SEMINARIO DIDATTICO

IL DIRITTO VIVENTE TRA LEGGE E GIURISPRUDENZA

Raccolta di giurisprudenza

LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

Cass., 12 luglio 2016, n. 14188

In tema di contratti conclusi con la P.A., l'eventuale responsabilità di quest'ultima, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve qualificarsi come precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., ed è inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ex art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione sancito dall'art. 2946 c.c.

RITENUTO IN FATTO

1. Con atto di citazione notificato il 13 dicembre 2000, la Italia Service s.r.l. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Roma, il Ministero della Difesa, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, e la Scuola Allievi Carabinieri di Roma, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della mancata approvazione, ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, del contratto stipulato inter partes in data 1 febbraio 1993. Il Tribunale adito, con sentenza n. 31661/2004, depositata il 24 novembre 2004, rigettava la domanda, essendosi il credito estinto per prescrizione, ai sensi dell'art. 2947 c.c..
2. Avverso la decisione di prime cure proponeva appello l'Italia Service s.r.l. che veniva disatteso dalla Corte di Appello di Roma con sentenza n. 2683/2010, depositata il 21 giugno 2010, con la quale il giudice del gravame condivideva l'inquadramento, operato dal Tribunale, della fattispecie di responsabilità precontrattuale in esame derivante dalla mancanza di efficacia del contratti di appalto in questione, per mancato avveramento della condicio iuris rappresentata dall'approvazione da parte dell'autorità tutoria - nel modello della responsabilità di tipo aquiliano, e dichiarava, di conseguenza, prescritto, per decorso del termine quinquennale ex art. 2947 c.c., il diritto di credito azionato dall'appellante in giudizio.
3. Per la cassazione di tale sentenza ha proposto, quindi, ricorso la Italia Service s.r.l. nei confronti del Ministero della Difesa, del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, e della Scuola Allievi Carabinieri di Roma, affidato a quattro motivi illustrati con memoria ex art. 378 c.p.c..

4. Il resistente Ministero della Difesa ha replicato con controricorso.
Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Con il primo motivo di ricorso, la Italia Service s.r.l. denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1337, 1358, 1375, 2043, 2946 e 2947 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

1.1. Avrebbe errato la Corte di Appello, a parere della ricorrente, nel ritenere che la mancata approvazione, da parte dell'amministrazione appaltante e per causa alla medesima imputabile, del contratto di appalto di servizi stipulato tra le parti l'1 febbraio 1993, abbia determinato un'ipotetica responsabilità precontrattuale della p.a. assimilabile alla responsabilità extracontrattuale, con conseguente prescrizione quinquennale del diritto, ai sensi dell'art. 2947 c.c.. Sicchè, essendosi l'eventuale illecito della p.a. consumato, com'è assolutamente incontroverso tra le parti, 11 gennaio 1994 data, peraltro, assunta come dies a quo anche dal giudice di primo grado e recepita da quello di appello -, ed essendo l'unico atto interruttivo del termine suindicato rappresentato dalla citazione di primo grado, notificata il 13 dicembre 2000, il diritto al risarcimento del danno azionato in giudizio dalla Italia Service s.r.l. si sarebbe irrimediabilmente prescritto.

1.2. Osserva, per contro, la ricorrente che, costituendo l'approvazione del contratto ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 19 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, una condicio iuris sospensiva della mera efficacia di un contratto già concluso, la responsabilità dell'amministrazione appaltante, essendo ancorata alla violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, ai sensi degli artt. 1358 e 1375 c.c., avrebbe dovuto essere configurata dal giudice di appello come una responsabilità di tipo contrattuale, con conseguente applicazione della prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 c.c.. Tanto più che tra l'amministrazione ed il privato verrebbe ad instaurarsi, ad avviso dell'istante, un rapporto qualificabile, secondo un consistente indirizzo giurisprudenziale, come "contatto sociale qualificato", dal quale deriverebbero specifici obblighi di protezione della prima a favore del secondo. Di talchè, l'inadempimento di tali obblighi - non traducendosi in una lesione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia in virtù della condotta di un soggetto non legato ad essa da una precedente relazione giuridica, come avviene nella responsabilità aquiliana - darebbe luogo ad una responsabilità del tutto assimilabile a quella contrattuale. Con la conseguenza che, dovendo applicarsi alla fattispecie concreta l'ordinario termine decennale di prescrizione, ai sensi dell'art. 2946 c.c., il diritto azionato in giudizio dalla Italia Service s.r.l. non potrebbe considerarsi prescritto.

2. Il motivo è fondato.

3. Va anzitutto osservato che, in relazione ai contratti conclusi con la p.a., il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, che richiede un provvedimento espresso - adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge la cui esistenza non può, pertanto, desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'Amministrazione. Ne discende che, ai fini del perfezionamento di un effettivo vincolo contrattuale, è insufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.) (Cass. 10020/2015). L'eventuale

responsabilità della p.a. - ipotetica laddove si verta, come nel caso di specie, in tema di prescrizione potrebbe, di conseguenza, essere configurata soltanto come responsabilità precontrattuale (cfr.Cass. 3383/1981; 23393/2008; 11135/2009; 9636/2015), derivandone - laddove si acceda alla tesi tradizionale, secondo la quale tale tipo di responsabilità è inquadrabile nella responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., l'applicabilità del termine quinquennale di prescrizione del diritto azionato ai sensi dell'art. 2947 c.c. (in tal senso, Cass. 2705/1983;
4051/1990).
3.1. Ne deriva che, dovendo ritenersi, nella fattispecie concreta, insussistente, fino alla concessione dell'autorizzazione da parte dell'autorità tutoria, un effettivo vincolo negoziale, ai fini di accertare l'eventuale fondatezza della censura in esame - proposta dalla Italia Service s.r.l. sotto il profilo della riconducibilità della cd. culpa in contrahendo alla responsabilità di tipo contrattuale - è necessario affrontare il dibattuto problema concernente la ravvisabilità di una responsabilità contrattuale anche in assenza di un atto negoziale dal quale scaturiscano specifici obblighi di prestazione a carico delle parti, qualora tra le stesse venga comunque ad instaurarsi una relazione qualificabile come "contatto sociale qualificato". La risposta al quesito ha, in verità, costituito oggetto di una significativa evoluzione della giurisprudenza di questa Corte, in precedenza attestata sull'affermazione della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, ed ora, invece, significativamente, e pressochè uniformemente, orientata - in materie diverse e sia pure senza una consapevole visione di insieme - nella direzione del riconoscimento di una responsabilità di tipo contrattuale, anche in assenza di un formale vincolo negoziale tra le parti.
3.2. La tesi ha la sua genesi in concezioni ed elaborazioni risalenti al diritto romano, perpetuatesi nel corso dei secoli (si consideri che la figura del quasi - contratto, della quale si dirà, si è mantenuta, con qualche variante, nel diritto comune ed è stata recepita dal Codice Napoleone e dal nostro codice civile del 1865, per poi sparire solo nel codice del 1942), e - dipoi - riprese e perfezionate dai giuristi contemporanei europei, in special modo tedeschi ed anglosassoni, oltre che dalla stessa dottrina nazionale.
Quest'ultima, nella specifica materia della responsabilità precontrattuale e, più in generale, nella costruzione di una responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato" anche in settori diversi da quello del contratto, ha, invero, fornito un apporto essenziale, agevolando il formarsi, nella giurisprudenza di legittimità, di una linea evolutiva della responsabilità civile, orientata verso un favor - laddove vi sia un contatto tra le parti che genera obblighi di informazione e di protezione, anche se non ancora di prestazione - per la più incisiva forma di tutela rappresentata dalla responsabilità contrattuale.
4. Tanto premesso, va osservato che l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato, come dianzi detto, per lungo tempo ancorato alla tradizionale concezione della responsabilità precontrattuale come responsabilità di tipo aquiliano, riconducibile al disposto dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che la prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno, nonchè del dolo o della colpa del danneggiante, è a carico del danneggiato e che il termine di prescrizione del diritto azionato è quinquennale, ai sensi dell'art. 2947 c.c. (cfr., ex plurimis, Cass. 9157/1995; 15172/2003; 15040/2004; 16735/2011). L'affermazione appare per lo più ancorata alla bipartizione fondamentale delle fonti delle obbligazioni: da un lato le obbligazioni da atto lecito, ossia da contratto; dall'altro, le obbligazioni da fatto illecito, ossia da delitto. Ne è risultata pretermessa la terza, importante, fonte delle obbligazioni, rappresentata - ai sensi

dell'art. 1173 c.c. - da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico; il che non ha consentito di dare il giusto rilievo, sul piano giuridico", alla peculiarità di talune situazioni non inquadrabili nè nel torto nè nel contratto, e - tuttavia - singolarmente assimilabili più alla seconda fattispecie, che non alla prima.
5. L'ambiguità classificatoria ha radici lontane. Anche nella dottrina romana più antica la classificazione delle fonti delle obbligazioni si ridusse al dualismo tra obligationes ex contractu o ex maleficio ed obligationes ex delicto, laddove al contractus venne attribuito l'esclusivo significato di negozio giuridico bilaterale diretto a creare un vincolo obbligatorio finalizzato ad una prestazione, consistente della dazione di denaro o di una cosa. E ciò in conformità alla tradizionale (Gaio) definizione di obbligazione come "iuris vinculum", tutelato dall'ordinamento e diretto a costringere il debitore ("necessitate adstringimur") a dare alcunchè al creditore ("alicuius solvendae rei") a titolo di prestazione nascente, dapprima solo dal contratto, poi anche dal delitto. E tuttavia, la bipartizione non incontrò il favore della giurisprudenza, in special modo del praetor peregrinus, che si sforzò di configurare un'obbligazione da atto lecito, pure in assenza di un negozio bilaterale. Tale opzione ermeneutica trovò, infine, un coronamento nel Digesto giustinianeo, nel quale alle obbligazioni ex contractu ed a quelle ex delicto o ex maleficio, si affiancarono le obligationes "ex variis causarum figuris", che divennero, poi, nelle successive Istituzioni, obligationes "quasi ex contractu". Nella categoria del "quasi contractus " il diritto romano post-classico annoverò, dunque, quegli atti o fatti che avevano in comune il carattere negativo di non essere contratti in senso proprio, ma nei quali vi era comunque un contatto tra le parti che generava un'obbligazione in qualche modo assimilabile a quella contrattuale donde il nomen di "quasi contractus" - come nel caso dell'indebito, nel quale l'obbligo della restituzione scaturiva dal mero fatto del pagamento erroneamente eseguito, o della negotiorum gestio, scaturente da un'attività intrapresa allo scopo di fare cosa utile ad altri.
6. L'istituto proveniente dal mondo antico è rimasto in vita - come si è detto - per secoli, fino ai codici europei dell'800. Nelle successive elaborazioni dogmatiche, la provocazione dei giuristi romani a guardare al di là del contratto formale si è tradotta, in special modo nella dottrina tedesca degli anni '30 del secolo scorso nell'individuazione e concettualizzazione della relazione biunivoca che viene a porsi tra l'affidamento precontrattuale ed il rapporto obbligatorio, sebbene in assenza di un formale contratto e degli obblighi di prestazione che ne derivano. Fino al delinearsi, nella riflessione successiva, di un vero e proprio "rapporto obbligatorio senza obbligo di prestazione", qualificato dall'affidamento reciproco delle parti e, perciò, connotato da "obblighi di informazione e di protezione", costituenti un completamento ed un corollario dell'obbligo di "buona fede" che grava su ciascuna parte, laddove viene ad assumere una posizione di garanzia nei confronti dell'altra. Gli obblighi di attenzione di ciascuna parte nei confronti dell'altra, in quanto tali qualificanti la relazione tra le stesse - che assume, pertanto, la natura di un contatto "qualificato", poichè fondato sul reciproco affidamento -, vengono peraltro ad esistenza, secondo la dottrina tedesca, prima ed a prescindere dall'obbligo di prestazione, che scaturisce dal contratto. Ne deriva la costituzione di una relazione tra i futuri contraenti che sta in mezzo al contratto ed al torto, denominata (OMISSIS), categoria che qualifica le situazioni tra soggetti non aventi fonte in un contratto ((OMISSIS)), ma allo stesso tempo, in quanto costituenti rapporti che creano obblighi, aliene dalla riduzione extracontrattuale. Con la conseguenza che l'insorgenza di un'eventuale

responsabilità a carico di una delle parti non potrà che rivestire la natura di responsabilità di tipo contrattuale.
7. Ma all'evoluzione del concetto di responsabilità contrattuale non è estraneo neppure il mondo anglosassone, nel quale si è assistito al progressivo distacco - nelle elaborazioni del Common law - del contract dal tronco unitario ed originario dei torts, fino a divenire una figura di riferimento prevalente, nell'ambito della responsabilità civile, rispetto a quella dei torts. Non è, difatti, il primo a confluire in questi ultimi, assistendosi - ben al contrario - alla configurazione in termini di responsabilità contrattuale di vicende (cd. special relationships) nelle quali la responsabilità medesima trae origine da un rapporto non costituito mediante contratto, ma che, nondimeno, genera un affidamento di ciascuna parte nell'altra ed un correlato, reciproco, obbligo di buona fede.
8. La dottrina italiana si è posta consapevolmente sulla stessa scia, fin dai primi anni '90 del secolo scorso, prefigurando una forma di responsabilità che si colloca "ai confini tra contratto e torto", in quanto radicata in un "contatto sociale" tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è "qualificato" dall'obbligo di "buona fede" e dai correlati "obblighi di informazione e di protezione", del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c.. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poichè ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall'art. 1173 c.c.. Si osserva, al riguardo, che la teoria degli obblighi di protezione - la cui violazione dà luogo ad une responsabilità di tipo contrattuale ha un preciso fondamento dogmatico nelle norme che costruiscono il rapporto obbligatorio come un "rapporto complesso", le cui finalità di tutela non si riducono al solo interesse alla prestazione, definito dall'art. 1174 c.c., ma che ricomprendono anche l'interesse di protezione, preso in considerazione dalla norma successiva di cui all'art. 1175 c.c.. Nella teoria del rapporto obbligatorio - come rielaborata dalla dottrina italiana prevalente - viene messo in luce, dunque, come il proprium della responsabilità contrattuale non sia più costituito dalla violazione di una pretesa di adempimento, bensì dalla lesione arrecata ad una relazione qualificata tra soggetti, in quanto tale sottoposta dall'ordinamento alla più pregnante ed efficace forma di responsabilità, rispetto a quella aquiliana, rappresentata dalla responsabilità di tipo contrattuale (prescrizione decennale, inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato, maggiore estensione del danno risarcibile, stante l'applicabilità solo a quest'ultima del disposto di cui all'art. 1225 c.c.).
9. Ebbene, deve ritenersi che l'impostazione dogmatica suesposta abbia costituito una sorta di vero e proprio percorso euristico che la giurisprudenza di legittimità ha seguito, nella quasi totalità delle decisioni in materia, dandosi in tal modo luogo - come dianzi detto - ad una vera e propria evoluzione giurisprudenziale, connotata dalla piena condivisione delle elaborazioni dottrinali in tema di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato", ormai pressochè assestata e stabile nella giurisprudenza di questa Corte. Il che è in special modo evidenziato dal recepimento della categoria - come si vedrà- anche da parte di talune importanti decisioni delle Sezioni Unite, emesse con riferimento a fattispecie diverse.

9.1. In tema di incidenti scolastici, invero, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante, per il danno cagionato dall'alunno a se stesso, è stata configurata come responsabilità, non extracontrattuale, bensì contrattuale, fondata, per il primo, sul vincolo negoziale che si determina per effetto dell'accoglimento, da parte della scuola, della domanda di iscrizione dell'aspirante alunno, per il secondo, sul "contatto sociale" che si instaura tra precettore ed allievo. Tra tali soggetti viene, difatti, in essere un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona. Ne discende l'applicabilità, in subiecta materia, delle norme sull'onere della prova e sulla prescrizione, dettate dagli artt. 1218 e 2946 c.c. (cfr. ex plurimis, Cass. S.U. 9346/2002; Cass. 8397/2003; 24456/2005; 5067/2010; 2559/2011; 2413/2014; 3695/2016).

9.2. Del pari, in tema di responsabilità del sanitario, questa Corte ha affermato che il rapporto che si instaura tra paziente e casa di cura (o ente ospedaliero) ha la sua fonte in un atipico contratto a prestazioni corrispettive con effetti protettivi nei confronti del terzo, da cui, a fronte dell'obbligazione al pagamento del corrispettivo (che ben può essere adempiuta dal paziente, dall'assicuratore, dal servizio sanitario nazionale o da altro ente), insorgono a carico della casa di cura (o dell'ente), accanto a quelli di tipo "latu sensu" alberghieri, obblighi di messa a disposizioni del personale medico ausiliario, del personale paramedico e dell'apprestamento di tutte le attrezzature necessarie, anche in vista di eventuali complicazioni od emergenze (Cass. 13953/2007; 18610/2015). Nei confronti del medico dipendente, invece, la responsabilità, ove non tragga origine da un contratto di prestazione d'opera professionale (qualora sia lo stesso paziente a rivolgersi ad un determinato professionista), viene a radicarsi in un "contatto sociale qualificato", che si instaura per effetto della "presa in carico" del paziente da parte del sanitario operante presso la casa di cura o l'ente ospedaliero, e dal quale scaturiscono obblighi di protezione che comportano, in caso di loro violazione, una responsabilità di tipo contrattuale del sanitario, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ. (cfr. Cass. S.U. 577/2008; Cass. 1538/2010; 20904/2013; 27855/2013; 20547/2014; 21177/2015).

9.3. Nella specifica materia della responsabilità della banca negoziatrice per avere consentito, in violazione delle specifiche regole poste dall'art. 43 legge assegni (R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736), l'incasso di un assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità, a persona diversa dal beneficiario del titolo, le Sezioni Unite di questa Corte hanno, poi, affermato che la responsabilità dell'istituto di credito - nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse quelle regole sono dettate e che, per la violazione di esse, abbiano sofferto un danno - ha natura contrattuale e non aquiliana. La banca ha, difatti, un "obbligo professionale di protezione (obbligo preesistente, specifico e volontariamente assunto)", operante nei confronti di tutti i soggetti interessati al buon fine della sottostante operazione, di far sì che il titolo stesso sia introdotto nel circuito di pagamento bancario in conformità alle regole che ne presidiano la circolazione e l'incasso. Ne deriva che l'azione di risarcimento proposta dal danneggiato è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, stabilito dall'art. 2946 cod. civ. (Cass. S.U. 14712/2007; in senso conforme, cfr. Cass. 7618/2010; 10534/2015).

9.4. Importanti affermazioni in tema di responsabilità da contatto sociale qualificato si ritrovano, infine, nella giurisprudenza, sia dei giudici ordinari che di quelli amministrativi,

concernente la violazioni degli obblighi procedimentali assunti dall'amministrazione nei confronti dei privati, in conseguenza dell'instaurazione di un procedimento amministrativo.
9.4.1. Ed invero, questa Corte ha, in proposito, da tempo affermato che, a seguito dell'entrata in vigore della L. n. 241 del 1990, e della conseguente nuova concezione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione, la responsabilità di quest'ultima per la lesione degli interessi procedimentali del privato si radica - a differenza di quanto deve ritenersi per il periodo precedente - nella violazione dei canoni contrattuali di correttezza e di buona fede (Cass. 157/2003). Sicchè, nella vigenza della legge succitata, deve distinguersi tra la lesione dell'interesse oppositivo o pretensivo, o anche della mera integrità patrimoniale del cittadino (quando l'interesse sia soddisfatto, seppure in modo illegittimo), dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio (silenzio inadempimento o rifiuto) dell'attività amministrativa, talchè risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della p.a., l'interesse al bene della vita al quale la suddetta posizione soggettiva del privato si correla, che dà luogo a responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (cfr. la fondamentale Cass. S.U. 500/1999; conf., da ultimo, Cass. 23170/2014; 11794/2015; S.U. 17586/2015), dal danno derivante dalla violazione delle regole procedimentali dell'attività amministrativa medesima. La lesione di tali regole, giacchè riconducibile all'inadempimento del rapporto che si instaura in relazione all'obbligo imposto dalla normativa che regola il comportamento della p.a., assume, invero, un carattere del tutto autonomo rispetto al pregiudizio costituito dalla perdita sostanziale del bene della vita al quale il privato aspira, ed è, pertanto, inquadrabile - stante il contatto qualificato che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento - nella fattispecie della responsabilità di tipo contrattuale ex art. 1218 cod. civ. (Cass. 24382/2010).
9.4.2. Nella medesima prospettiva si è posta, peraltro, la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale il danno da illecito provvedimentale, ossia da provvedimento o comportamento (silenzio) illegittimo della p.a., che abbia leso un interesse legittimo del privato con incidenza sul bene della vita finale, rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c., giacchè, con la domanda di ristoro del danno subito, il cittadino non si duole dell'ottemperanza ad uno o più obblighi gravanti a carico della p.a., bensì dello scorretto esercizio del potere amministrativo (cfr., ex plurimis, C. St. n. 1833/2013; 6450/2014; 675/2015; 284/2016). Per converso, la relazione che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo è ricostruibile in termini di "contatto sociale qualificato", sicchè i comportamenti positivi o negativi della p.a., parametrati sulle regole che governano il procedimento in questione, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mediante l'intermediazione del procedimento stesso. Ne deriva che il diritto al risarcimento dell'eventuale danno subito dal cittadino presenta, nella fattispecie in parola, una fisionomia sui generis, non riconducibile al mero modello aquiliano ex art. 2043 c.c., essendo connotata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente applicabilità delle norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti la prescrizione del diritto, l'onere della prova e l'area del danno risarcibile (cfr., ex plurimis, C. St. 4461/2005; 1467/2010; 6421/2014).
10. Orbene, la disamina che precede evidenzia che le affermazioni giurisprudenziali in ordine ad una responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato" muovono - nelle più diverse materie dalla considerazione di situazioni nelle quali, per effetto del rapporto che si è

venuto a creare tra le parti e del conseguente affidamento che ciascuna di esse ripone nella buona fede, nella correttezza e nella professionalità dell'altra, si generano tra le stesse obblighi di protezione che precedono e si aggiungono agli obblighi di prestazione scaturenti dal contratto. Ma è proprio nella specifica materia contrattuale, della quale si controverte in questa sede, che alcune pronunce delle Sezioni Unite hanno disegnato, in modo particolarmente incisivo, i tratti essenziali di una responsabilità contrattuale non fondata su di un atto negoziale, bensì su una relazione di vita produttiva di obblighi la cui violazione è assimilabile a quella arrecata agli obblighi scaturenti dal contratto. Si è, invero, affermato - al riguardo - che rientrano nelle controversie di natura contrattuale, non solo quelle riguardanti il mancato adempimento di un obbligo di prestazione di fonte negoziale, della cui natura contrattuale non è possibile dubitare, ma anche le controversie nelle quali l'attore alleghi l'esistenza di una regola di condotta legata ad una "relazione liberamente assunta tra lui e l'altra parte" e ne lamenti la violazione da parte di quest'ultima (Cass. S.U. 24906/2011).
Ed inoltre - nell'affermare la validità del cd. preliminare di preliminare, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto - le Sezioni Unite hanno osservato che, in relazione alle "puntuazioni" che, pur non dando luogo ad un vero e proprio contratto preliminare sono, tuttavia, vincolanti in relazione ai profili sui quali si è raggiunto un accordo irrevocabile, "la violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, dà luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c., cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico" (Cass. S.U. 4628/2015).
11. Nello stesso ordine di idee, si colloca, peraltro, anche una decisione della Corte di Giustizia, in materia di determinazione delle competenze giurisdizionali ex art. 5, punto 1, della Convenzione del 27 settembre 1968, nella quale si afferma, a chiare lettere, che costituisce materia contrattuale ogni relazione giuridicamente rilevante tra due parti, ossia un "obbligo liberamente assunto" da una parte nei confronti dell'altra, pure in assenza di un formale atto negoziale (C. Giust., 17/6/1992, C- 261/91, Handte).
12. Alla stregua delle riflessioni che precedono e della diffusività ormai assunta dalla teorica della responsabilità da "contatto sociale qualificato", non può revocarsi in dubbio che l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, in tema di responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c., debba essere rimeditato.
12.1. Le considerazioni svolte dalla dottrina e recepite dalla massima parte della giurisprudenza hanno, invero, evidenziato che l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi "culpa in contrahendo" solo di nome, non è più la colpa, bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti. Ne discende che la responsabilità per il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fece, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del neminem laedere, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale. Certo, può obiettarsi - ed una parte minoritaria della dottrina lo ha fatto - che anche l'investimento di un pedone, uno scontro tra veicoli, un atto violento che produca una lesione, danno vita ad un contatto sociale, possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale, meno gravosa per il danneggiante. Ma

l'obiezione, incentrandosi sulla considerazione del contatto sociale semplice, non coglie il proprium della responsabilità in parola, nella quale il contatto sociale tra sfere giuridiche diverse deve essere "qualificato", ossia connotato da uno "scopo" che, per il suo tramite, le parti intendano perseguire.
In virtù di tale relazione qualificata, una persona - al fine di conseguire un obiettivo determinato (stipulare un contratto non svantaggioso, evitare eventi pregiudizievoli alla persona o al patrimonio, assicurarsi il corretto esercizio dell'azione amministrativa) - affida i propri beni della vita alla correttezza, all'influenza ed alla professionalità di un'altra persona. Per il che non si verte - com'è del tutto evidente - in un'ipotesi di mero contatto sociale, bensì di un contatto sociale pregnante che diventa fonte di responsabilità - concretando un fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. - in virtù di un affidamento reciproco delle parti e della conseguente insorgenza di specifici, e reciproci, obblighi di buona fede, di protezione e di informazione.
12.2. L'esserci una struttura obbligatoria, vicenda tipica dell'obbligazione senza prestazione, segna, dunque, la differenza con la responsabilità aquiliana, alla base della quale non vi è alcun obbligo specifico, costituendo anche il generico dovere di "alterum non laedere" niente altro che la proiezione - insita nel concetto stesso di responsabilità - sul danneggiante del diritto del danneggiato all'integrità della propria sfera giuridica, al di fuori di un preesistente rapporto con il primo, atteso che, senza il rispetto da parte di chiunque altro dal titolare, il diritto in questione non sarebbe tale.
Il "non rapporto" caratterizza, pertanto, la responsabilità civile aquiliana, nella quale la rilevanza giuridica del contatto semplice tra soggetti viene alla luce solo nel momento della lesione, generando l'obbligo del risarcimento, laddove nella relazione da "contatto sociale qualificato" sussiste un rapporto connotato da obblighi già a monte della lesione, ancorchè non si tratti di obblighi di prestazione (art. 1174 c.c.), bensì di obblighi di protezione correlati all'obbligo di buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.).
13. Certamente significative in tal senso si rivelano le decisioni nelle quali questa Corte ha affermato che il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. Ne discende che la violazione di tale principio "costituisce di per sè inadempimento" e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato a titolo di responsabilità contrattuale (cfr., tra le tante, Cass. 21250/2008; 1618/2009; 22819/2010). Nella medesima prospettiva - ad evidenziare ulteriormente come la responsabilità di tipo contrattuale possa essere, in concreto, ancorata, oltre che alla violazione di obblighi di prestazione, anche alla violazione di doveri di protezione, che vengono in rilievo prima ed a prescindere dagli altri - questa Corte ha, altresì, statuito che la violazione della clausola generale di buona fede e correttezza, di cui agli artt. 1175 e1375 c.c., può assumere rilevanza, ai fini della risoluzione del rapporto per inadempimento, qualora, incidendo sulla condotta sostanziale che le parti sono obbligate a tenere per preservare il reciproco interesse all'esatto adempimento delle rispettive prestazioni, pregiudichi gli effetti economici e giuridici del contratto (Cass. 11437/2002).
14. Ebbene, il significativo ampliamento dell'area di applicazione della responsabilità contrattuale che ne è derivato è certamente frutto di un' evoluzione nel modo di intendere la

responsabilità civile che dottrina e giurisprudenza hanno operato, nella prospettiva di assicurare a coloro che instaurano con altri soggetti relazioni significative e rilevanti, poichè involgenti i loro beni ed interessi - sempre più numerose e diffuse nell'evolversi della società, dei bisogni e delle esigenze dei cittadini -, una tutela più incisiva ed efficace rispetto a quella garantita dalla responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.. Quest'ultima resta, pertanto, limitata al solo ambito nel quale si riscontrino lesioni ab extrinseco a beni o interessi altrui, al di fuori di qualsiasi rapporto preesistente che si ponga come fonte di obblighi di vario genere (di prestazione e/o di protezione), tali da radicare una responsabilità di tipo contrattuale.

15. Non mancano, tuttavia, specifiche statuizioni di questa Corte proprio nel senso della configurabilità - che qui più interessa - della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato".

15.1. Con riferimento alla fattispecie concernente l'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto, divenuto inefficace e "tamquam non esset" per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, questa Corte ha, difatti, affermato che siffatta evenienza espone la p.a. al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario. Tale responsabilità - si è osservato - non è, peraltro, qualificabile nè come aquiliana, nè come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poichè consegue al "contatto qualificato" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza, per avere l'amministrazione indetto la gara e dato esecuzione ad un'aggiudicazione apparentemente legittima, in tal modo provocando la lesione dell'interesse del privato, assimilabile a un diritto soggettivo avente ad oggetto l'affidamento incolpevole nella regolarità e legittimità dell'aggiudicazione. (Cass. 24438/2011).

15.2. Sempre con riferimento alla responsabilità precontrattuale, si è, dipoi, ancora più puntualmente osservato che la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito nella fese che precede la stipula del contratto, non è tenuta a provare l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito (dolo o colpa), versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui la responsabilità precontrattuale costituisce "una figura normativamente qualificata" - in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 cod. civ. (Cass. 27648/2011). La decisione si pone, pertanto, perfettamente in linea con la vista impostazione dottrinale che considera la struttura della "culpa in contrahendo" come fondata, non più sulla colpa, bensì sulla violazione della buona fede nelle trattative, ed il "contatto sociale qualificato" come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c.. La medesima sentenza si fa, peraltro, carico di specificare che colui che agisca in giudizio a titolo di responsabilità precontrattuale deve, per contro, allegare, e occorrendo dimostrare, il danno e l'avvenuta lesione della sua buona fede, in una prospettiva di bilanciamento dei diritti delle parti coinvolte nella vicenda precontrattuale.

16. I principi affermati nelle due ultime decisioni suesposte - del resto conformi alle citate statuizioni rese dalla giurisprudenza di legittimità in materie diverse dal contratto, ed alle persuasive elaborazioni teoriche della dottrina nazionale ed europea - a giudizio della Corte, sono pienamente convincenti e vanno, pertanto condivisi. Ne discende - con riferimento al caso concreto - che, vertendosi in ipotesi di responsabilità di tipo contrattuale, deve applicarsi alla fattispecie concreta il termine decennale di prescrizione, ai sensi dell'art. 2946 c.c., con la conseguenza che essendosi l'eventuale illecito della p.a. consumato, com'è assolutamente incontroverso tra le parti, l'1 gennaio 1994, ed essendo il stato il termine suindicato interrotto

per effetto della citazione di primo grado, notificata il 13 dicembre 2000, il diritto al risarcimento del danno azionato in giudizio dalla Italia Service s.r.l. - contrariamente all'assunto del giudice di appello - non può ritenersi prescritto.
17. Il primo motivo di ricorso deve, pertanto, essere accolto.
18. Restano assorbiti gli altri tre motivi, con i quali la ricorrente censura statuizioni della decisione di appello (sulla ritenuta impossibilità per il giudice ordinario di disapplicare il provvedimento di diniego di approvazione del contratto, e sulla non censurabilità della scelta discrezionale dell'amministrazione di non consentire l'esecuzione immediata del contratto nelle more dell'approvazione, R.D. n. 263 del 1928, ex art. 28), rese solo ad abundantiam dalla Corte di merito, come riconosciuto dalla stessa Italia Service s.r.l. (p. 29 del ricorso), e che, comunque, ben possono essere riproposte al giudice di rinvio.
19. L'accoglimento del primo motivo di ricorso comporta, invero, la cassazione dell'impugnata sentenza, con rinvio alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione, che dovrà procedere a nuovo esame della controversia facendo applicazione dei seguenti principi di diritto: "nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 19, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'amministrazione, sicchè, ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, pur se formalmente esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.); l'eventuale responsabilità dell'amministrazione, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve essere, di conseguenza, configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.".
20. Il giudice di rinvio provvederà, altresì, alla liquidazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

PQM

La Corte Suprema di Cassazione;
accoglie il primo motivo ricorso, assorbiti gli altri; cassa l'impugnata sentenza in relazione al motivo accolto, con rinvio alla Corte di Appello di Roma in diversa composizione, che provvederà anche alla liquidazione delle spese del presente giudizio.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 8 giugno 2016.
Depositato in Cancelleria il 12 luglio 2016

CONCAUSE NATURALI E RESPONSABILITA' PROPORZIONALE?

Cass., 29 febbraio 2016, n. 3893

In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, ove si individui in un pregresso stato morboso del paziente/danneggiato (o, come nella specie, in una sua peculiare condizione genetica, qual è la "sindrome di Down") un antecedente privo di interdipendenza funzionale con l'accertata condotta colposa del sanitario, ma dotato di efficacia concausale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica riscontrata, allo stesso non può attribuirsi rilievo sul piano della ricostruzione del nesso di causalità tra detta condotta e l'evento dannoso, appartenendo ad una serie causale del tutto autonoma rispetto a quella in cui si inserisce il contegno del sanitario, bensì unicamente sul piano della determinazione equitativa del danno, potendosi così pervenire - sulla base di una valutazione da effettuarsi, in difetto di qualsiasi automatismo riduttivo, con ragionevole e prudente apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto - solamente ad una delimitazione del "quantum" del risarcimento.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 29/3/2012 la Corte d'Appello di Genova, rigettato quello in via principale spiegato dalla società Carige Assicurazioni s.p.a., in parziale accoglimento del gravame interposto in via incidentale dall'Ospedale Evangelico Internazionale e dal sig. V.G. e in conseguente riforma della pronunzia Trib. Genova n. 2396 del 2007, ha rideterminato in diminuzione la somma liquidata dal giudice di prime cure a titolo di danno patrimoniale subito dal minore C.E. in conseguenza del danno neurologico da grave asfissia e permanente invalidità totale a quest'ultimo cagionata dalla negligente condotta del medico V. nella gestione del travaglio e nel corso delle operazioni di parto.

Ha in particolare determinato in via equitativa l'ammontare del danno patrimoniale da invalidità lavorativa specifica futura ponendo a base di calcolo il criterio del "triplo della pensione sociale" in luogo di quello del "reddito nazionale medio" preso a base di riferimento dal giudice di prime cure, ravvisando quest'ultimo come "non corretto" parametro di determinazione della presumibile capacità reddituale di C.E., in quanto "cause preesistenti alla invalidità cagionata dal personale responsabile avrebbero, presumibilmente, comunque impedito il raggiungimento di un livello reddituale medio", sicchè "stante la sua situazione di invalidità precedente la negligenza attribuita al personale medico operante... avrebbe potuto attingere un reddito medio statisticamente ottenuto comparando posizioni reddituali diverse, le quali hanno però quale naturale presupposto l'assenza di invalidità, che di per se stessa comporta una capacità reddituale inferiore alla media". E ha quindi "dimidiato" il suddetto ammontare, "in quanto l'invalidità grave attribuita al personale operante è cagione solo per metà della impotenza reddituale del danneggiato".

Avverso la suindicata pronunzia della corte di merito i sigg. P. S. e C.C., in proprio e nella qualità di legali rappresentanti del suindicato figlio E., propongono ora ricorso per cassazione, affidato ad unico complesso motivo, illustrato da memoria.

Resiste con controricorso la società Carige Assicurazioni s.p.a..

Resistono altresì, con altro controricorso, l'Ospedale Evangelico Internazionale e il Vincelli, che hanno presentato anche memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con unico complesso motivo i ricorrenti denunziano violazione degli artt. 1223 e 1227 c.c., artt. 40 e 41 c.p., L. n. 68 del 1999, art. 10, art. 3 Cost., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3;
nonchè "omessa, insufficiente e contraddittoria" motivazione su punto decisivo della controversia, in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.
Si dolgono che la corte di merito abbia erroneamente, nonchè con motivazione contraddittoria e illogica, ridotto del 50% l'ammontare liquidato dal giudice di prime cure a titolo di "danno patrimoniale da incapacità lavorativa specifica futura del piccolo E.", a tale stregua "creando... nei confronti di quest'ultimo una disparità di trattamento retributivo", in ragione della sua condizione di disabilità.
Lamentano che ai fini della quantificazione di tale danno la corte di merito, "sulla base di una illogica asserzione, peraltro contraddittoria e non motivata, della condizione di disabile dello stesso" ha erroneamente utilizzato il criterio del triplo della pensione sociale, essendo quest'ultimo più penalizzante di quello del reddito nazionale medio per l'anno 2007 cui aveva fatto ricorso il giudice di prime cure, nè potendo essere utilizzato per pervenire a dimezzare "l'importo liquidato dal primo giudice solo ed esclusivamente sul presupposto che E. senza la patologia conseguente alla condotta umana sarebbe stato comunque affetto dalla sindrome congenita", venendosi altrimenti a creare "una discriminazione nella posizione retributiva di E. in quanto "disabile" rispetto ai soggetti invece "abili"".
Il motivo è fondato e va accolto nei termini di seguito indicati.
E' rimasto nel caso accertato che C.E. è nato con invalidità permanente al 100% all'esito di parto avvenuto presso l'Ospedale Evangelico Internazionale.
Tale invalidità è stata dai giudici di merito ascritta alla "non corretta gestione del travaglio" da parte del ginecologo dr. V., che ha determinato un'ipossia al neonato.
L'ammontare del danno conseguentemente liquidato in favore del predetto minore a titolo, in particolare, di incapacità lavorativa specifica futura dal giudice di prime cure è stato successivamente dimezzato dalla corte di merito nell'impugnata sentenza.
Il giudice dell'appello ha al riguardo argomentato dal rilievo che, pur essendo stata dal tribunale esclusa la responsabilità del ginecologo dr. A.M. in relazione all'insorta sindrome di Down con pronunzia sul punto non impugnata dai sigg. P.S. e C.C., in proprio e nella qualità di genitori esercenti la potestà sul predetto E., che pure (anche) del medesimo avevano originariamente domandato la condanna al risarcimento dei danni rispettivamente lamentati in conseguenza delle asseritamente erronee diagnosi effettuate nel corso della gravidanza e per la mancata effettuazione dell'amniocentesi, ciononostante "nel caso di specie C.E. ha subito una invalidità permanente del 100% grazie al concorrere di due cause": oltre a quella "umana", consistente come detto nella "non corretta gestione del travaglio" e nella "conseguente ipossia", quella "attribuibile solo a fattori naturali, senza il concorso della causalità umana: la sindrome di Down", che "preesisteva alla causa di origine umana".
Nell'affermare che pure l'effetto invalidante derivante da tale sindrome pertanto "preesisteva all'effetto invalidante da ipossia", sottolineando come non possa "concepirsi un effetto che preesista ad una causa", la corte di merito ha posto in rilievo che "alla responsabilità causalmente efficiente del personale operante durante il travaglio si è aggiunta la causa concorrente della sindrome di Down, non ascrivibile ad alcuna responsabilità umana".
La corte di merito ha qualificato tale sindrome in termini di "concausa", in quanto "ci si chiede perchè mai il personale medico operante nella fase del parto debba vedere diminuito il

proprio grado di responsabilità solo ove la sindrome suddetta possa essere causalmente, e giuridicamente, imputata alla condotta di altro personale medico (o di altro soggetto in genere), e non anche, come nel caso di specie, in cui tale sindrome non fosse oggettivamente prognosticabile e, pertanto, nessuno ne abbia a rispondere".

Nell'ulteriormente porre in rilievo come sia "normativamente previsto (art. 1227 c.c. e art. 2055 c.c., comma 2)... che ciascuno deve rispondere in proporzione a ciò che a lui è effettivamente e causalmente imputabile, secondo un elementare principio di diritto", atteso che "il richiamo alla gravità delle colpe è da intendersi, in realtà, come riferimento al diverso grado di incidenza causale della condotta umana imputabile", il giudice dell'appello ha ritenuto non esservi "ragione, nè logica, nè giuridica, alcuna per ritenere irrilevante il contributo causale non ascrivibile ad altri", in quanto si giungerebbe altrimenti "alla conseguenza assurda di ritenere responsabile dell'intero danno anche l'autore della condotta cui è riconducibile solo una parte del danno stesso, sol perchè l'altra parte non è riconducibile ad alcuno, e di fare del (co)danneggiante una specie di "capro espiatorio" dell'impossibilità di ascrivere ad altri la parte di danno che egli non ha cagionato".

Facendo espressamente richiamo al precedente di questa Corte costituito dalla sentenza n. 975 del 2009, al fine di "evitare che il personale operante possa essere chiamato a rispondere di danni derivanti da causa preesistente e indipendente il suo operato" ha ritenuto quindi necessario "scorporare dal 100% di invalidità permanente... quella porzione imputabile solo alla concausa naturale della sindrome di Down".

Rilevato che "tale porzione è stata determinata dalla sentenza impugnata nella misura percentuale del 50%, restando così imputata al personale medico operante la residua percentuale del 50%"; e nell'escludere la possibilità (invocata dagli allora appellanti Ospedale Evangelico Internazionale, V. e Carige s.p.a.) di attribuire decisivo rilievo al D.M. 5/2/1992 nella parte in cui indica che "la percentuale minima di invalidità da cui è menomata la persona affetta da sindrome di Down è pari al 75%", la corte di merito è pervenuta quindi ad affermare che "in mancanza di indicazioni specifiche che possano orientare verso il riconoscimento tranquillante di una maggiore efficacia causale dell'una sindrome (Down) sull'altra causa di invalidità (ipossia da travaglio)" debba nella specie trovare applicazione "il principio generale dell'eguaglianza delle concause espresso dall'art. 2055 c.c., comma 3", sottolineando che "il riconoscimento di una minore efficienza causale alla sindrome di Down rispetto a quanto indicativamente previsto dal d.m. 5.2.1992, dipende anche dal riconoscimento di una maggiore possibilità di integrazione, grazie anche ai progressi della medicina, alle persone affette da tale malattia, rispetto a quanto avveniva in passato e dalla maggiore longevità della quale essi possono godere in oggi, rispetto a quella tipicamente ridotta, sulla quale, in passato, potevano riporre aspettativa".

Ha quindi rideterminato in diminuzione l'ammontare del danno patrimoniale liquidato dal giudice di prime cure a titolo di incapacità lavorativa specifica futura, ritenendo di dover al riguardo adottare il criterio del "triplo della pensione sociale" in luogo di quello del "reddito nazionale medio" per l'anno 2007, e ha quindi ulteriormente dimidiato l'importo così determinato in ragione della proporzione causale ascrivibile al V., in quanto "l'invalidità grave attribuita al personale operante è cagione solo per metà della impotenza reddituale del danneggiato".

I suindicati assunti della corte di merito sono sotto plurimi profili non condivisibili.

Nel determinare il danno risarcibile mediante valutazione equitativa del danno correlata alla frazione del nesso di causalità (50%) ascritto all'evento naturalistico non imputabile a condotta umana del pregresso stato patologico (sindrome di Down) affettante il feto già anteriormente all'accertata condotta colposa mantenuta dal V. nella fase del travaglio, quale concausa dello stato di invalidità permanente al 100% riportato dal neonato all'esito del parto, il giudice dell'appello ha espressamente inteso fare applicazione del principio indicato dal richiamato precedente di questa Corte costituito da Cass. n. 975 del 2009.
Principio secondo cui, qualora la produzione di un evento dannoso sia sotto il profilo eziologico riconducibile alla concomitanza della condotta del sanitario e di un fattore naturale rappresentato dalla situazione patologica del paziente non legata all'anzidetta condotta da un nesso di dipendenza causale, il giudice deve procedere - eventualmente anche con criteri equitativi - alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause, onde attribuire all'autore della condotta dannosa la parte di responsabilità correlativa, così da lasciare a carico del danneggiato il peso del danno alla cui produzione ha concorso a determinare il suo stato personale (v.Cass., 16/1/2009, n. 975).
Trattasi di precedente rimasto peraltro sostanzialmente isolato (v. altresì, ma con riferimento all'eccezionale ipotesi di danni causati da esondazioni del fiume Tevere riconducibili in alcuni casi alla natura dei luoghi e negli altri casi alla costruzione di una diga per il funzionamento di un impianto idroelettrico, Cass., Sez. Un., 21/11/2011, n. 24408) giacchè, pur non costituendo una novità assoluta (anche) nella giurisprudenza di legittimità (v. Cass., 11/8/1982, n. 4544; Cass., 25/10/1974, n. 3133; Cass., 18/10/1955, n. 3256; Cass., Sez. Un., 6/12/1951), questa Corte ha motivatamente inteso non darvi successivamente seguito.
Va ulteriormente osservato che, in presenza di una ravvisata condotta negligente del medico operante V., la corte di merito non ne ha tratto i corretti corollari sul piano della conseguente relativa responsabilità.
Qualificandola (facendo apodittico riferimento alla sentenza di primo grado) in termini di concausa, la corte di merito non ha in particolare dato conto delle ragioni per cui, pur trattandosi di patologia solitamente idonea a determinare un'invalidità permanente del 100% (o di termini percentuali a tale soglia molto prossimi) l'ipossia cagionata dalla condotta colposa del ginecologo V. non sia stata nella specie considerata assurgente a causa sopravvenuta idonea a determinare in via autonoma ed esclusiva l'invalidità del minore (cfr. Cass., 6/5/2015, n. 9008; Cass., 13/1/2015, n. 280; Cass., 23/9/2013, n. 21715; Cass., 17/2/2011, n. 3847; Cass., 21/7/2003, n. 11316), a prescindere cioè dalla sussistenza di altra patologia (nel caso, la sindrome di Down), a fortiori se come nella specie alla medesima non legata da un nesso di dipendenza causale.
Siffatta verifica s'impone già sul piano logico come prioritaria, essendo idonea a definire la questione dell'accertamento del nesso di causalità, solamente al cui esito può quindi addivenirsi alla determinazione dell'ambito del danno risarcibile e alla quantificazione dell'ammontare del risarcimento spettante al creditore/danneggiato.
Al riguardo, va osservato, il nesso di causalità il quale esprime la derivazione dell'evento dalla condotta colposa (o dolosa): v. Cass., 8/5/2015, n. 9294 va distinto dall'altro e diverso elemento costitutivo dell'inadempimento e dell'illecito civile rappresentato dalla condotta colposa (o dolosa) del debitore/danneggiante per il significato da riconoscersi alla colpa, sia in ambito contrattuale che ai fini della configurabilità della responsabilità extracontrattuale, cfr., con riferimento a differenti fattispecie, Cass., 27/8/2014, n. 18304, e, da ultimo, Cass.,

20/2/2015, n. 3367), quest'ultima invero propriamente costituendo il criterio di imputabilità della responsabilità (v. Cass., 22/2/2016, n. 3428, Cfr. altresì Cass., 29/9/2015, n. 19273).
Ove all'esito del detto accertamento emerga che la condotta colposa del suindicato medico abbia nella specie assunto rilievo di causa del danno indipendentemente dalla causa originaria, e cioè come autonoma causa efficiente eccezionale ed atipica rispetto alla prima e di per sè idonea a determinare l'invalidità permanente al 100% del minore (cfr. Cass., 12/9/2005, n. 18094; Cass., 6/4/2006, n. 8096; Cass., 22/10/2003, n. 15789; e, da ultimo, Cass., 22/10/2013, n. 23915), deve trarsene che il relativo autore (nella specie, il V.) è tenuto a risarcire l'intero danno.
La condotta colposa di tale medico viene infatti in tal caso a porsi quale specifico ed autonomo antecedente causale dell'evento dannoso (nel caso, ipossia da travaglio), essendo il medesimo pertanto chiamato risarcire il creditore/danneggiato di tutte le conseguenze dannose. Non solo quelle da tale danno evento derivanti in via immediata e diretta, ma anche quelle mediate ed indirette, giusta l'interpretazione dell'art. 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.) ormai da tempo affermata in giurisprudenza (v. Cass., 19/1/1999, n. 475; Cass., 9/5/2000, n. 5913; Cass., 16/2/2001, n. 2335; Cass., Sez. Un., 1/7/2002, n. 9556; Cass., 19/8/2003, n. 12124;
Cass., 4/7/2006, n. 15274. E già Cass., 6/5/1966, n. 1173; nonchè, da ultimo, Cass., 22/10/2013, n. 23915), che ha al riguardo fatto in particolare ricorso al criterio della regolarità causale, considerando risarcibili i danni rientranti nel novero delle conseguenze normali ed ordinarie del fatto (v. Cass., 20/10/2014, n. 22225; Cass., 12/2/2014, n. 3207; Cass., 24/4/2012, n. 6474; Cass., 16/6/2011, n. 13179; Cass., 23/12/2010, n. 26042; Cass., Sez. Un., 11/1/2008, n. 576. E già Cass., 9/4/1963, n. 910).
Osservato che la tradizionale concezione della causalità giuridica come regolarità statistica del decorso causale ha ceduto al criterio della consequenzialità scientifica o della credibilità razionale, nell'avvertita necessità di non lasciare priva di ristoro l'ipotesi in cui l'evento lesivo sia conseguenza necessitata del fatto lesivo quand'anche statisticamente anomalo, va posto in rilievo che il criterio della prevedibilità va distinto da quello della normalità delle conseguenze.
Le Sezioni penali di questa Corte sono al riguardo pervenute a correttamente escludere che l'errore dei sanitari, in particolare nella prestazione di cure alla vittima di sinistro stradale, possa ritenersi causa autonoma ed indipendente idonea a interrompere il nesso causale tra il comportamento di colui che ha provocato l'incidente e la successiva morte del ferito, posto che "nel caso di lesioni personali (nella specie, provocate da incidente stradale) cui sia seguito il decesso della vittima, la colpa dei medici, anche se grave, non può ritenersi causa autonoma ed indipendente - tale da interrompere il nesso causale ex art. 41 c.p., comma 2, - rispetto al comportamento dell'agente, perchè questi, provocando tale evento (le lesioni), ha reso necessario l'intervento dei sanitari, la cui imperizia o negligenza non costituisce un fatto imprevedibile ed atipico, ma un'ipotesi che si inserisce nello sviluppo della serie causale" E così Cass. pen., sez. 4, 16/3/2011, n. 22165 (dep. 1/6/2011). Conformemente v. altresì Cass. pen., sez. 4, 22/10/2013, n. 44763 (dep. 6/11/2013); Cass. pen., sez. 4, 18/1/2010, n. 9967 (dep. 11/3/2010); Cass. pen., sez. 4, 11/7/2007, n. 39617 (dep. 26/10/2007)).
A tale stregua, il comportamento negligente o imperito dei medesimi costituisce "un atto tipico e prevedibile, anche nei potenziali errori di cura", laddove "ai fini dell'esclusione del nesso di causalità occorre un errore del tutto eccezionale, abnorme, da solo determinante

l'evento letale, conseguendone in tal caso, l'applicabilità dell'art. 41 c.p., comma 1 e non dell'art. 41 c.p., comma 2" così Cass. pen., sez. 4, 22/10/2013, n. 44763 (dep. 6/11/2013), V. altresì Cass. pen., sez. 2, 18/3/2015, n. 17804 (dep. 29/4/2015); Cass. pen., sez. 4, 21/6/2013, n. 43168 (dep. 22/10/2013); Cass. pen., sez. 4, 19/2/2013, n. 10626 (dep. 7/3/2013);
Cass. pen., sez. 4, 30/1/2008, n. 13939 (dep. 3/4/2008)).
In siffatta ipotesi di responsabilità di tipo) contrattuale da errato intervento medico, si noti, al fine di limitare l'ambito del danno risarcibile, o addirittura di escluderlo, non vale allora nemmeno fare richiamo all'art. 1225 c.c., essendo in realtà prevedibile che in conseguenza dell'inadempimento il creditore/danneggiato rimanga esposto al rischio dell'altrui condotta colposa (e in realtà anche dolosa) da detto antecedente specificamente determinata e resa necessaria, che di siffatto rischio costituisca appunto integrazione (cfr., con riferimento a differenti ipotesi, Cass., 11/12/2012, n. 22619; Cass., 13/4/2007, n. 8826).
Qualora emerga che il pregresso stato patologico (rectius, la pregressa "condizione genetica" della sindrome di Down) affettante il feto (che per giudicato implicito formatosi sul punto nella specie risulta non ascrivibile alla responsabilità di alcuno, dovendo pertanto considerarsi quale causa naturale non imputabile) non assuma in effetti rilievo di nuova e autonoma causa di per sè determinante l'accertato stato di invalidità permanente del 100%, ma abbia mera concorrente incidenza nella relativa verificazione, non può in ogni caso pervenirsi a conclusioni differenti da quelle sopra tratteggiate.
Va anzitutto osservato che la responsabilità solidale presuppone una pluralità di responsabili nella determinazione del medesimo evento lesivo ovvero di più cause efficienti nella determinazione di un unico determinato danno (quand'anche con una pluralità di azioni o omissioni, pur se autonome e temporalmente distinte: cfr. Cass., 16/12/2005, n. 27713; Cass., 13/11/2002, n. 15930; e, da ultimo, Cass., 21/6/2013, n. 15687).
Ove si pervenga alla conclusione che nella specie risulti integrata siffatta ipotesi, e non già quella diversa costituita da una pluralità di responsabili/cause produttivi/e di distinti effetti dannosi (la sindrome di Down e l'ipossia da travaglio in dottrina indicata (anche) come ipotesi di causalità concorrente o (in caso di imputazione di responsabilità a diverso titolo) di concorrenza di causalità, a parte l'erroneità dell'operato riferimento dell'art. 2055 c.c., comma 3 specificamente dettato invero per la responsabilità extracontrattuale e non operante pertanto in quella come nella specie di tipo contrattuale (v. Cass., 3/3/2010, n. 7618;
Cass., 9/11/2006, n. 23918. Contra v. peraltro le risalenti Cass., 26 maggio 1995, n. 7231 e Cass., 30/1/1987, n. 884), anzichè se del caso all'art. 1298, 2 co., c.c. (che contempla il riferimento non già - come sostenuto nell'impugnata sentenza - alla "eguaglianza delle concause" bensì alla colpa quale criterio di imputazione della responsabilità e di determinazione dell'ammontare del danno risarcibile), va al riguardo sottolineato come il precedente costituito da Cass. n. 975 del 2009, che ha recepito la tesi dottrinaria della c.d. causalità equitativo-proporzionale ("apportionment of liability") e dalla corte di merito richiamato nel fare specifica applicazione del principio nell'occasione ivi affermato, è rimasto - come detto - da questa Corte motivatamente non confermato.
Con riferimento al "complesso caso di responsabilità medica" esaminato da Cass. n. 975 del 2009 e prospettante "la questione del concorso fra causa naturale (nella specie, uno stato patologico pregresso del paziente) e causa umana", si è in particolare da Cass. n. 15991 del 2011 (pure richiamata nell'impugnata sentenza) sottoposto a vaglio critico la soluzione adottata (tra l'altro in "evidente ed esplicita soluzione di continuità con un consolidato

orientamento di questa giurisprudenza di legittimità") nella detta pronunzia di ammettere la "possibilità per il giudice del merito, in sede di accertamento del nesso causale tra condotta ed evento, di procedere alla specifica identificazione della parte di danno rapportabile all'uno o all'altra, eventualmente con criterio equitativo, con conseguente graduazione o riduzione proporzionale dell'obbligo risarcitorio del professionista" (così Cass., 21/7/2011, n. 15991).
Nel ribadire la validità del principio causale puro (c.d. "all or nothing"), pur all'esito di un accertamento della sussistenza del nesso di causalità condotto sulla base del criterio del "più probabile che non", si è in particolare negata l'ammissibilità di una comparazione tra causa umana imputabile e causa naturale non imputabile, potendo essa configurarsi solo tra comportamenti umani colpevoli.
Orbene, l'orientamento espresso dalla citata Cass., n. 15991 del 2011 (conformemente v., da ultimo, Cass., 6/5/2015, n. 8995), va anche nel caso essenzialmente confermato, con le precisazioni di seguito indicate.
Deve in particolare ribadirsi che la valutazione equitativa attiene propriamente non già all'accertamento del nesso di causalità bensì alla determinazione dell'ammontare del danno risarcibile (art. 1226 c.c.).
Solo all'esito dell'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra la condotta (dolosa o) colposa e il danno evento lesivo, in occasione del diverso e successivo momento della delimitazione dell'ambito del danno risarcibile e della determinazione del quantum di risarcimento, la considerazione del pregresso stato patologico del creditore/danneggiato può invero valere a condurre ad una limitazione dell'ammontare dovuto dal debitore/danneggiante.
Va altresì posto in rilievo che, dovendo la relazione materiale designante il derivare di un evento da una condotta (dolosa o) colposa essere correttamente qualificata come nesso di causalità (non già meramente materiale bensì) giuridica, quantomeno in ragione dell'essere essa rilevante per il diritto (come invero sostanzialmente adombrato già dalla suindicata Cass. n. 15991 del 2011), il diverso ed autonomo (successivo) momento della determinazione del risarcimento dovuto attiene in realtà propriamente non già al piano della "causalità giuridica" bensì a quello dei criteri di delimitazione dell'ambito del danno risarcibile, come risulta confermato (anche) dalla segnalata interpretazione che riceve l'art. 1223 c.c..
Tale norma non pone infatti una regola in tema di nesso di causalità ma si risolve nell'indicazione di un mero criterio (da utilizzarsi unitamente a quelli posti agli artt. 1225, 1226, 1227 e 2056 c.c.) di delimitazione dell'ambito del danno risarcibile (cfr. già Cass., 15/10/1999, n. 11629) causalmente ascritto alla ("cagionato" dalla) condotta qualificata dalla colpa (o dal dolo) del soggetto responsabile, non essendovi necessariamente coincidenza tra danno arrecato e danno risarcibile.
Al riguardo, va osservato, la stessa richiamata Cass. n. 15991 del 2011 fa a tale significato in realtà sostanzialmente riferimento laddove evoca la "selezione dei pregiudizi risarcibili".
Si tratta allora di delineare i criteri valevoli a delimitare la giuridica rilevanza delle conseguenze dannose eziologicamente derivanti dal danno evento costituente integrazione del rischio specifico posto in essere dalla condotta (dolosa o) colposa del debitore/danneggiante, che a tale stregua solo a carico del medesimo, e non anche sul creditore/danneggiato, debbono gravare.
Orbene, deve in proposito porsi in rilievo che anche in caso di aggravamenti dovuti a) alle eccezionali condizioni personali del danneggiato (es., emofilia, cardiopatia, rara allergia),

come pure b) al fatto successivo del terzo, e in particolare del medico (cura errata, errato intervento medico), non può invero pervenirsi a riduzione o esclusione del danno risarcibile.
Il danneggiato rimane infatti ad essi specificamente esposto in conseguenza dell'antecedente causale determinato dalla condotta colposa (o dolosa) del debitore/danneggiante (come posto in rilievo anche da autorevole dottrina, che lo indica quale "danno diretto"), dovendo quest'ultimo pertanto risponderne (anche) sul piano risarcitorio (cfr. Cass. n. 15991 del 2011).
Ulteriore e diversa ipotesi si ha in caso come nella specie di stato patologico pregresso del paziente/danneggiato non legato all'altrui condotta colposa da un nesso di interdipendenza causale.
Ove sia possibile pervenire ad attribuire a tale antecedente una concorrente - seppure autonoma - incidenza causale nella determinazione dell'unica e complessiva situazione patologica del paziente/danneggiato, trattandosi di ipotesi di concorso di più cause efficienti nella determinazione del danno (cfr. Cass., 3/3/2010, n. 7618; Cass., 9/11/2006, n. 23918. e, da ultimo, Cass., 9/4/2014, n. 8372. Cfr. altresì Cass., 11/5/2012, n. 7404), una questione di automatica riduzione dell'ammontare risarcitorio dovuto alla vittima/danneggiato in proporzione del corrispondente grado percentuale di incidenza causale non può invero ritenersi ammissibile, giacchè la relativa valutazione sul piano del nesso di causalità è volta solo ad accertare la valenza assorbente dell'una rispetto all'altra (cfr. Cass. n. 15991 del 2011).
Anzichè su quello dell'accertamento in via equitativa della frazione di nesso di causalità ad esso ascrivibile (c.d. criterio equitativo proporzionale del nesso di causalità), lo stato patologico pregresso può in tale ipotesi assumere se del caso rilievo - come detto - sul diverso (e successivo) piano della delimitazione dell'ambito del danno risarcibile e di determinazione dell'ammontare del quantum risarcitorio dovuto mediante valutazione equitativa ex art. 1226 c.c..
Essendo, giusta principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità, volta a determinare "la compensazione economica socialmente adeguata" del pregiudizio, quella che "l'ambiente sociale accetta come compensazione equa" (cfr. Cass., 7/6/2011, n. 12408;
Cass., 30/6/2011, n. 14402), la valutazione equitativa è infatti subordinata alla dimostrata esistenza di un danno risarcibile non meramente eventuale o ipotetico ma certo (cfr., da ultimo, Cass., 8/7/2014, n. 15478. E già Cass., 19/6/1962, n. 1536), e alla circostanza dell'impossibilità o estrema difficoltà (v. Cass., 24/5/2010, n. 12613. E già Cass., 6/10/1972, n. 2904) di prova nel suo preciso ammontare, attenendo pertanto alla quantificazione e non già all'individuazione del danno (non potendo valere a surrogare il mancato assolvimento dell'onere probatorio imposto all'art. 2697 c.c.: v. Cass., 11/5/2010, n. 11368; Cass., 6/5/2010, n. 10957;
Cass., 10/12/2009, n. 25820; e da ultimo, Cass., 4/11/2014, n. 23425).
Tale valutazione va effettuata con prudente e ragionevole apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto, e in particolare della rilevanza economica del danno alla stregua della coscienza sociale e dei vari fattori incidenti sulla gravità della lesione.
Il danno non può essere quindi liquidato in termini puramente simbolici o irrisori o comunque non correlati all'effettiva natura o entità del danno (v. Cass., 12/5/2006, n. 11039; Cass., 11/1/2007, n. 392; Cass., 11/1/2007, n. 394), ma deve essere congruo, a tale stregua dovendo pertanto tendere, in considerazione della particolarità del caso concreto e della reale entità del danno, alla maggiore approssimazione possibile all'integrale risarcimento v. Cass., 30/6/2011, n. 14402; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972;

Cass., 29/3/2007, n. 7740), sicchè è necessario tenere conto a fini risarcitori, in quanto sussistenti e provati, di tutti gli aspetti (o voci) di cui si compendiano sia la categoria generale del danno patrimoniale (v. Cass., 14/7/2015, n. 14645) che la categoria generale del danno non patrimoniale (v. Cass., 12/6/2015, n. 12211).
E' compito del giudice accertare l'effettiva consistenza del pregiudizio allegato, a prescindere dal nome attribuitogli, individuando quali ripercussioni negative si siano per il creditore/danneggiato verificate, provvedendo alla relativa integrale riparazione (v. Cass., 13/5/2011, n. 10527; Cass., Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972), con indicazione dei criteri assunti a base del procedimento valutativo (cfr., da ultimo, Cass., 14/7/2015, n. 14645).
Ne consegue che in presenza di una liquidazione di ammontare non congruo, in quanto irragionevole e sproporzionato per difetto o per eccesso (v. Cass., 31/8/2011, n. 17879), e pertanto sotto tale profilo non integrale, il sistema di quantificazione adottato si palesa per ciò stesso inidoneo a consentire al giudice di pervenire ad una valutazione informata ad equità, fondando i dubbi in ordine alla sua legittimità.
Vale al riguardo d'altro canto sottolineare che, in base al criterio posto all'art. 1227 c.c. (dettato in tema di concorso colposo del danneggiato ma da ritenersi di portata generale, e pertanto utilizzabile anche in caso di concorso tra una pluralità di danneggianti autori di condotte autonome ed indipendenti) la diminuzione del risarcimento può avvenire in base alla gravità della colpa e all'entità delle conseguenze.
A tale stregua, trattandosi come appunto nella specie di (eccezionale) ipotesi di a) pregresso stato patologico (rectius, "condizione genetica") non ascrivibile a condotta umana imputabile e b) privo di incidenza causale sulla (successiva e autonoma) condotta colposa del medico (la quale ultima a sua volta non ha determinato uno specifico aggravamento della pregressa sindrome di Down), quand'anche si giunga alla conclusione che essa sia una concausa determinante di un più grave stato d'invalidità, alla riduzione dell'ammontare risarcitorio può invero pervenirsi non già sempre e comunque in termini di automatica percentuale corrispondenza ad "operazioni di apporzionamento/frazionamento" del nesso di causalità (come discenderebbe dall'accoglimento del suindicato c.d. criterio equitativo proporzionale del nesso di causalità), bensì se del caso, in considerazione della peculiarità della fattispecie concreta, sul piano della equitativa valutazione del danno ex art. 1226 c.c. (cfr. Cass. n. 15991 del 2011).
In tale ipotesi, diversamente da quanto in passato anche da questa Corte invero sostenuto (per l'affermazione che l'autore della causa umana imputabile è tenuto al risarcimento dell'intero danno da essa scaturente come effetto normale secondo il principio della c.d. regolarità causale, anche in caso di concorso di fattori causali naturali non imputabili allorquando questi ultimi non possano dar luogo, senza l'apporto umano, all'evento di danno, v. in particolare Cass., 9/4/2003, n. 5539), di essa può allora tenersi in effetti conto (solo) in sede di liquidazione del quantum risarcitorio mediante la relativa valutazione equitativa ex art. 1226 c.c..
E' sotto altro profilo da osservarsi che sul piano della liquidazione dell'ammontare del danno patrimoniale da invalidità lavorativa specifica futura, la corte di merito ha nell'impugnata sentenza fatto riferimento, quale base di calcolo, al criterio del "triplo della pensione sociale", in luogo di quello del "reddito nazionale medio" per l'anno 2007 preso a base di riferimento dal tribunale, ritenendo quest'ultimo "non corretto" parametro di determinazione della presumibile capacità reddituale di C.E., in quanto "cause preesistenti alla invalidità cagionata

dal personale responsabile avrebbero, presumibilmente, comunque impedito il raggiungimento di un livello reddituale medio", sicchè, "stante la sua situazione di invalidità precedente la negligenza attribuita al personale medico operante", il "danneggiato... avrebbe potuto attingere un reddito medio statisticamente ottenuto comparando posizioni reddituali diverse, le quali hanno però quale naturale presupposto l'assenza di invalidità, che di per se stessa comporta una capacità reddituale inferiore alla media".

Orbene, pur potendo in sede di liquidazione equitativa del danno ex artt. 1226 e 2055 c.c. il giudice fare ricorso al criterio del triplo della pensione sociale anche allorquando l'invalidità permanente come nel caso non consegua a sinistro stradale (v. Cass., 16/2/2006, n. 3436), atteso che la liquidazione del danno in via equitativa resta affidata ad apprezzamenti discrezionali del giudice di merito che sono non sindacabili in sede di legittimità nei limiti in cui la motivazione della decisione dia adeguatamente conto del processo logico attraverso il quale si è pervenuti alla liquidazione, indicando i criteri assunti a base del procedimento valutativo (cfr., da ultimo Cass., 31/7/2015, n. 16222. E già, con specifico riferimento al ricorso al triplo della pensione sociale per la liquidazione del danno patrimoniale futuro, Cass., 30/9/2008, n. 24331), va posto in rilievo come i suindicati argomenti dell'impugnata sentenza si appalesino sostanzialmente apodittici e illogici, inidonei a consentire di evincere in particolare se nella specie la corte di merito abbia ritenuto che a parità di occupazione/prestazione lavorativa possa essere corrisposta una minore retribuzione in ragione della disabilità di cui il soggetto è affetto (tesi che prospetterebbe invero dubbi di legittimità costituzionale ex art. 3 Cost.), ovvero abbia diversamente ravvisato al minore Emanuele preclusa, in ragione della patologia di cui è risultato affetto sin dalla nascita, la possibilità di pervenire ad esplicare date attività lavorative, rispetto a soggetto dalla stessa viceversa immune, con conseguente minore possibilità di pervenire a livelli di guadagno pari a quelli delle persone prive di siffatta disabilità.

Anche relativamente a quest'ultima ipotesi difetta peraltro nell'impugnata sentenza qualsivoglia indicazione che consenta di valutarne la relativa logicità e coerenza.

Dell'impugnata sentenza, assorbito ogni altro e diverso profilo, s'impone pertanto la cassazione in relazione, con rinvio alla Corte d'Appello di Genova, che in diversa composizione procederà a nuovo esame, facendo dei suindicati disattesi principi applicazione.

Il giudice di rinvio provvederà anche in ordine alle spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione. Cassa in relazione l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla Corte d'Appello di Genova, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 8 ottobre 2015.

Depositato in Cancelleria il 29 febbraio 2016

Cass., 9 giugno 2016, n. 11789

L'affermazione della responsabilità del medico per i danni celebrali da ipossia patiti da un neonato, ed asseritamente causati dalla ritardata esecuzione del parto, esige la prova - che deve essere fornita dal danneggiato - della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari ed il danno, prova da ritenere sussistente quando, da un lato, non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall'altro, appaia più probabile che

non che un tempestivo o diverso intervento da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato; una volta fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta.

I FATTI

R.B. e M.M.R., in proprio e quali genitori esercenti la potestà sul minore R.R., convennero in giudizio la Asl Le(OMISSIS) per sentirla condannare al risarcimento dei danni tutti riportati alla nascita dal figlio R., nato presso l'ospedale di (OMISSIS) nel 1980 a seguito di parto cesareo, danni da loro causalmente ricondotti ad una sofferenza prenatale non rilevata dall'ospedale e in ordine alla quale si sarebbe reso necessario, per evitare o quanto meno contenere i danni, un intervento con parto cesareo d'urgenza, non eseguito benchè la partoriente, portatasi in ospedale a termini di gravidanza scaduti, fosse rimasta ricoverata presso l'Ospedale di (OMISSIS) dal 5 al 13 agosto 1980, data del parto. Evidenziarono le menomate condizioni psicofisiche del figlio, che presentava un grave ritardo mentale, scialorrea (ovvero salivazione continua e in eccesso), facies tipica e deambulazione difficoltosa.

Il Tribunale di Lecce rigettava la domanda dei R. evidenziando che i consulenti tecnici avevano riscontrato a carico del R. la presenza di una epilessia criptogenetica, ovvero da causa non identificabile.

La Corte d'Appello di Lecce, dopo aver provveduto al rinnovo della consulenza affidandola ad un diverso collegio di esperti, rigettava l'appello dei R.. La sentenza qui impugnata, richiamando gli esiti della ctu, non nega che esista un danno centrale ma ritiene che non sia possibile affermare con certezza che i danni centrali siano completamente attribuibili ad una encefalopatia neonatale ipossico ischemica conseguente alla sofferenza fetale e da ciò trae la conseguenza che manchi la prova di un nesso di causalità tra l'attività medica e le patologie delle quali è affetto R. R..

I signori R. e M., sia in proprio che quali tutori del figlio Riccardo propongono ricorso per cassazione articolato in due motivi nei confronti di A.S.L. LE (OMISSIS) lgià U.S.L. n. (OMISSIS) di (OMISSIS) e contro Assicurazioni Generali s.p.a. per la cassazione della sentenza n. 426 del 2013, depositata dalla Corte d'Appello di Lecce il 14.5.2013, notificata il 17.6.2013.

Sia Generali Italia s.p.a. (già Assicurazioni Generali s.p.a.), compagnia di assicurazioni della ASL, che la ASL (OMISSIS) resistono con controricorso.

I ricorrenti hanno depositato memoria.

LE RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo i ricorrenti deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 116 c.p.c. e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, nonchè l'omessa, insufficiente ed illogica motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

I ricorrenti censurano la sentenza impugnata laddove si è limitata ad aderire acriticamente alle conclusioni del collegio di esperti, che pur non sottacendo la presenza di alcune alterazioni nella condizione della partoriente (mioma uterino - ovvero presenza di un tumore benigno - che, aggiungono i ricorrenti, avrebbe avuto un diametro di circa 9 cm - a carico del tratto dell'utero, polidramnios, cioè indice di liquido amniotico elevato, perdita di liquido verde - ovvero meconio - dopo la rottura delle acque) hanno poi escluso che questi elementi fossero

sintomo univoco di sofferenza fetale in atto senza prendere in considerazioni le puntuali osservazioni svolte dal consulente di parte ricorrente.
Sottolineano che la M. si è recò in ospedale, dove venne ricoverata, perchè il termine della gravidanza era scaduto, e questo di per sè avrebbe dovuto portare ad adottare quanto meno delle misure prudenziali, se non si riteneva di intervenire con parto cesareo d'urgenza perchè non era stata rilevata una sofferenza fetale già in atto, quali la sottoposizione della partoriente ad un monitoraggio continuo con strumenti adeguati, mentre all'epoca l'ospedale di (OMISSIS) non era munito nemmeno di un cardiotocografo (ovvero di uno strumento per monitorare il manifestarsi di una sofferenza del feto).
Col secondo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione delle norme sul nesso di causalità (artt. 40 e 41 c.p.), nonchè la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697, in ordine alla distribuzione dell'onere probatorio e alla valutazione delle prove sul nesso causale, nonchè la presenza di un vizio di motivazione.
Essi censurano la sentenza impugnata per non aver tenuto conto di alcuni fatti, pur segnalati al giudice a mezzo del consulente di parte (quali le forti contrazioni che presentava la partoriente già al momento del ricovero) e poi le addebitano di non aver riconosciuto il giusto peso alla presenza (di cui pur si dà atto in sentenza) di un mioma, cioè una tumefazione di 9 cm che si presentava sul segmento inferiore dell'utero, che avrebbe comunque impedito l'espulsione normale del bambino, nonchè l'aver escluso che la accertata perdita di liquido fosse univocamente valutabile come indice di sofferenza fetale e per non aver tenuto nella dovuta considerazione come elemento sintomatico di una sofferenza fetale in atto il polidramnios cioè il modesto aumento del liquido amniotico.
Precisano di addebitare all'ospedale una colpa omissiva, consistente nel non aver effettuato i dovuti accertamenti in ordine alla sofferenza fetale in atto e non essere intervenuti tempestivamente con un intervento chirurgico di parto cesareo, per evitare che il bambino riportasse danni. A fronte di ciò, e nell'ambito di una responsabilità che è contrattuale, evidenziano che non grava sul paziente l'onere di provare positivamente che gli elementi di cui si è riscontrata la presenza (quale la colorazione verde del liquido) fossero segno univoco della sofferenza fetale in atto, ma è l'ospedale che deve dimostrare, secondo un giudizio controfattuale ex ante, che se anche tutti gli accertamenti richiesti dalla situazione giudizialmente accertata fossero stati eseguiti e se fosse stato fatto un cesareo d'urgenza il risultato non sarebbe cambiato, in quanto i danni cerebrali che attualmente indiscutibilmente presenta il giovane R. non sono in rapporto causale con il ritardo del parto.
La A.S.L. LE(OMISSIS) di Lecce nel suo controricorso richiama l'attenzione sulla mancanza di una prova certa, nonostante i vari controlli ai quali il paziente si è sottoposto nel corso degli anni, che il deficit mentale e anche i problemi deambulatori del R., che sono venuti fuori non subito ma dai sei anni di vita in poi e si sono progressivamente aggravati, siano dipendenti da una sofferenza neonatale e non da un'altra causa del tutto diversa e rimasta non individuata.
Al contrario, la controricorrente sottolinea che la corte d'appello ha rilevato dai (pochi) elementi indicati nella cartella clinica, che il peso del bambino era nella norma ed anche gli altri parametri auxologici, e che il parto è stato eseguito a seguito della normale rottura delle membrane amniotiche.
Ciò detto, il ricorso proposto dai signori R. e M. va accolto nei limiti di cui in motivazione.
La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte è al tempo stesso comune ed unica, come tutte le vicende che traggono origine da un fatto comune a tutti e per ciascuno unico come il parto.

Nel 1980 una donna si presenta in ospedale perchè la data presunta per la nascita del suo bambino è stata raggiunta e oltrepassata, ed ha dei disturbi. Viene visitata, viene ricoverata per oltre una settimana, chiedendo ripetutamente di essere sottoposta al parto cesareo. Il cesareo non ha luogo subito ma nove giorni dopo, allorchè si rompe il sacco amniotico e sul momento il bambino sembra non avere problemi.
Dopo i primi anni di vita, di fronte alle prime anomalie nel comportamento e nello sviluppo del bambino, i genitori iniziano a compiere accertamenti, ed emergono un danno cerebrale e disturbi sia mentali che motori che negli anni si aggravano.
A questo punto, quando il bambino ha ormai sei o sette anni, i genitori si attivano per cercare le cause di questi disturbi, e - se vi è - un responsabile e risalgono indietro fino al momento del parto indicando come possibile responsabile l'ospedale, dove forse non venne rilevata una sofferenza neonatale già in atto.
Entrambi i giudici di merito a cui hanno sottoposto il loro caso - e del bambino, divenuto nel frattempo maggiorenne e posto sotto tutela per la gravità della sua infermità mentale - avendo ricostruito la vicenda clinica a mezzo di due diversi collegi di consulenti tecnici hanno rigettato la domanda dei genitori volta al risarcimento del danno.
Si è ricostruita per brevi tratti la vicenda per darne contezza complessiva al di là della scarna ricostruzione contenuta nella sentenza impugnata: una vicenda in cui emerge la volontà di conoscere le cause del danno irreversibile riportato dal proprio figlio, e la difficoltà obiettiva, a distanza ormai di tanto tempo, di ricostruire con esattezza i fatti.
Tuttavia, il ruolo di questa Corte non è quello di ricostruire i fatti ma di verificare se le regole di giudizio per l'accertamento della responsabilità contrattuale dell'ospedale sono state rispettate o meno.
Esse non sono state adeguatamente rispettate.
La sentenza, molto succinta, non esprime una sua valutazione autonoma nè sulla esistenza o meno della prova di una sofferenza neonatale a carico del R. nè sulla esistenza della prova di un nesso causale tra l'operato commissivo e omissivo dei sanitari che presero in carico la partoriente presso l'ospedale di (OMISSIS) e i danni cerebrali che questi attualmente presenta, sulla base della regola probatoria da seguire nel giudizio civile di accertamento della responsabilità (medica), che non è quella della certezza o della certezza al di là di ogni ragionevole dubbio, che sono valutazioni proprie del giudizio penale, ma del "più probabile che non".
Essa si limita a mutuare la motivazione dall'integrale recepimento delle argomentazioni e dalle motivazioni della consulenza tecnica che, a fronte di un quesito del cui esatto tenore non si hanno indicazioni, esamina i fatti ritenuti rilevanti e afferma che "non è possibile affermare con certezza che i danni centrali siano completamente attribuibili ad una encefalopatia neonatale ipossico/ischemica conseguente alla sofferenza fetale".
A fronte di questa valutazione, tecnica, la corte avrebbe senz'altro potuto - e dovuto - prendere in considerazione i dati emergenti dalla consulenza nella loro completezza, considerando cioè sia i dati positivamente accertati sia i dati mancanti perchè non risultanti dalla cartella clinica e le conseguenze di eventuali lacune di essa, che non possono essere fatte ricadere sul paziente che su di essa non esercita alcun controllo, per poi però autonomamente valutarli attraverso le categorie del giudizio civile sull'accertamento del nesso causale in ipotesi di dedotta responsabilità medica.

Avendo la corte d'appello fatto proprio acriticamente anche il criterio di giudizio seguito nella consulenza tecnica, necessariamente diverso da quello del giudice civile, e che si fonda su una affermazione in termini di non raggiunta certezza, la corte d'appello ha violato principi di diritto affermati da questa Corte e più volte ribaditi proprio in questo specifico settore della responsabilità medica peraltro, secondo i quali l'affermazione della responsabilità del medico per i danni cerebrali da ipossia patiti da un neonato, ed asseritamente causati dalla ritardata esecuzione del parto, esige la prova - che dev'essere fornita dal danneggiato -
della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari ed il danno. Tale prova sussiste quando, da un lato, non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall'altro, appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento o da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato. Una volta fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta (in questo senso, tra le altre, Cass. n. 12686 del 09/06/2011). La sentenza impugnata va cassata e rinviata alla Corte d'appello di Lecce in diversa composizione perchè decida la causa attenendosi al principio di diritto sopra enunciato.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa alla Corte d'Appello di Lecce in diversa composizione che deciderà anche sulle spese.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Corte di Cassazione, il 9 dicembre 2015.
Depositato in Cancelleria il 9 giugno 2016

IL PROGRESSIVO DILAGARE DELLA RESPONSABILITÀ PER FATTO DEL "DIPENDENTE"

Cass., 15 giugno 2016, n. 12283

Ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c., è sufficiente che il fatto illecito sia commesso da un soggetto legato da un rapporto di preposizione con il responsabile, ipotesi che ricorre non solo in caso di lavoro subordinato ma anche quando per volontà di un soggetto (committente) un altro (commesso) esplichi un'attività per suo conto.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 21/1/2013 il Tribunale di Napoli, in accoglimento del gravame interposto dal Condominio di (OMISSIS) e in conseguente riforma della pronunzia G. di P. Napoli 5/2/2009, ha accolto la domanda proposta nei confronti della società Ditta B. & C. s.a.s. - cui avevano aderito spiegando intervento volontario i condomini D.L.P. e A. F. - di risarcimento dei danni lamentati in conseguenza del danneggiamento di un lampione posto nell'androne condominiale, verificatosi il (OMISSIS) in occasione del trasporto e della consegna di merce presso l'abitazione dei predetti condomini eseguita da parte della Ditta C. Trasporti.

Avverso la suindicata pronunzia della corte di merito la società Ditta B. & C. s.a.s. propone ora ricorso per cassazione, affidato ad unico motivo.

Resistono con controricorso il Condominio i sigg.ri D.L. e A..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con unico motivo la ricorrente denunzia violazione e falsa applicazione degli artt. 2049 e 2054 c.c., in riferimento all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Si duole che il giudice dell'appello abbia erroneamente ritenuto integrata la sua responsabilità ai sensi dell'art. 2049 c.c., laddove difettano nella specie i relativi presupposti, in quanto "il conducente del furgone che ha urtato il lampione determinandone la rottura" era dipendente della Ditta C. Trasporti, "alla quale soltanto competevano i poteri di sorveglianza del proprio commesso/conducente anche se in ragione di un rapporto di occasionalità necessaria".

Il motivo è infondato.

Come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, in base alla regola di cui all'art. 1228 c.c. (e all'art. 2049) il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro (v. Cass., 24/5/2006, n. 12362; Cass., 4/3/2004, n. 4400; Cass., 8/1/1999, n. 103), ancorchè non siano alle sue dipendenze (v. Cass., 11/12/2012, n. 22619; Cass., 21/2/1998, n. 1883; Cass., 20/4/1989, n. 1855).

La responsabilità per fatto dell'ausiliario (e del preposto) prescinde infatti dalla sussistenza di un contratto di lavoro subordinato o contrattuale, irrilevante essendo la natura del rapporto tra i medesimi intercorrente ai fini considerati, fondamentale rilievo al riguardo viceversa assumendo la circostanza che dell'opera del terzo il debitore comunque si sia avvalso nell'attuazione della propria obbligazione, ponendo la medesima a disposizione del creditore (v., da ultimo, con riferimento a diversa fattispecie, Cass., 6/6/2014, n. 12833; Cass.,

26/5/2011, n. 11590), sicchè la stessa risulti a tale stregua inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio.
La responsabilità che dall'esplicazione dell'attività di tale terzo direttamente consegue in capo al soggetto che se ne avvale riposa invero sul principio cuius commoda eius et incommoda, o, più precisamente, come detto, dell'appropriazione o "avvalimento" dell'attività altrui per l'adempimento della propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino (cfr., Cass., 27/8/2014, n. 18304).
Nè, al fine di considerare interrotto il rapporto in base al quale esso è chiamato a rispondere, vale distinguere tra comportamento colposo e comportamento doloso del soggetto agente (che della responsabilità del primo costituisce il presupposto), essendo al riguardo sufficiente (in base a principio che trova applicazione sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale) la mera occasionalità necessaria (v. Cass., 17/5/2001, n. 6756;
Cass., 15/2/2000, n. 1682).
Il debitore (nel caso, la società odierna ricorrente) risponde allora direttamente di tutte le ingerenze dannose che al dipendente o al terzo preposto, della cui opera comunque si è avvalso, sono state rese possibili dalla posizione conferitagli rispetto al creditore/danneggiato, e cioè dei danni che il medesimo ha potuto arrecare in ragione di quel particolare contatto cui è risultato esposto nei suoi confronti il creditore (cfr., con riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria, Cass., 27/8/2014, n. 18304) o il terzo estraneo (nella specie, il Condominio).
Orbene, dei suindicati principi il giudice dell'appello ha nell'impugnata sentenza fatto invero piena e corretta applicazione.
In particolare, rimasto nella specie pacificamente accertato essere stato "danneggiato un lampione del palazzo di (OMISSIS), da parte della Ditta C. che aveva eseguito la consegna di merce della società B. presso l'abitazione dei condomini D.L. - A.)", là dove, dopo aver ritenuto alla stregua delle emergenze processuali "provato il conferimento dell'incarico da parte della società appellata" ed odierna ricorrente "alla ditta che, nell'eseguire per suo conto il trasporto della merce, cagionò il danno per cui è causa, con la conseguenza che la stessa, in forza del richiamato art. 2049 c.c., è tenuta al risarcimento dei danni in favore del Condominio", ha ricondotto a quella speciale del preponente ex art. 2049 c.c., la responsabilità nel caso di quest'ultima.
Facendo richiamo ad alcuni precedenti di legittimità, la corte di merito ha al riguardo posto in particolare correttamente in rilievo come "ai fini della configurabilità della responsabilità ex art. 2049 c.c., occorre che il fatto illecito sia stato commesso da un soggetto legato da un rapporto institorio o di preposizione con il responsabile che ricorre, non solo nel caso di un rapporto di lavoro subordinato, ma in tutti i casi in cui per volontà di un soggetto (committente), un altro soggetto (commesso) esplichi un'attività per di lui conto e sotto il suo potere (cfr. Cass., 9/8/1991, n. 8668;
Cass., 24/5/1988, n. 3616)". Altresì precisando che "la preposizione può derivare anche da un rapporto di fatto, non essendo essenziali nè la continuità, nè l'onerosità ed essendo, inoltre, sufficiente l'astratta possibilità di esercitare un potere di supremazia o di direzione, ma non anche l'esercizio effettivo di tale potere".
Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.
Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, come modif. dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, va dato atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da

parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13 , comma 1-bis.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in complessivi Euro 2.000,00, di cui Euro 1.800,00 per onorari, oltre a spese generali ed accessori come per legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, come modif. dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 18 febbraio 2016.

Depositato in Cancelleria il 15 giugno 2016

Cass., 25 maggio 2016, n. 10757

In tema di responsabilità dei preposti, il fatto dannoso deve essere illecito sotto il profilo oggettivo e soggettivo, e in particolare, sotto il primo aspetto, può essere sia doloso che colposo, senza che sia necessario identificare l'autore del fatto, perché è sufficiente accertare che quest'ultimo, anche se rimasto ignoto, sia legato da rapporto di preposizione con il preponente, ravvisabile tutte le volte in cui un soggetto utilizzi e disponga dell'attività altrui.

Ai fini della configurabilità di una ipotesi di responsabilità vicaria è sufficiente che sussista fra il comportamento illecito e le mansioni del preposto un nesso di occasionalità necessaria, il quale ricorre ogniqualvolta il fatto lesivo sia stato prodotto da un comportamento riconducibile allo svolgimento dell'attività lavorativa, anche se il dipendente abbia operato oltrepassando i limiti delle proprie mansioni, abbia agito all'insaputa del suo datore di lavoro, o persino trasgredendo agli ordini ricevuti, attuando una condotta contraria agli interesse del datore di lavoro, purchè sia comunque rimasto nell'ambito dell'incarico affidatogli.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 4 dicembre 2000, la S.A.S. Gil.co. convenne in giudizio la società fiduciaria Fidelitas s.p.a. dinanzi al Tribunale di Monza e - premesso che in qualità di gestore di un'area di servizio sull'autostrada (OMISSIS) aveva stipulato con il Credito Bergamasco una convenzione in forza della quale era stato affidato alla convenuta il servizio di prelievo e trasporto in banca dei valori della cassa continua installata nei locali della predetta stazione; che in data 12 luglio 1999 dalla predetta cassa erano state sottratte Lire 75.000.000 (pari ad Euro 38.735,00); e che questo furto era stato commesso con la compartecipazione dolosa di uno o più dipendenti infedeli della società fiduciaria - (o quanto meno era stato reso possibile dalla grave disattenzione colposa di questi) - ne domandò la condanna al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2049 c.c..

La convenuta costituitasi in giudizio propose domanda di garanzia condizionata all'eventuale soccombenza nei confronti di una pluralità di imprese di assicurazione.

Il Tribunale di Monza con sentenza del 16 febbraio 2006, esperita la prova per testimoni ed espletata una consulenza tecnica sulla cassaforte oggetto del furto, rigettò sia la domanda principale sia la domanda di garanzia.
Con sentenza del 30 marzo 2012 la Corte di appello di Milano riformò parzialmente la sentenza di primo grado e, ritenuta la responsabilità della Fidelitas ai sensi dell'art. 2049 c.c., la condannò a pagare alla Gil.Co. a titolo di risarcimento del danno la somma di Euro 38.734,27 oltre rivalutazione e interessi.
Per quanto ancora rileva, la Corte di merito decise sulla base dei seguenti rilievi: - all'esito dell'istruttoria era emerso che la cassaforte svaligiata, inserita nel muro del locale principale dell'area di servizio autostradale, era dotata di uno sportello principale di sicurezza (sul quale si trovava la serratura di una chiave a 16 dentature e una ghiera di combinazione) e di uno sportello antivandalismo (su cui era collocata una serratura più piccola) che copriva lo sportello principale;
la chiave a 16 dentature dello sportello principale di sicurezza era nel possesso esclusivo del personale della Fidelitas così come esclusivamente da tale personale era conosciuta la combinazione per aprire il predetto sportello;
lo sportello antivandalismo era dotato, all'interno, di un perno che si conficcava in un foro presente nella ghiera di combinazione, il quale rimaneva in posizione di "aperto" solo a combinazione disinserita; ciò comportava che lo sportello antivandalismo potesse chiudersi solo quando la combinazione non era impostata, mentre dopo l'inserimento della combinazione - da compiersi necessariamente in seguito all'apertura dello sportello antivandalismo - quest'ultimo non poteva richiudersi in quanto il perno non poteva conficcarsi nel foro, posto in posizione di chiusura;
dopo il furto, la cassaforte era stata ritrovata con lo sportello antivandalismo chiuso, ma con il perno interno piegato in maniera da permetterne la chiusura anche a combinazione impostata. In effetti il sottostante sportello principale di sicurezza era stato aperto con l'inserimento della combinazione (che aveva quindi determinato la chiusura del foro in cui avrebbe dovuto conficcarsi il perno dello sportello antivandalismo) e con l'utilizzo di una chiave a 16 dentature - ancora inserita nella serratura - leggermente più corta di quella originale, in modo da consentire la chiusura apparente del soprastante sportello antivandalismo;
la circostanza che la chiave a 16 dentature dello sportello principale di sicurezza fosse nel possesso della convenuta e l'ulteriore circostanza che essa (recte: il suo personale) conoscesse la combinazione del predetto sportello dovevano ritenersi sufficienti, per reputare dimostrato il fatto illecito (colposo o doloso) di uno o più dei suoi dipendenti, a differenza di quanto invece ritenuto dal Tribunale che aveva escluso la responsabilità avuto riguardo, da un lato, alla possibilità che anche altri soggetti (in particolare il costruttore della cassaforte e il produttore della serratura) potessero disporre di una copia di detta chiave e tenuto conto, dall'altro lato, dell'ulteriore possibilità che il numero della combinazione fosse stato carpito e le caratteristiche della chiave fossero state copiate in seguito alla rilevazione con microtelecamere a raggi infrarossi ed obiettivi telecomandati applicate sulla cassaforte dopo l'apertura dello sportello antivandalismo.
La Corte in particolare ritenne che, per un verso, la eventuale disponibilità di una copia di detta chiave da parte del costruttore della cassaforte o del produttore della serratura non conducesse ad alcuna ipotesi concretamente valutabile, dovendosi altrimenti sempre ricondurre ogni apertura della cassaforte con chiave ad una responsabilità del produttore o del

costruttore, mentre, per altro verso, la possibilità che la dentatura della chiave e la combinazione fossero state carpite con una strumentazione elettronica estremamente sofisticata, quale una microfotocamera a raggi infrarossi con trasmettitore e con batteria applicata all'interno dello sportello antivandalismo, fosse bensì astrattamente ipotizzabile, ma in concreto non desumibile da alcun elemento probatorio.
Inoltre, la Corte di Appello ritenne estremamente probabile che il furto fosse avvenuto con la complicità dolosa di dipendenti della Fidelitas atteso che il reato non era stato commesso previo scasso della cassaforte, ma con l'apertura della combinazione da parte di chi evidentemente ne era a conoscenza e con l'utilizzo di una chiave della serratura di sicurezza della cassaforte che, provata nuovamente dal CTU, aveva aperto facilmente detta serratura. Rimarcò ancora la Corte che detta chiave era a sedici dentature e quindi di copiatura difficilissima per chi non disponesse dell'originale.
Quanto all'ammontare del danno, la Corte di merito lo individuò in Lire 75.000.000 ritenendo, anche in ragione del criterio equitativo, di determinarlo sulla base della differenza tra la somma residua rinvenuta nella cassaforte dopo il furto e quella risultante dalla distinta di versamento prodotta in atti dalla Gil.Co. attestante la somma versata il giorno del furto.
La Corte infine confermò la sentenza di primo grado nella parte in cui aveva rigettato la domanda di manleva proposta dalla Gil.Co.
nei confronti delle imprese di assicurazione ritenendo fondata l'eccezione di prescrizione da queste sollevate.
Avverso questa sentenza, Fidelitas s.p.a. ha proposto ricorso per cassazione articolato in 3 motivi.
Hanno resistito con controricorso Gil.Co. s.a.s e gli Assicuratori dei Lloyds che avevano assunto il rischio di cui al contratto n. (OMISSIS). Hanno proposto ricorso incidentale condizionato su un unico motivo gli Assicuratori dei Lloyds che avevano assunto il rischio di cui al contratto (OMISSIS).

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo la ricorrente ha contestato la sussistenza dei presupposti della propria responsabilità sia sotto il profilo del difetto di motivazione ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, sia sotto il profilo della violazione di legge ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Sotto il primo profilo ha anzitutto lamentato la mancata considerazione delle modalità con cui il furto era stato commesso (deducendo che la circostanza che i ladri avevano piegato il perno dello sportello antivandalismo, usato una chiave della cassaforte più corta e con denti differenti rispetto all'originale e tagliato il sacco contenente i valori, avrebbe dovuto indurre il giudicante ad escludere la compartecipazione dolosa dei suoi dipendenti) e, in secondo luogo, ha evidenziato la sua estraneità alla convenzione intercorsa tra Gil.Co. e Credito Bergamasco (sostenendo l'inopponibilità nei suoi confronti delle clausole che prevedevano l'esclusività del possesso della chiave e della conoscenza della combinazione). Sotto il secondo profilo, la ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 2049 c.c. in quanto la circostanza della commissione del fatto da parte dei dipendenti, integrando uno specifico presupposto della speciale ipotesi di responsabilità oggettiva, avrebbe dovuto essere provata effettivamente e non in ragione del criterio meramente probabilistico del "più probabile che non".

2. Con il secondo motivo la ricorrente ha contestato il giudizio sulla quantificazione del danno espresso dalla Corte di merito sia sotto il profilo del difetto di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, sia sotto il profilo della violazione di legge sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, evidenziando per un verso la totale mancanza di elementi di prova a sostegno della richiesta di risarcimento e deducendo, per l'altro, la violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. con riferimento agli artt. 2056 e 1226 c.c. sul presupposto che l'entità della somma non avrebbe potuto essere provata tramite un atto (la distinta di versamento) prodotto dalla stessa parte interessata (la quale avrebbe dovuto piuttosto chiamare a testimoniare i propri dipendenti che avevano immesso il denaro nella cassaforte il giorno del furto) e sull'ulteriore rilievo che la concreta possibilità di ricorrere alla prova testimoniale escludeva l'utilizzabilità del criterio equitativo indebitamente evocato dalla Corte di merito.
3. Con il terzo motivo la ricorrente ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato la domanda di manleva in accoglimento della eccezione di prescrizione sotto il duplice profilo della violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'art. 180 c.p.c. ai sensi art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 e dell'omessa insufficiente o contraddittoria motivazione di un fatto controverso e decisivo a norma dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 in relazione all'art. 2952 c.c., comma 3. Ha in particolare dedotto che la predetta eccezione era stata inammissibilmente sollevata da una società assicurativa che aveva assunto un rischio diverso da quello coperto dalla polizza fatta valere in giudizio, mentre la società assicurativa che aveva assunto quest'ultimo rischio assicurativo si era costituita tardivamente in giudizio. L'eccezione era pertanto inammissibile, quanto alla prima società, per difetto di interesse e, quanto alla seconda, perchè tardiva.
4. Con l'unico motivo di ricorso incidentale condizionato gli Assicuratori dei Lloyds (assuntori del rischio di cui al contratto n. (OMISSIS)), hanno dedotto la violazione degli artt. 112 e 269 c.p.c. a norma dell'art. 360 c.p.c., n. 3, nonchè la nullità della sentenza in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4 per avere omesso di pronunciarsi sull'eccezione pregiudiziale di nullità o inammissibilità della sua chiamata in causa (asseritamente tardiva), già sollevata nella comparsa di costituzione in primo grado e ribadita in appello.
5. I primi due motivi del ricorso principale, per ragioni di connessione, possono essere esaminati congiuntamente.
Essi sono infondati in quanto non sussiste nè il vizio di motivazione nè la dedotta violazione dell'art. 2049 c.c..
La norma codicistica disciplina la responsabilità dei preponenti per i fatti illeciti commessi dai loro preposti. Questa responsabilità ha natura di responsabilità oggettiva per fatto altrui e trova fondamento nell'esigenza che chi utilizza e dispone dell'attività lavorativa altrui per i propri fini assuma le conseguenze dannose di tale attività. Sul piano strutturale, per orientamento costante, richiede la compresenza delle tre seguenti condizioni: 1) rapporto di preposizione, 2) fatto illecito posto in essere dal preposto e 3) connessione tra le incombenze di quest'ultimo e il danno subito dal terzo.
1) Il rapporto di preposizione trova la sua ipotesi tipica e principale nel lavoro subordinato ma ricorre, anche al di fuori di tale rapporto, in tutti i casi in cui un soggetto (preponente) utilizza e dispone dell'attività di un altro soggetto (preposto) per i propri fini.
2) Il fatto posto in essere dal preposto deve essere illecito sia sotto il profilo oggettivo che sotto il profilo soggettivo (Sez. 3, Sentenza n. 4742 del 04/03/2005, Rv. 581367). In particolare, sotto il profilo soggettivo, l'illecito del preposto può essere sia doloso che colposo,

ma deve trattarsi di fatto che cagioni un danno a terzi, non essendo invocabile l'art. 2049 c.c. per far valere la responsabilità del preponente in ordine al danno che il preposto abbia cagionato al preponente medesimo o a se stesso (Sez. 3, Sentenza n. 6528 del 22/03/2011, Rv. 617240). Ai fini della responsabilità, infine, non è necessario che sia identificato l'autore del fatto, essendo sufficiente l'accertamento che quest'ultimo, anche se rimasto ignoto, sia legato da rapporto di preposizione (ad es. rapporto di lavoro) con il preponente (cfr.
già, in tema di responsabilità della pubblica amministrazione per il fatto commesso dai suoi dipendenti, Sez. 3, Sentenza n. 976 del 18/04/1966, Rv. 321945).
3) La connessione tra le incombenze e il danno richiede un nesso di "occasionalità necessaria". Per la sussistenza di questo nesso non è necessario che il fatto dannoso derivi dall'esercizio delle incombenze ma è sufficiente che tale esercizio esponga il terzo all'ingerenza dannosa del preposto. Se si verifica questa evenienza il preponente risponde del danno cagionato al terzo anche se il preposto abbia abusato della sua posizione o abbia agito per finalità diverse da quelle per le quali le incombenze gli erano state affidate. Al riguardo questa Corte ha ripetutamente affermato che il rapporto di occasionalità necessaria sussiste nella misura in cui le funzioni esercitate abbiano determinato, agevolato o comunque reso possibile la realizzazione del fatto lesivo, nel qual caso è irrilevante che il dipendente abbia superato i limiti delle mansioni affidategli, od abbia agito con dolo e per finalità strettamente personali (tra le altre, Sez. 3, Sentenza n. 17836 del 22/08/2007, Rv. 598613; Sez. L, Sentenza n. 7403 del 25/03/2013, Rv. 626083; Sez. 3, Sentenza n. 18860 del 24/09/2015, Rv. 637041).
Gli esaminati presupposti racchiudono i criteri di imputazione della figura speciale di responsabilità la cui dimostrazione può essere data, secondo le regole generali, anche mediante prove di carattere indiretto o presuntivo.
Nel caso di specie, la Corte di merito con motivazione priva di vizi logici e incensurabile in questa sede, ha individuato gli elementi costitutivi della responsabilità della Fidelitas ai sensi dell'art. 2049 c.c., con corretta applicazione del ragionamento presuntivo. La Corte, infatti, ha proceduto ad una rigorosa ricognizione dei fatti emersi con certezza nel corso dell'istruttoria e da questi è poi risalita al fatto ignorato fondativo della responsabilità della preponente, consistente nel fatto illecito del preposto.
In particolare, il giudice del merito ha dato debitamente atto che dalle testimonianze assunte e dalla consulenza tecnica espletata sulla cassaforte oggetto del furto era emerso che: - la medesima, inserita nel muro del locale principale dell'area di servizio autostradale, era dotata di uno sportello principale di sicurezza (sul quale si trovava la serratura di una chiave a 16 dentature e una ghiera di combinazione) e di uno sportello antivandalismo (su cui era collocata una serratura più piccola) che copriva lo sportello principale; - la chiave a 16 dentature dello sportello principale di sicurezza era nel possesso esclusivo del personale della Fidelitas così come esclusivamente da tale personale era conosciuta la combinazione per aprire il predetto sportello; - lo sportello antivandalismo era dotato, all'interno, di un perno che si conficcava in un foro presente nella ghiera di combinazione, il quale rimaneva in posizione di "aperto" solo a combinazione disinserita; ciò comportava che lo sportello antivandalismo potesse chiudersi solo quando la combinazione non era impostata, mentre dopo l'inserimento della combinazione - da compiersi necessariamente in seguito all'apertura dello sportello antivandalismo - quest'ultimo non poteva richiudersi in quanto il perno non poteva conficcarsi nel foro, posto in posizione di chiusura; - dopo il furto, la cassaforte era stata ritrovata con lo sportello antivandalismo chiuso ma con il perno interno piegato in

maniera da permetterne la chiusura anche a combinazione impostata; - il sottostante sportello principale di sicurezza era stato aperto con l'inserimento della combinazione (che aveva quindi determinato la chiusura del foro in cui avrebbe dovuto conficcarsi il perno dello sportello antivandalismo) e con l'utilizzo di una chiave a 16 dentature - ancora inserita nella serratura -
leggermente più corta di quella originale, in modo da consentire la chiusura apparente del soprastante sportello antivandalismo.
Sulla base di questi fatti (e in particolare sulla base della circostanza che la chiave a 16 dentature dello sportello principale di sicurezza fosse nel possesso della convenuta nonchè dell'ulteriore circostanza che essa, mediante il suo personale, conoscesse la combinazione del predetto sportello) la Corte di appello è risalita al fatto ignorato consistente nel fatto illecito - doloso o colposo - di uno o più dei dipendenti della Fidelitas, con ciò ritenendo dimostrati i presupposti della responsabilità oggettiva ex art. 2049 c.c..
La Corte ha anche adeguatamente motivato in ordine alle obiezioni circa la possibilità che anche altri soggetti (in particolare il costruttore della cassaforte e il produttore della serratura) potessero disporre di una copia di detta chiave e circa l'ulteriore possibilità che il numero della combinazione fosse stato carpito e le caratteristiche della chiave fossero state copiate in seguito alla rilevazione con microtelecamere a raggi infrarossi ed obiettivi telecomandati applicate sulla cassaforte dopo l'apertura dello sportello antivandalismo. In proposito, difatti, ha ritenuto che, per un verso, la eventuale disponibilità di una copia di detta chiave da parte del costruttore della cassaforte o del produttore della serratura non conducesse ad alcuna ipotesi concretamente valutabile, dovendosi altrimenti sempre ricondurre ogni apertura della cassaforte con chiave ad una responsabilità del produttore o del costruttore, mentre, per altro verso, la possibilità che la dentatura della chiave e la combinazione fossero state carpite con una strumentazione elettronica estremamente sofisticata, quale una microfotocamera a raggi infrarossi con trasmettitore e con batteria applicata all'interno dello sportello antivandalismo, fosse bensì astrattamente ipotizzabile, ma in concreto non desumibile da alcun elemento probatorio.
Nell'ambito di questa ricostruzione, peraltro, la circostanza che il possesso della chiave da parte di Fidelitas fosse stato previsto da una Convenzione tra Gil.Co. e Credito Bergamasco alla quale essa era estranea, è del tutto irrilevante, trattandosi di circostanza di fatto comunque emersa nell'istruttoria.
Alla luce di tali elementi la Corte di merito ha ritenuto sufficientemente provata la fattispecie di cui all'art. 2049 c.c., dovendosi escludere la condivisibilità del rilievo critico sollevato dalla ricorrente in ordine alla non "effettività" della commissione dell'illecito da parte dei preposti. La sussistenza di tale illecito, come degli altri criteri di imputazione, è stata infatti dimostrata con certezza attraverso il ragionamento presuntivo sopra illustrato.
Il riferimento della Corte di appello alla "estrema probabilità" della predetta commissione va inteso come riscontro probatorio coerente con il procedimento inferenziale presuntivo svolto e non come attribuzione di un grado di conferma probatoria inferiore rispetto a quello di certezza raggiunto mediante il procedimento stesso. Nel ragionamento del giudice di merito il riferimento al criterio del "più probabile che non", in altre parole, costituisce conferma del livello di certezza probatoria già raggiunto e non può essere utilizzato per far regredire a livello di prove semi piene o di mera verosimiglianza, risultanze probatorie già adeguatamente apprezzate in termini di certezza.

Venendo ora alle censure mosse dalla ricorrente alla statuizione in ordine all'ammontare del danno deve escludersi sia la sussistenza del dedotto vizio di motivazione sia della dedotta violazione dell'art. 2697 c.c..
Anche in proposito la Corte di merito ha dato adeguata motivazione del proprio insindacabile apprezzamento delle risultanze istruttorie desumendo l'ammontare del danno sulla base della differenza tra la somma indicata nella distinta di versamento e quella residua rinvenuta all'interno della cassaforte dopo il furto ed evidenziando che - per come riferito da uno dei dipendenti dell'Istituto bancario, assunto come testimone - vi era sempre stata coincidenza tra la somma indicata nella predetta distinta e quella ricevuta dalla banca. Alla luce di tale ricostruzione pare privo di pregio il rilievo secondo cui la distinta di versamento, in quanto atto di parte, non avrebbe alcun valore probatorio, con conseguente necessità di assumere la testimonianza di coloro che avevano materialmente proceduto a versare il denaro nella cassa continua. La distinta di versamento infatti non ha costituito unica prova dell'ammontare, ma è stata adeguatamente riscontrata dalla testimonianza assunta. In tale prospettiva i fatti costitutivi della pretesa risarcitoria sono risultati adeguatamente provati anche sotto il profilo del quantum senza che assuma rilevanza in senso contrario, il superfluo riferimento della Corte di merito al criterio equitativo e senza che si profili la paventata violazione dell'art. 2697 c.c..
6. Va rigettato inoltre anche il terzo motivo del ricorso principale in quanto non risultano fondati nè la censura sul vizio di motivazione in relazione all'art. 2952 c.c., comma 3, nè quella sulla violazione dell'art. 180 c.p.c. (testo applicabile ratione temporis).
Non fondato è il rilievo di parte ricorrente secondo cui la Compagnia di assicurazione convenuta - che ha sollevato l'eccezione di prescrizione in primo grado - fosse un altro soggetto, non legittimato a proporre l'eccezione medesima; in proposito, la Corte di merito ha adeguatamente motivato che - a fronte della reiterazione da parte della ricorrente della domanda di garanzia, già proposta in primo grado nei confronti degli Assicuratori dei Lloyd's of London -
questi ultimi avessero "effettivamente" assunto il rischio di cui al contratto n. (OMISSIS) ovvero la polizza di assicurazione "per i danni cagionati da dipendenti dell'assicurato". L'utilizzo dell'avverbio "effettivamente" comporta da parte della Corte di merito il superamento anche dell'ulteriore rilievo formulato dalla ricorrente secondo cui la società assicurativa - che aveva assunto il rischio assicurativo oggetto del rapporto tra le parti si fosse costituita tardivamente; difatti, sebbene per mero errore materiale gli Assicuratori convenuti avessero indicato nella comparsa di costituzione un numero di contratto (OMISSIS) in luogo del numero corretto (OMISSIS), tuttavia il contratto veniva, per un verso, richiamato nell'atto di procura (in calce all'atto di citazione notificato) e per l'altro, allegato agli atti del primo grado;
l'eccezione, inoltre, era stata tempestivamente sollevata nella comparsa di costituzione in giudizio ritualmente depositata dalla società chiamata in garanzia in data 29 maggio 2002.
Correttamente il giudice di appello ha delibato il merito dell'eccezione di prescrizione e - movendo dal rilievo che l'atto di citazione per il risarcimento del danno era stato notificato da Gil.Co in data 4 dicembre 2000 e che la Fidelitas aveva formulato la domanda di garanzia con atto del 13 febbraio 2002 - altrettanto correttamente ha rigettato la domanda in accoglimento della medesima eccezione.

Invero, contrariamente a quanto asserito dalla assicurazione chiamata in causa, la Fidelitas non era incorsa nella decadenza prevista dall'art. 269 c.p.c. atteso che essa aveva comunque indicato nella comparsa di risposta i chiamati in garanzia, pur erroneamente individuandoli, e proprio in ragione di ciò, in seguito alla loro estromissione dal giudizio, aveva ottenuto dal giudice di primo grado la rimessione nei termini per procedere a nuova chiamata.
Peraltro, la domanda in garanzia era stata formulata in violazione del termine annuale stabilito dall'art. 2952 c.c. nella formulazione introdotta dal D.L. 28 agosto 2008, n. 134, art. 3, comma 2 ter, conv., con modif., nella L. 27 ottobre 2008, n. 166, applicabile ratione temporis.
7. Ne discende il rigetto di tutti e tre i motivi del ricorso principale, con conseguente assorbimento dell'unico motivo del ricorso incidentale condizionato.
8. Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito l'incidentale condizionato. Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida, in favore di ciascuno dei controricorrenti, nella complessiva somma di Euro 10.200,00, di cui Euro 200,00 di spese, oltre spese generali ed accessori di legge. Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.
Così deciso in Roma, il 24 febbraio 2016.
Depositato in Cancelleria il 25 maggio 2016

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 19 aprile 2016

Cass. 22 settembre 2015, n. 18691

La concorrenza sleale costituisce fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza, sicché non è ravvisabile ove manchi il presupposto soggettivo del cosiddetto "rapporto di concorrenzialità"; l'illecito, peraltro, non è escluso se l'atto lesivo sia stato posto in essere un soggetto (il cd. terzo interposto), che agisca per conto di un concorrente del danneggiato poiché, in tal caso, il terzo responsabile risponde in solido con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta, mentre ove il terzo sia un dipendente dell'imprenditore che ne ha tratto vantaggio, quest'ultimo ne risponde ai sensi dell'art. 2049 c.c. ancorché l'atto non sia causalmente riconducibile all'esercizio delle mansioni affidate al dipendente, risultando sufficiente un nesso di "occasionalità necessaria" per aver questi agito nell'ambito dell'incarico affidatogli, sia pure eccedendo i limiti delle proprie attribuzioni o all'insaputa del datore di lavoro. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito la quale, accertata la pronuncia di espressioni diffamatorie ascrivibili ad un soggetto persona fisica fiduciario e

mandatario di un concorrente, aveva correttamente imputato a quest'ultimo la responsabilità da concorrenza sleale per denigrazione).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - L'Italcoop Soc. coop. a r.l. convenne in giudizio la Special Coop Italia Soc. coop. a r.l., B.G. e R., per sentirli condannare al risarcimento dei danni cagionati da atti di concorrenza sleale consistenti nella costituzione della società convenuta, avente denominazione assonante ed oggetto sociale affine a quello di essa attrice, nell'uso di segni distintivi simili, nello storno di soci lavoratori, nello sviamento di clientela, nell'artificiosa pratica di bassi prezzi e nella sottrazione di documentazione.

Si costituirono i convenuti, e resistettero alla domanda, chiedendo in via riconvenzionale la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni derivanti dalla diffusione di notizie false e denigratorie nei confronti della Special Coop e di B.G..

1.1. - Con sentenza del 6 dicembre 2001, il Tribunale di Milano accolse parzialmente la domanda principale, ritenendo sussistente unicamente la concorrenza sleale per sviamento della clientela, ravvisarle nella diffusione di una lettera circolare sottoscritta dal B., e condannando quest'ultimo e la Special Coop al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separato giudizio; dichiarò invece inammissibile la domanda riconvenzionale proposta dai convenuti.

2. - L'impugnazione proposta dalla Special Coop e dai B. è stata parzialmente accolta dalla Corte d'Appello di Milano, che con sentenza non definitiva del 28 dicembre 2004 ha dichiarato ammissibile la domanda riconvenzionale, confermando nel resto la sentenza di primo grado, e con sentenza definitiva del 15 maggio 2007 ha ritenuto sussistente la concorrenza sleale anche a carico dell'Ital-coop, condannandola al risarcimento dei danni arrecati agli appellanti, da liquidarsi in separato giudizio.

A fondamento della decisione, la Corte ha ritenuto che dalle deposizioni dei testimoni escussi emergesse effettivamente la diffusione di notizie false ed apprezzamenti idonei a determinare discredito nei confronti della Special Coop e del B., attribuendone la paternità a G.D., il quale, nell'incontestata qualità di fiduciario e mandatario della società appellata, in occasione della riconsegna dei libretti di lavoro a due dipendenti passate alla Special Coop, si era lasciato andare ad affermazioni diffamatorie nei confronti del B., accusandolo di essere mafioso e di essere stato arrestato per aver sottratto denaro alla società; tali affermazioni, volte a scoraggiare il trasferimento, erano state fatte in modo subdolo e tendenzioso e in un contesto tale da indurre nelle lavoratrici un giudizio fortemente negativo in ordine alla persona del B. ed alle loro prospettive di lavoro presso la nuova società.

3. - Avverso la predetta sentenza l'Italcoop propone ricorso per cassazione, articolato in tre motivi. Gl'intimati non hanno svolto attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo d'impugnazione, la ricorrente denuncia la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2598 cod. civ., nonchè l'omessa o insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, osservando che la sentenza impugnata ha imputato alla società frasi denigratorie proferite da un suo socio lavoratore, senza accertare se esse fossero state pronunciate per conto della società ovvero in collegamento con la stessa. Premesso che la controversia traeva origine dal recesso del B. dall'Italcoop, a seguito della sua estromissione dalla gestione della filiale di (OMISSIS) e dell'affidamento della stessa al G., afferma che l'incarico conferito a quest'ultimo, limitato a tale aspetto operativo, non consentiva di ascrivere ad essa ricorrente le frasi da lui pronunciate, non essendo stata dimostrata la riconducibilità delle stesse alla volontà della società o la sussistenza di un nesso di occasionalità necessaria con le mansioni affidate al socio lavoratore.

1.1. - Il motivo è infondato.

Com'è noto, il principio secondo cui la concorrenza sleale costituisce una fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato in concorrenza, pur escludendone la configurabilità in mancanza del presupposto oggettivo rappresentato dal cd. rapporto di concorrenzialità, non impedisce di ravvisare l'illecito in questione anche nel caso in cui l'atto lesivo del diritto del concorrente venga posto in essere da un soggetto (cd. terzo interposto) che, pur non essendo egli stesso in possesso dei necessari requisiti soggettivi, ovverosia della qualità di concorrente del danneggiato, si trovi con il soggetto avvantaggiato in una particolare relazione, tale da far ritenere che l'atto sia stato oggettivamente compiuto nell'interesse di quest'ultimo (cfr. Cass., Sez. 1, 6 giugno 2012, n. 9117; 9 agosto 2007, n. 17459; 8 settembre 2003, n. 13071). Qualora poi, come nella specie, l'autore dell'illecito sia un dipendente dell'imprenditore che ne ha tratto vantaggio, quest'ultimo è tenuto a risponderne ai sensi dell'art. 2049 cod. civ., sulla base del mero rapporto intercorrente con il soggetto agente, anche se l'atto non sia causalmente riconducibile allo esercizio delle mansioni affidate a quest'ultimo, risultando sufficiente che tra le stesse e l'illecito sia configurabile un rapporto di occasionalità necessaria, nel senso che il dipendente abbia agito nell'ambito dell'incarico affidatogli, sia pur eccedendo i limiti delle proprie attribuzioni o all'insaputa del datore di lavoro (cfr. Cass., Sez. 3, 4 aprile 2013, n. 8210; 12 marzo 2008, n. 6632; Cass., Sez. lav., 25 marzo 2013, n. 7403).

Alla stregua di tali principi, costantemente ribaditi dalla giurisprudenza di legittimità, non merita censura la sentenza impugnata, nella parte in cui, pur avendo accertato che le espressioni diffamatorie nei confronti del B. e denigratorie nei confronti della Special Coop erano ascrivibili al G., ne ha addebitato la responsabilità all'Italcoop, in virtù del rapporto di dipendenza intercorrente tra quest'ultima ed il predetto soggetto, nonchè della circostanza, concordemente riferita dai testi, che le medesime espressioni erano state pronunciate in occasione della chiusura dei rapporti di lavoro con altri dipendenti. L'affermazione della ricorrente, secondo cui il G. subentrò al B. nella gestione della filiale di (OMISSIS) della Cooperativa, suona d'altronde come un'ulteriore conferma della circostanza, ritenuta pacifica dalla sentenza impugnata e desunta comunque anche dalle deposizioni dei testi, che l'autore

dell'illecito agì in qualità di fiduciario o mandatario dell'Italcoop, alla quale pertanto la Corte di merito ha correttamente imputato gli effetti delle sue dichiarazioni.

2. - Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione o la falsa applicazione dell'art. 2598 c.c., nn. 2 e 3, sostenendo che, nel qualificare come atti di concorrenza sleale le espressioni riferite dai testi, la Corte di merito non ha considerato che le stesse non riguardavano i prodotti o l'attività della Special Coop, ma vicende personali del B., estranee all'attività prestata nell'ambito della Special Coop o al periodo in cui ne era socio, ed attinenti al rapporto intercorso con l'Italcoop; esse, non essendo rivolte ai clienti ma a soci lavoratori già transitati nella Special Coop, non integravano una forma di divulgazione illecita, e non erano quindi idonee a provocare discredito, nè potevano cagionare alcun danno all'impresa concorrente.

2.1. - Il motivo è infondato.

Ai fini della configurabilità della concorrenza sleale per denigrazione, non è infatti necessario che le notizie e gli apprezzamenti diffusi tra il pubblico riguardino specificamente i prodotti dell'impresa concorrente, potendo gli stessi avere ad oggetto anche circostanze od opinioni inerenti più in generale all'attività di quest'ultima, e quindi anche alla sua organizzazione o al modo di agire dell'imprenditore nell'ambito professionale (con esclusione, quindi, della sua sfera strettamente personale e privata), la cui conoscenza da parte dei terzi risulti comunque idonea a ripercuotersi negativamente sulla considerazione di cui l'impresa gode presso i consumatori. E' pur vero che la lettera dell'art. 2598 c.c., n. 2, richiedendo la "diffusione" delle notizie e degli apprezzamenti denigratori, fa riferimento ad un'effettiva propalazione di fatti e giudizi tra un numero indeterminato, o quanto meno tra una pluralità di persone, in tal modo escludendo, in linea di principio, la configurabilità della fattispecie in esame nell'ipotesi di esternazioni occasionalmente rivolte a singoli interlocutori nell'ambito di separati e limitati colloqui (cfr.

Cass., Sez. 1, 8 marzo 2013, n. 5848; 30 maggio 2007, n. 12681).

Nella specie, tuttavia, la potenzialità lesiva delle dichiarazioni denigratorie è stata affermata in virtù del loro contenuto fortemente diffamatorio e della loro destinazione ai dipendenti dell'Italcoop in procinto di trasferirsi presso la Special Coop, nonchè della finalità dissuasiva della divulgazione, che. in quanto volta a scoraggiare l'assunzione di tali iniziative da parte dei lavoratori, è stata correttamente ritenuta sufficiente a dimostrare il carattere non occasionale della condotta e la portata espansiva della comunicazione, rivolta a soggetti determinati ma idonea ad estendere i propri effetti ad una pluralità di persone (cfr. al riguardo, Cass., Sez. 1, 29 luglio 1968, n. 2728).

3. - Con il terzo ed ultimo motivo, la ricorrente lamenta la violazione o la falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e/o dell'art. 2598 cod. civ., rilevando che la condanna al risarcimento dei danni è stata pronunciata anche in favore di B.R., sebbene la relativa domanda fosse stata proposta soltanto dalla Special Coop e da B.G.; aggiunge che, nel riconoscere ai B. il predetto diritto, la Corte di merito non ha considerato che gli stessi non rivestivano la qualità di imprenditori, con la conseguente esclusione della configurabilità di un rapporto di concorrenza con essa ricorrente.

3.1. - Il motivo è parzialmente fondato.

Come si evince dalle conclusioni rassegnate nel giudizio d'appello e riportate testualmente nell'epigrafe della sentenza impugnata, la domanda proposta in via riconvenzionale, pur trovando fondamento nell'asserita diffusione di notizie ed apprezzamenti idonei a screditare la Special Coop ed il suo presidente B.G., aveva ad oggetto la condanna dell'attrice al risarcimento dei danni in favore di tutti i convenuti: può quindi escludersi che, nel pronunciare la predetta condanna, la Corte territoriale sia incorsa in ultrapetizione, ravvisabile esclusivamente nel caso in cui il giudice di merito, interferendo nel potere dispositivo delle parti, abbia alterato gli elementi obiettivi dell'azione, sostituendo i fatti costitutivi della pretesa (cd. causa petendi) o emettendo un provvedimento diverso da quello richiesto (c.d. petitum immediato), ovvero attribuendo o negando un bene della vita diverso da quello conteso (c.d. petitum mediato) (cfr. ex plurimis, Cass., Sez. lav., 11 gennaio 2011, n. 455; Cass., Sez. 3, 22 marzo 2007, n. 6945;

Cass., Sez. 2, 12 luglio 2005, n. 14552).

Mentre peraltro alla Special Coop doveva essere senz'altro riconosciuta la qualità di soggetto passivo dell'illecito concorrenziale, in quanto società commerciale esercente un'attività in concorrenza con quella dell'Italcoop, non poteva dirsi altrettanto per B.G. e R., i quali, come è pacifico tra le parti, rivestono rispettivamente la carica di amministratore e la qualità di socio della società convenuta: la fattispecie prevista dall'art. 2598 cod. civ., presupponendo innanzitutto la sussistenza di un rapporto di concorrenzialità tra soggetti che esercitino contemporaneamente un'attività industriale o commerciale in un ambito territoriale anche solo potenzialmente comune, non è infatti configurabile nell'ipotesi in cui, come accade nella specie, uno di essi non sia in possesso della qualifica di imprenditore, svolgendo la predetta attività non già in proprio, ma attraverso una società. Nei confronti di B.G., che aveva costituito direttamente e personalmente oggetto delle dichiarazioni denigratorie, la mancanza della qualifica d'imprenditore non impediva tuttavia di affermare l'illiceità dell'attività posta in essere dal fiduciario dell'Italcoop, la cui portata diffamatoria, traducendosi nella lesione dell'onore e della reputazione dell'interessato, consentiva ugualmente il riconoscimento della responsabilità della società attrice, ai sensi degli artt. 2043 e 2049 cod. civ., indipendentemente dalla configurabilità dell'illecito concorrenziale. E' solo nei confronti di B.R., dunque, che il difetto della qualifica d'imprenditore impediva di ravvisare qualsiasi responsabilità a carico della società attrice, non essendo da un lato configurabile rispetto a quest'ultima il rapporto di concorrenzialità richiesto dall'art. 2598 cod. civ., e non potendo la convenuta essere considerata soggetto passivo del reato di cui all'art. 595 cod. pen., in quanto le dichiarazioni diffamatorie del G. si riferivano esclusivamente all'amministratore della Special Coop. 4. - La sentenza impugnata va pertanto cassata, nei limiti segnati dai motivi accolti, e, non risultando necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c., con il rigetto della domanda di risarcimento dei danni proposta da B.R..

5. - La mancata costituzione della Special Coop e di B. G. esclude la necessità di provvedere al regolamento delle spese del giudizio di legittimità nei rapporti tra gli stessi e la ricorrente.

Nei rapporti tra quest'ultima e B.R., la peculiarità delle questioni trattate induce invece a dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese dei tre gradi di giudizio.

P.Q.M.

La Corte rigetta i primi due motivi di ricorso, accoglie parzialmente il terzo motivo, cassa la sentenza impugnata, e, decidendo nel merito, rigetta la domanda di risarcimento dei danni proposta da B.R.; dichiara interamente compensate le spese dei tre gradi di giudizio tra l'Italcoop Soc. coop. a r.l. e B.R..

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Prima Sezione Civile, il 30 aprile 2015.

Depositato in Cancelleria il 22 settembre 2015

RESPONSABILITÀ PER DANNO DA DA PRODOTTO DIFETTOSO

Cass., 19 febbraio 2016, n. 3258

La responsabilità del prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato, ai sensi dell'art. 8 d.P.R. n. 224 del 1988, la prova specifica del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno, ciò rappresentando un prerequisito della responsabilità stessa, con funzione delimitativa dell'ambito di applicabilità di essa.

RITENUTO IN FATTO

1. - C.M. proponeva impugnazione avverso la sentenza del Tribunale di Roma, del 26 febbraio 2008, con la quale era stata rigettata la sua domanda di condanna della Procter & Gamble s.r.l. al risarcimento dei danni patiti a seguito dell'esplosione di un fustino di candeggine (marca "ACE"), prodotto dalla medesima società convenuta, avvenuta durante il suo normale utilizzo ad opera dell'attrice in data 18 luglio 2003, presso la sua abitazione in (OMISSIS).

A tal riguardo, il giudice di primo grado aveva ritenuto "insussistente la prova della riconducibilità del fatto ad un difetto del prodotto (anche in esito all'impossibilità per il nominato c.t.u. di procedere all'esame del fustino di candeggina per l'avvenuta sottrazione dello medesimo subito prima dell'inizio delle operazioni del consulente tecnico)".

2. - L'adita Corte di appello di Roma, con sentenza resa pubblica il 18 ottobre 2011, rigettava il gravame, con condanna dell'appellante al pagamento delle spese di lite.

2.1. - La Corte territoriale - premesso che in base al D.P.R. n. 224 del 1988 (applicabile ratione temporis alla fattispecie), configurante un'ipotesi di responsabilità oggettiva del produttore (o importatore), il danneggiato è onerato della prova del danno, del difetto del prodotto e del nesso causale tra danno e difetto (art. 8), mentre spetta al produttore (o importatore) la prova dei fatti idonei ad escludere la propria responsabilità (art. 6) - reputava, al pari del primo giudice, che la C. non avesse fornito prova del difetto del prodotto utilizzato.

La Corte di appello evidenziava, infatti, che "la prova espletata in primo grado aveva dimostrato, unicamente, che un fustino ACE era stato riscontrato come rotto durante l'utilizzo che ne aveva fatto (o che ne doveva fare) la sig.ra C." (e che, a seguito di detta rottura, per la fuoriuscita del liquido la medesima C. era stata "colpita al volto"), ma non vi era "prova che quello specifico prodotto si fosse rotto per un difetto di produzione piuttosto che per un semplice fatto accidentale ascrivibile alla danneggiata (per un uso anomalo del contenitore; per una caduta di una parte del corpo della sig.ra sul contenitore ancora pieno e con il tappo avvitato)".

2.2. - Nè, soggiungeva il giudice di secondo grado, la prova della quale era onerata la C. avrebbe potuto essere raggiunta con l'ausilio di una consulenza tecnica "da espletare non sullo specifico oggetto del contendere (il fustino ACE che si ruppe il giorno 18 luglio 2003) ma su ipotetici difetti di un prodotto standard da comparare, e valutare come compatibili, con la rottura del contenitore utilizzato dalla appellante".

Ciò non solo perchè la c.t.u. non era un mezzo di prova, ma anche perchè il consulente non poteva sopperire alla carenze probatorie della parte, là dove - ai fini della responsabilità per prodotto difettoso - la prova "non può essere limitata alla sola dimostrazione di un contatto tra un prodotto ed il consumatore ed ad una generica allegazione di un esito dannoso come conseguenza dell'uso di quel prodotto, dovendo dimostrare quale fosse esattamente il prodotto usato ed il difetto", ossia, nella specie, il "difetto di quello specifico FUSTINO ACE utilizzato nella giornata del 18 luglio 2003 (ad esempio allegando delle fotografie raffiguranti quel fustino con le rotture di cui hanno fatto cenno i testimoni)".

3. - Per la cassazione di tale sentenza ricorre C.M. sulla base di quattro motivi.

Resiste con controricorso la Procter & Gamble s.r.1., che ha anche depositato memoria.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Con il primo mezzo è denunciata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e/o falsa applicazione del D.P.R. n. 224 del 1988, art. 8 e art. 2697 c.c., in relazione al medesimo D.P.R. n. 224, art. 5.

La Corte territoriale avrebbe errato nell'applicare le norme indicate in rubrica, giacchè, nonostante essa C. avesse dato prova del danno e del "nesso causale", ha ritenuto non raggiunta la prova della difettosità del prodotto, assumendone una nozione non rispondente a quella desumibile dal D.P.R. n. 224 del 1988, art. 5, ossia di prodotto dal "funzionamento anomalo rispetto ai propri standards", come dalla stessa giurisprudenza di legittimità evidenziato (Cass. n. 20985 del 2007).

Nella specie, la stessa Corte di appello aveva ritenuto dimostrata, in base alle prove testimoniali, la rottura del fustino ACE nella parte inferiore, che "non è altro che un anomalo funzionamento del prodotto" rispetto alle normali aspettative, altresì incorrendo in illogicità là dove ipotizzava che l'evento dannoso potesse ascriversi ad "uso anomalo" del prodotto.

2. - Con il secondo mezzo è dedotto vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Sarebbe illogica la conclusione dell'assenza di prova di difettosità del prodotto in quanto "una rottura di un flacone di plastica alla base non può che integrare una situazione del tutto anomala di funzionamento di un prodotto".

3. - Con il terzo mezzo è prospettata, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 4, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 61, 191, 115 e 116 c.p.c..

La Corte di appello, in violazione delle disposizioni indicate in rubrica, avrebbe errato a ritenere che le istanze istruttorie formulate da essa C. fossero inidonee a fornire la prova della difettosità del prodotto e, segnatamente, che lo fosse l'espletamento della c.t.u., già ammessa, ma non eseguita per "impossibilità di esaminare il flacone ACE de quo in dipendenza del suo inopinato trafugamento" (avendo il Tribunale disposto di non proseguire più nelle operazioni peritali per loro "inutilità"), mentre lo stesso c.t.u. aveva già predisposto una serie di quesiti da sottoporre alla società convenuta volti ad una "valutazione scientifica delle caratteristiche di serie del flacone ACE", che avrebbero potuto corroborare il quadro probatorio già raggiunto.
4. - Con il quarto mezzo è dedotto vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.
Sarebbe insufficiente e contraddittoria la motivazione della Corte territoriale sulla "rilevanza o meno ai fini della decisione di una indagine peritale senza l'esame del particolare flacone ACE oggetto di lite".
5. - I motivi, da esaminarsi congiuntamente per la loro stretta connessione, sono infondati.
5.1. - Questa Corte ha già affermato (tra le altre, Cass., 29 maggio 2013, n. 13458 e i precedenti ivi richiamati) che la responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poichè prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto.
Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato - ai sensi del D.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, art. 8 (trasfuso nell'art. 120 del c.d. "codice del consumo") - la prova specifica del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno, ciò rappresentando un prerequisito della responsabilità stessa, con funzione delimitativa dell'ambito di applicabilità di essa.
Quanto, poi, alla difettosità del prodotto, essa si correla al concetto di "sicurezza", nel senso che è difettoso - ai sensi del D.P.R. n. 224 del 1988, art. 5 (oggi trasfuso nell'art. 117 Codice del Consumo) - quel prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere in relazione al modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, alla sua presentazione, alle sue caratteristiche palesi alle istruzioni o alle avvertenze fornite, all'uso per il quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, e ai comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere, al tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.
E' stato, quindi, precisato (cfr. ancora Cass. n. 13458 del 2013, cit.) che il concetto di difetto cosi assunto è "sostanzialmente riconducitele al difetto di fabbricazione ovvero alle ipotesi ...
dell'assenza o carenza di istruzioni ed è strettamente connesso al concetto di sicurezza". Per cui, anche assumendo come parametro integrativo di riferimento la nozione di prodotto "sicuro" contenuta nella disciplina sulla sicurezza generale dei prodotti (successiva ai fatti di cui si controverte) di cui al D.Lgs. n. 172 del 2004, ora riprodotta nell'art. 103 Codice del consumo, "il livello di sicurezza prescritto, al di sotto del quale il prodotto deve, perciò, considerarsi difettoso, non corrisponde a quello della sua più rigorosa innocuità, dovendo, piuttosto, farsi riferimento ai requisiti di sicurezza generalmente richiesti dall'utenza in relazione alle circostanze specificamente indicate dall'art. 5, sopra cit. o ad altri elementi in concreto valutabili e concretamente valutati dal giudice di merito, nell'ambito dei quali, ovviamente, possono e debbono farsi rientrare gli standards di sicurezza eventualmente imposti dalle norme in materia".

Si è, dunque, puntualizzato che "il danno non prova indirettamente, di per sè, la pericolosità del prodotto in condizioni normali di impiego, ma solo una più indefinita pericolosità del prodotto di per sè insufficiente per istituire la responsabilità del produttore, se non sia anche in concreto accertato che quella specifica condizione di insicurezza del prodotto si pone al di sotto del livello di garanzia di affidabilità richiesto dalla utenza o dalle leggi in materia" (così ancora Cass. n. 13458 del 2013, con riferimento a Cass. 13 dicembre 2010, n. 25116).
Di talchè, "sebbene la prova della difettosità di un prodotto possa basarsi su presunzioni semplici, non costituisce corretta inferenza logica ritenere che il danno subito dall'utilizzatore di un prodotto sia l'inequivoco elemento di prova indiretta del carattere difettoso di quest'ultimo, secondo una sequenza deduttiva che, sul presupposto della difettosità di ogni prodotto che presenti un'attitudine a produrre danno, tragga la certezza dell'esistenza del difetto dalla mera circostanza che il danno è temporalmente conseguito all'utilizzazione del prodotto stesso" (sempre Cass. n. 13458 del 2013, cit.).
5.2. - Nell'alveo dei rammentati principi giuridici della materia si è mantenuta la sentenza della Corte capitolina (cfr. sintesi della motivazione ai 2.1. e 2.2. del "Ritenuto in fatto" che precede, alla quale si rinvia integralmente), la cui ratio decidendi - lungi dal contrastare il concetto di difettosità del prodotto innanzi indicato, nonchè dall'essere effettivamente attinta dalla doglianza che postula, contrariamente all'accertamento del giudice del gravame, esser stata raggiunta la prova del nesso causale tra difetto e danno - piuttosto si snoda, tramite un argomentare logico-giuridico che è in linea con le coordinate sopra evidenziate, proprio sul piano della rilevata carenza probatoria in ordine al "difetto" presente in quel determinato prodotto utilizzato dalla C..
Non risulta, quindi, scalfita dalle doglianze della ricorrente la valutazione - spettante soltanto al giudice del merito e, nella specie, sviluppatasi in consonanza con i criteri di inferenza logica evidenziati dalla più volte citata Cass. n. 13458 del 2013 e, dunque, senza potersi attribuire rilievo dirimente all'esistenza di un danno seguito all'utilizzazione del prodotto - sull'assenza di una prova presuntiva favorevole all'attrice, non integrando gli estremi degli indizi precisi, gravi e concordanti il mero riscontro testimoniale della rottura, in un certo modo, del flacone di candeggina, insufficiente a poter far ritenere la difettosità del prodotto in assenza di ulteriori elementi convergenti in tal senso e sull'uso effettivamente fattone dello stesso da parte della danneggiata dal momento dell'acquisto.
Del pari esente da vizi logici e giuridici è la decisione operata, in forza della discrezionalità a tal riguardo spettante al giudice del merito, dalla Corte territoriale di non dar seguito alla c.t.u. richiesta dalla C. (cfr., segnatamente, p.2.2. del "Ritenuto in fatto" che precede, cui si rinvia), palesandosi congrua la motivazione che la sorregge (sul sindacato in tale prospettiva cfr., tra le altre, Cass., 3 gennaio 2011, n. 72), giacchè valorizzante, precipuamente, l'impossibilità di poter effettuare gli accertamenti tecnici proprio sul prodotto che si assumeva difettoso e, dunque, in assenza di dimostrazione di "quale fosse esattamente il prodotto usato ed il difetto", cosi anche da evitare una consulenza meramente esplorativa, nonchè di sollevare la parte dall'onere di prova su di essa gravante.
6. - Il ricorso va, dunque, rigettato e la ricorrente condannata, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., comma 1, al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

LA CORTE rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, che liquida, in favore della società controricorrente, in complessivi Euro 10.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 19 novembre 2015.
Depositato in Cancelleria il 19 febbraio 2016

ATTI EMULATIVI ED ABUSO DEL DIRITTO

Cass., 22 gennaio 2016, n. 1209

L'atto emulativo vietato ex art. 833 c.c. presuppone lo scopo esclusivo di nuocere o di recare pregiudizio ad altri, in assenza di una qualsiasi utilità per il proprietario, sicché non è riconducibile a tale categoria un atto comunque rispondente ad un interesse del proprietario, né potendo il giudice compiere una valutazione comparativa discrezionale fra gli interessi in gioco o formulare un giudizio di meritevolezza e prevalenza fra gli stessi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. D.G.A., proprietaria di due unità immobiliari nel fabbricato sito in (OMISSIS), conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Foggia, sezione distaccata di Cerignola, il Condominio dell'edificio suddetto esponendo che l'impianto di riscaldamento centralizzato era stato disattivato con delibera assembleare del 25 luglio 1991, dichiarata nulla dal Tribunale di Foggia con sentenza confermata in sede di gravame e passata in cosa giudicata.

Ciò posto, la D.G. chiedeva ordinarsi al Condominio convenuto l'immediato ripristino dell'impianto centralizzato di riscaldamento.

Il Condominio si costituiva, eccependo l'intento esclusivamente emulativo dell'azione ex adverso intrapresa, atteso che nelle more tutti i condomini, compresa la D.G., si erano dotati di impianto autonomo di riscaldamento. Pertanto, chiedeva il rigetto della domanda attrice.

Con sentenza n. 5 del 9-1-2006 il Tribunale, qualificando di natura possessoria la domanda, l'accoglieva, ordinando al convenuto di reintegrare immediatamente la D.G. nel possesso dell'impianto di riscaldamento centralizzato, mediante il ripristino.

Con sentenza dep. il 30 dicembre 2010 la Corte di appello di Bari, in riforma della sentenza impugnata dal convenuto, rigettava la domanda proposta dall'attrice.

Dopo avere premesso la natura petitoria e non possessoria dell'azione di ripristino dell'impianto disattivato a seguito di delibera condominiale dichiarata nulla, i Giudici ritenevano la natura emulativa della richiesta avanzata dall'attrice.

La sentenza, al riguardo, affermava che: non avendo l'attrice chiesto o comunque ottenuto la sospensione della delibera condominiale impugnata, i numerosi condomini dell'edificio, costituito da due corpi di fabbrica, si erano dotati di impianti autonomi di riscaldamento, ad eccezione della D.G.; l'impianto di riscaldamento centralizzato non avrebbe potuto essere ripristinato senza importanti ed onerose opere di trasformazione e adeguamento, posto che la centrale termica non rispettava i requisiti fondamentali ai fini della sicurezza, anche in considerazione della abusiva coesistenza tra impianto termico centralizzato e quello idrico. In proposito, i Giudici evidenziavano che, secondo quanto accertato dal consulente, non sarebbe stato possibile riattivare l'attuale impianto alimentato a gasolio con uno nuovo, in quanto mancavano le condizioni di sicurezza per garantire l'incolumità degli stessi inquilini e dei fabbricati limitrofi.

In sostanza, la necessità di rilevanti e radicali opere di trasformazione, fra cui in primo luogo la separazione dell'impianto per la produzione dell'acqua calda, avrebbe comportato la spesa di somme oscillanti fra i 173.500,00 e 251.500,00 Euro, esclusi i costi per la messa a norma della centrale termica, oltre agli altri disagi e spese per la installazione degli impianti per la produzione di acqua calda in ogni singolo appartamento e la spesa di un combustibile, il gasolio, più oneroso del metano.

Secondo i Giudici la pretesa azionata configurava l'abuso del diritto, potendo la condomina trovare legittimo ristoro nella tutela risarcitoria; richiamata la evoluzione normativa diretta a incentivare la trasformazione degli impianti di riscaldamento centralizzati in quelli autonomi, si affermava che vi sarebbe stata sproporzione fra l'utile conseguibile dall'attrice con il ripristino e quello imposto alla quasi totalità dei condomini, posto che la medesima avrebbe potuto dotarsi di impianto autonomo unifamiliare con adeguato ristoro per le spese al riguardo occorrenti, mentre sarebbe stato particolarmente oneroso per gli altri condomini ripristinare un impianto obsoleto e non il linea con le politiche di risparmio energetico e con le condizioni di sicurezza.

2. Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione la D. G. sulla base di tre motivi illustrati da memoria.

Resiste con controricorso l'intimato.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo, lamentando violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., censura la sentenza per avere applicato la categoria dell'abuso del diritto a una fattispecie diversa da quelle -in materia contrattuale - alle quali fa riferimento la giurisprudenza della S. C. richiamata dai Giudici. Deduce che in ogni caso, fra i presupposti dell'abuso del diritto, vi è la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate, che vanno sempre ricondotte alla tutela della posizione sostanziale corrispondente al diritto in oggetto. Nella specie, a seguito dell'annullamento della delibera condominiale - che aveva immediatamente disposto l'attuazione della trasformazione dell'impianto centralizzato mentre all'ordine del giorno si era fatto riferimento all'avvio del percorso diretto alla trasformazione in impianti autonomi unifamiliari - l'unica modalità per eliminare le conseguenze illegittime della dichiarata illegittimità della innovazione era rappresentata dal ripristino.

2. Il secondo motivo, lamentando omessa o insufficiente motivazione, denuncia la lacunosa considerazione delle risultanze tecniche laddove non erano state esaminate o erano state travisate le circostanze e le valutazioni di cui alla consulenza tecnica, la quale aveva evidenziato la fattibilità e la convenienza economica del ripristino dell'impianto centralizzato nonchè la illegittimità degli impianti unifamiliari realizzati dai condomini in violazione delle prescrizioni di legge.

3. Il terzo motivo, lamentando violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui alla L. n. 10 del 1991, denuncia la illegittimità degli impianti riscaldamento autonomo unifamiliari realizzati dai condomini con rischio per la salute ed illegittimità amministrativamente sanzionata: il Giudice aveva comparato un presunto esercizio abusivo con l'esigenza, ritenuta prevalente, di tutelare una posizione nient'affatto meritevole di tutela.

4. Il quarto motivo censura la sentenza laddove, dando rilevanza alla mancata sospensione della esecutività della delibera, che peraltro era stata chiesta e non concessa, non aveva verificato se fosse ispirata a buona fede e correttezza la condotta tenuta da controparte che avrebbe potuto sanare la delibera illegittima riconvocando la assemblea su un ordine del giorno correttamente formulato per l'adizione degli accorgimenti tecnici necessari per attuare il passaggio a un sistema di impianti di riscaldamento unifamiliari.

5. I motivi, da trattare congiuntamente per la stretta connessione, vanno accolti nei limiti di cui dirà infra.

Occorre premettere che, vertendosi in tema di proprietà ovvero di comproprietà di un bene condominiale, la (denunciata) antigiuridicità della condotta posta in essere dall'attrice andava verificata con riferimento alla previsione di cui all'art. 833 c.c., secondo cui il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri. La norma ha la finalità di assicurare che l'esercizio del diritto di proprietà risponda alla funzione riconosciuta al titolare dall'ordinamento, impedendo che i poteri e le facoltà dal medesimo esercitate si traducano in atti privi di alcun interesse per il proprietario ma che, per le modalità con cui sono posti in essere, abbiano l'effetto di recare pregiudizio ad altri: in sostanza, l'atto deve essere obiettivamente privo di alcuna utilità per il proprietario ma di per sè idoneo ad arrecare danno a terzi, dovendo poi il requisito del c.d. animus nocendi essere accertato alla stregua della condotta, quale si è esteriorizzata in concreto, e da cui possa trarsi inequivocabilmente la prova dell'assenza di interesse per il proprietario di compiere un atto pregiudizievole ai terzi. Pertanto, non può ritenersi emulativo l'atto che comunque risponda a un interesse del proprietario, dovendo escludersi che il giudice possa compiere una valutazione comparativa discrezionale fra gli interessi in gioco ovvero formulare un giudizio di meritevolezza e di prevalenza fra l'interesse del proprietario e quello di terzi.
Orbene, nella specie il diritto al ripristino dell'impianto di riscaldamento rispondeva all'utilità della condomina di potere usufruire di un servizio comune che era stato illegittimamente disattivato dall'assemblea dei condomini che, proprio in attuazione di tale illegittima delibera, si erano poi dotati di impianto autonomo. La sentenza, nel ritenere nella specie l'abuso del diritto da parte dell'attrice, ha erroneamente fatto riferimento, da un lato, alla natura e all'entità delle opere di radicale trasformazione che si sarebbero necessarie per il ripristino dell'impianto (quando ormai tutti gli altri condomini si erano dotati di impianto unifamiliare) - ovvero alla onerosità del ripristino - e, dall'altro, alla circostanza che l'attrice avrebbe potuto dotarsi di un impianto unifamiliare (e chiedere il risarcimento del danno determinato dai costi e dai disagi): in tal modo, ha ravvisato l'abuso del diritto formulando un inammissibile giudizio di proporzionalità fra l'utilità conseguibile dalla condomina e l'onerosità che ne sarebbe derivata ai condomini.
Il ricorso va accolto. La sentenza va cassata con rinvio, anche per le spese della presente fase, ad altra sezione della Corte di appello di Bari.
Ai sensi dell'art. 384 c.p.c., va formulato il seguente principio di diritto: "Tenuto conto che, ai sensi dell'art. 833 c.c., integra atto emulativo esclusivamente quello che sia obiettivamente privo di alcuna utilità per il proprietario ma dannoso per altri, è legittima e non configura abuso del diritto la pretesa del condomino al ripristino dell'impianto di riscaldamento centralizzato soppresso dall'assemblea dei condomini con delibera dichiarata illegittima, essendo irrilevanti sia la onerosità per gli altri condomini - nel frattempo dotatisi di impianti autonomi unifamiliari - delle opere necessarie a tale ripristino sia l'eventuale possibilità per il condomino di ottenere eventualmente, a titolo di risarcimento del danno, il ristoro del costo necessario alla realizzazione di un impianto di riscaldamento autonomo".

P.Q.M.

accoglie il ricorso per quanto in motivazione cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese della presente fase, ad altra sezione della Corte di appello di Bari.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 1 dicembre 2015.
Depositato in Cancelleria il 22 gennaio 2016

IL MUTAMENTO DELLA DETENZIONE IN POSSESSO

Cass., 22 aprile 2016, n. 8213

La mera mancata riconsegna del bene al comodante, nonostante le reiterate richieste di questi, a seguito di estinzione del comodato è inidonea a determinare l'interversione della detenzione in possesso, traducendosi nell'inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita, suscettibile, in sé, di integrare un'ordinaria ipotesi di inadempimento contrattuale all'obbligo restitutorio gravante per legge sul comodatario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con atto 13.7.2002, la Piave Costruzione srl convenne davanti al Tribunale di Padova sez. dist. di Este, R.E. chiedendone la condanna al rilascio di un immobile in (OMISSIS), occupato senza alcun titolo.

Il R. contestò la pretesa proponendo domanda riconvenzionale di accertamento del diritto di proprietà per usucapione.

Il processo venne riunito ad altro promosso, con atto 1.7.2002, dal predetto e dal fratello F. per ottenere l'accertamento giudiziale del diritto di proprietà per intervenuta usucapione, nel quale si costituì la Piave costruzione chiamando in causa la dante causa D.A. snc. 2 Riuniti i procedimenti connessi ed espletata prova per testi, il Tribunale adito, nella contumacia della società chiamata in causa, con sentenza 7.4.2008, per quanto interessa, accolse la domanda di rilascio e la Corte d'Appello di Venezia con sentenza 5.7.2010, sempre per quanto di stretto interesse in questa sede, confermò l'esito del giudizio rigettando il gravame proposto dai R., in base alle seguenti argomentazioni:

- i R., sin dal 2001 non avevano un valido titolo per occupare l'immobile perchè quello preesistente, costituito da un comodato concesso in favore del loro dante causa, si era estinto in forza di formale richiesta di restituzione;
- il pagamento delle utenze domestiche da parte dei R. non era circostanza decisiva per dimostrare il possesso ad usucapionem;
- non vi erano stati validi atti di interversione ai sensi dell'art. 1141 c.c. mentre l'inottemperanza ai patti costitutiva un inadempimento del contratto di comodato, che prevedeva l'obbligo di restituzione a richiesta;
- l'assenza di intimazioni scritte era irrilevante;
- ulteriore elemento di esclusione dell'animus possidendi era rappresentato dall'offerta di concludere una locazione, proposta dai R., come riferito dai testi.

3 Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso F. ed R.E., sulla base di tre motivi, tutti incentrati sul vizio di motivazione.

La Piave Costruzioni srl resiste con controricorso e ricorso incidentale condizionato.

La D.A. snc - che in appello si era costituita non ha ritenuto di svolgere attività difensiva in questa sede.

I ricorrenti e la Piave Costruzioni hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1-2-3 Col primo motivo i ricorrenti deducono, ex art. 360 c.p.c., n. 5, il difetto e l'insufficienza della motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio (la

configurazione giuridica da attribuirsi alla disponibilità che del bene immobile ebbero R.A. prima e i suoi aventi causa poi): la Corte d'Appello non avrebbe tenuto in debito conto le risultanze istruttorie ed in particolare non avrebbe motivato adeguatamente sulla mancata rilevanza della deposizione del teste S., il quale aveva riferito che il sig. A. "diceva che la casa era sua" e che "la famiglia abitava li da parecchio tempo, ma non saprei dire da quanto". Altra critica si rivolge all'affermazione secondo cui le deposizioni delle testi D.B. e L.M.R. "debbono ritenersi credibili perchè, come sopra rammentato, asseverate pure da quelle del teste S., indotto dal R.". A dire dei ricorrenti, invece, dall'esame della deposizione resa di S. non emerge alcuna conferma delle affermazioni reso dalle due testi di controparte, ma anzi l'esistenza di punti di contrasto.
I ricorrenti rimproverano altresì alla Corte d'Appello di non avere considerato che la teste L. aveva riferito fatti appresi da altri e quindi era una teste de relato. Ancora, la Corte di merito non avrebbe considerato la deposizione della teste Z. sulle affermazioni del R. in ordine al suo diritto sull'immobile in contestazione.
Il secondo motivo di ricorso denunzia sempre lo stesso vizio con riferimento però al tema dell'interversione nel possesso: la Corte non avrebbe adeguatamente valutato il concreto verificarsi di comportamenti idonei ai fini dell'interversione, come ad esempio il pagamento delle utenze domestiche. Evidenziano in proposito l'inattendibilità della teste L. laddove ha dichiarato che il relativo pagamento avveniva a cura della società D. snc, intestataria.
Ancora, la Corte avrebbe sottovalutato le ragioni della mancata restituzione dell'immobile da parte del R.A. il quale invece era solito presentare la casa come di sua proprietà:
richiamano ancora una volta le deposizioni dei testi Z. e S. sulle affermazioni del R. in ordine ai sul diritti sull'immobile.
Altro passaggio motivazionale criticato riguarda la mancanza di richieste di rilascio in forma scritta: contestano i ricorrenti che il potere sulla cosa sia stato esercitato in termini di mera detenzione e rimproverano alla Corte di merito di non avere spiegato i motivi per cui una tale infondata circostanza dovrebbe rendere irrilevante l'assenza di richieste di restituzione in forma scritta e perchè in mancanza di tale richieste possano essere valorizzate le dichiarazioni dei due testi citati dalla parte interessata. Inoltre, la Corte non avrebbe spiegato adeguatamente le ragioni della concessa attendibilità, in assenza di ipotetici ed infondati riscontri.
Col terzo e ultimo motivo si denuncia ancora il difetto e l'insufficienza della motivazione sulla questione della asserita proposta di locazione che i ricorrenti avrebbero formulato dopo la morte del de cuius: sottolineano il contrasto tra le deposizione dei testi di controparte D.C. e D.B..
La natura del vizio denunciato nei tre motivi di ricorso ne rende opportuno l'accorpamento e la trattazione unitaria.
I tre motivi sono tutti privi di fondamento.
Secondo il costante orientamento di questa Corte, anche a sezioni unite - ed oggi ribadito - la deduzione di un vizio di motivazione della sentenza impugnata con ricorso per cassazione conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito della intera vicenda processuale sottoposta al suo vaglio, bensì la sola facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico - formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito, al quale spetta, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la

concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, dando, così, liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge. Ne consegue che il preteso vizio di motivazione, sotto il profilo della omissione, insufficienza, contraddittorietà della medesima, può legittimamente dirsi sussistente solo quando, nel ragionamento del giudice di merito, sia rinvenibile traccia evidente del mancato (o insufficiente) esame di punti decisivi della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio, ovvero quando esista insanabile contrasto tra le argomentazioni complessivamente adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico - giuridico posto a base della decisione (v. tra le tante, Sez. 3, Sentenza n. 17477 del 09/08/2007 Rv. 598953; Sez. U, Sentenza n. 13045 del 27/12/1997 Rv. 511208; Sez. 6 - 5, Ordinanza n. 91 del 07/01/2014 Rv. 629382).
Ebbene, nel caso di specie, si è al di fuori di tale ipotesi estrema. La Corte d'Appello, infatti, ha motivato adeguatamente su tutte le questioni ad essa devolute.
Innanzitutto ha chiarito subito la natura del rapporto giuridico, precisando a chiare lettere che si trattava dapprima di un comodato gratuito (concesso al dante causa dei ricorrenti per i servigi resi ai proprietari), poi estinto a seguito di richiesta di restituzione e sfociato quindi in occupazione senza titolo (v. pagg. 13 e 14).
Infatti, ha considerato le deposizioni dei testi riportando i passaggi salienti che giustificavano, secondo il proprio apprezzamento, la credibilità di quelli addotti dalla società (anche perchè contenevano affermazioni coincidenti con alcune affermazioni del teste S. degli appellanti, sulla concessione a titolo gratuito dell'immobile al de cuius per l'attività prestata verso i proprietari: v. pag. 14).
Al riguardo è bene rilevare - e ciò tronca a questo punto ogni ulteriore discussione sul giudizio di attendibilità - che la valutazione delle risultanze della prova testimoniale, il giudizio sull'attendibilità dei testi e sulla credibilità di alcuni invece che di altri, come la scelta, tra le varie risultanze probatorie, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione, involgono apprezzamenti di fatto riservati al giudice del merito, il quale, nel porre a fondamento della propria decisione una fonte di prova con esclusione di altre, non incontra altro limite che quelle di indicare le ragioni del proprio convincimento, senza essere tenuto a discutere ogni singolo elemento o a confutare tutte le deduzioni difensive, dovendo ritenersi implicitamente disattesi tutti i rilievi e circostanze che, sebbene non menzionati specificamente, sono logicamente incompatibili con la decisione adottata (v. Sez. L, Sentenza n. 5231 del 09/04/2001 Rv. 545751; Sez. L, Sentenza n. 2008 del 12/03/1996 Rv. 496291; più di recente, Sez. 3, Sentenza n. 12362 del 24/05/2006 Rv. 589595; Sez. L, Sentenza n. 17097 del 21/07/2010 Rv. 614797).
La Corte territoriale inoltre si è confrontata, contrariamente a quanto affermato in ricorso, anche con le deposizioni dei testi addotti dai. R. sulle affermazioni del de cuius (il quale "diceva che la casa era sua") neutralizzandole in base al rilievo, del tutto plausibile, che si trattava solo di "personali sue opinioni manifestate a terzi..." (v. pag. 13). Tale argomento rende priva di rilievo la critica sulla mancata menzione della deposizione della teste Z. che, come riporta lo stesso ricorso, avrebbe ripetuto ancora una volta tali particolari del tutto marginali (anche perchè manca sempre l'elemento decisivo e cioè la precisazione che queste affermazioni venivano rivolte direttamente ai legittimi proprietari), così come sono marginali

gli altri particolari, quali la notorietà del luogo di abitazione e la mancata audizione di lamentele.
Sull'irrilevanza del pagamento delle utenze la Corte di merito ha preso posizione con un argomento del tutto coerente, rilevando che a tali adempimento sono interessati gli occupanti e non chi concede il bene ad altri.
Corretta in diritto è poi la motivazione sull'esclusione di validi atti di interversione nel possesso.
Il comodato di un alloggio ad uso abitativo costituisce detenzione, non quindi possesso "ad usucapionem", in favore tanto del comodatario, quanto dei familiari con lo stesso conviventi, con la conseguenza che il comodatario che si opponga alla richiesta di risoluzione del comodato sostenendo di avere usucapito il bene, deve provare l'intervenuta interversione del possesso e non solo il mero potere di fatto sull'immobile (Sez. 3, Sentenza n. 11374 del 11/05/2010 Rv. 613210; Sez. 3, Sentenza n. 24222 del 17/11/2009 Rv. 610407).
E ancora è stato affermato che l'interversione nel possesso non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato d'esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione al precedente "animus detinendi" dell'"animus rem sibi habendi"; tale manifestazione deve essere rivolta specificamente contro il possessore, in maniera che questi sia posto in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento e quindi tradursi in atti ai quali possa riconoscersi il carattere di una concreta opposizione all'esercizio del possesso da parte sua. A tal fine sono inidonei atti che si traducano nell'inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita (verificandosi in questo caso una ordinaria ipotesi di inadempimento contrattuale) ovvero si traducano in meri atti di esercizio del possesso (verificandosi in tal caso una ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene: v. Sez. 2, Sentenza n. 7337 del 20/05/2002 Rv. 554556; Sez. 2, Sentenza n. 12007 del 01/07/2009 Rv. 573965).
Ebbene, la Corte territoriale ha fatto corretta applicazione questi principi laddove, partendo dall'originario rapporto di detenzione fondato sul comodato gratuito, ha ritenuto provato che R. A. non aveva mai manifestato ai proprietari di voler tenere il bene come proprio, ma si era limitato a non dare corso alle specifiche richieste di restituzione, come riferito dai testi (v. pag. 15). E da tale comportamento - del tutto coerentemente ed in linea con la citata giurisprudenza di legittimità ha desunto solo un inadempimento dell'obbligo restitutorio gravante per legge sul comodatario.
La Corte ha motivato anche sulla non necessità di richieste scritte di rilascio (una volta iniziato il rapporto come detenzione per gratuita conccessione) ed infine, come ulteriore argomento per escludere l'interversione, ha citato la proposta di locazione avanzata dai figli di R.A. di cui hanno parlato i testi D.C. e B., sulle cui deposizioni, peraltro, non si rinviene alcun profilo di contraddittorietà perchè tra il negare la disponibilità a concludere un contratto di locazione (così D.B.) e la proposta di concluderlo portando anche il danaro (C.) non si rinviene alcun contrasto insanabile.
Le censure dei ricorrenti pertanto non colgono nel segno, perchè da un lato tendono ad ottenere una alternativa valutazione del contenuto delle testimonianze sulla idoneità del potere esercitato sul bene immobile dai ricorrenti - e, prima, dal loro dante causa ai fini dell'usucapione (tipico accertamento in fatto demandato al giudice di merito) e dall'altro, in

palese violazione del principio di specificità dei motivi (art. 366 c.p.c., n. 6) sollecitano alla Corte di Cassazione ad un confronto tra le varie versioni dei fatti, evidenziando plurimi profili di contraddittorietà, senza però produrre i relativi verbali di udienza contenenti le dichiarazioni (o quanto meno riportarle in ricorso per esteso), non essendo possibile estrapolare unicamente singoli stralci ritenuti significativi dalla parte e pretendere una valutazione di attendibilità o contraddittorietà o l'individuazione di punti di insanabile contrasto tra le rispettive versioni fornite dai testi dei litiganti.

In conclusione il ricorso va integralmente rigettato mentre va dichiarato inammissibile per difetto di interesse quello incidentale (in ordine alla domanda di garanzia per evizione proposta in primo grado e ribadita in appello), in quanto espressamente condizionato all'accoglimento di quello principale.

I ricorrenti, soccombenti anche in questa sede, vanno condannati in via solidale al pagamento delle spese del giudizio di legittimità nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile quello incidentale condizionato; condanna in solido i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio che liquida in Euro 3.700,00, di cui Euro 200,00 per esborsi oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2016.

Depositato in Cancelleria il 22 aprile 2016

Cass., 17 marzo 2016, n. 5333

L'interversione del possesso non può avere luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato di esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione al precedente *animus detinendi* dell'*animus rem sibi habendi* (fattispecie relativa alla domanda di usucapione di un immobile abitato dall'attore e originariamente concesso in locazione al defunto padre di quest'ultimo che lo occupava in permanenza).

RITENUTO IN FATTO

1. - G.F. convenne in giudizio la AUSL n. (OMISSIS), in persona del suo legale rappresentante pro tempore, chiedendo la declaratoria dell'avvenuto acquisto per usucapione dell'appartamento da lui abitato, concesso originariamente in locazione al suo defunto padre e da lui occupato in permanenza.

Nella resistenza della convenuta, il Tribunale di Palermo rigettò la domanda attorea, ritenendo che non vi fosse prova che la detenzione discendente dal rapporto locativo fosse stata mutata in possesso.

2. - Sul gravame proposto dal G., la Corte di Appello di Palermo confermò la pronuncia di primo grado.

3. - Per la cassazione della sentenza di appello ricorre G. F. sulla base di due motivi.

Resiste con controricorso l'AUSL di (OMISSIS), che propone altresì ricorso incidentale condizionato, affidato a un motivo, e che ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Preliminarmente, va rigettata l'eccezione con la quale la resistente ha chiesto dichiararsi la nullità o l'inesistenza del ricorso e della sua notificazione, per il fatto che lo stesso non è stato notificato al procuratore della convenuta costituito nel giudizio di appello, ma alla parte personalmente presso il domicilio eletto.

E invero, secondo la giurisprudenza di questa Corte, condivisa dal Collegio, il principio, sancito in via generale dall'art. 156 c.p.c., comma 3, secondo il quale la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato, vale anche per le notificazioni, con la conseguenza che la costituzione in giudizio del convenuto, anche se intervenuta al solo scopo di eccepire la nullità della notificazione dell'atto introduttivo, produce una sanatoria del vizio con efficacia retroattiva che esclude ogni decadenza (Sez. 1, Sentenza n. 10119 del 02/05/2006, Rv. 591135; Sez. 2, Ordinanza n. 6470 del 21/03/2011, Rv. 616860).

Nella specie, pertanto, a seguito dell'avvenuta costituzione della AUSL di (OMISSIS), l'originaria dedotta nullità risulta sanata.

2. - Con i due motivi di ricorso, che possono essere trattati unitariamente, il G. deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 1141 c.c., nonchè il vizio di motivazione della sentenza impugnata, per avere la Corte di Appello escluso che si fosse verificata la interversione del possesso in capo all'attore, nonostante la pluralità delle condotte che attestavano l'animus possidendi, costituite, in particolare, dai lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria eseguiti sull'immobile, dal mancato pagamento dei canoni locativi per oltre un ventennio, dalla iscrizione catastale dell'immobile a nome del locatore Gi.

G., dalla assoluta inerzia della convenuta.

Le censure non sono fondate.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, dalla quale non v'è ragione di discostarsi, l'art. 1141 c.c., non consente al detentore di trasformarsi in possessore mediante una sua interna determinazione di volontà, ma richiede, per il mutamento del titolo, o l'intervento di "una causa proveniente da un terzo", per tale dovendosi intendere qualsiasi atto di trasferimento del diritto idoneo a legittimare il possesso, indipendentemente dalla perfezione, validità, efficacia dell'atto medesimo (compresa l'ipotesi di acquisto da parte del titolare solo apparente), oppure l'opposizione del detentore contro il possessore, opposizione che può aver luogo sia giudizialmente che extragiudizialmente e che consiste nel rendere noto al possessore, in termini inequivoci e contestando il di lui diritto, l'intenzione di tenere la cosa come propria. Lo stabilire se, in conseguenza di un atto negoziale, ancorchè invalido, al detentore di un immobile sia stato da un terzo trasferito il possesso del bene, costituisce un'indagine di fatto, riservata al giudice di merito, i cui apprezzamenti e valutazioni sono sindacabili in sede di legittimità soltanto per illogicità o inadeguatezza della motivazione (Sez. 2, Sentenza n. 5419 del 08/03/2011, Rv. 616740). Questa Corte, ha peraltro precisato che l'interversione nel possesso non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore abbia cessato d'esercitare il potere di fatto sulla cosa in nome altrui e abbia iniziato ad esercitarlo esclusivamente in nome proprio, con correlata sostituzione al precedente "animus detinendi" dell'animus rem sibi habendi"; tale manifestazione deve essere rivolta specificamente contro il possessore, in maniera che questi sia posto in grado di rendersi conto dell'avvenuto mutamento, e quindi tradursi in atti ai quali possa riconoscersi il carattere di una

concreta opposizione all'esercizio del possesso da parte sua. A tal fine sono inidonei atti che si traducano nell'inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita (verificandosi in questo caso una ordinaria ipotesi di inadempimento contrattuale) ovvero si traducano in meri atti di esercizio del possesso (verificandosi in tal caso una ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene).
(Nella specie, il giudice di merito, con la sentenza confermata dalla S.C., aveva escluso l'interversione del possesso, da parte del locatario di un immobile, sulla base della volontaria e prolungata inadempienza al pagamento del canone) (Sez. 2, Sentenza n. 2392 del 29/01/2009, Rv. 606397).
Nella specie, la Corte di merito ha spiegato le ragioni per le quali, sulla base degli elementi probatori acquisiti, ha escluso che si sia mai verificata una interversione del possesso nei confronti del possessore; la motivazione della sentenza impugnata sul punto è esente da vizi logici e giuridici, aderente ai principi di diritto sopra richiamati, con conseguente infondatezza dei motivi di ricorso.
3. - Il ricorso incidentale condizionato rimane assorbito nel rigetto del ricorso principale.
4. - Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza della parte ricorrente.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione rigetta il ricorso principale; dichiara assorbito il ricorso incidentale; condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in Euro 2.700,00 (duemilasettecento), di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese forfettarie ed accessori di legge.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, il 10 febbraio 2016.
Depositato in Cancelleria il 17 marzo 2016

IPOTECA ED ABUSO DELLA GARANZIA PATRIMONIALE

Cass., 5 aprile 2016, n. 6533

Il creditore che, senza adoperare la normale diligenza, iscriva ipoteca su beni per un valore sproporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri previsti dagli artt. 2875 e 2876 c.c., incorre, qualora sia accertata l'inesistenza del diritto per cui è stata iscritta l'ipoteca giudiziale medesima, nella responsabilità prevista dall'art. 96, comma 2, c.p.c., configurandosi un abuso della garanzia patrimoniale in danno del debitore.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La Banca Popolare di Bari, nel maggio del 1997, ottenne decreto ingiuntivo in danno di T.M. e della moglie, quale garante, per l'importo di quasi 105 milioni di Lire per saldi passivi di conto corrente bancario, oltre interessi, e iscrisse ipoteca giudiziale, per 150 milioni di lire sull'intero patrimonio immobiliare, facente parte della impresa del debitore finalizzata alla costruzione e vendita di immobili.

L'opposizione al decreto ingiuntivo, nel corso della quale intervenne Eurofinance 2000 srl quale cessionaria del credito, venne accolta dal Tribunale; ma, venne rigettata la domanda di danni ex art. 96 c.p.c., proposta dall'opponente (sentenza del 2004).

L'impugnazione proposta da T., relativa solo alla domanda ex art. 96 c.p.c., venne rigettata dalla Corte di appello di Bari (sentenza del 28 giugno 2012).

2. Avverso la suddetta sentenza, T.M. propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi, esplicati da memoria.

La banca Popolare di Bari resiste con controricorso.

Eurofinance 2000 srl, ritualmente intimata, non si difende.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La Corte di merito, rilevato che con l'appello l'originario opponente aveva censurato la sentenza, tra l'altro, per non aver tenuto conto che l'ipoteca giudiziale era stata iscritta su tutti i beni aziendali, del valore di oltre 3 milioni di Euro, così determinando la cessazione della propria attività imprenditoriale, ha argomentato il rigetto sulla base delle seguenti essenziali argomentazioni.

a) Per l'affermazione della responsabilità ex art. 96, comma 2, deve essere accertata l'inesistenza del credito vantato in giudizio e il difetto della normale prudenza nell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

L'inesistenza del credito azionato risulta dalla sentenza di primo grado, non impugnata sul punto; occorre stabilire se la banca, iscrivendo l'ipoteca nel maggio 1997, abbia agito senza la normale prudenza.

b) Il risultato dell'indagine è negativo poichè l'inesistenza del credito azionato non era sufficientemente probabile e prevedibile al momento della richiesta di iscrizione. Infatti, il credito era relativo a saldi passivi di conto corrente, acceso nel 1982, e derivava dalla applicazione di clausole uso piazza che prevedevano la capitalizzazione trimestrale degli interessi. All'epoca, nel 1997, la giurisprudenza non era concorde nell'affermare l'invalidità di

tali clausole. Non sussiste, pertanto, neanche la colpa lieve in capo al creditore procedente all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.
c) L'esclusione della colpa lieve esclude l'applicabilità dell'art. 96 c.p.c., comma 1, che richiede la colpa grave e il dolo.
d) Comunque, secondo la giurisprudenza di legittimità, il creditore che abbia iscritto ipoteca per una somma esorbitante o su beni eccedenti l'importo del credito vantato, non può essere chiamato, per ciò solo, a rispondere a titolo di responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c., comma 2; restando possibile, peraltro, configurare a carico del medesimo una responsabilità processuale a norma dell'art. 96, primo comma c.p.c., qualora egli abbia resistito alla domanda di riduzione dell'ipoteca con dolo o colpa grave.
Domanda, nella specie, non presentata.
2. Con il primo motivo, si deduce la violazione dell'art. 96 c.p.c., e art. 2043 c.c., nonchè omessa motivazione in ordine al comportamento temerario tenuto della Banca, quantomeno, nel corso del giudizio. Con il secondo motivo, si deducono vizi motivazionali per omessa e contraddittorietà della motivazione in riferimento al mancato esperimento della domanda di riduzione di ipoteca.
Con il terzo motivo, si deduce violazione dell'art. 96 c.p.c., nonchè la violazione di tutti i vizi motivazionali in ordine alla esistenza della prova documentale del danno.
2.1. I primi due motivi sono strettamente collegati, e vanno esaminati congiuntamente.
Il fondo della censura, rivolta alla sentenza impugnata, si sostanzia nella critica: - di aver fatto applicazione della giurisprudenza di legittimità che riconosce l'applicabilità dell'art. 96 c.p.c., comma 1, nel caso di resistenza in giudizio per la riduzione di ipoteca, sempre se si sia in presenza di dolo o di colpa grave; - di non aver considerato, ai fini della applicabilità del secondo comma dello stesso articolo, che richiede solo la normale prudenza e, quindi, la colpa lieve, il comportamento del creditore, qualificabile come abuso del diritto, come eccesso dei mezzi di tutela, quando iscrive ipoteca giudiziale su beni eccedenti di molto l'importo del credito vantato e persiste a non addivenire ad un accordo sulla restrizione dell'iscrizione a una parte soltanto dei beni; tanto, nonostante, nel corso del giudizio fosse emersa, tramite la consulenza tecnica, l'inesistenza del credito e l'esorbitanza dei beni ipotecati rispetto al credito vantato. Esigenza di restrizione dei beni che il debitore aveva rappresentato, nel corso di processo, con la richiesta, ex art. 700 c.p.c., che era stata rigettata.
La censura va accolta.
3. La questione posta all'attenzione della Corte è "se, nell'ipotesi in cui - come nella specie - risulti accertata l'inesistenza del diritto per cui è stata iscritta ipoteca giudiziale e la normale prudenza del creditore nel procedere all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, sia o meno configurabile in capo al suddetto creditore la responsabilità ex art. 96 c.p.c., comma 2, per non aver egli usato la nomale diligenza nell'iscrivere ipoteca su beni di valore sproporzionato rispetto al credito garantito, con conseguente eccedenza del valore dei beni rispetto alla cautela e abuso del diritto della garanzia patrimoniale".
Il Collegio ritiene che al quesito debba darsi risposta positiva, nonostante un consolidato orientamento della Corte di segno contrario. Tanto, in ragione delle linee di sviluppo della giurisprudenza che, alla luce di principi costituzionali, ha attribuito sempre maggior valenza al tema dell'abuso del diritto, in particolare processuale, anche in collegamento con la ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost..

4. Costituisce principio tradizionale e consolidato nella giurisprudenza di legittimità (dagli anni sessanta del secolo scorso, cfr. Cass. n. 311 e 529 del 1967 e sino ad anni a noi vicini, cfr. da ultimo, Cass. n. 17902 del 2010) quello secondo cui "Il creditore che abbia iscritto ipoteca per una somma esorbitante o su beni eccedenti l'importo del credito vantato non può essere chiamato, per ciò solo, a risponderne a titolo di responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c., comma 2, restando possibile, peraltro, configurare a carico del medesimo una responsabilità processuale a norma dell'art. 96 c.p.c., comma 1, qualora egli abbia resistito alla domanda di riduzione dell'ipoteca, con dolo o colpa grave".
La ratio, ripetuta - anche rispetto a fattispecie nelle quali non si era in presenza di un accertamento di inesistenza del credito sopravvenuto alla iscrizione (cfr. Cass. nn. 17902 e 13107 del 2010;
n. 16308 del 2007)- ha il suo epicentro negli artt. 2740 e 2828 c.c..
Si sostiene che non è ravvisabile illiceità nel comportamento del creditore che abbia iscritto ipoteca su beni di valore eccedente l'importo del credito, atteso che: - da un lato l'art. 2740 c.c., fissa il principio che il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri; - dall'altro l'art. 2828 c.c. abilita il creditore ad iscrivere ipoteca su qualunque immobile del debitore. Si trova conferma nell'art. 2877 c.c., che, nel disciplinare le spese per eseguire la riduzione di ipoteca acconsentita dal creditore le pone a carico del richiedente, e quindi del debitore che l'abbia domandata, quando la riduzione è stata chiesta adducendo il valore eccedente dei beni compresi nella iscrizione rispetto alla cautela. Mentre, pone le stesse spese a carico del creditore solo se la richiesta di riduzione attiene all'eccesso nella determinazione del credito, con la conseguenza che non sarebbe possibile ammettere una responsabilità per danni a favore del debitore, posto che la stessa legge stabilisce espressamente (art. 2877 c.c., comma 1) che, persino, le spese sostenute nella procedura di riduzione consensuale devono essere sostenute dal debitore (cfr., in particolare, Cass. n. 4968 del 2001).
Contemporaneamente, si riconosce la possibilità che, in applicazione della previsione generale, di cui al primo comma dello stesso art. 96, secondo la quale risponde di responsabilità processuale chi agisce o resiste in giudizio con colpa grave o dolo, il creditore sia responsabile, ricorrendo i suddetti presupposti, nell'ambito del processo per la riduzione dell'ipoteca iniziato dal debitore.
Il panorama della giurisprudenza è univoco, con l'esclusione di una isolata e antica decisione nella quale, con riferimento al sequestro conservativo, si è riconosciuta l'applicabilità dell'art. 96, comma 2, in argomento per la sproporzione tra il credito per il quale sono sollecitate le misure cautelari e il credito accertato, sostenendo che tali. sproporzione rientrava nella nozione di inesistenza del credito prevista dal codice (Cass. n. 9307 del 1994).
4.1. La tesi, riguardata alla luce della sopravvenienza dei principi costituzionali di cui al novellato art. 111 Cost., come, nelle more della loro oramai non recente introduzione, si sono inverati nell'ordinamento, non è più convincente e suggerisce una interpretazione dell'art. 96, comma 2, che tenga conto della nuova prospettiva.
4.1.1. Innanzitutto, non c'è una ragione stringente per la quale la funzione di generale garanzia per il creditore assolta dall'intero patrimonio, presente e futuro, del debitore, (art. 2740 c.c.) non debba incontrare il limite dell'abuso del diritto. Tanto più, nel diritto processuale dove i diritti sono conferiti in ragione della strumentalità del mezzo rispetto al fine del soddisfacimento del diritto sostanziale tutelato.

Inoltre, non si vede per quale stringente ragione si debba leggere l'art. 2828 c.c., che abilita il creditore ad iscrivere ipoteca su qualunque immobile, presente e sopravvenuto del debitore, e quindi a scegliere su quanti e quali immobili iscrivere ipoteca, come abilitazione ad iscrivere ipoteca su tutti gli immobili. Anzi, proprio la strumentalità della garanzia reale rispetto a crediti determinati autorizza a ipotizzare che, ferma la libertà di scelta tra quali immobili, il valore degli stessi non possa non rapportarsi alla cautela riconosciuta.
D'altra parte, nello stesso sistema di norme che disciplinano la materia, il profilo della sproporzione non è assente, ma regolato, nell'ambito della riduzione giudiziale, con l'individuazione della misura eccedente. Così, le ipoteche giudiziali devono ridursi se i beni compresi nell'iscrizione hanno un valore, che eccede la cautela, superiore ad un terzo dei crediti iscritti, accresciuto dagli accessori; se la somma determinata dal creditore nell'iscrizione ecceda di un quinto quella che l'autorità giudiziaria dichiara dovuta.
4.1.2. L'art. 2877 c.c., poi, non offre una conferma sicura della tesi tradizionale.
Posto che siamo nell'ambito della riduzione di ipoteca "consensuale" tra debitore e creditore e che si tratta unicamente delle spese per le "formalità ipotecarie" connesse alla riduzione/restrizione di ipoteca già iscritta, la regolamentazione legislativa ha plausibili ragioni che non impattano direttamente con il profilo della responsabilità processuale.
Ed, infatti, l'essere poste le spese della riduzione di ipoteca, chiesta per l'eccesso rispetto al valore dei beni ipotecati, in capo al "richiedente" - che peraltro solo in linea di normalità coincide con il debitore - ha la sua ragionevole spiegazione, oltre che nell'interesse preponderante ed impellente che il debitore può avere a liberare beni vincolati e "fuori mercato", anche nella difficoltà, e conseguente soggettività, della valutazione dei beni da farsi da parte del creditore senza procedere ad un accertamento tecnico.
Così, come l'essere le spese in argomento poste in capo al creditore, quando la riduzione/restrizione dell'ipoteca è chiesta per l'eccesso nella determinazione del credito garantito, ha una plausibile ragione nell'essere egli il solo in condizioni di conoscerne e di stimarne meglio l'ammontare (ragioni, peraltro, non disconosciute dalle decisioni che hanno affermato l'indirizzo ora sottoposto a revisione, cfr. Cass. n. 4968 del 2001).
5. E' pacifico nella giurisprudenza di legittimità che l'art. 96 c.p.c., disciplina una responsabilità per atti e comportamenti processuali. Una responsabilità in capo al soccombente che, all'interno del processo, abbia compiuto un'attività qualificabile quale "illecito processuale", quando il comportamento assume modalità illecite sostanziandosi nell'abuso del diritto di agire o resistere in giudizio. Una responsabilità speciale rispetto alla generale norma di cui all'art. 2043 c.c., e devoluta al giudice cui spetta conoscere il merito della controversia (ex plurimis, Cass. n. 17523 del 2011). Responsabilità, la cui regolamentazione si è da ultimo arricchita (art. 96 c.p.c., comma 3, come novellato dalla L. n. 69 del 2009, art. 45, comma 12) con una norma generale per lite temeraria, che ha alla sua base l'abuso del processo. Responsabilità che presuppone la soccombenza totale nell'azione o nella resistenza in giudizio e la determinazione di un pregiudizio alla controparte.
Responsabilità dove l'elemento psicologico richiesto è differenziato in ragione del diverso è più pregnante impatto che l'agire processuale può determinare negli interessi della controparte. Infatti, è generalmente richiesta la mala fede o la colpa grave (primo comma) ed, invece, con regola più severa, il solo difetto della normale prudenza, e quindi, solo la presenza della colpa lieve, quando - per la tipologia delle ipotesi previste attinenti a processi esecutivi e

cautelari - l'atto o il comportamento del creditore si presta ad essere potenzialmente foriero di danni, e sempre che il diritto vantato si sia rivelato inesistente.
5.1. A partire dalla decisione delle Sezioni Unite del 2007 (n. 23726), il principio costituzionale del giusto processo ha trovato numerose applicazione nel riconoscimento di un abuso degli strumenti processuali, che l'ordinamento offre alla parte nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale.
La sopravvenienza nell'ordinamento dell'art. 111 Cost., che nell'interpretazione delle norme processuali impone, insieme, la ragionevolezza della durata del processo e la giustezza del processo, quale risposta alla domanda della parte, comporta che "giusto" non può essere un processo frutto di abuso per l'esercizio in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che individua la ragione dell'attribuzione dei poteri processuali e, quindi, i limiti dell'attribuzione della potestas al titolare. Proprio la sopravvenienza di una norma costituzionale finalistica, sia rispetto alla durata del processo sia rispetto al perseguimento del bene della vita cui il processo è preposto, ha reso non più consentiti quei comportamenti che, eccedenti rispetto alla tutela accordata al diritto sostanziale perseguito, incidono sulla possibilità del contenimento della durata del processo in termini ragionevoli, per l'evidente antinomia tra la moltiplicazione dei processi e la durata degli stessi. In definitiva, il principio del giusto processo, espresso dall'art. 111 Cost., comma 1, non consente più di utilizzare, per l'accesso alla tutela giudiziaria, metodi divenuti incompatibili con valori avvertiti come preminenti ai fini di un efficace ed equo funzionamento del servizio della giustizia. Impedisce, perciò, di accordare protezione ad una pretesa priva di meritorietà e caratterizzata per l'uso strumentale del processo (Cass. n. 28286 del 2011). Con la conseguenza, che le norme processuali vanno interpretate in modo da evitare lo spreco di energie giurisdizionali (così, da ultimo, Sez. Un. n. 12310 del 2015).
5.2. In questa prospettiva, il creditore che iscrive ipoteca giudiziale sui beni del debitore il cui valore sia eccedente la cautela, discostandosi dai parametri normativi mediante l'iscrizione per un valore che supera di un terzo, accresciuto dagli accessori, l'importo dei crediti iscritti (artt. 2875 e 2876 c.c.), pone in essere un comportamento di abuso dello strumento della cautela rispetto al fine per cui gli è stato conferito. Utilizza lo strumento processuale oltre lo scopo previsto dal legislatore per assicurarsi la maggiore garanzia possibile, ma determinando un effetto deviato in danno del debitore.
Non può assumere rilievo dirimente la circostanza che il debitore, a fronte di una iscrizione di ipoteca su beni il cui valore ecceda la cautela, potrebbe evitare ogni danno addivenendo ad un accordo con il creditore per la riduzione o chiedendo giudizialmente la riduzione con apposito procedimento (art. 2844 c.c.).
Infatti, non vengono in rilievo i contrapposti interessi considerati da una ottica soggettivistica, ma - in un'ottica di sistema generale della tutela processuale - la mancanza di tutela apprestata dall'ordinamento costituzionale al creditore quando l'utilizzo dello strumento processuale è effettuato oltre i limiti della sua funzionalizzazione al perseguimento del diritto per cui è stato conferito. E, costringere il debitore a cercare un accordo e, soprattutto, costringerlo ad un autonomo diverso procedimento, si traduce in un abuso dello strumento fornitogli per la sua tutela, con implementazione dei procedimenti e conseguente impatto sulla efficienza della risposta alla domanda di giustizia sostanziale.
6. In definitiva, il primo e secondo motivo di ricorso sono accolti sulla base del seguente principio di diritto "Nell'ipotesi in cui come nella specie - risulti accertata l'inesistenza del

diritto per cui è stata iscritta ipoteca giudiziale e la normale prudenza del creditore nel procedere all'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, è configurabile in capo al suddetto creditore la responsabilità ex art. 96 c.p.c., comma 2, quando non ha usato la nomale diligenza nell'iscrivere ipoteca sui beni per un valore proporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri individuati nella legge (artt. 2875 e 2876 c.c.), così ponendo in essere, mediante l'eccedenza del valore dei beni rispetto alla cautela, un abuso del diritto della garanzia patrimoniale in danno del debitore".

7. L'accoglimento nei termini suddetti, comporta l'assorbimento di ogni altro profilo di censura in riferimento al comportamento del creditore nel corso del processo, nonchè l'assorbimento del terzo motivo, attinente ai danni lamentati.

La sentenza impugnata è annullata, con rinvio alla Corte di appello di Bari, in diversa composizione, che deciderà la controversia in applicazione del suddetto principio e liquiderà le anche del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

LA CORTE DI CASSAZIONE accoglie i primi due motivi del ricorso e dichiara cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche presente giudizio, alla Corte di appello di composizione.

Così deciso in Roma, il 13 ottobre 2015.

Depositato in Cancelleria il 5 aprile 2016

DANNI DA INFILTRAZIONI PROVENIENTI DAL LASTRICO SOLARE

Cass., 10 maggio 2016, n. 9449

In tema di condominio negli edifici, qualora l'uso del lastrico solare (o della terrazza a livello) non sia comune a tutti i condomini, dei danni da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario, o l'usuario esclusivo, quale custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio in forza degli obblighi inerenti l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni incombenti sull'amministratore ex art. 1130, comma 1, n. 4, c.c., nonché sull'assemblea dei condomini ex art. 1135, comma 1, n.4, c.c., tenuta a provvedere alle opere di manutenzione straordinaria; il concorso di tali responsabilità va di norma risolto, salva la rigorosa prova contraria della specifica imputabilità soggettiva del danno, secondo i criteri di cui all'art. 1126 c.c., che pone le spese di riparazione o di ricostruzione per un terzo a carico del proprietario o dell'usuario esclusivo del lastrico (o della terrazza) e per i restanti due terzi a carico del condominio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Con atto di citazione, notificato il 15 luglio 1999, C. N. conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Roma, il Condominio (OMISSIS), ed I.E. per sentirli condannare al risarcimento dei danni causati dalle infiltrazioni verificatesi, tra il novembre 1997 ed il maggio 1998, nel proprio appartamento sito all'int. 9, palazzina D. L'attrice deduceva che le infiltrazioni erano provenienti dal sovrastante terrazzo di proprietà esclusiva della I., avente, in parte, funzione di copertura del medesimo edificio, precisando che il Pretore di Roma, in data 19/21 giugno 1999, adito con ricorso per danno temuto, aveva emesso nei confronti di entrambi i convenuti un provvedimento interinale di condanna in solido all'esecuzione di lavori, come indicati dal C.T.U. nel corso del giudizio, ed aveva fissato il termine di trenta giorni per l'instaurazione della fase di merito.

1.1. - Si costituiva il Condominio che contestava la sussistenza di ogni responsabilità a proprio carico, e chiedeva la condanna dell'attrice al rimborso dell'importo (L. 14.800.000) necessario per l'esecuzione dei lavori disposti dal Pretore; in subordine, chiedeva accertarsi l'esclusiva responsabilità della I. e disporsi la sua conseguente condanna al rimborso delle somme indicate.

1.2. - Si costituiva in giudizio anche I.E., chiedendo il rigetto delle domande avanzate nei suoi confronti.

2. - Nel corso del giudizio di primo grado la I. proponeva reclamo al Collegio avverso la predetta ordinanza e il Tribunale di Roma, con provvedimento del 13 settembre 1999, rigettava sia il reclamo principale, che quello incidentale, proposto dal Condominio (OMISSIS), confermando l'ordinanza reclamata, con ordine ad ambedue i reclamanti di eseguire, in solido tra loro, le opere descritte nella consulenza tecnica d'ufficio. In esecuzione di detto provvedimento il Condominio (OMISSIS) eseguiva tutte le opere indicate dal C.T.U..

3. - Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 13250, depositata il 16 aprile 2003, confermava l'ordinanza cautelare, condannando i convenuti in solido al risarcimento del danno di Euro 10.000 in favore dell'attrice, da ripartire per 1/3 a carico della proprietaria esclusiva del terrazzo e per i 2/3 a carico degli altri condomini, oltre al pagamento delle spese processuali.

4. - Avverso tale decisione I.E. proponeva appello chiedendo che, in parziale riforma della sentenza impugnata, il risarcimento del danno a suo carico, in favore della C. fosse rapportato alla sua quota millesimale e non a quella di 1/3 ex art. 1126 c.c..
Si costituiva in giudizio C.N. contestando, interamente, i motivi di appello, chiedendo il rigetto del gravame.
Il Condominio, con appello incidentale, domandava in via subordinata la condanna della I. al pagamento di 1/3 del costo dei lavori, per una somma pari a circa 2.900,00 Euro, ferma analoga ripartizione ex art. 1126 c.c., del danno liquidato in favore dell'attrice. Chiedeva, inoltre, il rigetto di ogni domanda svolta nei suoi confronti, con la conseguente condanna dell'attrice al pagamento, in proprio favore, delle spese del doppio grado del giudizio; in ogni caso chiedeva limitarsi la determinazione del danno subito dalla C. a quello realmente sopportato come diretta conseguenza delle infiltrazioni subite.
5. - La Corte di appello di Roma, con sentenza n. 3279 del 24 luglio 2007, rigettava il gravame, confermando la sentenza impugnata, e quindi ritenendo I.E. ed il Condominio tenuti ad eliminare tutte le cause delle infiltrazioni di acqua con le dovute riparazioni al terrazzo di copertura dell'edificio, nonchè a rifondere i danni che dette infiltrazioni avevano provocato all'interno dell'appartamento di C.N., nella misura indicata dall'art. 1126 c.c..
6. - Avverso tale decisione I.E. proponeva ricorso per cassazione, notificato il 9 luglio 2008, affidato ad un unico motivo.
C.N. resisteva con controricorso.
7. All'esito della discussione della causa nella pubblica udienza dell'11 marzo 2014, la Seconda Sezione, con ordinanza interlocutoria n. 13526/14, rimetteva gli atti al Primo Presidente ai fini della eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, ritenendo opportuno un ripensamento dell'orientamento espresso da queste Sezioni Unite nella sentenza n. 3672 del 1997, sulla base del quale la controversia era stata decisa nei gradi di merito.
8. La causa è quindi stata discussa all'udienza del 28 aprile 2015, in vista della quale la contro ricorrente ha depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..
All'udienza del 28 aprile 2015, in vista della quale sono state depositate memorie da parte, la causa è stata discussa e poi decisa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con l'unico motivo di ricorso, I.E. deduce violazione di norme di diritto e contraddittoria motivazione (ex art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5) circa la propria legittimazione passiva ex art. 1126 c.c., e artt. 1130 e 1131 c.c., evidenziando che le sentenze che si erano succedute, pur avendo riconosciuto in fatto che nessuna responsabilità diretta era a lei ascrivibile, la avevano tuttavia condannata al risarcimento del danno subito da C. N. nella misura di cui all'art. 1126 c.c., oltre alle spese di giudizio. Precisa che il Condominio era stato tempestivamente avvertito delle infiltrazioni e che aveva ritardato gli interventi a causa del mancato raggiungimento della maggioranza per deliberare gli interventi necessari, nonostante il suo voto favorevole. Chiede, quindi, la cassazione della sentenza di appello, sia con riferimento alla regolamentazione delle spese di tutti i gradi di giudizio, le quali dovevano essere poste a carico di C.N. e del Condominio, che l'avevano illegittimamente evocata in giudizio, sia con riferimento alla imputazione del risarcimento del danno con riferimento all'art. 1126 c.c., anzichè in proporzione della quota millesimale.

2. - Come si è già riferito, le decisioni del Tribunale e della Corte d'appello di Roma si sono uniformate al principio espresso dalla sentenza di queste Sezioni Unite n. 2672 del 1997, emessa in sede di risoluzione di contrasto, secondo cui "poichè il lastrico solare dell'edificio (soggetto al regime del condominio) svolge la funzione di copertura del fabbricato anche se appartiene in proprietà superficiaria o se è attribuito in uso esclusivo ad uno dei condomini, all'obbligo di provvedere alla sua riparazione o alla sua ricostruzione sono tenuti tutti i condomini, in concorso con il proprietario superficiario o con il titolare del diritto di uso esclusivo. Pertanto, dei danni cagionati all'appartamento sottostante per le infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico, deteriorato per difetto di manutenzione, rispondono tutti gli obbligati inadempienti alla funzione di conservazione, secondo le proporzioni stabilite dal citato art. 1126, vale a dire, i condomini ai quali il lastrico serve da copertura, in proporzione dei due terzi, e il titolare della proprietà superficiaria o dell'uso esclusivo, in ragione delle altre utilità, nella misura del terzo residuo".

2.1. - Le Sezioni Unite hanno ritenuto che la responsabilità per danni prodotti all'appartamento sottostante dalle infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico solare (lastrico condominiale o in proprietà o uso esclusivo), per difetto di manutenzione, si ricollegasse, piuttosto che al disposto dell'art. 2051 cod. civ., ed al generale principio del neminem laedere, direttamente alla titolarità del diritto reale e, perciò, dovesse considerarsi come conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni di conservare le parti comuni, poste a carico dei condomini (art. 1223 c.c., comma 1) e del titolare della proprietà superficiaria o dell'uso esclusivo (art. 1126 c.c.).

Secondo tale sentenza, tanto l'art. 1123 c.c., comma 1, quanto l'art. 1126 c.c., individuano tipi di obbligazioni propter rem, contrassegnate dalla titolarità, giacchè soggetti attivi e soggetti passivi ne sono i partecipanti al condominio, e dall'oggetto, consistente nella prestazione delle spese per la conservazione dei beni esistenti nell'edificio. Le obbligazioni reali di conservazione coinvolgerebbero tutti i rapporti reali riguardanti l'edificio, con la conseguenza che la responsabilità per inadempimento deve coprire i danni arrecati ai beni comuni costituenti il fabbricato; con la precisazione che, se alle riparazioni ed alle ricostruzioni del lastrico solare sono obbligati i condomini secondo le regole previste dagli artt. 1123 e 1126 c.c., al risarcimento dei danni cagionati all'appartamento sottostante per difetto di manutenzione dovrebbero essere tenuti gli obbligati inadempienti.

Le norme condominiali elaborate dal nostro legislatore - si è aggiunto sembrano essere riferite essenzialmente al profilo "reale" del fenomeno sicchè, mediante il ricorso al diritto delle obbligazioni, deve ritenersi configurato un generale dovere di correttezza e di cooperazione attiva tra i condomini, idoneo a preservare le esigenze abitative dei vicini. Ne consegue che trovano applicazione i canoni fissati dall'art. 1218 c.c., per le obbligazioni contrattuali, salva l'eventualità di un fatto illecito commesso dal titolare del diritto reale, che configura una responsabilità extracontrattuale. Viene, infatti, fatta salva l'eventualità che con l'individuata responsabilità per inadempimento delle obbligazioni propter rem possa concorrere la responsabilità extracontrattuale per fatto illecito, fondata sul disposto dell'art. 2051 c.c., e nascente dalla lesione di un diritto soggettivo dei condomini estraneo ai rapporti di condominio (per esempio, del diritto alla salute del proprietario del piano sottostante), ovvero dalla lesione di un diritto dei terzi che entrano in relazione con l'edificio.

2.2. - La sentenza ora richiamata non ha uniformato la giurisprudenza successiva, essendosi registrate decisioni (Cass. n. 6376 del 2006;

Cass. n. 642 del 2003; Cass. n. 15131 del 2001; Cass. n. 7727 del 2000) che hanno ricondotto la vicenda in esame all'ambito di applicazione dell'art. 2051 c.c.. Si è, infatti, sostenuto che il condominio di un edificio, quale custode dei beni e dei servizi comuni, essendo obbligato ad adottare tutte la misure necessarie affinchè le cose comuni non rechino pregiudizio ad alcuno, risponde, in base al disposto dell'art. 2051 c.c., dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini.
Secondo questo indirizzo, dunque, la legittimazione passiva del condominio sussiste anche per quanto riguarda i danni subiti dai singoli condomini (Cass. n. 6849 del 2001; Cass. n. 643 del 2003), in quanto, a tal fine, i criteri di ripartizione delle spese necessarie (ex art. 1126 c.c.) non incidono sulla legittimazione del condominio nella sua interezza e del suo amministratore, comunque tenuto a provvedere alla conservazione dei diritti inerenti alle parti comuni dell'edificio ai sensi dell'art. 1130 c.c. (Cass. n. 3676 del 2006;
Cass. n. 5848 del 2007; Cass. n. 4596 del 2012).
Ancor più radicalmente, ma sempre riconducendo la responsabilità per infiltrazioni nell'alveo dell'art. 2051 cod. civ., Cass. n. 15300 del 2013 ha ritenuto che "la responsabilità per i difetti originari di progettazione o di realizzazione del lastrico solare ad uso esclusivo di uno dei condomini dal medesimo indebitamente tollerati, qualora siano suscettibili di recare danno a terzi, ricade in via esclusiva sul proprietario del lastrico solare, ex art. 2051 c.c., e non - nemmeno in via concorrente - sul condominio" (in senso conforme, vedi già Cass. n. 9084 del 2010).
3. - La Seconda Sezione civile di questa Corte, con la ordinanza interlocutoria n. 13526 del 2014, ha quindi ritenuto opportuno l'intervento delle Sezioni Unite, manifestando perplessità con riferimento alla posizione argomentativa espressa dalla sentenza del 1997, e sollecitando quindi un ripensamento sulla natura giuridica della responsabilità per danni provenienti dal lastrico solare di uso o di proprietà esclusiva e conseguenti oneri risarcitori.
Il Collegio ha condiviso gli orientamenti critici della dottrina e della giurisprudenza discordante e ha ritenuto condivisibile la tesi che sostiene la responsabilità ex art. 2051 c.c., sottolineando, in particolare, l'indebita applicazione degli artt. 1123 e 1126 c.c., che vengono interpretati dalla sentenza del 1997, non più come norme che disciplinano la ripartizione delle spese interne, ma come fonti da cui scaturiscono le obbligazioni propter rem.
Nell'ordinanza interlocutoria vengono individuati i seguenti passaggi qualificanti dell'orientamento criticato delle S.U. del 1997: 1.
l'esclusione, in via di principio, che la responsabilità per danni prodotti nell'appartamento sottostante dalle infiltrazioni d'acqua provenienti dal lastrico solare per difetto di manutenzione si ricolleghi al disposto dell'art. 2051 c.c.; 2. l'affermazione che "dall'art. 1123, e dall'art. 1126 c.c., discendono obbligazioni poste dalla legge a carico ed a favore dei condomini dell'edificio, da qualificare come obbligazioni propter rem di cui i partecipanti al condominio sono ad un tempo soggetti attivi e soggetti passivi"; 3.
la deduzione da tali premesse che "le obbligazioni reali di conservazione riguarderebbero tutti i rapporti reali inerenti, con la conseguenza che la susseguente responsabilità per inadempimento concerne i danni arrecati ai beni costituenti il fabbricato"; 4.
l'assimilazione delle "condizioni materiali di dissesto e di degrado del lastrico" come species dell'unico concetto tecnico "di difetto di manutenzione" e quale coincidente conseguenza "dell'inadempimento delle obbligazioni propter rem"; 5. la conclusione per cui la

responsabilità e il risarcimento dei danni sono regolati secondo gli stessi criteri di imputazione e di ripartizione, cioè quelli prescritti dall'art. 1126 c.c..
Il Collegio rimettente, quindi, dopo aver rilevato che la soluzione richiamata, pur se seguita da molte pronunce successive, non ha tuttavia sopito le opinioni contrarie, ha espresso il convincimento che tale orientamento "abbia effettuato una indebita applicazione delle norme fissate per stabilire il contributo alle riparazioni o ricostruzioni, concepite dal legislatore (si veda la Relazione al Re circa l'art. 1126, e suoi richiami all'art. 563 abrogato) per tenere conto della maggiore utilità che i condomini aventi l'uso esclusivo (quale piano di calpestio) traggono rispetto agli altri condomini che si giovano della funzione principale del lastrico, quella di copertura". Ha ancora rilevato che "più coerentemente altre pronunce della Suprema Corte (si vedano esemplificativamente Cass. 7727/07;
6376/06; 642/03; 15131/01) hanno richiamato l'applicazione dell'art. 2051 c.c., nell'ipotesi di cattiva manutenzione di cose in uso esclusivo al condomino, seguendo il principio che addebita il danno ascrivibile ai singoli o al condominio all'eventuale comportamento lesivo di chi lo ha cagionato". La Seconda Sezione ha quindi osservato che "la linea di contrasto è percepibile anche a proposito della individuazione del legittimato passivo a resistere all'azione risarcitoria del terzo (anche se condomino) danneggiato", in quanto "si è introdotta (...) una distinzione tra l'ipotesi in cui ci si duole di danni dovuti a vetustà o di danni riconducibili a difetti originari di progettazione o di esecuzione dell'opera, indebitamente tollerati dal singolo proprietario, sancendo nel primo caso l'esclusiva legittimazione del condominio e nel secondo caso quella del condomino (cfr. Cass. 9084/10; 15300/13)".
Ciò che maggiormente rileva, ha ancora osservato la Seconda Sezione, "è però la convinzione che gli obblighi di contribuzione fissati negli artt. 1123, 1125 e 1126 c.c., riguardano il diritto dei proprietari e l'utilità che essi traggono dai beni, non l'allocazione del danno subito dai terzi, che nella complessa tipologia in esame prescinde, di regola, dalla condotta dell'utilizzatore. Esso infatti risale alla mancata solerzia del condominio nell'apprestare ricostruzioni e riparazioni tempestivamente, prima cioè che si produca il pregiudizio per l'appartamento sottostante. Questa omissione di azione condominiale può esservi, come nella specie è stato denunciato, anche se il condomino che vanta l'uso esclusivo del lastrico o la proprietà della terrazza (...) sia esente da specifiche colpe". Nè - si è precisato - "il criterio di regolazione di cui all'art. 1218, vale a correggere, di norma, l'imputazione degli addebiti" e "il risarcimento prescinde da ogni considerazione sull'utilità che il danneggiante trae dal pregiudizio arrecato, criterio contrario a quello che regge l'art. 1126 c.c., fondato sull'utilità del danneggiante".
La Seconda Sezione ha, infine, ribadito che "il fatto costitutivo dell'illecito risale alla condotta omissiva o commissiva dei condomini, che fonda una responsabilità aquiliana, la quale deve essere scrutinata secondo le rispettive colpe dei condomini e, in caso di responsabilità condominiale, secondo i criteri millesimali, senza utilizzare la normativa coniata ad altro fine".
4. -Il Collegio ritiene che alla questione posta con l'ordinanza di rimessione debba rispondersi nel senso che la responsabilità per danni da infiltrazioni prodotte dal lastrico solare o dal terrazzo di proprietà o di uso esclusivo va attratta all'ambito di operatività dell'art. 2051 c.c., avuto riguardo alla posizione del soggetto che del lastrico o della terrazza abbia l'uso esclusivo. Ritiene, altresì, che, tenuto conto della funzione assolta in ambito condominiale dal lastrico o dalla terrazza posta a copertura dell'edificio o di una sua parte, sia configurabile

anche una concorrente responsabilità del condominio, nel caso in cui l'amministratore ometta di attivare gli obblighi conservativi delle cose comuni su di lui gravanti ai sensi dell'art. 1130 c.c., comma 1, n. 4, ovvero nel caso in cui l'assemblea non adotti le determinazioni di sua competenza in materia di opere di manutenzione straordinaria, ai sensi dell'art. 1135 c.c., comma 1, n. 4, (entrambe tali disposizioni nei rispettivi testi originari, applicabili ratione temporis al caso di specie, e comunque non modificati, per quanto rileva in questa sede, nell'ambito della riscrittura dell'art. 1130, e dell'art. 1135, da parte della L. 11 dicembre 2012, n. 220.

4.1. - I profili maggiormente critici della soluzione data dalla decisione del 1997 alla questione in esame sono sostanzialmente ravvisabili in ciò che risulta attratta ad una disciplina di tipo obbligatorio una situazione in cui viene in rilievo la produzione di un danno ad un terzo, per effetto della violazione di un obbligo di custodia e comunque del dovere di manutenzione della cosa comune. Se la previsione legislativa del concorso tra condominio e condomino che abbia l'uso esclusivo del lastrico solare o di una sua parte, di cui all'art. 1126 c.c., trova la propria giustificazione nella diversità di utilizzazione della cosa comune e quindi nella esigenza che chi sia legittimato a fare un uso esclusivo della cosa comune concorra in misura maggiore - predeterminata in un terzo - alle spese per le riparazioni o le ricostruzioni del lastrico, restando gli altri due terzi a carico di tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve, in proporzione del valore del piano o della porzione di piano di ciascuno, altrettanto non può dirsi per i danni che dalla mancanza di manutenzione derivino alle proprietà sottostanti o a terzi.

E' innegabile, infatti, che chi ha l'uso esclusivo del lastrico solare o di una terrazza a livello si trovi in rapporto alla copertura dell'edificio condominiale in una posizione del tutto specifica, che se da un lato gli consente appunto l'uso esclusivo, dall'altro lo costituisce quale custode della superficie del lastrico o della terrazza, con il conseguente insorgere a suo carico di una responsabilità ex art. 2051 c.c.. In proposito, si è affermato che per la sussistenza di una simile responsabilità è sufficiente la prova del nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, mentre non assume rilievo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia non presuppone, nè implica, uno specifico obbligo di custodia analogo a quello previsto per il depositario, responsabilità a chi, di fatto, si trova nella condizione di controllare i rischi inerenti alla cosa.

La speciale responsabilità ex art. 2051 c.c., va ricercata nella circostanza che il custode "ha il potere di governo sulla cosa" (Cass. n. 3676 del 2006; Cass. n. 5848 del 2007; Cass. 4596 del 2012).

4.2. - La precedente decisione di queste Sezioni Unite ha ricondotto, invece, la posizione del titolare dell'uso esclusivo del lastrico ad una obbligazione propter rem dei condomini per la manutenzione delle cose comuni. In sostanza, la responsabilità risarcitoria del titolare di diritto reale o di uso esclusivo sul lastrico solare sarebbe riconducibile più ad un preesistente rapporto di debito (della prestazione di manutenzione del lastrico o della terrazza) nei confronti del proprietario dell'appartamento sottostante, con conseguente insorgere di una pretesa all'adempimento in capo a quest'ultimo, che non una violazione del dovere generale del neminem laedere.

Tuttavia, la configurabilità di un siffatto rapporto obbligatorio non sembra tenere conto che il proprietario dell'appartamento danneggiato dalla cosa comune, anche se in uso esclusivo, è un terzo che subisce un danno per l'inadempimento dell'obbligo di conservazione della cosa

comune (in tal senso, v., di recente, Cass. n. 1674 del 2015); il che implica la chiara natura extracontrattuale della responsabilità da porre in capo al titolare dell'uso esclusivo del lastrico e, per la natura comune del bene, dello stesso condominio.
Nell'ambito di tale tipo di responsabilità, poi, deve ritenersi che le fattispecie più adeguate di imputazione del danno siano quella di cui all'art. 2051 c.c., per il rapporto intercorrente tra soggetto responsabile e cosa che ha dato luogo all'evento, ovvero quella di cui all'art. 2043 c.c., per il comportamento inerte di chi comunque fosse tenuto alla manutenzione del lastrico.
4.3. - In tal senso deve quindi escludersi la natura obbligatoria, sia pure nella specifica qualificazione di obbligazione propter rem, del danno cagionato dalle infiltrazioni provenienti dal lastrico solare o dalla terrazza a livello, e deve affermarsi la riconducibilità della detta responsabilità nell'ambito dell'illecito aquiliano.
In quest'ambito, come detto, non può essere posta in discussione la specificità del lastrico solare, quando questo sia anche solo in parte in uso esclusivo. Esso, invero, per la parte apparente, e quindi per la superficie, costituisce oggetto dell'uso esclusivo di chi abbia il relativo diritto; per altra parte, e segnatamente per la parte strutturale sottostante, costituisce cosa comune, in quanto contribuisce ad assicurare la copertura dell'edificio o di parte di esso.
Risultano allora chiare le diverse posizioni del titolare dell'uso esclusivo e del condominio: il primo è tenuto agli obblighi di custodia, ex art. 2051 c.c., in quanto si trova in rapporto diretto con il bene potenzialmente dannoso, ove non sia sottoposto alla necessaria manutenzione; il secondo è tenuto, ex art. 1130 c.c., comma 1, n. 4, e art. 1135 c.c., comma 1, n. 4, (nei rispettivi testi originari), a compiere gli atti conservativi e le opere di manutenzione straordinaria relativi alle parti comuni dell'edificio (per l'affermazione della responsabilità del condominio, v., in particolare, Cass. n. 3522 del 2003).
Ed è nel concorso tra tali due tipi di responsabilità che va risolta la questione di massima sottoposta all'esame di queste Sezioni Unite.
Invero, in disparte il caso in cui risulti provato che il titolare del diritto di uso esclusivo del lastrico solare o della terrazza a livello sia responsabile dei danni provocati ad altre unità immobiliari presenti nell'edificio per effetto di una condotta che abbia essa stessa provocato l'infiltrazione e quindi il danno, deve ritenersi che le due responsabilità concorrano.
La naturale interconnessione esistente tra la superficie del lastrico e della terrazza a livello, sulla quale si esercita la custodia del titolare del diritto di uso in via esclusiva, e la struttura immediatamente sottostante, che costituisce cosa comune - sulla quale la custodia non può esercitarsi nelle medesime forme ipotizzabili per la copertura esterna e in relazione alla quale è invece operante il dovere di controllo in capo all'amministratore del condominio ai sensi del richiamato art. 1130 c.c., comma 1, n. 4, induce tuttavia ad individuare una regola di ripartizione della responsabilità mutuata dall'art. 1126 c.c.. In assenza di prova della riconducibilità del danno a fatto esclusivo del titolare del diritto di uso esclusivo del lastrico solare o di una parte di questo, e tenuto conto che l'esecuzione di opere di riparazione o di ricostruzione - necessarie al fine di evitare il deterioramento del lastrico o della terrazza a livello e il conseguente danno da infiltrazioni - richiede la necessaria collaborazione del primo e del condominio, il criterio di riparto previsto per le spese di riparazione o ricostruzione dalla citata disposizione costituisce un parametro legale rappresentativo di una situazione di fatto, correlata all'uso e alla custodia della cosa nei termini in essa delineati, valevole anche ai fini della ripartizione del danno cagionato dalla cosa comune che, nella sua parte superficiale, sia

in uso esclusivo ovvero sia di proprietà esclusiva, è comunque destinata a svolgere una funzione anche nell'interesse dell'intero edificio o della parte di questo ad essa sottostante.
4.4. - Dalla attrazione del danno da infiltrazioni nell'ambito della responsabilità civile discendono conseguenze di sicuro rilievo.
Trovano, infatti, applicazione tutte le disposizioni che disciplinano la responsabilità extracontrattuale, prime fra tutte quelle relative alla prescrizione e alla imputazione della responsabilità, dovendosi affermare che del danno provocato dalle infiltrazioni provenienti dal lastrico solare o dalla terrazza a livello risponde il proprietario o il titolare di diritto di uso esclusivo su detti beni al momento del verificarsi del danno. Una volta esclusa la applicabilità della disciplina delle obbligazioni, deve infatti escludersi che l'acquirente di una porzione condominiale possa essere ritenuto gravato degli obblighi risarcitori sorti in conseguenza di un fatto dannoso verificatosi prima dell'acquisto, dovendo quindi dei detti danni rispondere il proprietario della unità immobiliare al momento del fatto.
Trova applicazione altresì la disposizione di cui all'art. 2055 c.c., ben potendo il danneggiato agire nei confronti del singolo condomino, sia pure nei limiti della quota imputabile al condominio.
In tal senso, del resto, si è già affermato che "il risarcimento dei danni da cosa in custodia di proprietà condominiale soggiace alla regola della responsabilità solidale ex art. 2055 c.c., comma 1, norma che opera un rafforzamento del credito, evitando al creditore di dover agire coattivamente contro tutti i debitori pro quota, anche quando il danneggiato sia un condomino, equiparato a tali effetti ad un terzo, sicchè devono individuarsi nei singoli condomini i soggetti solidalmente responsabili, poichè la custodia, presupposta dalla struttura della responsabilità per danni prevista dall'art. 2051 c.c., non può essere imputata nè al condominio, quale ente di sola gestione di beni comuni, nè al suo amministratore, quale mandatario dei condomini" (Cass. n. 1674 del 2015).
Trova, infine, applicazione l'intera disciplina dell'art. 2051 c.c., anche per i limiti alla esclusione della responsabilità del soggetto che ha la custodia del bene da cui è stato provocato il danno.
4.5. - Deve quindi affermarsi il seguente principio di diritto: "in tema di condominio negli edifici, allorquando l'uso del lastrico solare non sia comune a tutti i condomini, dei danni che derivino da infiltrazioni nell'appartamento sottostante rispondono sia il proprietario o l'usuario esclusivo del lastrico solare (o della terrazza a livello), in quanto custode del bene ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia il condominio, in quanto la funzione di copertura dell'intero edificio, o di parte di esso, propria del lastrico solare (o della terrazza a livello), ancorchè di proprietà esclusiva o in uso esclusivo, impone all'amministratore l'adozione dei controlli necessari alla conservazione delle parti comuni (art. 1130 c.c., comma 1, n. 4) e all'assemblea dei condomini di provvedere alle opere di manutenzione straordinaria (art. 1135 c.c., comma 1, n. 4). Il concorso di tali responsabilità, salva la rigorosa prova contraria della riferibilità del danno all'uno o all'altro, va di regola stabilito secondo il criterio di imputazione previsto dall'art. 1126 c.c., il quale pone le spese di riparazione o di ricostruzione per un terzo a carico del proprietario o dell'usuario esclusivo del lastrico (o della terrazza) e per i restanti due terzi a carico del condominio".
5. - In applicazione di tale principio, la motivazione della sentenza impugnata deve essere corretta, risultando comunque il dispositivo conforme a diritto. Invero, la pretesa risarcitoria è stata azionata dalla proprietaria dell'appartamento danneggiato nei confronti della proprietaria

della terrazza a livello e del condominio e la Corte d'appello, facendo applicazione del precedente orientamento espresso da queste Sezioni Unite, ha ritenuto che correttamente il Tribunale avesse affermato che la I. e il Condominio erano corresponsabili del danno subito dalla C., nella proporzione stabilita dall'art. 1126 c.c., essendo incontestato che il terrazzo di proprietà esclusiva della I. svolgeva anche la funzione di copertura del fabbricato condominiale, con la conseguenza che dei danni subiti dalla C. doveva rispondere per due terzi il Condominio e per un terzo la proprietaria della terrazza a livello.
Soluzione, questa, che discende anche dall'applicazione dell'enunciato principio di diritto, non venendo in rilievo, nella specie, profili ulteriori e diversi rispetto a quello della ripartizione della responsabilità risarcitoria tra proprietaria esclusiva della terrazza a livello e condominio.
6. - In conclusione, il ricorso va rigettato.
In considerazione del fatto che ai fini della decisione sul ricorso è stato necessario affrontare una questione di massima di particolare importanza, le spese del giudizio di cassazione possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; compensa le spese del giudizio di cassazione.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 28 aprile 2015.
Depositato in Cancelleria il 10 maggio 2016

MATERNITÀ SURROGATA E TUTELA DEL MINORE

Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grand Chambre, 24 gennaio 2017

Non costituisce violazione dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo la decisione delle autorità di uno Stato membro di allontanare il minore nato all'estero ricorrendo alla maternità surrogata dalla coppia che è ricorsa a tale tecnica per il concepimento quando il minore non abbia alcun legame genetico con il padre e la madre committenti.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

8. The applicants – a married couple – were born in 1967 and 1955 respectively and live in Colletorto.

A. The child's arrival in Italy

9. After trying to have a child and having unsuccessfully resorted to medically assisted reproduction techniques, the applicants put themselves forward as adoptive parents.
10. On 7 December 2006 the applicants obtained official authorisation from the Campobasso Minors Court to adopt a foreign child within the meaning of Law no. 184 of 1983, entitled "The Child's Right to a Family" (hereafter, "the Adoption Act"), subject to the condition that

the child's age was to be compatible with the limits foreseen by the Act (see paragraph 63 below). The applicants state that they waited in vain for a child who was eligible for adoption.

11. They subsequently decided to try resorting to assisted reproduction techniques again and to a surrogate mother in Russia. To that end, they contacted a Moscow-based clinic. The first applicant stated that she travelled to Moscow, transporting from Italy the second applicant's seminal fluid, duly conserved, which she handed in at the clinic.

A surrogate mother was found and the applicants entered into a gestational surrogacy agreement with the company Rosjurconsulting. After a successful in vitro fertilisation on 19 May 2010, two embryos were implanted in the surrogate mother's womb on 19 June 2010.

12. On 16 February 2011 the Russian clinic certified that the second applicant's seminal fluid had been used for the embryos to be implanted in the surrogate mother's womb.

13. The first applicant travelled to Moscow on 26 February 2011, the clinic having indicated that the child was due to be born at the end of the month.

14. The child was born in Moscow on 27 February 2011. On the same day the surrogate mother gave her written consent to the child being registered as the applicants' son. Her written declaration, bearing the same date and read aloud at the hospital in the presence of her doctor, the chief physician and the head of the hospital department, is worded as follows (English translation of the original Russian version):

"I, the undersigned... have given birth to a boy in the ... maternity hospital in Moscow. The child's parents are an Italian married couple, Giovanni Campanelli, born on ... and Donatina Paradiso, born on..., who expressed in writing their wish to have their embryos implanted in my womb.

On the basis of the foregoing and in accordance with section 16(5) of the Federal Law on Civil Status and Article 51(4) of the Family Code, I hereby give my consent for the above couple to be entered in the birth record and the birth certificate as parents of the child to whom I have given birth..."

15. In the days following the child's birth, the first applicant moved with him into a flat in Moscow, rented by her in advance. The second applicant, who had remained in Italy, was able to communicate with her regularly via internet.

16. On 10 March 2011 the applicants were registered as the new-born baby's parents by the Registry Office in Moscow. The Russian birth certificate, which indicated that the applicants were the child's parents, was certified in accordance with the provisions of the Hague Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents.

17. On 29 April 2011 the first applicant went to the Italian Consulate in Moscow, with the birth certificate, in order to obtain the documents that would enable her to return to Italy with the child. The Italian Consulate issued the documents enabling the child to leave for Italy with the first applicant.

18. On 30 April 2011 the first applicant and the child arrived in Italy.

19. In a note of 2 May 2011 – which was not filed in the proceedings before the Court – the Italian Consulate in Moscow informed the Campobasso Minors Court, the Ministry of Foreign Affairs and the Colletorto Prefecture and Municipality that the paperwork in respect of the child's birth contained false information.

20. A few days later the second applicant contacted the Colletorto municipality, requesting that the birth certificate be registered.

B. The reaction of the Italian authorities

21. On 5 May 2011 the prosecutor's office opened criminal proceedings against the applicants, who were suspected of "misrepresentation of civil status" within the meaning of Article 567 of the Criminal Code, of "use of falsified documents" within the meaning of Article 489 of the Criminal Code and of the offence set out in section 72 of the Adoption Act, since they had brought the child to Italy in breach of the procedure provided for by the provisions on international adoption contained therein (see paragraph 67 below).
22. In parallel, on 5 May 2011, the Public Prosecutor's Office at the Campobasso Minors Court requested the opening of proceedings to make the child available for adoption, since he was to be considered as being in a state of abandonment for the purposes of the law. On the same date the Minors Court appointed a guardian ad litem (curatore speciale) and opened proceedings to make the child available for adoption.
23. On 16 May 2011 the Minors Court placed the child under guardianship at the request of the Public Prosecutor. The child's guardian asked the court to suspend the applicants' parental responsibility, in application of section 10 § 3 of the Adoption Act.
24. The applicants challenged the measures in respect of the child.
25. Following a request of the Minors Court on 10 May 2011, the applicants were visited by a team of social workers on 12 May 2011. Their report, dated 18 May 2011, indicated that the applicants were viewed positively and respected by their fellow citizens, and that they had a comfortable income and lived in a nice house. According to the report, the child was in excellent health and his well-being was self-evident, since he was being cared for by the applicants to the highest standards.
26. On 25 May 2011 the first applicant, assisted by her lawyer, was questioned by the Larino carabinieri. She stated that she had travelled to Russia alone in September 2008, transporting her husband's seminal fluid. She stated that she entered into a contract with the company Rosjurconsulting, which had undertaken to find a surrogate mother willing to be implanted with genetic material from the first applicant and her husband through the Vitanova Clinic in Moscow. The applicant explained that this practice was perfectly legal in Russia and had made it possible for her to obtain a birth certificate which identified the applicants as parents. In June or July 2010 the first applicant had been contacted by the Russian company, which informed her that a surrogate mother had been found, and she had given her consent to the medical procedure.
27. On 27 June 2011 the applicants were heard by the Minors Court. The first applicant stated that, after eight unsuccessful attempts at in vitro fertilisation, which had endangered her health, she had resorted to the Russian clinic, since it was possible in that country to use ova from a donor, which were subsequently implanted in the surrogate mother.
28. On 7 July 2011 the court ordered that DNA testing be carried out in order to establish whether the second applicant was the child's biological father.
29. On 11 July 2011 the Ministry of the Interior asked the Registry Office to refuse to enter the particulars of the birth certificate in the civil-status register.
30. On 1 August 2011 the second applicant and the child underwent DNA testing. The result of these tests showed that there was no genetic link between them.

31. Following the outcome of these tests, the applicants sought an explanation from the Russian clinic. Months later, in a letter of 20 March 2012, the clinic's management informed them that it had been surprised by the results of the DNA test. It stated that there had been an internal inquiry, since an error had clearly occurred, but it had proved impossible to identify the individual responsible for the error, given that there had been dismissals and recruitment of other staff in the meantime.
32. On 4 August 2011 the Registry Office of the Colletorto Municipality refused to register the Russian birth certificate. The applicants lodged an appeal with the Larino Court against this refusal. The subsequent proceedings are set out in paragraphs 46-48 below.
33. The Public Prosecutor asked the Larino Court to give the child a new identity and to issue a new birth certificate.

C. The subsequent proceedings before the minors courts

1. The decision of the Minors Court of 20 October 2011
34. As part of the proceedings to make the child available for adoption which were then pending before the Minors Court (see paragraph 22 above), the applicants asked a psychologist, Dr I., to prepare a report on the child's well-being. The report drawn up by Dr I. on 22 September 2011, after four meetings with the child, indicates that the applicants – who were attentive to the child's needs – had developed a deep emotional bond with him. The report indicated that the grandparents and other family members also surrounded the child with affection, and that he was healthy, lively and responsive. Dr I. concluded that the applicants were suitable parents for the child, both from a psychological perspective and in terms of their ability to educate him and bring him up. She added that possible removal measures would have devastating consequences for the child, explaining that he would go through a depressive phase on account of a sense of abandonment and the loss of the key persons in his life. In her opinion, this could lead to somatic symptoms and compromise the child's psycho-physical development, and, in the long term, symptoms of psychotic pathology could emerge.
35. The applicants asked for the child to be placed with them, with a view to adopting him if necessary.
36. By an immediately enforceable decision of 20 October 2011, the Campobasso Minors Court ordered that the child be removed from the applicants, taken into the care of the social services and placed in a children's home (casa famiglia).
37. The relevant passages of the Minors Court's decision read as follows:
"...
In their evidence Mr Campanelli and Mrs Paradiso stated that Mrs Paradiso had travelled to Russia carrying her husband's semen in a special container, and had there entered into an agreement with the company Rosjurconsulting. Under this agreement, Mrs Paradiso had delivered her husband's semen to a pre-determined clinic. One or more eggs from an unknown female donor had been fertilised in vitro with this semen, and then implanted into another woman, whose identity is known and who had subsequently given birth to the child in question on 27 February 2011. In exchange, Mr Campanelli and Mrs Paradiso had paid a large amount of money. Mrs Paradiso stated that the woman who had given birth to the child had waived her rights to him and had consented to him being referred to on the birth certificate,

drawn up in Russia, as the son of Mr Campanelli and Mrs Paradiso (a copy of the informed consent, given on 27 February 2011 by the woman who gave birth to the child, is on file in these proceedings).

A court-appointed expert witness was then instructed to establish whether the minor child was the biological son of Giovanni Campanelli. In her report the court-appointed expert witness, Ms [L.S.], concluded that the results obtained by means of typing of the DNA of Giovanni Campanelli and the DNA of the minor child [T.C.] rule out Giovanni Campanelli as the child's biological father.

In today's hearing Mr Campanelli and Mrs Paradiso referred to their previous evidence and Mrs Paradiso repeated that she had taken her husband's semen to Russia to be used for the purpose of the intended fertilisation.

However, the conclusions of the court-appointed expert witness have not been challenged.

At the close of the hearing, the Public Prosecutor requested that the application by Mr Campanelli and Mrs Paradiso be refused, that the minor child be placed in the care of third parties and that a temporary guardian be appointed for him. The child's guardian ad litem asked that the child be placed in care under section 2 of the Adoption Act and that a guardian be appointed. Mr Campanelli and Mrs Paradiso requested primarily that the court award them temporary care of the child with a view to subsequent adoption; in the alternative, they requested the suspension of these proceedings pending the criminal classification of the offences, and the suspension of the above-mentioned criminal proceedings against them and of the proceedings before the Campobasso Court of Appeal to challenge the refusal to register the child's birth certificate; again in the alternative, they requested the suspension of these proceedings under section 14 of Law no. 184/1983 for the purpose of a possible repatriation of the minor child to Russia, or, failing that, for the child to be placed with them under section 2 of the cited law.

That being the case, the court finds that the statements by Mr Campanelli and Mrs Paradiso regarding the delivery to Russia of Giovanni Campanelli's genetic material are not supported by any evidence. On the other hand, it has been established that the minor [T.C.] is neither the biological son of Donatina Paradiso, nor, given the evidence of the expert report, of Giovanni Campanelli. At the present time the only certainty is the identity of the woman who gave birth to the baby. The biological parents of the baby, that is, the man and the woman who provided the gametes, remain unknown.

In the light of this evidence, the present case cannot be viewed as a case of so-called gestational surrogacy, which is the case where the surrogate mother who gives birth to the baby has no genetic link to him or her, the fertilisation having taken place with the egg(s) of a third woman. Indeed, in order to be able to talk of gestational or traditional surrogacy (in the latter, the surrogate mother makes her own ovules available) there must be a biological link between the child and at least one of the two intended parents (in this specific case, Mr Campanelli and Mrs Paradiso), a biological link which, as has been seen, is non-existent."

In the court's view, the applicants had thus placed themselves in an unlawful situation:

"It follows that by bringing a baby to Italy, passing him off as their own son, in blatant infringement of the provisions of our legislation (Law no. 184 of 4 May 1983) governing inter-country adoption of children, Mr Campanelli and Mrs Paradiso have acted unlawfully.

Besides any criminal offences which may have been committed (infringement of section 72(2) of Law no. 184/1983), which are not within the jurisdiction of this court, it is noted that the agreement entered into between Mrs Paradiso and the company Rosjurconsulting had unlawful elements since, given

the terms of the agreement (the delivery of Mr Campanelli's genetic material for the fertilisation of another woman's ovules), it was in breach of the ban on the use of assisted reproductive technology (A.R.T.) of a heterologous type laid down by section 4 of Law no. 40 of 19 February 2004.

In any event, it is pointed out that despite being in possession of the authorisation for inter-country adoption issued by order of this court on 7 December 2006, Mr Campanelli and Mrs Paradiso, as has been stated, intentionally evaded the provisions of Law no. 184/1983, which provide not only that the intended adoptive parents must apply to an authorised body (section 31) but also for the involvement of the Commission for Inter-country Adoption (section 38), the only body competent to authorise entry and permanent residence of a foreign child in Italy (section 32)."

The court therefore found it necessary, first and foremost, to put an end to this unlawful situation:

"It is therefore necessary, above all, to prevent this unlawful situation from continuing, since to maintain it would be equivalent to ratifying unlawful conduct in open violation of the provisions of our legislation.

Accordingly, it is necessary to remove the minor child from Mr Campanelli and Mrs Paradiso and place him in an appropriate structure with a view to identifying a suitable couple to foster the child as soon as possible. The Social Services Department of the Municipality of Colletorto is therefore instructed to identify an appropriate structure and to place the child in it. The Italian legislation on adoption applies to this child in accordance with section 37a of Law No. 184/1983, there being no doubt that he is in Italy in a state of abandonment, having been deprived of his biological parents and other relatives, and the mother who gave birth to him having renounced him.

Admittedly, it cannot be denied that the child will in all likelihood suffer harm from being separated from Mr Campanelli and Mrs Paradiso. However, given the age of the child and the short time he has spent with them, the court cannot agree with the conclusions of the report by psychologist [Dr I.] (instructed by Mr Campanelli and Mrs Paradiso), finding that it is certain that the child's separation from them would entail devastating consequences. Indeed, according to the literature on this subject, the mere separation from the main care-givers is not a causal agent of a psychopathological state in a child unless other causal factors are present. The trauma caused by the separation from Mr Campanelli and Mrs Paradiso will not be irreparable, given that a search will begin immediately for a couple able to attenuate the consequences of the trauma, through a compensatory process that will encourage a new adaptation.

It is also pointed out that the fact that Mr Campanelli and Mrs Paradiso (and in particular Mrs Paradiso) have put up with the hardships and the difficulties of A.R.T (Mrs Paradiso has also stated that during one of these interventions her life was at risk) and have preferred, despite being in possession of an approval for inter-country adoption, to circumvent Italian legislation

on this subject gives rise to the doubt and the fear that the minor child may be an instrument to fulfil a narcissistic desire of Mr Campanelli and Mrs Paradiso or to exorcise an individual or joint problem. In the light of the conduct of Mr Campanelli and Mrs Paradiso during the events under examination, all of this throws a consistent shadow over their possession of genuine affective and educational abilities and of the instinct of human solidarity which must be present in any person wishing to bring the children of others into their lives as their own children.

The separation of the minor child from Mr Campanelli and Mrs Paradiso thus corresponds to the best interests of the child."

38. According to the applicants, the court's decision was enforced on the same day, without their having been informed of the decision in advance.

2. The appeal against the decision of the Minors Court

39. The applicants lodged an appeal (reclamo) before the Campobasso Court of Appeal. They argued, inter alia, that the Italian courts could not contest the Russian birth certificate. They further requested that no measures be taken concerning the child while the criminal proceedings against them and the proceedings challenging the refusal to enter the birth certificate in the Italian civil-status register were pending.

3. The Campobasso Court of Appeal's decision of 28 February 2012

40. By a decision of 28 February 2012, the Campobasso Court of Appeal dismissed the appeal.

The Court of Appeal found that the child T.C. was "in a state of abandonment" (in stato di abbandono) within the meaning of section 8 of the Adoption Act, as the applicants were not his parents. In those circumstances, the question of whether or not the applicants were criminally liable and whether or not there had been an error in the use of seminal fluid of unknown origin was not, in its view, relevant. In the Court of Appeal's opinion, it was not appropriate to await the outcome of the criminal trial or of the proceedings brought by the applicants to challenge the refusal to enter the particulars of the birth certificate in the register.

The Court of Appeal also considered that section 33 of Law no. 218/95 (the Private International Law Act) did not prevent the Italian courts from refusing to comply with certified information from a foreign State, and that there was no issue of lack of jurisdiction, since, according to section 37bis of the Adoption Act, "... the Italian law governing adoption, fostering, and necessary measures in case of urgency shall be applicable to a foreign minor child who is in [Italy] in a state of abandonment" (cf. also Cass 1128/92)".

41. No appeal to the Court of Cassation lay against that decision (see paragraph 68 below).

D. Preventive seizure of the birth certificate

42. In the meantime, on 30 October 2011 the public prosecutor at the Larino Court had ordered the preventive seizure of the Russian birth certificate, on the ground that it was an essential item of evidence. In the prosecutor's view, in all probability the applicants had not only committed the offences with which they were charged, but they had attempted to conceal them. They had, according to him, inter alia, stated that they were the biological parents and had then corrected their versions of events as these were successively disproved.

43. The applicants challenged the preventive seizure order.
44. By a decision of 20 November 2012, the Campobasso Court dismissed the applicants' appeal on the ground of the strong suspicions that they had committed the offences in question. In particular, the court noted the following facts: the first applicant had spread a rumour that she was pregnant; she had gone to the Italian Consulate in Moscow and implied that she was the natural mother; she had subsequently admitted that the child had been born to a surrogate mother; she had stated to the carabinieri on 25 May 2011 that the second applicant was the biological father, which had been disproved by the DNA tests; she had thus made false statements; she had been very vague as to the identity of the genetic mother; the documents concerning the surrogate motherhood stated that the two applicants had been seen by the Russian doctors, which did not correspond to the fact that the second applicant had not travelled to Russia; the documents relating to the birth did not give any precise date. The court considered that the only certainty was that the child had been born and that he had been handed over to the first applicant against payment of almost 50,000 euros (EUR). In the court's view, the hypothesis that the applicants had behaved illegally with a view to having the particulars of the birth certificate entered in the civil-status register and to circumventing the Italian legislation thus appeared well-founded.
45. In November 2012 the Public Prosecutor transmitted the decision regarding the preventive seizure to the Minors Court and indicated that a conviction under section 72 of the Adoption Act would deprive the applicants of the possibility of fostering (affido) the child and of adopting him or other minors. In the Public Prosecutor's view, there was therefore no other solution but to proceed with the adoption procedure for the child, and his temporary placement with a foster family had therefore been requested, in accordance with sections 8 and 10 of the Adoption Act. The Public Prosecutor repeated his request and emphasised that the child had been removed more than a year previously, and that he had since been living in a children's home (casa famiglia), where he had developed meaningful relationships with the persons responsible for his care. He explained that the child had thus still not found a family environment to replace the one that had been illegally provided by the couple who had brought him to Italy. According to the Public Prosecutor, the child seemed destined for another separation, even more painful than that from the mother who had given birth to him and then from the woman who claimed to be his mother.

E. The proceedings brought by the applicants to challenge the refusal to enter the particulars of the birth certificate in the civil-status register

46. An appeal having been lodged to contest the Registry Office's refusal to enter the particulars of the Russian birth certificate in the civil-status register, the Larino Court declined jurisdiction on 29 September 2011. The proceedings were subsequently resumed before the Campobasso Court of Appeal. The applicants insisted that the particulars of the Russian birth certificate be entered in the Italian register.
47. By an immediately enforceable decision of 3 April 2013, the Campobasso Court of Appeal ruled on the transcription of the birth certificate into the Italian register.
By way of introduction, the Court of Appeal dismissed the objection raised by the guardian to the effect that the applicants did not have standing to bring an action before that court; it

acknowledged that the applicants had standing to bring proceedings in that they were referred to as the "parents" in the birth certificate that they wished to have entered in the civil-status register.
However, the Court of Appeal considered it clear that the applicants were not the biological parents and concluded that there had not therefore been a gestational surrogacy. It noted that the parties were in agreement that the Russian legislation presupposed a biological link between the child and at least one of the intended parents before the term surrogate motherhood could be used. It concluded that the birth certificate was fraudulent (ideologicamente falso) and in breach of Russian law. In the Court of Appeal's view, given that there was nothing to show that the child had Russian citizenship, the applicants' argument that Italian law was inapplicable ran counter to section 33 of the Private International Law Act, which stated that the legal parent-child relationship was determined by the national law governing the child at the time of his or her birth.
The Court of Appeal added that it was contrary to public order to register the contested birth certificate, since it was fraudulent. It stated that although the applicants had pleaded their good faith, alleging that they were unable to explain why the second applicant's seminal fluid had not been used in the Russian clinic, this made no difference to the situation and did not alter the fact that the second applicant was not the biological father.
48. In conclusion, the Court of Appeal held that it was legitimate to refuse to register the Russian birth certificate and to grant the Public Prosecutor's request that a new birth certificate be issued. The Court of Appeal therefore ordered that a new birth certificate be issued, indicating that the child was the son of persons unknown, born in Moscow on 27 February 2011, and that he would be given a new name, determined in accordance with Presidential Decree no. 396/00.

F. The fate of the child

49. Following execution of the decision issued by the Minors Court on 20 October 2011, the child was placed in a children's home for about fifteen months, in a location that was unknown to the applicants. All contact between the applicants and the child was prohibited. They were unable to obtain any news of him.
50. In January 2013 the child was placed in a family with a view to his adoption.
51. At the beginning of April 2013 the guardian asked the Minors Court to give the child a formal identity, so that he could be registered for school without complications. He stated that the child had been placed in a family on 26 January 2013, but that he did not have an identity. This "inexistence" had a significant impact on administrative matters, particularly with regard to deciding under what name the child was to be registered for school, for vaccination records, and for residence. While accepting that this situation corresponded to the aim of preventing the applicants from discovering the child's whereabouts, for his own protection, the guardian explained that a temporary formal identity would enable the secrecy surrounding the child's real identity to be maintained, while simultaneously enabling him to have access to public services; for the time being, he was entitled only to use emergency medical services.
52. The case file indicates that this request was granted by the Minors Court and that the child received a formal identity.

53. The Government have indicated that the child has now been adopted.

G. The outcome of the proceedings before the Minors Court

54. The proceedings to make the child available for adoption were resumed before the Minors Court of Campobasso (see paragraph 22 above). The applicants confirmed their opposition to the child's placement with third persons. The guardian asked for a statement ruling that the applicants no longer had locus standi.
The Public Prosecutor asked the Minors Court not to declare the child available for adoption using the name originally given to him, on the ground that, in the meantime, he had opened a second set of proceedings requesting that the child be declared available for adoption under his new identity (child of unknown parents).
55. On 5 June 2013, the Minors Court held that the applicants no longer had standing to act in the adoption proceedings, given that they were neither the child's parents nor members of his family within the meaning of section 10 of the Adoption Act. The court stated that it would settle the question of the child's adoption in the context of the other set of adoption proceedings, referred to by the Public Prosecutor.

H. The outcome of the criminal proceedings brought against the applicants

56. No information has been provided by the parties concerning subsequent developments in the criminal proceedings brought against the applicants. It seems that those proceedings are still pending.

II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE

A. Italian law

1. Private International Law Act
57. Under section 33 of the Private International Law Act 1995 (Law no. 218), the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth.

2. Simplification of Civil Status Act
58. Presidential Decree no. 396 of 3 November 2000 (Simplification of Civil Status Act) provides that declarations of birth concerning Italian nationals which have been drawn up abroad must be transmitted to the consular authorities (section 15). The consular authorities transmit a copy of the documents, for the purpose of their entry in the civil-status register, to the municipality in which the individual concerned intends to take up residence (section 17). Documents drawn up abroad cannot be entered in the register if they are contrary to public order (section 18). In order to have full legal force in Italy, foreign decisions (provvedimenti) in respect of persons' capacity or the existence of family relationships must not be contrary to public order (section 65).

3. Medically Assisted Reproduction Act

59. Section 4 of Law no. 40 of 19 February 2004 (the Medically Assisted Reproduction Act) prohibited the use of heterologous assisted reproduction techniques. Failure to comply with this provision entailed a financial penalty ranging from EUR 300,000 to EUR 600,000.
60. In judgment no. 162 of 9 April 2014, the Constitutional Court found these provisions to be contrary to the Constitution where the above prohibition concerned a heterosexual couple suffering from proven and irreversible sterility or infertility.
61. In the same judgment, the Constitutional Court held that the prohibition on surrogate motherhood imposed by section 12 § 6 of the Act, was, on the contrary, legitimate. That provision makes it an offence to carry out, organise or advertise the commercialisation of gametes, embryos or surrogate motherhood. The penalties incurred are imprisonment, ranging from three months to two years, and a fine, ranging from EUR 600,000 to 1,000,000.
62. In judgment no. 96 of 5 June 2015, the Constitutional Court again examined the prohibition on using heterologous reproduction techniques and held that the relevant provisions were unconstitutional in respect of couples who are fertile but are carriers of serious genetically transmitted diseases.

4. The relevant provisions in respect of adoption
63. The provisions concerning the procedure for adoption are set out in Law no. 184/1983 ("the Adoption Act"), as amended by Law no. 149 of 2001, entitled "The Child's Right to a Family".
Section 2 of the Act provides that a minor who has temporarily been deprived of a satisfactory family environment may be placed with another family, if possible including other minor children, or with a single person, or with a family-type community, for the purposes of providing him or her with support, an upbringing and education. If it is not possible to provide him with a satisfactory family environment, a minor may be placed in a public or private children's home, preferably in the area in which he has been living.
Section 5 of the Act provides that the family or person with whom the minor has been placed must provide him or her with support, an upbringing and education, taking account of instructions from the guardian and in compliance with the judicial authority's directions. In any event, the foster family exercises parental responsibility with regard to relations with the school and the national health service. The foster family must be heard in the proceedings on placement and the proceedings concerning the order that the child is available for adoption.
Section 6 of the Act lays down age limits for adopting. The difference in age between the child and the adopting parent must be a minimum of eighteen years and a maximum of forty-five years, a limit which may be extended to fifty-five years for the second adopting parent. The minors courts may derogate from these age limits where they consider that the fact of not proceeding with the child's adoption would be harmful to him or her.
Furthermore, section 7 provides that adoption is possible for minors who have been declared available for adoption.
Section 8 provides that "the Minors Court may, even of its own motion, declare ... a minor available for adoption if he or she is in a state of abandonment in the sense of being deprived of all emotional or material support from the parents or the members of his or her family responsible for providing such support other than in temporary cases of force majeure". Section 8 continues: "A minor shall continue to be considered in a state of abandonment ...

even if he or she is in a children's home or has been placed in a foster home." Lastly, section 8 provides that a case of force majeure

shall be deemed to have ceased where the parents or other members of the minor's family responsible for providing support refuse assistance from the authorities and the court considers their refusal unjustified. The fact that a minor is in a state of abandonment may be reported to the authorities by any member of the public or noted by a court of its own motion. Furthermore, any public official and any member of the minor's family who is aware that a child is in a state of abandonment must report the situation to the authorities. Children's homes must keep the judicial authorities regularly informed of the situation of minors whom they take into their care (section 9).

Section 10 then provides that, pending a minor's placement in a foster home before adoption, the court may order any temporary measure which is in the minor's interests, including, if necessary, the suspension of parental responsibility.

Sections 11 to 14 provide that enquiries shall be made so as to clarify the minor's situation and determine whether he or she is in a state of abandonment. In particular, section 11 provides that where, in the course of these enquiries, it transpires that the child does not have contact with any member of his or her family up to the fourth degree, the court may issue a declaration that he or she is available for adoption, unless an adoption application has been made within the meaning of section 44 of the Act.

If, at the end of the procedure provided for in the above sections, the minor is still in a state of abandonment within the meaning of section 8, the Minors Court shall declare him or her available for adoption if: (a) the parents or other members of the family have not appeared in the course of the proceedings; (b) it is clear from interviews with them that they are still failing to provide the child with emotional and material support and are unable to remedy the situation; and (c) measures ordered under section 12 have not been implemented through the parents' fault (section 15). Section 15 also provides that a declaration that a minor is available for adoption shall be made in a reasoned decision of the Minors Court sitting in chambers, after it has heard the Public Prosecutor, the representative of the children's home in which the minor has been placed or any foster parent, the guardian, and the minor if he or she is aged over twelve years or, if aged under twelve, where this is deemed necessary.

Section 17 provides that an objection to a decision declaring a child available for adoption must be lodged within thirty days of the date of notification to the requesting party.

Under section 19, parental responsibility is suspended while a minor is available for adoption.

Lastly, section 20 provides that a minor shall no longer be available for adoption if he or she has been adopted or has come of age. Moreover, a declaration that a child is available for adoption may be annulled, either by the court of its own motion or at the request of the parents or the Public Prosecutor, if the conditions laid down in section 8 have in the meantime ceased to apply. However, if the minor has been placed with a family with a view to adoption (affidamento preadottivo) under sections 22-24, the declaration that he or she is available for adoption cannot be annulled.

64. Section 44 provides for certain cases of special adoption: adoption is possible for minors who have not yet been declared available for adoption. In particular, section 44 (d) authorises adoption when it is impossible to place the child in alternative care pending adoption.

65. Section 37bis of this Act provides that Italian law applies to foreign minors who are in Italy and who are in "a state of abandonment" with regard to adoption, placement and urgent measures.
66. In order to be able to adopt a foreign minor, persons wishing to adopt must contact an organisation that is authorised to look for a child (section 31) and the Commission for International Adoptions (section 38). The latter is the only body that is competent to authorise the entry and permanent residence of a foreign minor in Italy (section 32). Once the minor has arrived in Italy, the minors court orders that the information on the adoption decision be transcribed into the civil-status register.
67. Under section 72 of the Act, any person who – in violation of the provisions set out in paragraph 66 above – brings into the territory of the State a foreign minor, in order to obtain money or other benefits, and in order that the minor be entrusted permanently to Italian citizens, is committing a criminal offence punishable by a prison term of between one and three years. This sanction also applies to those persons who, in exchange for money or other benefits, accept the "placement" of foreign minors on a permanent basis. Conviction for this offence entails disqualification from fostering children (affido) and from becoming a guardian.

5. Appeal on points of law under Article 111 of the Constitution
68. Under Article 111 § 7 of the Italian Constitution, appeals to the Court of Cassation to allege violations of the law are always possible against judgments or measures affecting personal freedom. The Court of Cassation extended the scope of this remedy to civil proceedings where the impugned decision has a substantial impact on situations (decisoria) and where it cannot be varied or revoked by the same court which delivered it (definitiva).
Decisions concerning urgent measures with regard to a child in a state of abandonment, taken by the minors court on the basis of section 10 of the Adoption Act (Articles 330 et seq. of the Civil Code, Article 742 of the Code of Civil Procedure) may be varied or revoked. They may be the subject of a complaint before the court of appeal. No appeal on points of law can be made in respect of decisions that may be varied and revoked at any point (Court of Cassation, Section I, judgment of 18 October 2012, no. 17916).

6. The law establishing the minors courts
69. Royal Decree no. 1404 of 1934, which subsequently became Law no. 835 of 1935, established the minors courts. This law has since been amended on several occasions.
Under section 2, all minors courts are made up of an appeal court judge, a judge of first-instance and two lay judges. The latter are chosen from specialists in biology, psychiatry, criminal anthropology, pedagogy or psychology.

B. The Court of Cassation's case-law

1. Prior to the hearing before the Grand Chamber
70. The Court of Cassation (Section I, judgment no. 24001 of 26 September 2014) ruled in a civil case concerning two Italian nationals who had travelled to Ukraine to have a child with the help of a surrogate mother. The Court of Cassation held that the decision to take the child into care was lawful. Having noted the absence of genetic links between the

child and the intended parents, the Court of Cassation concluded that the impugned situation was illegal under Ukrainian law, since the latter required a biological link with one of the intended parents. The Court of Cassation reiterated that the prohibition on surrogate motherhood was still in force in Italy. It explained that the prohibition on surrogate motherhood in Italian law was a criminal-law one, and was intended to protect the surrogate mother's human dignity and the practice of adoption. It added that only a legally recognised adoption, organised in accordance with the regulations, would allow non-genetic parenthood to be validated. It stated that the assessment of the child's best interests had been carried out in advance by the legislature, and the court had no discretion in this matter. It concluded that there could be no conflict of interest with the child's interests where the court applied the domestic law and refused to take into account a legal parent-child relationship established abroad following a gestational surrogacy arrangement.

2. Subsequent to the Grand Chamber hearing

71. The Court of Cassation (Section V, judgment no. 13525 of 5 April 2016) ruled in criminal proceedings against two Italian nationals who had travelled to Ukraine in order to conceive a child and had used an ova donor and a surrogate mother. Ukrainian law required that one of the two parents be the biological parent. The acquittal judgment delivered at first instance had been challenged by the public prosecutor before the Court of Cassation.

That court dismissed the public prosecutor's appeal on points of law, thus confirming the acquittal, which had been based on the finding that the defendants had not been in breach of section 12 § 6 of Law no. 40 of 19 February 2004 (the Medically Assisted Reproduction Act), given that they had had recourse to an assisted reproduction technique which was legal in the country in which it was practised. In addition, the Court of Cassation considered that the fact that the defendants had submitted a foreign birth certificate to the Italian authorities did not constitute the offence of "making a false statement as to identity" (Article 495 of the Criminal Code) or "falsifying civil status" (Article 567 of the Criminal Code), since the certificate in question was legal under the law of the issuing country.

72. The Court of Cassation (Section I, judgment no. 12962/14 of 22 June 2016) ruled in a civil case in which the claimant had asked to be able to adopt her companion's child. The two women had travelled to Spain to use assisted reproduction techniques that were forbidden in Italy. One of them was the "mother" under Italian law, and the seminal fluid had been provided by an unknown donor. The claimant had been successful at first and second instance. On an appeal by the public prosecutor, the Court of Cassation dismissed the latter's submissions, and thus accepted that a child born through assisted reproduction techniques within a same-sex female couple could be adopted by the woman who had not given birth to that child. In reaching that conclusion the Court of Cassation took into account the stable emotional bond between the claimant and the child, and the best interests of the minor child. The Court of Cassation referred to section 44 of the Adoption Act, which provides for special circumstances.

C. Russian law

73. At the relevant time, namely until February 2011, when the child was born, the only relevant legislation in force was the Family Code of 29 December 1995. That Code provided that a married couple could be recognised as the parent couple of a child born to a surrogate mother where the latter has given her written consent (Article 51 § 4 of the Family Code). The Family Code was silent on the question whether or not the intended parents should have a biological link to the child in the event of a gestational surrogacy agreement. Implementing Decree no. 67, which was adopted in 2003 and remained in force until 2012, was also silent on this point.

74. Subsequent to the child's birth, the Basic Law on the Protection of Citizens' Health, which was enacted on 21 November 2011 and entered into force on 1 January 2012, introduced provisions to regulate medical activities, including assisted reproduction. Section 55 of this law defines gestational surrogacy as the fact of bearing and handing over a child on the basis of a contract concluded between the surrogate mother and the intended parents, who provide their own genetic material.

Decree no. 107, issued by the Minister of Health on 30 August 2012, defines gestational surrogacy as a contract entered into between the surrogate mother and the intended parents who have used their genetic material for the conception.

III. RELEVANT INTERNATIONAL LAW AND PRACTICE

A. The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents

75. The Hague Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents was concluded on 5 October 1961. It applies to public documents – as defined in Article 1 – which have been drawn up in the territory of one Contracting State and which must be produced in the territory of another Contracting State.

Article 2

"Each Contracting State shall exempt from legalisation documents to which the present Convention applies and which have to be produced in its territory. For the purposes of the present Convention, legalisation means only the formality by which the diplomatic or consular agents of the country in which the document has to be produced certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which it bears."

Article 3

"The only formality that may be required in order to certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which it bears, is the addition of the certificate described in Article 4, issued by the competent authority of the State from which the document emanates."

Article 5

"The certificate shall be issued at the request of the person who has signed the document or of any bearer. When properly filled in, it will certify the authenticity of the signature, the

capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which the document bears. The signature, seal and stamp on the certificate are exempt from all certification."
The explanatory report on this Convention indicates that the certificate does not attest to the truthfulness of the content of the original document. This limitation on the legal effects deriving from the Hague Convention is intended to preserve the right of the signatory States to apply their own choice-of-law rules when they are required to determine the probatory force to be attached to the content of the certified document.

B. The United Nations Convention on the Rights of the Child

76. The relevant provisions of the United Nations Convention on the Rights of the Child, concluded in New York on 20 November 1989, read as follows:

Preamble
"The States Parties to the present Convention,
...
Convinced that the family, as the fundamental group of society and the natural environment for the growth and well-being of all its members and particularly children, should be afforded the necessary protection and assistance so that it can fully assume its responsibilities within the community,
Recognizing that the child, for the full and harmonious development of his or her personality, should grow up in a family environment, in an atmosphere of happiness, love and understanding,
...
Have agreed as follows:
...
Article 3
1. In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.
...
Article 7
1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and. as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.
...
Article 9
1. States Parties shall ensure that a child shall not be separated from his or her parents against their will...

Article 20

1. A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.
2. States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.
3. Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children.

When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

Article 21
States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall:
(a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary;
(b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin;
(c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption;
(d) Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it;
(e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs.
..."
77. In its General Comment no. 7 (2005) on implementing child rights in early childhood, the Committee on the Rights of the Child wished to encourage the States Parties to recognise that young children are holders of all rights enshrined in the Convention on the Rights of the Child and that early childhood is a critical period for the realisation of these rights. In particular, the Committee refers to the best interests of the child:
"13. Article 3 sets out the principle that the best interests of the child are a primary consideration in all actions concerning children. By virtue of their relative immaturity, young children are reliant on responsible authorities to assess and represent their rights and best interests in relation to decisions and actions that affect their well-being, while taking account of their views and evolving capacities. The principle of best interests appears repeatedly within the Convention (including in articles 9, 18, 20 and 21, which are most relevant to early childhood). The principle of best interests applies to all actions concerning children and requires active measures to protect their rights and promote their survival, growth, and well-

being, as well as measures to support and assist parents and others who have day-to-day responsibility for realizing children's rights:
(a) Best interests of individual children. All decision-making concerning a child's care, health, education, etc. must take account of the best interests principle, including decisions by parents, professionals and others responsible for children. States parties are urged to make provisions for young children to be represented independently in all legal proceedings by someone who acts for the child's interests, and for children to be heard in all cases where they are capable of expressing their opinions or preferences;
..."

C. The Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption

78. The relevant provisions of the Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, concluded in The Hague on 29 May 1993, are worded as follows:

Article 4
"1. An adoption within the scope of the Convention shall take place only if the competent authorities of the State of origin -
(a) have established that the child is adoptable;
(b) have determined, after possibilities for placement of the child within the State of origin have been given due consideration, that an intercountry adoption is in the child's best interests;
(c) have ensured that
(1) the persons, institutions and authorities whose consent is necessary for adoption, have been counselled as may be necessary and duly informed of the effects of their consent, in particular whether or not an adoption will result in the termination of the legal relationship between the child and his or her family of origin,
(2) such persons, institutions and authorities have given their consent freely, in the required legal form, and expressed or evidenced in writing,
(3) the consents have not been induced by payment or compensation of any kind and have not been withdrawn, and
(4) the consent of the mother, where required, has been given only after the birth of the child; and
(d) have ensured, having regard to the age and degree of maturity of the child, that
(1) he or she has been counselled and duly informed of the effects of the adoption and of his or her consent to the adoption, where such consent is required,
(2) consideration has been given to the child's wishes and opinions,
(3) the child's consent to the adoption, where such consent is required, has been given freely, in the required legal form, and expressed or evidenced in writing, and
(4) such consent has not been induced by payment or compensation of any kind."

D. The principles adopted by the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences of the Council of Europe

79. The Council of Europe Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI), which preceded the present Steering

Committee on Bioethics, published in 1989 a series of Principles. Principle 15, on "Surrogate Motherhood", is worded as follows:

"1. No physician or establishment may use the techniques of artificial procreation for the conception of a child carried by a surrogate mother.

2. Any contract or agreement between [the] surrogate mother and the person or couple for whom she carried the child shall be unenforceable.

3. Any action by an intermediary for the benefit of persons concerned with surrogate motherhood as well as any advertising relating thereto shall be prohibited.

4. However, States may, in exceptional cases fixed by their national law, provide, while duly respecting paragraph 2 of this principle, that a physician or an establishment may proceed to the fertilisation of a surrogate mother by artificial procreation techniques, provided that:

a. the surrogate mother obtains no material benefit from the operation;

b. the surrogate mother has the choice at birth of keeping the child."

E. The work of the Hague Conference on Private International Law

80. The Hague Conference on Private International Law has examined the issues of private international law concerning the status of children, particularly with regard to the recognition of parentage. Following an extensive consultation process which resulted in a comparative report (Preliminary Documents nos. 3B and 3C of 2014), in April 2014, the Council on General Affairs and Policy agreed that the work should be continued to explore the feasibility of preparing a multilateral instrument. Preliminary Document no. 3A of February 2015, entitled "The Parentage/Surrogacy project: an updating note" describes the important human-rights concerns raised by the current situation regarding international surrogacy arrangements, and the increasing prevalence of such arrangements. The Hague Conference thus considered that there is now a pressing human-rights requirement, including from the perspective of children's rights, for its work in this area.

IV. COMPARATIVE LAW MATERIAL

81. In the cases of Mennesson v. France (no. 65192/11, §§ 40-42, ECHR 2014 (extracts) and Labassee v. France (no. 65941/11, §§ 31-33, 26 June 2014), the Court outlined the results of a comparative-law analysis covering thirty-five States Parties to the Convention other than France. It showed that surrogacy is expressly prohibited in fourteen of those States; in ten other States, in which there are no regulations on gestational surrogacy, it is either prohibited under general provisions or not tolerated, or the question of its legality is uncertain; it is authorised in seven of these

thirty-five member States (subject to compliance with certain strict conditions).
In thirteen of these thirty-five States it is possible for the intended parents to obtain legal recognition of the parent-child relationship between them and a child born from gestational surrogacy carried out legally in another country.

THE LAW

I. SCOPE OF THE CASE BEFORE THE GRAND CHAMBER

82. In the proceedings before the Grand Chamber, both parties submitted observations concerning the complaints that had been declared inadmissible by the Chamber.
83. The Government submitted that the applicants had not exhausted the domestic remedies in so far as they complained about the refusal to recognise the foreign birth certificate. The applicants had not appealed to the Court of Cassation against the decision issued by the Campobasso Court of Appeal on 3 April 2013, by which it confirmed the refusal to register the birth certificate.
84. The Court notes that the Chamber allowed the objection of failure to exhaust domestic remedies with regard to the complaint that it had been impossible to have the details of the Russian birth certificate registered in Italy. In consequence, that complaint was declared inadmissible (see § 62 of the Chamber judgment). It follows that this complaint falls outside the scope of the examination by the Grand Chamber since, according to the Court's settled case-law, the "case" referred to the Grand Chamber is the application as it has been declared admissible by the Chamber (see, among other authorities, K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 141, ECHR 2001-VII).
85. The applicants asked the Grand Chamber to take into account the complaints submitted by them on behalf of the child, since they were relevant to the merits (see Azinas v. Cyprus [GC], no. 56679/00, § 32, ECHR 2004-III; K. and T. v. Finland, cited above, § 141). The best interests of the child were at the heart of the case, yet they had not been taken into account at all by the national authorities.
86. In this connection, the Court notes that the Chamber found that the applicants did not have the standing to act before the Court on behalf of the child and it dismissed the complaints raised on his behalf as being incompatible ratione personae (see §§ 48-50 of the Chamber judgment). Accordingly, this part of the application is not within the scope of the case before the Grand Chamber (see K. and T. v. Finland, cited above, § 141).

87. Nonetheless, the question whether the best interests of the child are to be taken into consideration in examining the complaints raised by the applicants on their own behalf is an issue which forms part of the dispute before the Grand Chamber.

II. THE GOVERNMENT'S PRELIMINARY OBJECTIONS

A. The parties' submissions

1. The Government

88. The Government raised two preliminary objections.
89. First, they alleged that the applicants had not exhausted domestic remedies in that they had not challenged the decision by the Minors Court of 5 June 2013 denying them standing to take part in the adoption proceedings. The Government argued that the remedies available under Italian law were effective.
90. Secondly, the Government asked the Court to dismiss the application as incompatible ratione personae, on the ground that the applicants did not have locus standi before the Court.

2. The applicants
91. The applicants pointed out that the Chamber had already ruled on these objections and had dismissed them. With particular regard to the objection that they had failed to exhaust domestic remedies in relation to the decision of 5 June 2013 denying them standing to take part in the adoption proceedings, the applicants stressed that when the Minors Court excluded them from the proceedings, more than twenty months had elapsed since the day that the child had been removed. The applicants considered that the passage of time had made the child's return perfectly illusory, given that he now lived with another family. They further noted that the Government had not provided any judicial precedent in support of their argument.

B. The Court's assessment

92. The Court notes that the objections raised by the Government have already been examined by the Chamber (see §§ 55-64 of the Chamber judgment).
93. It notes that the Chamber dismissed them (see §§ 64 and 57 respectively of the Chamber judgment) and that the Government have repeated these objections on the basis of the same arguments. The Court considers that with regard to these two objections there is nothing to warrant departing from the Chamber's conclusions.
94. In conclusion, the Government's objections must be dismissed.

III. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

95. The applicants alleged that the measures taken by the Italian authorities in respect of the child, which resulted in the latter's permanent removal, had infringed their right to respect for private and family life, guaranteed by Article 8 of the Convention.
96. The Government contested that argument.
97. The relevant parts of Article 8 of the Convention provide:
"1. Everyone has the right to respect for his private and family life ...
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

A. The Chamber judgment

98. After having declared inadmissible the complaint raised by the applicants on behalf of the child, and also their complaint based on the refusal to recognise the birth certificate issued in Russia, the Chamber focused on the measures which had led to the child's permanent removal.

As the birth certificate had not been recognised under Italian law, the Chamber considered that there was no legal relationship strictly speaking between the applicants and the child. However, the Chamber concluded that there had existed a de facto family life within the meaning of Article 8. In reaching that conclusion, it took into account the fact that the applicants had shared with the child the first important stages of his young life, and that they had acted as parents towards the child. In addition, the Chamber considered that the second applicant's private life was also at stake, given that, at domestic level, he had sought to confirm the existence of a biological link with the child through a DNA test. In conclusion, the Chamber held that the contested measures amounted to an interference in the de facto family life existing between the applicants and the child (see

§§ 67-69 of the Chamber judgment), and also in the second applicant's private life (see § 70 of the Chamber judgment).

99. Further, noting that the courts had applied Italian law to determine the child's parentage and had concluded that the latter had been "in a state of abandonment" in the absence of a genetic link with the applicants, the Chamber found that the national courts had not taken an unreasonable decision. In consequence, the Chamber accepted that the interference had been "in accordance with the law" (see § 72 of the Chamber judgment).

100.The Chamber then held that the measures taken in respect of the child had pursued the aim of "prevention of disorder", in so far as the applicants' conduct was contrary to Italian legislation on international

adoption and on medically assisted reproduction. In addition, the measures in question had been intended to protect the child's "rights and freedoms" (see § 73 of the Chamber judgment).

101.Having acknowledged the existence of a family life, the Chamber assessed jointly the private interests of the applicants and the best interests of the child, and weighed them up against the public interest. It was not convinced of the adequacy of the elements relied on by the Italian authorities in concluding that the child ought to be taken into the care of the social services. The Chamber based its reasoning on the principle that the removal of a child from the family setting is an extreme measure to which recourse should be had only as a very last resort, to fulfil the aim of protecting a child who is faced with immediate danger (in this regard, the Chamber referred to the following judgments: Scozzari and Giunta v. Italy [GC], nos. 39221/98 and 41963/98, § 148, ECHR 2000-VIII; Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, § 136, ECHR 2010; Y.C. v. the United Kingdom, no. 4547/10, §§ 133-138, 13 March 2012; and Pontes

v. Portugal, no. 19554/09, §§ 74-80, 10 April 2012). On the basis of the evidence in the file, the Chamber held that the national courts had taken decisions without any specific assessment of the child's living conditions with the applicants, and of his best interests. Accordingly, it concluded that there had been a violation of Article 8 of the Convention on the ground that the

national authorities had failed to strike the fair balance that ought to be maintained between the general interest and the private interests at stake (see §§ 75-87 of the Chamber judgment).

B. The parties' observations

1. The applicants

102. The applicants stated at the outset that the Court was required to rule solely on the disputed measures taken by the Italian authorities in respect of the child, and then only on the basis of Article 8 of the Convention, for the purpose of determining whether there had been a violation of the applicants' private and family life. In their view, given the Chamber's decision to declare inadmissible the complaint concerning the refusal to register the child's Russian birth certificate in Italy, the Court was not required to rule on whether a State's decisions to authorise or prohibit the practice of gestational surrogacy on its territory, or the conditions for recognition of a parent-child relationship in respect of children legally conceived in another country, were compatible with the Convention.

103. The applicants argued that the ties which bound them to the child amounted to family life, coming within the scope of Article 8 of the Convention. They referred to the Court's case-law in this regard.

104. They submitted that the family life created between them and the child born to a surrogate mother was in accordance with Russian law as applicable at the relevant time. It was therefore based on a legal tie of lawful parenthood, attested by the birth certificate issued by the competent authorities. The lawfulness of this legal parent-child tie was not affected by the fact that it had transpired that there was no biological father-child relationship binding the intended father and the child, since the presence of such a biological tie had not been required by Russian law at the time.

105. In the applicants' view, the parental authority exercised by them in respect of the child – and, in consequence, the existence of a legal parent- child relationship – had been recognised by the Italian authorities, in that those authorities had suspended and revoked it.

106. The child had been born as the result of a serious and duly considered parental project. The couple had demonstrated their attachment to the child even before his birth (the applicants referred to Anayo v. Germany, no. 20578/07, § 61, 21 December 2010) and had taken steps to make an effective family life possible. The applicants stated that, following the child's birth, the first applicant had rapidly taken him into her care and had taken up residence with him in a flat in Moscow, forming strong emotional bonds. On his arrival in Italy, the child lived with the applicants in an environment which, both materially and emotionally, was welcoming, secure and conducive to his harmonious development. The applicants pointed out that the family had lived together for eight months, including six months in Italy. Although this period was relatively short, it corresponded to the first important stages in the child's young life. The applicants also pointed out that the shortness of the period in question had not resulted from any decision on their part, given that the abrupt termination of their cohabitation arose solely from the measures taken by the Italian authorities.

107.The applicants added that the absence of a biological link could not suffice to preclude the existence of a family life. Furthermore, they stated that they had been convinced that there existed a biological link between the second applicant and the child and that there was no reason to doubt their good faith. In any event, the clinic's error entailed no legal consequences with regard to the lawfulness of the parent-child relationship established in Russia since, at the relevant time, Russian law did not require that intended parents provide their own genetic material. Accordingly, under the applicable rules at the time, the gestational surrogacy arrangement entered into by the applicants was entirely legal under Russian law. The applicants submitted that it had only been since 1 January 2012, when Federal Law no. 323 FZ of 21 November 2011 entered into force, that intended parents were forbidden from using a gamete provider.

108.The applicants considered that the measures adopted by the Italian authorities amounted to an interference in their family life. In their opinion, that interference had a formal basis in law, as the impugned measures had

been taken under the provisions of the Italian Adoption Act. However, these measures resulted from an arbitrary analysis by the domestic courts, in so far as they had concluded that the child had been "in a state of abandonment". The applicants also submitted that although the practice of gestational surrogacy was prohibited by the Medically Assisted Reproduction Act (sections 6 and 14), criminal proceedings had nonetheless never been taken against surrogate mothers or intended parents. In the absence of an extraterritoriality clause, gestational surrogacy arrangements entered into legally in another State could not, in their view, be prosecuted in the Italian courts. Given that it was impossible to prosecute gestational surrogacy as such, other provisions were used as the basis for criminal proceedings. This was the case for the applicants, who had faced prosecution since 5 May 2011 for falsifying civil status (Article 567 of the Criminal Code), use of falsified documents (Article 489 of the Criminal Code) and breach of the provisions of the Adoption Act.

109.The applicants contested the argument that the legitimate aim of the measures in question had been to protect the rights and freedoms of the child. The Italian courts had based their decisions exclusively on the illegality of the situation created by the applicants and had confined themselves to asserting – with no regard to the Russian legislation – that the surrogacy arrangement in Russia had been contrary to Italian law. Thus, the primary aim of the Minors Court had been to prevent the continuation of the illegal situation. The applicants considered that the decisions of that court indicated solely a wish to punish them for their conduct. The child's interests were mentioned merely to assert that the impact of the impugned measures on him would be minimal.

110.As to the necessity of those measures, the applicants noted that although recourse to a surrogacy arrangement raised sensitive ethical questions, that consideration was not a valid ground for a "carte blanche justifying any measure". Although the States enjoyed a wide margin of appreciation in authorising or prohibiting the practice of gestational surrogacy arrangements on their territory, they considered that this was not the subject of the present application. The Court was required in the present case to determine whether the measures resulting in the child's irreversible removal had struck a fair balance between the interests at stake, namely those of the applicants, those of the child, and those of public order. From that

standpoint, the applicants considered it appropriate to bear in mind that in all decisions concerning a child, his or her best interests ought to be the primary consideration. Thus, the immediate and irremediable severing of family ties had been held to be consistent with Article 8 only in circumstances where the children concerned were exposed to serious and sustained risks to their health and wellbeing. However, that had not been the situation here, according to the applicants, who submitted that the child's

best interests had not been taken into consideration by the national authorities at any point.

111.The applicants argued that their interests and those of the child had converged on the date that the impugned measures were implemented. These measures had destroyed the family unit's existence and had led to an irreversible severing of family ties, with irremediable consequences, in the absence of circumstances justifying that outcome. The Minors Court had refrained from examining the actual conditions of the child's life, and had presumed that he was deprived of emotional or material support from the parents. In the applicants' view, the domestic courts had expressed doubt as to their emotional and educative capabilities solely on the basis of the unlawfulness of their conduct, and had held that they had resorted to a gestational surrogacy arrangement on account of their narcissism. The applicants pointed out, however, that they had previously been assessed as fit to become adoptive parents by those same authorities. Moreover, the social workers, acting on an instruction by the Minors Court, had drawn up a report that was highly favourable to continuation of joint life with the child. There had been clear inadequacies in the decision-making process which led to the contested measures. Thus, the applicants considered that they had been held to be incapable of bringing up and loving the child solely on the basis of presumptions and inferences, without any expert report having been ordered by the courts.

112.The applicants also pointed out that the authorities had not considered possible alternatives to taking the child into care on an irreversible basis.

113.They explained that on 20 October 2011 social-services employees arrived at the home of the applicants, who had not been informed of the court's decision, and had taken away the child. This operation had given rise to fear and distress. Thus, even at the point of executing the measures, the authorities' actions had been disproportionate.

114.Lastly, the applicants emphasised that the Italian authorities had taken no steps to preserve the relationship between them and the child with a view to maintaining the possibility of rebuilding the family; on the contrary, they had forbidden any contact with the child and had placed him in an unknown location. For the applicants, the impact of those measures had been irremediable.

115.The applicants asked the Court to hold that there had been a violation of Article 8 of the Convention. While aware that a long period of time had elapsed since the child was taken into care, and that it was in the child's interest not to be subjected to a further change in his family situation, the applicants considered that the award of a sum by way of just satisfaction would not be sufficient. They sought to resume contact with the child.

2. The Government

116.The Government submitted that the Chamber had interpreted Article 8 § 1 of the Convention too broadly, and Article 8 § 2 too restrictively.
117.Referring to paragraph 69 of the Chamber judgment, in which the Chamber had concluded that a de facto family life existed between the applicants and the child, the Government considered that the Chamber's assertion would have been valid if the tie between the applicants and the child had been a genuine biological one (even if only on the father's side) established by a legally valid birth certificate, and above all if the duration of cohabitation were sufficient to establish the existence of a genuine family life shared by parents and child and the real exercise of parental responsibility. The Government noted, however, that neither of the applicants had a biological link to the child. They concluded that family life had never begun in the present case.
118.The impugned birth certificate also contravened public order in that it referred to the parents as the "biological parents" which, according to the Government, was untrue. The Government also disagreed with the applicants' argument that the birth certificate issued by the Russian authorities had been in accordance with Russian law. They explained that Russian legislation specifically required the existence of a biological tie between the child and at least one of the intended parents. Indeed, this point had been taken into consideration by the Campobasso Court of Appeal when it decided not to authorise registration of the birth certificate (judgment of 3 April 2013).
119.The Government further submitted that in 2011 the applicants no longer met the age criteria that would have enabled them to adopt the child in question. They added that de facto family life could not be founded on an unlawful situation such as that brought about by the applicants, who could have adopted a child, given that they had obtained the relevant authorisation to adopt in 2006. The applicants could have chosen not to break the law.
120.Moreover, the Government pointed out that, under the Court's case-law, Article 8 did not guarantee either the right to found a family or the right to adopt.
121.The Government accused the applicants of having taken the responsibility of bringing to Italy a child who was completely unrelated to them, in breach of the relevant legislation. Their actions had been deliberate, and the fact that they had entered into a contract to purchase a newborn baby had compromised their position from the outset. The Government could not envisage any measure which could render this situation lawful.
122.Furthermore, the Government argued that the State enjoyed a wide margin of appreciation with regard to surrogate motherhood and assisted reproduction techniques. The transportation of the second applicant's seminal fluid was in breach of the Medically Assisted Reproduction Act and

Legislative Decree no. 191/2007 implementing Directive 2004/23/EC on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells. In addition, having regard to the fact that the child had no biological ties to the applicants, the Government expressed doubts as to the validity of the consent given by the surrogate mother and to the lawfulness of the protocol followed in Russia.
123.Part of the Government's observations focused on the issue of non- recognition of the foreign birth certificate (a complaint declared inadmissible by the Chamber); they pointed out

that, under the Italian Civil Code, the only possible biological mother was the woman who had given birth to the child, which was not the case here.

124. As to the measures to remove the child on a permanent basis, the Government submitted that these had had a legal basis and agreed with the Chamber that they corresponded to a legitimate aim.

125. As to their necessity, the Government emphasised that Italian law recognised a parent-child relationship only in the event of a biological tie or an adoption which complied with the safeguards set out in the Adoption Act. They argued that it was through this legislative, political and ethical choice that the Italian State had decided to protect the interests of minors and to satisfy the requirements of Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child. This choice afforded no discretion to the courts.

126. In the Government's view, the measures taken by the domestic courts were based on a careful assessment of the situation. The Government pointed out that the minors courts, which reached their decisions on a collegial basis, were composed of two professional judges and two lay judges who had specific training in psychiatry, biology, criminal anthropology, pedagogy or psychology. In the present case, the Campobasso Court had taken into account the child's psychosocial profile in assessing his interests, and expressed doubts as to the applicants' abilities to love and educate the child.

127. The Government stressed that the impugned measures had been taken to ensure that the child could enjoy a private and family life in another family that was capable of protecting his health and providing for his sound and safe development and a definite identity. The Italian authorities had sought to strike a balance between competing interests, including those of the child, whose best interests were treated as the primary consideration. In the Government's view, they had complied with the national legislation, in line with the margin of appreciation afforded to them in this area, and had reacted to the conduct of the applicants, who had breached the law on assisted reproduction.

128. The Government observed that the Court of Cassation had reached the same conclusion with regard to similar measures taken by the authorities in a comparable case, where the child had been born in Ukraine (see

paragraph 70 above). The Government asked the Court to respect the principle of subsidiarity and the margin of appreciation left to the States and not to substitute its assessment for that of the national authorities.

129. In view of these considerations, the Government submitted that the application raised no issues under Article 8 of the Convention.

130. Lastly, the Government turned in the final section of their observations to gestational surrogacy and the Medically Assisted Reproduction Act, which prohibits this practice. They emphasised that the applicants had had recourse to an ethically unacceptable commercial practice in respect of which no European consensus existed. The Government criticised the Chamber judgment on the ground that it did not contain a chapter on comparative European law on gestational surrogacy arrangements. In view of the absence of a common standard, and the fact that certain States allowed the practice of surrogate motherhood, the Government condemned the growth of "reproductive tourism" and noted that the legal issues in this area were thorny ones, given the lack of harmonisation in the States' legal systems. They

considered that, in the light of the lack of consensus in the States' domestic laws, and an absence of international regulations, the Court ought to allow the States a wide margin of appreciation in this area.

C. The Court's assessment

1. Preliminary considerations

131. The Court notes at the outset that the child T.C. was born from an embryo obtained from an ova donation and a sperm donation provided by unknown donors, and was brought into the world in Russia by a Russian woman who waived her rights to him. There was therefore no biological tie between the applicants and the child. The applicants paid approximately EUR 50,000 to receive the child. The Russian authorities issued a birth certificate stating that they were the parents under Russian law. The applicants then decided to bring the child to Italy and to live there with him. The child's genetic origins remain unknown. The present case thus concerns applicants who, acting outside any standard adoption procedure, brought to Italy from abroad a child who had no biological tie with either parent, and who had been conceived – according to the domestic courts – through assisted reproduction techniques that were unlawful under Italian law.

132. The Court notes that in the cases of Mennesson v. France (no. 65192/11, ECHR 2014 (extracts)) and Labassee v. France (no. 65941/11, 26 June 2014), two pairs of intended parents had resorted to gestational surrogacy in the United States and had settled with their children in France. In those cases the existence of a biological tie between the father and the children was proven and the French authorities had never envisaged

separating the children from the parents. The issue at the heart of those cases was the refusal to register the particulars of a birth certificate drawn up abroad in undisputed compliance with the legislation of the country of origin, and the children's right to obtain recognition of the legal parent-child relationship. The parents and children were all applicants before the Court.

133. Unlike the above-cited Mennesson and Labassee cases, the present Article 8 complaint does not concern the registration of a foreign birth certificate and recognition of the legal parent-child relationship in respect of a child born from a gestational surrogacy arrangement (see paragraph 84 above). What is at issue in the present case are the measures taken by the Italian authorities which resulted in the separation, on a permanent basis, of the child and the applicants. Indeed, the domestic courts stated that the case did not involve a "traditional" surrogacy arrangement, given that the applicants' biological material had not been used. They emphasised the failure to comply with the procedure laid down by the legislation on international adoption and the breach of the prohibition on using donated gametes within the meaning of section 4 of the Medically Assisted Reproduction Act (see the relevant passage of the decision by the Minors Court, paragraph 37 above).

134. Therefore the legal questions at the heart of the case are: whether, given the circumstances outlined above, Article 8 is applicable; in the affirmative, whether the urgent measures ordered by the Minors Court, which resulted in the child's removal, amount to an interference in the applicants' right to respect for their family life and/or their private life

within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention and, if so, whether the impugned measures were taken in accordance with Article 8 § 2 of the Convention.
135.Lastly, the Court points out that the child T.C. is not an applicant in the proceedings before the Court, the Chamber having dismissed the complaints raised by the applicants on his behalf (see paragraph 86 above). The Court is called upon to examine solely the complaints raised by the applicants on their own behalf (see, a contrario, Mennesson, cited above, §§ 96-102, and Labassee, cited above, §§ 75-81).

2. Applicability of Article 8 of the Convention
136.The Court reiterates that the Chamber concluded that there existed a de facto family life between the applicants and the child (see § 69 of the Chamber judgment). It further considered that the situation complained of also related to the second applicant's private life, in that what was at stake for him was the establishment of a biological tie with the child (see § 70 of the Chamber judgment). It followed that Article 8 of the Convention was applicable in the present case.
137.The Government challenged the existence of a family life in the present case, relying essentially on the absence of a biological link between

the applicants and the child and on the illegality of the applicants' conduct under Italian law. They submitted that, in view of the applicants' unlawful conduct, no tie protected by Article 8 of the Convention could exist between them and the child. They also argued that the applicants had lived with the child for only eight months.
138.The applicants asked the Court to recognise the existence of a family life, in spite of the lack of a biological tie with the child and the non-recognition of a parent-child relationship under Italian law. Essentially, they argued that a legal parental relationship was recognised in Russian law and that they had formed close emotional ties with the child during the first eight months of his life.
139.The Court must therefore reply to the question whether the facts in the present case fall within the applicants' family life and/or private life.

(a) Family life

i. Relevant principles
140.The existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the existence of close personal ties (see Marckx v. Belgium, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31, and K. and T.
v. Finland, cited above, § 150). The notion of "family" in Article 8 concerns marriage-based relationships, and also other de facto "family ties" where the parties are living together outside marriage or where other factors demonstrated that the relationship had sufficient constancy (see Kroon and Others v. the Netherlands, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C; Johnston and Others v. Ireland, 18 December 1986, § 55, Series A no. 112; Keegan v. Ireland, 26 May 1994, § 44, Series A, no. 290; and X, Y and Z
v. the United Kingdom, 22 April 1997, § 36, Reports 1997-II).

141.The provisions of Article 8 do not guarantee either the right to found a family or the right to adopt (see E.B. v. France [GC], no. 43546/02,
§ 41, 22 January 2008). The right to respect for "family life" does not safeguard the mere desire to found a family; it presupposes the existence of a family (see Marckx, cited above, § 31), or at the very least the potential relationship between, for example, a child born out of wedlock and his or her natural father (see Nylund v. Finland (dec.), no. 27110/95, ECHR 1999-VI), or the relationship that arises from a genuine marriage, even if family life has not yet been fully established (see Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, § 62, Series A no. 94), or the relationship between a father and his legitimate child even if it proves, years later, to have had no biological basis (see Nazarenko
v. Russia, no. 39438/13, § 58, ECHR 2015 (extracts)), or the relationship that arises from a lawful and genuine adoption (see Pini and Others v. Romania, nos. 78028/01 and 78030/01, § 148, ECHR 2004-V (extracts)).

ii. Application to the present case

142.It is not contested that there is no biological tie between the applicants and the child. However, the parties submitted differing arguments as to whether the applicants were bound to the child by a legal parental relationship that was recognised under Russian law (see paragraphs 107 and 118 above).

143.Admittedly, as the Government indicated in their observations (see paragraph 118 above), the question of the birth certificate's compliance with Russian law was examined by the Campobasso Court of Appeal which confirmed the refusal to register the disputed certificate, holding that it was in breach of Russian law (see paragraph 47 above). The applicants did not challenge this argument before the Court of Cassation (see paragraph 84 above).

144.However, the wording of the provisions of Russian law applicable on 27 February 2011, the date of the child's birth, and on 10 March 2011, the date on which the applicants were registered as parents in Moscow, seems to confirm the applicants' argument before the Court that the existence of a biological tie between the child and the intended parents was not explicitly required under Russian law at the relevant time (see paragraphs 73-74 and 107 above). In addition, the certificate in question merely indicates that the applicants were the "parents", without specifying whether they were the biological parents (see paragraph 16 above).

145.The Court notes that the question of the birth certificate's compatibility with Russian law was not examined by the Minors Court in the context of the urgent measures adopted in respect of the child.

146.Before the Italian courts, the parental authority exercised by the applicants in respect of the child was recognised by implication in so far as a request was made for its suspension (see paragraph 23 above). However, the parental authority in question was uncertain, for the following reasons.

147.The applicants' situation was in conflict with national law. According to the Campobasso Minors Court (see paragraph 37 above), and irrespective of the criminal-law aspects, there had been illegality, firstly in that they had brought to Italy a foreign child who had no biological ties with either parent, in breach of the rules laid down on international adoption,

and, secondly, in that they had entered into an agreement providing for the handing over of the second applicant's seminal fluid in order to fertilise ovocytes from another woman, which was in breach of the prohibition in Italian law on heterologous assisted reproduction.

148.The Court must ascertain whether, in the circumstances of the case, the relationship between the applicants and the child came within the sphere of family life within the meaning of Article 8. The Court accepts, in certain situations, the existence of de facto family life between an adult or adults and a child in the absence of biological ties or a recognised legal tie, provided that there are genuine personal ties.

149.In spite of the absence of a biological tie and of a parental relationship that was legally recognised by the respondent State, the Court has found that there existed family life between the foster parents who had cared for a child on a temporary basis and the child in question, on account of the close personal ties between them, the role played by the adults vis-à-vis the child, and the time spent together (see Moretti and Benedetti
v. Italy, no. 16318/07, § 48, 27 April 2010, and Kopf and Liberda v. Austria, no. 1598/06, § 37, 17 January 2012). In the case of Moretti and Benedetti, the Court attached importance to the fact that the child had arrived in the family at the age of one month and that, for nineteen months, the applicants had shared the first important stages of his young life with the child. It also noted that the court-ordered reports on the family showed that the child was well integrated in the family and deeply attached to the applicants and to their children. The applicants had also provided for the child's social development. These elements were sufficient for the Court to find that there existed between the applicants and the child a close inter-personal bond and that the applicants behaved in every respect as her parents, so that "de facto" "family ties" existed between them (see Moretti and Benedetti, cited above,
§§ 49-50). The Kopf and Liberda case concerned a foster family which had cared, over a period of about forty-six months, for a child who had arrived in their home at the age of two. Here too the Court concluded that family life existed, given that the applicants had a genuine concern for the child's well-being and that an emotional bond had developed between the individuals concerned (see Kopf and Liberda, cited above, § 37).

150.In addition, in the case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg (no. 76240/01, § 117, 28 June 2007) – which concerned the inability to obtain legal recognition in Luxembourg of a Peruvian judicial decision pronouncing the second applicant's full adoption by the first applicant – the Court recognised the existence of family life in the absence of legal recognition of the adoption. It took into consideration that de facto family ties had existed for more than ten years between the applicants and that the first applicant had acted as the minor child's mother in every respect.

151.It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants vis-à-vis the child and the duration of the cohabitation between them and the child. The Court considers that the applicants had developed a parental project and had assumed their role as parents vis-à-vis the child (see, a contrario, Giusto, Bornacin and V. v. Italy (dec.), no. 38972/06, 15 May 2007). They had forged close emotional bonds with him in the first stages of his life, the strength of which was, moreover, clear from the report drawn up by the team of social workers following a request by the Minors Court (see paragraph 25 above).

152.With regard to the duration of the cohabitation between the applicants and the child in this case, the Court notes that the applicants and the child lived together for six months in Italy, preceded by a period of about two months' shared life between the first applicant and the child in Russia.

153.It would admittedly be inappropriate to define a minimal duration of shared life which would be necessary to constitute de facto family life, given that the assessment of any situation must take account of the "quality" of the bond and the circumstances of each case. However, the duration of the relationship with the child is a key factor in the Court's recognition of the existence of a family life. In the above-cited case of Wagner and J.M.W.L., the cohabitation had lasted for more than ten years. Equally, in the Nazarenko case (cited above, § 58), in which a married man had assumed the parental role before discovering that he was not the child's biological father, the period spent together had lasted more than five years.

154.It is true that, in the present case, the duration of cohabitation with the child was longer than that in the case of D. and Others v. Belgium ((dec.) no. 29176/13, § 49, 8 July 2014), in which the Court held that family life, protected by Article 8, had existed for only two months before the temporary separation of a Belgian couple and a child born in Ukraine to a surrogate mother. In that case, however, there was a biological tie with at least one of the parents and cohabitation had subsequently resumed.

155.As to the second applicant's argument that he had been persuaded that he was the child's biological father, given that his seminal fluid had been handed over to the clinic, the Court considers that that belief – which was proved to be unfounded in August 2011 by the result of the DNA test – cannot compensate for the short duration of the period in which he lived together with the child (see, a contrario, Nazarenko, cited above, § 58) and does not therefore suffice to establish a de facto family life.

156.Although the termination of their relationship with the child is not directly imputable to the applicants in the present case, it is nonetheless the consequence of the legal uncertainty that they themselves created in respect of the ties in question, by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child. The Italian authorities reacted rapidly to this situation by requesting the suspension of parental authority and opening proceedings to make the child available for adoption (see paragraphs 22-23 above). The present case differs from the above-cited cases of Kopf, Moretti and Benedetti, and Wagner, where the child's placement with the applicants was respectively recognised or tolerated by the authorities.

157.Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a de facto family life have not been met.

158.In these circumstances, the Court concludes that no family life existed in the present case.

(b) Private life

i. Relevant principles

159.The Court reiterates that the notion of "private life" within the meaning of Article 8 of the Convention is a broad concept which does not lend itself to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person (see X and Y v. the Netherlands, 26 March 1985, § 22, Series A no. 91) and, to a certain degree, the right to establish and develop relationships with other human beings (see Niemietz v. Germany, 16 December 1992, § 29, Series A no. 251-B). It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity (see Mikulić v. Croatia, no. 53176/99, § 53, ECHR 2002-I). The concept of private life also encompasses the right to "personal development" or the right to self-determination (see Pretty v. the United Kingdom, no. 2346/02,
§ 61, ECHR 2002-III), and the right to respect for the decisions both to have and not to have a child (see Evans v. the United Kingdom [GC], no. 6339/05, § 71, ECHR 2007-I, and A, B and C v. Ireland [GC], no. 25579/05, § 212, ECHR 2010).
160.In its judgment in the case of Dickson v. the United Kingdom ([GC], no. 44362/04, § 66, ECHR 2007-V), concerning the refusal to grant the applicants – a prisoner and his wife – artificial insemination facilities, the Court concluded that Article 8 was applicable, in that the refusal of artificial insemination facilities at issue concerned their private and family lives, specifying that those notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents. In the case of S.H. and Others
v. Austria ([GC], no. 57813/00, § 82, ECHR 2011) – which concerned couples wishing to have a child using gametes from donors – the Court held that the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted reproduction for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life.

ii. Application to the present case
161.The Court considers that there is no valid reason to understand the concept of "private life" as excluding the emotional bonds created and developed between an adult and a child in situations other than the classic situations of kinship. This type of bond also pertains to individuals' life and social identity. In certain cases involving a relationship between adults and a child where there are no biological or legal ties the facts may nonetheless fall within the scope of "private life" (see X. v. Switzerland, no. 8257/78, Commission decision of 10 July 1978, Decisions and Reports 5, and, mutatis mutandis, Niemietz, cited above, § 29).

162.In particular, in the above-cited case of X. v. Switzerland, the Commission examined the situation of an individual who had been entrusted by friends with the care of their child, a task which she fulfilled. When, several years later, the authorities decided that the child could no longer remain with the individual in question, since the parents had asked to resume caring for him, the applicant lodged an appeal in order to be able to keep the child, relying on Article 8 of the Convention. The Commission held that the applicant's private life was involved, in that she was deeply attached to the child.
163.In the present case, the Court notes that the applicants had a genuine intention to become parents, initially by attempts to conceive via in vitro fertilisation, then by applying for and obtaining formal approval to adopt, and, lastly, by turning to ova donation and the use of a surrogate mother. A major part of their lives was focused on realising their plan to become parents, in order to love and bring up a child. Accordingly, what is at issue is the right to

respect for the applicants' decision to become parents (see S.H. and Others v. Austria, cited above, § 82), and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child. Lastly, given that the proceedings before the Minors Court concerned the issue of biological ties between the child and the second applicant, those proceedings and the establishment of the genetic facts had an impact on the second applicant's identity and the relationship between the two applicants.

164.In the light of these considerations, the Court concludes that the facts of the case fall within the scope of the applicants' private life.

(c) Conclusion

165.In view of the foregoing, the Court concludes that there was no family life between the applicants and the child. It considers, however, that the impugned measures pertained to the applicants' private life. It follows that Article 8 of the Convention applies under this head.

3. Compliance with Article 8 of the Convention

166.The applicants in the present case were affected by the judicial decisions which resulted in the child's removal and his being placed in the care of the social services with a view to adoption. The Court considers that the measures taken in respect of the child – removal, placement in a home without contact with the applicants, being placed under guardianship – amounted to an interference with the applicants' private life.

167.Such interference will be in breach of Article 8 of the Convention unless it can be justified under paragraph 2 of Article 8 as being "in accordance with the law", pursuing one or more of the legitimate aims listed therein, and being "necessary in a democratic society" in order to achieve the aim or aims concerned.

(a) "In accordance with the law"

168.The applicants submitted that the manner of applying Italian law and, in particular, section 8 of the Adoption Act – defining a minor child in a state of abandonment as one who is deprived of all emotional or material support from the parents or the members of his family responsible for providing such support – amounted to an arbitrary choice on the part of the Italian courts.

169.The Court reiterates that, according to its settled case-law, the expression "in accordance with the law" not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects (see Rotaru v. Romania [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V, and Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy [GC], no. 38433/09, § 140, ECHR 2012). However, it is for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply domestic law (see Kruslin v. France, 24 April 1990, § 29, Series A no. 176-A; Kopp v. Switzerland, 25 March 1998, § 59, Reports 1998-II; and Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano, cited above, § 140; see also Delfi AS v. Estonia [GC], no. 64569/09, § 127, ECHR 2015).

170.Like the Chamber (see § 72 of the Chamber judgment), the Grand Chamber considers that the choice by the national courts to apply the Italian law on parentage, and not to base their decisions on the birth certificate issued by the Russian authorities and certified by them,

was compatible with the 1961 Hague Convention (see paragraph 75 above). Under Article 5 of that Convention, the only effect of the certificate was to certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which the document bears. According to the explanatory report to that Convention, the certificate does not attest to the truthfulness of the content of the original document. This limitation on the legal effects deriving from the Hague Convention is intended to preserve the right of the signatory States to apply their own choice-of-law rules when they are required to determine the probatory force to be attached to the content of the certified document.

171. In the present case the domestic courts applied the Italian rule on conflict of laws which provides that the legal parent-child relationship is determined by the national law governing the child at the time of his or her birth (Private International Law Act, see paragraph 57 above). However, as the child had been conceived from the gametes of unknown donors, his nationality was not established in the eyes of the Italian courts.

172. Section 37bis of the Adoption Act provides that, for the purposes of adoption, placement and urgent measures, Italian law is applicable to foreign minors who are in Italy (see paragraphs 63 and 65 above). The situation of the child T.C., whose nationality was unknown, and who had been born abroad to unknown biological parents, was equated with that of a foreign minor.

173. In such a situation, the Court considers that the application of Italian law by the national courts, giving rise to the finding that the child was in a "state of abandonment", was foreseeable.

174. It follows that the interference with the applicants' private life was "in accordance with the law".

(b) Legitimate aim

175. The Government agreed with the Chamber judgment, which had accepted that the measures in question were intended to ensure "the prevention of disorder" and to protect the child's "rights and freedoms".

176. The applicants disagreed that those measures served to protect the child's "rights and freedoms".

177. In so far as the applicants' conduct ran counter to the Adoption Act and the Italian prohibition on heterologous artificial reproduction techniques, the Grand Chamber accepts the Chamber's view that the measures taken in respect of the child pursued the aim of "preventing disorder". Moreover, it accepts that those measures were also intended to protect the "rights and freedoms" of others. The Court regards as legitimate under Article 8 § 2 the Italian authorities' wish to reaffirm the State's exclusive competence to recognise a legal parent-child relationship – and this solely in the case of a biological tie or lawful adoption – with a view to protecting children.

178. The impugned measures thus pursued legitimate aims.

(c) Necessity in a democratic society

i. Relevant principles

179.The Court reiterates that in determining whether an impugned measure was "necessary in a democratic society", it will consider whether, in the light of the case as a whole, the reasons adduced to justify that measure were relevant and sufficient for the purposes of paragraph 2 of Article 8 (see, among many other authorities, Parrillo v. Italy [GC], no. 46470/11, § 168, ECHR 2015; S.H. and Others v. Austria, cited above,
§ 91; and K. and T. v. Finland, cited above, § 154).
180.In cases arising from individual applications the Court's task is not to review the relevant legislation or practice in the abstract; it must as far as possible confine itself, without overlooking the general context, to examining the issues raised by the case before it (see S.H. and Others
v. Austria, cited above, § 92, and Olsson v. Sweden (no. 1), 24 March 1988,
§ 54, Series A no. 130). Consequently, the Court's task is not to substitute itself for the competent national authorities in determining the most appropriate policy for regulating the complex and sensitive matter of the relationship between intended parents and a child born abroad as a result of commercial surrogacy arrangements and with the help of a medically-assisted reproduction technique, both of which are prohibited in the respondent State.
181.According to the Court's established case-law, the notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued, regard being had to the fair balance which has to be struck between the relevant competing interests (see A, B and C v. Ireland, cited above, § 229). In determining whether an interference was "necessary in a democratic society" the Court will take into account that a margin of appreciation is left to the national authorities, whose decision remains subject to review by the Court for conformity with the requirements of the Convention (see X, Y and Z v. the United Kingdom, cited above, § 41).
182.The Court reiterates that a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when deciding any case under Article 8 of the Convention (see, among many other authorities, S.H. and Others v. Austria, cited above, § 94; and Hämäläinen v. Finland [GC], no. 37359/09, § 67, ECHR 2014). Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted (see Evans, cited above, § 77). Where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider (see Evans, cited above, § 77; and A, B and C v. Ireland, cited above, § 232). There will usually be a wide margin of appreciation accorded if the State is required to strike a balance between competing private and public interests or Convention rights (see Evans, cited above, § 77, and Dickson, cited above, § 78).
183.While the authorities enjoy a wide margin of appreciation in the area of adoption (see Wagner and J.M.W.L., cited above, § 128) or in assessing the necessity of taking a child into care (see Kutzner v. Germany, no. 46544/99, § 67, ECHR 2002-I), in particular where an emergency situation arises, the Court must still be satisfied in the particular case that there existed circumstances justifying the removal of the child (see Zhou v. Italy, no. 33773/11, § 55, 21 January 2014).
184.As regards the Court's recognition that the States must in principle be afforded a wide margin of appreciation regarding matters which raise delicate moral and ethical questions on

which there is no consensus at European level, the Court refers, in particular, to the nuanced approach adopted on the issue of heterologous assisted fertilisation in S.H. and Others v. Austria (cited above, §§ 95-118) and to the analysis of the margin of appreciation in the context of surrogacy arrangements and the legal recognition of the parent-child relationship between intended parents and the children thus legally conceived abroad in Mennesson (cited above, §§ 78-79).

ii. Application of the principles to the present case

185.The applicants alleged that the child's removal had been neither necessary nor based on relevant and sufficient reasons, and that the domestic courts took their decision based solely on the defence of public order, without assessing the interests at stake. In this connection, they pointed out that the reports drawn up by the welfare service and the consultant psychologist appointed by them – which were extremely positive as to their capacity to love and care for the child – had been completely disregarded by the courts.

186.The Government argued that the decisions taken by the courts had been necessary in order to restore legality and that the child's interests had been taken into account in those decisions.

187.The Court must therefore assess the measures ordering the child's immediate and permanent removal and their impact on the applicants' private life.

188.It notes in this connection that the national courts based their decisions on the absence of any genetic ties between the applicants and the child and on the breach of domestic legislation concerning international adoption and on medically assisted reproduction. The measures taken by the authorities were intended to ensure the immediate and permanent rupture of any contact between the applicants and the child, and the latter's placement in a home and also under guardianship.

189.In its decision of 20 October 2011, the Campobasso Minors Court had regard to the following elements (see paragraph 37 above). The first applicant had stated that she was not the genetic mother; the ova came from an unknown woman; the DNA tests carried out on the second applicant and the child had shown that there was no genetic tie between them; the applicants had paid a considerable amount of money; contrary to his statements, there was nothing to prove that the second applicant's genetic material had actually been taken to Russia. In those circumstances, this was not a case involving traditional surrogate motherhood, since the child had no genetic ties with the applicants. The only certainty was the identity of the surrogate mother, who was not the genetic mother and who had waived her rights to the child after his birth. The identity of the genetic parents remained unknown. The applicants had acted unlawfully since, firstly, they had brought a child to Italy in breach of the Adoption Act. According to that statute, before bringing a foreign child to Italy, candidates for international adoption were required to apply to an authorised organisation and then to request the involvement of the Commission for Inter-country Adoption, the only body competent to authorise entry and permanent residence of a foreign child in Italy. Section 72 of the Act made conduct contravening these rules liable to prosecution, but assessment of the criminal-law aspect of the situation was not within the competence of the minors courts. Secondly, the agreement concluded between the applicants and the company Rosjurconsulting was in breach of the Medically Assisted Reproduction Act, section 4 of which prohibited

heterologous assisted fertilisation. It was necessary to bring this unlawful situation to an end, and the only way to do so was to remove the child from the applicants.

190.The Minors Court recognised that the child would suffer harm from the separation but, given the short period spent with the applicants and his young age, it considered that this trauma would not be irreparable, contrary to the opinion of the psychologist appointed by the applicants. It indicated that a search should begin immediately for another couple who could care for the child and attenuate the consequences of the trauma. In addition, having regard to the fact that the applicants had preferred to circumvent the Adoption Act in spite of the authorisation obtained by them, it could be thought that the child resulted from a narcissistic desire on the part of the couple or that he was intended to resolve problems in their relationship. In consequence, the court expressed doubts as to the applicants' genuine affective and educational abilities.

191.Furthermore, the Campobasso Court of Appeal upheld the decision of the Minors Court, and also held that the child was in a "state of abandonment" within the meaning of the Adoption Act. It emphasised the urgency in deciding on the measures in his respect, without awaiting the outcome of the proceedings on registration of the birth certificate (see paragraph 40 above).

α. The margin of appreciation

192.The Court must examine whether those grounds are relevant and sufficient and whether the national courts struck a fair balance between the competing public and private interests. In doing so, it must first determine the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State in this area.

193.According to the applicants, the margin of appreciation is restricted, given that the subject of the present case is the child's permanent removal and that the child's best interests ought to be paramount (see paragraph 110 above). In the Government's submission, the authorities enjoy a wide margin of appreciation with regard to surrogate motherhood and techniques for medically assisted reproduction (see paragraph 122 above).

194.The Court observes that the facts of the case touch on ethically sensitive issues – adoption, the taking of a child into care, medically assisted reproduction and surrogate motherhood – in which member States enjoy a wide margin of appreciation (see paragraph 182 above).

195.In contrast to the situation in the Mennesson judgment (cited above, §§ 80 and 96-97), the questions of the child's identity and recognition of genetic descent do not arise in the present case since, on the one hand, any failure by the State to provide the child with an identity cannot be pleaded by the applicants, who do not represent him before the Court and, on the other, there are no biological links between the child and the applicants. In addition, the present case does not concern the choice to become genetic parents, an area in which the State's margin of appreciation is restricted (see Dickson, cited above, § 78). Nonetheless, even where, as here, the State enjoys a wide margin of appreciation, the solutions reached are not beyond the scrutiny of the Court. It is for the latter to examine carefully the arguments taken into consideration when reaching the impugned decision and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State

and those of the individuals directly affected by the decision (see, mutatis mutandis, S.H. and Others v. Austria, cited above, § 97).

β. Relevant and sufficient reasons

196.As regards the reasons put forward by the domestic authorities, the Court observes that they relied in particular on two strands of argument: they had regard, firstly, to the illegality of the applicants' conduct and, secondly, to the urgency of taking measures in respect of the child, whom they considered to be "in a state of abandonment" within the meaning of section 8 of the Adoption Act.

197.The Court has no doubt that the reasons advanced by the domestic courts are relevant. They are directly linked to the legitimate aim of preventing disorder, and also that of protecting children – not merely the child in the present case but also children more generally – having regard to the prerogative of the State to establish descent through adoption and through the prohibition of certain techniques of medically assisted reproduction (see paragraph 177 above).

198.Turning to the question of whether the reasons given by the domestic courts were also sufficient, the Grand Chamber reiterates that, unlike the Chamber, it considers that the facts of the case fall not within the scope of family life but only within that of private life. Thus, the case is not to be examined from the perspective of preserving a family unit, but rather from the angle of the applicants' right to respect for their private life, bearing in mind that what was at stake was their right to personal development through their relationship with the child.

199.In the particular circumstances of the case, the Court considers that the reasons given by the domestic courts, which concentrated on the situation of the child and the illegality of the applicants' conduct, were sufficient.

γ. Proportionality

200.It remains to be examined whether the impugned measures were proportionate to the legitimate aims pursued and in particular whether the domestic courts, acting within the wide margin of appreciation accorded to them in the present case, have struck a fair balance between the competing public and private interests.

201.The domestic courts attached considerable weight to the applicants' failure to comply with the Adoption Act and to the fact that they had recourse abroad to methods of medically assisted reproduction that are prohibited in Italy. In the domestic proceedings, the courts, focused as they were on the imperative need to take urgent measures, did not expand on the public interests involved; nor did they explicitly address the sensitive ethical issues underlying the legal provisions breached by the applicants.

202.In the proceedings before the Court, the respondent Government submitted that in Italian law descent may be established either through the existence of a biological relationship or through an adoption respecting the rules set out in the law. They argued that, in making this choice, the Italian legislature was seeking to protect the best interests of the child as required by Article 3 of the Convention on the Rights of the Child. The Court accepts that, by prohibiting private adoption based on a contractual relationship between individuals and restricting the right of adoptive parents to introduce foreign minors into Italy to cases in which the rules on international adoption have been respected, the Italian legislature is seeking to protect children against illicit practices, some of which may amount to human trafficking.

203.Furthermore, the Government relied on the argument that the decisions taken had to be seen against the background of the prohibition of surrogacy arrangements under Italian law. There is no doubt that recourse to such an arrangement raises sensitive ethical questions on which no consensus exists among the Contracting States (see Mennesson, cited above, § 79). By prohibiting surrogacy arrangements, Italy has taken the view that it is pursuing the public interest of protecting the women and children potentially affected by practices which it regards as highly problematic from an ethical point of view. This policy is considered very important, as the Government have pointed out, where, as here, commercial surrogacy arrangements are involved. That underlying public interest is also of relevance in respect of measures taken by a State to discourage its nationals from having recourse abroad to such practices which are forbidden on its own territory.

204.In sum, for the domestic courts the primary concern was to put an end to an illegal situation. Having regard to the considerations set out above, the Court accepts that the laws which had been contravened by the applicants and the measures which were taken in response to their conduct served to protect very weighty public interests.

205.With regard to the private interests at stake, there are those of the child on the one hand and those of applicants on the other.

206.In respect of the child's interests, the Court reiterates that the Campobasso Minors Court had regard to the fact that there was no biological tie between the applicants and the child and held that a suitable couple should be identified as soon as possible to take care of him. Given the child's young age and the short period spent with the applicants, the court did not agree with the psychologist's report submitted by the applicants, suggesting that the separation would have devastating consequences for the child. Referring to the literature on the subject, it noted that the fact of mere separation from the care-givers, without any other factors being present, would not cause a psychopathological state in a child. It concluded that the trauma caused by the separation would not be irreparable.

207.As to the applicants' interest in continuing their relationship with the child, the Minors Court had noted that there was no evidence in the file to support their claim that they had provided the Russian clinic with the second applicant's genetic material. Moreover, having obtained approval for inter-country adoption, they had circumvented the Adoption Act by bringing the child to Italy without the approval of the competent body, namely the Commission for Inter-Country Adoption. Having regard to that conduct, the Minors Court expressed concern that the child might be an instrument to fulfil a narcissistic desire of the applicants or to exorcise an individual or joint problem. Furthermore, it considered that the applicants' conduct threw a "consistent shadow on their possession of genuine affective and educational abilities" and doubted whether they displayed the "instinct of human solidarity which must be present in any person wishing to bring the children of others into their lives as their own children" (see paragraph 37 above).

208.Before entering into the question of whether the Italian authorities duly weighed the different interests involved, the Court reiterates that the child is not an applicant in the present case. In addition, the child was not a member of the applicants' family within the meaning of Article 8 of the Convention. This does not mean however, that the child's best interests and the way in which these were addressed by the domestic courts are of no relevance. In that connection, the Court observes that Article 3 of the Convention on the Rights of the Child

requires that “in all actions concerning children ... the best interests of the child shall be a primary consideration”, but does not however define the notion of the “best interests of the child”.

209.The present case differs from cases in which the separation of a child from its parents is at stake, where in principle separation is a measure which may only be ordered if the child’s physical or moral integrity is in danger (see, among other authorities, Scozzari and Giunta, cited above, §§ 148-151, and Kutzner, cited above, §§ 69-82). In contrast, the Court does not consider in the present case that the domestic courts were obliged to give priority to the preservation of the relationship between the applicants and the child. Rather, they had to make a difficult choice between allowing the applicants to continue their relationship with the child, thereby legalising the unlawful situation created by them as a fait accompli, or taking measures with a view to providing the child with a family in accordance with the legislation on adoption.

210.The Court has already noted that the public interests at stake were very weighty ones. Moreover, it considers that the Italian courts’ reasoning in respect of the child’s interests was not automatic or stereotyped (see, mutatis mutandis, X. v. Latvia [GC], no. 27853/09, § 107, ECHR 2013). In evaluating the child’s specific situation, the courts considered it desirable to place him with a suitable couple with a view to adoption, and also assessed the impact which the separation from the applicants would have. They concluded in essence that the separation would not cause the child grave or irreparable harm.

211.In contrast, the Italian courts attached little weight to the applicants’ interest in continuing to develop their relationship with a child whose parents they wished to be. They did not explicitly address the impact which the immediate and irreversible separation from the child would have on their private life. However, this has to be seen against the background of the illegality of the applicants’ conduct and the fact that their relationship with the child was precarious from the very moment that they decided to take up residence with him in Italy. The relationship became even more tenuous once it had turned out, as a result of the DNA test, that there was no biological link between the second applicant and the child.

212.The applicants argued that the procedure suffered from a number of shortcomings. As to the alleged failure to accept an expert opinion, the Court observes that the Minors Court did have regard to the psychologist’s report submitted by the applicants. However, it disagreed with its conclusion that the separation from the applicants would have devastating consequences for the child. In this connection, the Court attaches importance to the Government’s argument that the Minors Court is a specialised court which sits with two professional judges and two expert members (see paragraph 69 above).

213.As to the applicants’ argument that the courts failed to examine alternatives to immediate and irreversible separation from the child, the Court observes that before the Minors Court the applicants had initially requested that the child be temporarily placed with them with a view to subsequent adoption. In the Court’s view, it has to be borne in mind that the proceedings were of an urgent nature. Any measure prolonging the child’s stay with the applicants, such as placing him in their temporary care, would have carried the risk that the mere passage of time would have determined the outcome of the case.

214.Moreover, apart from the illegality of the applicants’ conduct, the Government pointed out that they had exceeded the age limit for adoption laid down in section 6 of the Adoption Act, namely a maximum difference in age of forty-five years in respect of one adopting parent

and fifty-five years in respect of the second. The Court observes that the law authorises the courts to make exceptions from these age-limits. In the circumstances of the present case, the domestic courts cannot be reproached for failing to consider that option.

δ. Conclusion

215.The Court does not underestimate the impact which the immediate and irreversible separation from the child must have had on the applicants' private life. While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case.

216.It follows that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

FOR THESE REASONS, THE COURT,

1. Dismisses, unanimously, the Government's preliminary objections;

2. Holds, by eleven votes to six, that there has been no violation of Article 8 of the Convention.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 24 January 2017.

Roderick Liddell Luis López Guerra
Registrar President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) concurring opinion of Judge Raimondi;

(b) joint concurring opinion of Judges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek and Dedov;

(c) concurring opinion of Judge Dedov;

(d) joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens and Grozev.

L.L.G.
R.L.

CONCURRING OPINION OF JUDGE RAIMONDI

(Translation)

1. I am in full agreement with the conclusions reached by the Grand Chamber in this important judgment – conclusions, moreover, which I recommended in my dissenting opinion, drafted jointly with Judge Spano and annexed to the Chamber judgment, namely that no violation can be found in this case of Article 8 of the Convention.
2. If I find it necessary to express myself through a separate opinion, it is purely because I wish to note that the Grand Chamber's decision to analyse this case in the light of protection of the applicants' private life, rather than in the light of their family life, is, in my view, particularly appropriate.
3. Judge Spano and I had noted in our joint dissenting opinion that "We can accept, albeit with some hesitation and subject to the comments set out below, the majority's conclusions that Article 8 of the Convention is applicable in this case (see paragraph 69 of the judgment) and that there has been interference in the applicants' rights. ...In reality, the applicants' de facto family life (or private life) with the child was based on a tenuous link, especially if one takes into consideration the very short period during which he resided with them. We consider that the Court, in situations such as that before it in the present case, ought to take account of the circumstances in which the child was placed in the custody of the individuals concerned when examining whether or not a de facto family life had been developed. We would emphasise that Article 8 § 1 cannot, in our opinion, be interpreted as enshrining 'family life' between a child and persons who have no biological relationship with him or her, where the facts, reasonably clarified, suggest that the origin of the custody is based on an illegal act, in breach of public order. In any event, we consider that the factors related to possible illegal conduct at the origin of the establishment of a de facto family life must be taken into account in the analysis of proportionality required in the context of Article 8."
4. Thus, I agree with the Grand Chamber's analysis (see paragraphs 142-158) which rules out any recognition in the present case of a "family life", particularly in the light of the lack of any biological link between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and its conclusion that, despite the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the conditions enabling it to find that there was a de facto family life have not been met.
5. On the other hand, I am fully convinced by the Grand Chamber's reasoning in reaching the conclusion that the impugned measures amounted to an interference in the applicants' "private life" (see, in particular, paragraphs 161-165 of the judgment), notwithstanding the doubts that I had also expressed in that regard.

JOINT CONCURRING OPINION OF JUDGES DE GAETANO, PINTO DE ALBUQUERQUE, WOJTYCZEK AND DEDOV

1. While we fully agree with the outcome in the instant case, we have serious reservations as to the manner in which the judgment was reasoned. The reasoning reveals, in our view, all the weaknesses and inconsistencies in the approach adopted to date by the Court in Article 8 cases.
2. The application of Article 8 requires a careful definition of that provision's scope of application. According to the judgment, the existence or non-existence of family life is

essentially a question of fact, depending upon the existence of close and constant personal ties (see, in particular, paragraph 140). In our view, the proposed formula is simultaneously both too vague and too broad. The approach seems based on the implicit assumption that existing interpersonal ties should enjoy at least prima facie protection against State interference. We note in this respect that close and constant personal ties may exist out of the scope of any family life. The reasoning does not explain the nature of those specific interpersonal ties which form family life. At the same time, it seems to attach great importance to emotional bonds (see paragraphs 149, 150, 151 and 157). However, emotional bonds per se cannot create family life.

3. The various provisions of the Convention must be interpreted in the context of the entire treaty and of other relevant international treaties. It follows that Article 8 must be read in the context of Article 12, which guarantees the right to marry and to found a family. Both Articles should also be placed against the backdrop of Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights. This last provision, strongly inspired by Article 16 of the Universal Declaration of Human Rights, is worded as follows:

"1. The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State.

2. The right of men and women of marriageable age to marry and to found a family shall be recognised.

3. No marriage shall be entered into without the free and full consent of the intending spouses.

4. States Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children."

It is important to note the approach adopted by the Human Rights Committee in General comment No. 19: Article 23 (The Family), § 2). The family is rightly understood here as a unit which has obtained legal or social recognition in the specific State.

The very notion of unit used in the Universal Declaration, the International Covenant on Civil and Political Rights as well as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Article 10) presupposes the subjectivity of the family as a whole (i.e. the recognition of the whole family as a right-holder) as well as the stability of interpersonal links within the family. The emphasis placed on the natural and fundamental character of the family in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights positions the family among the most important institutions and values to be protected in a democratic society. Furthermore, the wording and the structure of Article 23 of the ICCPR as well as the wording of Article 12 of the Convention clearly link the notion of family with marriage. In the light of all the above-mentioned provisions, a family is to be understood a natural and fundamental group unit of society, founded primarily by the marriage between a man and a woman. Family life encompasses, in the first place, ties between spouses and between parents and their children. Through marriage the spouses not only enter into certain legal obligations, but also opt for the legal protection of their family life. The Convention offers strong protection of the family founded by way of marriage.

As mentioned above, the notion of family in Articles 8 and 12 of the Convention is based primarily on interpersonal relationships formalised in law as well as relationships of

biological kinship. Such an approach does not exclude extending the protection of Article 8 to interpersonal relations with more distant relatives such as those between grand-parents and grand- children. Protection may also be warranted for certain family links established de facto (see for instance Muñoz Díaz v. Spain, no. 49151/07, ECHR 2009, and Nazarenko v. Russia, no. 39438/13, ECHR 2015 (extracts)). The intensity and tools for protection in such situations remain within the discretion of the State's policy, under the Court's supervision.

In the event of de facto interpersonal ties which are not formalised under the domestic law, it is necessary to look at several elements in order to determine whether family life exists. Firstly, as the notion of family presupposes the existence of stable ties, it is necessary to look at the nature and stability of the interpersonal links. Secondly, in our view it is not possible to establish the existence of family life without examining the manner in which the interpersonal links have been established. This element should be assessed both from a legal and moral perspective. Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. The law cannot offer protection to faits accomplis in violation of legal rules or fundamental moral principles.

In the instant case the links between the applicants and the child were established in violation of Italian law. They were also established in violation of international adoption law. The applicants concluded a contract commissioning the conception of a child and his gestation by a surrogate mother. The child was separated from the surrogate mother with whom he had begun to develop a unique link (see below). Furthermore, the possible effects on the child of his unavoidable separation from the persons who had been caring for him for some time must be attributed to the applicants themselves. It is not acceptable to invoke detrimental effects resulting from one's own illegal actions as a shield against State interference. Ex iniuria ius non oritur.

4. The judgment stresses as an argument in favour of the applicants the fact that the applicants had developed a "parental project" (see paragraphs 151 and 157). This argument triggers three remarks. Firstly, any parenthood that is not based upon biological links is necessarily based upon a project and is the result of long endeavours. The existence of a "parental project" does not differentiate this case from other cases of parenthood that are not based upon biological links.

Secondly, as mentioned above, the de facto link between the applicants and the child was established illegally. The approach adopted by the majority is not persuasive in that the existence of a parental project is considered as an argument in favour of protection, irrespective of the illegal nature of the specific project recognised in the reasoning. The fact that the applicants acted with premeditation in order to circumvent domestic legislation serves only to undermine their position. In the circumstances of the instant case, the existence of a "parental project" is in reality an aggravating circumstance.

Thirdly, parenthood deserves protection irrespective of whether or not it fell within a broader project. There is no reason to consider that Article 8 offers stronger protection to premediated acts.

5. Effective human-rights protection requires clear definitions of the content and scope of the rights protected, as well as of the type of interference against which a specific right offers a shield. We note in this context that according to the majority, "the facts of the case fall within the scope of the applicants' private life" (see paragraph 164).

Moreover: "... what is at issue is the right to respect for the applicants' decision to become parents (see S.H. and Others v. Austria, cited above,

§ 82), and the applicants' personal development through the role of parents that they wished to assume vis-à-vis the child" (see paragraph 163 of the judgment).
The reasoning also states as follows (in paragraph 166): "The applicants in the present case were affected by the judicial decisions which resulted in the child's removal and his being placed in the care of the social services with a view to adoption. The Court considers that the measures taken in respect of the child – removal, placement in a home without contact with the applicants, being placed under guardianship – amounted to an interference with the applicants' private life".
It is difficult to agree with the majority's approach as expressed in the passages quoted above. Firstly, the notion of "the facts of the case" is necessarily much broader than the interference itself, even if the latter must naturally be put in a broader context. Those "facts" may fall within the scope of many Convention rights. The Court is required to assess not the compatibility of the facts of the case with the Convention, but rather the compatibility with the Convention of the specific interference complained of, placed in its broader context. What is important is not whether the "facts of the case" fall within the scope of the applicants' private life, but only whether the interference complained of comes within the scope of the applicants' right to protection of private life.
Secondly, it cannot be claimed that what is at stake is the right to respect for the applicants' decision to become parents. What is stake is not their decision to become parents as such, but the manner in which they went about trying to achieve that goal. The State did not interfere with the applicants' decision to become parents, but only with the implementation of the applicants' decision to become parents in violation of the law.
Thirdly, there is no doubt that the applicants were affected by the judicial decisions which resulted in the child's removal and his being placed in the care of the social services with a view to adoption. This does not justify the conclusion that the measures taken in respect of the child necessarily amounted to an interference with the applicants' private life. Article 8 is not intended to protect against any acts which affect a person, but against specific types of acts which amount to an interference within the meaning of this provision. In order to establish the existence of an interference with a right, it is necessary to establish first the content of the right and the types of interference it protects against.
In conclusion, the reasoning adopted by the majority leaves it unclear what exactly is entailed by private life, what is the scope of the protection of the right recognized in Article 8, and what constitutes an interference within the meaning of Article 8. We regret that the reasoning refrained from clarifying these notions.
6. The Court rightly states (in paragraph 202) that it "accepts that, by prohibiting private adoption based on a contractual relationship between individuals and restricting the right of adoptive parents to introduce foreign minors into Italy to cases in which the rules on international adoption have been respected, the Italian legislature is seeking to protect children against illicit practices, some of which may amount to human trafficking".
The child in the instant case has been indeed a victim of human trafficking. He was commissioned and purchased by the applicants. It should be noted in this respect that the "facts of the case" fall within the ambit of several international instruments.
Firstly, it is necessary to refer here to the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry

Adoption. Under Article 2 of this treaty, an adoption within the scope of the Hague Convention take places only if the required consents have not been induced by payment or compensation of any kind and have not been withdrawn.
Secondly, Article 35 of the Convention on the Rights of the Child is of relevance in the instant case. It stipulates:
"States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form."
This provision has been complemented by the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography. We regret that this Protocol has been omitted in the part of the judgment listing the relevant international instruments. It stipulates:

"Article 1
States Parties shall prohibit the sale of children, child prostitution and child pornography as provided for by the present Protocol.

Article 2
For the purposes of the present Protocol:
(a) Sale of children means any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration; ..."
We note the very broad definition of the sale of children, which encompasses transactions irrespective of their purpose and therefore applies to contracts entered into for the purpose of acquiring parental rights. The above-mentioned international treaties are evidence of a strong international trend towards limiting contractual freedom by proscribing all kinds of contracts having as their object the transfer of children or the transfer of parental rights over children.
Thirdly, the relevant soft law also addresses the issue of gestational surrogacy. Under the principles adopted by the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences of the Council of Europe (a document referred to in paragraph 79 of the judgment):
"No physician or establishment may use the techniques of artificial procreation for the conception of a child carried by a surrogate mother."
It is also important to note in this context that the Declaration of the Rights of the Child stipulates, more generally:
"The child, for the full and harmonious development of his personality, needs love and understanding. He shall, wherever possible, grow up in the care and under the responsibility of his parents, and, in any case, in an atmosphere of affection and of moral and material security; a child of tender years shall not, save in exceptional circumstances, be separated from his mother" (Principle 6 in principio).
7. The instant case touches upon the question of gestational surrogacy. For the purposes of this opinion, we understand gestational surrogacy as the situation in which a woman (the surrogate mother) carries in pregnancy a child implanted in her uterus to whom she is genetically a stranger, because the child has been conceived from an ovum provided by another woman (the biological mother). The surrogate mother carries the pregnancy with a pledge to surrender the child to the third parties who commissioned the pregnancy. The

persons who commissioned the pregnancy may be the donors of the gametes (the biological parents) but this is not necessarily the case.

We should like to present here briefly our view on this issue, pointing out only a few points among the many aspects of this complex problem.

According to the Committee on the Rights of the Child, surrogacy without regulation amounts to the sale of the child (see the Concluding observations on the second periodic report of the United States of America submitted under article 12 of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child, CRC/C/OPSC/USA/CO/2,

§ 29, and Concluding observations on the consolidated third and fourth periodic reports of India, CRC/C/IND/CO/3-4, §§ 57-58).

In our view, remunerated gestational surrogacy, whether regulated or not, amounts to a situation covered by Article 1 of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child and is therefore illegal under international law. We would like to stress in this context that almost all European States currently ban commercial surrogacy (see the comparative- law materials referred to in paragraph 81 of the judgment).

More generally, we consider that gestational surrogacy, whether remunerated or not, is incompatible with human dignity. It constitutes degrading treatment, not only for the child but also for the surrogate mother. Modern medicine provides increasing evidence of the determinative impact of the prenatal period of human life for that human being's subsequent development. Pregnancy, with its worries, constraints and joys, as well as the trials and stress of childbirth, create a unique link between the biological mother and the child. From the outset, surrogacy is focused on drastically severing this link. The surrogate mother must renounce developing a life- long relationship of love and care. The unborn child is not only forcibly placed in an alien biological environment, but is also deprived of what should have been the mother's limitless love in the prenatal stage. Gestational surrogacy also prevents development of the particularly strong bond which forms between the child and a father who accompanies the mother and child throughout a pregnancy. Both the child and the surrogate mother are treated not as ends in themselves, but as means to satisfy the desires of other persons. Such a practice is not compatible with the values underlying the Convention. Gestational surrogacy is particularly unacceptable if the surrogate mother is remunerated. We regret that the Court did not take a clear stance against such practices.

CONCURRING OPINION OF JUDGE DEDOV

For the first time when ruling in favour of the respondent State the Court has placed greater emphasis on values than on the formal margin of appreciation. The Court has presumed that the prohibition on a private adoption is aimed at protecting children against illicit practices, some of which may amount to human trafficking. This is because human trafficking goes hand in hand with surrogacy arrangements. The facts of this case clearly demonstrate how easily human trafficking might be formally represented as (and covered by) a surrogacy arrangement. However, the phenomenon of surrogacy is itself quite dangerous for the wellbeing of society. I refer not to the commercialisation of surrogacy, but to any kind of surrogacy.

In a successfully developing society all of its members contribute by means of their talents, energy and intellect. Of course they also require property, capital and resources, but the latter are necessary merely as material instruments in order to apply the former. Yet even if the only valid resource available to an individual is a beautiful or healthy body, this is not enough to justify earning money via prostitution, pornography or surrogacy. The Charter of Fundamental Rights of the European Union provides for the prohibition on making the human body as such a source of financial gain, a provision aimed at protecting the right to the physical and mental integrity of the person (Article 3). Yet this clear declaration was at the centre of debates among experts, who failed to find common reasons to support that declaration and to reach definite conclusions, owing to the complexity of the subject and the diversity of approaches by States to these
matters.

There could be many arguments in favour of surrogacy, based, for example, on the concepts of a market economy, diversity and solidarity. Not everyone is capable of using their intellect, as this requires considerable intellectual efforts and life-long learning, which is a very difficult task. It is much easier to earn money using the body, especially if one takes into account that strong demand exists for bodies for the purpose of surrogacy, and this demand has been quite stable for centuries. This could help to resolve unemployment problems and to reduce social tensions. If the human body participates in the economy as a valuable economic resource, this does not mean that progress would stop. Those who prefer to use their brains will continue to develop new technologies and science. In the situation of a radically increasing global population, it could be considered reasonable, from an economic perspective, to exploit the body.

However, we face a millennial dilemma here: human beings will survive through natural adaptation, requiring compromise with human dignity and integrity, or they will try to achieve a new quality of social life for all, which would overcome the need for such compromise. The concept of fundamental rights and freedoms requires implementing the second option. It is necessary for survival and development. Any compromise with human rights and fundamental values entails the end of any civilisation. Needless to say, this has occurred many times, both in the ancient world and in modern history.

In fact, there are two reasons why the recipients should support surrogacy: to escape the physical problems caused by pregnancy or to have a child in a situation of infertility. Both types of demand would be satisfied unless a social strategy is involved. Social strategy (based on protection of dignity) may change the way in which the demand could be satisfied: adoption (the easiest way to resolve social problems), development of the embryo out of the uterus (this is not currently possible, but may be in the future through new biotechnologies), development of the already-existing biotechnologies for artificial fertilization which would allow every woman to enjoy pregnancy, promoting the concept that life can be full even without children, promoting a culture of education and the creation of new jobs. It is for society to decide on how it wishes to move forward: towards social progress and development or towards stagnation and degradation. But first of all society must determine the values of fundamental rights, whereby this approach to private life cannot be respected at the expense of society's stagnation and degradation. Surrogacy would not be a problem at all if it were used on rare occasions, but we know that it has become a big and lucrative business for the "third world".

As regards solidarity, I do not believe in surrogate motherhood as a voluntary and freely-provided form of assistance for those who cannot have children; I do not believe that this is a sincere and honest statement. Solidarity is intended to help those whose life is at stake, but not those who merely desire to enjoy a full private or family life. Donors should be ready to share through their energy or property (either the surplus or a substantial part of it), but preferably without danger to their own health and life (except in emergency situations, such as fire or other force majeure). These factors have played a leading role in the recent European migration crisis, when people send a clear message to their governors: we are ready to accept the immigrants on the basis of solidarity, but we are not ready to put our lives at risk.

The single case when a donor can share some parts of the body with recipients is immediately after his or her death, following conscious consent and other procedural guarantees. Pregnancy and childbirth are highly stressful for the donor in both physical and emotional terms; the consequences are not predictable, and thus, in the absence of an emergency situation, surrogacy cannot be considered a proper way to facilitate social solidarity.

I shall not consider the ethical and moral issues, as they should not be used for systemic analysis. They are not currently helpful in resolving the problem, given the wide variety of ethical and moral convictions. It would be better to understand the reality.

According to the comparative-law survey, the number of States which prohibit surrogacy is almost equal to those which explicitly tolerate surrogacy carried out abroad. One may even conclude that surrogacy is "winning", as only one third of the Member States have explicitly prohibited it.

The statistics and the facts of the surrogacy cases examined by this Court demonstrate that surrogacy is carried out by poor people or in poor countries. The recipients are usually rich and glamorous. Moreover, the recipients usually participate in or decisively influence the national parliament. Moreover, it is extremely hypocritical to prohibit surrogacy in one's own country in order to protect local women, but simultaneously to permit the use of surrogacy abroad.

Again, this is another contemporary challenge for the concept of human rights: either we create a society which is divided between insiders and outsiders, or we create a basis for worldwide solidarity; we create a society which is divided between developed and undeveloped nations, or we create a basis for the inclusive development and self-realisation for all; we create a basis for equality or we do not. The answer is clear.

The respondent State took a very honest and uncompromising position regarding the prohibition on any type of surrogacy. This is clear from the position of the Government and the Italian Constitutional Court. I believe that this position was reached with the help of Christian values (see Lautsi and Others v. Italy [GC], no. 30814/06, ECHR 2011 (extracts)).

In Russia the situation is completely different. The Russian Constitutional Court initially (in 2012) refused to examine the problems with surrogacy when a surrogate mother expressed her wish to keep the child at birth. This problem was promptly resolved in 2013 in the Family Code, in favour of the surrogate mother. That was the first legislative initiative to regulate surrogacy arrangements. I have not heard any voice raised to prohibit surrogacy on the basis of fundamental values. Meanwhile, this method of purchasing a baby has become very popular amongst wealthy individuals and celebrities.

As regards the biological link between the child and the adoptive parents (surrogacy recipients), Judge Knyazev at the Russian Constitutional Court in his separate opinion raised

a problem, namely that the right of the surrogate mother to retain the child would breach the constitutional rights of the surrogacy recipients who had provided her with their genetic material. In my view, this is not a major problem, as such parents could be considered donors. The more serious problem is that, from the very outset, surrogacy contravenes fundamental values of human civilisation and adversely affects all participants: the surrogate mother, the adoptive parents and the child.

Some of the adoptive parents are not married or live without a partner. While the Family Code permits surrogacy arrangements to be concluded only by married couples, the Russian courts took an even more "liberal" position and allowed any person, even a fertile woman, to obtain a child in this way. This creates, in my view, a serious problem with regard to State-authorised human trafficking.

I believe that in order to prevent the moral and ethical degradation of society, the Court should support value-based actions and not hide behind the margin of appreciation. These values (dignity, integrity, equality, inclusiveness, curiosity, self-realisation, creativity, knowledge and culture) are not in conflict with respect for private or family life. Respect for family life, through the existence of a biological link, was a decisive criterion in the previous surrogacy cases against France, namely Mennesson v. France (no. 65192/11, ECHR 2014 (extracts)) and Labassee v. France (no. 65941/11, 26 June 2014), which were decided in favour of the applicants. The lack of a biological link is also a central point of the judgment in the present case; however, if surrogacy is not in principle compatible with the concept of fundamental rights, it should be counterbalanced by an individual penalty and a public debate to prevent such a practice in the future.

I am satisfied that in the present case the Court has taken a first step towards placing greater emphasis on values rather than on the margin of appreciation in "ethical" cases (I ought to mention another recent Grand Chamber case, namely Dubská and Krejzová v. the Czech Republic [GC], nos. 28859/11 and 28473/12, 15 November 2016)). It failed to do so in the above-cited Lautsi and Others case or the Parrillo v. Italy case ([GC], no. 46470/11, ECHR 2015). Now the Court is really becoming new.

It is very difficult to choose between respect for privacy and interference with the exercise of this right for the sake of protecting morals, given that moral categories are not precise. However, when moral standards are linked to human values, the decision becomes more substantiated in a long-term perspective. This is because values are desperately needed for the progress of society.

Ultimately, surrogacy presents one of those challenges when we must ask ourselves who we are – a civilisation or a biomass? – in terms of the survival of the human race as a whole. The comparative review on surrogacy shows that surrogacy is tolerated in the majority of member States, and hence this phenomenon was not even interpreted from the above perspective. I presume that the real answer lies somewhere in the middle: the civilised nations constitute the basis of international law, and surrogacy does not impede the civilised development of nations. However, if one takes into account the numbers of those involved, directly or indirectly, in any forms of this anti-social way of money-making, whether lawful or not, the real scale of the problem would be impressive. When social solidarity is not

encouraged or effectively protected in practice by the authorities (who merely limit themselves to declarations in official documents), this raises the problems of social discrimination and inequality, which may lead to social destabilisation or degradation, and this threat should not be underestimated.

JOINT DISSENTING OPINION OF JUDGES LAZAROVA TRAJKOVSKA, BIANKU, LAFFRANQUE, LEMMENS AND GROZEV

1. We regret that we cannot share the view of the majority that there has been no violation of Article 8 of the Convention. In our opinion, there has been an interference with the applicants' right to respect for their family life. We are further of the opinion that in the specific circumstances of the present case that right has been violated.

Existence of a family life

2. The majority examine the applicants' complaint from the perspective of the right to respect for their private life. They hold explicitly that no family life existed (see paragraphs 140-158 of the judgment).

We prefer the approach adopted by the Chamber, which held that there had been an interference with the applicants' right to respect for their family life.

3. Our starting point, like the majority's (see paragraph 140 of the judgment), is that the existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties (see K. and T. v. Finland [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII, and Şerife Yiğit v. Turkey [GC], no. 3976/05, § 93, 2 November 2010). Article 8 of the Convention makes no distinction between the "legitimate" and the "illegitimate" family (see Marckx v. Belgium, 13 June 1979, § 31, Series A no. 31). The notion of "family" in Article 8 is therefore not confined solely to, for instance, marriage-based relationships, and may encompass other de facto "family ties" where the parties are living together, outside marriage, and their relationship has sufficient constancy (see, among other authorities, Kroon and Others v. the Netherlands, 27 October 1994, § 30, Series A no. 297-C, and Mikulić v. Croatia, no. 53176/99, § 51, ECHR 2002-I).

While biological ties between those who act as parents and a child may be a very important indication of the existence of family life, the absence of such ties does not necessarily mean that there is no family life. The Court has thus accepted, for example, that the relationship between a man and a child, who had very close personal ties between them and who believed for many years that they were father and daughter, until it was eventually revealed that the man was not the child's biological father, amounted to family life (see Nazarenko v. Russia, no. 39438/13, § 58, ECHR 2015 (extracts)). The majority further refer, quite rightly, to a number of other cases illustrating that it is the existence of genuine personal ties that is important, not the existence of biological ties or of a recognised legal tie (see paragraphs 148-150 of the judgment, referring to Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg, no. 76240/01, § 117, 28 June 2007; Moretti and Benedetti v. Italy, no. 16318/07, §§ 49-52, 27 April 2010; and Kopf and Liberda v. Austria, no. 1598/06, § 37, 17 January 2012).

4. As to the de facto family ties in the present case, we note, with the majority, that the applicants and the child lived together for six months in Italy, preceded by a period of about two months' shared life between the first applicant and the child in Russia (see paragraph 152 of the judgment). Moreover, and more importantly, the applicants had forged closed bonds with the child in the first stages of his life, the strength of which was recognised by a team of social workers (see paragraph 151 of the judgment). In short, there was a genuine parental project, based on high-quality emotional bonds (see paragraph 157 of the judgment).

The majority nevertheless consider that the duration of the cohabitation between the applicants and the child was too short for the cohabitation to be sufficient to establish a de facto family life (see paragraphs 152-154 of the judgment). We respectfully disagree. For us it is important that the cohabitation started from the very day the child was born, lasted until the child was removed from the applicants, and would have continued indefinitely if the authorities had not intervened to bring it to an end. The majority dismiss this argument on the ground that the intervention was the consequence of the legal uncertainty created by the applicants themselves "by engaging in conduct that was contrary to Italian law and by coming to settle in Italy with the child" (see paragraph 156 of the judgment). We fear that the majority thus make a distinction between a "legitimate" and an "illegitimate" family, a distinction that was rejected by the Court many years ago (see paragraph 3 above), and do not give full weight to the long- established principle that the existence or non-existence of "family life" is essentially a question of fact (ibid.).

5. Although the period of cohabitation was in itself relatively short, we consider that the applicants had acted as parents towards the child and conclude that there existed, in the particular circumstances of the present case, a de facto family life between the applicants and the child (see the Chamber judgment, § 69).

Whether the interference with the right to respect for family life was justified

6. At the outset, we would like to draw attention to some general principles as they result from the Court's case-law.

In cases concerning the placement of a child for adoption, which entails the permanent severance of family ties, the best interests of the child are paramount (see Johansen v. Norway, 7 August 1996, § 78, Reports of Judgments and Decisions 1996-III; Kearns v. France, no. 35991/04, § 79, 10 January 2008; R. and H. v. the United Kingdom, no. 35348/06, §§ 73 and 81, 31 May 2011; and Y.C. v. the United Kingdom, no. 4547/10, § 134, 13 March 2012).

In identifying the child's best interests in a particular case, two considerations must be borne in mind: first, it is in the child's best interests that his ties with his family be maintained except in cases where the family has proved particularly unfit; and second, it is in the child's best interests to ensure his development in a safe and secure environment (see Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, § 136, ECHR 2010; and R. and H. v. the United Kingdom, cited above, §§ 73-74).

While it is not for the Court to substitute its own assessment for that of the domestic courts with respect to measures concerning children, it must satisfy itself that the decision-making process leading to the adoption of such measures by the domestic courts was fair and allowed those concerned to present their case fully, and that the best interests of the child were

defended (see Neulinger and Shuruk, cited above, § 139, and X v. Latvia [GC], no. 27853/09, § 102, ECHR 2013). We consider that when assessing an application for a child's placement for adoption, the courts must not only examine whether the removal of the child from the persons acting as his or her parents would be in his or her best interests, but must also make a ruling giving specific reasons in the light of the circumstances of the case (see, mutatis mutandis, with respect to the decision on an application for a child's return under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, X v. Latvia, cited above, § 107).

7. In order to verify whether the interference with the applicants' right to respect for their family life, that is, the removal of the child from them, is compatible with Article 8 of the Convention, it is important to note which justification was actually given by the domestic authorities for the interference in question.

In this respect, we note a significant difference between the reasons given by the Campobasso Minors Court and the Campobasso Court of Appeal.

The Minors Court, acting upon an application for urgent measures by the Public Prosecutor, based its decision of 20 October 2011 on the need to prevent an unlawful situation from continuing. The unlawfulness consisted in the breach of two laws. Firstly, by bringing a baby to Italy and passing him off as their own son, the applicants had blatantly infringed the provisions of the Adoption Act (Law no. 184 of 4 May 1983) governing inter-country adoption of children; in any event, the applicants had intentionally evaded the provisions of that Law which provided that the intended adoptive parents had to apply to an authorised body (section 31) and which provided for the involvement of the Commission for Inter-country Adoption (section 38). Secondly, in so far as the agreement entered into between the first applicant and the company Rosjurconsulting provided for the delivery of the second applicant's genetic material for the fertilisation of another woman's ovules, it was in breach on the ban on the use of assisted reproductive technology of a heterologous type laid down by section 4 of the Medically Assisted Reproduction Act (Law no. 40 of 19 February 2004). The reaction to this unlawful situation was twofold: removal of the child from the applicants and the child's placement in an appropriate structure with a view to identifying a suitable foster couple (see paragraph 37 of the present judgment).

The Court of Appeal dismissed the applicants' appeal on 28 February 2012, but on the basis of a different reasoning. It did not state that the applicants had been in an unlawful situation and that there had been a need to put an end to it. Rather, it held that the child was in a "state of abandonment" in the sense of section 8 of Law no. 184 of 4 May 1983, since he did not receive moral and physical care from his "natural family". This state of abandonment justified the measures taken by the Minors Court, which were of an interlocutory and urgent nature. The Court of Appeal noted that these measures were in line with what would appear to be the outcome of the proceedings on the merits of the Public Prosecutor's application, namely a declaration to make the child eventually available for adoption (see paragraph 40 of the present judgment).

In our opinion, it is primarily, if not exclusively, the reasoning of the Court of Appeal that should be taken into account when examining the justification for the removal of the child from the applicants. Indeed, it is the Court of Appeal that took the final decision, thereby substituting its reasons for those of the Minors Court. Moreover, while the Minors Court first and foremost disapproved the conduct of the applicants and therefore sanctioned them, the

Court of Appeal started its analysis on the basis of an assessment of the interests of the child, which is as such the correct approach in cases like the present one (see paragraph 6 above).

Finally, we observe that the majority in their examination of the justification of the interference do not explicitly refer to the decisions taken by the courts in the proceedings relating to the applicants' challenge against the Registry Office's refusal to enter the Russian birth certificate in the civil-status register, in particular the judgment of the Court of Appeal of Campobasso of 3 April 2013 (see paragraphs 47-48 of the present judgment). For that reason, we will also refrain from including the reasoning of the latter court in our analysis.

8. The first question to be examined is whether the interference, that is the removal of the child from the applicants, was in accordance with the law.

Having regard to the reasons given by the Court of Appeal in its judgment of 28 February 2012, we conclude that the removal was based on section 8 of the Adoption Act, which provides that a minor can be declared available for adoption if he or she is in a state of abandonment in the sense of being deprived of all emotional or material support from the parents or the members of his or her family. Since the applicants were not considered by the court to be the parents, the child was considered to be in a state of abandonment, and therefore declared available for adoption.

We are aware that it is for the domestic courts to interpret and apply domestic law (see paragraph 169 of the judgment). Nevertheless, we cannot but express our surprise as to the finding that the child, who was cared for by a couple that fully assumed the role of parents, was declared to be in a state of "abandonment". If the only reason for such a finding was that the applicants were not, legally speaking, the parents, then we wonder whether the domestic courts' reasoning is not excessively formal, in a manner that is incompatible with the requirements stemming from Article 8 of the Convention in such cases (see paragraph 6 above).

We will not, however, develop this argument further. Even assuming that the interference was in accordance with the law, it cannot, in our opinion, be justified, for the reasons developed below.

9. The next question is whether the interference pursued a legitimate aim.

We note that the Court of Appeal based its decision on the child's removal on the state of abandonment in which the child allegedly found himself. It can be argued that it thus took the impugned measure in order to protect "the rights and freedoms of others", namely the rights of the child.

The majority accept that the measure also pursued another aim, namely that of "preventing disorder". They, like the Chamber, refer to the fact that the applicants' conduct ran counter to the Adoption Act and the Italian prohibition on heterologous artificial reproduction techniques (see paragraph 177 of the judgment). We respectfully disagree. It was only the Minors Court, that is, the first-instance court, which relied on the parents' unlawful conduct; the Court of Appeal refrained from using the possibility of declaring a child available for adoption as a sanction against the applicants.

10. Finally, the question has to be answered whether the interference was necessary, in a democratic society, in order to achieve the aim pursued.

We agree with the majority that this requirement implies, first, that the reasons adduced to justify the impugned measure were relevant and sufficient (see paragraph 179 of the

judgment), and secondly, that the measure was proportionate to the aim pursued or that a fair balance was struck between the competing interests (see paragraph 181 of the judgment).

11. Our disagreement with the majority relates to the application of the principles to the facts of the present case.

It is obvious that the assessment of the necessity condition depends largely on which specific legitimate aims are identified as those being pursued by the relevant authorities. As indicated above, we believe that the Court of Appeal's justification for the child's removal was the situation of that child. By contrast, the majority not only take into account the reasons given by the Minors Court (the illegal situation created by the applicants), but even, following the Government's argument, consider the wider context of the prohibition on surrogacy arrangements under Italian law (on the latter point, see paragraph 203 of the judgment). We believe that the specific facts of the present case, and in particular the judgments handed down by the domestic authorities, do not warrant such a broad approach, in which sensitive policy considerations may play an important role.

We do not intend to express any opinion on the prohibition of surrogacy arrangements under Italian law. It is for the Italian legislature to state the Italian policy on this matter. However, Italian law does not have extraterritorial effects. Where a couple has managed to enter into a surrogacy agreement abroad and to obtain from a mother living abroad a baby, which subsequently is brought legally into Italy, it is the factual situation in Italy stemming from these earlier events in another country that should guide the relevant Italian authorities in their reaction to that situation. In this respect, we have some difficulty with the majority's view that the legislature's reasons for prohibiting surrogacy arrangements are of relevance in respect of measures taken to discourage Italian citizens from having recourse abroad to practices which are forbidden on Italian territory (see paragraph 203 of the judgment). In our opinion, the relevance of these reasons becomes less clear when a situation has been created abroad which, as such, cannot have violated Italian law. In this respect, it is also important to note that the situation created by the applicants in Russia was initially recognised and formalised by the Italian authorities through the consulate in Moscow (see paragraph 17 of the judgment).

12. Whatever the reasons advanced to justify the removal of the child from the applicants, we cannot agree with the majority's conclusion that the Italian courts struck a fair balance between the various interests at stake.

With respect to the public interests at stake, we have already explained that, in our opinion, too much weight has been attached to the need to put an end to an illegal situation (in view of the laws on inter-country child adoption and on the use of assisted reproductive technology) and the need to discourage Italian citizens from having recourse abroad to practices which are forbidden in Italy. These interests were simply not those that the Court of Appeal sought to pursue.

With respect to the interest of the child, we have already noted that we are surprised by the characterisation given to the child's situation as one of being in a "state of abandonment". At no point did the courts ask themselves whether it would have been in the child's interest to remain with the persons who had assumed the role of his parents. The removal was based on purely legal grounds. Facts came into play only to assess whether the consequences of the removal, once decided, would not be too harsh for

the child. We consider that in these circumstances it cannot be said that the domestic courts sufficiently addressed the impact that the removal would have on the child's well-being. This is a serious omission, given that any such measure should take the best interest of the child into account (see paragraph 6 above).

With regard to the interests of the applicants, we believe that their interest in continuing to develop their relationship with a child whose parents they wished to be (see paragraph 211 of the judgment) has not been sufficiently taken into account. This is particularly true for the Minors Court. We cannot agree with the majority's accommodating reference to that court's suggestion that the applicants were fulfilling a "narcissistic desire" or "exorcising an individual or joint problem", and to its doubts about the applicants' "genuine affective and educational abilities" and "instinct of human solidarity" (see paragraph 207 of the judgment). We find that such assessments were of a speculative nature and should not have guided the Minors Court in its examination of the Public Prosecutor's request for urgent measures.

Apart from this treatment by the Minors Court, which seems to have been corrected by the more neutral approach of the Court of Appeal, we would like to recall that the applicants had been assessed as fit to adopt on 7 December 2006, when they received the authorisation to adopt from the Minors Court (see paragraph 10 of the judgment), and that a court-appointed team of social workers in a report of 18 May 2011 had found that the applicants cared for the child "to the highest standards" (see paragraph 25 of the judgment). These positive assessments were not contradicted on the basis of a serious assessment of the best interests of the child, but rather swept away in the light of more abstract and general considerations.

Moreover, as the majority admit, the courts did not address the impact which the immediate and irreversible separation from the child would have on the applicants (see paragraph 211 of the judgment). We find this a serious shortcoming, which cannot be justified by the majority's consideration that the applicants' conduct was illegal and their relationship with the child precarious (ibid.). The mere fact that the domestic courts did not find it necessary to discuss the impact on the applicants of the removal of a child who was the specific subject of their parental project demonstrates, in our opinion, that they were not really seeking to strike a fair balance between the applicants' interests and any opposing interests, whatever these might have been.

13. Having regard to the above, we are therefore, like the Chamber, not convinced that the elements on which the courts relied in concluding that the child ought to be removed from the applicants and taken into the care of the social services were sufficient to conclude that these measures were not disproportionate (see the judgment of the Chamber, § 86).

In our opinion, it has not been shown that the Italian authorities struck the fair balance that had to be maintained between the competing interests at stake.

Cass., 11 novembre 2014, n. 24001

Il ricorso all'utero in affitto è contrario alla legge italiana per motivi di ordine pubblico e tale limite non è stato messo in discussione dalla sentenza 162/2014 della Corte costituzionale sulla fecondazione eterologa. La l. n. 40 del 2004 esclude infatti la possibilità di ricorrere alla maternità

surrogata, che consiste nel portare a termine una gravidanza su committenza. L'unico modo per realizzare progetti di genitorialità priva di legami biologici con il minore è quindi quello dell'adozione. (Nel caso di specie, molto particolare, la Cassazione ha confermato il giudizio espresso dalla Corte territoriale dichiarando illegittima la pretesa genitoriale di una coppia italiana nei confronti di un bambino nato in Ucraina. I due coniugi avevano prima falsamente attestato di essere i genitori biologici, poi si erano appellati alla maternità surrogata, ammessa in Ucraina, ma entrambi erano risultati sterili in seguito agli accertamenti del c.t.u. Vani sono stati i tentativi della coppia che si è appellata al principio del preminente interesse del minore, affermato dalla convenzione di New York, e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che tuttavia sul tema ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale agli Stati.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso del 20 gennaio 2012 il pubblico ministero presso il Tribunale per i Minorenni di Brescia chiese dichiararsi lo stato di adottabilità del minore P.C., nato in (OMISSIS), figlio dei coniugi sig. P.D. e sig.ra Pa.An.. Riferì che questi ultimi erano sottoposti a procedimento penale per il delitto di alterazione di stato, sospettandosi la non veridicità della loro dichiarazione di nascita, in quanto la sig.ra Pa. aveva subito un intervento di isterectomia nel 2010 e il sig. P. era affetto da oligo- spermia.

Con decreto del 31 gennaio 2012 il Tribunale, comunicata la richiesta del PM ai coniugi P., nominò un curatore speciale per il minore e affidò quest'ultimo ai servizi sociali con collocazione presso gli apparenti genitori.

Costituitisi, i coniugi P. dichiararono che la sig.ra Pa. non era in realtà madre biologica del piccolo C., il quale era stato generato grazie a surrogazione di maternità conformemente alla legge ucraina, che consente tale pratica.

Il Tribunale, accertato mediante consulenza tecnica di ufficio che anche il sig. P. non era padre biologico del minore, dichiarò lo stato di adottabilità di quest'ultimo, dispose il collocamento del medesimo presso una coppia da scegliersi tra quelle in lista per l'adozione nazionale, sospese i coniugi P. dall'esercizio della potestà di genitori e nominò un tutore.

Motivò osservando:

che oggetto del giudizio era accertare se coloro che risultavano, dalla dichiarazione di nascita, genitori biologici del neonato fossero effettivamente tali;

che dagli accertamenti effettuati era risultato che P. D. e Pa.An. non erano genitori biologici del minore;

che la pratica della maternità surrogata, così come la fecondazione eterologa, in Italia è vietata dalla L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 14;

che la legge ucraina consente tale pratica a condizione che gli ovociti non appartengano alla donna che esegue la gestazione e che almeno il 50 % del patrimonio genetico del nascituro provenga dalla coppia committente, onde il contratto di surrogazione di maternità concluso dai P. con la gestante era nullo anche secondo la legge ucraina;

che conseguentemente la denuncia della filiazione era avvenuta in frode alla disciplina dell'adozione;

che sia il sig. P. sia la sig.ra Pa. avevano da tempo superato l'età in cui è consentita l'adozione di un neonato, e inoltre per tre volte erano state in precedenza respinte loro domande di adozione per "grosse difficoltà nella elaborazione di una sana genitorialità adottiva".
La Corte di Brescia ha poi respinto l'appello dei coniugi P. osservando:
che, essendo pacifico che neppure il sig. P. è padre biologico del piccolo C., era stata violata anche la legge ucraina sulla maternità surrogata, la quale ammette tale pratica solo a condizione che almeno il 50 % del patrimonio genetico del nascituro appartenga alla coppia genitoriale committente, e dunque era irrilevante l'allegazione, da parte degli appellanti, della liceità, secondo la legge ucraina, della donazione di ovociti nella fecondazione extracorporale (eseguita nell'ambito della surrogazione di maternità);
che il certificato di nascita ucraino, benchè debitamente apostillato, non poteva essere riconosciuto in Italia ai sensi della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 65, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, essendo contrario all'ordine pubblico, atteso che la L. n. 40 del 2004, cit., vieta qualsiasi forma di surrogazione di maternità e la stessa fecondazione eterologa;
che pertanto veniva a mancare in capo al minore lo status di figlio legittimo degli appellanti, e da ciò conseguiva de plano l'accertamento della situazione di abbandono - e dunque lo stato di adottabilità - del minore stesso ai sensi della L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 8, dato che il bambino, nato in Ucraina ed accudito dai P., non era assistito dai genitori o da altri parenti;
che il predetto accertamento costituiva l'unico oggetto del procedimento in corso, onde erano inammissibili le deduzioni degli appellanti circa la loro idoneità genitoriale e la violazione del diritto del minore a rimanere nella famiglia che lo aveva accolto sin dalla nascita, nonchè la reiterazione dell'istanza di affido provvisorio in attesa dell'esito della domanda di adozione proposta ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, lett. a);
che, in ogni caso, l'allontanamento del minore dal nucleo familiare degli appellanti era giustificato dal comportamento di questi ultimi, i quali avevano volontariamente eluso la legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita e avevano falsamente dichiarato di essere i suoi genitori naturali.
I coniugi P. hanno proposto ricorso per cassazione articolando cinque motivi di censura. Il tutore ha resistito con controricorso. Anche il curatore speciale ha presentato controricorso a seguito dell'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti disposta da questa Corte. I ricorrenti hanno anche presentato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione della L. 20 dicembre 1966, n. 1253, di ratifica ed esecuzione della Convenzione riguardante l'abolizione della legalizzazione degli atti pubblici stranieri, adottata a l'Aja il 5 ottobre 1961.
I ricorrenti lamentano che la Corte d'appello abbia applicato, anzichè la predetta Convenzione, la norma, definita speciale dalla Corte, di cui all'art. 65 l. n. 218 del 1995; il che non sarebbe corretto in quanto, avendo sia l'Ucraina che l'Italia aderito a tale Convenzione, un atto ucraino recante, come nella specie, regolare apostille è pienamente valido in Italia.
I ricorrenti osservano altresì: che la L. n. 218 del 1995, art. 65, cit., regola l'efficacia e la trascrivibilità in Italia dei provvedimenti giudiziari stranieri in materia di filiazione subordinandole alla non contrarietà dell'atto all'ordine pubblico e al rispetto dei diritti essenziali della difesa; che nella specie non è dato comprendere, peraltro, quali diritti

essenziali della difesa si sarebbero dovuti rispettare nella formazione di un certificato anagrafico; che, anche a ritenere applicabile la L. n. 218 del 1995, la fattispecie concreta era disciplinata semmai dal combinato disposto degli artt. 67 e 68 della stessa, con applicazione del procedimento di cui al D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 30.

1.1. - Il motivo è infondato.

L'apostille, infatti, attesta soltanto l'autenticità del documento, ossia "la veracità de la signature, la qualità en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas echeant, l'identità du sceau ou timbre dont cet acte est revetu" (art. 3 della Convenzione), non certo la sua efficacia nell'ordinamento italiano, che è disciplinata appunto dalla L. n. 218 del 1995, il cui art. 65, prevede, fra l'altro, il limite dell'ordine pubblico nella specie applicato dalla Corte d'appello (comprensibilmente disinteressatasi, invece, del limite del diritto di difesa, cui dunque inutilmente fa cenno il ricorso).

Errato è poi il richiamo dei ricorrenti alla disciplina di cui alla L. n. 218, cit., artt. 67 e 68, attinenti al diverso tema dell'attuazione in Italia dei provvedimenti di giudici stranieri e degli atti pubblici ricevuti in uno stato estero e ivi muniti di forza esecutiva.

2. - Con il secondo motivo, denunciando violazione di legge, si censura l'affermazione che il certificato di nascita del piccolo C. formato in (OMISSIS) sia privo di valore per la legge italiana: affermazione contrastante, ad avviso dei ricorrenti, con la L. n. 218 del 1995, cit., art. 33, comma 3, nel testo applicabile ratione temporis, il quale dispone che "la legge nazionale del figlio al momento della nascita regola i presupposti e gli effetti dell'accertamento e della contestazione dello stato di figlio" e vieta al giudice italiano qualsiasi sovrapposizione di fonti di informazione estranee e nazionali, come riconosciuto da Cass. 367/2003 e 14545/2003. Diversamente argomentando - concludono i ricorrenti - si determinerebbe una situazione paradossale, perchè in Ucraina la maternità e paternità dei ricorrenti non è in discussione, mentre in Italia agli stessi non verrebbe riconosciuto alcun diritto rispetto al minore, del quale, anzi, si accerterebbe addirittura lo stato di abbandono.

2.1. - Il motivo è infondato perchè i precedenti di questa Corte richiamati dai ricorrenti non escludono affatto la vigenza del limite generale dell'ordine pubblico, applicato dalla Corte d'appello di Brescia, con il quale la disciplina straniera della filiazione e del suo accertamento - pur nella specie applicabile in linea di principio, ad avviso sia dei ricorrenti che della Corte d'appello - si trovi ad essere in contrasto; limite che, anzi, la richiamata Cass. 14545/2003 e-spressamente ribadisce (v. anche Cass. 15234/2013). La differente configurazione in Italia e in un paese estero delle situazioni giuridiche facenti capo ai soggetti interessati è, poi, conseguenza normale e inevitabile della differenza di disciplina giuridica dovuta alla operatività del limite dell'ordine pubblico secondo le regole di diritto internazionale privato.

3. - Con il terzo motivo si denuncia violazione della L. n. 218 del 1995, art. 16, dell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia fatta a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176, e dell'art. 23 Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003r nonchè vizio di motivazione.

Viene censurata la statuizione di contrarietà all'ordine pubblico del certificato di nascita ucraino del piccolo C., lamentando che essa sia motivata con il semplice richiamo al divieto di surrogazione di maternità e di fecondazione eterologa previsto dalla L. n. 40 del 2004. Ad avviso dei ricorrenti, invece, la valenza probatoria del predetto certificato potrebbe essere esclusa solo ove si riscontrasse nella normativa ucraina che disciplina l'accertamento del rapporto di filiazione in quel paese una incompatibilità con le norme di ordine pubblico

italiane ai sensi della L. n. 218, cit., art. 16, ovvero del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 7 (rectius, art. 18), sull'ordinamento dello stato civile. E l'ordine pubblico, essi aggiungono, non coincide con il c.d. ordine pubblico interno, cioè con qualsiasi norma inderogabile dell'ordinamento italiano, bensì con l'ordine pubblico internazionale, costituito dai soli principi fondamentali caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato periodo storico; sicchè occorre individuare i valori condivisi dalla comunità internazionale armonizzandoli con il sistema interno.
In quest'ottica, non è dunque sufficiente avere individuato la violazione del divieto di cui alla L. n. 40 del 2004, ma occorre tener conto delle dichiarazioni e convenzioni internazionali ispirate alla protezione dei minori, in primis la Convenzione ONU sopra richiamata, art. 3, secondo cui "l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente", nonchè l'analoga previsione del richiamato reg. CE, art. 23; senza trascurare, inoltre, i principi sanciti dall'art. 31 Cost. in tema di protezione dell'infanzia, in forza dei quali deve ritenersi che, a prescindere dalla nullità dei contratti di maternità surrogata prevista dalla L. n. 40 del 2004, una volta che un tale contratto abbia avuto esecuzione ed il bambino sia nato e sia stato immediatamente accolto dalla coppia committente, ciò che conta è assicurare che egli conservi gli stessi genitori che ha avuto sin dalla nascita. Insomma, "il superiore interesse del minore (...) costituisce il parametro ed il principio di ordine pubblico internazionale a cui conformare ogni decisione", e nella specie il piccolo C. era stato amorevolmente atteso ed accudito dai coniugi P., fino a quando non è stato loro brutalmente sottratto, con trauma indelebile, "nel mero perseguimento della punizione dei coniugi P., colpevoli di avere eluso la legge italiana".
3.1. - Il motivo è infondato.
E' certamente esatto che l'ordine pubblico non si identifica con le semplici norme imperative, bensì con i principi fondamentali che caratterizzano l'ordinamento giuridico; è invece inesatto che tali principi si identifichino, come sostengono i ricorrenti, con "i valori condivisi della comunità internazionale che il prudente apprezzamento del Giudice non può trascurare, armonizzandoli con il sistema interno". L'ordine pubblico internazionale, infatti, è il limite che l'ordinamento nazionale pone all'ingresso di norme e provvedimenti stranieri, a protezione della sua coerenza interna;
dunque non può ridursi ai soli valori condivisi dalla comunità internazionale, ma comprende anche principi e valori esclusivamente propri, purchè fondamentali e (perciò) irrinunciabili. E' peraltro evidente che, nella individuazione di tali principi, l'ordinamento nazionale va considerato nella sua completezza, ossia includendovi principi, regole ed obblighi di origine internazionale o sovranazionale.
Tanto premesso, va osservato che l'ordinamento italiano - per il quale madre è colei che partorisce (art. 269 c.c., comma 3) - contiene, alla L. n. 40 del 2004, cit., art. 12, comma 6, un espresso divieto, rafforzato da sanzione penale, della surrogazione di maternità, ossia della pratica secondo cui una donna si presta ad avere una gravidanza e a partorire un figlio per un'altra donna;
divieto non travolto dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale parziale dell'analogo divieto di fecondazione eterologa, di cui all'art. 4, comma 3, della medesima legge, pronunciata dalla Corte costituzionale con la recente sentenza n. 162 del 2014 (nella quale viene espressamente chiarito come la prima delle due disposizioni sopra indicate non sia "in

nessun modo e in nessun punto incisa dalla presente pronuncia, conservando quindi perdurante validità ed efficacia").
Il divieto di pratiche di surrogazione di maternità è certamente di ordine pubblico, come suggerisce già la previsione della sanzione penale, di regola posta appunto a presidio di beni giuridici fondamentali. Vengono qui in rilievo la dignità umana - costituzionalmente tutelata - della gestante e l'istituto dell'adozione, con il quale la surrogazione di maternità si pone oggettivamente in conflitto perchè soltanto a tale istituto, governato da regole particolari poste a tutela di tutti gli interessati, in primo luogo dei minori, e non al mero accordo delle parti, l'ordinamento affida la realizzazione di progetti di genitorialità priva di legami biologici con il nato.
Le aperture, registrate in dottrina, verso alcune forme di maternità surrogata solitamente non riguardano la surrogazione eterologa, quella cioè realizzata mediante ovociti non appartenenti alla donna committente, che è priva perciò anche di legame genetico con il nato, com'è pacifico nel caso in esame; nè tantomeno riguardano le ipotesi in cui neppure il gamete maschile appartiene alla coppia committente, come nella specie è risultato all'esito degli accertamenti disposti dal Tribunale. E nemmeno rileva qui domandarsi se siano configurabili (e come reagiscano, eventualmente, sul divieto penale di surrogazione di maternità ora previsto dalla legge), fattispecie di maternità surrogata caratterizzate da intenti di pura solidarietà e perciò tali da escludere qualsiasi lesione della dignità della madre surrogata, come pure in dottrina si è sostenuto, inerendo interrogativi siffatti a problematiche non attinenti alla fattispecie in esame.
Neppure può sostenersi che il divieto in discussione si pone in contrasto con la tutela del superiore interesse del minore, da considerare preminente "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi" ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York richiamata nel ricorso. Il legislatore italiano, invero, ha considerato, non irragionevolmente, che tale interesse si realizzi proprio attribuendo la maternità a colei che partorisce e affidando, come detto, all'istituto dell'adozione, realizzata con le garanzie proprie del procedimento giurisdizionale, piuttosto che al semplice accordo della parti, la realizzazione di una genitorialità disgiunta dal legame biologico. E si tratta di una valutazione operata a monte dalla legge, la quale non attribuisce al giudice, su tale punto, alcuna discrezionalità da esercitare in relazione al caso concreto.
Il richiamo, poi, pure fatto dai ricorrenti, all'art. 23 reg. CE n. 2201/2003 (che consente il non riconoscimento di decisioni straniere relative alla responsabilità genitoriale "se, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto") è fuori luogo, riguardando detto regolamento le decisioni giudiziarie, mentre nella specie viene in considerazione un atto amministrativo (il certificato di nascita ucraino del piccolo C., sul quale i ricorrenti basano il loro rapporto di filiazione). Inoltre lo stesso regolamento esclude espressamente dal proprio campo di applicazione le decisioni relative "alla determinazione o all'impugnazione della filiazione" e "all'adozione, alle misure che la preparano o all'annullamento o alla revoca dell'adozione" (art. 1, par. 3, lett. a) e b).
Nè, infine, è esatta l'affermazione, contenuta nella seconda memoria depositata dai ricorrenti ai sensi dell'art. 378 c.p.c., secondo cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione, avrebbe, nelle sentenze gemelle emesse il 26 giugno 2014 nei confronti della Francia

sui ricorsi n. 65192/11 (Mennesson c. Francia) e n. 65941/11 (Labassee c. Francia), affermato il diritto del nato mediante surrogazione di maternità ad essere riconosciuto come figlio legittimo della coppia committente. Vero è, invece, che in dette sentenze la Corte ha riconosciuto un ampio margine di apprezzamento discrezionale ai singoli Stati sul tema della maternità surrogata, in considerazione dei delicati interrogativi di ordine etico posti da tale pratica, disciplinata in maniera diversa nell'ambito dei paesi membri del Consiglio d'Europa, e ha ravvisato il superamento di detto margine nel difetto di riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione tra il nato e il padre committente allorchè quest'ultimo sia anche padre biologico (difetto di riconoscimento che, rileva la Corte, viola il diritto al rispetto della vita privata del figlio, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, comprendente il diritto all'identità personale sotto il profilo del legame di filiazione).

4. - Con il quarto motivo, denunciando vizio di motivazione e violazione degli artt. 248 e 263 c.c., si censura il rigetto dell'eccezione di difetto di legittimazione attiva del pubblico ministero all'azione di contestazione di legittimità, motivato in base alla mancanza di valore del certificato di nascita ucraino per la legge italiana e al conseguente difetto dello status di figlio dei coniugi P. in capo al piccolo C.. I ricorrenti ribadiscono invece la piena validità di quel certificato e la contestazione della legittimazione del pubblico ministero alle azioni di cui ai richiamati artt. 248 e 263 c.c., non rientranti tra quelle che il medesimo può esperire ai sensi dell'art. 69 c.p.c., e aggiungono che alla declaratoria del difetto della qualità di loro figlio legittimo in capo al minore e, conseguentemente, all'eventuale accertamento del reato di alterazione di stato non potrebbe neppure conseguire la perdita della potestà genitoriale, come statuito da Corte cost. n. 7 del 2013 e n. 31 del 2012.

4.1. - Il motivo è infondato alla luce di quanto appena osservato riguardo al terzo motivo. Il certificato di nascita ucraino (sul quale soltanto i ricorrenti basano il rapporto di filiazione con il piccolo C.) e la stessa legge ucraina in materia di maternità surrogata sono contrari all'ordine pubblico italiano, onde al primo non può riconoscersi efficacia, ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 65, e la seconda non può trovare applicazione, ai sensi dell'art. 16, L. cit., in Italia; pertanto di uno status del minore quale figlio dei ricorrenti non può, nel nostro paese, parlarsi perchè ne difetta in radice l'attribuzione, ossia il titolo, che dunque non occorre sia contestato mediante le apposite azioni giudiziarie previste dalla legge.

Nè viene qui in rilievo la perdita della potestà (oggi responsabilità: D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 93, comma 1, lett. n)) genitoriale quale conseguenza della condanna per un delitto contro lo stato di famiglia, ai sensi dell'art. 569 c.p., il cui automatismo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla giurisprudenza costituzionale richiamata nel ricorso: infatti la responsabilità genitoriale nei confronti del piccolo C. non è stata mai assunta dai ricorrenti, non avendo gli stessi mai assunto la qualità di genitori.

5. - Con il quinto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione della L. n. 184 del 1983, art. 8, e vizio di motivazione. Ribadito che il piccolo C. è, allo stato, figlio legittimo dei coniugi P. e conseguentemente non versa in situazione di abbandono essendo assistito dai genitori e dai parenti tenuti a provvedervi, si censura conseguentemente l'affermazione della Corte d'appello secondo cui, avendo i predetti coniugi violato la legge italiana perchè neppure il sig. P. è padre biologico del bambino, quest'ultimo versa in stato di abbandono e dunque è adottabile. Peraltro, osservano i ricorrenti, pure qualora fosse disconosciuta la loro "legittimazione genitoriale" e non fosse ritenuta provata la nascita per surrogazione di maternità, il pubblico ministero avrebbe dovuto allertare le autorità ucraine per la ricerca dei

genitori biologici del piccolo C., piuttosto che limitarsi ad aprire un procedimento penale per alterazione di stato e chiedere la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore.

5.1. - Quanto chiarito a confutazione dei motivi terzo e quarto comporta l'infondatezza anche della prima parte del presente motivo, basata sull'assunto che i ricorrenti siano, per la legge, genitori del minore.

Poichè tali essi non sono, nè risulta la presenza di altri parenti del minore stesso, l'accertamento dello stato di abbandono da parte del Tribunale per i minorenni s'imponeva ai sensi della L. n. 184 del 1983, cit., art. 8, a mente del quale versano in tale stato "i minori ... privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi".

Nè ha pregio la deduzione finale del motivo in esame, relativa alla necessità di ricercare i genitori biologici del piccolo C.: deduzione inammissibile non soltanto perchè nuova, ma soprattutto perchè gli stessi ricorrenti hanno fatto presente, nel ricorso e nella memoria, che secondo la legge ucraina la donna che partorisce in sostituzione non è madre del nato e che inoltre la donna che aveva partorito il piccolo C. (della quale i ricorrenti indicano il nome) non volle essere indicata nel certificato di nascita, con ciò rifiutando comunque la maternità.

6. - Il ricorso va in conclusione respinto, con condanna dei ricorrenti alle spese processuali.

Queste ultime sono liquidate come in dispositivo in favore del tutore di P.C.; quanto invece al curatore speciale, che si è avvalso del patrocinio a spese dello Stato, questa Corte deve limitarsi a condannare la parte soccombente a versare all'Amministrazione Finanziaria dello Stato l'importo delle spese a lui relative, ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 113, senza procedere ad alcuna liquidazione, spettante invece, ai sensi della corretta lettura degli artt. 82 e 83, D.P.R. cit., al giudice di merito (cfr., da ult., Cass. Sez. Un. 22792/2012), individuato, nell'ipotesi di rigetto del ricorso, nel giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, ossia nella specie nella Corte d' appello di Brescia.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti alle spese processuali in favore del tutore di P.C., liquidate in Euro 3.200,00, di cui e 3.000,00 per compensi di avvocato, oltre spese forfettarie ed accessori di legge, nonchè in favore dell'Amministrazione Finanziaria dello Stato quanto alle spese processuali del curatore del medesimo P.C., da liquidarsi a cura della Corte d'appello di Brescia.

In caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri dati identificativi, a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

Così deciso in Roma, il 26 settembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 11 novembre 2014

CONTEMPERAMENTO TRA DIRITTO MATERNO DELL'ANONIMATO E DIRITTO DEL FIGLIO ALLA CONOSCENZA DELLE ORIGINI

Cass., 21 luglio 2016, n. 15024

Si può propriamente parlare di ponderazione fra diritti fondamentali con riferimento al momento della scelta della madre di partorire anonimamente perché in questo momento è in gioco il suo diritto alla vita e quello del figlio. Dopo la nascita non è più il diritto alla vita ad essere in gioco e il

diritto all'anonimato diventa strumentale a proteggere la scelta compiuta dalle conseguenze sociali e in generale dalle conseguenze negative che verrebbero a ripercuotersi in primo luogo sulla persona della madre. In questa prospettiva non è il diritto in sé della madre all'anonimato che viene garantito ma la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza e partorire senza assumere le conseguenze sociali e giuridiche di tale scelta. Solo la madre pertanto in questa prospettiva può essere la persona legittimata a decidere se revocare la sua decisione di rimanere anonima in relazione al venir meno di quell'esigenza di protezione che le ha consentito la scelta tutelata dall'ordinamento.

La morte della madre che ha partorito in anonimo non può avere come conseguenza la cristallizzazione della scelta per l'anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 Cost. L'immobilizzazione della scelta per l'anonimato che verrebbe in tal modo a determinarsi *post mortem* verrebbe a realizzarsi proprio in presenza dell'affievolimento, se non della scomparsa, di quelle ragioni di protezione, risalenti alla scelta di partorire in anonimo, che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre proprio in ragione della revocabilità di tale scelta. Ciò provocherebbe la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - diritto che «costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona» perché «il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona».

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO - MOTIVI DELLA DECISIONE

Rilevato che:

1. In data 25 novembre 2013 R.M. ha proposto istanza al Tribunale per i minorenni con la quale ha esposto di essere nata il (OMISSIS) presso l'Ospedale (OMISSIS) da una donna che aveva chiesto di restare anonima; di essere stata adottata e di aver assunto il nome di R.M.; di voler accedere, avvalendosi ai quanto statuito dalla Corte Costituzionale, con la sentenza n. 278/2013, ai dati riguardanti la madre e il parto contenuti nella cartella clinica relativa alla sua nascita.
2. Il Tribunale per i minorenni di Torino ha accolto l'istanza di R.M. e ha richiesto all'Ospedale (OMISSIS) i dati relativi alla madre biologica. Ottenuta la documentazione e acquisita la notizia del decesso il Tribunale ha respinto l'istanza della R. sul presupposto dell'impossibilità di interpellare la madre sulla sua persistente volontà di mantenere l'anonimato. Ha escluso che il decesso della madre potesse essere valutato come revoca implicita della volontà di non essere nominata.
3. R.M. ha proposto reclamo che è stato respinto dalla Corte di appello di Torino.
4. Ricorre per cassazione, ex art. 111 della Costituzione, R.M. che si affida a due motivi di impugnazione con i quali deduce la violazione e/o falsa applicazione di norme di diritto ex art. 360 n. 3 c.p.c. per erronea interpretazione dell'art. 28 comma 7 della legge n. 184/1983, alla luce della sentenza n. 278/2013 della Corte Costituzionale e l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, ex art. 360 n. 5 c.p.c..

Ritenuto che:

5. Il ricorso è fondato per i seguenti motivi.

6. Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche e alle circostanze della propria nascita trova un sempre più ampio riconoscimento a livello internazionale e sovranazionale.
7. E' espressamente riconosciuto dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989 delle Nazioni Unite in materia di diritti dei minori dove, all'art. 7, si afferma che il minore ha diritto, nella misura del possibile, a conoscere i propri genitori sin dalla sua nascita. La Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993, relativa alla protezione dei minori e alla cooperazione in materia di adozione internazionale prevede, all'art. 30, che le autorità competenti si impegnano a conservare le informazioni che detengono sulle origini del minore, specificamente quelle relative all'identità della madre e del padre, così come i dati sulla storia sanitaria del minore e della sua famiglia e assicurano l'accesso del minore o del suo rappresentante a queste informazioni nella misura prevista dalla legge del loro Stato. La Raccomandazione n. 1443/2000 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ha invitato gli Stati ad assicurare il diritto del minore adottato a conoscere le proprie origini al più tardi al compimento della maggiore età e a eliminare dalle legislazioni nazionali qualsiasi disposizione contraria.
8. In alcune legislazioni Europee il diritto a conoscere le proprie origini è espressamente riconosciuto. Così, ad esempio, in Germania dove assume la qualificazione di diritto fondamentale della personalità in quanto espressione del diritto generale alla dignità e al libero sviluppo della persona in seguito alla sentenza 31 gennaio 1989 del Bundesverfassungsgericht. In Svizzera la Costituzione federale del 1992 riconosce il diritto di ciascuno a conoscere le proprie origini come un diritto della personalità e, in caso di adozione, l'articolo 138 della normativa sullo stato civile prevede che la persona interessata a conoscere il contenuto dell'atto di nascita è a ciò autorizzata dall'autorità cantonale di sorveglianza.
Analogamente in Olanda la Corte Suprema, con la sentenza 15 aprile 1994 (Valkenhorst), ha riconosciuto il diritto a conoscere l'identità dei propri genitori biologici nel quadro del generale diritto della personalità del minore. In Spagna il Tribunale costituzionale con la sentenza del 21 settembre 1999 ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 47 della legge sullo stato civile che offriva la possibilità di far figurare sui registri dello stato civile la filiazione da madre sconosciuta.
9. La Corte Europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza emessa il 25 settembre 2012 nel caso Godelli contro Italia ha dato una interpretazione dell'art. 8 della Convenzione E.D.U., che riconduce il diritto alla conoscenza delle proprie origini nell'ambito di applicazione della nozione di vita privata e specificamente nella sfera di protezione dell'identità personale. In questa prospettiva la Corte Europea ha affermato che l'art. 8 protegge il diritto all'identità e alla realizzazione personale e quello di intessere e sviluppare relazioni con i propri simili e il mondo esterno. A questa realizzazione della personalità concorrono la conoscenza dei dati concernenti la propria identità di essere umano e l'interesse vitale, protetto dalla convenzione, di ottenere le informazioni necessarie per apprendere la verità su un aspetto importante dell'identità personale quale la identità dei propri genitori. La nascita e le sue circostanze rientrano dunque nell'ambito degli elementi della vita privata del bambino e poi dell'adulto, garantiti dall'art. 8 della Convenzione che trova pertanto applicazione in questa materia.
10. Parallelamente, come nella precedente sentenza emessa il 13 febbraio 2002, nel caso Odievre contro Francia, la Grande Chambre della Corte E.D.U. ha rilevato la esistenza di un interesse in conflitto con il diritto alla conoscenza delle proprie origini e che si manifesta in situazioni di difficoltà per la madre tali da indurla a portare a termine la gravidanza e a

partorire in condizioni di sicurezza, per la sua salute e quella del bambino, solo se può conservare l'anonimato e vedere tale scelta garantita dall'ordinamento anche successivamente al parto. La Corte, pur dando atto che in Europa il cd. parto anonimo è ammesso da un numero nettamente minoritario di Stati, riconosce che gli Stati aderenti alla Convenzione possano accordare all'anonimato meritevolezza di tutela sotto due profili: a) salvaguardare la salute della donna consentendole di partorire in condizioni mediche e sanitarie appropriate, proteggendo così sia la salute della donna che quella del bambino durante la gravidanza e il parto; b) evitare che le condizioni personali della donna la costringano ad abortire e soprattutto la inducano ad aborti clandestini e abbandoni selvaggi del bambino.
11. La scelta dei mezzi piu' adatti per assicurare equamente la conciliazione dell'istanza di protezione della madre, che si trova in una condizione di difficoltà tale da non consentirle di assumere il ruolo genitoriale, con la domanda legittima del figlio ad avere accesso alle informazioni sulle sue origini spetta agli Stati aderenti alla Convenzione. Tuttavia, la Corte e' nelle condizioni di esercitare un sindacato circa la scelta e l'effettivo esercizio di tali mezzi di composizione del conflitto e, in particolare, sulla ricerca e la realizzazione di un equilibrio fra i concorrenti interessi e diritti in gioco.
12. In questa prospettiva la Corte Europea ha riconosciuto alla legislazione francese la capacità di contemperare tali concorrenti esigenze di tutela perché' la L. n. 2002 del 1993, nel modificare la legge del 1993, che tuttora riconosce il diritto della donna di partorire mantenendo segreta la propria identità, ha rafforzato le possibilità per la donna di revocare la sua decisione e ha permesso mediante l'istituzione di un organismo ad hoc (il Consiglio nazionale per l'accesso alle origini personali) di gestire la reversibilità del segreto condizionandolo all'accordo espresso dalla madre e dal figlio e rendendo concreta ed effettiva l'interpellabilità della madre sulla richiesta del figlio di rimuovere il segreto. Inoltre la legislazione francese e da ultimo la L. 22 gennaio 2002, n. 2002/93 ha reso accessibili, nonostante la permanenza del segreto, una serie di informazioni non identificative che la madre è tenuta a fornire al momento della sua decisione di partorire anonimamente.
13. La citata sentenza della Corte Europea Odlevre c. Francia, di cui la sentenza Godelli c. Italia è la coerente riaffermazione, costituisce, come sottolineato dalla dottrina, un precedente sofferto perché' è stato pronunciato all'esito della ricerca di un difficile equilibrio fra tradizioni giuridiche e posizioni di principio molto diverse cane è eloquentemente rappresentato nella opinione dissenziente dei giudici Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens e Pellonpaa. Secondo questa comune posizione non vi e' stata nella specie, ne' in fatto ne' in diritto, alcuna effettiva ponderazione di interessi. Infatti secondo i giudici rimasti in minoranza la legge francese riconosce come un ostacolo assoluto a qualsiasi ricerca di informazione, da parte della persona nata in regime di anonimato, la decisione della madre, quale che sia la ragione e la legittimità di tale decisione. Il rifiuto della madre si impone al figlio che non ha alcun mezzo giuridico per contrastare la sua volontà unilaterale. In questo modo, secondo la dissenting opinion, la madre ha il diritto puramente discrezionale di mettere al mondo un bambino ponendolo in una condizione di sofferenza e condannandolo per tutta la vita all'ignoranza sulle sue origini. Non si tratta pertanto di un sistema che assicura un equilibrio tra i diritti in gioco. Il diritto di veto puro e semplice riconosciuto alla madre comporta che i diritti del minore riconosciuti nel sistema generale della convenzione (sentenze Johansen c. Norvege, Kuzner c. Germania), sono interamente negati e dimenticati. Il diritto all'identità, come condizione essenziale del diritto all'autonomia (Pretty c. Regno

Unito) e allo sviluppo della persona (Bensaid c. Regno Unito) fa parte del nocciolo duro del diritto al rispetto della vita privata e pertanto un esame tanto più rigoroso si impone per bilanciare effettivamente gli interessi in gioco laddove invece nella situazione francese attuale una preferenza cieca viene riconosciuta ai soli interessi della madre. La legge francese n. 200293 del 22 gennaio 2002, oggetto della decisione della C.E.D.U., riconosce chiaramente la necessità di trovare un riequilibrio dei diritti in conflitto. Essa, pur non mettendo in discussione l'istituto dell'accouchement sous x, segna certamente un passo in avanti in materia di accesso alla conoscenza delle proprie origini in quanto consente di sollecitare la reversibilità del segreto sull'identità della madre. Tuttavia tale reversibilità e in ultima istanza affidata e condizionata dall'accordo di quest'ultima. La madre è solo invitata e non ha l'obbligo di rilasciare delle indicazioni identificative, d'altra parte può sempre opporsi a che la sua identità sia svelata anche dopo la sua morte (articolo L. 147-6 del mcode de l'action sociale et des familles" introdotto dall'articolo 1 della legge 22 gennaio 2002). La legge non ha previsto che il Consiglio Nazionale che ha istituito (ne' alcun altro organo indipendente) possa prendere una decisione finale sulla rimozione del segreto, in considerazione degli interessi in conflitto, nell'ipotesi in cui la madre permanga nella sua posizione di rifiuto che comporta la definitiva privazione del diritto del figlio a conoscere la sua origine. In definitiva lo squilibrio iniziale resta perpetuato nella misura in cui il diritto all'accesso alle informazioni sulle origini personali resta subordinato alla decisione esclusiva della madre.
14. Se questa posizione non ha trovato il consenso della maggioranza essa appare tuttavia rilevante perché' mette in luce come all'istituto del parto anonimo è stato riconosciuta nella sentenza Odievre legittimità anche nel perpetuare una posizione di disparità fra gli interessi in conflitto rendendo per certi versi improprio il richiamo alla teoria e alla tecnica del bilanciamento fra diritti fondamentali abitualmente utilizzata dalla giurisprudenza di Strasburgo.

15. Questa Corte ritiene particolarmente puntuali quelle posizioni della dottrina secondo cui, nella specie, il bilanciamento dei diritti fondamentali in gioco appare una categoria inefficace e per certi versi inappropriata perché' nell'istituto in questione non vengono a contrapporsi, nel tempo e per entrambi i versanti del conflitto, dei diritti fondamentali ma, da un lato, il diritto fondamentale alla conoscenza della propria identità e, dall'altro, una istanza di protezione di una scelta cui l'ordinamento ha riconosciuto tutela, necessariamente di carattere assoluto, sia dal punto di vista soggettivo che temporale, per le conseguenze deteriori che teme si realizzerebbero qualora tale scelta fosse vietata o non garantita nel tempo. In altri termini si può propriamente parlare di ponderazione fra diritti fondamentali con riferimento al momento della scelta della madre di partorire anonimamente perché' in questo momento è in gioco il suo diritto alla vita e quello del figlio. Dopo la nascita non è più il diritto alla vita ad essere in gioco e il diritto all'anonimato diventa strumentale a proteggere la scelta compiuta dalle conseguenze sociali e in generale dalle conseguenze negative che verrebbero a ripercuotersi in primo luogo sulla persona della madre. In questa prospettiva non è il diritto in se' della madre all'anonimato che viene garantito ma la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza e partorire senza assumere le conseguenze sociali e giuridiche di tale scelta. Solo la madre pertanto in questa prospettiva può essere la persona legittimata a decidere se revocare la sua decisione di rimanere anonima in relazione al venir meno di quell'esigenza di protezione che le ha consentito la scelta tutelata dall'ordinamento.

16. La decisione della Corte Europea ha riconosciuto legittima questa tutela perché' connessa a una finalità quoad vitam dell'istituto ma ha introdotto un doppio limite a questa tutela in funzione della tutela del diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. In questa prospettiva ha recepito e valorizzato due caratteristiche della legislazione francese e cioè l'accessibilità dei dati non identificativi, in stretta relazione con la loro utilizzabilità ai fini medici e sanitari, e la revocabilità del segreto che deve trovare la sua effettività nella creazione di un sistema di comunicazione, necessariamente idoneo a garantire l'anonimato, fra la madre e il figlio.
17. Solo in questo senso può parlarsi, con riferimento alla sentenza della C.E.D.U. di bilanciamento di diritti ma sempre riconoscendo la legittimazione di una situazione asimmetrica che non corrisponde ma anzi è inversamente proporzionale alla rilevanza dei diritti e degli interessi in conflitto man mano che ci si allontana temporalmente dal momento in cui la scelta della madre è stata compiuta. E' anche improprio parlare di diritto alla riservatezza con riferimento all'origine biologica di un'altra persona nel momento in cui si riconosce che tali dati costituiscono un aspetto fondamentale della sua identità. In questa prospettiva le legislazioni Europee, e fra esse la nostra legislazione, riconoscono al figlio adottivo il diritto a conoscere l'identità dei propri genitori biologici. Ne' l'ordinamento internazionale e nazionale riconosce in alcun modo un diritto fondamentale a decidere sull'assunzione o meno della genitorialità. Vi è piuttosto il generale riconoscimento, da parte degli ordinamenti giuridici, dell'interesse generale alla solidarietà nei confronti dei minori che versino in stato di abbandono o non possano vedere realizzato il loro diritto fondamentale a vivere e crescere nella famiglia di origine.
18. Nell'istituto del parto anonimo, per come legittimato dalla giurisprudenza Europea, viene così a crearsi una situazione per certi versi di tipo convenzionale perché' la madre accede alla possibilità di portare a compimento la gravidanza e di partorire, mettendo così al mondo una nuova vita, ma chiede e ottiene dall'ordinamento la garanzia di vedere tutelata nel corso di tutta la sua vita la segretezza sulla maternità biologica e la scissione di quest'ultima dalla genitorialità sociale e giuridica. Questa richiesta di protezione viene riconosciuta meritevole sino al punto di attribuire alla madre la titolarità del segreto senza che nel corso della sua vita possa essere costretta alla sua rimozione anche da parte di un soggetto pubblico cui sia affidata la valutazione degli interessi in conflitto. La Corte Europea ha ritenuto che l'affidamento esclusivo alla madre della decisione sulla permanenza del segreto sia giustificabile proprio in relazione alla intensità della protezione che una scelta di tale importanza, da prendere in una situazione di difficoltà, spesso anche estrema, richiede, una decisione che non può che essere garantita, per il presente e il futuro, nel momento in cui viene presa e che non consente una successiva rivalutazione da parte dell'ordinamento che prescinda dalla volontà della madre biologica. Come si è detto però nel riconoscere tale titolarità e autodeterminazione alla madre la Corte ha voluto che alla stessa sia altresì consentito concretamente di rimuovere il segreto e di tenere conto della volontà di chi è nato per effetto della sua scelta. Ha voluto in altri termini che la scelta per l'anonimato si tramutasse in un obbligo alla segretezza sottratto anche alla volontà della persona nel cui interesse preminente era stato riconosciuto e protetto.
19. Successivamente alla sentenza Godelli del 2012 la Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta in questa materia con la sentenza n. 278 del 18 novembre 2013 in quanto il Tribunale per i minorenni di Catanzaro ha sollevato, in riferimento all'artt. 2, 3 e 32 Cost., e

art. 117 Cost., comma 1, la questione di legittimità costituzionale della L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, (Diritto del minore ad una famiglia), come sostituito dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 177, comma 2, (Codice in materia di protezione dei dati personali), "nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica". Secondo il Tribunale minorile calabrese tale disposizione contrasterebbe infatti: a) con l'art. 2 Cost., configurando "una violazione del diritto di ricerca delle proprie origini e dunque del diritto all'identità personale dell'adottato"; b) con l'art. 3 Cost., in riferimento all'"irragionevole disparità di trattamento fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione e abbiano anzi subito l'adozione"; con l'art. 32 Cost., in ragione dell'impossibilità, per il figlio, di ottenere dati relativi all'anamnesi familiare, anche in relazione al rischio genetico; con l'art. 117 Cost., comma 1, in riferimento all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con la L. 4 agosto 1955, n. 848, per come interpretato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 25 settembre 2012 nel caso Godelli contro Italia.

20. Ha ribadito la Corte Costituzionale che "il fondamento costituzionale del diritto della madre all'anonimato riposa sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché' la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili". Tuttavia, rileva la Corte Costituzionale - "l'aspetto che viene qui in specifico rilievo - e sul quale la sentenza della Corte di Strasburgo del 25 settembre 2012, Godelli contro Italia, invita a riflettere - ruota attorno al profilo, per così dire, diacronico della tutela assicurata al diritto all'anonimato della madre". "Con la disposizione all'esame, l'ordinamento pare, infatti, prefigurare una sorta di cristallizzazione o di immobilizzazione nelle relative modalità di esercizio: una volta intervenuta la scelta per l'anonimato, infatti, la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad espropriare la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l'impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio". "Tutto ciò è icasticamente scolpito dal ricordato D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 2, secondo cui il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui al D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento". "Ebbene, a cercare un fondamento a tale sistema - che commisura temporalmente lo spazio del "vincolo" all'anonimato a una durata idealmente eccedente quella della vita umana -, se ne ricava che esso riposa sulla ritenuta esigenza di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo diritto all'oblio e, nello stesso tempo, sull'esigenza di salvaguardare erga omnes la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato".

Ma ne' l'una ne' l'altra esigenza sono considerate dalla Corte Costituzionale dirimenti perché' espongono il figlio alla inevitabile e definitiva perdita del suo diritto alla conoscenza delle proprie origini e affidano la tutela della riservatezza della scelta della madre a una disciplina eccessivamente rigida che se, da un lato, "legittimamente, impedisce l'insorgenza di una genitorialità giuridica, con effetti inevitabilmente stabilizzati pro futuro", non appare ragionevole laddove si presenta come "necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla genitorialità naturale". Il vulnus costituzionale che ne deriva è, dunque, rappresentato, a giudizio della Corte Costituzionale, dalla "irreversibilità del segreto la quale, risultando, per le ragioni anzidette, in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., deve conseguentemente essere rimossa".

21. Può quindi affermarsi senza ombra di dubbio che la nostra Corte Costituzionale ha delineato in termini ancor più stringenti e sistematici della Corte Europea la condizione di legittimità dell'istituto in questione alla condizione della potenziale e nello stesso tempo sempre attuale reversibilità del segreto.

22. Tornando quindi al caso in esame non può non discendere dalla chiara individuazione compiuta dal giudice delle leggi la impossibilità di ritenere operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine previsto dal ricordato D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 2, perché' la conseguenza della morte della madre che ha partorito in anonimo sarebbe quella di reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l'anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della carta fondamentale. Un effetto non giustificabile pertanto neanche nella ipotesi ritenuta legittima dall'ordinamento francese della espressione, in vita, da parte della madre, di una volontà definitivamente contraria alla rimozione del segreto anche dopo la sua morte. Ne' una diversa conclusione potrebbe dedursi dalla temporaneità della protezione dai dati che è propria del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 2,. Oltre a rilevare che la durata del termine ivi previsto rende, comunque, di fatto, inattuabile la volontà del figlio di conoscere le proprie origini biologiche questa Corte non può che smentire la fondatezza e rilevanza della affermazione per cui la morte della madre non può essere eletta a circostanza presuntiva della volontà di rimozione del segreto post mortem. Ve ribadito infatti che, nella ricostruzione della Corte Costituzionale, ciò che è rilevante e decisivo è la reversibilità del segreto, condizione che, purtroppo, la morte non rende più attuale e ipotizzabile nel futuro. Non si può d'altra parte non sottolineare l'effetto paradossale che provocherebbe una lettura della norma ritenuta incostituzionale basata sui presupposti che hanno orientato i giudici del merito. L'immobilizzazione della scelta per l'anonimato che verrebbe in tal modo a determinarsi post mortem verrebbe a realizzarsi proprio in presenza dell'affievolimento, se non della scomparsa, di quelle ragioni di protezione, risalenti alla scelta di partorire in anonimo, che l'ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre proprio in ragione della revocabilità di tale scelta. Cio' che provocherebbe, per citare ancora la Corte Costituzionale, la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - diritto che "costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona" perché "il relativo bisogno di conoscenza rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona".

23. Va pertanto accolto il ricorso con decisione nel merito consistente nell'autorizzazione della ricorrente ad accedere alle informazioni relative all'identità della propria madre biologica.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, autorizza R.M. ad accedere alle informazioni relative all'identità della propria madre biologica. Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 3 marzo 2016.

Depositato in Cancelleria il 21 luglio 2016

Cass., 9 novembre 2016, n. 22838

La morte della madre, che si era avvalsa della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio, dato in adozione, senza che abbia potuto essere interpellata ai fini dell'eventuale revoca di tale dichiarazione, conformemente a quanto statuito da Corte cost. 278/13, non osta all'accoglimento della domanda del figlio stesso, che chiede di conoscerne le generalità, fermo che il trattamento di siffatti dati concernenti la sua identità personale deve essere eseguito in modo corretto e lecito, senza cagionare danni, anche non patrimoniali, all'immagine, alla reputazione e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti, familiari).

Il diritto dell'adottato, nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ex art. 30, comma 1, D.P.R. n. 396 del 2000, ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica, sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto, non rilevando, nella fattispecie, il mancato decorso del termine di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto, o della cartella clinica, di cui all'art. 93, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 196 del 2003, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con decreto 2/3/2015 il Tribunale per i minorenni di Torino ha rigettato la domanda di B.M.T., volta ad ottenere l'accesso alle informazioni relative alle generalità della propria madre naturale la quale aveva esercitato il diritto a rimanere nell'anonimato, alla nascita della ricorrente e, nel corso dell'istruttoria, era morta. Il Tribunale ha evidenziato come, in difetto di una disciplina legislativa, una revoca implicita della volontà di mantenere l'anonimato non possa essere desunta dal decesso.

Secondo il giudice di primo grado, la sentenza della Corte Costituzionale n. 278 del 2013 ha indicato che occorre procedere al contemperamento di due diritti, entrambi reputati di primario rilievo costituzionale, ovvero il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e quello della madre a mantenere l'anonimato. Tale ultimo diritto non viene meno con la morte della madre stessa, considerato l'interesse a mantenere nei confronti dei familiari superstiti un'immagine di sè non caratterizzata dall'abbandono di un figlio alla nascita. Il Tribunale ha affermato che occorre garantire uno spazio per l'esercizio della potestà di revoca della scelta dell'anonimato che, se intesa come irrevocabile una volta espressa, presenta caratteri d'irragionevolezza anche sul versante dei rapporti relativi alla genitorialità naturale. Tuttavia con il decesso della madre biologica tali rapporti non possono essere riattivati.

Il ricorso sopra indicato era stato preceduto da un altro che si era concluso con l'accoglimento del reclamo da parte della Corte d'Appello di Torino. Era stato riconosciuto alla B. il diritto a poter conoscere le proprie origini, ma non era stata rinvenuta la busta chiusa con i dati anagrafici della madre. La Corte territoriale aveva comunque ritenuto che era venuta meno la permanenza della volontà ostativa alla scoperta della propria identità da parte della madre biologica.

2. La Corte d'Appello di Torino,sezione speciale per i minorenni, investita del reclamo avverso il decreto 2/3/2015, ha affermato, a sostegno del rigetto della domanda:

a) il decesso non può essere equiparato al mancato rinvenimento della busta chiusa. Si tratta di circostanze diverse;

b) il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 93, (Codice in materia di trattazione dei dati personali) prescrive che il diritto all'anonimato si conservi per cento anni dalla formazione del documento; la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 278 del 2013, ha inteso rimuovere i caratteri dell'irreversibilità dell'anonimato prevedendo un interpello della madre biologica all'interno di un procedimento caratterizzato dalla massima riservatezza. Al legislatore spetta il compito di consentire la verifica della perdurante attualità della scelta effettuata con la nascita e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso ai dati di tipo identificativo. Nè dalla sentenza della Corte costituzionale nè dalla sentenza della Corte Europea dei diritti umani (caso Godelli contro Italia) può trarsi la conclusione dell'equiparazione tra decesso e revoca dell'anonimato in quanto questa soluzione può essere solo frutto di una scelta legislativa.
Avverso questa pronuncia ha proposto ricorso B.M.T. affidato ad un unico motivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

3. Viene dedotta la violazione della L. n. 184 del 1983, art. 28, comma 7, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013 sul rilievo che il rigetto della domanda non si è fondato sul criterio del bilanciamento tra il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini e quello della madre a rimanere ignota, essendo stata esclusa in via radicale la revocabilità del diniego espresso al momento del parto in caso di morte della madre biologica. L'impostazione seguita viola l'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali fatta a Roma il 4/11/1950 e l'art. 7 della Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20/10/1989 oltre che l'art. 30 della Convenzione sulla protezione dei minori fatta all'Aja il 29/5/1993 nonchè la raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1443 del 26/1/2000 che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e riformare le leggi nazionali confliggenti con tale principio, oltre infine, la legge di riforma delle adozioni nella quale all'art. 28 è stato espressamente previsto il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini.
Osserva inoltre la ricorrente che, secondo la giurisprudenza amministrativa, la morte affievolisce il diritto alla riservatezza rispetto ai diritti concorrenti dei vivi. In particolare il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3459 del 2012, ha espressamente sostenuto che il diritto alla riservatezza si estingue con la morte del titolare e, in merito al bilanciamento richiesto dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 9, ha ritenuto di garantire il diritto di accesso riguardo a dati sensibili a soggetti defunti laddove tale istanza sia sorretta dall'esigenza di tutelare interessi giuridici dei vivi. L'orientamento in questione è condiviso anche dal Garante della privacy.
Infine la ricorrente sostiene che la differenza tra il diritto degli adottati in generale di conoscere le proprie origini, previsto in via automatica dopo il venticinquesimo anno di età e l'esclusione del medesimo diritto nel caso di specie determina una disparità del tutto ingiustificata di trattamento.
4.La specifica questione che viene nuovamente sottoposta all'esame di questa Corte consiste nello stabilire se il diritto dell'adottato ad accedere ad informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica - la quale abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai sensi del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 30, comma 1 - sussista, ai sensi della L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, (nel testo sostituito dal D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 177, comma 2), a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.

278 del 2013, e sia concretamente esercitabile anche prima del decorso di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica (D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, commi 2 e 3) nel caso, quale quello di specie, in cui la madre sia deceduta.
Tale questione richiede una preventiva illustrazione del quadro costituzionale, convenzionale e legislativo interno inerente la fattispecie. Alla luce di esso si potrà verificare se l'incisivo intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 278 del 2013 cit.) in ordine alla configurabilità del diritto a conoscere le proprie origini e i coerenti principi espressi dalla Corte Edu nella sentenza Godelli contro Italia del 25 settembre 2012 possano condurre, anche nell'ipotesi d'impossibilità assoluta d'interpello della madre che aveva scelto l'anonimato, a ritenere esercitabile in concreto il diritto in questione.
4.1. La cornice costituzionale e convenzionale del diritto a conoscere le proprie origini, quale declinazione di primario rilievo del diritto all'identità personale, è costituita dagli artt. 2 e 3 Cost., e 8 della Corte Edu. Lo sviluppo della personalità individuale e l'armonica conduzione della propria vita privata e familiare richiedono la costruzione di una propria identità individuale fondata, oltre che su un contesto parentale affettivo - educativo riconoscibile, anche su informazioni relative alla propria nascita idonee a svelarne il segreto unitamente alle ragioni dell'abbandono.
Il rilievo di questo profilo dell'identità personale trova un puntuale, positivo riscontro nella L. n. 184 del 1983, art. 28, (nel testo sostituito dalla L. n. 149 del 2001, art. 24). In tale norma si prevede, in primo luogo, che le attestazioni di stato civile riferite all'adottato siano rilasciate con la sola indicazione del nuovo cognome e senza nessun riferimento alla paternità e maternità biologica. Si stabilisce inoltre che non possano essere fornite nè informazioni nè certificazioni ed estratti relativi al rapporto di adozione, salvo autorizzazione dell'autorità giudiziaria (commi 2 e 3). In questa prima parte della norma viene predisposto un regime di protezione tendenzialmente assoluto del profilo dell'identità "sociale" acquistato con la genitorialità adottiva. In particolare, il legislatore ha voluto escludere un uso discriminatorio delle informazioni provenienti dalla pregressa situazione di abbandono del figlio adottivo. Questo peculiare profilo dell'identità personale non ne esaurisce, però, il contenuto e la tutela.
La seconda parte della norma determina entro quali limiti e con quale procedimento i genitori adottivi possano acquisire informazioni relative ai genitori biologici (comma 4) ed attribuisce al figlio adottivo in età superiore ai 25 anni il diritto a conoscere le proprie origini, ferma l'identità acquistata con la relazione di genitorialità (esclusiva) con il padre e la madre adottivi. Prima dei 25 anni, tale diritto è soggetto al sindacato del tribunale per i minorenni, salvo comprovati motivi attinenti alla salute psico fisica dell'adottato maggiorenne. (commi 5 e 6). Il comma 8 prevede, infine, che l'adottato maggiore d'età (ma infra venticinquenne) non debba chiedere l'autorizzazione al Tribunale per i minorenni se i genitori adottivi sono morti od irreperibili.
Il diritto a conoscere le proprie origini, a partire dai 25 anni ha carattere sostanzialmente potestativo, dal momento che non è prevista dalla norma alcuna limitazione o differimento del suo esercizio derivante dalla volontà dei genitori biologici nè alcun contemperamento d'interessi attuato dall'autorità giudiziaria.
All'ampiezza del diritto di accesso a tali informazioni, secondo le coordinate temporali stabilite dalle menzionate disposizioni dell'art. 28, corrisponde, tuttavia, la definizione di un perimetro definito del suo contenuto. Con i genitori biologici ed i loro familiari non si

determina per l'adottato alcun vincolo di parentela nè si radica alcun obbligo assistenziale o alimentare (art. 27, commi 1 e 3).
L'informazione relativa all'identità dei genitori biologici attiene all'attuazione dello sviluppo della personalità individuale (art. 2 Cost.), sotto il profilo del completamento dell'identità personale. Tale informazione, tuttavia, rientra nella nozione giuridica di "dato personale" così come definita dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 2, comma 1, lett. b), ("qualunque informazione relativa a persona fisica identificata od identificabile anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione") e, conseguentemente, deve essere trattata in modo lecito e corretto ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. a), godendo del regime di tutela preventiva e risarcitoria prevista dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 15.
E' necessario osservare che titolare del dato personale relativo all'esatta individuazione della propria discendenza biologica sono non soltanto colui al quale è stato riconosciuto il diritto alla conoscenza delle proprie origini ma anche i cosiddetti genitori biologici. Il sistema di protezione dell'accesso e del trattamento di tale tipologia di dati previsto dal D.Lgs. n. 196 del 2003, si estende anche a questi ultimi così come la tutela preventiva e risarcitoria derivante da condotte illecite.
La dichiarazione di adozione determina nei genitori biologici la recisione di ogni legame personale con l'adottato e la cancellazione di ogni relazione giuridica di parentela, oltre che l'obbligo di tenere una condotta conseguente agli effetti della pronuncia. Si configura, tuttavia, anche il loro diritto a mantenere del tutto riservate le informazioni relative a tale condizione personale, con il solo limite costituito dal diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini così come conformato dalla L. n. 184 del 1983, art. 28, al fine esclusivo (di primario rilievo) di completare il proprio profilo dell'identità personale.
5. Il diritto a conservare l'anonimato da parte della madre che ha operato tale scelta alla nascita del figlio ai sensi del D.P.R. n. 296 del 2000, art. 30, comma 1, costituisce, per un verso, una deroga al regime di accesso a tali informazioni contenuto, sia pure con la gradualità indicata dal citato art. 28, commi da 1 a 6, e, per l'altro, una forma più intensa della tutela della riservatezza, comunque spettante in generale ai genitori biologici, in ordine alle informazioni relative alla nascita ed all'abbandono del figlio, successivamente adottato, trattandosi di vicende umane tendenzialmente, percepite in modo negativo sul piano etico e sociale.
La tutela dell'anonimato della madre che ha esercitato il diritto a non essere nominata, si completa con il citato D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, commi 2 e 3, ed in particolare nel secondo comma di tale disposizione laddove viene stabilito che "il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendano identificabile la madre (...) possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse in conformità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento".

Il legislatore ha, pertanto, predisposto un sistema di tutela del segreto sull'identità della madre biologica che "commisura temporalmente lo spazio del vincolo all'anonimato a una durata idealmente eccedente quella della vita umana" (Corte costituzionale, sentenza n. 278 del 2013 par. 5 del "Considerato in diritto").
5.1 L'assolutezza di tale deroga rispetto alla configurazione ampia del diritto a conoscere le proprie origini, predisposta nell'art. 28, primi sei commi, è stata censurata dalla Corte Europea dei diritti umani con la sentenza Godelli contro Italia del 25 settembre 2012, cui è seguito il

rilevante intervento correttivo del regime giuridico preesistente operato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 278 del 2013.
Preliminarmente, il Collegio ritiene di dover sottolineare che il diritto azionato nel presente giudizio riguarda l'identificazione della propria madre a fini di completamento del quadro dell'identità personale della ricorrente. Non costituisce profilo da indagare il diritto all'accesso alle informazioni non identificative a fini, lato sensu, sanitari, già garantito sia dal quadro costituzionale, integrato dal D.Lgs. n. 196 del 2003, sia specificamente dal citato art. 93, comma 3, nella parte in cui stabilisce che "durante il periodo di cui al comma 2 (cento anni dalla formazione del documento n.d.r.) la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile".
5.2 Così definito il perimetro della questione da affrontare, deve osservarsi che la citata sentenza Godelli della Corte Edu ha censurato la preferenza incondizionata, accordata dal nostro sistema normativo al diritto della madre a mantenere l'anonimato, ritenendo inadeguato il bilanciamento d'interessi operato dal legislatore interno e superato il margine di discrezionalità in ordine alla scelta delle misure idonee a salvaguardare il diritto alla vita privata stabilito nell'art. 8. La Corte Edu indica la criticità ma non suggerisce interventi di adeguamento, in conformità con la funzione del suo giudizio. Con la sentenza n. 278 del 2013, invece, la Corte Costituzionale, partendo dal medesimo rilievo, consistente nel vulnus ingiustificato al diritto a conoscere le proprie origini derivante dall'irreversibilità del segreto, ha tracciato le linee d'intervento necessarie, al fine di dare attuazione anche in questo ambito ai principi stabiliti dagli artt. 2 e 3 Cost.. Ha in particolare evidenziato come si debba procedere alla "verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, secondo scelte procedimentali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto".
In mancanza di un tempestivo adeguamento legislativo, il riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini, così nitidamente tracciato dalle due Corti, ha indotto a richiedere l'intervento della giudice ordinario, tendenzialmente identificato sulla falsariga della L. n. 184 del 1983, art. 28, nel tribunale per i minorenni. L'attuazione delle sentenze della Corte Edu e della Corte costituzionale è stata realizzata, da parte dei giudici di merito, mediante una procedimentalizzazione dell'interpello della madre "naturale" (così definita nella sentenza n. 278 del 2013 al fine di sottolinearne l'alterità rispetto alla genitorialità giuridica) che garantisse il segreto e la riservatezza della richiesta, in modo da "cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato".

Tale procedimentalizzazione è inutilizzabile, tuttavia, nella fattispecie dedotta nel presente giudizio, dal momento che è impossibile procedere all'interpello della madre "naturale", perchè non più in vita. In tale ipotesi, non appare, prima facie, possibile procedere ad alcun bilanciamento d'interessi. L'alternativa sembra porsi in modo radicale. Se si riconosce all'adottato anche in questa peculiare ipotesi il diritto di conoscere le proprie origini, si cancella lo speculare diritto all'anonimato della madre biologica, ancorchè il legislatore abbia voluto preservarlo fino a cento anni dalla nascita del figlio ex art. 93 sopra citato. Se invece si conserva il diritto all'anonimato, in mancanza della possibilità dell'interpello della madre, si

vanifica del tutto il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, nonostante il riconoscimento di esso imposto dalle pronunce sopra illustrate.
5.3 Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini deve essere garantito anche nel caso in cui non sia più possibile procedere all'interpello della madre naturale. A tale inevitabile conclusione, imposta dal delineato quadro costituzionale e convenzionale, è già pervenuta questa Corte con la recentissima sentenza n. 15024 del 2016. L'irreversibilità del segreto sull'identità della madre naturale non è più compatibile con l'attuale configurazione del diritto all'identità personale così come desumibile dall'interpretazione integrata dell'art. 2 Cost. e dell'art. 8 Cedu, nella parte in cui tutela il diritto alla vita privata. Lo sbarramento temporale imposto dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, alla rivelabilità dell'identità della donna che ha scelto l'anonimato al momento della nascita del figlio, non è temperato, nella specie, dalla possibilità di verifica della eventuale sopravvenuta volontà di revoca della scelta compiuta alla nascita.
L'interpretazione della norma che identifichi nell'intervenuta morte della donna, un ostacolo assoluto al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato, determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra i figli nati da donne che hanno scelto l'anonimato ma non sono più in vita e i figli di donne che possono essere interpellate sulla reversibilità della scelta operata alla nascita. Tale opzione ermeneutica sarebbe, inoltre, viziata di irragionevolezza perchè sottoporrebbe il riconoscimento e l'esercizio di un diritto della persona di primario rilievo ad un fattore meramente eventuale quale quello del momento in cui si chiede il riconoscimento del proprio diritto.
Deve, pertanto, perseguirsi un'interpretazione della norma compatibile con il diritto a conoscere le proprie origini che, pur conservando il vincolo temporale, ne attenui la rigidità quando non sia possibile per irreperibilità o morte della madre naturale procedere all'interpello e alla verifica della volontà di revoca dell'anonimato. L'assolutezza e l'irreversibilità del segreto sulle origini sono irrimediabilmente contrastanti con il diritto all'identità personale dell'adottato, nella declinazione costituita dal diritto a conoscere le proprie origini. Come esattamente indicato nella citata sentenza n. 278 del 2013 l'ampiezza del vincolo temporale contenuto nel citato art. 93, "riposa sulla ritenuta esigenza di prevenire turbative nei confronti della madre in relazione all'esercizio di un suo diritto all'oblio e, nello stesso tempo, sull'esigenza di salvaguardare erga omnes la riservatezza circa l'identità della madre, evidentemente considerata come esposta a rischio ogni volta in cui se ne possa cercare il contatto per verificare se intenda o meno mantenere il proprio anonimato". Ma, precisa la Corte: "nè l'una nè l'altra esigenza può ritenersi dirimente: non la prima, in quanto al pericolo di turbativa della madre corrisponde un contrapposto pericolo per il figlio, depauperato del diritto di conoscere le proprie origini; non la seconda, dal momento che la maggiore o minore ampiezza della tutela della riservatezza resta, in conclusione, affidata alle diverse modalità previste dalle relative discipline, oltre che all'esperienza della loro applicazione".
Il termine contenuto nell'art. 93, sopracitato, alla luce dell'intervento della Corte costituzionale è divenuto flessibile sia con riferimento alla donna che ha scelto l'anonimato al momento della nascita, sia nei confronti del figlio "naturale". Il diritto di entrambi ha natura personalissima. Deve, pertanto, ritenersi che si estingua con la morte dei titolari di esso e non sia trasmissibile. Anche alla luce di questa precisa delimitazione, il diritto a conoscere le proprie origini non può esercitarsi in violazione dei diritti, di analoga natura e contenuto dei terzi interessati, dovendosi rilevare come la Corte Costituzionale abbia comunque riconosciuto il rilievo

(ancorchè recessivo rispetto al diritto personalissimo a conoscere le proprie origini) del "diritto all'oblio" e delle implicazioni sociali che la conoscenza dell'esercizio dell'anonimato alla nascita può produrre.
Ne consegue che anche in questa peculiare fattispecie deve procedersi ad un adeguato bilanciamento degli interessi potenzialmente confliggenti, partendo dalla esatta identificazione dei titolari degli stessi e dalla definizione del loro contenuto.
La Corte Costituzionale ha ritenuto necessario operare tale bilanciamento nel riconoscimento del diritto alle proprie origini ed ha individuato nella valutazione dell'attualità dell'anonimato lo strumento adeguato.
Nella fattispecie dedotta nel presente giudizio, in mancanza della possibilità d'interpello, il bilanciamento degli interessi deve essere desunto dal sistema di protezione dei dati personali relativi all'identità della donna che ha esercitato il diritto all'anonimato, già delineato nel paragrafo 4.1., tenendo conto della rilevanza di tali dati anche per i discendenti familiari. Al riguardo deve rilevarsi che la stessa Corte Costituzionale al punto 4 della sentenza n. 278 del 2013 ha ribadito (rispetto alla precedente sentenza n. 425 del 2005) "la corrispondenza biunivoca tra il diritto all'anonimato in se e per sè considerato e la perdurante tutela dei profili di riservatezza (...) che l'esercizio di quel diritto inevitabilmente coinvolge. Un nucleo fondante che, vale la pena di puntualizzare, non può che essere riaffermato proprio alla luce dei valori di primario risalto che esso intende preservare".
Nel successivo punto 5 della sentenza la Corte chiarisce, ulteriormente, che il diritto alla riservatezza della madre non può escludere il riconoscimento del diritto del figlio ma deve essere affidato "alle diverse modalità previste dalle relative discipline". Nel nostro sistema normativo si deve, pertanto, ricorrere al regime giuridico di protezione dei dati personali nella fattispecie in esame. Pertanto, così come l'interpello della madre naturale in vita deve avvenire in modo da "cautelare in termini rigorosi il diritto all'anonimato", deve ritenersi che l'accesso alla medesima informazione dopo la sua morte, debba essere circondata da analoghe cautele e l'utilizzo dell'informazione non possa eccedere la finalità, ancorchè di primario rilievo costituzionale e convenzionale, per la quale il diritto è stato riconosciuto. Non si ritiene, pertanto, che ogni profilo di tutela dell'anonimato, si esaurisca alla morte della madre naturale, in quanto da collegarsi soltanto alla tutela del diritto alla salute psicofisica della madre e del figlio al momento della nascita. Il diritto all'identità personale del figlio, da garantirsi con la conoscenza delle proprie origini, anche dopo la morte della madre biologica, non esclude la protezione dell'identità "sociale" costruita in vita da quest'ultima,in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Il trattamento delle informazioni relativo alle proprie origini deve, in conclusione, essere eseguito in modo corretto e lecito (D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 11, lett. a)) senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, ed ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari).
Il ricorso, in conclusione, merita di essere accolto e deve pronunciarsi il seguente quesito di diritto:
"Il diritto dell'adottato - nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata D.P.R. n. 396 del 2000, ex art. 30, comma 1 - ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica sussiste e può essere concretamente esercitato anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare il segreto,non rilevando nella

fattispecie il mancato decorso del termine di cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica di cui al D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, commi 2 e 3, salvo il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti.
Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, alla cassazione del provvedimento impugnato segue la decisione nel merito ex art. 384 c.p.c., comma 2.
Non sussistono i presupposti per provvedere sulle spese processuali.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata, e, decidendo nel merito) autorizza B.M.T. ad accedere alle informazioni relative all'identità della propria madre biologica.
Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati identificativi a norma del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 15 luglio 2016.
Depositato in Cancelleria il 9 novembre 2016.

STEP CHILD ADOPTION

Cass., 22 giugno 2016, n. 12962

L'art. 44, lett. d) della L. n. 184/1983, là dove prevede l'adozione del minore in casi particolari, in presenza della constatata impossibilità di affidamento preadottivo, va interpretato alla luce del quadro costituzionale e convenzionale ed in particolare dei principi affermati dalla Corte EDU in ordine al best interest del minore. La tesi per la quale, anche nell'ipotesi di cui alla lett. d) cit., l'adozione sarebbe comunque subordinata alla preventiva declaratoria dello stato di abbandono "condurrebbe sempre ad escludere che l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono", così come configurata dall'art. 8 della l. n. 184/1983. Solo l'adozione "legittimante" postula la situazione di abbandono del minore, non invece quella "non legittimante" (in casi particolari). Si conferma l'interpretazione dell'espressione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" nel senso che «deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una situazione di abbandono in senso tecnico-giuridico». Poiché all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d) possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame de requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("la constatata impossibilità di affidamento preadottivo"), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57 primo comma n. 2) non può essere svolto – neanche indirettamente – dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner. E' dunque legittima quella che, mutuando un'espressione anglofona, è stata definita *stepchild adoption* anche in favore del compagno dello stesso sesso del genitore biologico del minore.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - C.M.R., legata da una relazione sentimentale e di convivenza con O.O. fin dal 2003, ha proposto dinanzi al Tribunale per i minorenni di Roma, ai sensi della L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 44, comma 1, lett. d), (Diritto del minore ad una famiglia), domanda di adozione della minore O.A. (nata a (OMISSIS)), evidenziando che: - la nascita di A. è stata il frutto di un progetto genitoriale maturato e realizzato con la propria compagna di vita; - la decisione di scegliere la O., più giovane, ai fini della gravidanza è stata dettata dalle maggiori probabilità di successo delle procedure di procreazione medicalmente assistita effettuate in Spagna; - A. ha vissuto sin dalla nascita con lei e la sua compagna, in un contesto familiare e di relazioni scolastiche e sociali analogo a quello delle altre bambine della sua età, nel quale sono presenti anche i nonni O. e alcuni familiari della ricorrente.

Il Tribunale adito - acquisito l'assenso della madre della minore alla adozione e sentito il Pubblico Ministero minorile, il quale ha espresso parere sfavorevole -, con la sentenza n. 299/2014 del 30 luglio 2014, ha disposto farsi luogo all'adozione di O.A. da parte di C.M.R., con conseguente aggiunta del cognome di quest'ultima a quello della minore.

Tale decisione è stata basata sulle seguenti argomentazioni: a) non è ravvisabile nel nostro ordinamento, diversamente dall'adozione "legittimante", il divieto per la persona singola di adottare ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d); b) nessuna limitazione normativa può desumersi dall'orientamento sessuale della richiedente l'adozione in casi particolari; c) con la menzionata disposizione, il legislatore ha inteso favorire il consolidamento di rapporti tra minore e parenti o persone che già se ne prendono cura,

prevedendo un modello adottivo con effetti più limitati rispetto a quello di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 6; d) la ratio legis deve essere individuata nella verifica della realizzazione dell'interesse del minore, da intendersi come limite invalicabile e chiave interpretativa dell'istituto; e) la condizione dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo, contenuta nella lett. d) del comma 1 dell'art. 44, deve essere interpretata non già, restrittivamente, come impossibilità "di fatto", bensì come impossibilità "di diritto", così da comprendere anche minori non in stato di abbandono ma relativamente ai quali nasca l'interesse al riconoscimento di rapporti di genitorialità; f) tale ultimo requisito è sussistente nella specie, non trovandosi A. in stato di abbandono e risultando, di conseguenza, non collocabile in affidamento preadottivo in ragione della presenza della madre, perfettamente in grado di occuparsene; g) la minore, in virtù dello stabile legame di convivenza tra la O. e la C., ha sviluppato una relazione di tipo genitoriale con quest'ultima, relazione che, attraverso il paradigma della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), può avere riconoscimento giuridico entro i limiti dettati dal peculiare modello adottivo applicabile; h) non sussistono, al riguardo, ostacoli normativi costituiti dall'assenza del rapporto matrimoniale e dalla riscontrata natura del rapporto tra la madre della minore e la C., in quanto persone dello stesso sesso; i) le indagini richieste dalla stessa L. n. 184 del 1983, art. 57 hanno consentito di rilevare la piena rispondenza dell'adozione al preminente interesse della minore.

2. - A seguito dell'impugnazione proposta dal Pubblico Ministero minorile avverso tale sentenza, la Corte d'Appello di Roma, sezione minorenni - in contraddittorio con C.M.R., che ha resistito all'appello; respinta, con ordinanza del 3 febbraio-9 aprile 2015, l'istanza di nomina di un curatore speciale della minore; disposta ed espletata la "verifica", di cui alla L. n. 184 del 1983, art. 57 -, con la sentenza n. 7127/2015 del 23 dicembre 2015, ha rigettato l'appello.

In particolare, nel confermare la menzionata pronuncia del Tribunale, la Corte:

a) in ordine all'esistenza di un potenziale conflitto d'interessi tra la minore e la madre, legale rappresentante della stessa in giudizio, ed alla conseguente necessità della nomina di un curatore speciale, ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ., nel ribadire quanto osservato con la citata ordinanza reiettiva del 3 febbraio-9 aprile 2015, ha ritenuto che non vi fosse, nel caso concreto, incompatibilità d'interessi e di posizioni tra la minore e la madre in merito all'esito della causa ed ha sottolineato che la norma richiede il preventivo assenso del genitore;

b) in ordine alla dedotta illegittimità dell'interpretazione della condicio legis, relativa alla "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", ha affermato che: nell'intenzione del legislatore, tale disposizione risponde all'esigenza di rafforzare legami di fatto esistenti in ambito familiare/parentale e di trovare una soluzione per situazioni nelle quali non sia possibile l'adozione legittimante; insorto contrasto in dottrina ed in giurisprudenza, nella prima fase di applicazione della norma, tra l'interpretazione "restrittiva" - secondo la quale l'impossibilità di affidamento preadottivo presuppone una situazione di abbandono, in quanto solo tale condizione rende possibile un affidamento preadottivo - e l'interpretazione "estensiva" - secondo la quale può prescindersi dalla condizione di abbandono -, quest'ultima interpretazione è quella nettamente prevalente nella giurisprudenza minorile, avendo trovato autorevole avallo ermeneutico nella sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999, per la quale l'art. 44, comma 1, lett. c), nella versione ratione temporis (1999) applicabile, formalmente e sostanzialmente corrispondente alla vigente lettera d), non richiede la preesistenza di una situazione di abbandono del minore, trattandosi di un sorta di clausola

residuale volta a disciplinare le situazioni non rientranti nei parametri di cui all'art. 7, relativi alle condizioni necessarie per procedere all'adozione legittimante; in conclusione, deve aderirsi all'interpretazione secondo la quale è sufficiente l'impossibilità giuridica dell'affidamento preadottivo, la quale può verificarsi anche in mancanza di una situazione di abbandono;
c) in particolare, ha osservato che: nessuna delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari, previste dall'art. 44, comma 1, richiede il preventivo accertamento di una situazione di abbandono, in quanto la ratio ad esse sottesa è volta alla salvaguardia di legami affettivi e relazionali preesistenti ed alla risoluzione di situazioni personali nelle quali l'interesse del minore ad un'idonea collocazione familiare è preminente e si realizza mediante l'instaurazione di "vincoli giuridici significativi" con chi si occupa stabilmente di lui;
l'interpretazione estensiva non può ritenersi preclusa dalla pronuncia della Corte di Cassazione n. 22292 del 2013, perchè relativa ad una fattispecie nella quale l'applicabilità dell'art. 44, comma 1, lett. d), è stata esclusa per essere già in atto un affidamento preadottivo conseguente ad una dichiarazione di adottabilità;
d) con riferimento al caso di specie, ha affermato che:
l'impossibilità dell'affidamento preadottivo è incontestabile, esistendo un genitore con la piena consapevolezza del suo ruolo ed una figlia minore che ha maturato un rapporto interpersonale, affettivo ed educativo con la partner convivente della madre, tale da acquisire un'autonoma particolare rilevanza e da giustificarne il riconoscimento giuridico attraverso una forma legale corrispondente a ciò che si verifica nella vita quotidiana delle relazioni familiari della minore medesima; la natura residuale dell'art. 44, comma 1, lett. d), risponde pienamente a tali esigenze; il Tribunale ha accertato, in concreto, l'esistenza di un profondo legame della minore con la C., instaurato fin dalla nascita e caratterizzato da tutti gli elementi affettivi e di riferimento relazionale, interno ed esterno, qualificanti il rapporto genitoriale e filiale; si tratta non già di dare vita ad una forma di genitorialita non consentita dalla legge, ma di prendere atto di una situazione relazionale preesistente e di dare ad essa una forma giuridica secondo i parametri consentiti dalla legge sull'adozione, senza alcuna sovrapposizione al rapporto che lega la madre della minore e la C.; le indagini svolte ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 57 hanno consentito di accertare la piena capacità affettiva ed educativa della C. - che mantiene un solido rapporto anche con il proprio fratello e con il suo nucleo familiare di origine, nel quale la minore è coinvolta -, nonchè la condizione di benessere in cui la minore vive, comprendente aspetti ludici, sociali, scolastici, ricreativi, affettivi, culturali e materiali che la stessa C. concorre a determinare.
3. - Avverso questa sentenza il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Roma ha proposto ricorso per cassazione, deducendo due motivi di censura.
Resiste, con controricorso, C.M.R..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo (con cui deduce: "Omessa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'art. 18 c.p.c. - nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa"), il Pubblico Ministero ricorrente critica la sentenza impugnata, sostenendo che: a) la situazione di conflitto d'interessi si manifesta nello stesso ricorso introduttivo, laddove è esplicitato che la nascita di A. è stata il frutto di un progetto portato avanti dalla coppia costituita dalla madre biologica e dalla ricorrente, "dal che è agevole ravvisare l'aspirazione di

entrambe, e quindi anche della madre della minore, a vivere la bigenitorialità nell'ambito del rapporto di coppia come consolidamento dello stesso" (cfr. Ricorso, pag. 4); b) tale conflitto è "potenziale", dal momento che la madre agisce nel proprio interesse e ritiene che tale interesse coincida con quello della minore, sicchè la decisione impugnata, anche se formalmente tesa a salvaguardare l'interesse della minore, appare sostanzialmente ispirata da una concezione "adultocentrica"; c) l'assenso della madre all'adozione non è risolutivo, trattandosi di una condizione della procedura prevista per qualsiasi tipologia di adozione in casi particolari; d) pertanto, sarebbe stato necessario scindere le due posizioni, quella di portatrice di un interesse morale all'adozione e quella di legale rappresentante dell'adottanda, appunto con la nomina di un curatore speciale della minore.

Con il secondo motivo (con cui deduce: "Errore nella applicazione della legge L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d"), il ricorrente critica ancora la sentenza impugnata, quanto all'interpretazione dell'art. 44, comma 1, lett. d), data dalla Corte d'Appello, sostenendo che: a) la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" presuppone pur sempre la preesistenza di una situazione di abbandono, trattandosi di un istituto giuridico unitario dai caratteri individuabili in negativo che mira a offrire tutela a situazioni di adozione difficili od impossibili di fatto, come è comprovato dalla stessa scelta del participio passato "constatata", che rimanda ad un'attività materiale - la ricerca di una coppia idonea all'affidamento preadottivo - al cui esito infruttuoso soltanto si apre la possibilità dell'adozione speciale; b) al riguardo, il richiamo della sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999 non appare pertinente, in quanto tale sentenza è relativa ad una fattispecie concernente la domanda di adozione speciale rivolta da parenti entro il quarto grado che già si occupano ed accudiscono il minore, così impedendo la dichiarazione di abbandono; c) invece, la sentenza della Corte di Cassazione n. 22293 del 2013 afferma correttamente che non può dilatarsi la nozione d'impossibilità di affidamento preadottivo al punto da ricomprendervi l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, con la conseguenza che l'impossibilità di affidamento preadottivo rappresenta un'ipotesi subordinata al mancato esito dell'adozione legittimante.
1.1. - Nell'odierna udienza di discussione, il sostituto Procuratore Generale ha chiesto: 1) in via preliminare, la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite, perchè involgente una questione di massima di particolare importanza; 2) in via subordinata, l'accoglimento del ricorso, ritenendo inapplicabile alla fattispecie dedotta nel presente giudizio la L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), in quanto tutta la disciplina normativa relativa all'adozione, comprensiva dell'art. 44, è rivolta alla tutela dell'infanzia maltrattata, abbandonata ed abusata, mentre nel caso di specie la minore ha un genitore legittimo che si occupa in modo del tutto idoneo di lei; inoltre, l'interpretazione della condicio legis "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" che non richieda la preventiva esistenza di una condizione di abbandono determinerebbe un aggiramento del limite contenuto nella lettera b) dello stesso art. 44, il quale consente soltanto l'adozione del figlio del coniuge ed esclude tale possibilità per le coppie eterosessuali o dello stesso sesso che non siano unite in matrimonio; ancora, la Corte d'Appello di Roma non ha neanche tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della lett. h) dell'art. 44, volta ad estenderne l'applicazione anche alle coppie di fatto, nè ha ritenuto di sollevare eccezione d'illegittimità costituzionale della norma per disparità di trattamento tra le unioni matrimoniali e le altre forme di relazione stabile oppure per discriminazione dovuta ad orientamento sessuale, ma ha ritenuto applicabile la lettera d)

nonostante il carattere derogatorio e di stretta interpretazione della norma; infine, a fronte di un'ampia varietà di situazioni familiari stabili meritevoli di tutela, deve ritenersi rimessa al legislatore la scelta in ordine ai valori ed ai diritti da tutelare.
2. - Preliminarmente, quanto alla richiesta di rimessione alle Sezioni Unite formulata dal sostituto Procuratore Generale, il Collegio osserva innanzitutto che, secondo il consolidato e condiviso orientamento di questa Corte (cfr., ex plurimis, le sentenze nn. 4219 del 1985, 359 del 2003, 8016 del 2012), l'istanza di parte volta all'assegnazione del ricorso alle sezioni unite, formulata ai sensi dell'art. 376 cod. proc. civ. (nella specie, ai sensi del terzo comma dello stesso art. 376) e dell'art. 139 disp. att. cod. proc. civ., costituisce mera sollecitazione all'esercizio di un potere discrezionale, che non solo non è soggetto ad un dovere di motivazione, ma non deve neppure necessariamente manifestarsi in uno specifico esame e rigetto di detta istanza.
Fermo restando quanto ora ribadito, può in ogni caso osservarsi che la Corte di cassazione ha pronunciato a sezione semplice su numerose questioni variamente collegate a temi socialmente e/o eticamente sensibili, in tema sia di "direttive di fine vita" (sentenza n. 21748 del 2007), sia di limiti al riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive (sentenze nn. 4184 del 2012 e 2004 del 2015), sia di adozione da parte della persona singola (sentenze nn. 6078 del 2006 e 3572 del 2011), sia di surrogazione di maternità nella forma della gestazione affidata a terzi (sentenza n. 24001 del 2014). Deve, pertanto, ritenersi che non tutte le questioni riguardanti diritti individuali o relazionali di più recente emersione ed attualità sono per ciò solo qualificabili come "di massima di particolare importanza" nell'accezione di cui all'art. 374 c.p.c., comma 2.
3. - In limine, il Collegio precisa che, nella specie, il rapporto di filiazione esistente tra la minore e la madre biologica e legale, al pari del rapporto che lega la minore alla richiedente l'adozione ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), non è riconducibile ad alcuna delle forme di cosiddetta "surrogazione di maternità" realizzate mediante l'affidamento della gestazione a terzi: la minore, infatti, è stata riconosciuta dalla donna che l'ha partorita, in applicazione dell'art. 269 c.c., comma 3.
4. - Il ricorso non merita accoglimento.
4.1. - Il primo motivo non è fondato.
Con esso (cfr., supra, n. 1.), la critica del ricorrente si incentra sulla prefigurabilità di un conflitto "potenziale" (così qualificato dallo stesso ricorrente) tra l'interesse della madre ad ottenere riconoscimento giuridico dell'unione con la propria partner e quello, autonomo, della minore adottanda, conflitto dal quale scaturirebbe la necessità della nomina di un curatore speciale della minore medesima.
La questione che tale motivo pone non ha precedenti specifici e consiste nello stabilire se, nell'ambito di un rapporto di convivenza di coppia, la domanda proposta da una delle persone componenti la coppia per l'adozione del figlio minore dell'altra, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d), determini ex se un conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra la madre ed il minore adottando.
Al riguardo, è indispensabile premettere il quadro normativo di riferimento interno e convenzionale concernente la rappresentanza e la partecipazione del minore ai giudizi che lo riguardano.
La generale previsione contenuta nell'art. 78 c.p.c., comma 2 - "Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante" -

deve integrarsi, con specifico riferimento al minore, con gli artt. 3 e 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989 e resa esecutiva dalla L. 27 maggio 1991, n. 176, nonchè con gli artt. 4 e 9 della Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti del fanciullo, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e resa esecutiva dalla L. 20 marzo 2003, n. 77.
In particolare, la Convenzione di New York - dopo aver affermato, nell'art. 3, par. 1, il fondamentale principio, secondo cui "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente" -, con l'art. 12, par. 2, stabilendo che "... si darà.... al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in modo compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale", sancisce l'autonomia dei diritti e degli interessi del minore anche nei procedimenti giurisdizionali.
A sua volta, l'art. 4, par. 1, della Convenzione di Strasburgo dispone che "Salvo quando disposto dall'art. 9, il fanciullo ha il diritto di chiedere, personalmente o per il tramite di altre persone o organi, la designazione di un rappresentante speciale delle procedure dinnanzi ad un'autorità giudiziaria che lo concernono, qualora il diritto interno privi coloro che hanno responsabilità di genitore, della facoltà di rappresentare il fanciullo per via di un conflitto d'interesse con lo stesso". E il successivo art. 9, par. 1, stabilisce che "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".
Tale quadro normativo convenzionale esige, dunque, che possa essere rappresentata autonomamente la posizione del minore nei giudizi che lo riguardano e si riferisce in particolare a quelli relativi ad interventi sulla responsabilità genitoriale ed a quelli adottivi, riservando tuttavia ai legislatori nazionali di stabilirne le modalità.
La scelta operata dal legislatore italiano è fondata sulla predeterminazione normativa di alcune peculiari fattispecie nelle quali è ipotizzabile in astratto, senza dover distinguere caso per caso, il conflitto d'interessi, con conseguente necessità di nomina del curatore speciale a pena di nullità del procedimento per violazione dei principi costituzionali del giusto processo (cfr., ad esempio, art. 244 cod. civ., comma 6, art. 247 cod. civ., commi 2, 3 e 4, art. 248 cod. civ., commi 3 e 5, art. 249 cod. civ., commi 3 e 4, art. 264 cod. civ.), mentre tutte le altre concrete fattispecie di conflitto d'interessi potenziale, che possa insorgere nei giudizi riguardanti i diritti dei minori, sono regolate dall'art. 78 cod. proc. civ., comma 2: ciò significa che il giudice del merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato.

L'impostazione binaria ora illustrata è coerente con l'interpretazione complessiva del sistema di tutela della effettiva rappresentanza degli interessi del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dagli orientamenti della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità.
In particolare, la Corte costituzionale, già nell'ordinanza n. 528 del 2000, allude alla necessità di verificare l'esistenza nel nostro ordinamento di norme che consentano la nomina del

curatore speciale del minore nei giudizi che hanno ad oggetto la potestà genitoriale (artt. 333 e 336 cod. civ., ratione temporis applicabili), ancorchè non vi sia una previsione puntuale al riguardo nelle norme codicistiche richiamate. La stessa indicazione è contenuta nella sentenza n. 1 del 2002, nella quale viene espressamente precisato che il menzionato art. 12 della Convenzione di New York integra la disciplina contenuta nell'art. 336 cod. civ. (nella versione ratione temporis applicabile) in modo da consentire, "se del caso", la nomina di un curatore speciale. Nella sentenza n. 83 del 2011, la Corte è esplicita nell'affermare che, se di regola la rappresentanza sostanziale e processuale del minore è affidata al genitore, qualora si prospettino situazioni di conflitto d'interessi, spetta al giudice procedere alla nomina del curatore anche d'ufficio, "avuto riguardo allo specifico potere attribuito in proposito all'autorità giudiziaria dall'art. 9, comma 1, della Convenzione di Strasburgo....
previa prudente valutazione delle circostanze del caso concreto" (n. 5 del Considerato in diritto).
Coerentemente con i principi soprarichiamati -fondati sul rafforzamento del potere-dovere del giudice del merito di verificare in concreto l'esistenza di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del genitore-rappresentante legale e quelli del minore -, sono state individuate, anche ai fini della delimitazione del sindacato di legittimità di questa Corte, le ipotesi di conflitto d'interessi, rilevabili in astratto ed in via generale, distinguendole dalle situazioni concrete che volta a volta il giudice del merito ha il potere-dovere di esaminare, anche alla luce delle norme convenzionali sopra indicate e del sistema potenziato di tutela processuale della posizione del minore nei giudizi che lo riguardano, derivante dalla L. 28 marzo 2001, n. 149 (di modifica della legge n. 184 del 1983, le cui norme processuali sono entrate in vigore il 1 luglio 2007). Al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 7281 del 2010, con la quale, in ordine ad un giudizio di adottabilità, si è ritenuto che il conflitto d'interessi tra genitori e minore, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 8, u.c., e art. 10, comma 2, sia in re ipsa, con conseguente obbligo per il giudice di provvedere alla nomina del curatore speciale, mentre relativamente al rapporto tra tutore e minore la valutazione in concreto di una situazione d'incompatibilità debba essere frutto di valutazione svolta caso per caso dal giudice (cfr., in senso conforme, le sentenze nn. 12290, 16553 e 16870 del 2010, 11420 del 2014).
L'apprezzamento dell'esistenza di un potenziale conflitto d'interessi, che non sia previsto normativamente in modo espresso (come ad esempio, nel disconoscimento di paternità, dal citato art. 244 c.c., u.c.) o non sia ricavabile dall'interpretazione coordinata delle norme che regolano il giudizio (come nel procedimento volto alla dichiarazione di adottabilità), è rimesso in via esclusiva al giudice del merito e non è sindacabile in sede di giudizio di legittimità: al riguardo, può richiamarsi la sentenza n. 5533 del 2001, secondo la quale il conflitto d'interessi tra genitore e figlio minore si determina non "in presenza di un interesse comune, sia pure distinto ed autonomo, di entrambi al compimento di un determinato atto, ma soltanto allorchè i due interessi siano nel caso concreto incompatibili tra loro". Il medesimo principio è affermato nella motivazione della sentenza n. 21651 del 2011, proprio con riferimento ad una fattispecie di adozione in casi particolari, ai sensi della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. b), laddove non si esclude "in linea di principio" l'applicabilità dell'art. 78 c.p.c., comma 2, ma sì afferma, richiamando la precedente pronuncia n. 2489 del 1992, che "il conflitto deve essere concreto, diretto ed attuale, e sussiste se al vantaggio di un soggetto corrisponde il danno dell'altro".

Alla luce dei richiamati principi, emerge chiaramente l'infondatezza del motivo in esame. Rilevato che viene censurata - sotto il profilo della violazione di norme di diritto di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, - l'"Omessa nomina del curatore speciale della minore ai sensi dell'art. 78 c.p.c.", sul rilievo che "nel procedimento di adozione il conflitto di interessi del minore è in re ipsa", anche se da ritenersi non in atto ma potenziale, deve escludersi che possa trarsi in via ermeneutica, in carenza d'indici normativi specifici, un'incompatibilità d'interessi ravvisabile in generale quale conseguenza dell'applicazione della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d). Questa peculiare ipotesi normativa di adozione in casi particolari mira infatti - come meglio risulterà nel corso dell'esame del secondo motivo (cfr., infra, n. 4.2.) - a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali. La ratio dell'istituto è quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalle legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato. All'interno di tale paradigma non può ravvisarsi una situazione d'incompatibilità d'interessi in re ipsa, desumibile cioè dal modello adottivo astratto, tra il genitore-legale rappresentante ed il minore adottando.
Al riguardo, deve aggiungersi che non può non cogliersi, nella necessità dell'assenso del genitore dell'adottando previsto dalla L. n. 184 del 1983, art. 46, un indice normativo contrario alla configurabilità, in via generale ed astratta, di una situazione di conflitto d'interessi anche solo potenziale. Tale situazione può, invece, riscontrarsi in concreto nel corso del procedimento di adozione di cui all'art. 44, sicchè il giudice, se sollecitato da una delle parti o dal pubblico ministero, deve verificarne l'esistenza nella fattispecie dedotta in giudizio. Nella specie, la Corte d'Appello, con l'ordinanza del 9 aprile 2015 (cfr., supra, Fatti di causa, n. 2.) ha trattato espressamente la questione, escludendo la necessità della nomina di un curatore speciale, sia in considerazione della radicale diversità della situazione sub judice rispetto a quelle che caratterizzano le dichiarazioni di adottabilità, nelle quali viene in luce proprio l'inidoneità dei genitori e l'inadempienza ai doveri discendenti dal vincolo di filiazione, sia in relazione alla valutazione in concreto della comunanza - e non dell'incompatibilità - degli interessi del genitore e del minore, sia, infine, in considerazione della necessità dell'assenso preventivo all'adozione da parte del genitore stesso.
La censura, in conclusione, è da respingersi sotto il profilo della violazione di legge, dal momento che il conflitto d'interessi denunciato non è in re ipsa ma va accertato in concreto con riferimento alle singole situazioni dedotte in giudizio.

Può, infine, osservarsi che l'unica ragione posta a sostegno della denunciata incompatibilità d'interessi è stata individuata nell'interesse della madre della minore al consolidamento giuridico del proprio progetto di vita relazionale e genitoriale. Al riguardo, tuttavia: o si ritiene che sia proprio la relazione sottostante (coppia omoaffettiva) ad essere potenzialmente contrastante, in re ipsa, con l'interesse del minore, incorrendo però in una inammissibile valutazione negativa fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale della madre della minore e della richiedente l'adozione, di natura discriminatoria e comunque priva di qualsiasi allegazione e fondamento probatorio specifico; oppure si deve escludere tout court, come già ampiamente argomentato, la configurabilità in via generale ed astratta di una situazione di conflitto d'interessi. E, comunque, anche a voler qualificare il vizio denunciato all'interno del

paradigma di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (ancorchè non espressamente dedotto), la Corte d'Appello ha compiutamente esaminato il profilo indicato, ne ha trattato in modo completo ed ha espresso, di conseguenza, una valutazione finale insindacabile.
4.2. - Anche il secondo motivo è privo di fondamento.
Il suo esame sarà incentrato sull'esatta delimitazione dell'ambito di applicazione dell'ipotesi normativa di adozione in casi particolari disciplinata nella L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. d). In particolare, l'indagine ermeneutica sarà concentrata sul contenuto da attribuire alla disposizione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", condizione questa - in cui deve trovarsi il minore adottando - indispensabile per l'applicazione di tale fattispecie di adozione.
4.2.1. - Al fine di pervenire ad un'interpretazione coerente con la lettera e la ratio dell'istituto, oltrechè con il contesto costituzionale e convenzionale all'interno del quale devono collocarsi i diritti del minore, è necessario esaminare il testo dell'art. 44 nella sua interezza nonchè la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte costituzionale e di questa Corte.
Il testo originario della norma era il seguente: "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7: a) da persone unite al minore, orfano di padre e di madre, da vincolo di parentela fino al sesto grado o da rapporto stabile e duraturo preesistente alla perdita dei genitori; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo comma 1. L'adozione, nei casi indicati nel precedente comma, è consentita anche in presenza di figli legittimi comma 2. Nei casi di cui alle lettere a) e c) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, il minore deve essere adottato da entrambi i coniugi terzo comma. In tutti i casi l'adottante deve superare di almeno diciotto anni l'età di coloro che intende adottare comma 4".
L'art. 25 della menzionata L. 28 marzo 2001, n. 149, ha sostituito l'intero art. 44, inserendo, in particolare, una nuova ipotesi adottiva relativa al minore disabile, contrassegnata dalla lettera c). Per effetto di questa interpolazione, l'adozione "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo" risulta attualmente contrassegnata dalla lettera d). Inoltre, le successive modifiche hanno riguardato la soppressione - ad opera del D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, art. 100, comma 1, lett. t), nel comma 2 dello stesso art. 44, dell'attributo "legittimi" dopo "figli", nonchè l'inserimento - ad opera della L. 19 ottobre 2015, n. 173, art. 4, comma 1, (Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare) -, nell'art. 44, comma 1, lett. a), dopo le parole "stabile e duraturo", relative al rapporto del minore orfano di padre e di madre con parenti fino al sesto grado, delle parole "anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento".
Il testo vigente della L. n. 184 del 1983, art. 44 risulta, pertanto, il seguente: "2. I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7: a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre; b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; c) quando il minore si trovi nelle

condizioni indicate dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3, comma 1, e sia orfano di padre e di madre; d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. 2.
L'adozione, nei casi indicati nel comma 1, è consentita anche in presenza di figli. 3. Nei casi di cui alle lett. a), e), e d) del comma 1 l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato. Se l'adottante è persona coniugata e non separata, l'adozione può essere tuttavia disposta solo a seguito di richiesta da parte di entrambi i coniugi. 4. Nei casi di cui alle lettere a) e d) del comma 1 l'età dell'adottante deve superare di almeno diciotto anni quella di coloro che egli intende adottare".
E', infine, indispensabile tener presente che il tribunale per i minorenni, per ogni ipotesi di adozione non legittimante, oltre all'acquisizione dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46, comma 1, cit.), deve svolgere l'indagine prevista dal successivo art. 57, il quale dispone: "Il tribunale verifica: 1) se ricorrono le circostanze di cui all'articolo 44; 2) se l'adozione realizza il preminente interesse del minore primo comma. A tal fine il tribunale per i minorenni, sentiti i genitori dell'adottando, dispone l'esecuzione di adeguate indagini da effettuarsi, tramite i servizi locali e gli organi di pubblica sicurezza, sull'adottante, sul minore e sulla di lui famiglia secondo comma. L'indagine dovrà riguardare in particolare: a) l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare degli adottanti; b) i motivi per i quali l'adottante desidera adottare il minore; c) la personalità del minore; d) la possibilità di idonea convivenza, tenendo conto della personalità dell'adottante e del minore terzo comma". La lettera a) del terzo comma è stata sostituita ad opera della L. n. 149 del 2001, art. 29, che ha esteso l'accertamento da svolgere anche alla "idoneità affettiva".
4.2.2. - Alla luce di tale quadro normativo, l'interpretazione della condizione costituita dalla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", non può essere scissa nè dall'esame complessivo dell'istituto dell'adozione in casi particolari nè dalle modifiche normative medio tempore intervenute, al fine di verificare se la sua ratio originaria possa ritenersi tuttora intatta oppure sia mutata in conseguenza dell'evoluzione del quadro normativo.
Il Procuratore generale ricorrente ed il sostituto Procuratore generale d'udienza aderiscono nettamente alla richiamata "tesi restrittiva" (cfr., supra, un. 1. e 1.1.), che si fonda sulla qualificazione della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" come "impossibilità di fatto": secondo tale tesi, l'inveramento della condizione richiede ineludibilmente la preesistenza di una situazione di abbandono (o di semi abbandono) del minore.
Al riguardo, possono individuarsi tre ragioni giustificative di questa lettura della norma: 1) la valorizzazione dell'intentio legis:
l'originaria lettera c), ora lettera d), del comma 1 dell'art. 44, anche secondo alcuni orientamenti dottrinali espressi nella fase di prima applicazione della norma, doveva essere rivolta a scongiurare l'affidamento a terzi di minori da parte dei genitori mediante l'aggiramento del rigoroso regime dell'adozione legittimante; tale ratio originaria ha, di conseguenza, permeato l'istituto, limitandone anche attualmente l'applicazione a minori in condizioni di prolungata istituzionalizzazione, alla quale non sia seguito, e verosimilmente non possa seguire, l'affidamento preadottivo; 2) l'utilizzazione del sintagma "constatata impossibilità" richiama una situazione di fatto preesistente; 3) la contraria interpretazione "estensiva" come sottolineato anche dal sostituto Procuratore Generale nella sua requisitoria d'udienza - condurrebbe a dichiarare l'adozione in casi particolari tutte le volte che ciò

corrisponda all'interesse del minore adottando, con conseguente aggiramento della condizione limitativa imposta dalla legge.
Il Collegio non condivide tale opzione interpretativa.
L'esame critico del suo fondamento va svolto, come già detto, muovendo dal quadro normativo costituito dalla L. n. 184 del 1983 e dagli altri rilevanti interventi innovativi in tema di filiazione, dianzi delineati. L'analisi deve essere completata con la verifica dell'incidenza del quadro costituzionale e convenzionale, ed in particolare dei principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "best interest" del minore.
Deve sottolinearsi che l'art. 44, al comma 1, stabilisce che l'accertamento di una situazione di abbandono (art. 8, comma 1) non costituisce, differentemente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari, e che tale prescrizione di carattere generale si applica a tutte le ipotesi previste dallo stesso art. 44, lett. a), b), c) e d). Infatti, tale norma dispone che "I minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7" e il richiamato art. 7, al comma 1, stabilisce come condizione necessaria per l'adozione legittimante la dichiarazione di adottabilità, la quale presuppone a sua volta l'accertamento della situazione di abbandono così come prescritto nel successivo art. 8, comma 1.

Risulta pertanto, anche dal mero esame testuale delle norme sopraindicate, che l'adozione in casi particolari può essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore adottando.
La conferma dell'assunto si trae anche dal successivo art. 11, comma 1, nella parte in cui stabilisce che, relativamente al minore orfano di entrambi i genitori e privo di parenti entro il quarto grado che abbiano con lui rapporti significativi, il tribunale per i minorenni deve dichiarare lo stato di adottabilità, "salvo che esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44".
Le altre differenze di regime giuridico tra le due diverse categorie di adozione, hanno invece una portata applicativa più limitata. Il limite dovuto alla differenza d'età si applica soltanto alle ipotesi sub a) e d) e l'estensione alle persone non sposate non riguarda l'ipotesi relativa all'adozione del figlio del coniuge, regolata dalla lettera b).
Deve, pertanto, essere pienamente valorizzata ai fini ermeneutici la portata generale della prescrizione contenuta nel comma 1 dell'art. 44, secondo la quale -sì ribadisce - la preesistenza dello stato di abbandono non costituisce limite normativo all'applicazione della norma nella sua interezza e conseguentemente, per quanto rileva in questa sede, anche all'ipotesi descritta nella lettera d).
Sostenere invece che, per integrare la condizione della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo", debba sempre sussistere la situazione di abbandono, oltrechè contrastare con l'art. 44, comma 1 -nella parte in cui ne esclude la necessità per tutte le ipotesi descritte dalla norma, senza distinzione tra le singole fattispecie, come invece si riscontra nel terzo comma dell'art. 44 relativamente agli altri requisiti relativi all'età o all'insussistenza dello status coniugale -, condurrebbe sempre ad escludere che, nell'ipotesi di cui alla lettera d), l'adozione possa conseguire ad una relazione già instaurata e consolidata con il minore, essendo tale condizione relazionale contrastante con l'accertamento di una situazione di abbandono così come descritta nella L. n. 184 del 1983, art. 8 cit., comma 1.
Già sul piano dell'esame testuale delle norme l'adozione in casi particolari si caratterizza per una radicale differenza di disciplina in ordine alle condizioni di accesso (oltrechè a differenze

di rilievo anche quanto agli effetti, il cui esame è però superfluo) non priva d'influenza sul piano sistematico. Al riguardo, deve ritenersi che vi siano due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore, e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione.
All'interno di questa diversa categoria di genitorialità adottiva prevista dal nostro ordinamento, deve rilevarsi che delle quattro fattispecie di adozione in casi particolari descritte nell'art. 44, quella contrassegnata dalla lettera d) è caratterizzata da un grado di determinazione inferiore alle altre tre: nella prima, infatti, vengono esattamente definite le situazioni del minore (orfano di padre e madre) e dell'adottante (parente entro il sesto grado con preesistente rapporto stabile e duraturo con il minore); nella seconda, ugualmente, il minore adottando deve essere figlio, anche adottivo, di un coniuge e l'adottante non può che essere l'altro coniuge; nella terza, il minore deve essere orfano di entrambi i genitori e portatore di handicap, mentre non è richiesta alcuna condizione in ordine all'adottante; nella lettera d), invece, nessun requisito viene indicato per definire i profili dell'adottante e dell'adottando, essendo soltanto prevista la condicio legis della "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo".
L'impostazione di cui alle considerazioni che precedono è del tutto coerente con quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 383 del 1999.
Con questa pronuncia, infatti, la Corte - nel dichiarare non fondata, in riferimento all'art. 3 Cost. e art. 30 Cost., comma 2, anche la questione di legittimità costituzionale della L. n. 184 del 1983, art. 44, comma 1, lett. c), (testualmente corrispondente alla vigente lettera d dello stesso art. 44: cfr., supra, n. 4.2.1.) - ha affermato, tra l'altro, che:
a) ".... la L. n. 184 del 1983, art. 44 si sostanzia in una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione "legittimante", consentendo l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 1". In questa logica di apertura, la lettera c) fornisce un'ulteriore "valvola" per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a) e b)";
b) "Le ordinanze di rimessione ritengono di dover trarre dal riferimento letterale della disposizione impugnata alla "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" il presupposto interpretativo secondo cui, per far ricorso all'ipotesi prevista dalla lettera c) della norma, occorre necessariamente la previa dichiarazione dello stato di abbandono del minore e quindi la declaratoria formale di adottabilità, nonchè il vano tentativo del predetto affidamento. In realtà, l'art. 44 è tutto retto dalla "assenza delle condizioni" previste dal primo comma del precedente art. 7 della medesima L. n. 184: pertanto, gli stessi principi relativi alle prime due ipotesi dell'art. 44 valgono anche per le fattispecie ricadenti sotto la lettera c)";
c) "Una ulteriore conferma della adottabilità dei minori in tutti i casi rientranti nelle tre lettere dell'art. 44 anche quando non sono stati o non possono essere formalmente dichiarati adottabili sì trae dal disposto del primo comma del precedente art. 11. .... E' evidente allora che, nelle ipotesi considerate, il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima. Ciò è pienamente conforme al principio ispiratore di tutta la disciplina in esame: l'effettiva realizzazione degli interessi del minore" (nn. 2. e 3. del Considerato in diritto).

L'attenzione prestata dalla Corte costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore, anticipa significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del "best interest" del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati.
In particolare, quanto ai predetti interventi legislativi, la riforma della filiazione, di recente attuata mediante la L. Delega 10 dicembre 2012, n. 219, ed il già citato D.Lgs n. 154 del 2013, ha modificato incisivamente la preesistente disciplina normativa degli status filiali, stabilendo solo per il figlio l'imprescrittibilità del diritto a far prevalere la verità biologica: questa opzione evidenzia il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare tale profilo caratterizzante l'identità personale fin dalla nascita. Inoltre, il medesimo principio, rafforzato dal canone dell'assunzione di responsabilità in ordine alle scelte genitoriali fatte consapevolmente, è a fondamento della L. 19 febbraio 2004, n. 40, art. 9, commi 1 e 2: in queste norme è stabilito, infatti, che un rapporto di filiazione - sorto per effetto dell'accesso a pratiche di procreazione medicalmente assistita vietate dalle legge, ove il consenso all'accesso a tali pratiche sia ricavabile da atti concludenti - non può essere messo in discussione mediante il disconoscimento di paternità, l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità o l'esercizio del diritto all'anonimato materno. Ancora, la salvaguardia della continuità affettiva costituisce la ratio della già menzionata, recentissima L. n. 173 del 2015, tanto da costituire il titolo della novella, recante appunto "Modifiche alla L. 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare". Infine, anche l'istituto dell'adozione in casi particolari è stato significativamente lambito dalle riforme legislative sopra indicate:
infatti, con riferimento all'indagine da svolgersi ai sensi del menzionato art. 57, comma 3, lett. a) - nel testo sostituito dalla L. n. 149 del 2001, art. 29 - il tribunale per i minorenni, al fine di verificare, oltre alla sussistenza dei requisiti normativi astratti, anche l'effettiva rispondenza dell'adozione richiesta all'interesse del minore, deve operare una specifica valutazione della "idoneità affettiva" del genitore adottante, valutazione la quale non può che essere effettuata sulla base di una relazione preesistente adottante- minore, come tale incompatibile con una situazione di abbandono.
In conclusione, l'interpretazione della espressione "constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo" da prescegliere non può che essere quella adottata dalla Corte d'Appello di Roma: coerentemente con il sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica ed adottiva attualmente vigente, deve ritenersi sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo e non solo quella "di fatto", derivante da una condizione di abbandono in senso tecnico-giuridico o di semi abbandono (art. 8, comma 1).
4.2.3. - Al riguardo, deve osservarsi che la sentenza di questa Sezione n. 22292 del 2013, con orientamento confermato dalla successiva n. 1792 del 2015, non è in contrasto con la scelta ermeneutica assunta dal Collegio. Le due pronunce definiscono la nozione d'impossibilità dell'affidamento preadottivo in relazione alla richiesta di adozione ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d), da parte di una coppia affidataria riferita ad un minore che era già in affidamento preadottivo presso altra coppia, perchè in corso il procedimento volto all'adozione

legittimante. In questo peculiare conflitto, la Corte ha ritenuto che l'impossibilità dell'affidamento preadottivo non potesse desumersi dall'allegato contrasto della scelta dell'adozione legittimante con l'interesse del minore. La condicio legis in questione viene, pertanto, esplorata sotto un versante del tutto diverso ed autonomo da quello oggetto del presente giudizio. La menzionata L. n. 173 del 2015, volta a facilitare l'accesso all'adozione legittimante da parte delle famiglie affidatarie che abbiano condiviso con il minore un lungo periodo di affidamento, è stata introdotta anche al fine di evitare conflittualità quali quelle alla base delle due richiamate pronunce.
L'interpretazione della "impossibilità di affidamento preadottivo" all'interno di conflitti quale quello sopra delineato non osta, in conclusione, alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda nella formula anche l'impossibilità "di diritto", e con essa tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti, che se ne prendano cura.
4.2.4. - Il quadro della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani è del tutto coerente con le conclusioni raggiunte, dal momento che si sta sempre più affermando, in particolare nei procedimenti adottivi, il principio secondo il quale il rapporto affettivo che si sia consolidato all'interno di un nucleo familiare, in senso stretto o tradizionale o comunque ad esso omologabile per il suo contenuto relazionale, deve essere conservato anche a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti, salvo che vi sia un accertamento di fatto contrario a questa soluzione (cfr., tra gli altri, il caso Moretti e Benedetti contro Italia - ricorso n. 16318 del 2007 - deciso con la sentenza 27 aprile 2010, nella quale viene affrontato un conflitto analogo a quello sopra illustrato in ordine alla sentenza di questa Corte n. 22292 del 2013, ma con soluzione che privilegia la relazione istaurata con gli affidatari provvisori; il medesimo principio è stato affermato nella sentenza Paradiso e Campanelli contro Italia del 27 gennaio 2015 - ricorso n. 25358 del 2012 - la cui fattispecie riguarda un progetto procreativo realizzato mediante gestazione per altri, vietato nel nostro ordinamento).
La Corte, infine, nel caso X ed altri contro Austria (sentenza del 19 febbraio 2013 nel ricorso n. 19010 del 2007), ha riconosciuto anche in tema di adozione del figlio del partner (o adozione cosiddetta "coparentale") la violazione del principio di non discriminazione stabilito dall'art. 14 della Convenzione in presenza di una ingiustificata disparità di regime giuridico tra le coppie eterosessuali e le coppie formate da persone dello stesso sesso, dal momento che nell'ordinamento austriaco tale forma di adozione era consentita soltanto alle coppie di fatto eterosessuali. La Corte di Strasburgo, al riguardo, ha sottolineato che l'Austria non aveva fornito "motivi particolarmente solidi e convincenti idonei a stabilire che l'esclusione delle coppie omosessuali dall'adozione coparentale aperta alle coppie eterosessuali non sposate fosse necessaria per tutelare la famiglia tradizionale" (par. 151 della sentenza). Il rilievo della pronuncia rispetto al presente giudizio si coglie in relazione all'applicazione del paradigma antidiscriminatorio. Nel caso di una discriminazione fondata sul sesso o l'orientamento sessuale, il margine di apprezzamento degli Stati è limitato, ed il consenso dei medesimi in ordine all'estensione del diritto all'adozione alle coppie formate da persone dello stesso sesso non è immediatamente rilevante (parr. 147, 148, 149), se in concreto si verifica una situazione, come nella fattispecie esaminata dalla Corte, di disparità di trattamento tra coppie di fatto eterosessuali e dello stesso sesso non fondata su ragioni "serie" (non essendovi evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità

di eventuali pregiudizi per il minore derivanti dall'omogenitorialità, come riconosciuto anche dalla sentenza di questa Corte n. 601 del 2013).
Ne consegue che, coerentemente con i principi sopra affermati, poichè all'adozione in casi particolari prevista dall'art. 44, comma 1, lett. d), possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge, sia in astratto ("la constatata impossibilità dell'affidamento preadottivo"), sia in concreto (l'indagine sull'interesse del minore imposta dall'art. 57, comma 1, n. 2), non può essere svolto - neanche indirettamente - dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner.
Deve sottolinearsi peraltro che, rispetto alla situazione descritta nel par. 91 della sopra citata sentenza X ed Altri contro Austria, il consenso degli Stati aderenti alla CEDU all'adozione legittimante da parte di persone dello stesso sesso e all'adozione cosiddetta coparentale è notevolmente cresciuto rispetto ai dati indicati dalla Corte di Strasburgo nella sentenza medesima: infatti, attualmente, in quattordici Stati (Belgio, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Francia, Lussemburgo, Regno Unito, Irlanda, Svezia, Norvegia, Danimarca, Irlanda, Malta, Austria) è consentita l'adozione alle coppie dello stesso sesso, mentre in Germania è possibile l'adozione del figlio del partner, così come in Croazia, Estonia e Slovenia, ma non l'adozione tout court.
4.2.5. - Si rileva, infine, che la L. 20 maggio 2016, n. 76 (Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze), entrata in vigore il 5 giugno 2016, non si applica, ratione temporis ed in mancanza di disciplina transitoria, alla fattispecie dedotta in giudizio.
5. - La circostanza che la parte soccombente è un ufficio del Pubblico Ministero comporta - in conformità con il costante principio, secondo cui l'ufficio del Pubblico Ministero non può essere condannato al pagamento delle spese del giudizio nell'ipotesi di soccombenza, trattandosi di organo propulsore dell'attività giurisdizionale al quale sono attribuiti poteri, diversi da quelli svolti dalle parti, meramente processuali ed esercitati per dovere d'ufficio e nell'interesse pubblico (cfr., ex plurimis e da ultima, la sentenza n. 19711 del 2015) - che non v'è luogo a provvedere sulle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.
Dispone, ai sensi del D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 52, che in caso di diffusione della presente sentenza si omettano le generalità.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 26 maggio 2016.
Depositato in Cancelleria il 22 giugno 2016.

COMUNIONE LEGALE

Cass., 11 agosto 2016, n. 17033

Gli acquisti per usucapione di beni immobili effettuati da uno solo dei coniugi durante il matrimonio, in vigenza del regime patrimoniale della comunione legale, entrano a far parte della comunione stessa, non distinguendo l'art. 177, comma 1, lett. a), c.c. tra acquisti a titolo originario e acquisti a titolo derivativo. Ne consegue che il momento determinante per la maturazione dell'acquisto del diritto "ad usucapionem" da parte dell'altro coniuge, attesa la natura meramente dichiarativa del provvedimento giudiziale di accoglimento della domanda di usucapione, si identifica con il perfezionamento in costanza di matrimonio del termine legale di ininterrotto possesso richiesto dalla legge, quand'anche la signoria di fatto sul cespite sia iniziata prima della sua celebrazione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione dell'11 marzo 2005 T.M. convenne davanti al Tribunale di Rovereto V.O., ex coniuge col quale aveva contratto matrimonio il (OMISSIS) e dal quale si era separata con sentenza del 18 febbraio 1998, chiedendo lo scioglimento dei beni rientranti nella comunione legale e deducendo che in costanza di matrimonio i coniugi avessero usucapito una serie di immobili nel Comune catastale di (OMISSIS), descritti catastalmente in domanda, e che su una delle particelle usucapite le parti avessero costruito la casa di abitazione. Trattandosi di beni tutti intavolati in capo al V., ma rientranti nella comunione coniugale agli effetti dell'art. 177 c.c., e della disciplina dell'accessione, la T. domandava così la sua quota di comproprietà dei beni e il rimborso della metà del valore della manodopera e dei materiali utilizzati nella costruzione dell'edificio. V.O. si costituiva e opponeva che per i beni descritti fosse maturata in suo favore l'usucapione prima del matrimonio, e come, in ogni caso, l'usucapione, in quanto acquisto a titolo originario, fosse estranea alla previsione di cui all'art. 177 c.c., lett. a. Il convenuto precisava come la proprietà dei beni controversi fosse stata acquistata da lui in forza di decreto del Pretore di Riva del Garda del 1986, ricognitivo di un possesso risalente a data anteriore al matrimonio con la T., e che la casa era stata perciò costruita su suolo di sua esclusiva proprietà.

Con sentenza non definitiva del 26 marzo 2008 n. 153/2008, il Tribunale di Rovereto accertava in favore dell'attrice T.M. la comproprietà in ragione di un mezzo dei beni immobili in contesa, in quanto rientranti nella comunione legale, e rimetteva le parti davanti a sè per il prosieguo del giudizio.

Con sentenza definitiva del 5 ottobre 2009 n. 488/2009, il Tribunale di Rovereto, quindi, scioglieva l'accertata comunione tra gli ex coniugi e divideva i beni secondo il progetto divisionale elaborato dal Consulente tecnico d'ufficio.

V.O. proponeva appello sia avverso la sentenza non definitiva del 26 marzo 2008, n. 153/2008, che avverso la sentenza definitiva del 5 ottobre 2009, n. 488/2009, e l'appello veniva rigettato dalla Corte d'Appello di Trento con sentenza n. 31/2012 del 2 febbraio 2012. La Corte di Trento osservava che i beni in contesa dovessero ritenersi acquistati dalla T. non in forza di usucapione, ma perchè pervenuti al marito nella vigenza della comunione legale tra coniugi, e dunque agli effetti dell'art. 177 c.c., lett. a. I giudici del gravame aggiungevano che solo tardivamente (ovvero, nella memoria istruttoria successiva all'udienza dell'8 febbraio 2006) il V. avesse dedotto che i beni immobili erano stati da lui acquistati per usucapione in

epoca antecedente al matrimonio, ancorchè la stessa usucapione fosse stata giudizialmente accertata in epoca successiva. Già il Tribunale, peraltro, aveva evidenziato come mancasse prova che l'usucapione (nella specie, quindicennale) fosse maturata prima del matrimonio (marzo 1981), il che avrebbe peraltro significato accertare che l'inizio del possesso risaliva ad epoca in cui il V. aveva diciassette anni ed era seminarista presso l'Istituto Arcivescovile di Trento. Per la Corte d'Appello, appariva tuttavia dirimente la tardività dell'eccezione riconvenzionale non proposta già nella comparsa di risposta. Quanto alle doglianze formulate in via subordinata dall'appellante, ed in ordine alla domanda di rimborso della somma di Euro 120.000,00 spesa per la realizzazione della casa destinata ad abitazione, per le migliorie apportate e per la manutenzione di tutti gli immobili, la Corte di Trento esplicitava come il V. non avesse censurato la statuizione del Tribunale di tardività della deduzione secondo cui, a tali fini, sarebbe stato impiegato denaro personale e non denaro proveniente dalla comunione.
Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Trento V.O. ha proposto ricorso strutturato in tre motivi, cui resiste con controricorso T.M.. Il ricorrente e la controricorrente hanno presentato memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c., rispettivamente in data 6 e 7 luglio 2016.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il primo motivo di ricorso di V.O. deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 177 - 179 c.c., in combinato disposto con l'art. 1158 c.c.. Il ricorrente evidenzia l'errore in cui è caduta la Corte di merito, essendo motivo di appello "la contestazione dell'operatività del favor communionis con riguardo all'acquisto a titolo originario di un bene in costanza di matrimonio". In particolare, la duplice violazione di legge perpetrata dai giudici del merito consisterebbe nell'aver applicato l'art. 177 c.c., anche ad "un acquisto che ha visto la partecipazione esclusiva di un coniuge e che eraltro era stato maturato prima del matrimonio stesso"; e nell'aver esteso l'acquisto ex art. 1156 c.c., anche a T.M., che non aveva esercitato il possesso. Ancora, si contesta alla Corte di Trento un'applicazione letterale dell'art. 177 c.c., lett. a, causa di paradossale sproporzione patrimoniale tra gli ex coniugi. Si ribadisce che il V. "abbia usucapito le realità summenzionate prima del matrimonio e solo successivamente ne abbia ottenuto il riconoscimento con sentenza".
1.1. Il primo motivo di ricorso è infondato. Secondo quanto già affermato da questa Corte, gli acquisti di beni immobili per usucapione effettuati da uno solo dei coniugi, durante il matrimonio, in vigenza del regime patrimoniale della comunione legale, entrano a far parte della comunione stessa, non distinguendo l'art. 177 c.c., comma 1, lett. a), tra gli acquisti a titolo originario e quelli a titolo derivativo. Ne consegue che il momento determinante l'acquisto del diritto "ad usucapionem" da parte dell'altro coniuge, attesa la natura meramente dichiarativa della domanda giudiziale, s'identifica con la maturazione del termine legale d'ininterrotto possesso richiesto dalla legge (Cass. Sez. 2^, Sentenza n. 20296 del 23/07/2008; Cass. Sez. 2^, Sentenza n. 14347 del 03/11/2000; Cass. Sez. 2^, Sentenza n. 2983 del 20/03/1991). Questa soluzione giurisprudenziale ha superato le letture propense a suggerire un'interpretazione restrittiva della nozione di "acquisti" adoperata dall' art. 177 c.c., comma 1, lett. a), sicchè viene ricompreso nella comunione legale il bene che sia stato posseduto, per il tempo richiesto dalla legge, da uno o da entrambi i coniugi manente communione.
Il ricorso in esame sollecita la specifica questione legata all'ipotesi in cui il possesso del bene abbia avuto inizio prima dell'instaurazione del regime comunitario, ma il termine di perfezionamento della fattispecie acquisitiva sia sopraggiunto durante il matrimonio. Alcun

fondamento ha la tesi secondo cui il bene andrebbe considerato personale o appartenente alla comunione a seconda che il possesso sia stato esercitato per un più lungo periodo, rispettivamente, al di fuori ovvero all'interno del regime di comunione legale, in quanto così si frazionerebbe il tempo necessario ad usucapire in due periodi. Nè a diversa conclusione induce la considerazione della cosiddetta "retroattività" dell'usucapione, la quale comporta, piuttosto, l'estinzione di iscrizioni e trascrizioni risultanti a nome del precedente proprietario, ma non risolve il problema dell'intestazione esclusiva o della contestazione del bene usucapito in regime di comunione legale, problema che appartiene soltanto alla disciplina dei rapporti patrimoniali tra coniugi.
Alla stregua dei richiamati principi, deve allora considerarsi come il momento rilevante, per il verificarsi dell'acquisto ope legis, ex art. 177 c.c., comma 1, lett. a), del diritto di comproprietà del bene da parte del coniuge non usucapiente, non è quello della pronunzia del decreto del Pretore di Riva del Garda del 1986, di accoglimento della domanda di usucapione, proprio perchè avente natura meramente dichiarativa, bensì quello del compimento del tempus ad usucapionem, accertato in tale decisione (nella specie, di quindici anni ex art. 1159 bis c.c.).
Nel caso in esame, il ricorrente, contravvenendo all'onere di specificità imposto dall'art. 366, comma 1, n. 6), c.p.c., non ha indicato quale fosse il contenuto del provvedimento pretorile dichiarativo dell'usucapione, indicazione decisiva al fine di accertare la precedente data in cui si fosse compiuto, a favore dell'usucapiente V., il quindicennio di ininterrotto possesso ex art. 1159 bis c.c., onde stabilire se la maturazione di tale termine si fosse verificata in costanza di matrimonio e, per di più, in vigenza della norma di cui all'art. 177 c.c., così come sostituito dalla L. 19 maggio 1975, n. 151, art. 55.
Ancor prima, la Corte d'Appello ha affermato pregiudizialmente che tale "eccezione di usucapione" (impropriamente così definita, nel caso per cui è lite, in quanto volta non a dedurre di aver acquistato per usucapione la proprietà del bene di controparte, quanto di aver acquistato il bene prima dell'instaurazione della comunione legale) fosse inammissibile, essendo stata formulata tardivamente, ovvero nella memoria di deduzioni istruttorie di cui all'art. 184 c.p.c., nella formulazione introdotta con la L. 20 dicembre 1995, n. 534, e vigente sino alla entrata in vigore della L. 14 maggio 2005, n. 8. Si trattava, invero, di eccezione volta ad introdurre nel giudizio un nuovo tema di indagine. Avverso questa "ratio decidendi" dalla Corte d'Appello, che esonerava la stessa per motivi di rito da ogni necessità di esame della questione della data dell'acquisto per usucapione, il ricorrente non ha formulato specifica censura per violazione della disciplina processuale scaturente dalla sequenza temporale di cui agli artt. 180, 183 e 184 c.c., con il connesso sistema delle preclusioni.
2. Il secondo motivo di ricorso allega violazione e falsa applicazione dell'art. 1158 c.c., in relazione all'art. 180 c.p.c.. Il ricorrente ricorda come la Corte di Trento abbia ritenuto non tempestivamente sollevata "l'eccezione di usucapione in capo al V. prima del matrimonio". Sostiene il ricorrente che tale asserzione dei giudici di merito sia però fondata sul fatto che egli stesso non potesse aver iniziato il possesso all'età di diciassette anni, quando frequentava il liceo arcivescovile. Si oppone che questa illazione non smentisca la sussistenza del possesso utile ad usucapione.

2.1. Anche questo motivo non merita accoglimento perchè non si confronta con la motivazione del provvedimento impugnato e con l'esigenza normativa di specificità della censura da pone al riguardo.
La Corte d'Appello di Trento ha affermato che "a fronte della dichiarata tardività dell'eccezione riconvenzionale in parola", non vi fosse per il Tribunale e non vi era in sede di gravame "alcuna necessità di addentrarsi nella tematica relativa alla possibilità da parte di un giovanissimo seminarista di coltivare patate o sfalciare campi lontani dalla sua abituale residenza". Avendo il giudice di merito ritenuto inammissibile, perchè tardiva, l'eccezione del preventivo acquisto dei beni in favore del V. rispetto all'instaurazione del regime di comunione coniugale con la T., così spogliandosi della potestas iudicandi sul relativo merito, e procedendo poi comunque a fare un cenno all'esame di quest'ultimo, è inammissibile, per difetto di interesse, il motivo di impugnazione della sentenza che contesti solo la motivazione relativa a tale sovrabbondante esame del merito dell'eccezione (Cass. Sez. U, Sentenza n. 24469 del 30/10/2013). D'altro canto, se il ricorrente intendeva ripropone in sede di legittimità il profilo dell'ammissibilità di tale eccezione, formulata davanti al giudice di merito, e della quale questi ha affermato la tardività, aveva l'onere non solo di procedere all'esposizione del fatto processuale e degli elementi idonei a consentire la verifica della tempestiva proposizione dell'eccezione, in aderenza al principio di autosufficienza, ma anche di formulare specifico motivo di ricorso per vizio processuale ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4.
3. Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2733 c.c.. Si fa riferimento alla domanda di rimborso delle spese sostenute per gli immobili ed alla declaratoria di tardività, operata dalla Corte di Trento, dell'allegazione dell'utilizzo di denaro proprio del V.. Si richiama, in senso opposto, la testimonianza di V.R., "che ha confermato la provenienza del denaro utilizzato che fu oggetto di donazione", nonchè la dichiarazione resa da T.M. in sede di interrogatorio formale, secondo cui "per quanto riguarda il materiale, fu pagato da lui...", dichiarazione integrante confessione giudiziale.
3.1. Tale motivo è inammissibile.
La censura è introdotta come violazione dell'art. 2733 c.c..
Ora, il vizio di violazione o falsa applicazione di norme di diritto deducibile come motivo di ricorso per cassazione osservando il principio dell'indicazione analitica dei motivi di doglianza - si risolve in un giudizio sul fatto contemplato dalla norma di diritto applicabile al caso concreto e la relativa denunzia deve avvenire mediante la specifica indicazione dei punti della sentenza impugnata che si assumono essere in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie o con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza e/o dalla dottrina prevalente. Ne consegue che deve considerarsi inammissibile il ricorso per cassazione con il quale si censuri come violazione di norma di diritto, e non come vizio di motivazione, un errore in cui si assume che sia incorso il giudice di merito nella ricostruzione di un fatto giuridicamente rilevante, sul quale la sentenza doveva pronunciarsi (Cass. Sez. 3^, Sentenza n. 10385 del 18/05/2005). Nella specie, la Corte di Trento ha affermato che l'appellante V. non avesse censurato la motivazione adottata dal Tribunale, secondo cui solo con le memorie istruttorie, e perciò tardivamente, egli aveva dedotto che per le spese di costruzione e manutenzione dei beni comuni avesse utilizzato denaro personale. Con questa rado decidendi, ancora una volta legata alla disciplina delle scansioni assertive di cui agli artt. 180, 183 e 184 c.c., il ricorrente non si confronta. Questi invoca, sempre nell'ottica della denunziata

violazione dell'art. 2733 c.c. (e non, quindi, come omessa od insufficiente motivazione), le dichiarazioni della teste V.R., senza trascrivere le stesse, come comunque necessario al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività delle risultanze non valutate, in modo da non chiedere allo stesso indagini integrative. Neppure riveste evidente decisività la frase riportata in ricorso come tratta dall'interrogatorio formale reso dalla T., frase secondo cui "il materiale fu pagato da lui", non valendo la prova del pagamento da parte di uno soltanto dei due coniugi come automatica prova dell'impiego di denaro proprio di tale coniuge.

4. Consegue il rigetto del ricorso.

Le spese del presente giudizio di legittimità seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente a rimborsare alla controricorrente le spese del giudizio di legittimità, che liquida in complessivi Euro 4.700,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre a spese generali e ad accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Seconda sezione civile della Corte Suprema di Cassazione, il 13 luglio 2016.

Depositato in Cancelleria il 11 agosto 2016.

Cass., 3 giugno 2016, n. 11504

La comunione legale tra coniugi di cui all'art. 177 c.c. riguarda solo gli acquisti e non i diritti di credito sorti dal preliminare concluso da uno dei coniugi; in tale caso, l'altro coniuge non può vantare alcun diritto.

Non rientra nella comunione legale l'immobile che, promesso in vendita a persona coniugata in regime di comunione legale, sia coattivamente trasferito, ex art. 2932 c.c., a causa dell'inadempimento del promittente venditore, al promissario acquirente, con sentenza passata in giudicato, dopo che tra quest'ultimo ed il coniuge era stata pronunciata separazione.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1 Per quanto ancora interessa in questa sede, la Corte di Appello di Ancona con sentenza 16.7.2011 ha accolto l'ultimo motivo di appello proposto da S.F. contro la sentenza 1543/03 emessa dal Tribunale di Ancona in contraddittorio con il coniuge separato F.G. (interventrice volontaria nel giudizio di primo grado), i propri genitori S.S. e Sa.Io., nonchè la società Edilnova 93 sas di Fr.Lu. & C sas. In parziale riforma della pronuncia di primo grado, la Corte territoriale ha quindi trasferito in proprietà esclusiva dell'appellante ai sensi dell'art. 2932 cc dell'appartamento in (OMISSIS), via (OMISSIS), oggetto di precedente preliminare concluso dal solo S. in data 26.6.1993 con la promittente venditrice Edilnova 93.

Per giungere a tale conclusione la Corte di merito ha seguito il principio espresso dalla giurisprudenza secondo cui la comunione legale tra coniugi di cui all'art. 177 c.c., riguarda solo gli acquisti, intendendosi con tale locuzione, gli atti implicanti trasferimenti del diritto di proprietà o la costituzione di altri diritti reali e non quindi i diritti di credito sorti dal preliminare concluso da uno dei coniugi. Di conseguenza, in caso di preliminare stipulato da

uno solo dei coniugi l'altro non può vantare alcun diritto, non essendo neppure legittimato ad agire ex art. 2932 c.c.
Ha quindi rilevato che la F. non era stata parte nel contratto preliminare.
Avverso la suddetta decisione ha proposto ricorso per cassazione la F. formulando due motivi.
Le altre parti non hanno svolto attività difensiva in questa sede.
E' pervenuta una comunicazione da parte dei difensori del S. con cui si segnala che prima della notifica del ricorso per cassazione agli stessi il mandato era stato revocato dal cliente e la comunicazione della ricezione della notifica dell'impugnazione, da essi effettuata al S. con raccomandata AR 27.11.2011 ha avuto esito negativo, come da cedolino di raccomandata.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1 Preliminarmente va rilevato che ai sensi dell'art. 85 c.p.c., "la procura può essere sempre revocata e il difensore può sempre rinunciarvi, ma la revoca e la rinuncia non hanno effetti nei confronti dell'altra parte finchè non sia avvenuta la sostituzione del difensore".
E' stato precisato al riguardo che ai sensi dell'art. 85 c.p.c., la revoca della procura e la rinuncia al mandato non hanno effetto nei confronti dell'altra parte finchè non sia avvenuta la sostituzione del difensore, con la conseguenza che la notifica dell'impugnazione deve, in siffatta situazione, essere compiuta al difensore non ancora sostituito e non alla parte personalmente, giusta disposto dell'art. 330, comma 1, seconda parte del codice di rito (Sez. 3, Sentenza n. 7771 del 23/04/2004 Rv. 572285; Sez. 2, Sentenza n. 3227 del 25/05/1984 Rv. 435267).
La notifica del ricorso per cassazione al difensore del S. al quale era stato precedentemente revocato il mandato, in mancanza di sostituzione, deve pertanto ritenersi regolare.
1 bis Venendo all'esame dei motivi di ricorso, col primo di essi la ricorrente deduce la violazione dell'art. 177 c.c., lett. a), sollevando altresì l'eccezione di illegittimità costituzionale della norma per contrasto con gli articoli 3 e 29 della Costituzione.
A suo dire la Corte d'Appello avrebbe dovuto disattendere l'orientamento della cassazione e interpretare la norma includendo nella previsione anche i diritti di credito. Osserva che se la ragione della comunione legale sta nell'esigenza di far beneficiare i coniugi di tutti gli incrementi economici acquisiti al loro patrimonio (sia pure con l'eccezione dei beni personali), non si comprenderebbe il motivo per cui l'acquisto di un diritto di credito debba esserne escluso, trattandosi anche in tal caso di un incremento patrimoniale. Insomma, secondo la tesi del ricorrente, ritenere compresi negli acquisti anche i diritti di credito risponde appieno alla finalità perseguita dal legislatore della riforma del 1975 che è stata non solo quella di dare attuazione al principio e di parità e solidarietà tra i coniugi (art. 29 Cost.) ma anche quella di parificare la partecipazione dei coniugi alle ricchezze e agli incrementi patrimoniali realizzati durante la vita matrimoniale.
Il motivo è infondato.
Secondo il costante orientamento di questa Corte, non cade in comunione legale l'immobile che, promesso in vendita a persona coniugata in regime di comunione legale, sia coattivamente trasferito ex art. 2932 cod. civ., a causa dell'inadempimento del promittente venditore, al promissario acquirente, con sentenza passata in giudicato dopo che tra quest'ultimo ed il coniuge era stata pronunciata la separazione (tra le tante, v. Sez. 3, Sentenza n. 12466 del 19/07/2012 Rv. 623485; Sez. 2, Sentenza n. 1548 del 24/01/2008 Rv. 601814;

Sez. 2, Sentenza n. 3185 del 2003 in motivazione; Sez. 2, Sentenza n. 1363 del 18/02/1999 Rv. 523338).
E' stato infatti precisato che la comunione legale fra i coniugi, di cui all'art. 177 cod. civ., riguarda gli acquisti, cioè gli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della "res" o la costituzione di diritti reali sulla medesima, non quindi i diritti di credito sorti dal contratto concluso da uno dei coniugi, i quali, per la loro stessa natura relativa e personale, pur se strumentali all'acquisizione di una "res", non sono suscettibili di cadere in comunione (v. Sez. 2, Sentenza n. 1548/2008 cit.).
A tale principi il Collegio intende dare senz'altro continuità. Le argomentazioni addotte dalla ricorrente non solo si scontrano col chiaro testo normativo, ma non convincono neppure sotto il profilo del sospetto di legittimità costituzionale: la disciplina della comunione legale tra coniugi è animata infatti dall'intento di tutelare la famiglia attraverso una specifica protezione della posizione dei coniugi laddove invece, se si accedesse alla tesi della ricorrente, l'attribuzione ad uno di essi della comproprietà di un immobile in un momento in cui la famiglia è già disgregata (quanto meno con riferimento alla comunione materiale e spirituale tra i coniugi, cessata appunto con la separazione), si risolverebbe solo in un ingiustificato arricchimento per il coniuge beneficiario.
2 Con il secondo motivo lamenta violazione degli artt. 191 e "2969 c.c." (così si legge testualmente nella rubrica del motivo, ndr).
Osserva in proposito che il trasferimento del diritto di proprietà è avvenuto alla data del deposito della sentenza di primo grado (11.8.2003), trattandosi di sentenza costitutiva ex art. 2932. Di conseguenza, poichè a quella data i coniugi erano ancora i regime di comunione legale (scioltasi solo con la sentenza di separazione del 26.4.2004) l'acquisto della proprietà deve ritenersi entrato a far parte della proprietà, considerato sull'acquisto della proprietà dell'immobile si è formato il giudicato interno in mancanza di impugnazione della sentenza di primo grado da parte della società promittente venditrice Edilnova 93.
Anche tale censura è infondata.
Certamente gli effetti delle sentenze costitutive, fra le quali rientra quella di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, si producono "ex nunc", con il passaggio in giudicato (v. tra le varie, Sez. 1, Sentenza n. 10564 del 04/07/2003 Rv. 564791; Sez. 2, Sentenza n. 8250 del 06/04/2009 Rv. 607645; sez. 2, Sentenza n. 17688 del 28/07/2010 Rv. 614625). La tesi sostenuta dalla ricorrente muove però da una premessa assolutamente errata: l'estensione automatica del giudicato interno formatosi sul trasferimento ex 2932 cc del diritto di proprietà in favore del promissario acquirente di un immobile compromesso in vendita alla questione di diritto - del tutto diversa - concernente l'applicabilità dell'art. 177 c.c., al diritto di credito oggetto della lite innestatasi, per effetto dell'intervento volontario del coniuge separato, nel giudizio promosso dall'altro, in qualità di promissario acquirente, contro il promittente venditore.
Certamente la mancata impugnazione della sentenza di primo grado da parte della promittente venditrice ha comportato il passaggio in giudicato della pronuncia (ex art. 324 c.p.c.), ma gli effetti sostanziali del giudicato di cui all'art. 2909 c.c., riguardano solo le conseguente derivanti dalla violazione dell'obbligo di concludere il contratto definitivo (conseguenze previste, appunto, dall'art. 2932 c.c.): il giudicato insomma riguarda esclusivamente il rapporto tra i due contraenti e si è dunque formato solo sul trasferimento del diritto di proprietà mediante sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c..

L'impugnazione della sentenza da parte del S. proprio sulla estensione al proprio coniuge degli effetti della pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c., ha invece certamente impedito la formazione del giudicato sul tema che qui interessa che - lo si ripete - è quello della inclusione, nella categoria degli acquisti di cui all'art. 177 c.c., lett. a), del diritto di credito nascente dal preliminare concluso da uno dei coniugi in regime di comunione.

Il ricorso va perciò respinto senza alcuna pronuncia sulle spese, non avendo le altre parti svolto difese in questa sede.

P.Q.M.

rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, il 26 aprile 2016.

Depositato in Cancelleria il 3 giugno 2016.

Cass., 28 aprile 2016, n. 8468

In tema di comunione legale di beni tra coniugi, qualora uno solo di essi abbia acquistato o venduto un bene immobile rientrante nella comunione, il coniuge rimasto estraneo alla formazione dell'atto deve ritenersi litisconsorte necessario nelle controversie in cui si chiede al giudice una pronuncia destinata ad incidere direttamente e immediatamente sul diritto costituente oggetto del trasferimento, dovendosi, viceversa, ritenere escluso tale litisconsorzio in tutte le vicende processuali volte ad ottenere una decisione che incida direttamente e immediatamente sulla validità o sulla efficacia del negozio traslativo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Con atto di citazione notificato il 17 luglio 1998, conveniva in giudizio T.D. dinanzi al Tribunale di Vibo Valentia esponendo: di essere proprietaria del fondo rustico sito in agro di (OMISSIS) per averlo acquistato in virtù di un atto notarile redatto dal Dott. Domenico Scordamaglia del 21.09.1995, rep. 44675 racc. n. 11531, identificato al NCT alla partita 514 foglio 6 p.11a 140, avente superficie di ha 1.92.00 seminativo RD L. 192.000 RA L. 76.800; che, tra gli altri, detto fondo confinava con la proprietà di T.D., delimitato da una scarpata in terreno naturale lunga circa m.70 e posto a una quota superiore variabile da m. 1 a m. 2,50; che il T. aveva infisso alcuni paletti di recinzione in legno a metà della scarpata e non alla base della stessa allo scopo di delimitare il proprio terreno; che ancora il T. aveva costruito un fabbricato per civile abitazione a due elevazioni fuori terra, non rispettando le prescrizioni stabilite nel Comune di San Costantino Calabro, che per la zona agricola prescriveva una distanza minima dai confini di metri 15; che, inoltre, non rispettando le distanze minime dei confini di cui sopra, T.D. aveva costruito anche una baracca in legno e manto in lamiera zincata adibita a pollaio; che anche nella posa a dimora di alcune piante di agrumi T.D. non aveva rispettato le distanze legali previste dal codice civile; che in prossimità del fosso comunale (OMISSIS) aveva realizzato una tubazione in cemento della lunghezza di metri 3 circa, avente un diametro di 50 cm, rimanendo in tal modo sopraelevato il vecchio piano di campagna ed ostruito il normale deflusso delle acque meteoriche che originariamente e normalmente defluivano nel predetto fosso, con la conseguenza che, durante il periodo invernale, una porzione di circa mq 300 del fondo dell'attrice rimaneva completamente allagata senza possibilità di eseguire la normale coltivazione; che la S. aveva più volte cercato di addivenire a un bonario componimento della questione anche con l'intervento di tecnici di

parte, con esito negativo. Tanto premesso, S.M. chiedeva la riduzione in pristino dello stato dei luoghi con il rilascio della porzione di fondo abusivamente occupata, l'arretramento dei fabbricati e delle piante di agrumi e la sistemazione del fosso Franca e la condanna al risarcimento dei danni.
T.D. si costituiva in giudizio eccependo in via preliminare l'incompetenza del Tribunale adito, rientrando la controversia nella competenza per valore del Pretore, nonchè il difetto di legittimazione passiva. Nel merito contestava le domande in quanto infondate, spiegando riconvenzionale per accertare che l'acquisto del fondo da parte dell'attrice, con contratto del 21 settembre 1995, era nullo per violazione della L. n. 590 del 1965, art. 8, poichè il proprietario alienante non aveva notificato al convenuto confinante la proposta di alienazione nè si era premurato di accertare se vi fossero soggetti aventi titolo a prelazione agraria. Concludeva, pertanto, per l'integrale rigetto delle richieste avversarie previo accertamento che il confine tra i fondi andava individuato con la sommità della scarpata e chiedendo l'accoglimento della domanda riconvenzionale, condannando l'attrice al rilascio della superficie occupata ed al risarcimento dei danni, nonchè alle spese processuali.
Il Tribunale di Vibo Valentia, espletata l'istruttoria con l'acquisizione documentale, la prova testi e una consulenza tecnica d'ufficio, con sentenza depositata in data 3 giugno 2003 condannava il convenuto alla riduzione in pristino dello stato dei luoghi, con arretramento del fabbricato e del pollaio, nonchè ad estirpare le piante da frutto, rigettando le altre domande proposte dall'attrice e dichiarando inammissibili quelle riconvenzionali proposte dal convenuto. Le spese processuali venivano poste a carico del convenuto.
2. - Avverso tale sentenza T.D. proponeva impugnazione con atto notificato il 15 luglio 2004, deducendo la nullità della sentenza per violazione del principio del contraddittorio, per non essere stato il giudizio esteso a L.N., comproprietaria del terreno sul quale risultava costruito il fabbricato, l'erroneità della pronuncia di inammissibilità delle domande riconvenzionali, l'erroneità della motivazione e il travisamento dei principi di diritto sottesi all'istituto applicato dal primo giudice, nonchè l'omessa pronuncia sulla domanda di esatta determinazione del confine, essendo stato rilevato uno sconfinamento in suo danno.
Si costituiva S.M. eccependo l'inammissibilità del primo motivo di gravame, afferente a questioni preliminari mai sollevate in primo grado, chiedendo nel merito il rigetto dell'appello.
La Corte d'appello di Catanzaro con ordinanza del 1 aprile 2005 ordinava la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza e, con successiva ordinanza del 26 giugno 2007, rigettava le richieste istruttorie avanzate da parte appellante.
Con sentenza depositata in data 7 aprile 2011, la Corte di merito rigettava l'appello e condannava T.D. alla rifusione in favore di controparte delle spese di lite. In ordine al primo motivo di appello, la corte riconosceva il diritto di proprietà del T., escludendo la comproprietà del coniuge in regime di comunione legale, essendo questi titolare soltanto di un diritto di credito. I giudice del gravame respingevano, inoltre, il secondo e il quarto motivo di impugnazione in quanto infondato, non essendosi il convenuto costituito 20 giorni prima dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 166 c.p.c.. Si rilevava, sotto altro profilo, la correttezza dell'ordinanza con la quale erano state rigettate in appello le richieste istruttorie e si respingeva il terzo motivo di gravame in quanto infondato. Riguardo all'accertamento compiuto dal giudice di prime cure in ordine alla sussistenza della violazione delle distanze legali, la corte d'appello osservava che le limitazioni dettate dai regolamenti locali, ai sensi

degli artt. 872 e 873 c.c., devono considerarsi integrative di quelle stabilite dal codice civile anche quando, per la particolare disciplina disposta da quelle fonti, non sia configurabile il diritto di prevenzione, come nel caso in cui le distanze tra le costruzioni siano stabilite attraverso la formazione di distacchi da realizzare mediante divieto, posto a carico delle proprietà contigue, di costruire a una certa distanza dal confine con criteri rigidi e senza possibilità di alternativa e conseguente impossibilità di costruire sul confine o in aderenza. Il criterio della prevenzione, secondo la pronuncia della corte d'appello, non è applicabile quando la disciplina urbanistica locale, essendo diretta ad assicurare comunque uno spazio libero tra le costruzioni, prescriva che le costruzioni stesse debbano essere tenute a una distanza determinata dal confine, nel qual caso anche colui che costruisce per primo deve mantenere la costruzione alla prescritta distanza dal confine. Detto principio, a parere dei giudici dell'appello, va applicato al caso di specie giacchè il piano di fabbricazione prevede per le residenze distacchi minimi non solo dagli edifici, ma anche dal confine di 15 metri.
3. - Per la cassazione della sentenza d'appello T.D. ha proposto ricorso sulla base di due motivi.
S.M., pur regolarmente intimata, non si è costituita in giudizio.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1- Con il primo motivo di ricorso si censura la violazione o falsa applicazione di norme di diritto, rilevante ex art. 360 c.p.c., n. 3, in punto di violazione del contraddittorio in ottemperanza all'art. 111 e 24 Cost., e art. 102 c.p.c.. Parte ricorrente contesta la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del proprio coniuge, L.N., litisconsorte necessario in quanto moglie del T. in regime di comunione legale dei beni e comproprietaria del fondo sul quale risulta eretta la costruzione colpita da ordine di riduzione in pristino.
2- Il secondo motivo di ricorso deduce il vizio di motivazione ex art. 360 c.p.c., n. 5, quanto alla mancata considerazione del criterio di prevenzione di cui agli artt. 873 e 875 c.c..
3 - Il primo motivo è fondato.
Stando al titolo menzionato in sentenza dalla Corte di Catanzaro dell'8 maggio 1991, il fondo sui cui insiste il fabbricato oggetto di lite è stato acquistato da T.D., il quale dichiarava in atto di essere coniugato ed in regime di comunione legale con L.N.. Non risultano adempiute le formalità di cui al secondo comma dell'art. 179 c.c., per l'esclusione della comunione legale. L'art. 177 c.c., comma 1, lett. a, stabilisce che costituiscono oggetto di comunione attuale "gli acquisti compiuti dai coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi a beni personali". Confluisce, dunque, immediatamente, nel patrimonio comune l'acquisto che i coniugi effettuino congiuntamente. In regime di comunione legale, peraltro, anche gli acquisti effettuati da un solo coniuge entrano a far parte del patrimonio comune: l'altro coniuge ne diventa ex lege contitolare.
Se poi entrambi i coniugi, oppure uno solo di essi, costruiscono un immobile su un fondo comune, si assume che pure tale fabbricato entri nel patrimonio della comunione legale per accessione. In realtà, la disciplina dell'accessione, contenuta nell'art. 934 c.c., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui: essa, pertanto, non trova applicazione nelle ipotesi di costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su suolo comune, cui si applica, invece, la normativa in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge anche a favore dei condomini non costruttori, purchè sia stata realizzata con il

rispetto delle norme sui limiti all'uso da parte del comproprietario delle cose comuni (Cass. 27 marzo 2007, n. 7253; Cass. 19 novembre 2004, n. 21901).
Diverso è il caso della costruzione, da parte di un coniuge, di un edificio su terreno di proprietà esclusiva dell'altro coniuge.
La giurisprudenza di legittimità è costantemente orientata nel senso di dare prevalenza alle norme sull'accessione, e ha, in più occasioni, affermato che l'immobile costruito su un terreno personale del coniuge deve considerarsi di sua esclusiva proprietà (C., S.U., 651/1996; C. 8662/2008; C. 2354/2005; C. 2680/2000; C. 8585/1999).
Allo stesso modo, la costruzione realizzata in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale da entrambi i coniugi sul terreno di proprietà personale esclusiva di uno di essi è a sua volta proprietà personale ed esclusiva di quest'ultimo in virtù dei principi generali in materia di accessione, mentre al coniuge non proprietario, che abbia contribuito all'onere della costruzione spetta, previo assolvimento dell'onere della prova d'aver fornito il proprio sostegno economico, il diritto di ripetere nei confronti dell'altro coniuge le somme spese (C. 20508/2010).
Riguardo al tema del litisconsorzio, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con la sentenza del 23.4.2009 n. 9660, hanno statuito che qualora uno dei coniugi, in regime di comunione legale dei beni, abbia da solo acquistato o venduto un bene immobile da ritenersi oggetto della comunione, il coniuge rimasto estraneo alla formazione dell'atto è litisconsorte necessario in tutte le controversie in cui si chieda al giudice una pronuncia che incida direttamente e immediatamente sul diritto. Non può, invece, ritenersi tale in quelle controversie in cui si chieda una decisione che incide direttamente e immediatamente sulla validità ed efficacia del contratto (vedi anche Cass. 29 gennaio 2013, n. 2082).
Nel caso di specie si controverte sul rispetto delle distanze dell'edificio costruito sul fondo in comunione legale ed è quindi necessaria la partecipazione del coniuge del ricorrente. L'azione con la quale si chiede, nei confronti di uno dei comproprietari dell'immobile confinante, la rimozione, o comunque l'arretramento a distanza legale, di opere assunte come abusivamente eseguite, dà luogo ad un litisconsorzio necessario passivo e la mancata citazione di uno dei litisconsorti costituisce vizio rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo.
In definitiva: 1) ritenuto che il fondo acquistato con atto dell'8 maggio 1991 separatamente da T.D. durante il matrimonio con L.N. costituisse ipso iure oggetto della comunione legale fra i coniugi ai sensi dell'art. 177 c.c., comma 1, lett. a); 2) così come, in base alla disciplina della comunione, ritenuta sussistente la comproprietà pure della costruzione eseguita da uno dei comproprietari su suolo comune nel rispetto delle norme sui limiti all'uso delle cose comuni; 3) va data continuità all'orientamento di questa Corte secondo cui la domanda di demolizione di corpi di fabbrica abusivamente costruiti su un immobile acquistato da coniugi in regime di comunione legale, deve esser proposta nei confronti di entrambi, litisconsorti necessari, ancorchè non risultino dalla nota trascritta nei registri immobiliari nè detto regime, nè l'esistenza del coniuge, non trattandosi di questione concernente la circolazione dei beni e l'anteriorità dei titoli, bensì di azione reale, che prescinde perciò dall'individuazione dell'autore materiale dei lamentati abusi edilizi. L'eventuale violazione del contraddittorio è deducibile anche per la prima volta in sede di legittimità, se risultante dagli atti e non preclusa dal giudicato sulla questione (Cass. 20 marzo 1999, n. 2610; Cass. 1 aprile 2008, n. 8441).
4. - Il secondo motivo di censura, riguardante il vizio di motivazione, rilevante ex art. 360 c.p.c., n. 5, in merito alla ricostruzione di fatto decisivo e controverso per non aver preso in

considerazione il cosiddetto criterio di prevenzione di cui agli artt. 873 e 875 c.c., rimane assorbito dall'accoglimento del primo.

5. L'impugnata sentenza va, quindi, cassata in relazione alla censura accolta.

La causa, ai sensi del combinato disposto dell'art. 383 c.p.c., u.c., e art. 354 c.p.c., data la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti di L.N., deve essere rimessa al giudice di primo grado, che provvederà anche sulle spese di questa fase di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo del ricorso, dichiara assorbito il secondo motivo, cassa la sentenza impugnata in relazione alla censura accolta e rinvia, anche per le spese del presente giudizio, al Tribunale di Vibo Valentia in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 31 marzo 2016.

Depositato in Cancelleria il 28 aprile 2016.

Cass., 10 febbraio 2016, n. 2642

Ai fini dell'acquisto in deroga al regime della comunione legale tra i coniugi, ai sensi dell'art. 179, comma 2, c.c., con riferimento all'ipotesi prevista dal comma 1, lett. f), c.c., occorre la partecipazione all'atto del coniuge non acquirente e la dichiarazione espressa che il coniuge acquirente si è avvalso del corrispettivo di beni immobili e mobili alienati precedentemente, ma non è necessaria, ai fini dell'efficacia della dichiarazione, l'indicazione specifica dei beni cosiddetti surrogati.

RITENUTO IN FATTO

1. - E' impugnata la sentenza della Corte d'appello di Bologna, depositata il 5 luglio 2010, che ha accolto l'appello principale proposto da V.P. avverso la sentenza del Tribunale di Bologna, e rigettato l'appello incidentale proposto da Z. I..

1.1. - Il giudizio di primo grado era stato introdotto nel 1994 da Z.I. perchè fosse dichiarato che l'immobile acquistato dal coniuge V.P., con atto notaio Montanari del 27 ottobre 1939, rientrava nella comunione legale dei beni, che essi coniugi avevano scelto quale regime patrimoniale al momento del matrimonio, celebrato il (OMISSIS).

L'attrice aveva dedotto che nell'atto notarile mancava la dichiarazione del coniuge di acquistare in via esclusiva il bene, e che la scarsa conoscenza della lingua italiana - essendo ella cittadina polacca, da poco trasferita in Italia -le aveva impedito di comprendere appieno il significato di quanto letto dal notaio in sede di stipula, con la conseguenza che la dichiarazione da lei resa era viziata.

In via subordinata, l'attrice aveva formulato domanda di rifusione delle spese e dell'attività svolta per la ristrutturazione dell'immobile, anche con la collaborazione dei suoi familiari.

Il convenuto aveva chiesto il rigetto delle domande e la condanna dell'attrice ai sensi dell'art. 96 c.p.c..

1.2. - Il Tribunale di Bologna aveva accolto la domanda principale della sig.ra Z..

Proponeva appello V.P. per la riforma della decisione;
Z.I. resisteva, riproponendo le domande formulate in citazione e, con appello incidentale, chiedeva l'accertamento della comproprietà dell'immobile in quanto oggetto di donazione indiretta di suo padre.
2. - La Corte d'appello accoglieva il gravame principale sul rilievo che le dichiarazioni rese dai coniugi davanti al notaio, come riportate nell'atto di acquisto dell'immobile, fossero idonee a realizzare l'effetto di sottrarre il bene alla comunione legale.
2.1. - Diversamente da quanto affermato dal giudice di primo grado, la norma di cui all'art. 179 c.c., comma 1, lett. f), non richiedeva l'indicazione dei beni surrogati, nè dell'origine del danaro utilizzato per l'acquisto, mentre era richiesta la partecipazione all'atto dell'altro coniuge. Nella specie, il rogito conteneva la dichiarazione, sottoscritta da entrambi i coniugi, che l'acquisto era effettuato con il corrispettivo dell'alienazione di beni immobili e mobili personali del marito, e che pertanto l'acquisto si intendeva effettuato esclusivamente in suo favore, ai sensi dell'art. 179 c.c., lett. f).
2.2. - Secondo la Corte territoriale era priva di riscontro la dedotta annullabilità dell'atto per vizio del consenso della coniuge. La prospettata incapacità della sig.ra Z. di comprendere il significato della dichiarazione resa davanti al notaio, in conseguenza della scarsa conoscenza della lingua italiana, era smentita sia dalla documentazione attestante gli esami universitari sostenuti dalla stessa in epoca coeva alla stipula, sia dalle dichiarazioni dei testi, tra i quali il notaio rogante.
2.3. - La domanda di accertamento della comproprietà dell'immobile a seguito di donazione indiretta, era inammissibile, in quanto formulata per la prima volta in grado di appello, e comunque infondatezza per mancanza di prova. Per analoga ragione, la Corte d'appello rigettava la domanda subordinata di rifusione delle spese di ristrutturazione dell'immobile.
3. - Per la cassazione della sentenza d'appello ha proposto ricorso Z.I., sulla base di due motivi.
Resiste con controricorso V.P..
Le parti hanno depositato memorie in prossimità dell'udienza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Il ricorso è infondato.
1.1. - Con il primo motivo è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 179 c.c., lett. f).
Si assume che l'interpretazione adottata dalla Corte d'appello della normativa in tema di acquisto in regime di comunione legale tra i coniugi si porrebbe in contrasto sia con il dato testuale, sia con le esigenze di coerenza sistematica.
La ricorrente richiama la pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte n. 22755 del 2009 e voci di dottrina, evidenziando la necessità di una interpretazione che assicuri l'effettività del regime di comunione legale, in coerenza con la volontà del legislatore che ha previsto formalità rigorose per derogare al principio del "coacquisto". In particolare, e poichè nella specie l'acquisto era stato effettuato secondo lo schema della surrogazione di beni alienati ovvero di somme ricavate da disinvestimenti di valori mobiliari, l'atto di acquisto avrebbe dovuto contenere la dichiarazione del sig. V. che il bene era acquistato con il trasferimento o con lo scambio di beni personali, e la puntuale indicazione dei beni "surrogati". L'omissione non era superata dalla presenza della coniuge, odierna ricorrente, tenuto conto che quest'ultima all'epoca aveva una conoscenza approssimativa della lingua italiana, come era

dimostrato dai voti riportati all'esame di lingua e letteratura italiana (19/30) e nella prova scritta di italiano (18/30) presso l'Università di Bologna.
1.2. - La doglianza è infondata.
1.2.1. - La Corte d'appello ha accertato che l'atto di acquisto conteneva la dichiarazione prevista dall'art. 179 c.c., e che la presenza del coniuge non acquirente, che aveva anche sottoscritto l'atto, rendeva quest'ultimo rispondente al modello normativo.
Ciò posto, si osserva che l'accertamento compiuto dalla Corte di merito, nella parte in cui contiene valutazioni di fatto, non è sindacabile in questa sede sotto il dedotto profilo della violazione di legge, mentre l'applicazione della normativa di riferimento alla fattispecie concreta risulta corretta.
1.2.2. - Ai fini dell'acquisto in deroga al regime della comunione legale tra i coniugi, l'orientamento giurisprudenziale più rigoroso (Cass., Sez. U, sentenza n. 22775 del 2009), richiamato anche dalla ricorrente, esige la partecipazione all'atto del coniuge non acquirente e la sussistenza di una delle cause tassative di esclusione della comunione, previste dall'art. 179 c.c., comma 1, lett. e), d) ed f).
Ricorrono nella specie entrambi i requisiti, giacchè la ricorrente - coniuge non acquirente - ha partecipato e sottoscritto l'atto e quest'ultimo contiene la dichiarazione espressa che il coniuge acquirente si è avvalso del corrispettivo di beni immobili e mobili alienati precedentemente. Non era necessaria l'indicazione specifica dei beni cosiddetti surrogati, mentre non è oggetto di censura l'accertata validità della dichiarazione resa dalla ricorrente riguardo alla natura personale dei beni utilizzati per l'acquisto.
2. - Con il secondo motivo è dedotta violazione dell'art. 112 c.p.c. e vizio di motivazione.
Si assume l'omessa pronuncia sulla domanda di rifusione delle spese e degli oneri complessivamente sopportati dalla ricorrente per la ristrutturazione dell'immobile, e si evidenzia che le dichiarazioni dei testi avevano dimostrato l'avvenuta esecuzione di lavori sull'immobile, che la Corte d'appello avrebbe potuto liquidare in via equitativa, ovvero previo espletamento di CTU. In ogni caso, secondo la ricorrente, la motivazione resa sul punto dalla Corte d'appello sarebbe insufficiente.
2.1. - La doglianza è infondata.
2.1.1. - Non sussiste all'evidenza la denunciata omissione di pronuncia.
La Corte d'appello ha rigettato la domanda subordinata della sig.ra Z. per carenza di prova, ed ha argomentato adeguatamente il rigetto, evidenziando la genericità degli elementi emersi dalla prova testimoniale e la "vaghezza delle allegazioni", che neppure consentivano di disporre CTU ovvero di procedere alla liquidazione equitativa delle spese in assunto sostenute.
3. - Al rigetto del ricorso segue la condanna della ricorrente alle spese del giudizio di cassazione, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente alle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi Euro 2.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre accessori di legge.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda civile della Corte suprema di Cassazione, il 14 dicembre 2015.
Depositato in Cancelleria il 10 febbraio 2016.

FORMA DELLA REVOCA DELLA RINUNCIA ALL'EREDITÀ

Cass. 4 luglio 2016, n. 13599

Nel sistema delineato dagli artt. 519 e 525 c.c. in tema di rinunzia all'eredità - la quale determina la perdita del diritto all'eredità ove ne sopraggiunga l'acquisto da parte degli altri chiamati - l'atto di rinunzia deve essere rivestito di forma solenne senza possibilità di equipollenti. Pertanto, la rinunzia all'eredità non fa venir meno la delazione del chiamato, stante il disposto dell'art. 525 c.c. e non è, pertanto, ostativa alla successiva accettazione, che può essere anche tacita, allorquando il comportamento del rinunciante sia incompatibile con la volontà di non accettare la vocazione ereditaria.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

D.G.A., DI.GI.An., D.G.E. e L. B.S., in proprio e nella qualità di eredi di D.G. C., convenivano il Ministero della giustizia davanti alla Corte di appello di Caltanissetta chiedendone la condanna al pagamento di quanto ad essi spettante a titolo di equa riparazione per la durata non ragionevole di un processo intrapreso dal loro dante causa e dalla madre, L.B.S., in data 24 ottobre 1997 davanti al Pretore di Sciacca, in opposizione a decreto ingiuntivo chiesto ed ottenuto dalla Sicilcassa s.p.a..

Nel corso di tale procedimento, e precisamente poco prima del deposito della sentenza di primo grado, avvenuto il 18.10.2005, con cui veniva revocato il di, decedeva l'opponente D.G. (in data 19 febbraio 2003), per cui l'appello, interposto dalla Cross Factor s.p.a. (cessionaria del credito in esame), avanti alla Corte di appello di Palermo, veniva notificato nei confronti degli eredi ed il processo si concludeva con sentenza depositata il 26 ottobre 2011, di rigetto del gravarne.

La Corte di appello di Caltanissetta, con decreto depositato il 10 gennaio 2013, ha dichiarato inammissibile la domanda proposta dai ricorrenti iure ereditario, risultando dalla sentenza della Corte di appello di Palermo (pronunciata nel giudizio presupposto) che gli stessi avevano rinunciato, puramente e semplicemente all'eredità relitta di D.G.C.. Per quanto atteneva all'azione proposta iure proprio, osservava che la L.B. aveva agito personalmente in entrambi i gradi del giudizio e determinava in sette anni e cinque mesi il ritardo non ragionevole nella definizione del giudizio, durato complessivamente quattordici anni, da cui andavano detratti tre anni per il primo grado, altri tre anni per l'appello, che era stato di media difficoltà (per la necessità di acquisire documenti) e sette mesi, intercorrenti tra il deposito della sentenza di primo grado e la proposizione del gravame (dal 18.10.2005 al 17.5.2006), non addebitabili al sistema giustizia, per cui liquidava un'indennità pari ad Euro 6.666,66, oltre interessi legali dalla domanda.

Relativamente alla posizione degli altri ricorrenti D.G., poichè l'atto di appello del 17.5.2006 li aveva citati in proprio, agli stessi spettava l'equa riparazione e determinato il ritardo quanto al giudizio di gravame in due anni e cinque mesi, a fronte della durata complessiva di cinque anni e cinque mesi (dal 17.5.2006 al 26.10.2011), detratti tre anni, per cui liquidava per ciascuno C,.

1.812,50, oltre interessi dalla domanda.

Le spese del giudizio venivano interamente compensate in ragione della peculiarità della fattispecie.

Per la cassazione di tale decisione i D.G. e la L.B. propongono ricorso, affidato a quattro motivi. Il Ministero intimato presso la stessa sede del dicastero non ha svolto difese.
All'udienza del 14.10.2014 veniva disposta la rinnovazione della notificazione del ricorso al Ministero presso l'Avvocatura generale in Roma, adempimento che veniva adempiuto dai ricorrenti in data 6 maggio 2015, in esito al quale l'Amministrazione svolgeva difese con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Collegio ha deliberato l'adozione di una motivazione in forma semplificata. Con il primo motivo viene denunciata violazione e falsa applicazione della L. n. 89 del 2001, art. 2, comma 1, nonchè dell'art. 6 della Cedu, censurandosi l'affermazione della corte di merito circa l'efficacia attribuita alla rinuncia all'eredità da parte degli stessi, avvenuta puramente e semplicemente, per la delazione dei chiamati non era venuta meno, stante il disposto dell'art. 525.
La censura è fondata.
Questa Corte ha già avuto modo di affermare che nel sistema delineato dagli artt. 519 e 525 c.c. in tema di rinunzia all'eredità - la quale determina la perdita del diritto all'eredità ove ne sopraggiunga l'acquisto da parte degli altri chiamati l'atto di rinunzia deve essere rivestito di forma solenne (dichiarazione resa davanti a notaio o al cancelliere e iscrizione nel registro delle successioni) (Cass. 29 marzo 2003 n. 4846; Cass. 12 ottobre 2011 n. 21014; Cass. 20 febbraio 2013 n. 4274), senza possibilità di equipollenti. In coerenza con questo orientamento, si è espressamente escluso che la rinuncia all'eredità possa essere fatta mediante scrittura privata autenticata; in tal senso questa Corte (v. Cass. 11 gennaio 2011 n. 444) si è già espressa affermando (in motivazione): "del tutto infondata risulta la tesi in diritto del ricorrente, secondo cui la rinuncia all'eredità può anche essere fatta con scrittura privata autenticata, sia perchè contraria alla disciplina di cui agli artt. 519 e 525 c.c., come statuito da questa Corte (tra le altre, Cass. n. 4846 del 2003 cit.), sia perchè atto di notevole incidenza in tema di successione ereditaria, riguardo, in particolare, ai chiamati all'eredità e ai creditori". E' stato aggiunto che "la rinunzia all'eredità non fa venir meno la delazione del chiamato, stante il disposto dell'art. 525 c.c. e non è, pertanto, ostativa alla successiva accettazione, che può essere anche tacita, allorquando il comportamento del rinunciante (che, nella specie, si era costituito in giudizio, allegando la sua qualità di erede e riportandosi alle difese già svolte dal "de cuius") sia incompatibile con la volontà di non accettare la vocazione ereditaria (v. Cass. 18 aprile 2012 n. 6070).
A tale principio, che va ribadito in questa sede, la Corte di merito non si è adeguata e ha, pertanto erroneamente ritenuto che, con la loro condotta processuale, i ricorrenti abbiano rinunciato all'eredità di D.G.C., e ha, conseguentemente, respinto la domanda loro avanzata di equa riparazione iure hereditatis.
Con il secondo motivo viene dedotta violazione e falsa applicazione della L. n. 89 del 2001, art. 2, commi 2 e 3, e dell'art. 6 della Cedu, censurandosi l'individuazione, per la decorrenza della determinazione del periodo di durata non ragionevole, della data di entrata in vigore della L. n. 89 del 2001, in particolare con riferimento alla detrazione del periodo di sette mesi intercorrente tra il deposito della sentenza di primo grado e la proposizione dell'appello.
Il motivo è fondato nei limiti di seguito precisati.

La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali garantisce all'art. 6, par. 1 ad ogni persona il diritto che la sua causa sia definita in un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge. Si tratta di diritto soggettivo perfetto nei confronti dello Stato, che presuppone necessariamente l'instaurazione del rapporto processuale tra le parti del processo e il giudice.
Soltanto laddove la domanda sia stata sottoposta agli organi giurisdizionali dello Stato, infatti, sorge il dovere di questi di darvi soddisfazione entro un termine ragionevole. Ne deriva che la durata del processo postula la sua pendenza davanti ad un organo della giurisdizione, e che non può tenersi conto dei periodi nei quali la controversia civile sia sottratta all'esame e alla decisione del giudice, come avviene allorchè, essendosi il giudice già pronunciato, con provvedimento definitivo e idoneo alla formazione del giudicato, ancorchè impugnabile, alle parti sia lasciato dalla legge uno spatium deiberandi in ordine all'eventuale impugnazione, mentre solo in conseguenza del concreto esercizio dell'azione - in questo caso in via d'impugnazione del provvedimento già emesso - si ripropone l'esigenza di una risposta degli organi della giurisdizione in un tempo ragionevole (v. Cass. 10 maggio 2010 n. 11307).
E quindi compito del giudice dell'equa riparazione verificare di volta in volta, tenuto conto delle circostanze delle singole vicende processuali, quale sia in concreto stato il comportamento della parte che chiede l'equa riparazione tra un grado e l'altro, e scomputare dalla durata complessiva del giudizio solo il lasso di tempo non riconducibile, secondo il suo prudente apprezzamento, all'esercizio del diritto di difesa. E' evidente che, ove una parte, per perseguire un proprio interesse, non si avvalga di una facoltà, come ad esempio quella della notificazione della sentenza a sè favorevole a fini sollecitatori, e lasci quindi decorrere tutto intero il termine lungo per la proposizione dell'impugnazione, non può pretendere che il termine decorso venga tutto intero addebitato alla organizzazione giudiziaria, dovendo al contrario, come detto, il giudice dell'equa riparazione apprezzare in concreto il comportamento della parte stessa anche in relazione al mancato esercizio di detta facoltà.
Escluso, quindi, che possa imputarsi alla parte tutto il lasso di tempo intercorso tra un grado di giudizio e l'altro, spetta al giudice dell'equa riparazione apprezzare nelle singole situazioni concrete quanta parte del tempo occorso per la instaurazione del giudizio di impugnazione sia riferibile ad esercizio del diritto di difesa, come tale non addebitabile alla parte, e quanta, invece, alla scelta processuale delle parti di non utilizzare la facoltà sollecitatoria di cui si è detto, con la conseguenza che il relativo lasso temporale andrà riferito al comportamento processuale della parte (cfr., sul punto, Cass., sentt. n. 10632 e n. 5212 del 2007).
Nella specie, la Corte di merito ha scomputato dalla durata complessiva del processo presupposto tutto il periodo compreso fra il deposito della sentenza di primo grado e la notifica dell'impugnazione della stessa - in difformità dal principio di diritto appena enunciato anzichè detrarre il periodo corrispondente al termine previsto per l'impugnazione ed apprezzare la condotta tenuta dalle parti in ordine alla notifica della sentenza.
L'accoglimento dei primi due motivi del ricorso, il secondo nei limiti sopra esposti, assorbe l'esame degli ulteriori due mezzi con i quali i ricorrenti lamentano la "violazione della L. n. 89 del 2001, art. 2, comma 1, oltre a contestuale violazione dell'art. 6 della CEDU per avere la corte di merito erroneamente determinato l'indennizzo da eccessiva durata del processo, senza riconoscere C. 1.500,00/2.000,00 per ogni anno di ritardo" (terzo motivo) nonchè la "violazione dell'art. 92 c.p.c., comma 2, per avere la corte di merito compensato le spese processuali, in assenza dei presupposti" (quarto motivo). Conclusivamente, il ricorso deve

essere accolto nei termini e nei limiti sopra indicati. Il decreto impugnato deve essere cassato, e la causa va rinviata ad altro giudice - che viene individuato nella Corte d'appello di Caltanissetta in diversa composizione - che la riesaminerà alla luce dei rilievi dianzi svolti.
Alla predetta Autorità è demandato anche il regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, accoglie il ricorso; cassa il decreto impugnato e rinvia la causa, anche per le spese de1 giudizio di Cassazione, alla Corte d'appello di Caltanissetta in diversa composizione.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Sesta Civile - 2, il 4 febbraio 2016.
Depositato in Cancelleria il 4 luglio 2016.

LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA E TUTELA DEI CREDITORI. ACCETTAZIONE TACITA DELL'EREDITÀ

Cass. 2 febbraio 2016, n. 1996

In tema di legato in sostituzione di legittima, integrando la mancata rinuncia al lascito un atto di gestione del rapporto successorio da parte del beneficiario, confermativo "ex lege" della già realizzata attribuzione patrimoniale, è inammissibile l'azione surrogatoria proposta dal creditore dell'istituito per ottenere la legittima, postulando tale azione l'inerzia del debitore, quale comportamento omissivo o, quantomeno, insufficientemente attivo, che va esclusa in presenza di un qualsivoglia comportamento positivo, ancorché pregiudizievole per le ragioni creditorie, attraverso cui il debitore manifesti (come nella specie) la volontà di gestire il proprio patrimonio.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 16 e il 18 settembre 2006, U.R. convenne in giudizio L. e B.S. esponendo che, essendo creditore nei confronti di B.L. della somma di Euro 164.507,93, in forza di titoli esecutivi rappresentati da due sentenze del Tribunale di Torino, aveva proceduto a pignorare la quota di un mezzo dei beni immobili pervenuti alla stessa convenuta per effetto della successione legittima della madre, deceduta il (OMISSIS). Notificato l'avviso al presunto coerede B.S., questi era intervenuto all'udienza di audizione delle parti, facendo rilevare l'avvenuta pubblicazione del testamento olografo datato 10.09.1997, con il quale la de cuius aveva istituito erede universale, appunto, il figlio S., disponendo solo di alcuni beni immobili a favore della figlia L.. L' U. aveva, pertanto, anche a seguito dell'opposizione di terzo proposta da B.S., rinunciato agli atti esecutivi con riferimento ad alcuni beni ereditari, sicchè l'esecuzione era proseguita solo rispetto ad uno di essi. Ciò premesso, l' U. proponeva domanda per ottenere in via surrogatoria, ex artt. 2900 e 553 c.c., la reintegrazione della quota riservata a B.L., interpretando la disposizione testamentaria a favore della sua debitrice come legato in conto di legittima; altrimenti, intendendo il lascito come legato in sostituzione di legittima, chiedeva di surrogarsi nell'esercizio della facoltà di rinuncia al legato stesso. In subordine, ove non fosse stata ritenuta ammissibile la surrogazione, chiedeva, ai sensi dell'art. 2901 c.c., che venissero dichiarati inefficaci quei comportamenti concretatisi nella mancata rinuncia al legato ovvero quegli atti dispositivi del legato, da ritenersi deliberatamente pregiudizievoli degli interessi del creditore.

Si costituiva in giudizio il solo B.S. mentre rimaneva contumace B.L.. Il convenuto B.S. deduceva, per quanto qui rilevi, che la disposizione testamentaria controversa prevedesse un legato in sostituzione di legittima e che lo stesso fosse stato definitivamente acquistato dalla sorella, in quanto entrata nel possesso del bene legato, con conseguente perdita della facoltà di esercitare l'azione di riduzione. Con sentenza depositata il 28 novembre 2007, il Tribunale di Torino dichiarava inammissibili le domande attoree e compensava tra le parti le spese di lite. U.R. proponeva appello e la Corte d'Appello di Torino, con sentenza n. 1824/2010, depositata il 09/12/2010, rigettava le domande dell'attore, nella sostanza confermando la decisione di prime cure. La Corte torinese conveniva sull'esperibilità in via surrogatoria da parte del creditore dell'azione di reintegrazione della quota di riserva spettante al proprio debitore, in quanto tale azione, attraverso la dichiarazione di inefficacia della disposizione testamentaria lesiva della legittima, mira ad una reintegrazione del patrimonio del legittimario, ed ha perciò un preminente contenuto patrimoniale, come confermato dall'art. 557 c.c., che ammette la

relativa legittimazione attiva non solo del legittimario pretermesso, ma anche dei suoi eredi o aventi causa. Tuttavia, disattendendo il primo motivo di gravame, la Corte di Torino reputava corretta la soluzione data dal primo giudice quanto alla qualificazione della disposizione testamentaria a favore di B.L. quale legato, anzichè quale ìnstitutio ex re certa.
La sentenza della Corte di merito trascriveva il contenuto del testamento del 10 settembre 1997, pubblicato in data 21 settembre 2005, col quale Bo.Id. aveva cosi disposto: "nomino mio erede universale mio figlio B.S. ... a mia figlia L. lascio quale quota di riserva a lei spettante per legge i locali situati a pian terreno di via (OMISSIS) attualmente dati in affitto alla Ditta Nicars e il locale vicino alla vecchia entrata di via (OMISSIS), attualmente dato in affitto al sig. S.M.... per quanto possa occorrere preciso che tutto ciò che non è stato specificamente elencato rientri nella devoluzione effettuata a favore di mio figlio S.". Sulla base del dato letterale, i giudici del gravame hanno ritenuto evidente come la de cuius avesse limitato l'uso dell'espressione "erede" nei confronti del solo figlio S., mentre la posizione della figlia Laura veniva affrontata soltanto in seconda battuta al fine di attribuirle specifici beni determinati. La lettura coordinata delle due disposizioni rendeva evidente sul piano logico, per la Corte di merito, come il fine perseguito dalla testatrice fosse quello di escludere la qualifica di erede in capo alla figlia, limitandone le ragioni di legittimaria ai soli beni individuati nel testamento. La ricostruzione offerta dal tribunale in primo grado veniva così confermata anche quanto alla qualificazione del legato come in sostituzione di legittima. Ciò premesso, la decisione di appello affermava che la rinuncia al legato, in quanto espressione di esercizio di discrezionalità da parte del debitore, non possa essere esercitata in via surrogatoria. Per di più, il mancato esercizio della facoltà di rinuncia al legato in sostituzione di legittima non potrebbe intendersi come inerzia del debitore, agli effetti dell'art. 2900 c.c., assumendo, piuttosto, un significato giuridico ben preciso quale volontà di conservare nel proprio patrimonio i beni oggetto di legato. Sicchè solo il debitore, nel limite temporale di prescrizione dell'azione di riduzione, potrebbe con atto discrezionale decidere di disporre di tali beni, sempre che non abbia previamente tenuto comportamenti incompatibili con la volontà di rinunciare. Anche sul punto, pertanto, la Corte di Torino confermava la sentenza di primo grado, la quale aveva negato la possibilità del creditore di surrogarsi nell'esercizio della facoltà di rinuncia al legato. Da ultimo, la sentenza d'appello smentiva altresì la presunta illegittimità costituzionale del combinato disposto di cui agli artt. 551 e 2900 c.c., nella misura in cui non si ammetta la possibilità del creditore di surrogarsi nella facoltà di scelta spettante al debitore, per disparità di trattamento con i casi del creditore del legittimario pretermesso o al destinatario di un legato in conto di legittima. La sentenza dei giudici torinesi evidenziava che la diversità delle situazioni considerate giustifica un differente trattamento giuridico. Nel legato in sostituzione di legittima il testatore intende soddisfare il diritto del legittimario alla quota di riserva e lega un bene che presume sufficiente allo scopo, e il legislatore tutela tale presunzione, imponendo al legatario di rinunciare al legato per agire in riduzione. Diversa è l'ipotesi del legittimario pretermesso, nella quale la lesione del diritto patrimoniale ad una quota dell'eredita è di per sè evidente, cosi come diversa è l'ipotesi del legato in conto di legittima, in cui lo stesso testatore è consapevole della mancata soddisfazione delle ragioni del legittimario. Nè, nel caso del legato in sostituzione di legittima, il creditore rimane privo di tutela, potendo in ogni caso aggredire il bene legato. Avverso la sentenza della Corte d'appello di Torino U.R. ha proposto ricorso per cassazione,

articolato in due motivi. Si difende con controricorso B.S., il quale ha chiesto il rigetto del ricorso. Il ricorrente ha presentato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Col primo motivo di ricorso U.R. denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 551 e 2900 c.c. Il ricorrente premette la novità della questione interpretativa oggetto di lite, non essendo altrimenti controverso che il creditore di un erede legittimario pretermesso possa agire in via surrogatoria onde ottenere la riduzione delle disposizioni lesive del proprio debitore.

Il medesimo ricorrente inoltre esclude che sia contestato il dato che la debitrice B.L. avesse tenuto comportamenti da cui si potesse desumere inequivocabilmente la sua volontà di conservare il legato. L'unica questione di diritto che si pone col primo motivo, pertanto, si riduce a verificare se sia o meno possibile al creditore di un legittimario, beneficiato a mezzo di un legato in sostituzione di legittima, di surrogarsi, stante l'inerzia del medesimo, nell'azione finalizzata ad ottenere la legittima. Essendo, d'altro canto, la previa rinuncia al legato condizione di procedibilità per l'esperibilità dell'azione tendente ad ottenere la legittima, la conclusione della Corte d'appello, per la quale sarebbe precluso al creditore agente in surroga di concretare detta condizione di procedibilità, equivarrebbe, avverte il ricorrente, a dire che, senza un atto volontario del debitore, non è possibile al suo creditore portare l'azione in questione in via di surroga. Se così fosse, deduce il primo motivo di ricorso, le ragioni e le aspettative dei creditori del legittimario potrebbero essere vanificate da un testatore particolarmente attento ed avveduto che, sapendo di una pesante situazione debitoria di uno dei suoi legittimari, lo benefici di un legato in sostituzione di legittima irrisorio o comunque inferiore a quanto sarebbe spettato al legittimario stesso, così assicurando a quest'ultimo di sottrarsi al pagamento dei propri debiti. Contesta il ricorrente che l'inerzia rilevante ex art. 2900 c.c. è unicamente quella relativa al mancato esercizio dei diritti che competono al legittimario.

2. Col secondo motivo di ricorso si assume la violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 24 Cost. in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, con subordinata eccezione di incostituzionalità degli art. 551 e 2900 c.c., così come interpretati dalla Corte di Appello di Torino. Viene ribaltato il ragionamento della Corte di merito, nel senso che una lettura costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 551 e 2900 c.c., in forza del principio di eguaglianza dei creditori, dovrebbe portare a riconoscere la prevalenza del diritto di questi sul diritto del legittimario a non subire ingerenze nella propria sfera giuridica. Altrimenti, ove davvero il combinato disposto degli artt. 551 e 2900 c.c. si intendesse preclusivo della surroga del creditore, esso si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza e di ragionevolezza.

3. Iniziando con l'esame del primo motivo, si ha riguardo, con la disposizione contenuta nel testamento del 10 settembre 1997 di Bo.Id. in favore della figlia B.L. (per quanto affermato dai giudici di merito e non censurato in questa sede), ad un legato in sostituzione di legittima, ex art. 551 c.c. La testatrice, invero, nominava suo erede universale il figlio B.S., mentre lasciava alla figlia L. "quale quota di riserva a lei spettante per legge" alcuni immobili.

3.1. E' vero, infatti, che l'attribuzione patrimoniale oggetto del legato in sostituzione di legittima, è appunto caratterizzata dall'intenzione del testatore di soddisfare integralmente mediante la stessa i diritti del legittimario, non essendo peraltro richiesto che l'alternativa offerta al predetto di chiedere l'integrazione della legittima o di conseguire il legato risulti

espressamente nel contesto dell'atto, atteso che le conseguenze giuridiche dell'esercizio (o del mancato esercizio) del potere di scelta spettante all'istituito sono espressamente previste dall'art. 551 c.c. (Cass. 15 marzo 2006, n. 5779). Questa Corte ha anche spiegato che il legato in sostituzione di legittima si atteggia come una disposizione a titolo particolare sottoposta a condizione risolutiva, nel senso che soltanto l'eventuale rinuncia determina il venir meno della sostituzione e consente al legittimario di reclamare la quota di riserva spettantegli per legge sui beni ereditari (Cass. 27 giugno 2013, n. 16252).
Altrimenti, la rinuncia del legittimario, in favore del quale il testatore abbia disposto ai sensi dell'art. 551 c.c. un legato avente ad oggetto un bene immobile, deve avvenire in forma scritta ex art. 1350 c.c., comma 1, n. 5, risolvendosi tale rinuncia in un atto dismissivo della proprietà di beni già acquisiti al suo patrimonio;
infatti, l'automaticità dell'acquisto non è esclusa dalla facoltà alternativa attribuita al legittimario di rinunciare al legato e chiedere la quota di legittima, tale possibilità dimostrando soltanto che l'acquisto del legato a tacitazione della legittima è sottoposto alla condizione risolutiva costituita dalla rinuncia del beneficiario (Cass. sez. un. 29 marzo 2011, n. 7098).
In tal senso, il legato in sostituzione di legittima, al pari di ogni altro legato, ai sensi dell'art. 649 c.c., comma 1, si acquista "ipso iure" senza bisogno di accettazione. Peraltro, il comportamento del beneficiario di tale legato è suscettibile di evidenziare la volontà, espressa o tacita, di conservare il lascito testamentario, sicchè assume, per un verso, valore confermativo della già realizzata acquisizione patrimoniale, e comporta, per l'altro, l'immediata perdita "ope legis" del diritto di chiedere la legittima a norma dell'art. 551 c.c. (Cass. 27 maggio 1996, n. 4883).
3.2. Non è neppure più questione del presente giudizio la possibilità per i creditori del legittimario pretermesso (i quali non rientrano nella categoria degli "aventi causa", direttamente legittimati ai sensi dell'art. 557 c.c., comma 1) di agire in via surrogatoria ex art. 2900 c.c. con la domanda di riduzione a tutela delle loro ragioni, sul presupposto che la legittima sia un diritto di natura patrimoniale.
3.3. Quel che è al centro del primo motivo di ricorso è se sia esperibile azione surrogatoria ex art. 2900 c.c. dal creditore del legittimario cui sia stato lasciato un legato in sostituzione di legittima, laddove lo stesso legittimario non provveda a rinunciare al legato ed a chiedere la legittima.
Conformemente a quanto affermato dalla Corte d'Appello di Torino, a tale interrogativo deve darsi risposta negativa, per difetto del presupposto dell'inerzia del debitore nell'esercizio dei propri diritti, fissato dall'art. 2900 c.c..
Non è, peraltro, rilevante l'obiezione mossa dal controricorrente, secondo cui l' U. avrebbe comunque dovuto sperimentare preliminarmente l'actio interrogatoria di cui all'art. 650 c.c., in quanto, per come risultano ricostruite le vicende di lite, alcuna incertezza sull'acquisto poteva insorgere alla stregua del comportamento avuto dalla legataria B.L..
Piuttosto, l'esperibilità dell'azione surrogatoria postula, invero, l'inerzia del debitore, cioè un comportamento omissivo o quanto meno insufficientemente attivo, al quale non può parificarsi un comportamento positivo, ancorchè pregiudizievole per le ragioni del creditore, giacchè tale comportamento positivo, quale atto di amministrazione del proprio patrimonio spettante al debitore, non è un indice di trascuratezza nell'esercizio del proprio diritto e non consente, perciò, interferenze da parte del creditore, salvo a costituire oggetto di revocatoria,

ove ne ricorrano gli estremi, ai sensi dell'art. 2901 c.c. Non può quindi mai pensarsi all'azione ex art. 2900 c.c. qualora il debitore abbia posto in essere condotte sufficienti a far ritenere utilmente espressa la sua volontà in ordine alla gestione del rapporto, in quanto il creditore non può chiedere di sostituirsi al debitore per sindacare le modalità con cui questi abbia ritenuto di esercitare la propria situazione giuridica, o per contestarne le scelte e manifestazioni di volontà (Cass. 12 aprile 2012, n. 5805; Cass. 4 agosto 1997, n. 7187; Cass. 28 maggio 1988, n. 3665).
Come invece già ricordato, nel sistema delineato dall'art. 551 c.c., il silenzio osservato dal beneficiario del legato in sostituzione di legittima evidenzia comunque la sua volontà di conservare il lascito testamentario, ed ha, quindi, valore confermativo della già realizzata acquisizione patrimoniale, laddove solo se egli preferisca rinunciare al legato viene a trovarsi nella medesima situazione di quello pretermesso, con la conseguenza di dover esperire l'azione di riduzione per partecipare alla comunione ereditaria e conseguire altrimenti la legittima di sua spettanza.
Mentre, quindi, nell'ipotesi del legittimario pretermesso, l'assenza di iniziativa dell'erede debitore può assumere rilievo di inerzia, tale da fondare resperimento dell'azione surrogatoria, nella fattispecie di cui all'art. 551 c.c. le conseguenze giuridiche del mancato esercizio del potere di rinuncia spettante all'istituito sono espressamente previste dalla legge e non implicano alcuna trascuratezza nell'esercizio dei suoi diritti, quanto un atto volitivo gestorio del rapporto successorio e quindi del proprio patrimonio, tale da escludere l'ammissibilità dell'azione surrogatoria.
3.4. Altro è domandarsi (ma la questione non è più oggetto del presente giudizio, dopo che la Corte di merito ha ritenuto inammissibile la domanda proposta in via subordinata dall' U.) se il silenzio del legatario, sempre in ipotesi di legato in sostituzione di legittima, ovvero anche l'espressa accettazione del legato, possano essere oggetto di azione revocatoria a tutela delle ragioni del creditore del legatario, in quanto atti con cui il legittimario debitore si priva della possibilità di esperire l'azione di riduzione, e che perciò rivelano una manifestazione di volontà negoziale del debitore avente portata peggiorativa della sua situazione patrimoniale.
Sul punto, in un recente precedente di questa Corte, è stata comunque ritenuta inammissibile l'azione revocatoria rispetto all'atto di adesione al legato in sostituzione di legittima e di rinuncia all'esercizio dell'azione di riduzione, in quanto, sostanziandosi l'atto di disposizione nella rinuncia ad una facoltà, l'eventuale accoglimento della revocatoria comunque non consentirebbe al creditore di soddisfare le proprie ragioni, restando i beni nella proprietà dei soggetti individuati dal "de cuius" sino al positivo esperimento dell'azione di riduzione, che presuppone la rinuncia al legato (Cass. 19 febbraio 2013, n. 4005).
Consegue il rigetto del primo motivo.
4. Alla stregua delle considerazioni esposte, discende, peraltro, pure la manifesta infondatezza del secondo motivo, quanto al contrasto, ovvero all'illegittimità costituzionale, della prescelta interpretazione degli artt. 551 e 2900 c.c. con riguardo agli artt. 3 e 24 Cost.. Sono state, infatti, indicate le evidenti diversità sostanziali correnti tra la condizione del debitore legittimario pretermesso e la condizione del debitore legatario in sostituzione di legittima: sicchè alcuna irragionevolezza, lesiva dei principi di eguaglianza e del diritto di azione, è ravvisabile nel fatto che il creditore del legittimario pretermesso possa eventualmente agire in via surrogatoria ex art. 2900 c.c. con la domanda di riduzione, mentre ciò è precluso al creditore del legittimario cui sia stato lasciato un legato in sostituzione di legittima. Tale

diversità trova spiegazione nel fatto che il debitore legatario in sostituzione di legittima, il quale preferisca conseguire il legato, non può considerarsi inerte nell'esercizio dei propri diritti, ma, anzi, pone in essere un atto positivo di gestione della vicenda successoria, atto che il creditore potrà eventualmente contrastare con altri strumenti conservativi della garanzia patrimoniale.

Il ricorso va pertanto rigettato.

La novità della questione di diritto trattata giustifica la compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della sezione seconda civile della Corte Suprema di Cassazione, il 13 gennaio 2016.

Depositato in Cancelleria il 2 febbraio 2016.

Cass., 26 settembre 2016, n. 18830

Tenuto conto che non possono essere ritenuti atti di accettazione tacita quelli di natura meramente conservativa, che il chiamato può compiere anche prima dell'accettazione, ai sensi dell'art. 460 c.c., la questione si sposta sull'indagine relativa all'esistenza di un comportamento qualificabile in termini di accettazione tacita, che si risolve in un accertamento di fatto riservato al Giudice del merito, che non è censurabile in sede di legittimità.

RITENUTO IN FATTO

1. - E' impugnata la sentenza della Corte d'appello di Salerno, depositata il 15 febbraio 2008 e notificata il 9 aprile 2008, che ha parzialmente riformato la sentenza non definitiva del Tribunale di Vallo della Lucania n. 311 del 2004, nel procedimento introdotto nel 1995 da De.Lu.Cl. , in proprio e quale procuratrice di B.A. e dei germani A.M. , (+Altri) , per la dichiarazione di apertura della successione ab intestato di D.L.F. , deceduto il (OMISSIS) , e del germano D.L.G. , e lo scioglimento della comunione ereditaria nei confronti di d.l.c. , De.Lu.Lu. , D.L.M. , D.L.F. e C.M.R. .

1.2. - Per quanto riportato nella sentenza d'appello e ancora di rilievo in questa sede, il Tribunale dichiarò prescritto il diritto di accettare l'eredità relativamente ai sigg. B.A. , A.M. , (+Altri) .

2. - La Corte d'appello, in accoglimento del gravame principale, ha riformato sul punto la decisione, ritenendo che la procura generale rilasciata il 25 marzo 1966, per notaio P. di XXXXXXXX, da B.A. , in proprio e quale procuratrice della (allora) figlia minore D.L.A.M. , e da (+Altri) , contenesse l'accettazione implicita dell'eredità del de cuius, morto sei anni prima.

La Corte d'appello ha quindi rigettato il gravame incidentale, proposto da D.L.F. e L.S.C. (moglie di De.Lu.Lu. , deceduto nel corso del giudizio di primo grado), perchè fosse accertata la prescrizione del diritto di accettare l'eredità relativamente ai sigg. Cl. , c. e D.L.M. e C.M.R. .

3. - Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso L.S.C. , (+Altri) , anche in qualità di eredi di De.Lu.Lu. , sulla base di due motivi. Sono rimasti intimati De.Lu.Cl. in proprio e nella qualità di procuratrice speciale dei sigg. D.L.A.M. , (+Altri) .

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Il ricorso è infondato.

1.1. - Con il primo motivo è dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 460 c.c. e vizio di motivazione.

I ricorrenti contestano l'idoneità in sè dell'atto di procura generale, rilasciata per il compimento di atti di conservazione del patrimonio, a produrre l'effetto di accettazione dell'eredità, e, in ossequio al disposto dell'art. 366-bis c.p.c., applicabile ratione temporis, formulano il seguente quesito di diritto: "(se) il rilascio di una procura generale, da parte di alcuni chiamati all'eredità, diretta all'amministrazione di tutti i propri beni (non solo di quelli caduti in successione) può comportare l'accettazione tacita dell'eredità e l'acquisizione dello status di erede".

1.2. - La doglianza è infondata.

La Corte d'appello ha ritenuto, con argomentazione esaustiva e congrua, che il tenore della procura generale rilasciata nel 1966 dai consorti D.L. , residenti negli (OMISSIS) , al parente Lu. , residente in XXXXXX, esprimesse la volontà di accettare l'eredità del de cuius D.L.F. , deceduto sei anni prima, in quanto conferiva al predetto Lu. ampi poteri gestori su tutti i beni di qualsiasi specie da essi posseduti, con riferimento esplicito a quelli ereditari ("a cagione dell'eredità"). La ratio della decisione non risiede, dunque, nella equiparazione tra il rilascio della procura generale ad amministrare da parte dei soggetti chiamati all'eredità e l'accettazione dell'eredità stessa, denunciata dai ricorrenti con il quesito, che si rivela perciò non pertinente, ma nella qualificazione del comportamento dei chiamati - rappresentato dal conferimento di quella procura generale, con quel contenuto e in quelle circostanze di tempo e di luogo - in termini di accettazione dell'eredità.

Ribadito il principio secondo cui non possono essere ritenuti atti di accettazione tacita quelli di natura meramente conservativa, che il chiamato può compiere anche prima dell'accettazione ai sensi dell'art. 460 c.c., la questione si sposta sull'indagine relativa alla esistenza di un comportamento qualificabile in termini di accettazione tacita, che si risolve in un accertamento di fatto riservato al giudice del merito, alla luce delle peculiarità della singola fattispecie, che non è censurabile in sede di legittimità, purchè la relativa motivazione risulti immune da vizi logici o da errori di diritto (ex plurimis, Cass., sez. 3, sentenza n. 12753 del 1999).

2. - Con il secondo motivo è dedotta violazione dell'art. 116 c.p.c. e vizio di motivazione, e si contesta la valutazione effettuata dalla Corte d'appello del contenuto dell'atto di procura in oggetto, riportato nel ricorso in ossequio al principio di autosufficienza.

2.1. - La doglianza è infondata.

Il sindacato di questa Corte sull'attività di interpretazione delle prove anche documentali, che spetta al giudice del merito, è limitato al controllo di congruità della motivazione, e la parte che intenda denunciare con il ricorso per cassazione un errore di diritto o un vizio di ragionamento nell'interpretazione di un atto è onerata della specificazione dei canoni che in concreto assuma violati ed il punto ed il modo in cui il giudice del merito si sia dagli stessi discostato, non potendosi limitare a contrapporre la propria interpretazione a quella accolta nella sentenza impugnata (ex plurimis, Cass., sez. L, sentenza n. 25728 del 2013). Nel caso in esame, i ricorrenti non indicano i canoni interpretativi in assunto violati dalla Corte d'appello

e prospettano una inammissibile comparazione tra le due procure, rilasciate entrambe nell'anno 1966 a De.Lu.Lu. dai due gruppi di chiamati all'eredità del de cuius D.L.F. .
Neppure si ravvisa la denunciata contraddittorietà della motivazione nella parte in cui la Corte d'appello ha ritenuto che il riferimento, contenuto nella procura in oggetto, alla facoltà di rinunciare alle eredità "che ai mandanti fossero devolute" concernesse eredità future. La lettura che la Corte di merito ha fatto risulta coerente con la particolare ampiezza dei poteri conferiti, tale da comprendere la gestione di situazioni non ancora attuali al momento del rilascio della procura.
3. - Il ricorso è rigettato senza pronuncia sulle spese del presente giudizio, poichè gli intimati non hanno svolto difese.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda civile della Corte suprema di Cassazione, il 25 maggio 2016.
Depositato in Cancelleria il 26 settembre 2016.

REVOCA DELLA PROPOSTA

Cass. 15 aprile 2016, n. 7543

L'art. 1328, comma 1, c.c., il quale prevede che la proposta contrattuale può essere revocata finché il contratto non sia concluso, va inteso, in correlazione con la diversa disciplina dettata per la revoca dell'accettazione dal comma 2, nonché tenendo conto del carattere recettizio di entrambi gli atti, nel senso che la revoca si perfeziona quando sia spedita all'indirizzo dell'accettante, prima che l'accettazione sia giunta a conoscenza del proponente, mentre resta irrilevante che l'accettante ne abbia notizia in un momento successivo a quello in cui l'accettazione sia giunta a conoscenza del preponente, restando tutelato l'affidamento dell'accettante, in tale evenienza, dalla previsione di un indennizzo a carico del proponente per le spese e le eventuali perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto.

RITENUTO IN FATTO

Con citazione del 20/10/1998 P.C.I. conveniva in giudizio Q.G., assumendo che costui deteneva abusivamente un terreno di sua proprietà sito in agro di (OMISSIS). Esponeva che detto immobile era stato oggetto di un preliminare di compravendita tra le parti, ancorchè non fosse mai intervenuta sottoscrizione da parte del Q. in qualità di promittente acquirente; che nel testo dell'atto era previsto che "il contratto si sarebbe concretizzato con l'incasso dell'assegno di Lire 15.000.000, che il promittente acquirente avrebbe dovuto corrispondere a titolo di acconto sul maggior prezzo"; che, poichè il Q. non aveva provveduto a effettuare pagamento alcuno, l'attrice aveva richiesto ed ottenuto la restituzione degli originali del contratto, sottoscritto dalla sola promittente venditrice; che il Q. aveva continuato a detenere abusivamente il fondo, nonostante le reiterate diffide al rilascio; che, avendo ella interesse a riottenere la disponibilità dell'immobile - atteso che, tra l'altro, il Q. stava procurando danni, estirpando alberi ed effettuando coltivazioni abusive -, aveva ottenuto dal Pretore il sequestro giudiziario del fondo. Chiedeva, pertanto, previa declaratoria giudiziale della inesistenza, inefficacia e, comunque, della risoluzione per inadempimento del contratto, la condanna del Q. alla immediata restituzione del fondo, con acquisizione della cauzione dallo stesso versata a titolo di acconto per i danni patiti a causa dell'indebita occupazione, riservando di agire in separata sede per gli ulteriori danni.

Si costituiva in giudizio Q.G., sostenendo la piena validità del contratto preliminare 9/11/1996 e rimandando all'attrice ogni addebito d'inadempimento per aver tenuto un comportamento ostativo alla conclusione del contratto traslativo.

Contestava, altresì, la pretesa risarcitoria. In via riconvenzionale chiedeva, accertata la piena validità ed efficacia del contratto di compravendita, il trasferimento in suo favore del fondo ai sensi dell'art. 2932 c.c., oltre al risarcimento dei danni cagionati dalla condotta della promittente venditrice. Previa istruttoria - espletata a mezzo d'interrogatorio formale e di prova testimoniale, oltre che d'ispezione dei luoghi - con sentenza del 9-11/3/2004, il giudice unico, ritenuto concluso ex art. 1326 c.c., comma 1 il contratto, a mezzo della volontà di adesione espressa dal Q. con la raccomandata dell'11/12/1996 e con il telegramma del 20/12/1996, accoglieva la domanda di trasferimento del bene ai sensi dell'art. 2932 c.c.; rigettava la domanda di danni; condannava la P. al pagamento delle spese di lite.

Avverso la sentenza proponeva appello la P..

La Corte d'Appello di Lecce, con sentenza n. 172/2010 del 2.3.2011, ha, in accoglimento dell'appello principale, condannato il Q. al rilascio del fondo e rigettato l'appello incidentale, sulla base delle seguenti considerazioni:
a) la scrittura del 9.11.1996 (sottoscritta solo dalla P.) doveva essere qualificata come mera proposta contrattuale, anzichè come preliminare;
b) la detta proposta era stata dalla P. immediatamente revocata (mediante ritiro del duplice originale della scheda contrattuale) prima che il Q. avesse manifestato di aderirvi;
c) la detenzione successiva da parte del Q. doveva, pertanto, reputarsi indebita, con la conseguenza che doveva essergli ordinato l'immediato rilascio dell'immobile oggetto delle trattative.
Per la cassazione della sentenza hanno proposto ricorso Q. G., Q.L. ed I.M. (gli ultimi due nella qualità di donatari dal primo del terreno oggetto di causa), sulla base di cinque motivi. P.C.I. ha depositato controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c. a ridosso dell'udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Preliminarmente, va dichiarato inammissibile, siccome tardivo, il controricorso depositato nell'interesse di P.C. I..
Invero, premesso che il ricorso le risulta notificato il 7.10.2011 e che, pertanto, i ricorrenti principali avrebbero potuto depositare il ricorso fino al 27.10.2011, il termine ultimo per la notifica del controricorso sarebbe scaduto, ai sensi dell'art. 370 c.p.c., comma 1 il 16.11.2011, laddove la notifica risulta essere stata effettuata solo il 21.11.2011. Da ciò consegue, oltre che l'inammissibilità del controricorso, l'impossibilità di prendere in considerazione le memorie ex art. 378 c.p.c. pur depositate nell'interesse della P..
2. Con il primo motivo i ricorrenti denunciano la violazione, errata e falsa applicazione degli artt. 1350 e 1351 c.c., nonchè la illogicità e inadeguatezza della motivazione, per non aver la corte di merito considerato che il contratto preliminare si era perfezionato a seguito dell'invio, da parte sua, di una raccomandata avente la valenza di seconda sottoscrizione espressa in un documento separato.
3.Con il secondo motivo i ricorrenti deducono la violazione dell'art. 1362 c.c. e ss., nonchè la mancata ed insufficiente motivazione, per aver la corte qualificato il contratto come una mera proposta contrattuale, laddove rappresentava un contratto preliminare unilaterale.
3.1. Invertendo l'ordine dei motivi di gravame, occorre analizzare con priorità il secondo, atteso che il suo eventuale accoglimento (nel senso di configurare un vero e proprio contratto preliminare, sia pure unilaterale, in luogo di una mera proposta) determinerebbe l'assorbimento del primo.
Orbene, il secondo motivo si rivela infondato.
Va premesso che il rimedio previsto dall'art. 2932 cod. civ., al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, è applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere "ex lege" (Sez. 2, Sentenza n. 5160 del 30/03/2012).
Pur tuttavia, gli odierni ricorrenti hanno espressamente invocato la figura negoziale del contratto preliminare unilaterale.

Quest'ultimo è un contratto in sè perfetto e autonomo, ancorchè con obbligazioni a carico di una sola parte, rispetto al contratto definitivo (Sez. L, Sentenza n. 2692 del 26/03/1997). Viceversa, la proposta non è che uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, che presuppone, per il suo perfezionamento, successivamente l'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfeziona il contratto. Ne consegue che il nesso strumentale esistente tra contratto preliminare e contratto definitivo non ha nulla in comune con il legame strutturale che intercorre tra il momento iniziale (proposta di una delle parti) ed il momento finale (accettazione) nel fenomeno della formazione progressiva del contratto, in quanto, mentre nell'ipotesi del contratto preliminare unilaterale gli effetti definitivi si producono solo a seguito di un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti contraenti, nel caso della proposta gli effetti finali si producono in virtù della semplice dichiarazione unilaterale di accettazione dell'altra parte (Sez. 2, Sentenza n. 5236 del 14/11/1978).
A prescindere dalle espressioni letterali utilizzate dalla promittente venditrice nella scrittura privata del 9.11.1996, deve escludersi che si sia in presenza di un vero e proprio contratto preliminare unilaterale, atteso che manca il presupposto indefettibile dell'accordo tra le parti palesato attraverso la sottoscrizione, ad opera di entrambe, della scrittura privata de qua.
4. Con la prima doglianza contenuta nel terzo motivo, i ricorrenti si lamentano della violazione dell'art. 1326 c.c., art. 1328 c.c. e ss., artt. 1334, 1335, 1350 e 1351 c.c., per non aver la corte considerato che il contratto preliminare unilaterale, in quanto già concluso e perfetto in sè, non poteva più essere revocato.
Per le considerazioni espresse nel paragrafo precedente, la deduzione è infondata.
5. Con la seconda doglianza contenuta nel terzo motivo, i ricorrenti denunciano la violazione delle disposizioni codicistiche su riportate, per non aver la corte considerato che la revoca doveva essere a lui comunicata formalmente per iscritto prima della sua accettazione della proposta.
In definitiva, i ricorrenti, anche a voler prestare adesione alla tesi della corte territoriale secondo cui si era al cospetto di una semplice proposta negoziale, pongono il problema della tempestività della revoca della proposta stessa.
6. La censura è strettamente collegata al quarto motivo, con il quale i ricorrenti denunziano la erronea valutazione delle risultanze di causa, nonchè la omessa, insufficiente ed inadeguata motivazione:
reitera sostanzialmente le considerazioni sub 3), aggiungendo il rilievo secondo cui il ritiro del contratto sottoscritto da parte della promittente venditrice non poteva essere inteso come revoca dell'atto; per non aver considerato che la sottoscrizione e la messa a disposizione degli assegni equivaleva ad accettazione della proposta.
6.1. Data la stretta connessione, i due motivi meritano di essere trattati congiuntamente. Le censure sono infondate.
In primo luogo, immeritevole di accoglimento è la doglianza concernente la mancanza nella revoca della forma scritta richiesta ai sensi dell'art. 1351 c.c.. Invero, in tema di contratti soggetti alla forma scritta ad substantiam (nella specie, preliminare di vendita immobiliare), l'operatività del principio secondo il quale il perfezionarsi del negozio può avvenire anche in base ad un documento firmato da una sola parte, ove risulti una successiva adesione (esplicita od implicita) del contraente non firmatario, contenuta in atto scritto diretto alla controparte, presuppone che detto documento abbia tutti i requisiti necessari ad integrare una volontà

contrattuale, ivi compresa l'individuazione o quantomeno l'individuabilità del destinatario della dichiarazione, e che, inoltre, tale volontà non sia stata revocata dal proponente, prima che lo stesso abbia avuto notizia dell'accettazione della controparte. A quest'ultimo fine, non è necessario che la revoca abbia la medesima forma scritta, potendo essa esprimersi anche verbalmente o per fatta concludentia, purchè in modo idoneo a giungere a conoscenza dell'altra parte (Sez. 3, Sentenza n. 1198 del 05/04/1976; v. 282/72, 177/66, 2914/64).
Non è revocabile in dubbio che il ritiro, da parte della promittente venditrice, del duplice originale della scheda contrattuale integrasse gli estremi della revoca della proposta.
6.2. In secondo luogo, pur rilevandosi un apparente contrasto in seno a questa Corte in ordine al momento (mera spedizione o ricezione da parte del destinatario) a partire dal quale produce effetti la revoca di una proposta contrattuale, pur riconoscendosi la natura recettizia anche di quest'ultima (al pari della revoca dell'accettazione), deve escludersi che, ai fini dell'efficacia, sia necessario che il destinatario della proposta venga a conoscenza della sua revoca prima di aver inoltrato la propria accettazione (con la conseguenza che non produrrebbe effetto qualora fosse pervenuta all'accettante dopo la conclusione del contratto, ossia dopo l'arrivo all'indirizzo del proponente dell'accettazione della controparte). Per quanto, nel panorama di questa sezione della Corte si rinvenga un precedente isolato di segno contrario (Cassazione civile, sez. 2, 16/05/2000, n. 6323), per una serie di ragioni, anche di ordine sistematico, va condiviso l'opposto orientamento senz'altro prevalente (richiamato dal difensore della controricorrente in sede di discussione orale).
La questione relativa alla tempestività della revoca della proposta contrattuale al fine di impedire la conclusione del contratto -
questione che consiste essenzialmente nell'accertare se il detto effetto impeditivo si produca allorchè la revoca della proposta sia stata emessa e trasmessa prima che il proponente abbia avuto conoscenza dell'accettazione, ovvero se sia necessario all'indicato scopo che essa giunga a conoscenza della controparte prima di tale momento - è stata numerose volte affrontata in giurisprudenza (anche se non di recente) e risolta, come anticipato, prevalentemente nel senso che la proposta può essere revocata finchè il proponente non abbia conoscenza dell'accettazione dell'altra parte e, quindi, prima che l'accettazione pervenga al suo recapito o al suo indirizzo: di conseguenza, il proponente può impedire la conclusione del contratto con la sola spedizione della revoca a prescindere dal momento in cui questa sia ricevuta dall'oblato (tra le tante, sentenze 9/7/1981;
9/4/1981; 5/4/1976 n. 1198; 3/2/1972 n. 282).
La detta soluzione si basa essenzialmente su quanto disposto dall'art. 1328 c.c. che mentre consente la revoca della proposta "finchè il contratto non sia concluso" - e, a norma dell'art. 1326 c.c., il contratto è concluso al momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte - prevede espressamente che la revoca dell'accettazione deve giungere "a conoscenza del proponente prima dell'accettazione". Pertanto, secondo quanto affermato nelle citate sentenze pronunciate in sede di legittimità, per la revoca della proposta vale la regola della "spedizione" e non quella della "ricezione", anche se la dichiarazione di revoca giunga all'oblato dopo il ricevimento, da parte del proponente, dell'accettazione.
Autorevole parte della dottrina ha criticato il riferito orientamento giurisprudenziale, rilevando che l'argomento letterale di cui al citato art. 1328 c.c. - con riferimento alla specifica menzione sia della possibilità che la proposta venga revocata fino al momento della

conclusione del contratto, sia della necessità che la revoca dell'accettazione pervenga al proponente prima dell'accettazione -
non potrebbe essere ritenuto decisivo, in quanto la detta previsione normativa dovrebbe essere valutata non isolatamente, ma nel contesto complessivo della disciplina dettata dagli artt. 1334 e 1335 c.c. in tema di atti recettizi e, in particolare, di proposta, accettazione e loro revoca. In proposito, il primo dei citati articoli dispone che gli atti unilaterali recettizi producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza del destinatario, mentre il secondo precisa che la proposta, l'accettazione e la loro revoca si reputano conosciute al momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario.
Tuttavia, anche a voler prescindere dal fatto che l'art. 1334 c.c. si riferisce agli atti unilaterali (come la costituzione in mora), e non già agli atti prenegoziali (quale la proposta), al riportato rilievo va replicato che:
a) la revoca della proposta - pur essendo un atto recettizio - opera con effetto retroattivo fin dal momento della sua emissione e, correlativamente, da tale momento sospende l'efficacia dell'accettazione che nel frattempo dovesse pervenire al proponente;
b) la recettizietà della revoca della proposta è "attenuata" producendo i suoi effetti tipici sin dall'emissione: infatti "mentre per l'efficacia della revoca dell'accettazione, la legge pone l'accento sul momento finale, per la revoca della proposta l'accento è posto sul momento iniziale (in tal senso la citata sentenza 9/7/1981 n. 4489);
c) l'adozione di due diverse formule per la revoca della proposta e per quella dell'accettazione sta a significare che il legislatore ha voluto disciplinare in modo diverso le due revoche;
d) la revoca della proposta opera come causa di estinzione, con effetto ex tunc, di quel potere di accettazione sorto in capo all'oblato con la conoscenza della proposta.
D'altra parte, diversamente opinando, non sarebbe possibile fornire una congrua spiegazione della previsione di indennizzo (di cui all'art. 1328 c.c., comma 1, seconda parte) solo per l'accettante (in caso di revoca della proposta) e non per il proponente (nell'ipotesi di revoca dell'accettazione). Apodittico e, comunque, contrastante con la lettera della disposizione è l'argomento secondo cui siffatta spiegazione potrebbe ravvisarsi nell'intento del legislatore di attribuire diversa "meritevolezza dell'affidamento" in quanto "mentre l'accettante può contare sulla conclusione del contratto come un risultato normale, il proponente non può fare ragionevole affidamento su tale risultato sol perchè ha indirizzato all'oblato un'offerta". Da ultimo, se è vero che merita di essere tutelata la posizione del destinatario dell'atto recettizio (ossia, nella specie, dell'accettante), sussistendo in capo a quest'ultimo un affidamento qualificato sulla conclusione del contratto qualora l'accettazione sia pervenuta al proponente prima dell'arrivo all'accettante della revoca della proposta, è altrettanto vero che tale tutela è assicurata proprio dalla previsione di un indennizzo, a carico del proponente, per le spese e le eventuali perdite subite dall'oblato per l'iniziata esecuzione del contratto.
In definitiva, il carattere recettizio della revoca della proposta non è incompatibile con la produzione del relativo effetto dal momento della sua emissione (indipendentemente dalla conoscenza del destinatario dell'atto), anzichè solo dal momento in cui pervenga all'indirizzo dell'accettante.
In quest'ottica, si condivide l'indirizzo a mente del quale l'art. 1328 c.c., comma 1, il quale prevede che la proposta contrattuale può essere revocata finchè il contratto non sia concluso, va inteso, in correlazione con la diversa disciplina dettata per la revoca dell'accettazione del comma 2, nonchè tenendo conto del carattere recettizio di entrambi gli atti, nel senso che tale

revoca della proposta perfeziona e spiega effetto quando, uscita dalla sfera del revocante, sia spedita, all'indirizzo dell'accettante, prima che l'accettazione sia giunta a conoscenza del proponente, mentre resta irrilevante l'eventuale posteriorità della notizia della revoca stessa (Cassazione civile, sez. 2, 09/07/1981, n. 4489; Cassazione civile, sez. 2, 09/04/1981, n. 2083; Sez. 2, Sentenza n. 296 del 31/01/1969).
Da ciò consegue che l'impostazione data dai Q. al motivo di gravame è errata, in quanto presuppone che la revoca della proposta doveva essere da loro ricevuta prima che l'accettazione sia giunta a conoscenza del proponente.
In definitiva, gli odierni ricorrenti non contestano la circostanza che la proposta sia stata, invece, loro spedita prima che la P. ricevesse l'accettazione.
Senza tralasciare che la circostanza del possesso, da parte della proponente, del duplice originale della scheda contrattuale (a tal punto che il Q. ha prodotto in giudizio una mera fotocopia) depone nel senso di ritenere che la revoca della proposta sia intervenuta ancor prima dell'inoltro dell'accettazione della stessa.
Invero, diversamente argomentando, non si comprenderebbe la ragione per la quale l'oblato, pur avendo medio tempore accettato la proposta, avesse accondisceso alla restituzione degli originali della scheda contrattuale.
Sul punto, la motivazione resa dalla corte leccese (pagg. 5-6 della sentenza) appare sufficiente, oltre che corretta sul piano giuridico.
4. Con il quinto motivo i ricorrenti deducono la omessa pronuncia (motivo proposto in via subordinata), per non aver la corte analizzato la sua domanda di risarcimento del danno per colpa precontrattuale e di condanna al pagamento delle migliorie ed addizioni apportate al fondo durante il periodo di legittimo possesso.
Il motivo si palesa inammissibile, in quanto, in osservanza del principio di autosufficienza, i ricorrenti avrebbero dovuto dedurre e dimostrare di aver fatto valere in primo grado la responsabilità precontrattuale della controparte, di aver fornito elementi probatori a sostegno della loro pretesa e, soprattutto, di aver riproposto la domanda in sede di appello ai sensi e per gli effetti dell'art. 346 c.p.c..
5. In definitiva, il ricorso non merita accoglimento. Le spese del presente giudizio di legittimità (da limitarsi, in considerazione della inammissibilità del controricorso, alla discussione orale) seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti al rimborso, in favore della resistente, delle spese del presente grado di giudizio, che liquida in complessivi Euro 3.200,00, di cui Euro 200 per spese, oltre accessori come per legge.
La presente sentenza è stata redatta sulla base della relazione predfisposta dall'assistente di studio dott. P.A..
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della Sezione Seconda civile della Corte suprema di Cassazione, il 18 febbraio 2016.
Depositato in Cancelleria il 15 aprile 2016.

RAPPORTO TRA DOMANDA DI RISOLUZIONE E DI ADEMPIMENTO E LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITA' DELLA DOMANDA RISARCITORIA

Cass. 26 luglio 2016, n. 15461

La facoltà di *mutatio libelli* riconosciuta dall'art. 1453 comma 2 c.c., con riferimento alla possibilità per l'attore di sostituire l'originaria domanda di adempimento del contratto con la domanda di risoluzione dello stesso si estende anche alla domanda consequenziale e accessoria di restituzione, a condizione che tale domanda sia proposta contestualmente o, comunque, nel medesimo grado di giudizio in cui è proposta la prima, essendo esclusa la possibilità per la parte di aggiungere nel giudizio di appello, alla domanda di risoluzione del contratto proposta in primo grado, la domanda di restituzione delle prestazioni rimaste senza causa a seguito della pronuncia di risoluzione.

In tema di responsabilità civile, a seguito della pronuncia di risoluzione di un contratto, il diritto a ottenere la restituzione della prestazione già eseguita, pur sorgendo automaticamente, sul piano sostanziale, soggiace, sotto il profilo processuale al principio della domanda, essendo preclusa al giudice la possibilità di pronunciare d'ufficio la condanna alla restituzione delle prestazioni. La Cassazione chiarisce così tale regola precisando anche che tale domanda non può essere proposta per la prima volta e in via autonoma in grado di appello, ma deve sempre accompagnare la domanda di risoluzione.

RITENUTO IN FATTO

1. - R.N. convenne in giudizio Ru.Fe., chiedendo il riconoscimento giudiziale della sottoscrizione della scrittura privata datata 23.1.1988 con la quale egli aveva acquistato dal convenuto un terreno edificabile sito in (OMISSIS); chiese ancora il risarcimento del danno conseguente all'inadempimento del convenuto, che si era rifiutato di comparire dinanzi al notaio per il rogito.

Il Ru. resistette alla domanda, chiedendone il rigetto.

Nel corso del giudizio di primo grado, l'attore modificò l'originaria domanda ai sensi dell'art. 1453 c.c., comma 2, chiedendo la risoluzione del contratto preliminare in luogo dell'adempimento precedentemente richiesto.

Il Tribunale di Paola rigettò la domanda attorea.

2. - Sul gravame proposto dal R., la Corte di Appello di Catanzaro, riformando la sentenza di primo grado, dichiarò la risoluzione -per inadempimento del convenuto - del contratto di compravendita stipulato tra le parti; dichiarò inammissibile la domanda di restituzione dell'acconto che il R., in sede di sottoscrizione della scrittura, aveva versato al Ru..

3. - Per la cassazione della sentenza di appello ricorre R.N. sulla base di un unico motivo.

Resiste con controricorso Ru.Fe..

Il ricorrente ha depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

CONSIDERATO IN DIRITTO

1.- Con l'unico motivo di ricorso, si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 12 - 345 cod. proc. civ., art. 1453 cod. civ., per avere la Corte di Appello ritenuto l'inammissibilità della domanda di restituzione dell'acconto versato dal R., in quanto proposta per la prima volta con l'atto di appello. Deduce il ricorrente che, in realta', egli aveva proposto la domanda già all'udienza del 27.12.2001 dinanzi al Tribunale, quando aveva

chiesto la risoluzione del contratto per grave inadempimento del convenuto "con tutte le conseguenze di legge"; domanda che aveva poi ribadito nella memoria di replica, quando aveva espressamente chiesto la condanna del convenuto alla restituzione dell'acconto.
2. - La censura non è fondata.
Va premesso che, nel corso del giudizio di primo grado (all'udienza del 21.12.2001), l'attore modificò la domanda ai sensi dell'art. 1453 c.c., comma 2, chiedendo la risoluzione del contratto preliminare in luogo dell'adempimento precedentemente richiesto, nonché' il risarcimento dei danni.
Nessuna domanda di restituzione delle somme versate a titolo di acconto formulò il R. in quella sede, ne' in altra udienza, ne' in sede di precisazione delle conclusioni (udienza del 4.10.2004), quando si limitò a riportarsi alle domande già rassegnate in atti.
E' evidente, d'altra parte, come non possa ritenersi che la domanda di restituzione sia stata proposta con la generica formula "con tutte le conseguenze di legge", essendo tale formula una clausola di stile, priva di reale petitum e insuscettibile di determinare un obbligo di pronuncia del giudice ai sensi dell'art. 112 cod. proc. civ., in quanto rimette al giudice stesso la determinazione del contenuto della domanda, in violazione del principio di cui all'art. 99 cod. proc. civ. (c.d. "principio della domanda").
E' infondata anche la deduzione del ricorrente secondo cui la domanda di restituzione sarebbe stata comunque proposta con la memoria di replica.
Invero, le memorie di replica non possono servire a proporre o modificare domande. Come ha più volte affermato la giurisprudenza di questa Corte, la comparsa conclusionale e - a maggior ragione - la memoria di replica hanno la sola funzione di illustrare le domande e le eccezioni già ritualmente proposte e non possono contenerne di nuove che costituiscano un ampliamento del thema decidendum, sicché' il giudice non incorre nel vizio di omessa pronunzia ove non esamini una questione proposta per la prima volta in tale comparsa o memoria (Sez. 1, Sentenza n. 13165 del 16/07/2004, Rv. 577217), essendogli - anzi - preclusa la possibilità di pronunciarsi su di essa (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 98 del 07/01/2016, Rv. 637908).
Ora, è bensì vero che, nei contratti a prestazioni corrispettive, l'efficacia retroattiva della pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c., comma 1), collegata al venir meno della causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali gia' eseguite, comporta l'insorgenza a carico di ciascun contraente, indipendentemente dalle inadempienze a lui eventualmente imputabili, dell'obbligo di restituire la prestazione ricevuta e, nel caso in cui la stessa abbia avuto per oggetto una cosa fruttifera, i frutti (naturali o civili) percepiti ovvero, qualora di essi non sia possibile la restituzione, di corrisponderne l'equivalente in danaro. Tuttavia, tale obbligo restitutorio scaturente dalla pronuncia di risoluzione, pur verificandosi sul piano sostanziale "di diritto", è soggetto, sotto il profilo processuale, all'onere della domanda di parte; pertanto, la condanna alla restituzione delle prestazioni rimaste senza causa non può essere adottata d'ufficio dal giudice, atteso che rientra nell'autonomia delle parti disporre degli effetti della risoluzione, spettando ad esse soltanto decidere se chiedere, o meno, la restituzione delle prestazioni rimaste senza causa (cfr., ex plurimis, Sez. 3, Sentenza n. 2075 del 29/01/2013, Rv. 624949; Sez. 2, Sentenza n. 20257 del 20/10/2005, Rv. 585205; Sez. 2, Sentenza n. 12322 del 08/10/2001, Rv. 549538; Sez. 2, Sentenza n. 3287 del 03/04/1999, Rv. 524947).

La giurisprudenza di questa Corte, che il Collegio condivide, ha affermato che la facoltà, riconosciuta alla parte dall'art. 1453 c.c., comma 2, di poter mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione può essere esercitata non solo nel corso del giudizio di primo grado, ma anche nel giudizio di appello e persino in sede di rinvio, in deroga al divieto di mutatio libelli sancito dagli artt. 183, 184 e 345 cod. proc. civ., sempreché' si resti nell'ambito dei fatti posti a base della inadempienza originariamente dedotta, senza introdurre un nuovo tema di indagine (Sez. 2, Sentenza n. 13003 del 27/05/2010, Rv. 613142; Sez. 2, Sentenza n. 12238 del 06/06/2011, Rv. 617892).
Tale facoltà di mutatio libelli prevista per la domanda di risoluzione del contratto si estende anche alla domanda consequenziale e accessoria di restituzione, a condizione che tale domanda sia proposta contestualmente e, comunque, nel medesimo grado di giudizio in cui è proposta la prima (entrambe nel giudizio di primo grado ovvero entrambe nel giudizio di appello).
Deve invece ritenersi che la domanda di restituzione non possa essere formulata autonomamente in un grado di giudizio diverso rispetto a quello in cui è stata proposta la domanda di risoluzione, in quanto - in tal caso - la domanda restitutoria si configura come domanda autonoma rispetto a quella di risoluzione e - in quanto tale - rimane soggetta all'ordinario regime delle preclusioni.
In particolare, deve ritenersi che, ove la domanda di risoluzione del contratto sia stata proposta - ai sensi dell'art. 1453 c.c., comma 2, - nel corso del giudizio di primo grado, rimanga preclusa la possibilità per la parte di proporre autonomamente domanda di restituzione nel successivo grado di appello, incorrendo, in tale caso, tale domanda nel divieto di cui all'art. 345 cod. proc. civ..
Sul punto, questa Corte ha affermato il principio secondo cui, in materia contrattuale, pur essendo l'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta un effetto naturale della risoluzione del contratto, nondimeno sul piano processuale è necessario che la parte proponga specifica domanda ai fini di detti effetti restitutori; ne consegue che, ove sia stata proposta in primo grado la domanda di risoluzione del contratto con richiesta di risarcimento danni, al giudice d'appello e' preclusa, ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ., la possibilità di prendere in esame la domanda restitutoria avanzata per la prima volta in grado di appello, trattandosi di domanda nuova (Sez. 2, Sentenza n. 2562 del 02/02/2009, Rv. 606567).
Tale principio, dettato con riguardo ad una fattispecie in cui nel giudizio di primo grado era stata proposta ab initio domanda di risoluzione del contratto, va esteso - ricorrendo la eadem ratio - anche al caso, che si presenta nella specie, in cui l'attore abbia, nel corso del giudizio di primo grado, modificato la domanda iniziale di adempimento per sostituirvi la domanda di risoluzione, senza tuttavia avanzare domanda di restituzione delle prestazioni effettuate.
Vanno pertanto affermati i seguenti principi di diritto:
- "Il diritto ad ottenere la restituzione delle prestazioni rimaste senza causa a seguito della pronuncia di risoluzione del contratto, pur sorgendo ipso iure per effetto della pronuncia risolutoria, soggiace al principio della domanda, cosicché' rimane preclusa al giudice la possibilità di pronunciare d'ufficio la condanna alla restituzione delle dette prestazioni";
- "La facoltà di mutatio libelli riconosciuta dall'art. 1453 c.c., comma 2, con riferimento alla possibilità per l'attore di sostituire l'originaria domanda di adempimento del contratto con la domanda di risoluzione dello stesso si estende anche alla domanda consequenziale e accessoria di restituzione, a condizione che tale domanda sia proposta contestualmente o,

comunque, nel medesimo grado di giudizio in cui è proposta la prima, essendo esclusa la possibilità per la parte di aggiungere nel giudizio di appello, alla domanda di risoluzione del contratto proposta in primo grado, la domanda di restituzione delle prestazioni rimaste senza causa a seguito della pronuncia di risoluzione";

- "Ove nel giudizio di primo grado sia stata proposta ab initio domanda di adempimento del contratto e, successivamente, l'attore abbia, nel corso dello stesso grado del giudizio, modificato la domanda iniziale -ai sensi dell'art. 1453 c.c., comma 2 - per sostituirvi la domanda di risoluzione del contratto senza tuttavia avanzare domanda di restituzione delle prestazioni effettuate, al giudice d'appello è preclusa, ai sensi dell'art. 345 cod. proc. civ., la possibilità di prendere in esame la domanda restitutoria avanzata per la prima volta in grado di appello, trattandosi di domanda nuova, inammissibile nel giudizio di gravame".

Naturalmente, ove - per le ragioni anzidette - rimanga preclusa la proposizione della domanda di restituzione delle prestazioni rimaste senza causa nel medesimo giudizio in cui e' stata pronunciata la risoluzione del contratto, rimane in facoltà della parte chiedere la restituzione delle prestazioni anzidette proponendo apposita domanda in separato autonomo giudizio.

3. - Il ricorso deve pertanto essere rigettato, con conseguente condanna della parte ricorrente, risultata soccombente, al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione rigetta il ricorso e condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali, che liquida in Euro 2.700,00 (duemilasettecento), di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese forfettarie ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Seconda Sezione Civile, il 17 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 26 luglio 2016.

CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA: DETERMINAZIONE DELL'INADEMPIMENTO E RUOLO DELLA BUONA FEDE

Cass. 11 marzo 2016, n. 4796

La clausola risolutiva espressa presuppone che le parti abbiano previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, sicché la clausola che attribuisca ad uno dei contraenti la facoltà di dichiarare risolto il contratto per "gravi e reiterate violazioni" dell'altro contraente "a tutti gli obblighi" da esso discendenti va ritenuta nulla per indeterminatezza dell'oggetto, in quanto detta locuzione nulla aggiunge in termini di determinazione delle obbligazioni il cui inadempimento può dar luogo alla risoluzione del contratto e rimette in via esclusiva ad una delle parti la valutazione dell'importanza dell'inadempimento dell'altra.

Anche nei contratti pubblici, la cui fase esecutiva è caratterizzata da un rapporto paritetico regolato, in assenza di specifiche norme, dalla disciplina di diritto comune, per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate.

FATTO E DIRITTO

E' stata depositata la seguente relazione:

1) La Corte d'appello di Trieste ha respinto l'appello proposto da Publieffe Italia s.a.s. di F.F. & C. contro la sentenza di primo grado, che aveva a sua volta respinto la domanda della società volta ad ottenere l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la risoluzione unilaterale del contratto d'appalto per l'affissione di manifesti da essa stipulato col Comune di Udine, attesa l'indeterminatezza, della clausola risolutiva espressa apposta al contratto, della quale l'ente territoriale si era avvalso.

La corte territoriale ha escluso che la clausola potesse considerarsi di mero stile, rilevando che essa contemplava la possibilità di risolvere il contratto non già per qualsiasi violazione degli obblighi contrattuali, ma solo per le violazioni gravi e reiterate.

La sentenza, pubblicata il 17.12.2013, è stata impugnata da Publieffe con ricorso per cassazione affidato a quattro motivi, cui il Comune di Udine ha resistito con controricorso.

2) Con il primo motivo la ricorrente, lamentando violazione dell'art. 1456 c.c. e delle regole di ermeneutica contrattuale, assume che la clausola in contestazione, alla cui stregua il Comune si sarebbe potuto sciogliere dal contratto "in caso di gravi e reiterate violazioni degli obblighi contrattuali", è una clausola di stile, giuridicamente inesistente e/o inefficace.

Il motivo appare manifestamente fondato.

Preliminarmente, dovrebbe essere respinta l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dal Comune di Udine sul rilievo della mancata produzione dei documenti sui quali l'atto si fonda: l'eccezione va infatti valutata in relazione ad ogni singolo mezzo di censura e non v'è dubbio che la fondatezza del mezzo in esame - che pone una questione di mero diritto, concernente l'indeterminatezza di una clausola contrattuale di cui è certa la formulazione - possa essere valutata prescindendo dall'integrale contenuto del contratto.

Ciò premesso, va rilevato che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente

determinate, costituendo al contrario clausola di mero stile, estranea alla norma di cui all'art. 1456 cod. civ., quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contrattuali (cfr. Cass. 1950/2009, 1105932).
Nel caso di specie la clausola di cui il Comune si è avvalso non faceva riferimento a specifici inadempimenti contrattuali, ma richiedeva unicamente che le violazioni agli obblighi (indistintamente) discendenti dal contratto fossero "gravi e reiterate": locuzione, quest'ultima, anch'essa palesemente indeterminata (ed implicante una valutazione rimessa in via esclusiva al Comune appaltante) e che, comunque, nulla aggiunge in termini di determinazione delle obbligazioni il cui inadempimento avrebbe potuto dar luogo alla risoluzione.
Si dovrebbe pertanto concludere per l'accoglimento del primo motivo e per la cassazione della sentenza impugnata, con decisione che potrebbe essere assunta in camera di consiglio, ai sensi degli artt. 375 e 380 bis c.p.c..
Resterebbero assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso, che attengono a questioni di merito (prova della sussistenza, in concreto, degli inadempimenti contestati, della loro gravità e reiterazione; ammissibilità della prova contraria) non più rilevanti per il giudizio e che peraltro, pur nell'ipotesi (che non consta) in cui il Comune di Udine avesse domandato, in via riconvenzionale e subordinata, la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1453 c.c. dovranno essere riesaminate dal giudice del rinvio tenendo conto del diverso riparto dell'onere della prova.
Il Comune di Udine ha depositato memoria.
Il collegio ha esaminato gli atti, ha letto la relazione e ne condivide le conclusioni, non utilmente contraddette dal Comune nella memoria depositata.
La controversia è stata decisa dalla corte territoriale in base al dirimente rilievo della piena validità della clausola risolutiva espressa di cui il ricorrente si è avvalso per sciogliersi dal contratto e la cui formulazione è pacifica fra le parti: deve pertanto escludersi l'inammissibilità, per omessa produzione del contratto, del primo motivo di ricorso, che, imputando alla corte territoriale di aver fatto errata applicazione dell'art. 1456 c.c., pone una questione di puro diritto, la cui soluzione non richiede l'esame di specifici atti o documenti di causa.
Va d'altro canto ribadita la nullità, per indeterminatezza dell'oggetto, di una clausola risolutiva espressa che attribuisca ad uno dei contraenti la facoltà di dichiarare risolto il contratto per "gravi e reiterate violazioni" dell'altro contraente "a tutti gli obblighi" da esso discendenti: la locuzione "gravi e reiterate", infatti, non solo nulla aggiunge ai fini della determinazione delle specifiche obbligazioni il cui inadempimento può dar luogo alla risoluzione, ma rimette in via esclusiva ad una delle parti la valutazione dell'importanza dell'inadempimento dell'altra parte.
All'accoglimento del primo motivo del ricorso conseguono la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio della causa alla Corte d'appello di Trieste, in diversa composizione, per l'esame delle domande svolte in via riconvenzionale dal Comune di Udine.
La corte del merito regolerà anche le spese di questo giudizio di legittimità.
Restano assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso, attinenti a questioni che andranno riproposte dinanzi al giudice del rinvio.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso e dichiara assorbiti gli altri motivi; cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla Corte d'appello di Meste in diversa composizione, anche per le spese di questo giudizio di legittimità.
Così deciso in Roma, il 14 gennaio 2016.
Depositato in Cancelleria il 11 marzo 2016.

Cass. 27 ottobre 2016, n. 21740

La clausola risolutiva espressa deve descrivere con precisione la condotta inadempiente, quindi, opera automaticamente nel momento in cui la descritta condotta si verifica nella realtà.

In caso di inadempimento dell'appaltatore nello svolgimento di un appalto di opera pubblica, accanto alla facoltà concessa alla P.A. committente di sciogliersi, mediante la procedura prevista dall'art. 119 del d.P.R. n. 554 del 1999 (applicabile "*ratione temporis*", ma ora sostituito dall'art. 136 del d.lgs. n. 163 del 2006), concorre autonomamente quella di apporre una clausola risolutiva espressa, espressione di una posizione non autoritativa ma paritetica della P.A. e governata dalla disciplina civilistica. Ne consegue che, apposta tale clausola e individuato espressamente l'inadempimento idoneo a determinare la risoluzione del contratto, è sufficiente la semplice constatazione di tale inadempimento per addivenire alla risoluzione del contratto, senza che vi sia la necessità, per la P.A., di seguire la procedura prevista dall'art. 119 cit.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il (OMISSIS) veniva stipulato un contratto di appalto tra il comune di (OMISSIS) e la Ro.ma s.r.l., per la realizzazione di alcuni lavori di sistemazione di una strada comunale da ultimare entro 140 giorni dalla data del verbale di consegna, con previsioni di penali giornaliere per eventuali ritardi e con patto che, qualora i lavori fossero iniziati o ultimati con ritardo superiore al 30 % del tempo previsto, si sarebbe proceduto alla risoluzione in danno dell'appaltatore.
In data 4-11-2002 la stazione appaltante si avvaleva di tale clausola, comunicava la risoluzione del contratto e incamerava la somma posta a cauzione.
La società conveniva in giudizio il comune al fine di sentir accertare che la risoluzione era stata intimata illegittimamente e comunque adottata in violazione del principio di buona fede, con conseguente condanna dell'ente a restituire la somma incamerata e a risarcire i danni.
Nella resistenza del convenuto, il tribunale di Firenze, sez. dist. di Pontassieve, respingeva la domanda principale e, in accoglimento della riconvenzionale, condannava l'attrice al risarcimento dei danni.
La corte d'appello di Firenze, invece, ribaltava la decisione sul rilievo che la norma convenzionale (art. 11 del contratto di appalto) aveva sì sanzionato con la risoluzione il ritardo anche relativo all'inizio dei lavori, ove superiore al 30 % dei giorni complessivamente previsti per ultimare l'opera, ma nulla aveva disposto in ordine alla procedura da applicare al riguardo; procedura che andava individuata nel regolamento generale della legge quadro sui lavori pubblici (D.P.R. n. 554 del 1999) e nel capitolato generale ex D.M. 21 dicembre 2000, n. 145.

Poichè la stazione appaltante non aveva avviato la procedura di cui all'art. 119, del D.P.R. citato, nè formulato all'appaltatore alcuna contestazione in merito a ritardi nell'inizio dell'esecuzione dell'opera, ne derivava che la risoluzione era stata disposta in contrasto e con la disciplina prevista per l'esercizio del corrispondente potere e con la clausola generale di buona fede.
Pertanto la corte d'appello dichiarava l'illegittimità della risoluzione intimata dal comune, che condannava alla restituzione dell'importo della cauzione e al pagamento delle spese processuali.
Avverso la sentenza, depositata il 19-7-2010 e non notificata, il comune di (OMISSIS) ha proposto ricorso per cassazione in sette motivi, illustrati da memoria.
La società ha replicato con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Col primo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, in riferimento all'art. 117, dello stesso D.P.R., il comune eccepisce che la norma è stata concepita per il caso dei ritardi in corso d'opera, e non per quello di specie, in cui era mancato finanche l'inizio dell'esecuzione dell'appalto. Pertanto ben poteva essere attivata la clausola risolutiva espressa.
Col secondo motivo denunzia la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, in riferimento all'art. 1456 c.c., avendo la sentenza erroneamente affermato che nell'art. 11 del contratto non era stata stabilita un'esplicita disciplina in ordine alla procedura da seguire in caso di risoluzione, con conseguente necessaria applicabilità del D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119. Viceversa, essendosi trattato di clausola risolutiva, la relativa disciplina doveva rinvenirsi nell'art. 1456 c.c..
Col terzo motivo di ricorso il comune denunzia l'omessa o insufficiente motivazione della sentenza, non avendo la corte d'appello chiarito le ragioni per le quali dovevasi necessariamente applicare al caso di specie la ridetta disciplina speciale ex art. 119 cit..
Col quarto mezzo è ancora dedotta la violazione e falsa applicazione del D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, anche in riferimento agli artt. 1322 e 1372 cod. civ., non avendo la prima norma ragione di essere applicata al caso di specie, in cui non vi era stato neppure l'inizio dell'esecuzione dell'appalto.
Nel quinto motivo la sentenza viene censurata per insufficiente e contraddittoria motivazione sulla esistenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 119 citato.
Nel sesto si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c., non potendosi ravvisare una violazione del principio di buona fede allorchè l'amministrazione abbia agito nel rispetto della disciplina contrattuale liberamente stabilita e concordata con l'appaltatore, in presenza della constatazione circa il mancato inizio dei lavori alla data prevista.
Infine col settimo mezzo si denunzia l'insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza sul corrispondente profilo controverso.
2 - I motivi di ricorso, per buona parte ripetitivi, possono essere esaminati congiuntamente per connessione. La questione attiene al fatto se, in tema di appalto d'opera pubblica, ai fini dell'applicabilità di una clausola risolutiva espressa debba necessariamente venire in rilievo la disciplina procedimentale di cui al D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, e se, ai fini di tale

disciplina, l'ipotesi del mancato inizio dei lavori sia equiparabile a quella del ritardo nel corso dell'adempimento.
Occorre dire che, per quanto implicitamente, l'impugnata sentenza ha accertato che la clausola contrattuale di cui all'art. 11, dell'appalto aveva in effetti natura di risolutiva espressa.
Invero, non solo non ha mai contraddetto simile visione della clausola come indicata dal comune, ma anzi ha confermato che l'art. 11 del contratto prevedeva che "il ritardo nell'inizio o nella conclusione dei lavori", ove superiore al 30 % dei giorni complessivamente previsti, potesse essere "sanzionato con la risoluzione del contratto medesimo a danno dell'appaltatore".
La clausola risolutiva espressa è il patto mediante il quale le parti assumono un determinato inadempimento a condizione risolutiva del contratto (art. 1456, 1 comma, cod. civ.), e nella specie la sentenza riferisce che con la risoluzione era stato appunto sanzionato il ritardo "nell'inizio o nella conclusione".
3. - Solo che - ha affermato la sentenza - niente la clausola aveva stabilito quanto alla procedura da adottare ai fini della risoluzione. Dacchè quella procedura dovevasi rinvenire nel D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, che nella specie non era stato rispettato. Della necessità di rispettare tale norma nel profilo procedimentale dovevasi ritenere edotto il dirigente del comune intimante, giacchè questo aveva effettuato il sopralluogo alla presenza di due testimoni, in modo da verificare - così formalmente - il mancato inizio dei lavori.
E dunque il comportamento della p.a. non era stato improntato a buona fede, oltre tutto non essendovi stata anteriore contestazione in merito a ritardi nell'inizio di esecuzione dell'opera.
4. - La decisione della corte d'appello di Firenze non può essere condivisa sia perchè evasiva sul piano motivazionale, nel riferimento, del tutto generico, al presunto, irrilevante stato soggettivo del dirigente del comune di (OMISSIS), sia perchè comunque errata dal punto di vista giuridico quanto al presupposto delle sopra riportate affermazioni.
Il D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, abrogato dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 256, con decorrenza 1 luglio 2006 ma qui ancora astrattamente applicabile ratione temporis, disciplina la "risoluzione del contratto per grave adempimento, grave irregolarità e grave ritardo".
A tal riguardo stabilisce:
"1. Quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore.
2. Su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.
3. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il temine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto.
4. Qualora, al fuori dei precedenti casi, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie. Il termine decorre dal giorno di ricevimento della comunicazione.

5. Scaduto il termine assegnato, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, o, in sua mancanza, con la assistenza di due testimoni, gli effetti dell'intimazione impartita, e ne compila processo verbale da trasmettere al responsabile del procedimento.
6. Sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto".
5. - La disciplina afferente il ritardo dell'appaltatore, contenuta nei commi da quattro a sei, è funzionale a deliberare la risoluzione in base specificamente alla sequenza procedimentale ivi stabilita.
Ma tale disciplina non esclude che il contratto di appalto possa essere munito di una clausola risolutiva espressa e, quindi, soggetto ai rimedi privatistici di diritto comune (v. implicitamente Sez. 1- n. 3455-15).
Questa possibilità, che cioè l'appalto di opera pubblica possa contenere una clausola risolutiva espressa, razionalmente innegabile, esclude che la risoluzione del contratto debba avvenire esclusivamente in base a deliberazione della stazione appaltante resa a conclusione del meccanismo procedimentale evocato dalla corte fiorentina. Il quale semmai intende rafforzare la posizione dell'amministrazione rispetto alle comuni previsioni negoziali, consentendo che l'atto rescissorio sia rivestito (anche) della forma dell'atto amministrativo.
In altre parole, la manifestazione di volontà della parte pubblica che si avvale della facoltà di risolvere il contratto disciplinata dal D.P.R. n. 554 del 1999, art. 119, (e ora dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 136), espressione di una posizione non autoritativa ma paritetica, governata dalla disciplina civilistica e per questo pacificamente determinativa della appartenenza alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie in tema di appalto pubblico aventi a oggetto la risoluzione del contratto con l'appaltatore (v. C. stato n. 5071-08 e n. 8070-06), concorre con quella ordinaria, e quindi lascia intatta la possibilità dell'amministrazione di avvalersi alternativamente di quest'ultima.
Evidente è dunque l'errore dell'impugnata sentenza.
L'errore si colloca a monte del profilo afferente l'evocato principio di buona fede, e ciò comporta il venir meno della razionalità delle conseguenze sostenute. L'atto col quale la parte si avvale della clausola risolutiva espressa ha natura negoziale e funzione di autotutela, ed è a disposizione del contraente nel cui interesse la clausola è posta.
L'operatività della clausola non richiede altro che la constatazione dell'inadempimento così come in essa dedotto, essendo state le parti a collegare la risoluzione a quel determinato inadempimento.
Per cui, ove si constati che l'inadempimento è proprio quello considerato nella clausola, è vano discettare di corrispondenza a buona fede del comportamento del creditore che intenda avvalersi di essa.
In pratica: (i) affinchè una clausola contrattuale sia riconducibile al paradigma normativo della risolutiva espressa, occorre che la stessa individui l'obbligazione il cui inadempimento può determinare la risoluzione di diritto e che lo faccia espressamente (v. per tutte Sez. 3^ n. 12285-14); (ii) la clausola va sì interpretata secondo buona fede, al pari del contratto (art. 1366 c.c.), ma nel senso che le parole in essa impiegate non devono essere intese in un significato tale da violare il ragionevole affidamento; (iii) pertanto, una volta intesa nel senso sopra detto, come cioè implicante che un determinato inadempimento è stato considerato ai fini della risoluzione espressa, e una volta appurato che la parte legittimata abbia inteso

avvalersi della detta clausola, non c'è spazio per una distinta valutazione finalizzata a giustificare l'effetto risolutorio.
6. - L'impugnata sentenza si pone in contrasto con tutti gli anzidetti principi, sicchè va cassata.
Segue il rinvio alla medesima corte d'appello di Firenze, diversa sezione, la quale, uniformandosi a quanto appena stabilito, provvederà a riesaminare il materiale istruttorio per pronunciarsi anche sulla residua domanda di danni della stazione appaltante, accolta in primo grado e ritenuta assorbita dalla statuizione cassata.
Essa provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa l'impugnata sentenza e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte d'appello di Firenze.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 11 maggio 2016.
Depositato in Cancelleria il 27 ottobre 2016.

MORA ACCIPIENDI E *MORA DEBENDI* NEL CONTRATTO DI LOCAZIONE

Cass. 9 gennaio 2016, n. 890

Nelle locazioni di immobili urbani adibiti ad attività commerciali, disciplinate dagli artt. 27 e 34, della l. n. 392 del 1978 (e, in regime transitorio, dagli artt. 68, 71 e 73 della stessa legge), il conduttore che, alla scadenza del contratto, rifiuti la restituzione dell'immobile, in attesa che il locatore gli corrisponda la dovuta indennità di avviamento, è esonerato solo dal risarcimento del maggior danno ex art. 1591 c.c., restando comunque obbligato al pagamento del corrispettivo convenuto per la locazione, salvo che offra al locatore, con le modalità dell'offerta reale formale ex artt. 1216, comma 2, e 1209 c.c., la riconsegna del bene condizionandola al pagamento dell'indennità di avviamento medesima, atteso il forte legame strumentale che lega le due prestazioni.

RITENUTO IN FATTO

1. - Con sentenza del maggio 2010, il Tribunale di Grosseto, sezione distaccata di Orbetello - pronunciando, nelle cause riunite tra la locatrice La Posada di Pisu Maria Luisa & C. s.n.c. e la conduttrice Esseci s.r.l., sulla domanda de La Posada s.n.c. di risoluzione del contratto di locazione ad uso diverso da abitazione intercorso tra le parti, per inadempimento del conduttore, ed il risarcimento del danno, nonchè sulla domanda proposta dalla Esseci per il pagamento dell'indennità di avviamento commerciale - dichiarò cessato il rapporto di locazione al 30 aprile 2007 con ordine di rilascio dell'immobile; condannò La Posada a pagare ad Esseci, a titolo di indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, la somma di Euro 57.744,00, oltre interessi legali; condannò Esseci a pagare a La Posada, a titolo di canoni di locazione, la somma di Euro 3.208,00 mensili, oltre interessi legali, dal mese di maggio 2007 sino all'effettivo rilascio dell'immobile; compensò integralmente le spese di lite.

2. - Avverso tale decisione proponevano gravame sia la Esseci s.r.l. (in via principale), sia La Posada s.n.c. (in via incidentale);

l'adita Corte di appello di Firenze, con sentenza resa pubblica il 6 febbraio 2012, respingeva l'appello incidentale ed accoglieva quello principale, cosi rigettando la domanda della s.n.c. La Posada di pagamento dei canoni di locazione, dichiarando già eseguito il rilascio e condannando l'appellante incidentale al pagamento delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

2.1. - Sull'appello principale della Esseci s.r.l., la Corte territoriale riteneva, anzitutto, che La Posada s.n.c. fosse decaduta dal potere di proporre la domanda riconvenzionale per il pagamento dei canoni di locazione scaduti nel giudizio promosso dalla Esseci s.r.l. per conseguire l'indennità di avviamento commerciale, in quanto "non aveva chiesto il differimento di udienza, a norma dell'art. 418 c.p.c.".

Il giudice di appello precisava, altresì, che, seppure tra le cause riunite vi fosse anche quella di intimazione di sfratto per morosità (distinta dal r.g.n. 5012/09) "nella quale La Posada aveva richiesto l'ingiunzione di pagamento per i canoni scaduti", non risultava in atti, però, "neppure in copia, la memoria difensiva contenente le definitive conclusioni di La Posada nelle cause riunite, nè le memorie depositate in precedenza nella stessa causa di intimazione di sfratto per morosità...

per poter verificare che La Posada, a seguito del mutamento del rito," avesse "insistito nel pagamento dei canoni di locazione".

2.1.1. - Il giudice di secondo grado, peraltro, osservava che la domanda di pagamento dei canoni era, comunque, infondata.

A tal fine, la Corte di merito rilevava che Esseci - a seguito di disdetta per il 30 aprile 2007 - aveva comunicato a La Posada, lo stesso 30 aprile, di "aver liberato i locali" e messili, quindi, "a disposizione della locatrice", la quale "avrebbe potuto rientrarne in possesso al momento della corresponsione dell'indennità, come ribadito nella successiva lettera del 13.5.2007, nella quale Esseci contestava il rifiuto di La Posada di ricevere le chiavi dell'immobile, in quanto ingiustificato, non sussistendo i danni indicati dalla locatrice"; che il 24 maggio 2007 la stessa Esseci notificava a La Posada, a mezzo ufficiale giudiziario, "l'intimazione di ricevere la consegna dell'immobile", ex artt. 1216 e 1209 c.c., quale offerta rifiutata dalla locatrice "a causa dei dedotti gravi danni riscontrati nell'immobile" (come da verbale dell'ufficiale giudiziario del 15 giugno 2007), i quali danni non erano risultati sussistenti, secondo quanto ritenuto dal primo giudice sulla scorta dell'espletata c.t.u..

Pertanto, la Corte di appello soggiungeva che "tali offerte di riconsegna dell'immobile, il cui rifiuto della locatrice risultava ingiustificato, e quindi illegittimo, erano idonee a escludere la mora del debitore, il quale non era dunque più tenuto al pagamento dei canoni di locazione, ai sensi dell'art. 1591 c.c.".

Infatti, contrariamente a quanto opinato dal Tribunale, non rilevava che l'offerta fosse condizionata al pagamento dell'indennità di avviamento commerciale, posto che, il rifiuto illegittimo dell'offerta, ex artt. 1216 e 1209 c.c., di restituzione dell'immobile escludeva la mora del conduttore ed il suo obbligo di corrispondere il canone, mentre costituiva in mora il locatore quanto al relativo obbligo di pagare l'indennità di avviamento.

2.2. - Quanto all'appello incidentale de La Posada s.n.c., la Corte territoriale riteneva corretta la decisione di primo grado, in base a quanto accertato dal c.t.u. (sia nella relazione del marzo 2005, sia nel supplemento del settembre 2006), circa l'insussistenza dei danni lamentati dalla predetta ricorrente nel giudizio (distinto dal r.g.n. 3024/04) volto ad ottenere la risoluzione del contratto di locazione per inadempimento.

In particolare, il giudice di appello poneva in evidenza che: a.) in riferimento al giardino, la prima relazione del c.t.u. aveva accertato che lo stato di manutenzione era "buono" e che non necessitassero "interventi", per poi ritenerlo, con il supplemento di c.t.u., "ottimo"; b) quanto alla cella frigorifera, "appoggiata su lastra di mattoni cementati a terra", si trattava di indispensabile" allo svolgimento dell'attività di ristorazione, e di attività collaterali, oggetto del contratto di locazione, nè potendo reputarsi che la collocazione della cella, sita in zona di servizio, "necessitasse di preventiva autorizzazione scritta del locatore, non potendo certo essa costituire una aggiunta o una innovazione, a norma della clausola n. 8 del contratto; c) in riferimento alla "installazione esterna per la somministrazione della birra alla spina", nel supplemento di c.t.u. si era accertato trattarsi di "struttura precaria, facilmente asportabile", ciò che del resto era avvenuto in epoca (2 luglio 2007) di poco successiva al verbale del 15 giugno 2007; inoltre, proprio perchè struttura precaria, non era necessaria la preventiva autorizzazione scritta del

locatore ai sensi della citata clausola n. 8; d) quanto alla caldaia esterna, la relativa doglianza era inammissibile poichè non oggetto del ricorso introduttivo e, comunque, la struttura non rientrava tra le aggiunte per le quali occorreva la preventiva autorizzazione ai sensi della clausola contrattuale n. 8; e) in riferimento ai rumori notturni provenienti dal locale, oltre al fatto che il contratto di locazione "prevedeva espressamente la destinazione dei locali anche all'attività di intrattenimento e di svago", La Posada non aveva provato la sussistenza di danni economici consequenziali, dovendosi comunque escludere che "eventuali fastidi potessero giustificare la domanda di risoluzione del contratto e, a maggior ragione, il rifiuto di ricevere la restituzione dei locali".

2.2.1. - In ordine, poi, alla doglianza sul mancato accertamento del momento di rilascio dell'immobile, là dove in atti risultava - per aver affermato la Essseci, "nelle note difensive del 29.1.09... che La Posada non avrebbe potuto rientrare nel possesso dell'immobile finchè non avesse corrisposto l'indennità di avviamento" - che il rilascio dell'immobile era effettivamente avvenuto nell'aprile 2009, con conseguente obbligo di pagamento dei canoni di locazione sino al febbraio 2009, la Corte di appello ribadiva che, a seguito dell'offerta, dapprima informale e poi formale, di restituzione dell'immobile da parte di Esseci s.r.l. e dell'illegittimo rifiuto de La Posada s.n.c., la conduttrice non era più tenuta al pagamento dei canoni di locazione dal 30 aprile 2007, non avendo rilievo quindi "quanto affermato dal difensore di Esseci nella citata memoria del 29.1.2009, trattandosi evidentemente della trattazione della questione giuridica in ordine" ai reciproci obblighi delle parti (rispettivamente, pagamento dei canoni e dell'indennità di avviamento). Donde, il rigetto della domanda di pagamento di detti canoni avanzata dalla La Posada s.n.c. e la presa d'"atto dell'avvenuto rilascio dell'immobile locato".

3. - Avverso tale sentenza ricorre La Posada di Pisu Maria Luisa & C. s.n.c. sulla base di quattro motivi, cui resiste con controricorso la Esseci s.r.l..

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Preliminarmente, è manifestamente infondata l'eccezione della controricorrente di inammissibilità dei motivi di ricorso per mancata formulazione dei quesiti ex art. 366 bis c.p.c., giacchè la citata norma processuale è stata abrogata dalla L. n. 69 del 2009, art. 47, con effetto per i ricorsi per cassazione proposti avverso provvedimenti pubblicati successivamente al 4 luglio 2009, ossia alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 69, a mente del suo art. 58 (tra le altre, Cass., 24 marzo 2010, n. 7119; Cass., 7 novembre 2013, n. 25058), con la conseguenza che, rispetto alla sentenza impugnata dalla s.n.c. La Posada, pubblicata il 6 febbraio 2012, la disposizione dell'art. 366 bis del codice di rito non può, ratione temporis, trovare applicazione.

2. - Con il primo mezzo è dedotto vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

In riferimento alla domanda di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore e di risarcimento danni (oggetto della causa distinta dal r.g.n. 3029/04), la Corte territoriale avrebbe confermato la sentenza di rigetto di primo grado in base ad una c.t.u. (invero, da ritenersi tale solo la prima relazione, "in quanto la seconda costituiva replica ai chiarimenti richiesti") motivata in modo insufficiente ed incongruo, come già da essa La Posada, "sin dalla

prima udienza utile, esposto e contestato", alla stregua dei rilievi (sviluppati in ricorso) sulla manutenzione interna ed esterna del locale, anche in forza della consulenza di parte (redatta dall'arch. R.P.) che quantificava l'ammontare dei danni e dei costi di ripristino dei locali, senza che di tale quantificazione si occupasse la c.t.u..

Peraltro, quanto al profilo dell'esercizio dell'attività di intrattenimento e di svago, essa ricorrente aveva al riguardo dedotto soltanto l'inadempimento del conduttore ai fini della risoluzione e non del risarcimento danni, sussistendo "numerose clausole contrattuali (quelle violate e la cui violazione è stata contestata) che imponevano limiti ben precisi, non rispettati" a dette attività.

1.1. - Il motivo non può trovare accoglimento.

Le critiche mosse alla sentenza impugnata non attengono tanto alla motivazione assunta dalla Corte territoriale (cfr. p.2.2. del "Ritenuto in fatto", cui si rinvia integralmente) in forza delle conclusioni della c.t.u., nella sua duplice veste di una prima relazione e di un successivo supplemento, il tenore dei quali è stato modulato in relazione alle critiche di parte, altresì congruamente correlando i fatti accertati alla portata degli obblighi negoziali, come declinati dalle clausole del contratto di locazione *inter partes* (in particolare la clausola n. 8).

Esse, infatti, si rivolgono, piuttosto, in modo diretto alla stessa c.t.u., senza mediare quanto dalla stessa sentenza mutuato, mancando quindi di aggredire ab intrinseco il ragionamento del giudice di merito.

Peraltro, già cosi confezionate, le doglianze omettono anche il richiamo puntuale dei contenuti rilevanti e propri della stessa c.t.u., altresì assumendo - in contrasto con l'apprezzamento globale della Corte territoriale - la essenzialità della sola "prima relazione", là dove, invece (come dalla stessa ricorrente addotto), il supplemento era la "replica" ai richiesti chiarimenti e di questo il giudice di merito ha fatto uso. Ed ancora, nonostante deduca che le contestazioni alla c.t.u. fossero state tempestivamente veicolate nel giudizio di merito, la ricorrente omette, tuttavia, di indicare, in violazione dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, (non rispettato, invero, neppure in riferimento alle dovute puntualizzazioni relative alla c.t.u. nella sua duplice veste), il quando ed il quomodo di detta contestazione e di dare contezza di quale sia la specifica sede processuale ove reperire i pertinenti atti processuali.

La motivazione della Corte territoriale sfugge dunque alle censure di parte ricorrente, le quali si risolvono in una (non consentita) rivisitazione degli accertamenti peritali a prescindere da effettive aporie ed insufficienze degli stessi e, soprattutto (come detto), dall'apprezzamento calibrato che nella sentenza impugnata è stato fatto degli elaborati tecnici, in funzione dell'accertamento sull'inadempimento degli obblighi contrattuali (ritenuto insussistente).

2. - Con il secondo mezzo è dedotto vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nonchè, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione dell'art. 1460 cod. civ. e degli artt. 418 e 447 bis c.p.c..

In riferimento alla domanda di pagamento dell'indennità di avviamento proposta dalla Esseci s.r.l. (oggetto della causa distinta dal r.g.n. 5406/07), la Corte di appello avrebbe assunto, in modo illogico e incongruo, che "la sig.ra P. avrebbe infondatamente opposto alla Esseci s.r.l. l'eccezione *Inadempienti non est adimplemdum*", giacchè avrebbe inserito la "contestazione dei

danni arrecati all'immobile da Esseci non nell'ambito del procedimento di risoluzione della locazione per inadempimento, ma nella valutazione del rifiuto dell'offerta reale cui la stessa eccezione è del tutto estranea".

Inoltre, l'eccezione di inadempimento non sarebbe stata sollevata dalla conduttrice alla prima udienza e comunque la stessa Esseci avrebbe "accettato il contraddittorio chiedendo il rigetto delle pretese avversarie, sanando cosi l'eventuale vizio".

2.1. - Il motivo non può essere accolto.

E' la stessa ricorrente (p. 39 del ricorso) a dedurre che, in seno alla causa promossa dalla Esseci s.r.l. per ottenere il pagamento dell'indennità di avviamento commerciale, in forza dell'offerta reale di restituzione dell'immobile locato e di illegittimo rifiuto del locatore, essa s.n.c. aveva contestato che l'indennità non fosse dovuta perchè l'attività era cessata e, segnatamente, perchè "erano stati riscontrati danni all'immobile", quantificati in complessivi Euro 67.368,00.

Dunque, era parte integrante del *thema decidendum* l'accertamento sulla legittimità o meno del rifiuto opposto dal locatore all'offerta reale di restituzione dell'immobile locato, là dove i fatti, pertinenti a tale *thema* ed introdotti dalla stessa parte locatrice, avevano riguardo proprio alla supposta esistenza di danni all'immobile, da assumersi come fattore giustificativo dell'anzidetto rifiuto.

In siffatti termini, il giudice di secondo grado (cfr. sintesi della motivazione al p.2.1.1. del "Ritenuto in fatto", cui si rinvia integralmente) ha fatto buon governo dei fatti allegati nell'ambito di ciascun giudizio (poi riunito agli altri), mentre le censure di parte ricorrente, là dove insistono sulla illegittima trasmigrazione dell'eccezione ex art. 1460 cod. civ. da un giudizio all'altro, non colgono l'effettiva *ratio decidendi*, della sentenza impugnata.

3. - Con il terzo mezzo è dedotto vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, nonchè, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, violazione e falsa applicazione dell'art. 1182 c.c., comma 2, art. 1120 c.c., e art. 1590 c.c., u.c..

La Corte di appello avrebbe errato a ritenere che l'offerta reale, non formale, formulata in modo condizionato dalla Esseci l'avesse preservata dalla responsabilità per il ritardo e dal conseguente obbligo di corrispondere il canone pattuito, là dove ciò avrebbe consentito la liberazione dall'obbligo di pagare il maggior danno e non già dalla corresponsione dei canoni, "cosa che avviene esclusivamente qualora si ricorra all'offerta formale (non condizionata) di cui all'art. 1216 c.c.".

3.1. - Il motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

3.1.1. - E' inammissibile là dove deduce esservi stata, da parte della Esseci s.r.l., soltanto "offerta non formale", in contrasto con quanto accertato dalla Corte di appello - in forza di apprezzamento che, come tale, non è stato affatto censurato -, ossia trattarsi, dapprima, di offerta non formale di restituzione dell'immobile locato avvenuta con duplice comunicazione (del 30 aprile 2007 e del 13 maggio 2007) e, poi, di ulteriore offerta formale ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 1216 e 1209 c.c., tramite notifica (del 24 maggio 2007), a mezzo ufficiale giudiziario, dell'intimazione di ricevere l'immobile.

3.1.2. - E' infondato là dove si sostiene che la liberazione del conduttore dal pagamento dei canoni potrebbe conseguire soltanto ove l'offerta formale sia "non condizionata" dalla richiesta di pagamento dell'indennità di avviamento.

3.1.2.1. - A seguito della pronuncia delle Sezioni Unite civili n. 1177 del 15 novembre 2000, si è consolidato nella giurisprudenza di questa Corte il principio per cui, nelle locazioni di immobili urbani adibiti ad attività commerciali disciplinate dagli artt. 27 e 34 della L. n. 392 del 1978 (e, in regime transitorio, dagli artt. 68, 71 e 73 della medesima legge), in ragione della interdipendenza tra l'obbligazione del locatore di corrispondere l'indennità di avviamento e quella del conduttore di restituire l'immobile locato alla cessazione del rapporto, ove persista la duplice inadempienza di dette obbligazioni, il conduttore è esonerato soltanto dal pagamento del maggior danno ex art. 1591 c.c., mentre, in attesa del pagamento dell'indennità di avviamento, è comunque obbligato a corrispondere il canone convenuto per la locazione (tra le molte, Cass., 28 marzo 2003, n. 4690; Cass., 11 luglio 2006, n. 15721; Cass., 9 marzo 2010, n. 5661).

Ciò sulla premessa di fondo per cui tra le obbligazioni del locatore (di pagare l'indennità di avviamento) e del conduttore (di restituire l'immobile locato ad uso commerciale) sussiste una precisa interdipendenza sostanziale (prima ancora che processuale, ai sensi della L. n. 392 del 1978, art. 69), con la conseguenza - esplicitata nel principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite - che "il conduttore che rifiuta la restituzione dell'immobile in attesa di ricevere dal locatore il pagamento dell'indennità per l'avviamento a lui dovuta, è obbligato al pagamento del corrispettivo convenuto, ma solo di questo".

Si tratta, invero, di un "rifiuto" che, a fronte del reciproco "rifiuto" del locatore di corrispondere l'indennità, è opponibile in base all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., elidendo la mora "in chi legittimamente l'oppone" (alla stregua di un comportamento improntato a buona fede e correttezza).

Tuttavia, ove non ci si limiti al "rifiuto", seppur legittimo, della propria prestazione, ma si intenda adempiere la propria e ottenere l'adempimento della controparte, il locatore, allora, "deve offrire al conduttore il pagamento dell'indennità che ritiene gli sia dovuta; correlativamente, il conduttore che intende ottenere il pagamento dell'indennità, nel domandarla deve offrire al locatore la riconsegna del bene ovvero può offrire la riconsegna a condizione che gli sia pagata l'indennità che domanda".

A tal riguardo soccorrono le "norme sulla mora del creditore", che "consentono a ciascuno dei due obbligati di liberarsi della propria obbligazione e di costituire in mora il creditore (artt. 1206, 1207 e 1208 c.c.), perchè se il debitore di una prestazione la deve a condizione che l'altra esegua in suo favore una prestazione cui ha diritto, il debitore della prima può condizionare la propria offerta all'esecuzione di quella del proprio debitore" (cosi la citata Cass., sez. un., n. 1177 del 2000, sulla scorta, in particolare, di Cass., 17 ottobre 1995, n. 10820).

3.1.2.2. - Nel solco di siffatto orientamento e, segnatamente, in base all'assunto per cui non sussiste un diritto di ritenzione in capo al conduttore, il quale, pur non essendo in mora, è comunque "tenuto a versare al locatore una somma pari al corrispettivo che avrebbe dovuto pagare in costanza del contratto", si è ribadito, da parte di Cass., 25 giugno 2013, n. 15876, che tanto si correla alla ragione che "dal momento della cessazione del rapporto di locazione sino a

quello del pagamento dell'indennità si viene ad instaurare tra le parti un rapporto ex lege geneticamente collegato al precedente, fondato per una parte sulla protrazione della detenzione del bene e per l'altra sul pagamento di un corrispettivo coincidente con quello del rapporto contrattuale". Non può, quindi, il conduttore - prosegue la citata pronuncia - "rendere gratuita la detenzione in virtù del mancato utilizzo del bene, in base ad una sua unilaterale decisione", sicchè per evitare il pagamento del canone è tenuto all'"offerta di restituzione del bene a norma dell'art. 1216 c.c., in modo da costituire in mora il locatore in rapporto al suo obbligo di corrispondere l'indennità di avviamento";

prospettiva, questa, in cui non assume "alcun rilievo la previsione di cui all'art. 1460 c.c., ... in quanto l'eccezione in parola giustifica soltanto il proprio inadempimento ma non costituisce un rimedio contro l'inadempimento altrui".

Tuttavia, in linea più generale, sempre in tema di riconsegna dell'immobile locato, si è affermato (tra le altre, Cass., 3 settembre 2007, n. 18496; Cass., 20 gennaio 2011, n. 1337) che, mentre l'adozione della complessa procedura di cui all'art. 1216, e art. 1209 c.c., comma 2, costituita dall'intimazione al creditore di ricevere la cosa nelle forme stabilite per gli atti giudiziari, rappresenta l'unico mezzo per la costituzione in mora del creditore per provocarne i relativi effetti (art. 1207 c.c.), l'adozione da parte del conduttore di altre modalità aventi valore di offerta reale non formale (art. 1220 c.c.) - purchè serie, concrete e tempestive, tali da mettere l'immobile nella disponibilità del locatore, e semprechè non sussista un legittimo motivo di rifiuto da parte del locatore stesso - pur non essendo sufficiente a costituire in mora il locatore, è tuttavia idonea ad evitare la mora del conduttore nell'obbligo di adempiere la prestazione e, dunque, di evitare il pagamento del corrispettivo convenuto.

3.1.2.3. - Il disallineamento di posizioni, che parrebbe evincersi tra l'affermazione della sufficienza, rispetto al venire meno dell'obbligazione di corresponsione del canone, dell'offerta reale non formale rispetto a quella reale formale, è da ricondurre piuttosto (nella maggior parte dei casi considerati, salvo talune eccezioni: cfr. Cass., 26 aprile 2002, n. 6090 e Cass., 13 dicembre 2012, n. 22924) al venire in rilievo, o meno, della fattispecie di interdipendenza tra le prestazioni di pagamento dell'indennità commerciale e di restituzione dell'immobile. Nel senso che, ove non si ponga questione degli effetti della anzidetta interdipendenza tra prestazioni e si discuta eminentemente della restituzione del bene, allora si è ritenuto sufficiente che il conduttore-debitore si possa liberare della sua obbligazione restitutoria con offerta ai sensi dell'art. 1220 cod. civ., mettendo l'immobile medesimo nella piena disponibilità del locatore (tra le altre, Cass., 24 marzo 2004, n. 5841 e Cass., 17 gennaio 2012, n. 550) e con ciò (perdendone comunque la detenzione) liberarsi anche dell'obbligazione di pagamento dei canoni, correlata geneticamente alla mancata restituzione del bene (e non già al suo godimento), salvo, ovviamente, il legittimo rifiuto del locatore.

Invero, l'effetto liberatorio anzidetto presuppone, in ogni caso, la cooperazione del locatore nel ricevere il bene, ossia che quest'ultimo rientri effettivamente nel pieno possesso, materiale e giuridico dell'immobile (in tale ottica si colloca la consegna delle relative chiavi al locatore, che le riceva, cosi da restituirlo nella piena disponibilità del bene: tra le altre, Cass., n. 550 del 2012, citata), poichè, in assenza di siffatta cooperazione e di un tale esito, la liberazione del conduttore dalla prestazione cui è obbligato può aversi non solo con la costituzione in mora del creditore,

ma anche, e di necessità, con la nomina del sequestratario ai sensi dell'art. 1216, secondo comma, cod. civ., al quale venga consegnata la "cosa dovuta" (cfr. Cass., 7 aprile 1970, n. 958; Cass., 30 marzo 1977, n. 1218; in analoga prospettiva, Cass., 27 aprile 2004, n. 7982), alla stregua di un complessivo procedimento i cui esiti sono soggetti, pur sempre, alla convalida giudiziale.

Del resto, mentre l'offerta reale non formale (art. 1220 c.c.) non libera il debitore dall'eseguire la propria prestazione, ma unicamente dagli effetti del ritardo nel suo adempimento (e, dunque, delle conseguenze risolutorie e risarcitorie connesse all'inadempimento), la stessa offerta reale formale (artt. 1208, 1209 e 1216 c.c.) è istituto giuridico volto, di per sè, a provocare soltanto la *mora accipiendi* ed i relativi effetti indicati dall'art. 1207 c.c. (tra cui, quello, di peculiare rilievo, dell'immediato trasferimento del rischio in capo al creditore della impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile), ma non già a liberare immediatamente il debitore dall'obbligo di adempiere all'obbligazione (cfr., più in generale, Cass., 16 gennaio 1969, n. 84), tanto che l'art. 1207 c.c., comma 3, impone ancora al debitore di custodire e conservare la "cosa" (salvo esonerarlo dalle relative spese), mentre il momento che segna la liberazione del debitore è proprio quello di consegna dell'immobile al sequestratario (per la fattispecie che interessa in questa sede), come espressamente stabilito dall'ultimo periodo del citato art. 1216, comma 2.

3.1.2.4. - Ove, invece, rilevi il nesso di interdipendenza tra l'obbligazione di corresponsione dell'indennità di avviamento e quella di restituzione dell'immobile locato, allora - come in precedenza evidenziato il conduttore, che intenda ottenere il pagamento dell'indennità, deve provocare la mora del locatore, attivando, quindi, il meccanismo dell'offerta reale formale, ai sensi della già citata disciplina dettata dall'art. 1206 c.c. e ss., e, segnatamente (trattandosi di bene immobile), di quella recata dagli artt. 1216 e 1209 cod. civ., potendo altresì (ove il locatore non accetti l'offerta e non entri, altrimenti, nella disponibilità del bene) addivenire alla liberazione dalla propria obbligazione restitutoria (e con essa al pagamento dei canoni) in forza di quanto disposto dal più volte citato art. 1216, comma 2.

3.1.2.5. - Ulteriore questione è se, nell'ipotesi (come quella in esame) di interdipendenza tra le anzidette prestazioni, l'offerta formale di restituzione dell'immobile possa essere, o meno, "condizionata" al pagamento dell'indennità di avviamento.

Sebbene si registri in senso contrario a detto "condizionamento" l'affermazione di Cass., 25 marzo 2010, n. 7179, sorretta esclusivamente dal richiamo alla sentenza n. 1177 del 2000 delle Sezioni Unite, proprio quest'ultima pronuncia - sia pure anch'essa senza specifico sviluppo argomentativo (non essendo la peculiare questione direttamente implicata dal *thema decidendum* allora oggetto di scrutinio) - ha evidenziato (come già messo in rilievo) che il conduttore, ai fine di ottenere il pagamento dell'indennità di avviamento, deve offrire la riconsegna dell'immobile "ovvero può offrire la riconsegna a condizione che gli sia pagata l'indennità" e ciò "perchè se il debitore di una prestazione la deve a condizione che l'altra esegua in suo favore una prestazione cui ha diritto, il debitore della prima può condizionare la propria offerta all'esecuzione di quella del proprio debitore".

A tale ultimo enunciato il Collegio intende dare continuità.

3.1.2.5. - Giova osservare, in un'ottica più ampia, che, sulla possibilità, o meno, di "condizionare" l'offerta formale all'adempimento di una controprestazione, la contraria opinione, che trova consensi soprattutto in dottrina, si sostanzia - in assenza di un divieto espresso posto dalla disciplina codicistica di riferimento (artt. 1206 e ss. cod. civ.) - nella tesi secondo cui, nel caso di contratti a prestazioni corrispettive, le esigenze di tutela del debitore/creditore troverebbero soddisfazione con l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., là dove, invece, nel consentire il "condizionamento dell'offerta reale formale all'adempimento della controprestazione, si verrebbe ad attribuire al creditore di quest'ultima un *quid pluris* rispetto agli effetti della *mora credendi*, ossia quella stessa controprestazione che, comunque, potrebbe essere adempiuta, anche se in ritardo. In altri termini, il debitore conseguirebbe un risultato che va al di là del proprio adempimento.

Occorre, però, osservare che, nell'ambito dello stesso orientamento propendente per la soluzione che esclude la facoltà del debitore di "condizionare" l'offerta reale formale, una siffatta opzione si ritiene, comunque, configurabile e giustificata (in riferimento, per l'appunto, a situazioni di corrispettività delle prestazioni, là dove, altrimenti, la giustificazione al "condizionamento" discenderebbe solo dalla necessità del debitore di salvaguardare la propria persona o i propri beni) nei casi in cui si possa apprezzare un legame strumentale forte tra le due prestazioni, sicchè le finalità alle quali esse si volgono non siano realizzabili indipendentemente l'una dall'altra e, dunque, una di esse abbia lo scopo di rendere possibile l'altra prestazione.

In giurisprudenza, nel caso di reciproche obbligazioni inerenti a contratti sinallagmatici, si è invece affermato, in tempi risalenti, ma con enunciazione di principio non smentita successivamente, che "l'offerta reale collegata alla richiesta di adempimento della controparte non può essere considerata sottoposta a condizione, in quanto la pretesa di adempimento è ragione, non condizione dell'offerta" (Cass., 6 maggio 1966, n. 1159).

3.1.2.6. - Tale ultima affermazione - in prospettica consonanza con le aperture concettuali che l'orientamento dottrinale negativo è incline a concedere - esalta, quindi, il nesso di interdipendenza tra le due prestazioni che trovano la loro fonte nello stesso contratto, tale da rendere determinante per ciascuna parte la prestazione dell'altra e ciò ai fini della realizzazione della causa stessa del negozio.

Nella specie, poi, l'interdipendenza strutturale e funzionale tra la prestazione del locatore di pagare l'indennità di avviamento commerciale e quella del conduttore di restituire l'immobile nel quale si è svolta l'attività imprenditoriale si atteggiano secondo legame strumentale che, alla luce della ratio legis ispiratrice della disciplina recata dalla L. n. 392 del 1978 (da cui il contratto di locazione ad uso non abitativo trae la propria causa e cornice regolamentativa), valorizza in modo peculiare la posizione del conduttore, in una prospettiva (cfr. anche Corte cost., sent. n. 300 del 1983) che privilegia il fattore dinamico dell'esercizio dell'impresa (ex art. 41 Cost., nei limiti posti dal comma secondo della stessa disposizione), idoneo a funzionalizzare socialmente il diritto proprietario in capo al locatore (art. 42 Cost., comma 2).

Ottica, questa, che è coltivata dalla stessa sentenza n. 1177 del 2000 delle Sezioni Unite e non solo nel rammentare che la L. n. 392 del 1978, inserisce la disciplina dell'indennità di avviamento (artt. 34 e 69) tra gli istituti che, nel loro complesso, sono volti ad assicurare "la

conservazione, anche nel pubblico interesse, delle imprese considerate, tutelate mediante il mantenimento della clientela, che costituisce una componente essenziale dell'avviamento commerciale" (Corte cost., sent. n. 128 del 1983). Ma anche là dove viene messo in risalto che la funzione di detta indennità non si esaurisce nel ristoro del pregiudizio subito dal conduttore per la perdita dell'avviamento, ma è rivolta anche ad agevolare lo stesso conduttore "nella fase di impianto dell'azienda in nuovi locali, in una situazione in cui un avviamento va di nuovo suscitato".

Posto, dunque, che la posizione creditoria del conduttore non può trovare pieno soddisfacimento nell'esercizio dell'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. (che - come già evidenziato - è volta a legittimare il solo rifiuto di adempiere alla propria prestazione), la rilevanza del nesso di interdipendenza tra le due prestazioni in campo e la loro necessaria strumentalità, siccome orientata (dalla volontà del legislatore) a privilegiare il credito d'impresa, rende compatibile, alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., informatore della buona fede e correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio (artt. 1175 e 1375 c.c.), una cooperazione debitore/creditore tale da consentire allo stesso conduttore (come affermato dalla sentenza più vote richiamata delle Sezione Unite) di "offrire la riconsegna a condizione che gli sia pagata l'indennità".

In tal senso, il complesso meccanismo dell'offerta formale reale, ai sensi dell'art. 1216 c.c., commi 1 e 2, opererebbe in guisa tale da impedire la locatore di entrare nella disponibilità dell'immobile sino a che non adempia al pagamento dell'indennità, là dove, al contempo, il conduttore, ove intenda liberarsi della propria obbligazione, dovrà consegnare l'immobile al sequestratario nominato dal giudice. Con l'ulteriore precisazione che alla verifica della legittimità dei comportamenti negoziali delle parti, nell'ottica delle menzionate buona fede e correttezza, si provvedere tramite il procedimento della convalida giudiziale.

3.1.2.7. - Sicchè, risulta infondata la doglianza che si incentra, e si esaurisce nella sua prospettazione, sulla asserita inconfigurabilità in iure di una "offerta formale condizionata", da parte del conduttore, di restituzione dell'immobile locato ad uso commerciale al pagamento dell'indennità di avviamento, che la Corte territoriale ha, invece, correttamente ritenuto facoltà praticabile.

4. - Con il quarto mezzo è dedotto vizio di motivazione ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. "in relazione al fatto che non vi sarebbe stata valida precisazione delle conclusioni di parte La Posada nel giudizio n. 5014/09 Tribunale di Orbetello".

La Corte territoriale, nonostante che essa La Posada nella causa di sfratto per morosità avesse chiesto "l'emissione del provvedimento di ingiunzione di pagamento dei canoni scaduti", avrebbe escluso che una tale domanda fosse stata riproposta a seguito del mutamento del rito, facendo discendere dalla mancanza in atti delle memorie di parte, dovuta ad un "mero disguido materiale", conseguenze pregiudizievoli e non tenendo conto che, una volta mutato il rito e proseguendo la causa di intimazione di sfratto per morosità come giudizio di cognizione ordinaria, la mancata precisazione delle conclusioni comporta come effetto "la presunzione che la parte abbia inteso riferirsi alle conclusioni già in precedenza formulate negli atti di causa".

4.1. - Il motivo è inammissibile.

Non solo - con doglianza che erroneamente evoca un vizio di cui al n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., senza sostanziare la censura con pertinenti argomentazioni in punto di error in procedendo e dei relativi effetti conseguenziali (come, invece, avrebbe dovuto essere confezionata) - non vengono, in violazione dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, indicati in modo puntuale gli atti processuali rilevanti per verificare il persistere della domanda riconvenzionale di pagamento dei canoni nell'ambito del giudizio promosso dalla Esseci s.r.l. (là dove, invero, la stessa ricorrente ammette il mancato deposito di quelli ritenuti dirimenti dalla Corte territoriale). Ma, in ogni caso, la censura è in radice inammissibile anche perchè il rigetto del motivo (terzo) sugli effetti dell'offerta formale della Esseci ha cristallizzato, in giudicato, anche la statuizione di rigetto della domanda di pagamento dei canoni locatizi proposta dalla s.n.c. La Posada in seno al giudizio di intimazione di sfratto per morosità e ribadita con il secondo motivo di appello incidentale (cfr. pp. 5, 6, 12 e 13 della sentenza impugnata).

5. - Il ricorso va, pertanto, rigettato e la società ricorrente condannata, ai sensi dell'art. 385 c.p.c., comma 1, al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

LA CORTE rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio di legittimità, che liquida, in favore della società controricorrente, in complessivi Euro 5.400,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Terza Civile della Corte Suprema di Cassazione, il 7 ottobre 2015.

Depositato in Cancelleria il 20 gennaio 2016

LUOGO DI ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI PECUNIARIE

Cass., 13 settembre 2016, n. 17989

Le obbligazioni pecuniarie da adempiersi al domicilio del creditore, secondo il disposto dell'art. 1182, comma 3, c.c., sono - agli effetti sia della mora ex art. 1219, comma 2 n. 3, c.c., sia della determinazione del "*forum destinatae solutionis*" ai sensi dell'art. 20, ultima parte, c.p.c. - esclusivamente quelle liquide, delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale, e i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice, ai fini della competenza, allo stato degli atti secondo quanto dispone l'art. 38, ultimo comma, c.p.c.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Calzaturificio Due Elle spa, con sede in (OMISSIS), convenne davanti al Tribunale di Firenze (nel cui circondario rientra Fucecchio) la Trading Post s.r.l. di (OMISSIS) per il pagamento di 9.000 Euro più IVA quale corrispettivo di un servizio (studio e sviluppo di due linee di calzature) reso alla convenuta.

Accogliendo l'eccezione di quest'ultima il giudice adito si è dichiarato incompetente in favore del Tribunale di Macerata, individuato sia quale foro del convenuto, sia quale foro in cui era sorta l'obbligazione, sia quale foro del pagamento della somma di danaro oggetto della causa. In particolare, quanto a quest'ultimo criterio di collegamento (i primi due pacificamente radicando presso il tribunale marchigiano la competenza sulla domanda della società attrice), ha osservato che le obbligazioni pecuniarie si identificano - anche ai fini di cui all'art. 1182 c.c., comma 3, che ne prevede l'adempimento al domicilio del creditore - esclusivamente in quelle sorte originariamente come tali, ossia aventi ad oggetto sin dalla loro costituzione la prestazione di una determinata somma di denaro; con la conseguenza che nella specie non può farsi applicazione della predetta norma, non essendo indicato nel contratto l'importo del corrispettivo spettante all'attrice, onde il luogo di adempimento dell'obbligazione, rilevante agli effetti della determinazione del giudice competente ai sensi dell'art. 20 c.p.c., ult. parte, si identifica, ai sensi del richiamato art. 1182, comma 4, nel domicilio della società debitrice.

Il Calzaturificio Due Elle ha proposto ricorso per regolamento di competenza, cui non ha resistito l'intimata Trading Post.

La Sesta Sezione ha promosso l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite avendo rilevato l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità sulla questione "se sia applicabile l'art. 1182 c.c., comma 3, qualora nel contratto non risulti predeterminato l'importo del corrispettivo di una prestazione, ma tale importo venga autodeterminato dall'attore nell'atto con cui fa valere la propria pretesa creditoria".

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Davanti a queste Sezioni Unite il ricorso è stato discusso in pubblica udienza ancorchè, trattandosi di regolamento di competenza, sarebbe stata più corretta la trattazione in camera di consiglio. Tale irregolarità, tuttavia, non ha conseguenze sulla validità degli atti poichè la pubblica udienza assicura alle parti garanzie non certo minori del procedimento camerale.

2. - Secondo l'ordinanza di rimessione della Sesta Sezione, il contrasto di giurisprudenza da dirimere attiene al concetto di obbligazione pecuniaria rilevante ai sensi dell'art. 1182 c.p.c., comma 3, e sussiste tra:
a) un primo orientamento (per il quale l'ordinanza menziona Cass. 22326/2007) secondo cui, ove la somma di danaro oggetto dell'obbligazione debba essere ancora determinata dalle pani o, in loro sostituzione, liquidata dal giudice mediante indagini ed operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico, trova applicazione l'art. 1182, comma 4, secondo cui l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza;
b) un secondo orientamento (al quale vengono ricondotte Cass. 7674/2005, 12455/2010, 10837/2011, richiamate nel ricorso per regolamento e nella requisitoria scritta del P.M.) secondo cui il forum destinatae solutionis previsto dall'art. 1182, comma 3, è applicabile in tutte le cause aventi ad oggetto una somma di denaro qualora l'attore abbia richiesto il pagamento di una somma determinata, non incidendo sulla individuazione della competenza territoriale la maggiore o minore complessità dell'indagine sull'ammontare effettivo del credito, che attiene esclusivamente alla successiva fase di merito.
L'ordinanza evidenzia che, secondo quest'ultimo orientamento, è irrilevante che la prestazione richiesta non sia convenzionalmente prestabilita, essendo sufficiente che l'attore abbia agito per il pagamento di una somma da lui puntualmente indicata.
Soggiunge che il contrasto ha talora trovato "una via di fuga" nel rilievo che ai fini della competenza occorre avere riguardo ai fatti per come prospettati dall'attore, prescindendo dalla fondatezza delle contestazioni sollevate del convenuto o comunque concernenti il merito della causa.
3. - Può osservarsi anzitutto che il contrasto non riguarda la necessità del requisito della liquidità affinchè un'obbligazione pecuniaria debba essere adempiuta al domicilio del creditore (requisito in realtà non espressamente previsto dalla legge, tanto che in dottrina non è mancato chi ne ha ritenuto la natura puramente pretoria); riguarda piuttosto il modo di intendere tale requisito.
In effetti nella giurisprudenza di legittimità non è stato mai messo in discussione che obbligazioni pecuniarie "portabili", ai sensi dell'art. 1182 c.c., comma 3, sono soltanto quelle liquide, essendo assolutamente consolidato il principio che detta disposizione si riferisce alle sole obbligazioni pecuniarie derivanti da titolo convenzionale o giudiziale che ne abbia stabilito la misura, trovando altrimenti applicazione la regola di cui al quarto comma, per la quale la prestazione va eseguita al domicilio del debitore (i precedenti sono numerosissimi, ci si limita a segnalarne alcuni: Cass. 391/1966, 3422/1972, 2591/1997, 21000/2011), precisandosi che la liquidità sussiste anche nel caso in cui l'ammontare del credito può essere determinato con un semplice calcolo aritmetico e senza indagini od operazioni ulteriori (a Cass. 22326/2007, già richiamata nell'ordinanza di rimessione, si aggiungano, tra le altre, Cass. 3422/1971, 3538/1995, 3808/1999, 4511/2001, 10226/2001, 7021/2002, 9092/2004, 22306/2007) in base a quanto risulta dal titolo.
Si è altresì precisato che sulla determinazione del forum destinatae solutionis a norma dell'art. 1182 c.c., comma 3, e art. 20 c.p.c., seconda parte, non può influire l'eccezione del convenuto che neghi l'esistenza dell'obbligazione, perchè il principio stabilito dall'art. 10 c.p.c., per la determinazione della competenza per valore - secondo il quale il collegamento tra il giudice e la controversia è determinato in base alla domanda - è una regola di portata generale e quindi applicabile anche ai criteri stabiliti per determinare la competenza territoriale per le cause

relative a diritti di obbligazione, ai sensi dell'art. 20 c.p.c., sui quali perciò non influisce la fondatezza o meno della domanda (Cass. 789/1998, 1877/1999, 8121/2003, 20177/2004, 8359/2005, 11400/2006); mentre l'unico limite alla rilevanza dei fatti allegati dall'attore ai fini della determinazione della competenza è l'eventuale prospettazione artificiosa, finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge (Cass. 10226/2001, 8189/2012).
Anche queste Sezioni Unite, allorchè sono state chiamate a pronunciarsi sull'applicabilità del terzo ovvero del quarto comma dell'art. 1182 c.c., al fine di individuare il forum destinatae solutionis quale criterio speciale di competenza giurisdizionale in materia contrattuale, a norma dell'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 e dell'art. 5, n. 1, del Regolamento (CE) n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, hanno confermato la necessità del requisito della liquidità delle obbligazioni pecuniarie (v. sentenze 9214/1987, 5899/1997), nonchè l'indifferenza delle contestazioni del convenuto circa la sussistenza dell'obbligazione dedotta in giudizio dall'attore, poichè anche la giurisdizione nei confronti dello straniero deve essere riscontrata in base alla domanda, indipendentemente da ogni questione circa il suo fondamento nel merito, non operando tale principio solo nel caso in cui la prospettazione della domanda sia artificiosamente finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge (ordinanza 6217/2006, sentenza 13900/2013).
Proprio la necessità di fare riferimento alla domanda, secondo la regola dettata dall'art. 10 c.p.c., è alla base dell'orientamento, richiamato dalla ricorrente e dal P.M., che considera sufficiente a integrare il requisito della liquidità dell'obbligazione, al fine di rendere quest'ultima "portabile" ai sensi dell'art. 1182 c.c., comma 3, la quantificazione della propria pretesa da parte dell'attore.
Si legge in Cass. 7674/2005, che ha introdotto tale orientamento, cui si sono poi uniformare Cass. 12455/2010 e 10837/2011, citt.: "Occorre ricordare che, a norma dell'art. 10 c.p.c., il valore della causa, ai fini della competenza, si determina dalla domanda, e, più precisamente, per l'art. 14 comma 1, nelle cause relative a somme di danaro (...) il valore si determina in base alla somma indicata (...) dall'attore. Per esigenze di armonia ed omogeneità del sistema, la stessa regola deve valere, nei limiti del possibile, anche ai fini della competenza per territorio, nel senso che anche per questa dovrà tenersi conto non dell'effettiva realtà sostanziale sottostante alla domanda, ma del tenore di quest'ultima, indipendentemente dal suo maggiore o minore fondamento. E pertanto, nelle obbligazioni, come quella dedotta in giudizio, aventi ad oggetto una somma di denaro determinata, n'entrano nella previsione dell'art. 1182 c.c., comma 3, quelle che siano come tali indicate dall'attore, mentre il diverso e successivo problema della effettiva sussistenza di esse attiene al merito (vedansi, sul punto, Cass. 27 gennaio 1998 n. 789; 5 marzo 1999 n. 1877). Nella specie il giudice a quo (...) avrebbe dovuto pertanto rivolgere la propria attenzione al contenuto dell'atto di citazione, e, poichè esso indicava, quale credito dell'attrice, una specifica somma di denaro asseritamente dovuta per effetto del rapporto contrattuale tra le parti (...), avrebbe dovuto riconoscere che trattavasi di una somma di ammontare già determinato e trarne le debite conseguenze in termini di competenza". Con il che la mera quantificazione della pretesa da parte dell'attore fa premio sull'intrinseca liquidità della stessa, la prospettazione della domanda nel processo prevale sulle caratteristiche sostanziali del diritto azionato.
4. - Ritengono queste Sezioni Unite che il contrasto così determinatosi rispetto all'orientamento, in precedenza costante, che richiedeva la effettiva liquidità dell'obbligazione, in base al titolo, ai fini della qualificazione dell'obbligazione stessa come portabile, per gli

effetti di cui al combinato disposto dell'art. 1182 c.c., comma 3, e art. 20 c.p.c., vada risolto confermando l'orientamento tradizionale.
4.1. - Tra le obbligazioni pecuniarie, invero, quelle illiquide hanno una particolarità: ai fini dell'adempimento del debitore è necessario un passaggio ulteriore, è necessario cioè un ulteriore titolo, convenzionale o giudiziale.
Questa particolarità non è indifferente rispetto alla disciplina di tale categoria di obbligazioni.
Si consideri che la nozione di obbligazione portabile, di cui all'art. 1182 c.c., comma 3, rileva non soltanto ai fini dell'individuazione del forum destinatae solulionis contemplato dall'art. 20 c.p.c., seconda parte, ma anche ai fini del prodursi della mora ex re ai sensi dell'art. 1219 c.c., comma 2, n. 3, che esclude la necessità della costituzione in mora "quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore", come appunto stabilito per le obbligazioni pecuniarie dall'art. 1182, comma 3, cit..
La giurisprudenza di questa Corte nega che la mora ex re si verifichi anche per le obbligazioni pecuniarie illiquide (Cass. 535/1999, 9092/2004). Se tra le obbligazioni pecuniarie "portabili" contemplate da tale disposizione rientrassero quelle illiquide, la mora - e con essa la responsabilità ai sensi dell'art. 1224 c.c. - scatterebbe automaticamente anche a carico del debitore la cui prestazione non sia in concreto possibile perchè l'ammontare della sua prestazione è ancora incerto: il che sarebbe ingiustificato, nonchè contrario al sistema, il quale esclude la responsabilità del debitore la cui prestazione sia impossibile per causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). L'interpretazione restrittiva della nozione di obbligazione portabile è inoltre coerente anche con il favor debaoris che ispira la regola generale di cui all'art. 1182, comma 2, n. 4 cit..
Le indicate esigenze di protezione del debitore, che sono a fondamento dell'interpretazione restrittiva dell'art. 1182 c.c., comma 3, richiedono evidentemente che la liquidità del credito sia ancorata a dati oggettivi, mentre sarebbero frustrate se essa si facesse coincidere con la pura e semplice precisazione, da parte dell'attore, della somma di denaro dedotta in giudizio, pur in mancanza di indicazioni nel titolo, come sostenuto da Cass. 7674/2005, cit., e dagli altri precedenti che vi si richiamano discostandosi dall'orientamento tradizionale. In tal modo, infatti, non il dato oggettivo della liquidità del credito radicherebbe la controversia presso il forum creditoris, bensì il mero arbitrio del creditore stesso, il quale scelga di indicare una determinata somma come oggetto della sua domanda giudiziale, con conseguente lesione anche del principio costituzionale del giudice naturale.
Va dunque ribadito che rientrano nella previsione di cui all'art. 1182 c.c., comma 3, esclusivamente le obbligazioni pecuniarie liquide, il cui ammontare, cioè, sia determinato direttamente dal titolo ovvero possa essere determinato in base ad esso con un semplice calcolo aritmetico.
4.2. - Peraltro il riferimento di alcuni precedenti di legittimità (sopra richiamati al capoverso del p.3) alla non necessità di indagini ulteriori ai fini della liquidazione del credito, quale requisito di liquidità dello stesso, ha determinato il prodursi di qualche equivoco, di cui vi è traccia nella requisitoria scritta del P.M. davanti alla Sesta Sezione, nella quale non a caso viene sottolineata l'irrilevanza, ai fini della determinazione della competenza territoriale ai sensi dell'art. 20 c.p.c., ultima parte, della "maggiore o minore complessità dell'indagine sull'ammontare effettivo del credito, la quale attiene esclusivamente alla successiva fase di merito".
Si impone, pertanto, una puntualizzazione.

Liquidità, come si è visto, significa che la somma dovuta risulta dal titolo e dunque non è necessario, per determinarla, un ulteriore titolo negoziale o giudiziale. L'ammontare della somma dovuta potrà risultare direttamente dal titolo originario, che la precisi, oppure solo indirettamente dallo stesso, allorchè questo indichi il criterio o i criteri applicando i quali tale somma va determinata (cfr. Cass. 19958/2005). Deve trattarsi, però, di criteri stringenti, tali, cioè, che la somma risultante dalla loro applicazione sia necessariamente una ed una soltanto: questo è ciò che si intende affermare, nella giurisprudenza di questa Corte, allorchè si ammette una liquidità scaturente da semplici operazioni aritmetiche. Se, infatti, il risultato dell'applicazione dei predetti criteri non fosse obbligato, residuando un margine di scelta discrezionale, il credito non potrebbe dirsi liquido, perchè quel margine di discrezionalità non potrebbe essere superato se non mediante un ulteriore titolo (convenzionale o giudiziale).
Dovendo, inoltre, la liquidità del credito essere effettiva, il principio che la competenza va determinata in base alla domanda non può essere esteso sino al punto di consentire all'attore di dare dei fatti una qualificazione giuridica diversa da quella prevista dalla legge, o di allegare fatti (ad esempio un contratto che indichi l'ammontare del credito) privi di riscontro probatorio. Resta fermo, ovviamente, che tali fatti sono accertati dal giudice, ai soli fini della competenza, allo stato degli atti secondo la regola di cui all'art. 38 c.p.c., u.c..
4.3. - Può in conclusione enunciarsi il seguente principio di diritto: "Le obbligazioni pecuniarie da adempiersi al domicilio del creditore, secondo il disposto dell'art. 1182 c.c., comma 3, sono - agli effetti sia della mora ex n ai sensi dell'art. 1219 c.c., comma 2, n. 3, sia della determinazione del forum destinatae solutionis ai sensi dell'art. 20 c.p.c., ultima parte, - esclusivamente quelle liquide, delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale, e i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice, ai fini della competenza, allo stato degli atti secondo quanto dispone l'art. 38 c.p.c., u.c. ".
5. - Tanto premesso, l'istanza di regolamento deve essere respinta, atteso che dalla ricorrente non viene neppure dedotto che nel contratto fosse indicato l'ammontare del credito dell'attrice o i criteri per determinarlo.
In mancanza di attività difensiva della parte intimata non occorre provvedere sulle spese processuali.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.
Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti dell'obbligo di versamento, a carico della parte ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il 3 maggio 2016.
Depositato in Cancelleria il 13 settembre 2016

CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA E TUTELE CONSUMERISTICHE

Cass. 5 dicembre 2016, n. 24846

In presenza di un contratto autonomo di garanzia, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore anche in punto di competenza, in quanto, pure in tale evenienza, come nel contratto di fideiussione, l'obbligazione del garante è funzionale rispetto a quella garantita.

In presenza di un contratto di fideiussione, il requisito soggettivo della qualità di consumatore deve riferirsi all'obbligazione garantita, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore.

FATTO E DIRITTO

1.- B.G.M. ed M.O. impugnano, con ricorso notificato il 13.7.15 ed articolato su cinque motivi, con regolamento necessario di competenza l'ordinanza 9.6.15, di cui non consta la data di comunicazione, con cui il tribunale di Chieti benchè nell'intestazione risulti indicato quello di Pescara) ha dichiarato la propria incompetenza per territorio in favore di quello di Milano sulla querela di falso da loro proposta quanto alle sottoscrizioni in calce alle fideiussioni prestate alla Silvie Italy srl a s.u. in liq.ne e in concordato preventivo, a garanzia dei debiti della Junior G.

2.- Laconicamente limitatosi il tribunale al rilievo che, "a prescindere dalla problematica relativa alla tutela del consumatore, in relazione alla proposizione della querela di falso deve farsi richiamo al foro esclusivo ed inderogabile del convenuto", i ricorrenti si dolgono:

- di vizio motivazionale in punto di foro del consumatore;
- di violazione del regime dei contratti dei consumatori, tali dovendo qualificarsi essi ricorrenti;
- di pronunzia da parte del giudice monocratico anzichè di quello collegiale;
- di pronunzia senza previa precisazione delle conclusioni;
- di erronea liquidazione delle spese anche per la fase decisoria, invece mancata.

3.- Dal canto suo, l'intimata replica:

- che le controparti si sono compiutamente e in concreto difese sulle questioni di competenza;
- che in materia di querela di falso si applica in via esclusiva il foro del convenuto, atteso l'intervento obbligatorio del P.M.;
- che la finalizzazione della prestata fideiussione ad un rapporto di impresa (il contratto di vendita/fornitura di JuniorG srl con la controparte) esclude la qualificabilità degli attori come consumatori;
- che anzi, negando la validità delle contestazioni di controparte sulla liquidazione delle spese, in via incidentale vanno rideterminate le medesime a proprio favore, considerando anche la fase di istruzione e trattazione, ma pure applicando il corretto scaglione di valore della controversia.

4.- Il Pubblico Ministero, con sua requisitoria scritta depositata il 6.6.16, ha chiesto il rigetto dell'istanza di regolamento:

- negando rilievo alle doglianze in rito, siccome estranee alla questione di competenza territoriale e comunque per avere le parti avuto modo di argomentare diffusamente sugli aspetti a quella relativi;
- attribuendo preminenza al foro generale del convenuto persona giuridica quando oggetto della causa è la querela di falso in via principale, atteso il previsto intervento obbligatorio del P.M., ma pure per l'inapplicabilità della disciplina a tutela del consumatore allorchè questi agisca a garanzia di un debito contratto da un soggetto che, a sua volta, agisce nell'ambito di una attività imprenditoriale;
- escludendo l'assenza di una fase decisoria ai fini della liquidazione dei compensi alla parte vittoriosa, ma ritenendo fondata la doglianza di quest'ultima in punto di erronea individuazione dello scaglione applicabile.

5.- In disparte ogni questione di tempestività della proposizione in relazione alla carenza - in atti - di elementi certi sulla data in cui è stata eseguita la comunicazione del provvedimento impugnato con il presente regolarmente, va rilevato, in primo luogo e secondo quanto correttamente sottolinea anche il P.G., che col regolamento necessario di competenza può essere fatta valere la violazione delle sole norme sulla competenza e non quella di altre norme sul procedimento, a meno che quest'ultima violazione non abbia avuto per effetto di impedire alla parte di apportare al giudice elementi utili al fine di statuire sulla propria competenza (Cass., ord. 6 giugno 2008, n. 15019): ma, nella specie, sulla questione è evidente dagli atti di causa che i ricorrenti abbiano potuto argomentare in modo assai ampio e sottoporre al giudice ogni elemento da loro ritenuto utile; e, pertanto, i motivi primo, terzo e quarto sono inammissibili.

6.- In secondo luogo, anche a non voler considerare l'ineccepibile - e neppure contestata in quanto tale - conclusione dell'inderogabilità della competenza territoriale del foro generale ex artt. 18 o 19 c.p.c. in caso di querela di falso proposta in via principale (su cui, da ultimo, v. Cass., ord. 25 agosto 2006, n. 18484, ove altri riferimenti), la doglianza - resa oggetto del secondo motivo agitato col presente ricorso - di pretermissione della pretesa qualità di consumatore degli originari attori è infondata: questa Corte ha già avuto modo di statuire che, in presenza di un contratto di fideiussione, è all'obbligazione garantita che deve riferirsi il requisito soggettivo della qualità di consumatore, ai fini dell'applicabilità della specifica normativa in materia di tutela del consumatore, attesa l'accessorietà dell'obbligazione del fideiussore rispetto all'obbligazione garantita (Cass. 29 novembre 2011, n. 25212); ma a diversa soluzione non può non pervenirsi pure nell'evenienza di contratto autonomo di garanzia, essendo comunque anch'esso, con tutta evidenza, funzionalmente inserito nell'attività dell'impresa garantita - quale elemento utile per il suo funzionamento anche solo corrente, onde appunto assicurarle il credito da parte di altri contraenti, i quali fidano sulla garanzia prestata o comunque la prendono in considerazione come elemento determinante nel momento in cui si inducono a contrattare con l'imprenditore garantito, così determinando un diverso e più favorevole andamento dell'attività di impresa - e quindi esulando dal concetto di consumo o bisogno personale del contraente, il solo che può giustificare appunto l'applicazione della disciplina generale del diritto del consumatore.

7.- L'ultimo motivo di ricorso, benchè tecnicamente ammissibile (potendo solo con il regolamento necessario di competenza impugnarsi il capo, di un provvedimento in punto di competenza, che provvede sulle spese: Cass., ord. 12 agosto 2011, n. 17228; Cass., ord. 25 agosto 2015, n. 17130), è infondato, perchè una fase decisoria è comunque insita, benchè

ridotta al minimo, in ogni procedimento e comporta l'estrinsecazione di un'attività defensionale specificamente volta a sollecitare, precisando le posizioni della parte difesa e contestando (seppure genericamente) quelle dell'avversario, una determinazione da parte del giudicante.

8.- L'impugnazione principale, infondato il secondo e il quinto motivo ed inammissibili gli altri, va quindi rigettata.

9.- L'impugnazione "incidentale" della resistente va invece qualificata inammissibile:

- in primo luogo, perchè nel regolamento di competenza non è ammessa un'impugnazione incidentale (sicchè la parte, vittoriosa sulla questione di competenza, deve proporre impugnazione ordinaria sul solo capo delle spese, se del caso da sospendersi per pregiudizialità: Cass. Sez. Un., ord. 6 luglio 2005, n. 14205);
- in secondo luogo, in quanto la memoria difensiva con cui essa è proposta non si fa carico dell'analitica indicazione degli importi minimi di liquidazione che si assumono violati, solo indicando quelli reputati erronei: così non corrispondendo alla consolidata elaborazione di questa Corte in ordine al contenuto delle contestazioni dinanzi ad essa delle liquidazioni in punto di spese (tra molte: Cass. 8 marzo 2007, n. 5318; Cass. 14 luglio 2009, n. 16390).

10.- In conclusione, il ricorso principale va rigettato e quello incidentale dichiarato inammissibile; e, ad avviso del Collegio, non può farsi a meno di statuire che la competenza sulle domande proposte spetta al tribunale di Milano, secondo quanto correttamente deciso dal provvedimento qui impugnato.

11.- Tuttavia, ogni provvedimento sulle spese del presente procedimento può bene essere rimesso al giudice indicato come competente, affinchè siano da quegli regolate in relazione anche all'esito finale della lite tra le parti.

12.- Infine, trova applicazione il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, attesa la soccombenza dei ricorrenti impugnanti, in relazione al contributo dovuto per i ricorsi rispettivamente proposti.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale e dichiara inammissibile quello incidentale; dichiara la competenza del tribunale di Milano, cui rimette ogni statuizione anche sulle spese del presente procedimento; ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, come modif dalla L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti principali ed incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso rispettivamente proposto, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio della sezione sesta civile della Corte Suprema di Cassazione, il 16 settembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 5 dicembre 2016.

NULLITA' PER MANCANZA DI FORMA DEL CONTRATTO DI INVESTIMENTO

Cass., 24 marzo 2016, n. 5919

In tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta "*ad substantiam*", la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto con effetti "*ex nunc*" e non "*ex tunc*", essendo necessaria la formalizzazione delle dichiarazioni di volontà che lo creano; ne consegue che tale meccanismo non opera se l'altra parte abbia "*medio tempore*" revocato la proposta, ovvero se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non sia più in vita nel momento della produzione, determinando la morte, di regola, l'estinzione automatica della proposta (art. 1329 c.c.), non più impegnativa per gli eredi.

Il contraente di un contratto per cui è prevista la forma scritta "*ad substantiam*", privo del possesso della scrittura per averla consegnata all'altro contraente che si rifiuta di restituirla, non può provare l'esistenza del rapporto avvalendosi della prova testimoniale, poiché non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'art. 2724, n. 3, c.c., bensì di impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del n. 2 del medesimo articolo.

Il requisito della forma scritta "*ad substantiam*" nei contratti è soddisfatto anche se le sottoscrizioni delle parti siano contenute in documenti distinti, purché risulti il collegamento inscindibile tra questi ultimi, così da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - M.S. ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Milano San Paolo IMI S.p.A., poi Intesa Sanpaolo S.p.A. e, dopo aver premesso di avere, in data 13 giugno 1991, conferito mandato alla convenuta per la negoziazione di strumenti finanziari, sottoscrivendo, in data 30 marzo 2001, un ordine di acquisto di 753.000 obbligazioni "Repubblica Argentina 9,25% 99/2002", con un esborso di 774.600,60, titoli colpiti dal default argentino del 21 dicembre 2001, ha dedotto: a) la nullità dell'operazione in quanto posta in essere in assenza del contratto scritto di negoziazione di cui della L. n. 1 del 1991, art. 6 e D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 e del regolamento Consob numero 11.522 del 1998; b) l'illecita sollecitazione all'investimento; c) l'omessa acquisizione dei dati concernenti l'esperienza e la propensione al rischio nonchè l'omessa consegna del documento sui rischi generali; d) l'inadempimento all'obbligo informativo sulla specifica operazione; f) l'inadeguatezza dell'operazione non autorizzata ai sensi dell'art. 29 del citato regolamento; g) la violazione della normativa sui conflitti di interesse nonchè del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 2; h) la violazione del dovere di informare dei gravi e reiterati declassamenti del rating argentino avvenuti nella seconda metà del 2001; ii) la responsabilità solidale della banca ex artt. 1228 e 2049 c.c., per il fatto del proprio dipendente responsabile dell'operazione e dei contestati inadempimenti.

Su tali premesse, la M. ha concluso per la dichiarazione di nullità ovvero per l'annullamento o la risoluzione del contratto di investimento nelle predette obbligazioni con condanna della convenuta alla restituzione ovvero al risarcimento commisurato all'entità della somma investita.

Intesa Sanpaolo S.p.A. ha resistito alla domanda.

2. - Il tribunale di Milano, con sentenza del 24 giugno 2008, ha rigettato la domanda e regolato le spese di lite.
3. - Contro la sentenza ha proposto appello la M., formulando cinque distinti motivi, il primo dei quali concernente la ritenuta inammissibilità, da parte del Tribunale, dell'eccezione di nullità dell'operazione per mancanza di un valido contratto scritto di negoziazione.
4. - Nel contraddittorio di Intesa Sanpaolo S.p.A., che ha resistito all'impugnazione, la Corte d'appello di Milano, con sentenza del 31 maggio 2012, in totale riforma della sentenza impugnata, ha dichiarato la nullità, per l'assenza di un valido contratto scritto di negoziazione, dell'operazione di investimento nei titoli di cui si è detto, condannando la società appellata alla restituzione, in favore della M., della complessiva somma di Euro 544.062,67, oltre accessori, derivante dalla sottrazione all'importo investito di quello ricavato dalla vendita dei titoli medesimi, il tutto con la consequenziale condanna di Intesa Sanpaolo S.p.A. alle spese del doppio grado.
Nell'accogliere il primo motivo di impugnazione, la Corte d'appello:
1) dopo aver rammentato che il contratto quadro deve essere redatto in forma scritta sotto pena di nullità ai sensi dell'art. 23 del Tuf, ha osservato che, nel caso esaminato, risultava prodotto un modulo contrattuale predisposto dalla banca e sottoscritto dalla sola cliente, ma privo di ogni manifestazione di volontà negoziale dell'intermediario, dunque di una semplice proposta, ancorchè corredata della dichiarazione prestampata secondo cui "una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta dai soggetti abilitati a rappresentarvi";
2) ha quindi sottolineato che il requisito formale in discorso è previsto ad substantiam, così da non poter essere sostituito da una dichiarazione confessoria dell'altra parte, nè fatto oggetto di sanatoria alcuna ovvero di integrazione attraverso successive comunicazioni provenienti dalla banca (contabili, attestati di eseguito, eccetera);
3) che la domanda di nullità proposta dalla M., esprimendo una volontà opposta al vincolo contrattuale, escludeva che la semplice produzione in causa del modulo effettuato dalla banca potesse valere quale strumento integrativo, equipollente della sottoscrizione, ai fini del sorgere di un valido contratto, contratto che, del resto, sarebbe in tal caso intervenuto soltanto in un momento successivo a quello dell'operazione in esame, confermandone la nullità.
5. - Contro la sentenza ha proposto ricorso per cassazione Intesa Sanpaolo S.p.A. affidato a sei motivi.
M.S. ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

6. - Il ricorso contiene sei motivi.
6.1. - Il primo motivo è svolto da pagina 17 a pagina 28 del ricorso sotto la rubrica: "Falsa applicazione dell'articolo 23 decreto legislativo numero 5/2003 e degli artt. 1325, 1326, 1350 e 1418 c.c. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3)".
Secondo la ricorrente, in breve, la Corte d'appello sarebbe incorsa in errore nel non valorizzare la circostanza, risultante dal documento prodotto da ambo le parti, concernente la consegna alla M. di una copia del contratto debitamente sottoscritto alla banca, copia che la stessa M. aveva rifiutato strumentalmente ed in malafede di esibire in giudizio, sicchè la questione sottoposta all'esame del giudice di merito non si poneva in termini di validità del contratto, sotto il profilo del requisito formale previsto dall'art. 23 (naturalmente del Tuf e non

del D.Lgs. n. 5 del 2003, sul rito societario, richiamato nella rubrica del motivo per evidente errore materiale), bensì di prova dell'intervenuta stipulazione, con l'ulteriore conseguenza che la corte d'appello avrebbe dovuto far riferimento non già all'indirizzo giurisprudenziale formatosi con riguardo alla produzione, in luogo del contratto per il quale sia prevista la forma scritta ad substantiam, di scritture ricognitive del precedente contratto, bensì alla regula iuris affermata da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, che, in un caso analogo a quello in esame, aveva stabilito che il modulo contrattuale sottoscritto da una delle parti non può essere ricondotto ad una scrittura ricognitiva di un diverso accordo.

6.2. - Il secondo motivo è svolto da pagina 28 a pagina 30 del ricorso sotto la rubrica: "Insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)".

Vi si sostiene, in breve, che la Corte d'appello avrebbe errato nel configurare come semplice proposta contrattuale la copia del contratto sottoscritta dalla M., senza dar conto di tutte le ulteriori circostanze rilevanti, quali la produzione in giudizio da parte della banca di copia del contratto da cui risultava che essa aveva sottoscritto analoga copia consegnata alla contraente, il tutto in violazione del principio stabilito dalla citata Cass. 22 marzo 2012, n. 4564.

6.3. - Il terzo motivo è svolto da pagina 31 a pagina 32 del ricorso sotto la rubrica: "Omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)".

Nel motivo si pone l'accento sull'erroneità della motivazione adottata dalla Corte di merito laddove non aveva tenuto nel debito conto, ancora una volta in violazione del principio affermato da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, le eccezioni formulate dalla banca con riferimento al contenuto del documento prodotto da ambo le parti mediante il quale la M. aveva dichiarato che una copia del contratto debitamente sottoscritta per la banca le era stata consegnata.

6.4. - Il quarto motivo è svolto da pagina 32 a pagina 36 del ricorso sotto la rubrica: "Violazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 23 e degli artt. 1325, 1326, 1350 e 1418 c.c. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3)".

Viene ancora una volta ribadito che la Corte d'appello sarebbe incorsa in errore nel non applicare alla fattispecie il principio espresso da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, ritenendo che la domanda di dichiarazione della nullità del contratto avrebbe implicato una volontà opposta al vincolo contrattuale, giacchè, al contrario, le domande di nullità, annullamento, risoluzione formulate dalla M. erano tutte logicamente incompatibili con una volontà di revoca del consenso prestato: ed anzi la M. aveva fondato la propria pretesa non già sulla mancanza di un proprio consenso, bensì sulla mancanza del consenso della banca.

6.5. - Il quinto motivo è svolto da pagina 36 a pagina 40 del ricorso sotto la rubrica: "Falsa applicazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 23 e degli artt. 1325, 1326, 1350 e 1418 c.c. (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3)".

Si sostiene che la Corte d'appello avrebbe errato nell'escludere che il contratto si fosse concluso in forza delle successive comunicazioni provenienti dalla banca (contabili, attestati di seguito, eccetera) trattandosi di affermazione contraria ai principi fissati da Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, facendo peraltro riferimento a pronunce di questa Corte concernenti fattispecie concrete palesemente diverse da quelle in esame.

6.6. - Il sesto motivo è svolto da pagina 40 a pagina 43 del ricorso sotto la rubrica: "Omessa motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5)".
Nel motivo si sostiene che la Corte d'appello avrebbe errato nell'omettere di considerare l'eccezione della banca secondo cui, una volta riconosciuta la nullità del contratto, avrebbe dovuto parimenti ammettersi che essa aveva percepito dalla M. un importo di oltre 18.000.000 di Euro senza titolo, con conseguente suo diritto a trattenere tutti i frutti prodotti da tale somma, dovendo restituire soltanto il capitale con gli interessi legali. La condotta della M., la quale aveva dedotto la nullità del contratto per difetto di forma, allora, costituiva chiara manifestazione di abuso del diritto dell'investitore, che, essendo in possesso del contratto sottoscritto dalla banca, non lo aveva prodotto al fine di conseguire un ingiusto vantaggio.
7. Il ricorso va respinto.
7.1. - I primi cinque motivi del ricorso possono essere simultaneamente esaminati, in ragione del loro collegamento, dal momento che tutti sono volti a sostenere, sebbene da diversi angoli visuali, la tesi del perfezionamento del "contratto quadro" pur in mancanza della produzione in giudizio della copia di esso sottoscritto dalla banca.
Essi sono tutti infondati.
7.1.1. - L'ordine di acquisto di obbligazioni argentine di cui si discute ha avuto luogo nel vigore dell'art. 23 Tuf (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), sulla base di un "contratto quadro" del quale la M. ha dedotto la nullità per difetto del requisito formale - stipulato in epoca in cui era vigente la L. 2 gennaio 1991, n. 1.
In particolare, l'originaria attrice ha agito in giudizio producendo il documento del 13 giugno 1991 recante il conferimento alla banca del mandato di negoziazione, predisposto sotto forma di lettera diretta alla stessa banca, mancante della sottoscrizione di quest'ultima, ma contenente la dicitura: "Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi", seguita dalla sottoscrizione della M..
Nel corso del giudizio analogo documento è stato prodotto dalla banca.
7.1.2. - Orbene, il citato art. 23 stabilisce che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento debbano essere redatti per iscritto a pena di nullità, ma già della L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6, lett. c, secondo quanto più volte ribadito da questa Corte, poneva il medesimo requisito di forma per la stipulazione del "contratto quadro" (Cass. 7 settembre 2001, n. 11495; Cass. 9 gennaio 2004, n. 111; Cass. 19 maggio 2005, n. 10598).
Tale previsione, dettata, secondo la prevalente opinione, a fini protettivi dell'investitore (Cass. 22 marzo 2013, n. 7283), non è incompatibile con la formazione del contratto attraverso lo scambio di due documenti, entrambi del medesimo tenore, ciascuno sottoscritto dall'altro contraente. Non v'è difatti ragione di discostarsi dall'insegnamento più volte ribadito, secondo cui il requisito della forma scritta ad substantiam è soddisfatto anche se le sottoscrizioni delle parti sono contenute in documenti distinti, purchè risulti il collegamento inscindibile del secondo documento al primo, "sì da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo" (Cass. 13 febbraio 2007, n. 3088; Cass. 18 luglio 1997, n. 6629; Cass. 4 maggio 1995, n. 4856).
Ciò detto, vertendosi in tema di forma scritta sotto pena di nullità, in caso di formazione dell'accordo mediante lo scambio di distinte scritture inscindibilmente collegate, il requisito della forma scritta ad substantiam in tanto è soddisfatto, in quanto entrambe le scritture, e le

corrispondenti dichiarazioni negoziali, l'una quale proposta e l'altra quale accettazione, siano formalizzate. E, insorta sul punto controversia, vale la regola generale secondo cui, con riguardo ai contratti per i quali la legge prescrive la forma scritta a pena di nullità, la loro esistenza richiede necessariamente la produzione in giudizio della relativa scrittura (Cass. 14 dicembre 2009, n. 26174).
7.1.3. - La stipulazione del contratto non può viceversa essere desunta, per via indiretta, in mancanza della scrittura, da una dichiarazione quale quella nella specie sottoscritta dalla M.: "Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi".
La verifica del requisito della forma scritta ad substantiam si sposta qui sul piano della prova (è la stessa banca ricorrente, del resto, a riconoscerlo), ove trova applicazione la disposizione dettata dal codice civile che consente di supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'art. 2725 c.c., comma 2, che richiama l'art. 2724 c.c., n. 3: in base al combinato disposto di tali norme, la prova per testimoni di un contratto per la cui stipulazione è richiesta la forma scritta ad substantiam, è dunque consentita solamente nell'ipotesi in cui il contraente abbia perso senza sua colpa il documento che gli forniva la prova del contratto.
E la preclusione della prova per testimoni opera parimenti per la prova per presunzioni ai sensi dell'art. 2729 c.c., nonchè per il giuramento ai sensi dell'art. 2739 c.c.. Interdetta è altresì la confessione (Cass. 2 gennaio 1997, n. 2; Cass. 7 giugno 1985, n. 3435) quale, in definitiva, sarebbe la presa d'atto, da parte della M., della consegna dell'omologo documento sottoscritto dalla banca.
D'altronde, la consolidata giurisprudenza di questa Corte esclude l'equiparazione alla "perdita", di cui parla l'art. 2724 c.c., della consegna del documento alla controparte contrattuale. Nell'ipotesi prevista dalla norma, difatti, il contraente che è in possesso del documento ne rimane privo per cause a lui non imputabili: il che è il contrario di quanto avviene nel caso della volontaria consegna dell'atto, tanto più in una vicenda come quella in discorso, in cui non è agevole comprendere cosa abbia mai potuto impedire alla banca, che ha predisposto la modulistica impiegata per l'operazione, di redigere il "contratto quadro" in doppio originale sottoscritto da entrambi i contraenti.
E' stato al riguardo più volte ripetuto che, in tema di contratti per cui è prevista la forma scritta ad substantiam, nel caso in cui un contraente non sia in possesso del documento contrattuale per averlo consegnato all'altro contraente, il quale si rifiuti poi di restituirlo, il primo non può provare il contratto avvalendosi della prova testimoniale, poichè non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'art. 2724 c.c., n. 3, bensì di impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del precedente n. 2 di tale articolo (Cass. 26 marzo 1994, n. 2951; Cass. 19 aprile 1996, n. 3722; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28639, la quale ha precisato che l'esclusione della prova testimoniale opera anche al limitato fine della preliminare dimostrazione dell'esistenza del documento, necessaria per ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c.; per completezza occorre dire che c'è un precedente di segno diverso, Cass. 29 dicembre 1964, n. 2974, ma si tratta di un'affermazione assai remota, isolata e per di più concernente una fattispecie in parte diversa).
7.1.4. - Resta allora da chiedersi se la validità del "contratto quadro" possa essere ricollegata, come vorrebbe la banca ricorrente, alla produzione in giudizio da parte sua del medesimo documento ovvero a comportamenti concludenti posti in essere dalla stessa banca e documentati per iscritto.

La ricorrente ha più volte richiamato, in proposito, nel ricorso per cassazione, l'autorità di Cass. 22 marzo 2012, n. 4564 (massimata ad altro riguardo) nella quale si trova affermato, con riguardo ad una vicenda simile, pure involgente la stipulazione di un contratto bancario da redigersi per iscritto:
1) che la dicitura contenuta nel documento mancante della sottoscrizione proveniente dalla banca, secondo cui "un esemplare del presente contratto ci è stato da voi consegnato", rendeva ragionevole affermare che l'esemplare consegnato recasse per l'appunto la sottoscrizione della banca;
2) che la costante giurisprudenza della Corte di cassazione, muovendo dalla premessa che nei contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti, ha più volte ribadito il principio secondo cui tanto la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, quanto qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte, dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante;
3) che, nella specie considerata, anche in mancanza di una copia del contratto firmata dalla banca, l'intento di questa di avvalersi del contratto risultava comunque, oltre che dal deposito del documento in giudizio, dalle manifestazioni di volontà da questa esternate ai ricorrenti nel corso del rapporto, da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastando a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguenze perfezionamento dello stesso.
Ritiene però la Corte che al precedente non possa darsi continuità.
7.1.4. - Questa Corte ha più volte ribadito che la mancata sottoscrizione di una scrittura privata è supplita dalla produzione in giudizio del documento stesso da parte del contraente non firmatario che se ne intende avvalere (Cass. 5 giugno 2014, n. 12711 ove si precisa che, per il perfezionamento dell'accordo è necessario non solo che la produzione in giudizio del contratto avvenga su iniziativa del contraente che non l'ha sottoscritto, ma anche che l'atto sia prodotto per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti; Cass. 17 ottobre 2006, n. 22223; Cass. 5 giugno 2003, n. 8983; Cass. l luglio 2002, n. 9543; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826; Cass. 19 febbraio 1999, n. 1414; Cass. 15 maggio 1998, n. 4905;
Cass. 7 maggio 1997, n. 3970; Cass. 23 gennaio 1995, n. 738; Cass. 24 aprile 1994, n. 5868, ove si precisa che il principio non trova applicazione allorchè il giudizio sia instaurato non nei confronti del sottoscrittore, bensì dei suoi eredi; Cass. 28 novembre 1992, n. 12781; Cass. 7 agosto 1992, n. 9374; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440;
Cass. 7 luglio 1988, n. 4471; Cass. 11 settembre 1986, n. 5552, che ammette il principio solo quando il contraente invochi in proprio favore il contratto ed intenda farne propri gli effetti, e non quando la produzione in giudizio del documento esprima essa stessa la volontà contraria ad alcuni suoi contenuti, come quando sia effettuata al fine di dimostrare con la mancata sottoscrizione del documento la non avvenuta conclusione del contratto contenutovi;
Cass. 18 gennaio 1983, n. 469; Cass. 8 novembre 1982, n. 5869; Cass. 23 aprile 1981, n. 2415, ivi, 1981, 2415; Cass. 8 gennaio 1979, n. 78).
In generale, il ragionamento posto a sostegno di tale indirizzo si riassume in ciò, che la produzione in giudizio da parte del contraente che non ha sottoscritto la scrittura realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto, perfezionamento che non può verificarsi se non ex nunc, e non ex tunc (ed infatti il contratto formale intanto si perfeziona ed acquista giuridica esistenza, in quanto le dichiarazioni di

volontà che lo creano siano state per l'appunto formalizzate), tant'è che il congegno non opera se l'altra parte abbia medio tempore revocato la proposta, ovvero se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non è più in vita nel momento della produzione, perchè la morte determina di regola l'estinzione automatica della proposta (v. art. 1329 c.c.) rendendola non più impegnativa per gli eredi (in senso diverso sembra rinvenirsi soltanto Cass. 29 aprile 1982, n. 2707, secondo cui la produzione in giudizio del documento sottoscritto da una sola parte non determina la costituzione del rapporto ex nunc, ma supplisce alla mancanza di sottoscrizione con effetti retroagenti al momento della stipulazione).
Va da sè che nel caso in discorso la produzione in giudizio del contratto da parte della banca, la cui sottoscrizione difetta, avrebbe determinato il perfezionamento del contratto solo dal momento della produzione, la quale, perciò, non può che rimanere senza effetti, per i fini della validità del successivo ordine di acquisto delle obbligazioni argentine, tale da richiedere a monte (e non ex post) un valido contratto quadro.
D'altro canto, far discendere la validità dell'ordine di acquisto dal perfezionamento soltanto successivo del "contratto quadro", non è pensabile, stante il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c..
Il che esime dal soffermarsi sull'ulteriore questione se la produzione da parte della banca possa determinare il perfezionamento del contratto, sia pure ex nunc, in presenza di una condotta quale quella posta in essere dalla M., la quale ha agito in giudizio per la dichiarazione di nullità dell'ordine di acquisto in mancanza di un valido "contratto quadro", avuto riguardo al rilievo che la domanda rivolta alla declaratoria di nullità è domanda di mero accertamento e, a differenza di quelle costitutive, quali quelle di annullamento o di risoluzione, non presuppone l'avvenuta conclusione del contratto.
Per tali ragioni, dunque, il "contratto quadro" non può dirsi utilmente perfezionato (sì da sorreggere il successivo ordine di acquisto) per effetto della sua produzione in giudizio da parte della banca.
7.1.5. - Il problema dell'anteriorità del perfezionamento del "contratto quadro" non si porrebbe, invece, se potesse attribuirsi rilievo alla volontà della banca di avvalersi del contratto desumibile dalle contabili, attestati di seguito, eccetera, di cui è menzione anche nella sentenza impugnata.
Ma così non è. In generale, nei contratti soggetti alla forma scritta ad substantiam, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo (Cass. 7 giugno 2011, n. 12297).
E, fin da epoca remota, questa Corte ha affermato che il documento ha valore, per i fini del soddisfacimento del requisito formale, "in quanto sia estrinsecazione diretta della volontà contrattuale" (Cass. 7 giugno 1966, n. 1495). La forma scritta, quando è richiesta ad substantiam, è insomma elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicchè occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto (Cass. 1 marzo 1967, n. 453;
Cass. 22 maggio 1974, n. 1532; Cass. 7 maggio 1976, n. 1594; Cass. 9 marzo 1981, n. 1307; 30 marzo 1981, n. 1808; 18 febbraio 1985, n. 1374; Cass. 15 novembre 1986, n. 6738; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8937; Cass. 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass. 6 aprile 2009, n. 8234;

Cass. 30 marzo 2012, n. 5158; da ultimo Cass. 12 novembre 2013, n. 25424, secondo cui non soddisfa l'esigenza di forma scritta ad substantiam l'attestazione di pagamento sottoscritta dall'accipiens e dal solvens).

Orbene, è di tutta evidenza che documentazione quale quella in questo caso depositata dalla banca (contabili, attestati di seguito, eccetera), indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture (aspetti che nel caso di specie non risultano dal ricorso per cassazione), non possiede i caratteri della "estrinsecazione diretta della volontà contrattuale", tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale.

7.2. - L'ultimo motivo è inammissibile.

Secondo la banca ricorrente, in breve, costituirebbe abuso del diritto, da parte della M., l'essersi avvalsa dell'eccezione di nullità del "contratto quadro", poichè mancante del requisito della forma scritta, pur avendo esso avuto esecuzione per lunghi anni, nel corso dei quali la cliente aveva effettuato con successo investimenti per molti milioni di Euro, così da neutralizzare l'unico investimento per così dire "sbagliato", facendone ricadere le conseguenze sulla banca.

In effetti, anche in dottrina si è sostenuto che una simile eccezione costituirebbe il mascheramento di un recesso di pentimento contra legem. E, talora, anche la giurisprudenza di merito, ha ritenuto di cogliere una sproporzione tra il rimedio azionato (la nullità dell'intero "contratto quadro") e il risultato pratico avuto di mira (il recupero della somma investita in titoli tossici).

Qui, tuttavia, non occorre approfondire l'argomento e stabilire se la figura dell'abuso del diritto, in particolare sotto forma di abuso dell'eccezione di nullità, possa dirsi ricorrente, o se invece l'investitore abbia invocato la nullità proprio al fine per cui essa è prevista, per l'evidente considerazione che tale argomento non risulta essere stato mai affrontato nelle fasi di merito, non essendovene traccia nè nella sentenza impugnata e neppure nell'espositiva del fatto contenuta nel ricorso per cassazione.

A tal riguardo trova dunque applicazione il principio secondo cui, qualora con il ricorso per cassazione siano prospettate questioni di cui non vi sia cenno nella sentenza impugnata, è onere della parte ricorrente, al fine di evitarne una statuizione di inammissibilità per novità della censura, non solo di allegare l'avvenuta loro deduzione innanzi al giudice di merito, ma anche, in ossequio al principio di autosufficienza del ricorso stesso, di indicare in quale specifico atto del giudizio precedente lo abbia fatto, onde dar modo alla Suprema Corte di controllare ex actis la veridicità di tale asserzione prima di esaminare il merito della suddetta questione (Cass. 18 ottobre 2013, n. 23675).

8. - Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso, in favore della M., delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in Euro 9.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali e accessori come per legge.

Così deciso in Roma, il 9 febbraio 2016.

CLAUSOLE “ALIENE” NELL’ORDINAMENTO ITALIANO: IL CASO DELLE ASSICURAZIONI *CLAIMS MADE*

Cass., 6 maggio 2016, n. 9140

Nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola *claims made* mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 18 dicembre 2008 il Tribunale di Roma accolse la domanda proposta da /Presutto Andrea/ nei confronti della Provincia Religiosa di S. Pietro dell'Ordine Ospedaliero di S. Giovanni di Dio Fatebenefratelli (di seguito anche solo Provincia Religiosa), domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni da lui subiti per effetto della condotta dei medici della struttura che lo avevano curato. E nel condannare l'ente al pagamento della somma liquidata al paziente a titolo di ristoro dei pregiudizi patiti, dichiarò tutte le compagnie assicurative chiamate in causa dalla convenuta tenute a manlevare la responsabile-assicurata nei limiti previsti dalle rispettive polizze.

Propose appello la Società Cattolica di Assicurazioni s.p.a., anche quale delegataria delle coassicuratrici Zurich Insurance PLC (per la quota del 30%) e di Reale Mutua (per la quota del 20%), censurando la ritenuta inoperatività della clausola c.d. claims made - letteralmente "a richiesta fatta" - inserita nella polizza n. 11891, da essa stipulata con la Provincia Religiosa, in quanto derogativa, secondo il giudice di prime cure, del primo comma dell'art. 1917 c.c., e quindi del principio in base al quale la copertura assicurativa si estende a tutti i fatti accaduti durante la vigenza del contratto. Sostenne segnatamente l'esponente che, nell'adottare tale errata soluzione, il decidente non aveva considerato che la pattuizione intitolata "Condizione speciale -

Inizio e Termine della Garanzia", in base alla quale la manleva valeva per le istanze risarcitorie presentate per la prima volta nel periodo di efficacia dell'assicurazione, purchè il fatto che aveva originato la richiesta fosse stato commesso nello stesso periodo o nel triennio precedente alla stipula, era pienamente valida ed efficace, anche in assenza di una specifica sottoscrizione, in quanto volta a delimitare l'oggetto del contratto e non a stabilire una limitazione di responsabilità.

Con la sentenza ora impugnata, depositata il 16 dicembre 2011, la Corte d'appello di Roma ha rigettato la domanda di manleva della Provincia nei confronti della Cattolica e delle coassicuratrici.

In motivazione la Curia capitolina, affermata la piena validità della clausola, ne ha altresì escluso il carattere vessatorio rilevando che la stessa, lungi dal rappresentare una limitazione della responsabilità della società assicuratrice, estende la copertura ai fatti dannosi verificatisi prima della stipula del contratto.

Il ricorso della Provincia Religiosa avverso detta decisione è articolato su tre motivi.
Si sono difese con controricorso la Società Cattolica Assicurazioni Coop. a r.l. e Zurich Insurance PLC. A seguito di istanza dell'impugnante, il Primo Presidente, ritenuto che la controversia presentava una questione di massima di particolare importanza, ne ha disposto l'assegnazione alle sezioni unite.
Fissata l'udienza di discussione, entrambe le parti hanno depositato memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Va anzitutto sgombrato il campo dall'eccezione, sollevata in limine dalla Società Cattolica di Assicurazione Coop. a r.l. e dalla Zurich Insurance PLC, di inammissibilità del ricorso per violazione del principio di autosufficienza. Sostengono invero le resistenti che l'impugnazione violerebbe il disposto dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6, posto che non sarebbe riportato il testo del contratto nè ne sarebbe indicata l'esatta allocazione nel fascicolo processuale.
Il rilievo non ha pregio.
La preliminare verifica evocata dalle società assicuratrici è destinata ad avere esito positivo a condizione che il ricorso contenga tutti gli elementi necessari a porre il giudice di legittimità in grado di avere la completa cognizione della controversia e del suo oggetto nonchè di cogliere il significato e la portata delle censure rivolte alle argomentazioni con le quali il decidente ha giustificato la scelta decisoria adottata.
Nello specifico, il nodo problematico sul quale è stato sollecitato l'intervento nomofilattico delle sezioni unite, attiene alla validità di una clausola il cui contenuto è assolutamente pacifico tra le parti ed è comunque stato trascritto in ricorso, di talchè non avrebbe senso sanzionare con l'inammissibilità l'omissione delle indicazioni necessarie alla facile reperibilità del testo dell'intero contratto, considerato che nessun ausilio esso apporterebbe alla soluzione delle questioni poste dalla proposta impugnazione. E' sufficiente all'uopo considerare che le deduzioni hinc et inde svolte a sostegno delle rispettive tesi difensive, omettono qualsivoglia riferimento a pattuizioni diverse da quella racchiusa nella clausola in contestazione, volta a circoscrivere, nei sensi che di qui a poco si andranno a precisare, l'obbligo della garante di manlevare la garantita.
2.1. Per le stesse ragioni, e specularmente, l'eccezione di giudicato esterno sollevata da entrambe le parti, nelle memorie ex art. 378 c.p.c., e nel corso della discussione orale, in relazione a sentenze definitive che, con riferimento alla polizza n. (OMISSIS) oggetto del presente giudizio, avrebbero pronunciato sulla validità della contestata condizione, non può sortire l'effetto di precludere la decisione di questa Corte sul merito della proposta impugnazione.
Mette conto in proposito ricordare che, nel giudizio di legittimità, il principio della rilevabilità del giudicato esterno va coordinato con i criteri redazionali desumibili dal disposto dell'art. 366 c.p.c., n. 6. E tanto per la dirimente considerazione che l'interpretazione del giudicato esterno, pur essendo assimilabile a quella degli elementi normativi astratti, in ragione della sua natura di norma regolatrice del caso concreto, va comunque effettuata sulla base di quanto stabilito nel dispositivo della sentenza e nella motivazione che la sorregge, di talchè la relativa deduzione soggiace all'onere della compiuta indicazione di tutti gli elementi necessari al compimento del sollecitato scrutinio (cfr. Cass. civ. 10 dicembre 2015, n. 24952).
2.2. Venendo al caso di specie, le contrapposte deduzioni delle parti in ordine all'esistenza di sentenze passate in giudicato che, con esiti niente affatto coincidenti, si sarebbero pronunciate

sulle questioni oggetto del presente giudizio, non sono accompagnate dalla indicazione degli elementi indispensabili alla verifica della fondatezza dell'eccezione, nei sensi testè esplicitati.
Ne deriva che l'eccezione di giudicato esterno va disattesa.
3.1. Passando quindi all'esame della proposta impugnazione, con il primo motivo, la Provincia Religiosa, denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 1341, secondo comma, cod. civ., omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5, contesta la negativa valutazione della natura vessatoria della clausola.
Rileva segnatamente l'esponente che la stessa, non integrando l'oggetto del contratto, ma piuttosto limitando la responsabilità della compagnia assicuratrice, ovvero prevedendo decadenze, limitazioni alla facoltà di proporre eccezioni e restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi, facoltà di sospendere l'esecuzione, richiedeva una specifica sottoscrizione, nella specie mancante. Aggiunge che, mentre la previsione pattizia non infirma la tipicità dello schema negoziale, l'estensione della garanzia a sinistri occorsi in periodi precedenti alla vigenza della polizza è ben possibile anche in contratti conformati sul modello boss occurrence. In ogni caso - evidenzia - l'art. 1341 c.c., è norma che riguarda tutti i contratti, tipici o atipici che siano.
3.2. Con il secondo mezzo l'impugnante lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 1341, 2964 e 2965 c.c., omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5. Sostiene che la condizione apposta al contratto sarebbe nulla, ex art. 2965 c.c., per l'eccessiva difficoltà che ne deriverebbe all'esercizio del diritto alla manleva dell'assicurato, questione sulla quale la Corte di merito non si era affatto pronunciata, benchè la stessa fosse stata tempestivamente sollevata sin dal primo grado del giudizio.
3.3. Con il terzo motivo si deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1175, 1337, 1358, 1366, 1374 e 1375 c.c., nonchè omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, ex art. 360 c.p.c., nn. 3, 4 e 5. Sostiene l'esponente che la clausola in contestazione sarebbe nulla per contrarietà ai principi di correttezza e buona fede, poichè essa, intitolata inizio e termine della garanzia, non contiene alcun richiamo espresso alla circostanza che viene assicurato non già il fatto foriero di danno, ma la richiesta di danno che, insieme al fatto, deve intervenire nel corso di vigenza temporale della polizza.
4. Le critiche, che si prestano a essere esaminate congiuntamente per la loro evidente connessione, sono infondate.
Va premesso, per una più agevole comprensione delle ragioni della scelta operata in dispositivo, che il contratto di assicurazione per responsabilità civile con clausola claims made (a richiesta fatta) si caratterizza per il fatto che la copertura è condizionata alla circostanza che il sinistro venga denunciato nel periodo di vigenza della polizza (o anche in un delimitato arco temporale successivo, ove sia pattuita la c.d. sunset dose), laddove, secondo lo schema denominato "loss occurrence", o "insorgenza del danno", sul quale è conformato il modello delineato nell'art. 1917 c.c., la copertura opera in relazione a tutte le condotte, generatrici di domande risarcitorie, insorte nel periodo di durata del contratto.
Senza addentrarsi nella "storia" della formula e del contesto giurisprudenziale ed economico in cui essa ebbe a germogliare, in quanto esorbitante rispetto ai fini della presente esposizione, mette conto nondimeno rilevare, per una migliore comprensione degli interessi in gioco, che la sua introduzione, circoscrivendo l'operatività della assicurazione a soli sinistri per i quali

nella vigenza del contratto il danneggiato richieda all'assicurato il risarcimento del danno subito, e il danneggiato assicurato ne dia comunicazione alla propria compagnia perchè provveda a tenerlo indenne, consente alla società di conoscere con precisione sino a quando sarà tenuta a manlevare il garantito e ad appostare in bilancio le somme necessarie per far fronte alle relative obbligazioni, con quel che ne consegue, tra l'altro, in punto di facilitazione nel calcolo del premio da esigere.
5. Malgrado la variegata tipologia di clausole claims made offerte dalla prassi commerciale, esse, schematizzando al massimo, appaiono sussumibili in due grandi categorie: a) clausole c.d. miste o impure, che prevedono l'operatività della copertura assicurativa solo quando tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di efficacia del contratto, con retrodatazione della garanzia, in taluni casi, come quello dedotto in giudizio, alle condotte poste in essere anteriormente (in genere due o tre anni dalla stipula del contratto); b) clausole c.d. pure, destinate alla manleva di tutte le richieste risarcitorie inoltrate dal danneggiato all'assicurato e da questi all'assicurazione nel periodo di efficacia della polizza, indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito.
6.1. Tanto premesso e precisato, ragioni di ordine logico consigliano di partire dall'esame delle censure con le quali l'impugnante contesta in radice la validità della clausola claims made, segnatamente esposte nel secondo e del terzo motivo di ricorso.
Orbene, in relazione ai particolari profili di nullità ivi evocati, le critiche sono destituite di fondamento, ancorchè la problematica della liceità dei patti in essa racchiusi non possa esaurirsi nella loro confutazione e necessiti di alcune, significative precisazioni.
Anzitutto non è condivisibile l'assunto secondo cui il decidente non avrebbe risposto alla deduzione di nullità della clausola per contrarietà al disposto dell'art. 2965 c.c..
La Corte territoriale ha invero scrutinato la validità del patto, espressamente negando, ancorchè con motivazione estremamente sintetica, che lo stesso integrasse violazione di alcuna norma imperativa. Il che significa che la prospettazione dell'appellata non è sfuggita al vaglio critico del giudicante.
6.2. Deve in ogni caso escludersi che la limitazione della copertura assicurativa alle "richieste di risarcimento presentate all'Assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione", in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento, integri una decadenza convenzionale, soggetta ai limiti inderogabilmente fissati nella norma codicistica di cui si assume la violazione.
E invero l'istituto richiamato, implicando la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito, va inequivocabilmente riferito a già esistenti situazioni soggettive attive nonchè a condotte imposte, in vista del conseguimento di determinati risultati, a uno dei soggetti del rapporto nell'ambito del quale la decadenza è stata prevista. Invece la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso.
Ne deriva che non v'è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell'art. 2965 c.c..
7.1. Pure infondata è la deduzione di nullità per asserito contrasto della previsione pattizia con le regole di comportamento da osservarsi nel corso della formazione del contratto e nello

svolgimento del rapporto obbligatorio. Non è qui in discussione che i reiterati richiami del codice alla correttezza come regola alla quale il debitore e il creditore devono improntare il proprio comportamento (art. 1175 c.c.), alla buona fede come criterio informatore della interpretazione e della esecuzione del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.), e all'equità, quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende non contemplate dalle parti (art. 1374 c.c.), facciano della correttezza (o buona fede in senso oggettivo) un metro di comportamento per i soggetti del rapporto, e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è a priori determinato; nè che il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia, giochino un ruolo fondamentale e in funzione integrativa dell'obbligazione assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese;
nè, ancora, che, attraverso le richiamate norme, possa venire più esattamente individuato, e per così dire arricchito, il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione), che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vadano, in definitiva a individuare la regula iuris effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti abbiano inteso raggiungere.
7.2. Ciò che tuttavia rileva, ai fini del rigetto delle proposte censure, è che, in disparte quanto appresso si dirà (al n. 17.), in ordine al giudizio di meritevolezza di regolamenti negoziali oggettivamente non equi e gravemente sbilanciati, la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà che, sin dalla fase delle trattative, richiama "nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", secondo l'icastica enunciazione della Relazione ministeriale al codice civile, in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio (confr. Cass. civ. 10 novembre 2010, n. 22819; Cass. civ. 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. civ. sez. un. 25 novembre 2008, n. 28056).
7.3. Ora, con specifico riguardo alle censure svolte nel terzo motivo, ciò di cui l'impugnante Provincia Religiosa si duole è che l'inserimento della clausola sia avvenuta in maniera asseritamente subdola, posto che la sua denominazione "inizio e termine della garanzia" avrebbe fuorviato il consenso dell'aderente, affatto inconsapevole di un contenuto che stravolge lo schema codicistico del contratto assicurativo, ispirato alla formula loss occurence: da tanto inferendo non già l'esistenza di ipotesi di annullabilità per errore o dolo o di variamente modulati diritti risarcitori dell'assicurato nei confronti dell'assicuratore, ma la nullità radicale e assoluta della clausola sub specie di illiceità che vitiatur sed non vitiat, con conseguente attivazione del meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419 c.c., comma 2, implicitamente, ma inequivocabilmente evocato.
E tuttavia, si ripete, è principio consolidato nella giurisprudenza di questa Corte, al quale si intende dare continuità, che, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di precetti inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità, non già l'inosservanza di norme, quand'anche imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, inosservanza che può costituire solo fonte di responsabilità per danni (cfr. Cass. civ. 10 aprile 2014, n. 8462;
Cass. civ. 19 dicembre 2007, n. 26724).

Ne deriva che le censure poste nel primo e nel secondo motivo di ricorso non colgono nel segno.
8.1. L'ampiezza dello scrutinio nomofilattico sollecitato e le peculiarità proprie della fattispecie dedotta in giudizio, inducono queste sezioni unite a esaminare un ulteriore, possibile profilo di invalidità della clausola in contestazione, per vero assai dibattuto, soprattutto in dottrina e nella giurisprudenza di merito.
Merita evidenziare, sul piano fattuale: a) che il sinistro, e cioè l'omessa diagnosi dei cui effetti pregiudizievoli P.A. ha chiesto di essere ristorato, si è verificato nell'agosto 1993; b) che l'arco temporale di vigenza della polizza dedotta in giudizio andava dal 21 febbraio 1996 al 31 dicembre 1997, con effetto retroattivo al triennio precedente; c) che la copertura assicurativa era in ogni caso limitata alle richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato durante il periodo di operatività dell'assicurazione, e quindi entro il 31 dicembre 1997; d) che nella fattispecie la domanda del paziente venne avanzata nel giugno 2001.
E allora, considerato che il sinistro di cui la chiamante ha chiesto di essere indennizzata si è verificato in epoca antecedente alla stipula del contratto, risulta ineludibile il confronto con la vexata quaestio della validità dell'assicurazione del rischio pregresso. Si ricorda all'uopo che l'assicurabilità di fatti generatori di danno verificatisi prima della conclusione del contratto, ma ignorati dall'assicurato, è stata ed è fortemente osteggiata da coloro che ravvisano nella clausola claims made così strutturata una sostanziale mancanza dell'alea richiesta, a pena di nullità, dall'art. 1895 c.c.. E invero - si sostiene - posto che il rischio dedotto in contratto deve essere futuro e incerto, giammai il c.d.
rischio putativo potrebbe trovare copertura.
9. Da tale opinione le Sezioni unite ritengono tuttavia di dovere dissentire, così confermando l'orientamento già espresso da questa Corte negli arresti n. 7273 del 22 marzo 2013, e n. 3622 del 17 febbraio 2014.
Affatto convincente appare in proposito il rilievo che l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto non fa venir meno l'alea e, con essa, la validità del contratto, se al momento del raggiungimento del consenso le parti (e, in specie, l'assicurato) ne ignoravano l'esistenza, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 c.c., per le dichiarazioni inesatte o reticenti. A ciò aggiungasi che, come innanzi evidenziato, il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perchè esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento: ne deriva che la clausola claims made con garanzia pregressa è lecita perchè afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi dell'impoverimento patrimoniale del danneggiante-assicurato.
Non a caso, del resto, il rischio putativo è espressamente riconosciuto nel nostro ordinamento dall'art. 514 c.n., con disposizione che non v'è motivo di ritenere eccezionale.
10. L'affermato carattere grandangolare del giudizio di nullità (cfr. Cass. civ. sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243), impone a questo punto di farsi carico degli ulteriori rilievi -

disseminati qua e là, nel corpo delle complesse e articolate argomentazioni formulate dalla ricorrente a illustrazione della sua linea difensiva - volti a evidenziare la consustanziale e invincibile contrarietà della clausola con la struttura propria del contratto di assicurazione, posto che essa, legando la copertura dei sinistri alla condizione che ne venga chiesto il ristoro entro un certo periodo di tempo, decorso il quale cessa ogni obbligo di manleva per la compagnia, stravolgerebbe, a danno dell'assicurato, la struttura tipica del contratto, quale delineato nell'art. 1917 c.c., che, conformata, come si è detto, sul modello c.d. loss occurrence, assicura la copertura di tutti i sinistri occorsi nel periodo di tempo di vigenza della polizza. Secondo tale prospettiva, che ha trovato riscontro in talune pronunce della giurisprudenza di merito e adesioni in dottrina, la clausola sarebbe nulla perchè vanificherebbe la causa del contratto di assicurazione, individuata, con specifico riferimento all'assicurazione sulla responsabilità professionale, nel trasferimento, dall'agente all'assicuratore, del rischio derivante dall'esercizio dell'attività, questa e non la richiesta risarcitoria essendo oggetto dell'obbligo di manleva.

11. Sul piano strettamente dogmatico la tesi dell'intagibilità del modello codicistico si scontra contro il chiaro dato testuale costituito dall'art. 1932 c.c., che tra le norme inderogabili non menziona l'art. 1917 c.c., comma 1. Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più acconcia, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito "di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", deve pagare a un terzo.

Si tratta piuttosto di stabilire fino a che punto i paciscenti possano spingersi nella riconosciuta loro facoltà di variare il contenuto del contratto e quale sia il limite oltre il quale la manipolazione dello schema tipico sia in concreto idonea ad avvelenarne la causa. Non a caso, al riguardo, la tesi della nullità viene declinata nella ben più scivolosa chiave della immeritevolezza di tutela dell'assicurazione con clausola claims made, segnatamente di quella mista, in ragione della significativa delimitazione dei rischi risarcibili, del pericolo di mancanza di copertura in caso di mutamento dell'assicuratore e delle conseguenti, possibili ripercussioni negative sulla concorrenza tra le imprese e sulla libertà contrattuale.

12. In realtà, al fondo della manifesta insofferenza per una condizione contrattuale che appare pensata a tutto vantaggio del contraente forte, c'è la percezione che essa snaturi l'essenza stessa del contratto di assicurazione per responsabilità civile, legando l'obbligo di manleva a una barriera temporale che potrebbe scattare assai prima della cessazione del rischio che ha indotto l'assicurato a stipularlo, considerato che l'eventualità di un'aggressione del suo patrimonio persiste almeno fino alla maturazione dei termini di prescrizione.

Peraltro una risposta soddisfacente e conclusiva a siffatto genere di dubbi non può prescindere da una più approfondita esegesi della natura della contestata clausola, operazione che, in quanto indispensabile alla identificazione del relativo regime giuridico, deve necessariamente confrontarsi anche con le critiche svolte nel primo motivo di ricorso.

13. Si tratta invero di stabilire se essa vada qualificata come limitativa della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c., ovvero dell'oggetto del contratto, tenendo conto che, in linea generale, per clausole limitative della responsabilità si intendono quelle che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito, mentre attengono all'oggetto del contratto le clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, pertanto, specificano il rischio garantito (Cass. civ. 7 agosto 2014, n. 17783; Cass. civ. 7 aprile 2010, n. 8235; Cass. civ. 10 novembre 2009, n. 23741). In siffatta

prospettiva si predica che si ha delimitazione dell'oggetto quando la clausola negoziale ha lo scopo di stabilire gli obblighi concretamente assunti dalle parti, laddove è delimitativa della responsabilità quella che ha l'effetto di escludere una responsabilità che, rientrando, in tesi,nell'oggetto, sarebbe altrimenti insorta.
14. Orbene, funzionale al divisato obbiettivo esegetico è anzitutto la considerazione che il fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione di cui parla l'art. 1917 c.c., non può essere identificato con la richiesta di risarcimento: non par dubbio infatti che il lemma - inserito all'interno di un contesto normativo in cui sono espressamente esclusi dall'area della risarcibilità i danni derivati dai fatti dolosi (art. 1917, comma 1, ultimo periodo); in cui sono imposti all'assicurato, con decorrenza dalla data del sinistro, significativi oneri informativi (art. 1913 cod. civ.); e in cui, infine, è espressamente sancito e disciplinato l'obbligo di salvataggio (art. 1914 c.c.) - si riferisce inequivocabilmente alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere (cfr. Cass. civ. 15 marzo 2005, n. 5624).
Il che, se vale a far tracimare i contratti assicurativi con clausola claims made pura fuori della fattispecie ipotetica delineata nell'art. 1917 cod. civ., non è invece sufficiente a suffragare l'assunto secondo cui anche la clausola claims made mista inciderebbe sulla tipologia stessa del rischio garantito nel senso che questo non sarebbe più la responsabilità tout court, ma la responsabilità reclamata. L'affermazione che, si ripete, è certamente sostenibile con riferimento ai contratti assicurativi con clausola claims made pura, non resiste, con riguardo alle altre, al dirimente rilievo che, nell'ambito dell'assicurazione della responsabilità civile, il sinistro delle cui conseguenze patrimoniali l'assicurato intende traslare il rischio sul garante, è collegato non solo alla condotta dell'assicurato danneggiante, ma altresì alla richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato, essendo fin troppo ovvio che ove al comportamento lesivo non faccia seguito alcuna domanda di ristoro, nessun diritto all'indennizzo - e specularmente nessun obbligo di manleva insorgeranno a favore e a carico dei soggetti del rapporto assicurativo.
15. Se tutto questo è vero, il discostamento dal modello codicistico introdotto dalla clausola clamis made impura, che è quella che qui interessa, mirando a circoscrivere la copertura assicurativa in dipendenza di un fattore temporale aggiuntivo, rispetto al dato costituito dall'epoca in cui è stata realizzata la condotta lesiva, si inscrive a pieno titolo nei modi e nei limiti stabiliti dal contratto, entro i quali, a norma dell'art. 1905 c.c., l'assicuratore è tenuto a risarcire il danno sofferto dall'assicurato. E poichè non è seriamente predicabile che l'assicurazione della responsabilità civile sia ontologicamente incompatibile con tale disposizione, il patto claims made è volto in definitiva a stabilire quali siano, rispetto all'archetipo fissato dall'art. 1917 c.c., i sinistri indennizzabili, così venendo a delimitare l'oggetto, piuttosto che la responsabilità.
16. Infine, e conclusivamente, nessuna consistenza hanno gli altri profili di vessatorietà evocati dalla Provincia Religiosa, a sol considerare che la pretesa, pattizia imposizione di decadenze è resistita dai medesimi rilievi svolti a proposito dell'eccepita nullità della clausola per contrarietà al disposto dell'art. 2965 c.c.; che la deduzione di un'incisione della libertà contrattuale del contraente non predisponente costituisce al più un inconveniente pratico che, in quanto effetto riflesso delle condizioni della stipula, è semmai passibile di valutazione in sede di scrutinio sulla meritevolezza della tutela, di cui appresso si dirà; che inesistente, infine, è la prospettata limitazione alla facoltà dell'assicurato di opporre eccezioni.

Ne deriva che correttamente il giudice di merito ha escluso sia le ragioni di nullità fatte valere dall'esponente che il carattere vessatorio della clausola.
17. Ritenuta inoperante la tutela, del resto meramente formale, assicurata dall'art. 1341 c.c., e conseguentemente infondate le critiche svolte nel primo mezzo, si tratta ora di considerare i possibili esiti di uno scrutinio di validità condotto sotto il profilo della meritevolezza di tutela della deroga al regime legale contrattualmente stabilita, riprendendo il discorso dal punto in cui lo si è lasciato (al n. 12.). Peraltro, se è approdo pacifico della teoria generale del contratto la possibilità di estendere il sindacato al singolo patto atipico, inserito in un contratto tipico, è di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete. E invero i dubbi avanzati da questa Corte allorchè, interrogandosi in un obiter dictum sulla validità dell'esclusione dalla copertura assicurativa di un sinistro realizzato nel pieno vigore del contratto, in quanto la domanda risarcitoria era stata per la prima volta proposta dopo la scadenza della polizza, ebbe a ipotizzare problemi di validità della clausola, considerato che, in casi siffatti, verrebbe a mancare, "in danno dell'assicurato, il rapporto di corrispettività fra il pagamento del premio e il diritto all'indennizzo" (cfr. Cass. civ. 17 febbraio 2014, n. 3622), non appaiono passibili di risposte univoche, in disparte il loro indiscutibile impatto emotivo. E' sufficiente al riguardo considerare che la prospettazione dell'immeritevolezza è, in via di principio, infondata con riferimento alle clausole c.d.
pure, che, non prevedendo limitazioni temporali alla loro retroattività, svalutano del tutto la rilevanza dell'epoca di commissione del fatto illecito, mentre l'esito dello scrutinio sembra assai più problematico con riferimento alle clausole c.d. impure, a partire da quella, particolarmente penalizzante, che limita la copertura alla sola ipotesi che, durante il tempo dell'assicurazione, intervengano sia il sinistro che la richiesta di risarcimento. Quanto poi alle clausole che estendono la garanzia al rischio pregresso, l'apprezzamento non potrà non farsi carico del rilievo che, in casi siffatti, il sinallagma contrattuale, che nell'ultimo periodo di vita del rapporto è destinato a funzionare in maniera assai ridotta, quanto alla copertura delle condotte realizzate nel relativo arco temporale, continuerà nondimeno a operare con riferimento alle richieste risarcitorie avanzate a fronte di comportamenti dell'assicurato antecedenti alla stipula, di talchè l'eventualità, paventata nell'arresto n. 3622 del 2014, di una mancanza di corrispettività tra pagamento del premio e diritto all'indennizzo, non è poi così scontata. Peraltro è evidente che della copertura del rischio pregresso nulla potrà farsene l'esordiente, il quale non ha alcun interesse ad assicurare inesistenti sue condotte precedenti alla stipula, di talchè anche tale circostanza entrerà, se del caso, nella griglia valutativa della meritevolezza. 18. Non è poi superfluo aggiungere che, laddove risulti applicabile la disciplina di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, l'indagine dovrà necessariamente confrontarsi con la possibilità di intercettare, a carico del consumatore, quel "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" presidiato dalla nullità di protezione, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 36. E ancorchè la pacifica limitazione della tutela offerta dalla menzionata fonte alle sole persone fisiche che concludano un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente esercitata - dovendosi per contro considerare professionista il soggetto che stipuli il contratto nell'esercizio di una siffatta attività o per uno scopo a questa connesso (cfr. Cass. civ. Cass. civ. 12 marzo 2014, n. 5705; Cass. civ. 23 settembre 2013, n.

21763) - escluda la possibilità che essa risulti applicabile ai contratti di assicurazione della responsabilità professionale e marchi comunque di assoluta residualità l'ipotesi di una sua rilevanza in parte qua, va nondimeno sottolineata la maggiore incisività del relativo scrutinio. Questo, in quanto volto ad assicurare protezione al contraente debole, non potrà invero che attestarsi su una soglia di incisione dell'elemento causale più bassa rispetto a quella necessaria per il positivo riscontro dell'immeritevolezza, affidato ai principi generali dell'ordinamento. 19. Va poi da sè che l'esegesi, ove non approdi a risultati appaganti sulla base di dati propri della clausola, che risultino in sè di fulminante evidenza in un senso o nell'altro, non può prescindere dalla considerazione, da un lato, dell'esistenza di un contesto caratterizzato dalla spiccata asimmetria delle parti e nel quale il contraente non predisponente, ancorchè in tesi qualificabile come "professionista", è, in realtà, il più delle volte sguarnito di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile; dall'altro, di tutte le circostanze del caso concreto, ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, l'entità del premio pagato dall'assicurato, così in definitiva risolvendosi in un giudizio di stretto merito che, se adeguatamente motivato, è insindacabile in sede di legittimità. 20. Quanto poi agli effetti della valutazione di immeritevolezza, essi, in via di principio - esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata, per quanto innanzi detto (al n. 7.2), dalla sola tutela risarcitoria - non possono non avere carattere reale, con l'applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula loss occurence. E tanto sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dall'art. 1419 c.c., comma 2, nonchè del principio, ormai assurto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost., "che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa" (Corte cost. n. 77 del 2014 e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. sez. un. 13 settembre 2005, n. 18128). 21. Prima di chiudere, verificando la ricaduta degli esposti criteri sulla fattispecie dedotta in giudizio, non possono queste sezioni unite ignorare la delicata questione della compatibilità della clausola claims made con l'introduzione, in taluni settori, dell'obbligo di assicurare la responsabilità civile connessa all'esercizio della propria attività. Mette conto in proposito ricordare: a) che il D.L. n. 138 del 2011, art. 3, comma 5, convertito con legge n. 148 dello stesso anno, nell'elencare i principi ai quali devono ispirarsi le riforme degli ordinamenti professionali da approvarsi nel termine di un anno dall'entrata in vigore del decreto, ha previsto alla lett. e), l'obbligo per tutti di stipulare "idonea assicurazione per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale", nonchè di rendere noti al cliente, al momento dell'assunzione dell'incarico, gli estremi della polizza stipulata e il relativo massimale; b) che il successivo D.P.R. 7 agosto 2012, n. 137, nel ribadire siffatto obbligo - la cui violazione costituisce peraltro illecito disciplinare - e nel precisare che la stipula dei contratti possa avvenire "anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti", ha prorogato di un anno dall'entrata in vigore della norma, e dunque fino al 15 agosto 2013, l'obbligo di assicurazione; c) che con specifico riferimento agli esercenti le professioni sanitarie il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con la L. 8 novembre 2012, n. 189, ha poi demandato a un decreto del Presidente della Repubblica la disciplina delle procedure e dei requisiti minimi e uniformi per l'idoneità

dei relativi contratti, mentre il D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto fare), convertito dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha allungato al 13 agosto 2014 l'obbligo degli stessi di munirsi di assicurazione di responsabilità civile. 22. Ciò posto, e rilevato che è stata da più parti segnalata l'incongruenza della previsione di un obbligo per il professionista di assicurarsi, non accompagnata da un corrispondente obbligo a contrarre in capo alle società assicuratrici, quel che in questa sede rileva è che il giudizio di idoneità della polizza difficilmente potrà avere esito positivo in presenza di una clausola claims made, la quale, comunque articolata, espone il garantito a buchi di copertura. E' peraltro di palmare evidenza che qui non sono più in gioco soltanto i rapporti tra società e assicurato, ma anche e soprattutto quelli tra professionista e terzo, essendo stato quel dovere previsto nel preminente interesse del danneggiato, esposto al pericolo che gli effetti della colpevole e dannosa attività della controparte restino, per incapienza del patrimonio della stessa, definitivamente a suo carico. E di tanto dovrà necessariamente tenersi conto al momento della stipula delle "convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti", nonchè in sede di redazione del decreto presidenziale chiamato a stabilire, per gli esercenti le professioni sanitarie, le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti. 23. Tornando al caso dedotto in giudizio, si tratta a questo punto di verificare, alla stregua degli stimoli critici contenuti in ricorso e alla luce dei criteri innanzi esposti in ordine al controllo, immanente nella funzione giudiziaria, della compatibilità del regolamento di interessi in concreto realizzato dalle parti con i principi generali dell'ordinamento (cfr. Cass. civ. sez. un. nn. 26242 e 26243 del 2014; Cass. civ. 19 giugno 2009, n. 14343), la meritevolezza della clausola claims made inserita nella polizza n. 118921 stipulata dalla Provincia Religiosa con Cattolica Assicurazioni s.p.a.. A giudizio della Corte dirimente appare sul punto il rilievo che la Curia capitolina ha segnatamente valorizzato, ancorchè al fine di escludere la vessatorietà della clausola, la condizione di favore per l'assicurato rappresentata dall'allargamento della garanzia ai fatti dannosi verificatisi prima della conclusione del contratto. Il che dimostra, in maniera inequivocabile, che il giudice di merito ha condotto lo scrutinio anche e soprattutto in chiave di meritevolezza della disciplina pattizia che era chiamato ad applicare. Il positivo apprezzamento della sua sussistenza, nella assoluta assenza di deduzioni volte ad evidenziarne l'irragionevolezza e l'arbitrarietà, è, per quanto innanzi detto, incensurabile in sede di legittimità. 18. Tirando le fila del discorso vanno enunciati i seguenti principi di diritto: nel contratto di assicurazione della responsabilità civile la clausola che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola clams made mista o impura) non è vessatoria; essa, in presenza di determinate condizioni, può tuttavia essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza ovvero, laddove sia applicabile la disciplina di cui al decreto legislativo n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto; la relativa valutazione, da effettuarsi dal giudice di merito, è incensurabile in sede di legittimità, ove congruamente motivata. Il ricorso deve in definitiva essere rigettato. La difficoltà delle questioni consiglia di compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Roma, il 26 gennaio 2016.
Depositato in Cancelleria il 6 maggio 2016

LA RICONOSCIBILITA' DELLE SENTENZE COMMINATORIE DI *PUNITIVE DAMAGES*

Cass., 16 maggio 2016, n. 9978

Deve essere rimessa al Primo Presidente, perché valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa alla riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. L'attuale vigenza nell'ordinamento del principio di non delibabilità, per contrarietà all'ordine pubblico, delle sentenze straniere che riconoscano danni punitivi desta infatti perplessità, alla luce della progressiva evoluzione compiuta dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione del principio di ordine pubblico, originariamente inteso come espressione di un limite riferibile esclusivamente all'ordinamento giuridico nazionale, ma che è andato successivamente ad identificarsi con l'"ordine pubblico internazionale", da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela, comuni ai diversi ordinamenti, dei diritti fondamentali dell'uomo e desumibili dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La società NOSA Inc., con sede in (OMISSIS), ha chiesto che fossero dichiarate efficaci ed esecutive, nell'ordinamento italiano, tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America, passate in giudicato: la sentenza del 23 settembre 2008, esecutiva, della Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count (Florida), confermata in appello dal District Court of Appeal of the State of Florida, dell'11 agosto 2010, che aveva condannato la società italiana AXO Sport a pagare la complessiva somma di dollari USA 1.436.136,87, oltre interessi al tasso annuo dell'11%, a seguito di procedimento giudiziario svoltosi davanti a quell'autorità; la sentenza del 14 gennaio 2009, con cui il medesimo giudice aveva liquidato dollari USA 106.500,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo dell'8%; la sentenza del 13 ottobre 2010 che aveva liquidato, in relazione al giudizio di appello, l'ulteriore somma di dollari USA 9.000,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo del 6%. Con le suddette pronunce, il giudice americano ha accolto la domanda di reintegrazione patrimoniale di NOSA, in relazione ad un indennizzo corrisposto ad un motociclista (D.C.) che aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara motociclistica, per un vizio del casco prodotto da AXO e rivenduto da NOSA; nel giudizio promosso dal danneggiato, anche nei confronti della importatrice del casco (società Helmet), NOSA aveva accettato la proposta transattiva del motociclista (Offer of Judgment), anche per danni punitivi, e il giudice americano ha ritenuto che dovesse essere manlevata da AXO. 2.- Ad avviso di NOSA, sussistevano i presupposti per il riconoscimento delle suddette sentenze, a norma della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, avendo la AXO accettato la giurisdizione straniera e partecipato a quel giudizio.

Per quanto ancora interessa, la convenuta AXO ha dedotto la contrarietà delle sentenze americane all'ordine pubblico, per le seguenti ragioni: violazione dell'art. 1304 c.c., poichè la transazione conclusa tra il creditore e uno dei debitori solidali (nella specie, tra il danneggiato e NOSA) non può produrre effetti nei confronti degli altri debitori (cioè di AXO), a meno che questi non abbiano dichiarato di volerne profittare; mancato accertamento della propria effettiva responsabilità nella causazione del danno al motociclista, erroneamente desunta dal

giudizio sommario e probabilistico (cd. potential liability test) di ragionevolezza del pagamento effettuato da NOSA in sede transattiva, per il rischio di soccombenza nella causa risarcitoria intentata dal danneggiato;
contrarietà all'ordine pubblico della comminatoria di danni punitivi (punitive damages), in ragione della loro inammissibile funzione sanzionatoria della condotta del danneggiante, anzichè risarcitoria dei danni subiti dal danneggiato.
3.- La Corte d'appello di Venezia, con sentenza 3 gennaio 2014, ha accolto la domanda di NOSA e ha compensato le spese di lite. La Corte ha escluso la violazione del principio di ordine pubblico italiano, per le seguenti ragioni: la condanna di AXO non trovava titolo nel risarcimento del danno in favore del motociclista danneggiato, ma nel suo obbligo di manleva nei confronti di NOSA;
ad AXO era stata data la possibilità di costituirsi nell'interesse di NOSA e di difendersi nel giudizio contro il danneggiato, anche contestando la propria responsabilità, ma non lo aveva fatto e mai aveva sollevato obiezioni alla proposta transattiva del danneggiato che le era stata comunicata ed era stata giudicata seria dal giudice americano, tenuto conto del rischio della soccombenza nel giudizio, che avrebbe esposto NOSA (e, indirettamente, AXO) a corrispondere un risarcimento più elevato; quindi, AXO si era posta deliberatamente nella condizione di subire gli effetti della transazione stipulata da NOSA con il danneggiato e ne aveva profittato, avendo tacitato in via transattiva le pretese del danneggiato nei suoi confronti, corrispondendogli l'esiguo importo di dollari 50000,00 ed evitando l'accertamento della sua responsabilità nel merito; non risultava che fossero stati risarciti danni punitivi, poichè la sentenza americana si era limitata a riconoscere che AXO era tenuta a pagare a NOSA l'importo della transazione, senza specificare di quali danni si trattasse.
4.- La AXO ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, cui si è opposta la NOSA. Le parti hanno presentato memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con il primo motivo di ricorso è denunciata la violazione della L. 31 maggio 1995, n. 218, art. 64, lett. b) e g), nonchè vizio di motivazione, per avere la sentenza impugnata escluso la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza straniera che aveva condannato AXO a pagare a NOSA l'importo corrispondente alla transazione stipulata da quest'ultima con il danneggiato, ancorchè tale condanna fosse stata emessa in applicazione dell'istituto del potential liability test, cioè sulla base della mera constatazione che OXA avesse rifiutato di assumere la difesa di NOSA nei confronti del danneggiato e che la transazione apparisse equa, in considerazione della possibilità di successo della domanda del danneggiato contro
NOSA per un importo superiore, ma senza alcuna verifica circa il plausibile fondamento della domanda di garanzia proposta da NOSA verso AXO. Con il secondo motivo è denunciata la violazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. b) e g), nonchè vizio di motivazione, per avere ritenuto che AXO avesse profittato ex art. 1304 c.c. dell'accordo stipulato da NOSA con il danneggiato; l'istituto del potential liability test violerebbe il principio di ordine pubblico, in base al quale il garantito (NOSA), per essere rimborsato dell'importo corrisposto in forza di una transazione stipulata con il danneggiato, dovrebbe risultare vittorioso in un giudizio avente ad oggetto l'accertamento in concreto (che non v'era stato) della responsabilità del garante (AXO).

Con il terzo motivo è denunciata la violazione della L. n. 218 del 1995, art. 64, lett. g), nonchè vizio di motivazione, per avere la Corte veneziana trascurato che la sentenza americana aveva condannato AXO a reintegrare NOSA per un indennizzo corrisposto al danneggiato a titolo di danni punitivi, come risultava dal fatto che la somma posta a carico di AXO corrispondeva a quella indicata nella proposta transattiva del danneggiato, a composizione integrale della pretesa risarcitoria, compresi i punitive damages; per non avere valutato la totale omissione di motivazione della sentenza americana, quanto ai criteri seguiti per la determinazione del danno:
ciò non consentiva (e, quindi, secondo la giurisprudenza di questa Corte, impediva) di riconoscerla nell'ordinamento italiano, in quanto contraria al principio di ordine pubblico circa la natura esclusivamente compensatoria del rimedio risarcitorio, in presenza di un quantum abnorme rispetto ai parametri italiani, che ne evidenziava la natura punitiva e sanzionatoria; tanto più che l'importo si aggiungeva a quello corrisposto al danneggiato dall'importatrice del casco (la Helmet) e che si trattava di un transazione (settlement) necessariamente inclusiva della componente punitiva, incorporando un aliquid datum e un aliquid retentum che rivelava una stima del danno ancora maggiore.
2.- Il terzo motivo implica l'esame di una questione, di massima di particolare importanza, che va rimessa all'esame del Primo Presidente della Corte di Cassazione, perchè valuti l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite Civili, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., comma 2, per le ragioni di seguito esposte.
3.- L'orientamento contrario alla riconoscibilità delle sentenze straniere di condanna al pagamento di somme a titolo di danni punitivi (espresso da Cass. n. 1183 del 2007) è rinforzato dall'affermazione secondo cui a giustificare il diniego di riconoscimento è sufficiente, in sostanza, anche solo il dubbio dell'esistenza di una condanna ai punitive damages, non essendo "sintomatica l'assenza nella pronuncia straniera di esplicito rinvio all'istituto" in esame (in tal senso Cass. n. 1781 del 2012). Secondo quest'ultima sentenza, "la mancanza di motivazione nella sentenza straniera, che in linea di principio non integra in sè una violazione dell'ordine pubblico (cfr. Cass. n. 9247 del 2002, n. 3365 del 2000), non può mantenere un significato neutro ai fini del riconoscimento in Italia", nel caso in cui manchi "qualsiasi indicazione positiva circa la causa giustificativa della statuita attribuzione patrimoniale e sia Li omesso il richiamo in essa e nella impugnata sentenza a regole legali e/o criteri esteri propri della liquidazione del danno in questione e nella specie applicabili". Al giudice della delibazione, ai fini della verifica di compatibilità con l'ordine pubblico (inteso come) interno, si chiede di "conoscere i criteri legali in concreto applicati dal giudice straniero nell'adozione della pronuncia, e segnatamente, con riferimento al tema controverso, quelli seguiti per qualificare la responsabilità e le conseguenti voci di danno ristorabili, onde evincere la causa giustificatrice dell'attribuzione" e, in sostanza, di controllare la "ragionevolezza e proporzionalità del liquidato in sede estera in rapporto non solo alle specificità dell'illecito ed alle patite conseguenze, ma anche ai criteri risarcitori interni".
A questa metodologia decisoria si è sottratta la Corte veneziana, la quale ha escluso che la sentenza straniera contenesse una statuizione di danni punitivi, senza verificare la causa dell'attribuzione patrimoniale, le regole legali e/o i criteri applicati dal giudice americano nella liquidazione delle diverse voci di danno (neppure esplicitate) e, in definitiva, la ragionevolezza e proporzionalità del risarcimento. E ciò, nonostante che l'importo liquidato

fosse elevato, si aggiungesse ad un altro dovuto dall'importatrice del casco e fosse il risultato di una proposta transattiva del danneggiato che conteneva i danni punitivi.
La Corte, in tal modo, non ha fatto applicazione di un principio -
della non delibabilità, per contrasto con l'ordine pubblico, della sentenza straniera che riconosca danni punitivi - la cui attuale vigenza nell'ordinamento suscita, in effetti, perplessità.
4.- E' necessaria una premessa sull'ambito applicativo del principio di ordine pubblico, a norma della L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65.
La giurisprudenza di legittimità ha compiuto una progressiva evoluzione nell'interpretazione del principio di ordine pubblico (cui si aggiungeva, nell'abrogato art. 31 disp. gen., il richiamo al buon costume), inteso originariamente come espressione di un limite riferibile all'ordinamento giuridico nazionale, costituito dal complesso dei principi che, tradotti in norme inderogabili o da queste desumibili, informano l'ordinamento giuridico e concorrono a caratterizzare la struttura etico-sociale della società nazionale in un determinato momento storico (vd. Cass. n. 3881 del 1969 e n. 818 del 1962, quest'ultima escludeva che il principio andasse inteso in senso internazionale, astratto o universale); successivamente, si è ritenuto che l'indagine sulla conformità all'ordine pubblico andasse riferita all'ordine pubblico interno se la sentenza da riconoscere riguardava cittadini italiani e all'ordine pubblico internazionale se riguardava (soltanto) cittadini stranieri (vd. Cass. n. 228 del 1982); nella giurisprudenza più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria (vd., tra le tante, Cass. n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995).
Questa evoluzione del concetto di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purchè compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (si è osservato, in dottrina, che il nostro ordinamento si propone, in tal modo, di salvaguardare la stessa comunità internazionale che trova la sua difesa anche negli ordinamenti interni dei vari Stati).
Se ne ha conferma nella normativa comunitaria, che esclude il riconoscimento (ora previsto come automatico) nei soli casi di "manifesta" contrarietà all'ordine pubblico (vd., ad es., l'art. 34 del regol. CE 22 dicembre 2001 n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l'art. 26 del regol. CE 11 luglio 2007 n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali;
l'art. 22 e 23 del regol. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l'art. 24 del regol. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari);
nella giurisprudenza comunitaria, dove il ricorso alla nozione di ordine pubblico presuppone l'esistenza di una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (vd. Corte giust. VE, 4 ottobre 2012, C-249/11, per giustificare le deroghe alla

libera circolazione delle persone invocabili dagli Stati membri) e nella giurisprudenza di legittimità.
Quest'ultima ha evidenziato come il rispetto dell'ordine pubblico debba essere garantito, in sede di controllo della legittimità dei provvedimenti giudiziari e degli atti stranieri, avendo riguardo non già all'astratta formulazione della disposizione straniera o alla correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o di quello italiano, bensì "ai suoi effetti" (come ribadito da Cass. n. 9483 del 2013), in termini di compatibilità con il nucleo essenziale dei valori del nostro ordinamento (nel senso che le norme espressive dell'ordine pubblico sono quelle fondamentali e non coincidono con quelle, di genere più ampio, imperative o inderogabili, vd. Cass. n. 4040 del 2006, n. 13928 del 1999, n. 2215 del 1984, sicchè il contrasto con queste ultime non costituisce, di per sè solo, impedimento all'ingresso del provvedimento straniero).
In altri termini, l'ordine pubblico non si identifica con quello esclusivamente interno, poichè, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra i sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato (è chiara in tal senso Cass. n. 10215 del 2007).
Se è acquisito che l'ordine pubblico è costituito non dalle singole norme del nostro ordinamento, ma dai principi fondamentali di esso (vd., in linea di principio, già Cass. n. 543 del 1980), non è chiaro come individuare l'esistenza di tali principi e, in particolare, se sia possibile individuarli immediatamente nelle norme di legge ordinarie (come sembra ricavarsi da Cass. n. 2215 del 1984), ipotizzando, ad esempio, un collegamento funzionale con disposizioni costituzionali.
In realtà, non può essere indicativo dell'esistenza di un principio di ordine pubblico il solo fatto che il legislatore ordinario abbia esercitato la propria discrezionalità, in una determinata direzione, con riferimento a materie e istituti giuridici la cui regolamentazione non sia data direttamente dalla Costituzione, ma sia rimessa allo stesso legislatore (in presenza di una riserva di legge o, entro certi limiti, di norme costituzionali programmatiche). Come efficacemente rilevato in dottrina, se il legislatore è libero di atteggiarsi come meglio ritiene, allora potranno avere libero ingresso prodotti giudiziali stranieri applicativi di regole diverse, ma comunque non contrastanti con i valori costituzionali essenziali o non incidenti su materie disciplinate direttamente dalla Costituzione. Non è conforme a questa impostazione, ad esempio, l'orientamento che, in passato, negava ingresso alle sentenze straniere di divorzio, solo perchè la legislazione ordinaria dell'epoca stabiliva l'indissolubilità del matrimonio (vd. Cass. n. 3444/1968), sebbene detta indissolubilità non esprimesse alcun principio o valore costituzionale essenziale.
La progressiva riduzione della portata del principio di ordine pubblico, tradizionalmente inteso come clausola di sbarramento alla circolazione dei valori giuridici - cui tende, invece, il sistema del diritto internazionale privato - è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale.
Il giudice della delibazione, al quale è affidato il compito di verificare preventivamente la compatibilità della norma straniera con tali valori, desumibili direttamente da norme e principi sovraordinati (costituzionali e internazionali), dovrà negare il contrasto in presenza di una mera incompatibilità (temporanea) della norma straniera con l'assetto normativo interno,

quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall'esercizio della discrezionalità del legislatore ordinario in un determinato momento storico. Si tratta di un giudizio simile a quello di costituzionalità, ma preventivo e virtuale, dovendosi ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari (già secondo Corte cost. n. 214 del 1983, la verifica del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale costituisce un "passaggio obbligato della tematica dell'ordine pubblico").

5.- In questa prospettiva, non dovrebbe considerarsi pregiudizialmente contrario a valori essenziali della comunità internazionale (e, quindi, all'ordine pubblico internazionale) l'istituto di origine nordamericana dei danni non risarcitori, aventi carattere punitivo: una statuizione di tal genere potrebbe esserlo, in astratto, solo quando la liquidazione sia giudicata effettivamente abnorme, in conseguenza di una valutazione, in concreto, che tenga conto delle "circostanze del caso di specie e dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito" (è in tal senso il Considerando 32 del regol. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali). Analoghe indicazioni provengono dal diritto comparato: la Corte costituzionale federale tedesca (24 gennaio 2007, in JZ, 2007, 1046) e il Tribunale Supremo spagnolo (13 novembre 2001, n. 2039/1999) hanno ritenuto che le pronunce contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi non siano automaticamente contrarie all'ordine pubblico; analogamente, la Corte di cassazione francese (7 novembre 2012, n. 11-23871, e 1 dicembre 2010 n. 90-13303) ha ritenuto i danni punitivi contrari all'ordine pubblico solo se liquidati in misura realmente eccessiva.

6.- Venendo alle ragioni che hanno indotto questa Corte a negare l'ingresso, nel nostro ordinamento, di sentenze straniere contenenti statuizioni di condanna ai danni punitivi, il leading case è la sentenza di questa Corte n. 1183 del 2007, che ha riguardato un caso, analogo a quello in esame, di responsabilità da prodotto difettoso per i vizi di un casco da motociclista. Ne è stata tratta la seguente massima: "Nel vigente ordinamento alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta. E' quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali.

Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata in re ipsa. E' inoltre esclusa la possibilità di pervenire alla liquidazione dei danni in base alla considerazione dello stato di bisogno del danneggiato o della capacità patrimoniale dell'obbligato". In senso analogo si è espressa la già citata Cass. n. 1781 del 2012, la quale ha precisato che, altrimenti, vi sarebbe un arricchimento senza una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all'altro (anche secondo Cass. n. 15814/2008, in linea generale, "nel vigente ordinamento il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive ma in relazione all'effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso nè il medesimo ordinamento

consente l'arricchimento se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto ad un altro"). Secondo Cass., sez. un., n. 15350 del 2015, in tema di risarcibilità del cd. danno tanatologico, "i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell'evento lesivo, in sè considerato"; pertanto, "la progressiva autonomia della disciplina della responsabilità civile da quella penale ha comportato l'obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza (v., tra le tante, Cass. n. 1704 del 1997, n. 3592 del 1997, n. 491 del 1999, n. 12253 del 2007, n. 6754/2011) e l'affermarsi della funzione reintegratoria e riparatoria (oltre che consolatoria)".

7.- E' dubbio, tuttavia, se la funzione riparatoria-compensativa, seppur prevalente nel nostro ordinamento, sia davvero l'unica attribuibile al rimedio risarcitorio e se sia condivisibile la tesi che ne esclude, in radice, qualsiasi sfumatura punitiva-deterrente (una parte della dottrina, infatti, auspica un parziale recupero della categoria dell'"illecito civile", cui si connette la funzione preventiva o deterrente del rimedio risarcitorio, quale strumento più adeguato per la tutela dei diritti fondamentali della persona);

è anche dubbio se al riconoscimento di statuizioni risarcitorie straniere, con funzione sanzionatoria, possa opporsi un principio di ordine pubblico desumibile da categorie e concetti di diritto interno, finendo, in tal modo, per trattare la sentenza straniera come se fosse una sentenza di merito emessa da un giudice italiano (come rilevato dalla dottrina, espressasi in senso prevalentemente critico rispetto ai precedenti di questa Corte del 2007 e del 2012).

E soprattutto, si dovrebbe dimostrare che la funzione del rimedio risarcitorio, attualmente configurato in termini esclusivamente compensatori, assurga al rango di un valore costituzionale essenziale e imprescindibile del nostro ordinamento, rispetto al quale (secondo la proposta metodologica delineata sub p. 4) non sarebbe consentito neppure al legislatore ordinario di derogarvi, conclusione questa cui, però, non si spinge neppure la citata Cass., sez. un., n. 15350 del 2015.

In realtà, si deve tenere conto sia dello scopo del giudizio delibatorio - che è di dare ingresso nell'ordinamento interno non alla legge straniera, ma ad una sentenza o ad un atto, nell'ambito di uno specifico rapporto giuridico, con limitata incidenza sul piano del diritto interno - sia della "evoluzione della tecnica di tutela della responsabilità civile verso una funzione anche sanzionatoria e deterrente" (come rilevato da Cass. n. 7613 del 2015 - che, nonostante le differenze, ha evidenziato i "tratti comuni" tra i punitive damages e le astraintes, queste ultime non implicanti alcuna incompatibilità con l'ordine pubblico - e da una parte della dottrina, la quale ha osservato che la funzione anche afflittiva del risarcimento del danno non patrimoniale non era estranea ai lavori preparatori del codice civile, nei casi di particolare intensità dell'offesa all'ordine giuridico).

E' il segno della dinamicità o polifunzionalità del sistema della responsabilità civile, nella prospettiva della globalizzazione degli ordinamenti giuridici in senso transnazionale, che invoca la circolazione delle regole giuridiche, non la loro frammentazione tra i diversi ordinamenti nazionali.

8.- Tale evoluzione è testimoniata da numerosi indici normativi che segnalano la già avvenuta introduzione, nel nostro ordinamento, di rimedi risarcitori con funzione non riparatoria, ma sostanzialmente sanzionatoria. Si possono segnalare, a titolo solo esemplificativo, i seguenti:

- la L. 8 febbraio 1948, n. 47, art. 12, che, in materia di diffamazione a mezzo stampa, prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato";
- l'art. 96 c.p.c., comma 3 (aggiunto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45), che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo vd. il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 26, comma 2,);
- l'art. 709 ter c.p.c. (inserito dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, art. 2), in base al quale, nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice ha il potere di emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni, la cui natura assume sembianze punitive;
- la L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 158 e, soprattutto, D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, art. 125 (proprietà industriale), che riconoscono al danneggiato un risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, connotato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto di maggiore entità rispetto alla perdita subita dal danneggiato, sebbene il cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal D.Lgs. 16 marzo 2006, n. 140 (v. art. 158), abbia precisato che "il fine non è quello di introdurre un obbligo di prevedere un risarcimento punitivo" (Cass. n. 8730 del 2011 ne ammette la "funzione parzialmente sanzionatoria, in quanto diretta anche ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi");
- il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 187 undecies, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria), che prevede, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsi parte civile e "richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo comunque conto dell'offensività del fatto, delle qualità del colpevole e dell'entità del prodotto o del profitto conseguito dal reato";
- il D.Lgs. 15 gennaio 2016, n. 7 (artt. 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva (il cui importo è determinato dal giudice sulla base dei seguenti criteri: gravità della violazione, reiterazione dell'illecito, arricchimento del soggetto responsabile, opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito, personalità dell'agente, condizioni economiche dell'agente).

Un'ultima notazione: quando l'illecito incide sui beni della persona, il confine tra compensazione e sanzione sbiadisce, in quanto la determinazione del quantum è rimessa a valori percentuali, indici tabellari e scelte giudiziali equitative, che non rispecchiano esattamente la lesione patita dal danneggiato. La recente Cass. n. 1126 del 2015 ha visto nella "gravità dell'offesa" un "requisito di indubbia rilevanza ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale".

9.- Queste le ragioni che inducono il Collegio a giudicare opportuno un intervento delle Sezioni Unite sul tema della riconoscibilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi.

P.Q.M.

La Corte, visto l'art. 374 c.p.c., comma 2, rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, in quanto implicante la soluzione di una questione di massima di particolare importanza.

Così deciso in Roma, il 16 febbraio 2016.

Depositato in Cancelleria il 16 maggio 2016

DONAZIONI INDIRETTE

Cass., 4 gennaio 2017, n. 106

Vanno rimessi gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità che la Corte di Cassazione pronunci a Sezioni Unite sulla questione relativa alla struttura e al meccanismo di funzionamento delle donazioni indirette.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. C.E. agì in giudizio davanti al Tribunale di Trieste nei confronti di P.C., chiedendo che le fosse restituito 1/3 del valore dei titoli, ammontanti alla somma di Euro 241.0040,60, posseduti dal di lei padre, morto ab intestato in (OMISSIS), il (OMISSIS), che la convenuta, nella qualità di delegata, aveva dato ordine alla banca di trasferire sul proprio conto, trattandosi di trasferimento senza causa, effettuato undici giorni prima del decesso del C. ed in base ad un atto nullo, in quanto privo della forma solenne prevista per la donazione.

La P., premettendo che il trasferimento era stato chiesto direttamente dal titolare e solo reiterato dalla delegata, non essendosi temporaneamente rinvenuto presso l'istituto di credito il primigenio ordine, non negava il trasferimento in di lei favore, affermando essersi trattato di una donazione indiretta di tipo remuneratoria (la donna, legata affettivamente al de cuius, se ne era presa attiva cura durante tutto il corso della malattia che lo aveva portato a morte ed aveva affrontato le spese funerarie), non necessitante della forma vincolata prevista per la donazione diretta.

2. Il Tribunale di Trieste, con sentenza n. 614/09, accoglieva la domanda, ritenendo che si fosse in presenza di donazione diretta, nulla per difetto di forma, in quanto l'ordine all'istituto di credito non poteva considerarsi atto idoneo a veicolare lo scopo di liberalità, in quanto astratto ed autonomo rispetto ai rapporti inter partes.

3. La Corte di Appello di Trieste, investita dalla convenuta e nella resistenza dell'appellata, che domandava, con impugnazione incidentale, la condanna dell'appellante, in via alternativa, a restituire i titoli od a corrisponderne il controvalore, con sentenza n. 816/2011, accolse il gravame principale e, pertanto, rigettò ogni domanda di C.E.. Il Giudice di seconde cure, opinando in difformità rispetto a quello di prime, considerato che la donazione indiretta di cui all'art. 809, cod. civ., non necessita "di due negozi, uno fra donante e donatario, e l'altro fra donante e terzo che realizza lo scopo-donazione, ma basta anche un solo negozio", del quale ultimo vanno rispettate le forme, ritenne ricorrere l'ipotesi perorata dall'appellante.

Avverso quest'ultima decisione ha proposto ricorso per cassazione C.E. sulla base di due motivi. P.C. ha resistito con controricorso. Entrambe hanno depositato memorie illustrative delle rispettive posizioni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

4. Con il primo motivo la ricorrente denuncia la falsa applicazione e violazione degli artt. 769, 782 ed 809 c.c., in relazione agli artt. 1834 e 1852 c.c., poichè la corte territoriale aveva erroneamente ritenuto che il mero trasferimento di titoli, privo di qualsiasi giustificazione causale, rappresentasse una donazione indiretta, non avendo colto l'essenza del relativo istituto.

In particolare, poteva aversi, ad avviso della ricorrente, una donazione indiretta solo qualora si fosse adottato, per realizzare l'intento donativo, un negozio causale e non, come nella specie,

un atto privo di una sua giustificazione causale, come per la emissione o la girata di titoli di credito.
Non ricorreva l'equivalenza, affermata dalla Corte territoriale, fra l'ordine di trasferire titoli di credito da un conto di deposito ad un altro conto di deposito e la cointestazione di un conto corrente bancario (ipotesi alla quale si riferivano gli arresti di legittimità riportati).
Con il secondo motivo la ricorrente deduce l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo, in quanto la corte territoriale non aveva chiarito il perchè un mero ordine di trasferimento titoli dovesse essere considerato una donazione indiretta.
5. Reputa il Collegio sussistere l'opportunità di trasmettere gli atti al Primo Presidente per le sue valutazioni in ordine al disposto dell'art. 374 c.p.c., comma 2, e a tal fine osserva quanto segue.
L'art. 809, cod. civ., costituente norma di chiusura stabilisce, al suo primo comma che "Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, sono soggette" a revocazione e a riduzione. Non si nutrono dubbi sull'inapplicabilità della forma solenne, prevista dall'art. 782 c.c., a tali liberalità, che, comunemente vengono dette donazioni indirette.
6. Gli studiosi si sono sforzati di porre in evidenza, attraverso le varie definizioni coniate, la struttura e il meccanismo di funzionamento ora mettendo in luce l'utilizzo di "altro strumento negoziale avente scopo tipico diverso dalla c. d. causa donandi e tuttavia in grado di produrre, insieme con l'effetto diretto che gli è proprio, l'effetto mediato di un arricchimento senza corrispettivo, voluto per spirito di liberalità da una parte (beneficiante) a favore dell'altra (che ne beneficia)". Ora notando che "le parti ricorrono ad un determinato negozio giuridico, ma lo scopo pratico che esse si propongono non è affatto quello normalmente attuato mediante il negozio da esse adottato, ma uno scopo diverso, talora analogo a quello di un altro negozio, più spesso mancante di una propria forma tipica nell'ordinamento".
Ora affermando trattarsi di "qualsiasi vantaggio patrimoniale, pecuniariamente apprezzabile, non causato da un contratto di donazione ma prodotto dall'attuazione di un atto materiale o di un negozio giuridico unilaterale o bilaterale, che pur avendo in ogni caso un proprio scopo tipico diverso dalla donazione diretta, raggiunga identico risultato per lo spirito di liberalità che lo ebbe a determinare e per le conseguenze cui dà luogo". Ora, ancora, spiegando trattarsi di "qualsiasi liberalità non direttamente voluta ed attuata attraverso il mezzo appositamente apprestato dall'ordinamento giuridico, caratterizzato da uno scopo tipico diverso dalla liberalità, onde quest'ultima costituisce una conseguenza secondaria ed ulteriore dell'atto compiuto".
A ben vedere già da questi sforzi definitori di sintesi è possibile scorgere quale sia il punto che, nonostante la penetrante esplorazione di dottrina e giurisprudenza, resta controverso e controvertibile: quale lo strumento utilizzabile e quale il meccanismo di funzionamento.
Nel rispetto dei limiti della presente disamina, abbandonate alcune ipotesi, oramai scarsamente seguite (negozio atipico, unico negozio con clausola speciale), si ritiene in dottrina ed in giurisprudenza (Sez. 2, n. 21449 del 21/10/2015) che il fenomeno vada spiegato come la risultante della combinazione di due negozi (il negozio-mezzo ed il negozio-fine, accessorio e integrativo).
7. Il quadro, già di per sè non nitido in vitro, risulta non univoco attraverso il vaglio della casistica giurisprudenziale.

Si è sostenuta la sufficienza di un solo negozio, purchè capace di procurare l'effetto indiretto della liberalità (Sez. 1, n. 11327 del 15/11/1997, Rv. 509941; Sez. 2, n. 5410 del 7/12/1989, Rv. 464506).
Si è affermata la donazione indiretta nel caso di dazione di una somma di denaro, ove, accertato lo specifico fine di permettere al beneficiario con la detta di procurarsi l'acquisto di un bene (Sez. 6-2, n. 18541 del 2/9/2014, Rv. 632422; Sez. 2, n. 26746 del 6/11/2008, Rv. 605904; Sez. 2, n. 4015 del 27/2/2004, Rv. 570643; Sez. 2, n. 3642 del 24/2/2004, Rv. 570449; Sez. 2, n. 502 del 15/1/2003, Rv. 559753). Anche se non sono mancate le sentenze di contrario avviso (Sez. 2, n. 4711 del 19/10/1978, Rv. 394403; Sez. 3, n. 1771 del 28/6/1963, Rv. 262712), le quali hanno ritenuto che la consegna gratuita del denaro costituisce donazione diretta.
L'assenso del coniuge non acquirente partecipante all'atto d'acquisto personale dell'altro coniuge, avente natura ricognitiva e in parte confessoria (art. 179, cod. civ.) - Se. 2, n. 19513 del 9/11/2012, Rv. 624096; Sez. 1, n. 4680 dell'8/5/1998, Rv. 515266 -.
In presenza di negotium mixtum cum donatione (negozio oneroso con previsione di un corrispettivo a prezzo vile) non si è dubitato della ricorrenza della donazione indiretta (Sez. 2, n. 1955 del 30/1/2007, Rv. 594939; Sez. 2, n. 13337 del 776/2006, n. 589816, Sez. 2, n. 1214 del 10/2/1997, Rv. 502306; Sez. 2, n. 1266 del 27/2/1986, Rv. 444716; Sez. 1, n. 201 del 28/1/1972, Rv. 355996; Sez. 2, n. 833 del 24/3/1971, Rv. 3500685).
Ad analoga conclusione si è giunti per il contratto a favore del terzo (Sez. 1, n. 2727 del 29/7/1968, Rv. 335312; Sez. 2, n. 1277 del 21/4/1956, Rv. 880451). Anche in un caso abbastanza peculiare nel quale risultava essere stata commissionata un'opera a favore del beneficiario (Sez. 2, n. 1561 del 22/6/1949, Rv. 881504).
Molte altre risultano le escogitazioni censite in sede di legittimità: il contratto preliminare stipulato dal beneficiante con denaro proprio, che fa intervenire nell'atto definitivo il beneficiato, al quale fornisce il denaro per pagare il saldo (Sez. 2, n. 6581 del 15/12/1984, Rv. 438129). La cointestazione di buoni fruttiferi postali (Sez. 2, n. 10991 del 9/5/2013, Rv. 625981). Il mandato ad amministrare con obbligo di versare la rendita al beneficiario (Sez. 3, n. 1987 del 6/6/1969, Rv. 341198). La cointestazione di deposito bancario (Sez. 2, n. 26983 del 12/11/2008, Rv. 605302; Sez. 2, n. 468 del 14/1/2010, Rv. 610813; Sez. 2, n. 3499 del 10/4/1999, Rv. 525158).
A fianco, poi, di affermazioni, in generale, del meccanismo di funzionamento della donazione indiretta (Sez. 2, n. 10991 del 9/5/2013, Rv. 625981; Sez. 2, n. 3526 del 16/10/1976, Rv. 382277; Sez. 1, n. 2565 del 5/12/1970, Rv. 348910; Sez. 2, n. 2054 del 16/10/1970, Rv. 348151) se ne annovera qualche altra che pone la distinzione tra una donazione indiretta e diretta nel mezzo utilizzato (Sez. 1, n. 1465 del 3/5/1969, Rv. 340265).
Per contro in talune occasioni la Cassazione ha escluso ricorrere l'ipotesi della donazione indiretta per l'assenza di autonomia dell'effetto della gratuità (Sez. 2, n. 7507 del 30/3/2006, Rv. 594104, la quale ha così concluso per l'accollo interno, stante che la liberalità qui non sarebbe un effetto indiretto, ma la causa propria dell'accollo stesso). Analogamente per l'assenza di un contratto commutativo, che conservi la propria autonomia sostanziale, in quanto attui un effettivo scambio di beni o diritti, sia pure di valore non equivalente ed implicante una attribuzione patrimoniale in favore di una delle parti, e, di conseguenza, resti assoggettato alla disciplina giuridica che gli è propria anche per la parte rivolta all'indiretta realizzazione di detta liberalità (si trattava di un corrispettivo pattuito per il diritto di costruire

in aderenza, spettante, ricorrendone i presupposti, in via automatica ex art. 877 c.c.) - Sez. 2, n. 526 del 24/1/1979, Rv. 396639 -. Infine, la donazione indiretta, concepita come mezzo per conseguire, attraverso l'utilizzazione di un negozio con causa tipica, un risultato pratico da questa divergente, non è stata ritenuta configurabile rispetto ai titoli di credito, per loro natura astratti, suscettibili di realizzare in modo diretto qualsiasi scopo voluto dalle parti (Sez. 1, n. 527 del 23/2/1973, Rv. 362546).
Non sono mancate le pronunzie, dissonanti rispetto a quella ipotesi che teorizza la necessaria combinazione di almeno due negozi, che hanno ritenuto confacente la rinunzia abdicativa, che accresca la posizione del beneficiato (Sez. 2, n. 1545 del 29/5/1974, Rv. 369681; Sez. 2, n. 3819 del 25/2/2015, Rv. 634473).
In una pronuncia (Sez. 2, n. 4623 del 29/3/2001, Rv. 545303) si è chiarito in motivazione (la massima non è utile allo scopo) che il fine liberale può essere raggiunto con qualunque negozio o atto non negoziale.
In definitiva, se è chiaro il meccanismo di funzionamento, non lo è altrettanto a riguardo della strada percorribile (necessità di almeno due negozi, di almeno uno o anche di un solo atto materiale).
8. La dottrina non offre soluzioni univoche o, comunque, tali da resistere alle avverse osservazioni.
Ammessa, abbastanza uniformemente la ricorrenza dell'ipotesi allo studio, per la rinunzia, il contratto a favore del terzo, l'adempimento del terzo (che, si è evidenziato, a differenza dell'adempimento del debitore, ha natura negoziale, perchè "è un atto giuridicamente libero, caratterizzato dall'animus solvendi debiti alieni"), la donazione mista, la delegazione, l'espromissione, l'accollo, il trust e le cointestazioni bancarie o postali. La si è esclusa, invece, per i titoli di credito, per il comodato e la garanzia per debiti altrui. Sussiste, poi, tutta un'area, che in questa sede non si esplorerà, in quanto non direttamente utile allo scopo, delle ipotesi che si riscontrano nella vita delle società collegate ad un gruppo.
Assume rilievo, in relazione al tema processuale, evidenziare la mancanza di unanimità anche a riguardo degli atti non negoziali. Esclusi fermamente da taluno, vengono ammessi da altri, i quali, fanno riferimento ai casi, peraltro largamente di scuola, della semina, della piantagione, della costruzione su fondo altrui, della confessione giudiziale di un debito inesistente, della soccombenza volontaria in giudizio e financo della rinunzia a far valere decadenze o prescrizioni, con animo ovviamente liberale, teorizzando che la donazione indiretta non costituisce una categoria giuridica, ma economica. Nè si sono reputate decisive le osservazioni di segno contrario, secondo le quali l'effetto giuridico dell'arricchimento non deriva, in siffatti casi, dal fatto materiale, ma da un atto negoziale successivo e "se non v'è accordo, se non v'è negozio, vi è soltanto un atteggiamento di inerzia del soggetto, del titolare del diritto a cui si possono collegare gli effetti... ma non le conseguenze". Si è, infatti, contrapposto che la liberalità non discende dalla rinunzia postuma a richiedere il compenso previsto dalla legge, ma dal fatto finalizzato all'altrui gratuito vantaggio.
9. Occorre, a questo punto, tirare le fila del discorso.
Nel caso in esame appare difficilmente inquadrabile in un autonomo atto negoziale la disposizione data dal C. (priva di rilievo giuridico deve ritenersi la procura conferita alla P. in quanto resa inefficace dalla presenza dall'ordine del titolare del rapporto) alla propria banca; trattandosi, semmai, di un ordine che si colloca nella fase di esecuzione del contratto bancario di riferimento, cioè di un atto mero, che non si distinguerebbe dal disporre un qualsiasi

pagamento per via materiale. Ipotesi, questa, dissimile, come appare evidente, dalla cointestazione ab origine del conto, che importa, appunto, la intermediazione del negozio attraverso il quale si intende perseguire lo scopo di liberalità. Negozio che viene posto in essere ab origine al fine di perseguire lo scopo di liberalità, nel mentre nel caso che ci occupa il contratto bancario qui in vigore era stato, a suo tempo, stipulato dal C. al fine esclusivo di soddisfare la causa sua propria.

La questione avrebbe opposta soluzione ove si ritenesse, come pure è plausibile, che l'art. 809 c.c., abbia inteso evocare qualunque mezzo utile allo scopo, sia esso fatto, atto giuridico in senso stretto o negozio giuridico.

Pare al Collegio, qui giunti, che emerga la necessità di ricomporre il quadro frammentato, che si è cercato di descrivere, con l'autorevolezza delle S.U., in quanto oltre alla mancanza di apprezzabilmente uniforme interpretazione, largamente inquinata dai turbamenti del caso concreto, la questione si carica di particolare rilievo ove si consideri che le operazioni in discorso assumono assai di sovente funzione trans o post mortem, e quindi, il significato di regolamento ultimo, non più emendabile. Per contro, non può obliterarsi l'esigenza, sottesa alla prescrizione della forma solenne imposta dal legislatore in materia di donazione diretta, di circondare con particolari cautele la determinazione con la quale un soggetto decide di spogliarsi, senza corrispettivo di uno, più o di tutti i suoi beni.

P.Q.M.

Dispone la trasmissione degli atti al Primo Presidente.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda Civile della Corte di Cassazione, il 21 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 4 gennaio 2017

DONAZIONE DI COSA ALTRUI

Cass. 15 marzo 2016, n. 5068

La donazione di cosa altrui o parzialmente altrui, sebbene non espressamente vietata, è nulla per difetto di causa, sicché la donazione del coerede avente ad oggetto la quota di un bene indiviso compreso nella massa ereditaria è nulla, atteso che, prima della divisione, quello specifico bene non fa parte del patrimonio del coerede donante; tuttavia, qualora nell'atto di donazione sia affermato che il donante è consapevole dell'altruità della cosa, la donazione vale come donazione obbligatoria di dare.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

M.E. adiva il Tribunale di Reggio Calabria con citazione del gennaio 1989 chiedendo che venisse: a) dichiarata aperta la successione di C.P., da devolversi secondo le norme della successione legittima per 1/4 in favore del fratello C.F., per 1/4 in favore di C.N., C.E. e C.C. (in rappresentazione di C.G., fratello di C.P.), per 1/4 in favore della sorella C.V. e per 1/4 In favore dei figli e dei discendenti dell'altra sorella C. G.; b) dichiarata aperta, altresì, la successione di C. F., da devolversi secondo le norme della successione legittima per 1/3 in favore dei figli del fratello C.G., per 1/3 in favore dei figli della sorella premorta C.V. (a lei subentrati per rappresentazione) e per 1/3 in favore dei figli e dei discendenti della sorella premorta C.G. (a lei subentrati per rappresentazione); 3) disposta la formazione delle masse ereditarie comprendendo in esse tutti i beni relitti risultanti dalle dichiarazioni di successione; 4) disposta la divisione dei beni relitti e lo scioglimento della comunione; 5) disposta la divisione per stirpi, attribuendo a ciascuna stirpe beni corrispondenti alle quote di diritto di ciascuna; 6) ordinata la formazione del progetto divisionale e gli adempimenti consequenziali.

Instauratosi il contraddittorio, si costituivano le germane S.A., S.E. e S.V. (aventi causa di C.V.), le quali aderivano alla domanda di divisione e chiedevano che tra i beni da dividere fossero inclusi anche quelli oggetto della donazione fatta da C.F. al nipote C.N. con atto pubblico del 1987, deducendone la nullità per inesistenza dei beni donati nella sfera giuridica del donante, nonchè che venisse ordinato a C.N. di rendere il conto della gestione degli immobili facenti parte dell'eredità di P. e di C.F..

Si costituiva anche Sc.Vi., che aderiva alla domanda di divisione, nonchè i germani C.N., C.E. e C. C., i quali pur non opponendosi alla divisione, chiedevano che dalla eredità venissero detratti i beni oggetto della donazione per atto notaio Miritello del 1987.

Nel giudizio si costituivano anche i germani M.P. F.M., M.A.S.M. e M. G.R.M., figli di M.P., avente causa di C.G., aderendo alla domanda principale, nonchè M. L. e Z.M.R., in qualità di eredi di M. N., quest'ultima in proprio e quale esercente la potestà sulla figlia minore M.C., che ugualmente facevano proprie le domande dell'attrice.

Nel processo interveniva la curatela del fallimenti di M. N. e Z.M.R. che, oltre a costituirsi in qualità di eredi di Ca.Lu., C.N., C.E. e C.C., ribadiva le richieste già formulate.

Con sentenza non definitiva del 30 aprile 2004, il Tribunale adito dichiarava aperta la successione di C.P. e devoluta secondo le norme della successione legittima la sua eredità, nonchè quella di C.F., parimenti devoluta secondo le norme della successione legittima.

Il Tribunale dichiarava, altresì, la nullità dell'atto di donazione per atto notaio Miritello del 1 ottobre1987 e rimetteva la causa sul ruolo con separata ordinanza per il prosieguo.

Avverso la sentenza non definitiva i germani C.N., C. E. e C.C., in proprio e nella qualità di eredi di Ca.Lu., censurando il capo della sentenza con cui era stata dichiarata la nullità dell'atto di donazione del 1987.
Nella resistenza di S.E., S.A., S.E. e S.V., nonchè di M. P.F.M., M.A.S.M. e M.G.R.M., contumaci le restanti parti, la Corte di appello di Reggio Calabria rigettava il gravame e per l'effetto confermava integralmente la sentenza impugnata.
A sostegno della decisione adottata la Corte distrettuale evidenziava che avendo il defunto C.F. donato al nipote C.N. la nuda proprietà della sua quota (corrispondente ai 5/12 indivisi dell'intero) dei due appartamenti costituenti l'intero secondo piano del fabbricato di vecchia costruzione a sei piani sito in via (OMISSIS), dalla lettura sistematica degli artt. 769 e 771 c.c., doveva ritenersi la nullità dell'atto di donazione, potendo costituire oggetto di donazione solo ed esclusivamente i beni facenti parte del patrimonio del donante al momento in cui veniva compiuto l'atto di liberalità, tali non potendosi ritenere quelli di cui il donante era comproprietario pro indiviso di una quota ideale.
Avverso tale sentenza i C. hanno proposto ricorso per cassazione, articolato su quattro motivi, al quale hanno resistito gli S. e l'originaria attrice con separati controricorsi.
Con ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2011, emessa all'esito dell'udienza del 13 febbraio 2013, la Seconda Sezione di questa Corte, disattese le eccezioni di inammissibilità formulate dai controricorrenti e ritenuto non fondato il primo motivo di ricorso, ha, in relazione al secondo, al terzo e al quarto motivo di ricorso, rimesso gli atti al Primo Presidente della Corte per la eventuale assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, ravvisando nella questione oggetto del ricorso una questione di massima di particolare importanza.
Disposta la trattazione del ricorso presso queste Sezioni Unte, in vista dell'udienza del 10 marzo 2015 i ricorrenti e la controricorrente M.E. hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Deve preliminarmente essere dichiarata la inammissibilità della costituzione di B.G.C.F., per difetto di procura speciale, essendo la stesa intervenuta in un giudizio iniziato prima del 4 luglio 2009 (Cass. n. 7241 del 2010; Cass. n. 18323 del 2014).
2. - Come già rilevato, il primo motivo di impugnazione è stato già disatteso dalla Seconda Sezione.
2.1. - Con il secondo motivo di ricorso i ricorrenti deducono vizio di motivazione sul rilievo che, non essendo stato acquisito il fascicolo di primo grado ed avendo la Corte d'appello esaminato l'atto di donazione solo per la parte riportata nell'atto di appello, il convincimento del giudice di appello sarebbe il frutto di una presunzione non vera, essendo il tenore della donazione molto più esteso rispetto ai brani esaminati in sede di gravarne. Prosegue parte ricorrente che la lettura integrale dell'atto di liberalità avrebbe consentito di rilevare che l'oggetto della donazione era costituito, in parte, da un diritto proprio di C.F., e cioè della quota di comproprietà degli immobili di cui C. F. era titolare in modo esclusivo, per avere ciascuno dei fratelli C.F., C.P. e C.G. la piena disponibilità di una quota pari ad 1/3 degli immobili di cui al rogito; per altra parte, dalla quota di 1/3 a lui pervenuta dalla eredità del fratello C.P.: circostanza, questa, di cui non vi era alcun cenno nella sentenza impugnata. La Corte d'appello avrebbe quindi errato nell'accomunare i due cespiti in una indistinta "quota ereditaria".

2.2. - Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano la violazione degli artt. 769 e 771 c.c., in combinato disposto con l'art. 1103 c.c., oltre alla illegittimità della sentenza impugnata per difetto di motivazione ed errata valutazione dei presupposti di fatto, per non avere i giudici di merito riconosciuto che C.F. poteva validamente donare al nipote la quota di proprietà di cui era esclusivo titolare con riferimento all'immobile di via (OMISSIS), essendo tale bene nella sua piena disponibilità, potendo essere le argomentazioni del Tribunale riferite semmai alla residua quota di 1/12 pervenuta al donante per successione ereditaria dal fratello C.P.. A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se il divieto di cui all'art. 771 c.c., può essere legittimamente esteso anche ai beni di cui il donante è titolare in comunione ordinarla con i propri fratelli".
2.3. - Con il quarto motivo i ricorrenti lamentano la violazione ed erronea applicazione degli artt. 771 e 769 c.c., in combinato disposto con gli artt. 1103 e 757 c.c., nonchè carenza assoluta di motivazione, per avere ritenuto i giudici di merito "beni altrui", fino al momento della divisione, anche i beni in comproprietà ordinaria, in aperto contrasto con i principi che regolano l'istituto della comproprietà e dell'art. 1103 c.c., che sancisce il principio della piena disponibilità dei beni in comproprietà nei limiti della quota di titolarità del disponente. Ad avviso dei ricorrenti eguali considerazioni varrebbero anche per la c.d. quota ereditaria. Quanto alla conclusione del giudice di appello circa l'irrilevanza della qualificazione della fattispecie quale condizione sospensiva, i ricorrenti rilevano che la divisione dei beni ereditari, seppure avvenga dopo il decesso di uno dei coeredi, non cancella i diritti nascenti sui beni ereditari.
A conclusione del motivo i ricorrenti formulano il seguente quesito di diritto: "Dica la Suprema Corte di Cassazione se l'art. 771 c.c., può essere legittimamente interpretato equiparando a tutti gli effetti la categoria dei "beni futuri" con quella dei "beni altrui".
3. - La Seconda Sezione, con l'ordinanza interlocutoria n. 11545 del 2014 ha innanzi tutto ricordato come, nonostante l'art. 769 c.c., abbia assoggettato la donazione al principio consensualistico, sia risultato prevalente In giurisprudenza, in via di interpretazione analogica dell'art. 771 c.c., la tesi della nullità della donazione di bene altrui, assumendosi il carattere della necessaria immediatezza dell'arricchimento altrui e, dunque, dell'altrettanto necessaria appartenenza del diritto al patrimonio del donante al momento del contratto (sono in proposito richiamate Cass. 23 maggio 2013, n. 12782; Cass. 5 maggio 2009, n. 10356; Cass. 18 dicembre 1996, n. 1131; Cass. 20 dicembre 1985, n. 6544). La Seconda Sezione ha, per contro, ricordato, da un lato, le critiche di parte della dottrina, fondate sullo stesso testo dell'art. 769 c.c., il quale contempla l'arricchimento della parte donataria operato "assumendo verso la stessa un'obbligazione"; e, dall'altro, Cass. 5 febbraio 2001, n. 1596, che ha considerato la donazione di cosa altrui non nulla, ma semplicemente inefficace, con conseguente sua idoneità a valere quale titolo per l'usucapione immobiliare abbreviata. La Seconda Sezione ha quindi aggiunto che la soluzione della questione posta è evidentemente correlata alla ratio dell'art. 771 c.c..
Nella specie, la questione non riguarderebbe la donazione dei quattro dodicesimi di cui il donante era titolare inter vivos, dovendosi in parte qua la liberalità Intendere come di cosa propria, in quanto relativa alla quota del partecipante in comunione ordinaria, alienata ai sensi e nei limiti dell'art. 1103 c.c.. La questione si porrebbe, piuttosto, quanto all'ulteriore dodicesimo del bene di provenienza ereditaria, e per il quale il donante intendeva trasferire il

proprio diritto di coerede, ricadente, tuttavia, sulla quota ex art. 727 c.c., e non (ancora) su quel determinato Immobile compreso nell'asse.
3.1. - In conclusione, la Seconda Sezione ha rimesso all'esame di queste Sezioni Unite la seguente questione: "Se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poichè il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi ad oggetto i beni altrui, oppure sia valida ancorchè inefficace, e se tale disciplina trovi applicazione, o no, nel caso di donazione di quota di proprietà pro indiviso".
4. - Come riferito, sulla questione se la donazione di cosa altrui sia nulla o no, la giurisprudenza di questa Corte si è reiteratamente espressa, nel senso della nullità.
4.1. - Secondo Cass. n. 3315 del 1979, "la convenzione che contenga una promessa di attribuzione dei propri beni a titolo gratuito configura un contratto preliminare di donazione che è nullo, in quanto con esso si viene a costituire a carico del promittente un vincolo giuridico a donare, il quale si pone in contrasto con il principio secondo cui nella donazione l'arricchimento del beneficiario deve avvenire per spirito di liberalità, in virtù cioè di un atto di autodeterminazione del donante, assolutamente libero nella sua formazione". La successiva Cass. n. 6544 del 1985, ha affermato che la donazione di beni altrui non genera a carico del donante alcun obbligo poichè, giusta la consolidata interpretazione dell'art. 771 cod. civ., dal sancito divieto di donare beni futuri deriva che è invalida anche la donazione nella parte in cui ha per oggetto una cosa altrui; a differenza di quanto avviene, ad esempio, nella vendita di cosa altrui, che obbliga il non dominus alienante a procurare l'acquisto al compratore. Tale decisione ha quindi affermato che "ai fini dell'usucapione abbreviata a norma dell'art. 1159 cod. civ. non costituisce titolo astrattamente idoneo al trasferimento la donazione di un bene altrui, attesa l'invalidità a norma dell'art. 771 c.c., di tale negozio".
Sempre nell'ambito della nullità si colloca Cass. n. 11311 del 1996, così massimata: "l'atto con il quale una pubblica amministrazione, a mezzo di contratto stipulato da un pubblico funzionario, si obblighi a cedere gratuitamente al demanio dello Stato un'area di sua proprietà, nonchè un'altra area che si impegni ad espropriare, costituisce una donazione nulla, sia perchè, pur avendo la pubblica amministrazione la capacità di donare, non è ammissibile la figura del contratto preliminare di donazione, sia perchè l'atto non può essere stipulato da un funzionario della pubblica amministrazione (possibilità limitata dal R.D. n. 2440 del 1923, art. 16, ai soli contratti a titolo oneroso), sia perchè l'art. 771 c.c., vieta la donazione di beni futuri, ossia dell'area che non rientra nel patrimonio dell'amministrazione "donante" ma che la stessa si impegna ad espropriare".
Particolarmente significativa è poi Cass. n. 10356 del 2009, secondo cui "la donazione dispositiva di un bene altrui, benchè non espressamente disciplinata, deve ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poichè il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante; tale donazione, tuttavia, è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c., poichè il requisito, richiesto da questa norma, dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, deve essere inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto, e

non in concreto, di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".
Da ultimo, Cass. n. 12782 del 2013 si è espressa in senso conforme alla decisione da ultimo richiamata.
4.2. - In senso difforme si rinviene Cass. n. 1596 del 2001, che ha affermato il principio per cui "la donazione di beni altrui non può essere ricompresa nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c., ma è semplicemente inefficace e, tuttavia, idonea ai fini dell'usucapione abbreviata ex art. 1159 c.c., in quanto il requisito, richiesto dalla predetta disposizione codicistica, della esistenza di un titolo che sia idoneo a far acquistare la proprietà o altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere idoneo in astratto, e non in concreto, a determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se l'alienante ne fosse stato titolare".
4.3. - A ben vedere, il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali non coinvolge il profilo della efficacia dell'atto a costituire titolo idoneo per l'usucapione abbreviata, ma, appunto, la ascrivibilità della donazione di cosa altrui nell'area della invalidità, e segnatamente della nullità, ovvero in quella della inefficacia.
5. Il Collegio ritiene che alla questione debba essere data risposta nel senso che la donazione di cosa altrui o anche solo parzialmente altrui è nulla, non per applicazione in via analogica della nullità prevista dall'art. 771 c.c., per la donazione di beni futuri, ma per mancanza della causa del negozio di donazione.
5.1. - Deve innanzi tutto rilevarsi che la sentenza n. 1596 del 2001 evoca la categoria della inefficacia, che presuppone la validità dell'atto, e si limita ad affermare la non operatività della nullità in applicazione analogica dell'art. 771 c.c., comma 1, in considerazione di una pretesa natura eccezionale della causa di nullità derivante dall'avere la donazione ad oggetto beni futuri, ma non verifica la compatibilità della donazione di cosa altrui con la funzione e con la causa del contratto di donazione. La soluzione prospettata appare, quindi, non condivisibile, vuoi perchè attribuisce al divieto di cui alla citata disposizione la natura di disposizione eccezionale, insuscettibile di interpretazione analogica; vuoi e soprattutto perchè non considera la causa del contratto di donazione.
Al contrario, una piana lettura dell'art. 769 c.c., dovrebbe indurre a ritenere che l'appartenenza del bene oggetto di donazione al donante costituisca elemento essenziale del contratto di donazione, in mancanza del quale la causa tipica del contratto stesso non può realizzarsi. Recita, infatti, la citata disposizione: "La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione".
Elementi costitutivi della donazione sono, quindi, l'arricchimento del terzo con correlativo depauperamento del donante e lo spirito di liberalità, il c.d. animus donandi, che connota il depauperamento del donante e l'arricchimento del donatario e che, nella giurisprudenza di questa Corte, va ravvisato "nella consapevolezza dell'uno di attribuire all'altro un vantaggio patrimoniale in assenza di qualsivoglia costrizione, giuridica o morale" (Cass. n. 8018 del 2012; Cass. n. 12325 del 1998; Cass. n. 1411 del 1997; Cass. n. 3621 del 1980).
Appare evidente che, in disparte il caso della donazione effettuata mediante assunzione di una obbligazione, nella quale oggetto dell'obbligazione del donante sia il trasferimento al donatario di un bene della cui appartenenza ad un terzo le parti siano consapevoli, l'esistenza

nel patrimonio del donante del bene che questi intende donare rappresenti elemento costitutivo del contratto; e la consustanzialità di tale appartenenza alla donazione è delineata in modo chiaro ed efficace dalla citata disposizione attraverso il riferimento all'oggetto della disposizione, individuato in un diritto del donante ("un suo diritto"). La non ricorrenza di tale situazione - certamente nel caso in cui nè il donante nè il donatario ne siano consapevoli, nel qual caso potrebbe aversi un'efficacia obbligatoria della donazione - comporta la non riconducibilità della donazione di cosa altrui allo schema negoziale della donazione, di cui all'art. 769 c.c.. In altri termini, prima ancora che per la possibile riconducibilità del bene altrui nella categoria dei beni futuri, di cui all'art. 771 c.c., comma 1, la altruità del bene incide sulla possibilità stessa di ricondurre il trasferimento di un bene non appartenente al donante nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto (incremento del patrimonio altrui, con depauperamento del proprio).
5.2. - La mancanza, nel codice del 1942, di una espressa previsione di nullità della donazione di cosa altrui, dunque, non può di per sè valere a ricondurre la fattispecie nella categoria del negozio inefficace. Invero, come si è notato in dottrina, il fatto stesso che il legislatore del codice civile abbia autonomamente disciplinato sia la compravendita di cosa futura che quella di cosa altrui, mentre nulla abbia stabilito per la donazione a non domino, dovrebbe suggerire all'interprete di collegare il divieto di liberalità aventi ad oggetto cose d'altri alla struttura e funzione del contratto di donazione, piuttosto che ad un esplicito divieto di legge. Pertanto, posto che l'art. 1325 c.c., individua tra i requisiti del contratto "la causa"; che, ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 2, la mancanza di uno dei requisiti indicati dal'art. 1325 c.c., produce la nullità del contratto; e che l'altruità del bene non consente di ritenere integrata la causa del contratto di donazione, deve concludersi che la donazione di un bene altrui è nulla.
5.3. - Con riferimento alla donazione deve quindi affermarsi che se il bene si trova nel patrimonio del donante al momento della stipula del contratto, la donazione, in quanto dispositiva, è valida ed efficace; se, invece, la cosa non appartiene al donante, questi deve assumere espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario.
La donazione di bene altrui vale, pertanto, come donazione obbligatoria di dare, purchè l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.). Se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, nè potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui.
5.4. - La sanzione di nullità si applica normalmente alla donazione di beni che il donante ritenga, per errore, propri, perchè la mancata conoscenza dell'altruità determina l'impossibilità assoluta di realizzazione del programma negoziale, e, quindi, la carenza della causa donativa. La donazione di bene non appartenente al donante è quindi affetta da una causa di nullità autonoma e indipendente rispetto a quella prevista dall'art. 771 c.c., ai sensi del combinato disposto dell'art. 769 c.c. (il donante deve disporre "di un suo diritto") e dell'art. 1325 c.c., e art. 1418 c.c., comma 2. In sostanza, avendo l'animus donandi rilievo causale, esso deve essere precisamente delineato nell'atto pubblico; in difetto, la causa della donazione sarebbe frustrata non già dall'altruità del diritto in sè, quanto dal fatto che il donante non assuma l'obbligazione di procurare l'acquisto del bene dal terzo.
5.5. - Alle medesime conclusioni deve pervenirsi per il caso in cui, come nella specie, oggetto della donazione sia un bene solo in parte altrui, perchè appartenente pro indiviso a più

comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi. Non è, Infatti, dato comprendere quale effettiva differenza corra tra i "beni altrui" e quelli "eventualmente altrui", trattandosi, nell'uno e nell'altro caso, di beni non presenti, nella loro oggettività, nel patrimonio del donante al momento dell'atto, l'unico rilevante al fine di valutarne la conformità all'ordinamento.
In sostanza, la posizione del coerede che dona uno dei beni compresi nella comunione (ovviamente, nel caso in cui la comunione abbia ad oggetto una pluralità di beni) non si distingue in nulla da quella di qualsivoglia altro donante che disponga di un diritto che, al momento dell'atto, non può ritenersi incluso nel suo patrimonio.
Nè una distinzione può desumersi dall'art. 757 c.c., in base al quale ogni coerede è reputato solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione anche se per acquisto all'incanto e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli atri beni ereditari. Invero, proprio la detta previsione impedisce di consentire che il coerede possa disporre, non della sua quota di partecipazione alla comunione ereditaria, ma di una quota del singolo bene compreso nella massa destinata ad essere divisa, prima che la divisione venga operata e il bene entri a far parte del suo patrimonio.
6. - In conclusione, deve affermarsi il seguente principio di diritto: "La donazione di un bene altrui, benchè non espressamente vietata, deve ritenersi nulla per difetto di causa, a meno che nell'atto si affermi espressamente che il donante sia consapevole dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Ne consegue che la donazione, da parte del coerede, della quota di un bene indiviso compreso in una massa ereditaria è nulla, non potendosi, prima della divisione, ritenere che il singolo bene faccia parte del patrimonio del coerede donante".
7. In applicazione di tale principio, il ricorso deve essere quindi rigettato. Non possono essere infatti condivise le deduzioni dei ricorrenti in ordine alla circostanza che l'atto di donazione riguardava non solo una quota ereditarla del bene specificamente oggetto di donazione, ma anche una quota della quale il donante era già titolare per averla acquistata per atto inter vivos. Invero, posto che è indiscutibile che l'atto di donazione aveva ad oggetto la quota di un dodicesimo dei beni immobili indicati nell'atto stesso rientrante nella comunione ereditaria, deve ritenersi che non sia possibile operare la prospettata distinzione tra la donazione dei quattro dodicesimi riferibili al donante e del restante dodicesimo, comportando l'esistenza di tale quota la attrazione dei beni menzionati nella disciplina della comunione ereditaria. Ne consegue che la nullità dell'atto di donazione per la parte relativa alla quota ereditaria comporta la nullità dell'intero atto, ai sensi dell'art. 1419 c.c., non risultando che nei precedenti gradi di giudizio sia emersa la volontà del donatario di affermare la validità della donazione per la quota spettante al donante.
D'altra parte, non può non rilevarsi che l'inclusione, anche se solo in parte, degli immobili oggetto di donazione nella comunione ereditaria comportava la astratta possibilità della loro assegnazione, in sede di divisione, a soggetto diverso dal donante;
con ciò dimostrandosi ulteriormente la sostanziale inscindibilità della volontà negoziale manifestatasi con l'atto di donazione dichiarato nullo dal Tribunale di Reggio Calabria, con sentenza confermata dalla Corte d'appello.
8. - In conclusione, il ricorso va rigettato.
In considerazione della complessità della questione e dei diversi orientamenti giurisprudenziali, che hanno reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite, le spese del giudizio possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, rigetta il ricorso; compensa le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 10 marzo 2015.

Depositato in Cancelleria il 15 marzo 2016.