo, giusta procura a margine del controricorso;

- controricorrenti -

contro

COMUNE DI UBOLDO, D.R., PROCURATORE GENERALE DELLA

REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI MILANO, PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE;

- intimati -

sul ricorso 3195/2009 proposto da:

PROCURA GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE DI APPELLO DI MILANO;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

G.W., D.R., C.G.O., O.

L., COMUNE DI UBOLDO;

- intimati -

avverso la sentenza n. 3273/2008 della CORTE D'APPELLO di MILANO, del 06/11/2008;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 21/10/2009 dal Consigliere Dott. MASSIMO DOGLIOTTI;

preliminarmente la Corte dispone la riunione dei due ricorsi, proposti avverso la stessa sentenza;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato C.G.O. che ha

chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CENICCOLA Raffaele, che ha concluso per l'accoglimento dei ricorsi. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 08/02/2007, il P.M. presso il Tribunale per i Minorenni di Milano chiedeva

l'apertura del procedimento di adottabilità relativo ai minori G.M., nato nel (OMISSIS), E., nata nel

(OMISSIS), S., nato nel (OMISSIS), figli di G.W. e O.L.. Il Tribunale per i

Minorenni disponeva la sospensione della potestà dei genitori e la nomina di un tutore provvisorio, il

Comune di Uboldo, in persona del Sindaco, che invitava a nominare un difensore nell'interesse dei minori. Il

Comune deliberava la nomina di un difensore che si costituiva in giudizio. Il Tribunale per i Minorenni di Milano, con sentenza 5 - 11/12/2007, dichiarava lo stato di adattabilità dei predetti minori.

G. e O. proponevano appello avverso tale sentenza, con ricorso depositato in data 09/01/2008. Si costituiva il tutore dei minori, chiedendo il rigetto del gravame. La Corte di Appello di Milano, con ordinanza 17/04/2008, preso atto dell'assenza in giudizio di un difensore - curatore dei minori, ritenuta la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi con il tutore, nominava un curatore dei minori. Si costituiva il curatore, chiedendo rigettarsi l'appello, dichiarandosi la validità di ogni atto processuale. La Corte di Appello di Milano, sezione per i minorenni, con sentenza 06/11/2008, dichiarava la nullità del procedimento e dell'impugnata sentenza, per difetto di integrità del contraddittorio, rimettendo gli atti al primo giudice. La sentenza impugnata prende le mosse dall'affermazione di uno stretto collegamento tra L. n. 184 del 1983, art. 8, u.c., sull'adozione dei minori, che prevede, tra l'altro, "l'assistenza legale del minore", fin dall'inizio del procedimento, con alcune previsioni della Convenzione di New York, sui diritti del bambino, e di Strasburgo, sui diritti processuali del minore, cui si farà più ampio riferimento in motivazione. Si afferma che il minore è parte processuale fin dall'inizio del procedimento, e che non è necessario nominare un curatore speciale, ma, un "difensore del minore", che non svolgerebbe un ruolo esclusivamente tecnico, ma pure di rappresentanza legale.

Stigmatizza la pronuncia impugnata l'"affollamento" di più soggetti contestualmente nel procedimento di adottabilità, e ritiene inammissibile che il ruolo di difensore del minore venga esercitato dallo stesso soggetto che rappresenta pure gli interessi del tutore, configurandosi, anche soltanto potenzialmente, un conflitto di interessi. Con riferimento alla fattispecie concreta, si afferma che il difensore nominato dal tutore non si è costituito "nell'interesse dei minori", ma solo "nell'interesse" del tutore stesso, Comune di Uboldo.

Consegue dunque - secondo la sentenza impugnata - il vizio di nomina del difensore del minore, effettuata dal tutore, nella duplice veste di difensore del tutore e dei minori; consegue altresì che la mancata partecipazione dei minori al giudizio di primo grado comporta un vizio nella costituzione del rapporto processuale, che non può essere sanato con la nomina di un difensore nel grado di appello. Si configura una mancata partecipazione all'intero giudizio di un litisconsorte necessario, integrante una ipotesi di violazione del contraddittorio, che, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., richiede la rimessione della causa al primo giudice. Propongono ricorso per cassazione il curatore dei minori, sulla base di quattro motivi, nonché il P.G. presso la Corte di Appello di Milano sulla base di tre motivi. Resistono con controricorso i genitori dei minori.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Vanno preliminarmente riuniti i ricorsi, ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

Con il primo motivo del ricorso principale, il ricorrente curatore dei minori lamenta violazione e falsa applicazione della L. n. 184 del 1983, artt. 8 e 10, novellati dalla L. n. 149 del 2001, sostenendo che debba essere il tutore, rappresentante legale del minore, a nominare il difensore.

Con il secondo motivo, si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 78 c.p.c., comma 2, escludendosi la sussistenza di conflitto di interessi, ancorché potenziale tra minore e tutore nominato ad hoc, soprattutto quando, come nella specie, si tratti di ente territoriale.

Con il terzo motivo, il ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione della L. n. 184, artt. 8 e 10, sotto un diverso profilo, contestando l'affermazione del giudice a quo, per cui il difensore non si sarebbe costituito nell'interesse del minore, ma solo in quello del Comune. Con il quarto motivo, si lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 156, 157 e 354 c.p.c., contestandosi la rimessione al primo giudice, in quanto il curatore dei minori aveva chiesto di escludere la sussistenza di vizi processuali, confermando e recependo l'operato del tutore.

Con il primo motivo del ricorso (incidentale), il P.G. lamenta violazione della L. n. 184, artt. 8 e 10, nonché insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata, ritenendo insussistente il conflitto di interessi tra minore e tutore. Con il secondo, lamenta ulteriore violazione di legge dei predetti artt. 8 e 10, ed ancora insufficiente e contraddittoria motivazione, affermando che l'incarico al difensore da parte del tutore era stato conferito al fine di garantire l'"interesse legale" del minore. Con il terzo motivo il P.G. lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 156, 157 e 354 c.p.c., nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, in punto rimessione al primo giudice, posto che il curatore, costituendosi, aveva chiesto che il giudizio fosse considerato valido a tutti gli effetti.

Per una migliore intelligenza delle questioni prospettate, pare opportuno richiamare il quadro normativo di

riferimento. Ai sensi dell'art. 316 c.c., comma 2 e art. 320 c.c., comma 1, la potestà è esercitata da entrambi i genitori, e questi rappresentano i figli minori in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. In caso di conflitto di interessi tra il figlio ed uno dei genitori, la rappresentanza spetta esclusivamente all'altro genitore; se il conflitto sorge tra il figlio ed entrambi i genitori, il giudice tutelare nomina un curatore speciale (art. 320 c.c., comma 6);

parimenti viene nominato un curatore speciale, quando i genitori non possono o non vogliono compiere uno o più atti nell'interesse del figlio (art. 321 c.c.).

Ancora, viene nominato un curatore al minore, emancipato di diritto con il matrimonio (art. 390 c.c.): sarà il coniuge, e se entrambi gli sposi sono minori, il giudice tutelare nominerà un curatore, che potrebbe essere unico, scelto preferibilmente tra i genitori (art. 392 c.c.). Nelle azioni di stato (disconoscimento di paternità, contestazione e reclamo di legittimità, impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, e, in via soltanto eventuale, nella ricerca di paternità e maternità), nonché in relazione alla domanda di mantenimento, da parte del figlio naturale (quando non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità), è prevista la nomina di un curatore speciale: il conflitto di interessi è evidentemente considerato in re ipsa. Se entrambi i genitori sono morti o non possono esercitare la potestà, viene nominato un tutore (art. 343 c.c.) che ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra il patrimonio (art. 357 c.c.). Il giudice tutelare nomina anche un protutore (art. 346 c.c.), che rappresenta il minore nei casi in cui vi è conflitto di interessi con il tutore. Se il conflitto si estende anche al protutore, si nomina un curatore speciale (art. 360 c.c.). La tutela dei minori può essere affidata ad un ente di assistenza: l'amministrazione delega uno dei propri membri ad esercitare la funzione di tutela (art. 354 c.c.). In tal caso non si nomina il protutore (art. 355 c.c.): si ritiene quindi che di regola non sussista conflitto di interessi con il minore, considerata la funzione pubblica dell'ente.

Va infine ricordata una norma di chiusura attinente al profilo processuale: ai sensi dell'art. 78 c.p.c., e segg., se manca la persona cui spetta la rappresentanza (ad es. non vi sono i genitori, ma non si è ancora provveduto alla nomina di un tutore), può essere nominato un curatore speciale all'incapace; la nomina può essere richiesta dal P.M., ma pure dall'incapace, dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto di interessi, dal rappresentante legale.

Può dunque affermarsi che un curatore speciale viene di regola nominato quando non vi sia un rappresentante legale o sussista conflitto di interessi tra il minore e il rappresentante legale. Venendo alla L. n. 184 del 1983, sull'adozione dei minori, come riformata dalla L. n. 149 del 2001, va considerato l'art. 8, u.c., aggiunto dalla L. n. 149: il procedimento si svolge fin dall'inizio "con l'assistenza legale del minore, dei genitori e degli altri parenti" (che abbiano mantenuto un rapporto significativo con il minore). Ai sensi della L. n. 184, art. 10, commi 1 e 2, il Presidente del Tribunale per i Minorenni o un giudice da lui delegato provvede all'apertura del procedimento, avverte i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di uno d'ufficio, ove essi non vi provvedano. Come si vede, nessun riferimento contiene la norma alla posizione del minore.

La L. n. 184, art. 17, nella formulazione originaria, prevedeva la nomina di un curatore speciale del minore, all'atto della apertura del procedimento di opposizione al decreto di adottabilità; tale previsione non è stata mantenuta dalla L. 149 del 2001. L'unico riferimento al curatore speciale, contenuto nella disciplina vigente, si rinviene nella L. n. 184, artt. 15 e 16: la sentenza che pronuncia lo stato di adottabilità (o dichiara non luogo a provvedere) viene notificata, tra l'altro, al tutore e al curatore speciale del minore, "ove esistano". Va ancora ricordato che, ai sensi della L. n. 184, art. 10, comma 3, il tribunale può disporre in ogni momento, e fino all'affidamento preadottivo, ogni opportuno provvedimento provvisorio nell'interesse del minore, ivi comprese, tra l'altro, la sospensione della potestà dei genitori, nonché dell'esercizio dell'ufficio di tutore, e la nomina di un tutore provvisorio.

La previsione di cui alla L. n. 184, art. 8, u.c., che introduce l'"assistenza legale" del minore fin dall'inizio del procedimento, ha notevolissima rilevanza, ed assai significativamente è stata inserita proprio nella disposizione che costituisce nucleo fondamentale della normativa, con l'introduzione della nozione di abbandono. Essa acquista un'indubbia rilevanza generale, tale da incidere su natura e funzione dell'intera procedura: si realizza, fin dall'inizio, il principio del contraddittorio, ed esso si estende pure alla posizione del minore; se si considera che viene pure esclusa l'officiosità della procedura (art. 9) muta profondamente il carattere della procedura stessa, che dovrebbe considerarsi contenziosa (le parti private contro il P.M.),

seppur sui generis, fin dall'inizio (laddove, anteriormente alla riforma del 2001, solo il procedimento di opposizione al decreto di adottabilità presentava profili contenziosi).

È un punto di arrivo importante per un dibattito, assai vivace, che ha interessato in questi anni dottrina e giurisprudenza, sul ruolo dell'organo specializzato, spesso ad un tempo giudice e "difensore" dei diritti del minore e sui modi di una sua possibile "terzietà", nonché (altra questione strettamente legata alla prima) sulla opportunità della rappresentanza del minore stesso nei procedimenti che lo riguardano: dibattito reso ancor più attuale da alcuni interventi del legislatore (la novella dell'art. 111 Cost., sul giusto processo; la ratifica di convenzioni internazionali sui diritti - anche processuali - del minore).

Tuttavia la previsione di un'"assistenza legale" del minore, fin dall'inizio del procedimento, senza, come si è visto indicare modalità alcuna al riguardo (a differenza della posizione dei genitori o dei parenti), non significa affatto, come sostiene invece il giudice a quo, che debba nominarsi un difensore d'ufficio al minore stesso, all'atto della apertura del procedimento. Il minore è dunque parte a tutti gli effetti del procedimento, fin dall'inizio, ma, secondo le regole generali, e in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo del rappresentante, e questi sarà il rappresentante legale, ovvero, in mancanza o in caso di conflitto di interessi, un curatore speciale. Anche se una prassi diffusa conduce il giudice, all'atto di apertura della procedura (ai sensi della L. n. 184, art. 10, comma 3), a sospendere la potestà in capo ai genitori e a revocare una tutela già esistente, si tratta in ogni caso di provvedimento a carattere discrezionale (e infatti il giudice "può" assumere ogni opportuno provvedimento nell'interesse del minore, dettato dall'esigenza di contrastare eventuali comportamenti idonei a determinare o ad aggravare la situazione di abbandono). Dunque parrebbe potersi ipotizzare lo svolgimento di una procedura di adottabilità, senza sospensione della potestà genitoriale. In tal caso, il conflitto di interessi con il minore dovrebbe considerarsi in re ipsa: il procedimento trova infatti il suo presupposto proprio nell'inadempimento dei doveri genitoriali, ed è volto, seppur indirettamente, ove si accerti la sussistenza dell'abbandono, a sciogliere ogni legame del minore con la famiglia di origine, inserendolo in una nuova famiglia, quale figlio legittimo dei coniugi adottanti.

Potrebbe essere stata aperta, anteriormente all'instaurazione del procedimento, una tutela, in mancanza dei genitori o perché essi non erano in grado di esercitare la potestà. Trattandosi di parenti (non si deve dimenticare che se questi avessero accudito adeguatamente il minore, magari contrastando la posizione negativa dei genitori, mancherebbe il presupposto dell'abbandono e dell'apertura stessa della procedura di adottabilità), il conflitto di interessi potrebbe parimenti ravvisarsi, come per i genitori e per le medesime ragioni, in re ipsa. Rappresenterebbe allora il minore il protutore, e, nel caso che il conflitto di interessi si estendesse a lui, si nominerebbe un curatore speciale.

Tuttavia potrebbe essere stato nominato, pur anteriormente, un tutore "neutro", non coinvolto nei rapporti familiari (un professionista, avvocato, assistente sociale, ecc.), per il quale dunque, salvo accertamenti specifici, non sussisterebbe conflitto di interessi con il minore, e allora egli potrebbe rappresentare il minore stesso e nominare un difensore; se si trattasse di un avvocato, ai sensi dell'art. 86 c.p.c., potrebbe stare in giudizio personalmente, senza il patrocinio di altro difensore, in rappresentanza del minore. Ma, come è noto, assai più frequentemente, il giudice sospende la potestà genitoriale ovvero l'esercizio della tutela, e nomina un tutore provvisorio (dunque, senza la presenza di un pro-tutore). Alla luce della vigente normativa, riformata dalla L. n. 149, il tutore può essere nominato ad hoc nell'ambito della procedura per la dichiarazione di adottabilità, con il compito di rappresentare il minore. È vero che la sua funzione non si esaurisce nella rappresentanza nel procedimento, egli dovrà pure rapportarsi alla comunità in cui è collocato il minore, ovvero ai coniugi richiedenti cui il minore si è stato provvisoriamente affidato, e mantiene le sue funzioni, anche dopo la conclusione del procedimento di adottabilità, finché gli adottanti non diventino, a tutti gli effetti, genitori del minore. Ma è altrettanto vero che la rappresentanza nel procedimento costituisce il profilo di gran lunga più rilevante: il giudice nomina un tutore e lo sceglierà necessariamente tra soggetti privi di conflitto di interessi con il minore. Ancor di più, se nomina un ente territoriale: in tal caso, come si è visto, non è prevista la nomina di un protutore, perché si esclude anche potenzialmente un conflitto di interessi con il minore.

Non può quindi condividersi l'affermazione del giudice a quo per cui il tutore, anche se nominato nel corso del procedimento, quale ente territoriale, sarebbe, anche soltanto potenzialmente, sempre e comunque in conflitto di interessi con il minore.

Certo, in concreto, un conflitto potrebbe verificarsi: si pensi ad un Comune, la cui politica assistenziale

privilegi l'affidamento familiare, come alternativa all'adozione, e quindi sia tendenzialmente contrario alla dichiarazione di adottabilità. Ma si dovrebbero fornire indicazioni specifiche e concrete al riguardo. Ciò, pur sulla base dell'orientamento di questa Corte (Cass. N. 13507 del 2002) per cui la verifica del conflitto va fatta ex ante, e non a posteriori, in relazione agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa.

Nè può condividersi altra affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, circa la sussistenza di un conflitto (ancorché potenziale) sempre e comunque tra tutore e minore, in quanto, nella disciplina previgente, era obbligatoria la nomina di un curatore speciale, pur in presenza del tutore nel procedimento. Già il richiamo alla disciplina previgente, e non a quella attuale, indica l'erroneità dell'argomentazione. Come si è detto, nella disciplina anteriore, il principio del contraddittorio e l'assistenza del difensore operavano soltanto in quel particolare (ed eventuale) segmento del procedimento, costituito dal giudizio di opposizione al decreto di adottabilità. Il tutore provvisorio (quando ritenuto opportuno) veniva in genere nominato anteriormente, durante la procedura che conduceva alla dichiarazione di adottabilità: con l'emissione del decreto relativo, che veniva opposto, mutavano radicalmente la posizione del tutore ed i suoi poteri: ciò giustificava evidentemente la nomina di un curatore nel procedimento, nonostante la presenza del tutore. La riforma del 2001 non ha conservato la previsione di nomina di un curatore speciale, perché il procedimento è unico (ed è soppressa la fase di opposizione), e il tutore, se nominato, è investito fin dall'inizio della rappresentanza del minore.

Il tutore dunque sta in giudizio non in proprio, ma esclusivamente in quanto rappresentante del minore; in tale qualità, gli viene notificata la sentenza che dichiara l'adottabilità o il non luogo a provvedere, e, in tale qualità, egli è legittimato alla impugnazione L. n. 184, ex art. 15, e segg..

È appena il caso di precisare che il curatore speciale, ove sia comunque nominato (il tutore non provvede alla nomina di un difensore, e non esiste il protutore, ovvero sorge conflitto di interessi tra tutore e minore) non riveste necessariamente la qualità di difensore (anche se nella prassi prevalente, a fini di semplificazione, si nomina un curatore, rappresentante del minore che, quale difensore, possa stare in giudizio senza il ministero di altro difensore, ai sensi dell'art. 86 c.p.c.) e in tal caso provvedere alla nomina di un difensore.

Con riferimento alla fattispecie concreta, il giudice a quo ritiene di rafforzare la sua tesi circa la sussistenza di conflitto di interesse, ancorché potenziale, tra tutore e minore, precisando che "il difensore dei minori" è stato officiato dal Comune, come proprio legale, e non si è costituito in giudizio nell'interesse dei minori, ma in quello del Comune. Va ribadito il principio per cui il tutore (nella specie, il Comune) sta in giudizio esclusivamente quale rappresentante dei minori, e dunque il formale riferimento al (solo) Comune non potrebbe certo inficiare tale sua (esclusiva) qualità. Va comunque precisato che, come hanno sottolineato entrambi i ricorrenti, le delibere della giunta comunale di Uboldo, sia per il primo che per il secondo grado di giudizio, indicano specificatamente nell'oggetto "incarico legale in favore dei minori". Si deve altresì considerare, che il giudice a quo, come già indicato in parte narrativa, collega strettamente la previsione di cui alla L. n. 184, art. 8, u.c. (l'assistenza legale del minore fin dall'inizio del procedimento) al contenuto di vari documenti internazionali, e segnatamente alla convenzione di New York sui diritti del bambino del 1989, ratificata e resa esecutiva con L. n. 176 del 1991, e alla convenzione europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore, del 1996, ratificata e resa esecutiva con L. n. 77 del 2003; si giustificerebbe così la nomina di un "difensore del minore" da parte del giudice, un soggetto distinto rispetto al difensore, nominato dal tutore, e al curatore speciale. È indubbio che tali norme convenzionali siano entrate nel nostro diritto interno, che anzi, nell'ambito della gerarchia delle fonti, esse abbiano maggior forza rispetto alle leggi ordinarie che non dovrebbero prescindere, e che una norma ordinaria, di fronte alla possibilità di diverse interpretazioni, dovrebbe interpretarsi nel senso maggiormente conforme alla norma convenzionale. Tali principi sicuramente valgono anche per la convenzione di Strasburgo (nonostante il Governo italiano abbia limitato notevolmente la sua operatività, al momento del deposito degli strumenti di ratifica), che ha rafforzato il fondamento della Convenzione di New York: il minore è titolare dei diritti azionabili, attinenti specificatamente alla sua dignità di essere umano e allo sviluppo della personalità. Considerando peraltro la predetta convenzione di Strasburgo (quella di New York afferma la preminenza dell'interesse del minore nei procedimenti che lo riguardano e la necessità del suo ascolto), va evidenziata l'estrema cautela con cui sono formulate le sue disposizioni, dovendo le norme convenzionali, come spesso accade, indirizzarsi ad ordinamenti assai differenti, per tradizione, caratteri, organizzazione. Dunque la convenzione di Strasburgo, all'art. 4, si limita a prevedere il diritto del minore di chiedere, personalmente o

per il tramite di altre persone od organi, nelle procedure che lo riguardano, la designazione di un rappresentante speciale, ove il diritto interno privi chi ha la responsabilità genitoriale (e dunque, per il nostro diritto, i genitori, ma pure il tutore) della facoltà di rappresentare il fanciullo, per via di un conflitto di interessi (tutto ciò in piena aderenza al nostro ordinamento). È vero che il successivo art. 5 enuncia il diritto del minore di chiedere l'assistenza da parte di una persona appropriata, di sua scelta, per aiutarlo ad esprimere la sua opinione; di chiedere, personalmente o per il tramite di persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale, se del caso un avvocato;

di designare un suo rappresentante; di esercitare in tutto o in parte le prerogative di una parte, nei procedimenti che lo riguardano. Va peraltro precisato che le previsioni dell'art. 5 sono soltanto "raccomandate" ai legislatori nazionali (les parties examinent la possibilité...) e richiederebbero dunque una disciplina ad hoc nell'ordinamento interno.

Non contrasta con le indicazioni dell'art. 4 della convenzione la rappresentanza . legale del tutore che nomina un difensore al minore e, nel caso di conflitto di interessi, la nomina di un curatore speciale. Il "difensore" del minore, come indicato dal giudice a quo, il quale peraltro finisce per ammettere che dovrebbe pure essere il suo rappresentante speciale - e dunque ambiguamente parla di difensore, curatore dei minori -sarebbe forse astrattamente in linea con le indicazioni dell'art. 5 della convenzione, ma, come si è detto, in assenza - finora - di una normativa ad hoc, ne deriverebbero ulteriori contraddizioni: non avendo il minore capacità piena di rapportarsi al "suo" difensore, referente di questo non potrebbe che essere il giudice che l'ha nominato, il quale quindi diventerebbe in sostanza rappresentante di fatto del minore, in palese violazione dell'art. 111 Cost. e dei principi del giusto processo, che impongono la terzietà e l'imparzialità del giudice. Quanto finora osservato non esclude la rilevanza della posizione del minore, dei suoi intendimenti, delle sue aspirazioni nel procedimento di adottabilità. È prevista obbligatoriamente in vari momenti della procedura (e si tratta di uno dei profili più significativi, introdotti dalla L. n. 149 del 2001) l'audizione del minore che abbia compiuto gli anni dodici e pure di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento. Ma il minore, dotato del necessario discernimento, pure potrebbe chiedere la nomina di un rappresentante (tutore, curatore speciale) non ancora nominato, ovvero la nomina di un difensore, se il tutore o lo stesso curatore speciale che non rivesta la qualità di avvocato, non vi provvedano tempestivamente. Ciò in piena aderenza al nostro diritto (art. 78 c.p.c.) e alla convenzione di Strasburgo (art. 4).

Potrebbe chiedere il minore di essere sentito dal giudice o magari di conferire con il difensore, nominato dal tutore o dal curatore speciale. Nè va sottaciuto che il minore che abbia compiuto i quattordici anni, deve manifestare espresso consenso alla adozione, e potrebbe ben rifiutarlo, ove ritenesse di non essere stato adeguatamente rappresentato e difeso nel procedimento. Come si è detto, la Corte di merito, muovendo dalla considerazione che i minori non siano stati adeguatamente rappresentati e difesi in giudizio, ne trae la conseguenza che i minori stessi non siano divenuti parte del procedimento e che, essendo stati pretermessi dei litisconsorti necessari, la causa vada rimessa al primo giudice, ai sensi dell'art. 354 c.c.. Anche questa affermazione non può essere condivisa. Se infatti si ravvisasse sempre e comunque conflitto di interessi potenziale tra tutore e minore, più che pretermissione di litisconsorte necessario, si ravviserebbe difetto di rappresentanza che, se non sanata, condurrebbe ad una pronuncia di nullità in rito, ma non ad una rimessione al primo giudice.

Ancora, il giudice a quo non ha considerato gli effetti della "sanatoria", operata in grado di appello dal curatore dei minori (nominato dalla stessa Corte): questi, costituendosi, ha specificatamente richiesto di "escludere la sussistenza di vizi processuali", nonché "per il principio di conservazione degli atti e nel superiore interesse del minore" di "dichiarare valido a tutti gli effetti il giudizio", rassegnando conclusioni identiche a quelle del difensore nominato dal tutore. D'altra parte, sia che si consideri sussistente la pretermissione di un litisconsorte necessario, ovvero un difetto di rappresentanza, l'orientamento consolidato di questa Corte afferma la piena rilevanza in tali situazioni della "sanatoria", in applicazione dei principi di economia processuale e conservazione degli atti. Così, con riferimento alla prima ipotesi, ove il litisconsorte necessario pretermesso intervenga in appello ed accetti la causa nello stato in cui si trova, chiedendo che sia così decisa, e nessuna delle altre parti resti privata di facoltà processuali, non altrimenti pregiudicate, il giudice di appello non dovrà rimettere la causa al primo giudice (tra le altre, Cass. n. 697 del 1980; n. 4883 del 1983, n. 9781 del 1995; n. 16504/05; 7068/09).

Con riferimento alla seconda ipotesi, si precisa che il difetto di rappresentanza (che si converte in vizio di legittimazione processuale) può essere sanato (anche in appello), con efficacia retroattiva e con riguardo a tutti gli atti processuali già compiuti, per effetto della costituzione del soggetto, dotato dell'effettiva rappresentanza, il quale manifesti la volontà, anche tacita, di ratificare la precedente condotta difensiva (v. in particolare Cass. n. 2270 del 2006, relativa alla rappresentanza di un ente, e Cass. n. 23291 del 2004, attinente alla rappresentanza legale del genitore, nei confronti di un minore, nelle more processuali divenute maggiorenne).

Sulla base delle considerazioni suesposte, vanno accolti entrambi i ricorsi. La sentenza impugnata va conseguentemente cassata e la causa rinviata alla Corte di Appello di Milano, in diversa composizione, che deciderà adeguandosi ai principi sopra enunciati. Sussistono giusti motivi, considerate le novità introdotte dalla riforma della disciplina dell'adozione, per dichiarare compensate tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie entrambi i ricorsi; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte di Appello di Milano che deciderà in diversa composizione; dichiara compensate le spese del giudizio di legittimità; ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, in caso di diffusione, omettere le generalità e dati identificativi delle parti e dei minori.

Così deciso in Roma, il 21 ottobre 2009.

Depositato in Cancelleria il 17 febbraio 2010
