

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

IPSOA

# Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina e giurisprudenza

ISSN 1591-7703 - ANNO XXVIII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - Edificio B3 - 20142 Milano

2/2021

 [edicolaprofessionale.com/famigliaediritto](http://edicolaprofessionale.com/famigliaediritto)

**Nozione di famiglia, affini e principio di uguaglianza**

**Il danno da mancato riconoscimento del figlio**

**“Decreto ristori”: addio alla presenza delle parti nelle separazioni consensuali e nei divorzi congiunti?**

**DIREZIONE SCIENTIFICA**

Michele Sesta

**Famiglia**

Enrico Al Mureden  
Alessandra Arceri  
Vincenzo Carbone  
Massimo Dogliotti  
Mario Trimarchi

**Procedimento**

Filippo Danovi  
Ferruccio Tommaseo

**Successioni**

Giovanni Bonilini

**Unione Europea**

Maria Caterina Baruffi

TARIFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



**Daniela**  
Avvocato Familiarista

# DRITTO AL CUORE DELLA MATERIA

**One LEGALE**  
presenta Esperta *Famiglia*

Un patrimonio di strumenti intelligenti di grande ricchezza: guide pratiche, procedure operative, check list, codici commentati, quesiti, riviste, formule, news e molto altro, per gestire non solo le questioni legate al diritto di famiglia ma anche tutto ciò che riguarda successione, testamenti, eredità.

**Da oggi, avere soluzioni immediate ad ogni problema è una certezza.**

Scopri di più su [info.onelegale.it](http://info.onelegale.it)

**One|LEGALE** FA GRANDE LA DIFFERENZA

**GIURISPRUDENZA**

<b>Tutela della famiglia</b>	Corte Costituzionale 13 marzo 2020 (12 febbraio 2020), n. 54 NOZIONE DI FAMIGLIA, AFFINI E PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA di <i>Roberta Nunin</i>	<b>153</b> <b>158</b>
<b>Anonimato materno</b>	Cassazione Civile, Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824 AZIONE DI ACCERTAMENTO DELLO STATO DI FIGLIO E LIMITI AL DIRITTO ALL'ANONIMATO MATERNO di <i>Angela Mendola</i>	<b>163</b> <b>166</b>
<b>Ascolto del minore</b>	Cassazione Civile, Sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410, ord. IL MANCATO ASCOLTO DEL MINORE INFICIA NEL MERITO LA DECISIONE di <i>Filippo Danovi</i>	<b>175</b> <b>178</b>
<b>Testamento</b>	Cassazione Civile, Sez. VI-2, 5 marzo 2020, n. 6125, ord. PRINCIPI DI AUTONOMA INTERPRETAZIONE DEL TESTAMENTO E <i>HEREDIS INSTITUTIO EX RE CERTA</i> di <i>Antonio Donato</i>	<b>187</b> <b>189</b>
<b>Responsabilità genitoriale</b>	Tribunale di Modena, Sez. I civ., 22 aprile 2020 IL DANNO DA MANCATO RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO di <i>Emanuela Andreola</i>	<b>208</b> <b>212</b>

**OSSERVATORI**

OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA CIVILE a cura di <i>Antonella Batà</i>	<b>225</b>
OSSERVATORIO DI GIURISPRUDENZA PENALE a cura di <i>Gabriele Civello</i>	<b>229</b>

**ARTICOLI**

<b>Emergenza Covid-19</b>	ADDIO ALLA PRESENZA DELLE PARTI NELLE SEPARAZIONI CONSENSUALI E NEI DIVORZI CONGIUNTI? (NOTE SUL D.L. 28 OTTOBRE 2020, N. 137, C.D. DECRETO RISTORI) di <i>Filippo Danovi</i>	<b>235</b>
---------------------------	--	------------

**INDICI**

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO, ANALITICO	<b>243</b>
---------------------------------------	------------

### **PROCEDURA DI REVISIONE**

I contributi inviati per la pubblicazione alla rivista *Famiglia e Diritto*, su iniziativa dell'autore o su richiesta della Direzione scientifica, sono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco".

La procedura garantisce il rispetto dell'anonimato dell'autore e del revisore.

La valutazione è affidata a un membro del Comitato per la valutazione scelto a rotazione in base alla competenza per materia.

I componenti del Comitato per la valutazione sono indicati in ordine alfabetico in ciascun fascicolo della Rivista.

Il revisore riceve una scheda di valutazione da compilare entro il termine indicato.

Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

Se la valutazione è positiva il contributo è pubblicabile.

In caso di valutazione positiva condizionata a revisione o modifica, la Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del contributo alle osservazioni del revisore.

In caso di valutazione negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di revisione.

### **COMITATO PER LA VALUTAZIONE**

Roberto Amagliani, Luigi Balestra, Vincenzo Barba, Giorgetta Basilico, Giovanni Francesco Basini, Maria Novella Bugetti, Riccardo Campione, Antonio Carratta, Cristina Coppola, Elena D'Alessandro, Marco De Cristofaro, Giovanni Di Rosa, Amalia Diurni, Romolo Donzelli, Angelo Federico, Beatrice Ficarelli, Marcella Fortino, Enrico Gagnoli, Andrea Graziosi, Elena La Rosa, Angela La Spina, Paola Manes, Massimo Montanari, Stefania Ninatti, Mauro Paladini, Margherita Pittalis, Barbara Polisenio, Gianfranco Ricci, Carlo Rimini, Silvio Riondato, Laura Salvaneschi, Arianna Thiene, Simonetta Vincre, Fabrizio Volpe, Enzo Vullo, Elena Zucconi Galli Fonseca

## Tutela della famiglia

Corte Costituzionale 13 marzo 2020 (12 febbraio 2020), n. 54 - Pres. Cartabia - Rel. Antonini

**È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, L. 18 ottobre 2001, n. 383 (Primi interventi per il rilancio dell'economia), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 29 e 31 Cost., dalla Commissione tributaria regionale del Molise con ordinanza dell'11 marzo 2019.**

**Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, L. n. 383 del 2001, sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., dalla Commissione tributaria regionale del Molise con ordinanza dell'11 marzo 2019.**

Omissis

Ritenuto in fatto

1. Con ordinanza deliberata il 21 settembre 2015 e depositata l'11 marzo 2019, la Commissione tributaria regionale (CTR) del Molise ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, e 31 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, della L. 18 ottobre 2001, n. 383 (Primi interventi per il rilancio dell'economia), nella parte in cui non include gli affini nel novero dei soggetti per i quali è escluso il pagamento dell'imposta da esso disciplinata.

La disposizione censurata, applicabile *ratione temporis* nel giudizio principale, prevede che: a) "i trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi, compresa la rinuncia pura e semplice agli stessi, fatti a favore di soggetti diversi dal coniuge, dai parenti in linea retta e dagli altri parenti fino al quarto grado, sono soggetti alle imposte sui trasferimenti ordinariamente applicabili per le operazioni a titolo oneroso, se il valore della quota spettante a ciascun beneficiario è superiore all'importo di 350 milioni di lire" (primo periodo); b) "in questa ipotesi si applicano, sulla parte di valore della quota che supera l'importo di 350 milioni di lire, le aliquote previste per il corrispondente atto di trasferimento a titolo oneroso" (secondo periodo).

2. Le questioni sono sorte nell'ambito di un giudizio che trae origine dal ricorso proposto dal donatario avverso l'avviso di liquidazione dell'imposta complementare di registro, determinata dall'Agenzia delle entrate, al netto della suddetta franchigia, in misura proporzionale all'importo della donazione di Euro 7.830.000,00, stipulata il 22 giugno 2006.

Secondo quanto riferito dal rimettente, l'impugnato avviso di liquidazione era stato adottato perché tra il donante e il donatario intercorreva un rapporto di affinità di terzo grado e non di parentela. La Commissione tributaria provinciale di Campobasso aveva rigettato il ricorso - inteso ad ottenere l'estensione dell'esclusione dal pagamento dell'imposta prevista per le donazioni tra parenti -, ribadendo le motivazioni dell'avviso. Il contribuente aveva quindi appellato la sentenza di primo grado davanti alla CTR del Molise.

3. In punto di rilevanza, il giudice a quo in primo luogo osserva che l'atto di donazione oggetto dell'avviso di liquidazione risale al 22 giugno 2006 ed è stato registrato

il 28 giugno 2006, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento impositivo deve essere vagliata alla luce del censurato art. 13, comma 2, della L. n. 383 del 2001. La successiva abrogazione di questa norma, disposta dall'art. 2, comma 52, lettera d), del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), convertito, con modificazioni, nella L. 24 novembre 2006, n. 286, ha infatti effetto, secondo quanto previsto dal successivo comma 53 del medesimo art. 2 D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, soltanto "per gli atti pubblici formati ... dalla data di entrata in vigore della legge di conversione" dello stesso D.L. n. 262 del 2006, ovvero dal 29 novembre 2006.

In secondo luogo, il Collegio rimettente rileva che il rapporto intercorrente tra il donante e l'appellante donatario è di affinità e non di parentela, sicché il contribuente, sulla scorta del tenore testuale della denunciata disposizione, non avrebbe diritto al "beneficio" da questa previsto.

3.1. Quanto alla non manifesta infondatezza, la CTR ritiene che l'art. 13, comma 2, della L. n. 383 del 2001 arrechi un *vulnus*, innanzitutto, all'art. 3 Cost., in relazione al principio di eguaglianza.

L'omessa inclusione degli affini nel novero dei soggetti che non sono obbligati al pagamento dell'imposta di cui alla norma censurata determinerebbe, infatti, una ingiustificata discriminazione e una irragionevole disparità di trattamento rispetto ai parenti.

L'irragionevolezza sarebbe apprezzabile anche alla luce di "alcuni elementi ordinamentali" che riserverebbero un trattamento identico, o comunque omogeneo, ai parenti e agli affini e deporrebbero, pertanto, nel senso della loro "necessaria parificazione".

Al riguardo, il giudice a quo argomenta, innanzitutto, richiamando l'art. 7, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni), come modificato dall'art. 69, comma 1, lettera c), della L. 21 novembre 2000, n. 342 (Misure in materia fiscale), il quale prevedeva - prima della sua abrogazione ... che l'imposta sulle successioni e donazioni fosse determinata nella stessa misura percentuale sia per i parenti in linea collaterale fino al quarto grado, sia per gli affini in linea retta e per quelli in linea collaterale fino al terzo grado: disposizione, questa, che sarebbe significativa della volontà del legislatore di "accomunare" i parenti e gli affini.

Quindi, la CTR del Molise elenca una nutrita serie di previsioni normative parimenti sintomatiche, a suo avviso, della dedotta necessaria identità di trattamento tra le due categorie di familiari (parenti e affini).

Tali sarebbero, segnatamente, le norme recate dall'art. 87, quarto comma, del codice civile, che include gli affini tra i soggetti per quali è vietato unirsi reciprocamente in matrimonio; dall'art. 433, quinto comma (*recte*: primo comma, numeri 4 e 5), cod. civ., che impone agli affini, accanto al coniuge e a determinati parenti, l'obbligo di prestare gli alimenti; dall'art. 230-bis, terzo comma, cod. civ., che, nel disciplinare l'impresa familiare, considera anche gli affini, appunto, come familiari; dagli artt. 348 e 417 cod. civ., i quali, rispettivamente, prevedono che gli affini possono essere scelti per rivestire la figura di tutore e sono legittimati a proporre istanza di interdizione o di inabilitazione; dall'art. 2399 cod. civ., che pone una causa d'ineleggibilità e di decadenza alla carica di sindaco sia per gli affini che per i parenti degli amministratori della società per azioni, o di società da questa controllate, nonché di quelle che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; dall'art. 51 del codice di procedura civile, che disciplina le ipotesi di astensione del giudice; dall'art. 33, comma 3, della L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), il quale riconosce anche agli affini il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito per l'assistenza al familiare portatore di handicap in situazione di gravità; infine, dall'art. 74 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14 febbraio 2003, n. 30), che, con specifico riguardo alle attività agricole, esclude, a determinate condizioni, la configurabilità di un rapporto di lavoro autonomo o subordinato in relazione alle prestazioni svolte tanto dai parenti quanto dagli affini sino al quarto grado.

3.1.1. Ad avviso del rimettente, risulterebbero violati anche gli artt. 29 e 31 Cost., "posti in relazione" all'art. 2 Cost., "in considerazione del favore espresso dalla Carta Costituzionale nei confronti della famiglia e dei rapporti che ivi si esplicano".

I precetti di cui agli artt. 29 e 31 Cost. appresterebbero difatti una "particolare e specifica tutela" dell'intera collettività familiare che, alla luce delle considerazioni dianzi svolte, dovrebbe comprendere non solo i parenti ma anche gli affini.

3.1.2. A conforto degli assunti posti a fondamento delle questioni sollevate, la CTR richiama, infine, la sentenza n. 203 del 2013, con la quale questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'art. 15 della L. 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non includeva nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo da esso previsto, e alle condizioni ivi stabilite, i parenti e gli affini entro il terzo grado conviventi con il familiare versante in situazione di grave disabilità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti

individuati dalla disposizione censurata, idonei a prendersi cura della persona disabile.

4. È intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni siano dichiarate inammissibili e, comunque, infondate.

4.1. L'eccezione d'inammissibilità è argomentata con l'asserito difetto di motivazione della non manifesta infondatezza.

Sarebbe stata, in particolare, omessa qualsiasi motivazione sulle ragioni del contrasto, affermato in via meramente assertiva, tra la norma censurata e gli artt. 2, 29 e 31 Cost. Analoga carenza minerebbe la prospettata compromissione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Il Collegio rimettente, pur avendo elencato diverse disposizioni dalle quali intende desumere l'uniformità di trattamento tra le due categorie di familiari, non avrebbe, infatti, addotto alcuno specifico argomento diretto a illustrare l'irragionevolezza della diversa disciplina che questa norma riserva agli affini rispetto ai parenti. Né sarebbe stata effettuata alcuna analisi in ordine agli interessi tutelati, tanto dalla disposizione denunciata quanto dalle disposizioni dalle quali sarebbe, in tesi, deducibile la necessità della parità di trattamento tra i parenti e gli affini.

4.2. Nel merito, poi, l'Avvocatura generale ritiene insussistente la denunciata violazione dell'art. 3 Cost., dovendo escludersi che la categoria degli affini sia omogenea, e tanto meno identica, a quella dei parenti.

Il vincolo di affinità lega, infatti, il coniuge ai parenti dell'altro coniuge, sicché sarebbe meno "solido e stabile" di quello di parentela, che lega invece soggetti discendenti dalla stessa persona. Del resto, aggiunge la difesa statale, il legislatore ha previsto una disciplina differenziata finanche nell'ambito della stessa parentela, dal momento che nella materia successoria "i parenti più prossimi escludono quelli di grado più lontano".

Anche le numerose fattispecie indicate nell'ordinanza di rimessione sarebbero del tutto eterogenee, sia tra loro stesse, sia rispetto alla norma censurata.

Dovrebbe quindi escludersi che la discrezionalità di cui gode il legislatore si sia tradotta, nella specie, in una scelta irragionevole.

4.2.1. La disposizione denunciata non contrasterebbe, sempre a parere dell'Avvocatura generale, nemmeno con l'art. 29 Cost.

Da un lato, infatti, nell'ordinamento sarebbero ravvisabili due nozioni di famiglia: quella "allargata", che comprende i parenti e gli affini, e quella "nucleare", alla quale appartengono soltanto i coniugi e i figli. Dall'altro, la scelta di tutelare in modo più o meno ampio l'uno o l'altro tipo di famiglia nonché i soggetti che ne fanno parte sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore, particolarmente ampia nella materia tributaria e, segnatamente, in quella delle agevolazioni e dei benefici tributari.

Conclude nel senso che "il concetto di famiglia" non potrebbe essere ricondotto, contrariamente a quanto sostenuto dalla CTR, "all'interno di un perimetro prestabilito".

Considerato in diritto

1. La Commissione tributaria regionale (CTR) del Molise dubita, in riferimento agli artt. 2, 3, 29, e 31 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, della L. 18 ottobre 2001, n. 383 (Primi interventi per il rilancio dell'economia), nella parte in cui non include gli affini nel novero dei soggetti per i quali è escluso il pagamento dell'imposta da esso disciplinata.

La disposizione censurata, applicabile *ratione temporis* nel giudizio principale, prevede che: a) "i trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi, compresa la rinuncia pura e semplice agli stessi, fatti a favore di soggetti diversi dal coniuge, dai parenti in linea retta e dagli altri parenti fino al quarto grado, sono soggetti alle imposte sui trasferimenti ordinariamente applicabili per le operazioni a titolo oneroso, se il valore della quota spettante a ciascun beneficiario è superiore all'importo di 350 milioni di lire" (primo periodo); b) "in questa ipotesi si applicano, sulla parte di valore della quota che supera l'importo di 350 milioni di lire, le aliquote previste per il corrispondente atto di trasferimento a titolo oneroso" (secondo periodo).

Ad avviso del Collegio rimettente, la disposizione censurata lederebbe, in primo luogo, l'art. 3 Cost., in relazione al principio di eguaglianza, dal momento che la disciplina da essa dettata per gli affini sarebbe ingiustificatamente diversa da quella riservata ai parenti.

Risulterebbero, inoltre, violati gli artt. 29 e 31 Cost., "posti in relazione" all'art. 2 Cost.

2. Occorre qui incidentalmente rilevare che il notevole intervallo temporale tra la data di deliberazione dell'ordinanza di rimessione (21 settembre 2015) e quella della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica (4 settembre 2019) è dovuto al rilevante ritardo nel deposito dell'ordinanza nella segreteria della CTR (avvenuto l'11 marzo 2019), pervenuta a questa Corte il 27 giugno 2019 e, quindi, trasmessa il giorno successivo per la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

3. L'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità delle questioni sollevate per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza. La CTR molisana avrebbe difatti omesso qualsiasi argomentazione in merito alle ragioni del contrasto tra la norma denunciata e gli artt. 2, 29 e 31 Cost.

L'ordinanza di rimessione sarebbe, d'altra parte, affetta da analoga carenza anche per quanto concerne la denunciata lesione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., non avendo il Collegio rimettente addotto argomenti sufficienti per illustrare l'irragionevolezza del differente trattamento riservato dalla disposizione censurata agli affini rispetto ai parenti.

3.1. L'eccezione sollevata in relazione alla questione afferente alla violazione dell'art. 3 Cost. non è fondata, giacché dalle deduzioni svolte dal giudice *a quo* emergono chiaramente le ragioni che lo inducono a dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, della L. n. 383 del 2001.

A parere della CTR del Molise, questa norma contrasterebbe, infatti, con il principio di eguaglianza, in quanto -

nel prevedere che, oltre al coniuge, soltanto i parenti in linea retta e gli altri parenti fino al quarto grado non siano obbligati al pagamento dell'imposta da essa introdotta - determinerebbe una disparità di trattamento del tutto ingiustificata rispetto agli affini. Con la riserva a questi ultimi di un trattamento impositivo peggiore rispetto a quello previsto per i parenti, malgrado l'omogeneità delle due categorie di familiari, il legislatore avrebbe quindi operato una distinzione irragionevole. L'irragionevolezza di tale diversificazione emergerebbe anche alla luce della disciplina recata da una pluralità di norme che - riservando un trattamento identico, o comunque uniforme, ai suddetti familiari - esprimerebbero un principio di "necessaria parificazione" tra gli stessi.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la questione supera il vaglio di ammissibilità, dal momento che il giudizio negativo espresso dal giudice rimettente circa la compatibilità tra il censurato art. 13, comma 2, della L. n. 383 del 2001 e l'art. 3 Cost. è stato compiutamente motivato. Resta, ovviamente, impregiudicato il merito della questione.

3.2. Risulta, invece, evidente l'inammissibilità della questione sollevata in riferimento agli artt. 29 e 31 Cost., "posti in relazione" all'art. 2 Cost.

Il giudice *a quo* si limita, infatti, ad affermare che l'asserito *vulnus* sarebbe apprezzabile "in considerazione del favore espresso dalla Carta Costituzionale nei confronti della famiglia e dei rapporti che ivi si esplicano", aggiungendo poi che gli artt. 29 e 31 Cost. "apprestano alla famiglia una particolare e specifica tutela di rango costituzionale, nell'ambito della quale sono riconosciuti e tutelati i diritti propri della collettività familiare che non è, e non può essere considerata, come ristretta ai soli parenti, laddove in altri settori ordinamentali il concetto di famiglia viene esteso anche agli affini".

È palese il carattere generico e meramente assertivo della prospettazione della CTR, che non consente di comprendere le ragioni per cui l'omissione censurata si porrebbe in contrasto con gli evocati parametri costituzionali.

Il rimettente, infatti, richiama cumulativamente e genericamente gli artt. 2, 29 e 31 Cost., senza indicare alcuno specifico nesso tra questi parametri e la norma denunciata, omettendo anche di individuare quale precetto costituzionale sarebbe stato in concreto leso.

È, d'altro canto, inidoneo a colmare le evidenziate carenze il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione, alla sentenza n. 203 del 2013, con la quale questa Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'articolo 15 della L. 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui, al ricorrere di determinate condizioni, non includeva tra i soggetti legittimati a fruire del congedo da esso previsto, anche i parenti e gli affini entro il terzo grado conviventi con il familiare che versa in situazione di grave disabilità. Il giudice *a quo* non chiarisce, infatti, la connessione tra l'essenziale ruolo - valorizzato nella sentenza citata e garantito dalla fruizione del diritto al menzionato

congedo - che la famiglia svolge al fine di assicurare “una tutela piena dei soggetti deboli” e la denunciata omissione. Il descritto difetto motivazionale sulla non manifesta infondatezza comporta l’inammissibilità delle questioni in esame, in quanto prive “di un’adeguata ed autonoma illustrazione delle ragioni per le quali la normativa censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale evocato ...” (*ex plurimis*, sentenza n. 33 del 2019).

4. Nel merito, la questione inerente alla violazione dell’art. 3 Cost. non è fondata.

4.1. Come dianzi chiarito, l’art. 13, comma 2, della L. n. 383 del 2001 è censurato nella parte in cui non include gli affini nel novero dei soggetti che non sono obbligati al pagamento dell’imposta da esso prevista per i trasferimenti per donazione o altra liberalità tra vivi.

Tale disposizione violerebbe il principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., dal momento che la disciplina dettata per gli affini sarebbe ingiustificatamente diversa da quella prevista per i parenti, esclusi dalla tassazione in relazione alla medesima fattispecie, nonostante l’omogeneità tra le due categorie di familiari. A supporto dell’asserita uniformità, il rimettente indica quali *tertia comparationis* una nutrita serie di previsioni normative - segnatamente contenute nell’art. 7, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (Approvazione del testo unico delle disposizioni concernenti l’imposta sulle successioni e donazioni), così come modificato dall’art. 69 della L. 21 novembre 2000, n. 342 (Misure in materia fiscale); negli artt. 87, quarto comma, 230-bis, terzo comma, 348, 417, 433, quinto comma (*recte*: primo comma, numeri 4 e 5), e 2399 del codice civile; nell’art. 51 del codice di procedura civile; nell’art. 33, comma 3, della L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l’assistenza, l’integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate); infine, nell’art. 74 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14 febbraio 2003, n. 30) - dalle quali sarebbe deducibile un principio di “necessaria parificazione” tra i parenti e gli affini.

4.2. Al fine di inquadrare correttamente la prospettata questione è opportuno premettere che la norma censurata si inserisce all’interno di un intervento normativo che ha costituito una isolata parentesi nell’ambito dello sviluppo dell’ordinamento tributario.

Il comma 1 dell’art. 13 della L. n. 383 del 2001 ha infatti disposto che l’imposta sulle successioni e donazioni di cui al D.Lgs. n. 346 del 1990, così come modificata dall’art. 69 della L. n. 342 del 2000, “è soppressa” e il comma 2 del medesimo articolo 13 L. n. 383 del 2001 ha limitato l’imposizione ai trasferimenti di beni e diritti per donazione o altre liberalità tra vivi solo ove siano disposti a favore dei parenti in linea collaterale oltre il quarto grado, degli affini e degli estranei.

Si è trattato di un cambiamento radicale rispetto al sistema dell’imposta sulle successioni e donazioni: uno dei tributi patrimoniali (in senso lato) più antichi del nostro ordinamento tributario, fondato su ragioni redistributive e applicabile a carico di qualsiasi beneficiario.

Tale intervento normativo non si è però consolidato all’interno dell’ordinamento. Con l’art. 2, commi da 47 a 54, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 (Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), così come sostituito in sede di conversione dalla L. 24 novembre 2006, n. 286, il legislatore, per un verso, ha abrogato il suddetto art. 13 L. n. 383 del 2001 e, per l’altro, ha sostanzialmente “reintrodotta” la soppressa imposta sulle successioni e donazioni, che è giustificata dall’arricchimento dell’erede o del beneficiario e quindi in ragione della capacità contributiva di questi ultimi, che risulta nuova e autonoma anche rispetto alle imposte a suo tempo versate dal dante causa.

4.3. Va peraltro sottolineato che nel descritto sviluppo normativo l’imposizione è sempre risultata strutturata in modo graduato in rapporto alla prossimità familiare tra il disponente e il beneficiario, senza che a ciò abbia fatto eccezione nemmeno la riforma del 2001: nell’imposta sulle successioni e donazioni attraverso aliquote differenziate; in quella del 2001 con la selezione dei soggetti passivi.

Infatti, il censurato comma 2 dell’art. 13 della L. n. 383 del 2001 ha individuato nei parenti in linea collaterale oltre il quarto grado, negli affini e negli estranei i soggetti passivi rispetto ai quali i trasferimenti di beni e diritti per donazioni e altre liberalità tra vivi, eccedenti i 350 milioni di lire, devono considerarsi imponibili nella stessa misura stabilita per gli atti traslativi a titolo oneroso.

4.4. È questa discriminazione soggettiva (segnatamente tra gli affini e i parenti esclusi dall’imposizione) a costituire oggetto dell’odierna questione di costituzionalità, poiché il rimettente assume che essa “non trova alcuna giustificazione se riguardata alla luce di alcuni elementi ordinamentali”.

La norma è dunque indubbiata nella parte in cui non include gli affini, equiparandoli ai parenti, nel novero dei soggetti non tenuti al pagamento dell’imposta.

4.5. Tanto premesso, la descritta selezione dei soggetti passivi, in quanto coerente con il presupposto, rientra nell’esercizio del potere discrezionale del legislatore tributario (su tale discrezionalità, *ex multis*, sentenze n. 288 del 2019 e n. 269 del 2017), che ha costantemente graduato, come si è visto, l’imposizione in ragione della prossimità familiare tra il disponente e il beneficiario. La selezione dei soggetti passivi trova inoltre, nel caso di specie, una non irragionevole giustificazione anche nell’esigenza di limitare l’impatto finanziario della riforma del 2001, come risulta dai lavori preparatori.

Dagli stessi, infatti, emerge che tale riforma non nutrive - a differenza della prospettiva da cui sembra muovere il rimettente - alcuna ambizione di qualificarsi come attuativa della tutela costituzionale della famiglia: nessuno specifico riferimento a tale valore viene mai evocato; si rimarcano piuttosto altre e più generiche finalità, come quelle della semplificazione e del rilancio dell’economia. Il che appare comprensibile, perché l’indistinta esclusione, senza alcun limite di importo, del coniuge, dei parenti in linea retta e degli altri parenti in linea collaterale fino al quarto grado, dall’imposizione delle donazioni e delle liberalità risulta difficilmente inquadrabile nella struttura dei principali precetti costituzionali (artt. da

29 a 31 Cost.) posti a tutela della famiglia e, in particolare, delle situazioni di potenziale fragilità in essa ravvisabili. Non risulta, dunque, superato il confine della non manifesta irragionevolezza, nel cui ambito soltanto può legittimamente esercitarsi la discrezionalità del legislatore: il fatto che la norma abbia inteso selezionare i soggetti passivi del prelievo in esame in ragione della prossimità dei vincoli familiari, individuando il grado e i limiti di tale prossimità e tenendo adeguatamente conto dell'impatto finanziario di tale selezione, esclude l'arbitrarietà della disciplina censurata (in generale sul confine della non manifesta irragionevolezza, sentenze n. 153 del 2017 e n. 111 del 2016).

4.6. Quanto all'assunto del rimettente secondo cui diversi "elementi ordinamentali" dimostrerebbero l'omogeneità tra parenti e affini, è sufficiente qui rilevare che i *tertia comparationis* indicati nell'ordinanza non sono adeguati, essendo considerati in modo del tutto decontestualizzato dagli istituti regolati e dalle specifiche *rationes* a essi sottesi. Proprio l'esame delle numerose disposizioni indicate a raffronto dal giudice *a quo* rende, anzi, evidente la mancanza di elementi che dimostrino la necessità sistematica di garantire una ricorrente e generalizzata omogeneità di trattamento tra parenti e affini dalla quale si possa dedurre la rottura della coerenza dell'ordinamento ad opera della norma censurata.

4.6.1. In particolare, l'art. 87, quarto comma, cod. civ. non effettua quella piena assimilazione sostenuta dal rimettente, ma attua, al contrario, una differenziazione normativa in ragione sia della linea che del grado: basti considerare che mentre per gli affini in linea collaterale in secondo grado il divieto di contrarre matrimonio può essere rimosso dal tribunale, non altrettanto è previsto per i parenti in linea collaterale nel medesimo grado, essendo ciò consentito soltanto per quelli in linea collaterale in terzo grado.

Anche l'art. 230-bis cod. civ. parimenti richiamato dal rimettente, pur considerando, con riguardo all'impresa familiare, ambedue le categorie di parenti e affini, comunque le distingue nel grado, confermando ulteriormente la loro eterogeneità.

L'evocato art. 74 del D.Lgs. n. 276 del 2003 è poi relativo ad aspetti privatistici e previdenziali che riguardano le prestazioni di lavoro accessorio, senza che la norma possa estendersi ad "ogni rilievo lavoristico" (sentenza n. 50 del 2005): il che denota un elevato grado di settorialità della disciplina in parola e consente di escludere che essa possa essere assunta a elemento ordinamentale da cui desumere un principio generale.

Anche gli evocati artt. 348, 417 e 433, quinto comma (*recte*: primo comma, numeri 4 e 5), cod. civ., non solo non rafforzano, ma indeboliscono l'assunto del rimettente, giacché confermano la scelta legislativa di un trattamento non del tutto equiparato dei parenti e degli affini. Gli istituti della tutela, dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'obbligo alimentare oggetto di tali norme rispondono, infatti, a uno scopo ben specifico e unitariamente riconducibile a un sistema efficiente di tutela di soggetti "deboli": essi nulla hanno a che vedere con gli interessi

sottesi alla norma ambita in via di addizione, sicché nemmeno dalle disposizioni in discorso è inferibile il principio di necessaria parità assunto dal giudice *a quo* a fondamento della dedotta violazione dell'art. 3 Cost.

Analogamente, l'art. 33, comma 3, della L. n. 104 del 1992, se disciplina in modo effettivamente uniforme i parenti e gli affini, nondimeno riguarda l'assistenza alle persone disabili ed è, pertanto, riconducibile alla predetta *ratio* di protezione di persone che versano in un particolare stato di fragilità: tanto dimostra che il legislatore ha parificato i parenti e gli affini non in forza di un principio ordinamentale di necessaria equiparazione degli stessi, ma in considerazione dei peculiari interessi da tutelare, presidiati a livello costituzionale e non ravvisabili invece nella disposizione oggetto dell'odierno scrutinio.

Nella medesima direzione conducono le argomentazioni poste a fondamento della sentenza di questa Corte n. 203 del 2013, espressamente menzionata invece dal rimettente a sostegno della non manifesta infondatezza delle censure. Con tale pronuncia è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, del D.Lgs. n. 151 del 2001, nella parte in cui, al ricorrere di determinate condizioni, non includeva, nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo straordinario per la cura e l'assistenza di persona in situazione di disabilità grave, il parente o l'affine entro il terzo grado convivente. Anche l'addizione operata in siffatta occasione da questa Corte, risponde, infatti, come dianzi chiarito, alla stringente e specifica esigenza di tutela sottesa all'istituto del congedo, la cui automatica applicazione ad altri ambiti ordinamentali non pare dunque né necessitata né, di per sé, ragionevole. Nemmeno pertinenti, infine, risultano gli artt. 2399 cod. civ. e l'art. 51 cod. proc. civ., richiamati dalla CTR. In particolare, la prima disposizione individua alcune categorie di soggetti, tra i quali i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società (o delle società da questa controllate, delle società che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo), che non possono ricoprire la carica di sindaco, al fine di preservare tale delicato incarico da potenziali condizionamenti da parte di familiari più stretti che rivestono la carica di amministratore. La seconda mira a garantire il pieno rispetto del canone di imparzialità del giudice per assicurare il corretto esercizio della funzione giurisdizionale.

Si tratta, dunque, anche in questo caso, di previsioni in cui la scelta legislativa di equiparazione del parente e dell'affine non discende dall'applicazione di un principio generale di assoluta e necessaria parificazione, in ogni ipotesi, del trattamento giuridico di parenti e affini, ma dalla concreta valutazione dell'interesse sotteso alla specifica disciplina e dal conseguente obiettivo di impedire lo sviamento dal corretto esercizio di determinate funzioni.

4.6.2. Del resto, neppure nella legislazione tributaria è rinvenibile una nozione predeterminata e generale di famiglia (si pensi, tra le moltissime ipotesi, alle diverse norme sui carichi fiscali di famiglia in tema di imposte dirette; sul trattamento fiscale dell'impresa familiare; sulla nozione di nucleo familiare in tema di determinazione sintetica del reddito o in tema di abitazione principale nei

tributi locali; sulle agevolazioni in tema di piccola proprietà contadina), poiché gli interventi del legislatore risultano modulati in modo differenziato, a seconda dei casi presi in considerazione e dei singoli interessi di volta in volta perseguiti.

4.6.3.- È appena il caso, infine, di rilevare che il *tertium comparationis* indicato dal rimettente nell'art. 7, comma 1, lettera b), del D.Lgs. n. 346 del 1990, come modificato dall'art. 69, comma 1, lettera c), della L. n. 342 del 2000, relativo alle aliquote dell'imposta sulle successioni e donazioni differenziate in ragione del grado di parentela e di affinità, non costituisce idoneo termine di raffronto,

trattandosi di norma già "soppressa", in quel momento, dalla stessa L. n. 383 del 2001. Ciò assorbe ogni altra, pur possibile, considerazione.

4.7. In conclusione, non è ravvisabile, in relazione all'art. 13, comma 2, della L. n. 383 del 2001, una lesione del principio di eguaglianza: le situazioni e le *rationes* delle normative poste in comparazione risultano, infatti, eterogenee, sia intrinsecamente, sia in rapporto con la fattispecie del giudizio principale (*ex plurimis*, sulla necessaria omogeneità dei termini da porre a raffronto, sentenza n. 236 del 2017).

*Omissis*

## Nozione di famiglia, affini e principio di eguaglianza di Roberta Nunin

La sentenza della Corte costituzionale n. 54/2020 in epigrafe, intervenuta in relazione ad una questione di diritto tributario, offre l'occasione per una più ampia riflessione in ordine alla nozione di "famiglia" ed all'applicazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost.

### La questione

Con la sentenza del 12 febbraio 2020, n. 54, depositata il 13 marzo 2020, la Corte costituzionale si è pronunciata in ordine ad alcune questioni sollevate dalla Commissione tributaria regionale del Molise con ordinanza dell'11 marzo 2019, con riferimento ad una possibile violazione degli artt. 2, 29, 31 e 3 Cost. in relazione alla mancata inclusione degli affini nel novero dei soggetti per cui la legislazione tributaria esclude il pagamento dell'imposta sui trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità.

La censura era stata sollevata dalla CTR molisana in relazione alla disposizione dell'art. 13, comma 2, L. 18 ottobre 2001, n. 383 (*Primi interventi per il rilancio dell'economia*); tale norma, applicabile nel giudizio principale *ratione temporis* (1), dispone che: (a) "[i] trasferimenti di beni e diritti per donazione o altra liberalità tra vivi, compresa la rinuncia pura e semplice agli stessi, fatti a favore di soggetti diversi dal coniuge, dai parenti in linea retta e dagli altri parenti fino al quarto grado, sono soggetti alle imposte sui trasferimenti ordinariamente applicabili per le operazioni a titolo oneroso, se il valore della quota spettante a ciascun beneficiario è superiore all'importo di 350 milioni di lire" (primo periodo); e che (b) "[i]n questa ipotesi si applicano, sulla parte di valore

della quota che supera l'importo di 350 milioni di lire, le aliquote previste per il corrispondente atto di trasferimento a titolo oneroso" (secondo periodo). Nel giudizio *a quo* il donatario, affine di terzo grado del donante, contestava l'avviso di liquidazione dell'imposta complementare di registro che - al netto della prevista franchigia - gli era stato notificato dall'Agenzia delle Entrate; la Commissione tributaria di primo grado aveva rigettato il ricorso, quella regionale aveva invece ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale della disposizione, giudicando non manifestamente infondata la questione relativa, in primo luogo, alla possibile violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. con riguardo alla diversità di trattamento tra parenti ed affini. Sotto tale profilo, infatti, la Commissione tributaria regionale (d'ora in avanti, CTR) valorizzava alcuni elementi del nostro ordinamento che sembrerebbero andare nella direzione di riservare un trattamento identico, o comunque omogeneo, ai parenti ed agli affini. In secondo luogo, poi, l'autorità remittente prospettava una possibile violazione anche degli artt. 29 e 31 Cost., da leggersi in relazione con l'art. 2, ritenendo che la tutela apprestata dalla Costituzione dovrebbe coprire l'intera collettività familiare, nella quale, alla luce di alcuni

(1) La disposizione era stata in seguito abrogata dall'art. 2, comma 52, lett. d), D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modifiche nella L. 24 novembre 2006, n. 286.

dati normativi, il giudice *a quo* riteneva dovessero essere inclusi anche gli affini.

La Consulta non è stata di questo parere. Infatti, nella decisione in commento, se da un lato è stata dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata, con riguardo alla norma impugnata, con riferimento agli artt. 2, 29 e 31, dall'altro la questione concernente la pretesa violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 è stata giudicata non fondata.

### La "collettività familiare" e la posizione degli affini: spunti dall'ordinamento

Se il rigetto delle questioni prospettate appare netto da parte della Consulta, ci sembra tuttavia che la questione sollevata rivesta comunque un certo interesse, laddove si considerino diverse disposizioni che, in effetti, dispongono un identico trattamento per (determinati) parenti ed affini, e che il giudice *a quo* non aveva trascurato di elencare, deducendone la necessità di un identico trattamento tra le due categorie di componenti della collettività familiare anche in relazione alla disposizione tributaria in discussione. Merita qui richiamare le disposizioni valorizzate nell'ordinanza di rinvio: l'art. 87, comma 4, c.c., che include gli affini tra i soggetti per quali è vietato unirsi reciprocamente in matrimonio; l'art. 433 c.c., laddove impone agli affini, accanto al coniuge e a determinati parenti, l'obbligo di prestare gli alimenti; l'art. 230-bis, comma 3, c.c., che, disciplinando l'istituto dell'impresa familiare, considera anche gli affini tra i familiari; gli artt. 348 e 417 c.c., che prevedono che gli affini possano essere scelti per rivestire la figura di tutore e siano legittimati a proporre istanza di interdizione o di inabilitazione; l'art. 2399 c.c., che pone una causa d'ineleggibilità e di decadenza alla carica di sindaco sia per gli affini che per i parenti degli amministratori della società per azioni, o di società da questa controllate, nonché di quelle che la controllano e di quelle sottoposte a comune controllo; l'art. 51 c.p.c., che disciplina le ipotesi di astensione del giudice; l'art. 33, comma 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), che riconosce anche agli affini il diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito per l'assistenza al familiare portatore di handicap in situazione di gravità; infine, l'art. 74 D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Attuazione delle deleghe in materia di

occupazione e mercato del lavoro, di cui alla L. 14 febbraio 2003, n. 30), che, con riguardo alle attività agricole, esclude, a determinate condizioni, la configurabilità di un rapporto di lavoro autonomo o subordinato in relazione alle prestazioni svolte tanto dai parenti quanto dagli affini sino al quarto grado. Inoltre, in relazione alla pretesa violazione degli artt. 29 e 31 Cost., veniva richiamata nell'ordinanza di rinvio della CTR anche una precedente giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, la sentenza n. 203 del 2013, con la quale la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e paternità, a norma dell'art. 15, L. 8 marzo 2000, n. 53), nella parte in cui non includeva nel novero dei soggetti legittimati a fruire del congedo da esso previsto, e alle condizioni *ivi* stabilite, i parenti e gli affini entro il terzo grado conviventi con il familiare versante in situazione di grave disabilità, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla disposizione censurata, idonei a prendersi cura della persona disabile.

### La decisione della Consulta: *rationes eterogenee (poste a fondamento di altre normative) non possono fondare un (preteso) trattamento omogeneo*

Nell'affrontare le questioni ad essa sottoposte la Consulta in prima battuta dichiara l'inammissibilità della questione sollevata dal giudice tributario molisano con riferimento agli artt. 29 e 31 Cost., posti in relazione con l'art. 2 Cost.

Osserva infatti la Corte che il giudice *a quo* si è limitato ad affermare che l'asserito *vulnus* alle disposizioni in parola da parte della norma impugnata dovrebbe essere apprezzabile in considerazione del *favor* espresso dalla nostra Carta Costituzionale nei confronti della famiglia e dei rapporti che *ivi* si esplicano, collettività familiare che - nell'opinione del remittente - non può essere ristretta ai soli parenti, in ragione delle molte norme (che sopra si sono ricordate) che modellano ed estendono nel nostro ordinamento il concetto di "famiglia" ricomprendendovi anche gli affini.

A tale proposito, lamenta la Consulta che il remittente abbia operato delle considerazioni di carattere "generico e meramente assertivo" (2), senza indicare

(2) V. par. 3.2 della sentenza in commento.

alcuno specifico nesso tra le norme di cui si prospetta la violazione e la norma tributaria denunciata e - nell'opinione della Corte - "omettendo anche di individuare quale precetto costituzionale sarebbe stato in concreto leso".

Vero è che la CTR del Molise richiamava espressamente la sentenza n. 203/2013, con la quale la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 42, comma 5, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (*Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, a norma dell'art. 15, L. 8 marzo 2000, n. 53*), nella parte in cui, ricorrendo determinate condizioni, non includeva tra i soggetti legittimati a fruire del congedo da essa previsto, anche i parenti e gli affini entro il terzo grado conviventi con il familiare che versasse in condizioni di grave disabilità; tuttavia la Corte costituzionale osserva come in quest'ultima ipotesi si trattasse di valorizzare un ruolo volto alla tutela piena dei soggetti deboli - nel caso di specie, la persona disabile - e, dunque, come si trattasse di una situazione ben diversa - anche in ordine agli interessi tutelati - rispetto a quella chiamata in gioco dalla norma tributaria su cui si concentravano i dubbi di legittimità della CTR molisana.

In questo senso, il difetto motivazionale dell'ordinanza di rinvio in ordine alla non manifesta infondatezza porta la Consulta a dichiarare l'inammissibilità delle questioni sollevate, alla luce di una carenza di quelle adeguate ed autonome illustrazioni delle ragioni per le quali la normativa censurata integrerebbe una violazione del parametro costituzionale richiamato, necessariamente richieste per fondare una tale valutazione, come più volte ribadito anche di recente nella giurisprudenza della Corte (3).

Quanto invece alla pretesa violazione dell'art. 3, la Corte perviene ad un giudizio di infondatezza passando attraverso una sintetica ricostruzione dell'evoluzione sul punto della normativa tributaria, che porta la Consulta a valutare come legittima la scelta del legislatore di non equiparare ai parenti gli affini, in base ad una (lecita) opzione regolativa che porta la legislazione tributaria a modulare in modo differenziato i propri interventi, a seconda "dei singoli interessi di volta in volta perseguiti".

In sostanza, nell'opinione della Corte la selezione dei soggetti passivi operata dalla norma impugnata

rientra nell'esercizio di un potere discrezionale non irragionevolmente esercitato dal legislatore tributario, alla luce dell'esigenza di limitare l'impatto della riforma finanziaria del 2001 (v. art. 13, L. n. 383/2001), con cui si era disposta la soppressione dell'imposta sulle successioni e donazioni di cui al D.Lgs. n. 346/1990 (come modificata dalla L. n. 342/2000), limitando l'imposizione ai trasferimenti di beni e diritti per donazione o altre liberalità tra vivi solo ove disposti a favore dei parenti in linea collaterale oltre il quinto grado, degli affini o degli estranei, con un cambiamento radicale rispetto al sistema dell'imposta sulle successioni e donazioni peraltro poi rivisto da D.L. n. 262/2006, convertito con modifiche dalla L. n. 286/2006, che da un lato aveva abrogato il predetto art. 13 e dall'altro ha sostanzialmente reintrodotto la soppressa imposta, in ragione delle capacità contributive dell'erede o beneficiario. Osserva inoltre la Corte come, nello sviluppo normativo, sia sempre stata considerata una graduazione, presente anche nella normativa impugnata del 2001. In questo caso, il dubbio di legittimità del mittente traeva dunque origine dall'asserita disparità di trattamento tra affini e parenti esclusi dall'imposizione.

A questo proposito, il giudice delle leggi, richiamando anche la propria precedente giurisprudenza (4), osserva come la selezione dei soggetti passivi - "in quanto coerente con i presupposti" (5) - operata dal legislatore tributario rientri nell'esercizio del potere discrezionale di quest'ultimo, che ha peraltro "costantemente graduato (...) l'imposizione in ragione della prossimità familiare tra il disponente e il beneficiario" (6). Inoltre - continua la Corte - anche l'esigenza di limitare l'impatto in termini finanziari della riforma del 2001 di cui si è detto (circostanza menzionata nei lavori preparatori della legge in questione) costituisce una non irragionevole giustificazione quanto alla selezione operata dei soggetti passivi; inoltre, osserva la Corte, tale riforma (e, dunque, la normativa impugnata) non individuava affatto quale proprio fondamento esigenze di tutela costituzionale della famiglia (e delle eventuali potenziali fragilità in essa ravvisabili), quanto piuttosto richiamava esigenze di altro tipo, volte alla semplificazione ed al rilancio dell'economia.

Il fatto, dunque, che il legislatore abbia voluto riconoscere il beneficio solo ad alcuni soggetti, in relazione alla prossimità del vincolo familiare - e tenendo

(3) V. da ultimo Corte cost. 4 marzo 2019, n. 33; ma nello stesso senso v. anche Corte cost. n. 240 del 2017; Corte cost. n. 219 del 2016; Corte cost. n. 120 del 2015; Corte cost. n. 236 del 2011.

(4) V. da ultimo Corte cost. n. 288/2019 e Corte cost. n. 269/2017.

(5) V. par. 4.5 della sentenza in commento.

(6) *Ibidem*.

conto, come inducono a pensare i lavori preparatori della legge, anche dell'impatto finanziario di tale (discrezionale) selezione - conduce a ritenere che non possano giudicarsi arbitrarie le scelte regolative effettuate e che non possa dirsi superato il confine della non manifesta irragionevolezza.

Quanto poi ai potenziali *tertia comparationis* - e cioè i diversi riferimenti ordinamentali richiamati dal remittente - il giudice delle leggi lamenta che gli stessi siano stati richiamati in modo del tutto decontestualizzato, e senza una adeguata valorizzazione della *ratio* specifica sottesa ad ognuno di essi. Anzi, proprio l'estrema eterogeneità dei diversi istituti richiamati e le diverse soluzioni regolative adottate costituiscono, nell'opinione della Consulta, un chiaro indicatore proprio di quella "mancanza di elementi che dimostrino la necessità sistematica di garantire una ricorrente e generalizzata omogeneità di trattamento tra parenti e affini dalla quale si possa dedurre la rottura della coerenza dell'ordinamento ad opera della norma censurata" (7).

Se è circostanza nota che l'art. 3 Cost. impone di trattare in modo eguale situazioni eguali, consentendo però allo stesso tempo di trattare in modo diverso situazioni diverse, la Consulta analizza nello specifico proprio quegli elementi che, nei differenti riferimenti normativi richiamati dal remittente, hanno portato a scelte regolative diverse da quella effettuata con la disposizione tributaria impugnata. A tale proposito, ci limitiamo qui in particolare ad alcuni passaggi della motivazione, relativi ad alcune materie di specifico interesse sul piano giuslavoristico, quali il riconoscimento dei congedi parentali (nello specifico, il congedo straordinario per esigenze di cura di cui all'art. 42, D.Lgs. n. 151/2001) (8) e la fruizione dei congedi di cui alla L. n. 104 del 1992, che ci sembrano particolarmente emblematici del ragionamento complessivo proposto dalla Consulta in relazione alle questioni sollevate dal giudice *a quo*.

Con riguardo in primo luogo al tema dei congedi parentali, la Consulta ritiene troppo generico il richiamo operato dalla CTR molisana con riguardo alla sentenza n. 203 del 2013, con la quale, a seguito di ordinanza di rinvio del TAR calabrese, la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale

dell'art. 42, comma 5, D.Lgs. n. 151/2001, nella parte in cui, al ricorrere di determinate condizioni, non venivano inclusi tra i soggetti legittimati a fruire del congedo da esso previsto anche i parenti e gli affini entro il terzo grado conviventi con il familiare che versasse in situazione di grave disabilità.

Nello specifico la Corte, in quel caso, aveva affermato come il congedo straordinario in discussione, benché fosse originariamente concepito come strumento di tutela rafforzata della maternità in caso di figli portatori di handicap grave e fosse inserito in un testo normativo dedicato alla tutela e al sostegno della maternità e della genitorialità, avesse assunto una portata più ampia, a seguito della progressiva estensione del complesso dei soggetti aventi titolo a richiederlo, operata soprattutto dalla Corte, che ne aveva dilatato l'ambito di applicazione oltre i rapporti genitoriali, per ricomprendere anche le relazioni tra figli e genitori disabili, e ancora, in altra direzione, i rapporti tra coniugi o tra fratelli; a tale specifico proposito, dunque, osservava la Corte, nella sentenza n. 203/2013 "al fine di adeguare le misure di assistenza alle emergenti situazioni di bisogno e alla crescente richiesta di cura che origina, tra l'altro, dai cambiamenti demografici in atto, questa Corte ha ritenuto che il legislatore avesse illegittimamente trascurato quelle situazioni di disabilità che si possono verificare in dipendenza di eventi successivi alla nascita o in esito a malattie di natura progressiva o, ancora, a causa del naturale decorso del tempo". Quindi, era stata la considerazione del fatto che la cura della persona disabile in ambito familiare sia in ogni caso preferibile e più rispondente ai principi costituzionali, indipendentemente dall'età e dalla condizione di figlio dell'assistito, che aveva portato in quella circostanza la Corte ad allargare la fruibilità dell'istituto anche ai parenti ed agli affini entro il terzo grado conviventi, in caso di mancanza, decesso o in presenza di patologie invalidanti degli altri soggetti individuati dalla disposizione impugnata, idonei a prendersi cura della persona in situazione di disabilità grave.

Nel caso della sentenza n. 203/2013, dunque, la valorizzazione di un principio di solidarietà "intrafamiliare" da intendersi in senso ampio, comprensivo anche degli affini (nei limiti sopra indicati), era

(7) V. par. 4.6 della sentenza in commento.

(8) V. per un inquadramento, anche storico, della materia dei congedi parentali v., tra molti, R. Del Punta - D. Gottardi (a cura di), *I nuovi congedi*, in *Il Sole 24 ore*, 2001; M. Miscione (a cura di), *I congedi parentali*, Milano, 2001; L. Calafà, *Congedi e rapporto di lavoro*, Padova, 2004; D. Gottardi, *La tutela della maternità e della paternità*, in L. Lenti (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto*

*sociale della famiglia*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da P. Zatti, Milano, II ed., 2012, 987 ss. Per le riforme apportate al D.Lgs. n. 151/2001 nel contesto del *Jobs Act* (con il D.Lgs. n. 80/2015), v. D. Gottardi (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, vita, lavoro*, Torino, 2016, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici; R. Voza, *Le misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act*, in *Lav. giur.*, 2015, 13 ss.

legata ad un ruolo essenziale della famiglia nell'assistenza e nella cura dei soggetti più deboli e fragili; pertanto, come sottolineato dal giudice delle leggi nella pronuncia qui in commento, anche l'addizione operata in tale occasione dalla Consulta al disposto dell'art. 42, D.Lgs. n. 151/2001, rispondeva "alla stringente e specifica esigenza di tutela sottesa all'istituto del congedo, la cui automatica applicazione ad altri ambiti ordinamentali non pare dunque né necessitata né, di per sé, ragionevole." (9).

Quanto poi al richiamo operato dal giudice *a quo* all'art. 33, L. n. 104 del 9 febbraio 1992 (che detta norme in tema di assistenza, integrazione sociale e tutela dei diritti delle persone disabili), la Consulta sottolinea che, se è vero che il comma 3 della norma or ora citata, disciplina in modo effettivamente uniforme i parenti e gli affini, nondimeno si tratta di disposizioni che riguardano l'assistenza alle persone disabili e che, pertanto, devono ritenersi riconducibili ad una *ratio* di protezione delle persone che versino in un particolare stato di fragilità, ben diversa dunque da quella sottesa alla norma tributaria impugnata; osserva infatti la Corte che "tanto dimostra che il legislatore ha parificato i parenti e gli affini non in forza di un principio ordinamentale di necessaria equiparazione degli stessi, ma in considerazione dei peculiari interessi da tutelare, presidiati a livello costituzionale e non ravvisabili invece nella disposizione oggetto dell'odierno scrutinio". Di nuovo, si tratta quindi di un'equiparazione legislativa che discende non dall'applicazione di un principio generale ed assoluto, ma dalla concreta valutazione degli interessi sottesi alla disciplina in

questione. Valutazione degli interessi, dunque, che ben potrebbe, in circostanze diverse ed in relazione a diversi istituti, portare il legislatore a scelte differenti, come appunto quella operata con la norma tributaria in questione.

Peraltro, osserva conclusivamente la Consulta, nemmeno nella legislazione tributaria risulta rinvenibile "una nozione predeterminata e generale di famiglia (si pensi, tra le moltissime ipotesi, alle diverse norme sui carichi fiscali di famiglia in tema di imposte dirette; sul trattamento fiscale dell'impresa familiare; sulla nozione di nucleo familiare in tema di determinazione sintetica del reddito o in tema di abitazione principale nei tributi locali; sulle agevolazioni in tema di piccola proprietà contadina), poiché gli interventi del legislatore risultano modulati in modo differenziato, a seconda dei casi presi in considerazione e dei singoli interessi di volta in volta perseguiti" (10).

In definitiva, la Corte giudica che non possa ravvisarsi in relazione alla norma impugnata una lesione del principio di eguaglianza, e ciò proprio alla luce tanto della specifica *ratio* riferibile alla norma tributaria impugnata, quanto all'eterogeneità delle situazioni e delle *rationes* sottese alle diverse normative via via evocate dal giudice del rinvio quali *tertium comparationis*, che nella decisione della Consulta in epigrafe vengono valorizzate - per così dire - *a contrario*, per fondare l'assunto finale del giudice delle leggi: anche in ragione dell'assenza di omogeneità dei termini di raffronto invocati, infatti, la decisione delle Corte costituzionale non poteva essere di segno diverso.

(9) V. par. 4.6.1 della decisione in commento.

(10) V. par. 4.6 della motivazione della sentenza in commento.

## Anonimato materno

Cassazione Civile, Sez. I, 22 settembre 2020, n. 19824 - Pres. Valitutti - Rel. Fidanzia

**L'azione giudiziale di accertamento della maternità ex art. 269 c.c., nel caso in cui la madre abbia esercitato il diritto al c.d. parto anonimo, è sottoposta alla condizione della sopravvenuta revoca della rinuncia alla genitorialità giuridica da parte della madre, ovvero alla morte di quest'ultima, non essendovi più in entrambi i casi elementi ostativi per la conoscenza del rapporto di filiazione e così dovendosi interpretare, secondo una lettura costituzionalmente e internazionalmente orientata, la suddetta norma.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conformi</b>	Con specifico riguardo al diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: Cass. Civ. 7 febbraio 2018, n. 3004; Cass. Civ. 9 novembre 2016, n. 22838; Cass. Civ. 21 luglio 2016, n. 15024.
<b>Difforme</b>	Trib. Milano 14 ottobre 2015, n. 11475.

## Svolgimento del processo

Con sentenza depositata il 28 luglio 2017 la Corte d'Appello di Lecce - sezione distaccata di Taranto - rigettando l'appello proposto da V.A.M.G., ha confermato la sentenza del 19 maggio 2014 con cui il Tribunale di Taranto ha giudizialmente accertato che M.A. era figlio di V.C. La Corte d'Appello ha condiviso l'impostazione del giudice di primo grado secondo cui le prove raccolte (consulenza immunogenetica, deposizioni di testimoni non legati da vincoli di parentela e/o affinità, verbale di testamento olografo) integrano plurimi indizi gravi, precisi e concordanti nell'unico senso che M.A. è figlio di V.C. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione V.A.M.G. affidandolo a due motivi. M.A. si è costituito in giudizio con controricorso.

## Motivi della decisione

1. Con il primo motivo V.A.M.G. ha dedotto la violazione e falsa applicazione del R.D. 8 maggio 1927, n. 798, art. 9, artt. 190 e 191 c.c. del Regno d'Italia, D.P.R. n. 396 del 2000, art. 30, art. 269 c.c., D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Lamenta la ricorrente che nel bilanciamento dei contrapposti interessi del figlio di accedere alle informazioni sulle proprie radici e della madre all'anonimato, deve attribuirsi prevalenza al secondo ove la scelta iniziale dell'anonimato non sia stata revocata. Peraltro, nell'ipotesi in cui la madre sia morta e non abbia mai revocato la scelta dell'anonimato, il diritto del figlio di conoscere le generalità della madre non può più essere esercitato, anche perché il legislatore ha fissato in cento anni il termine per l'accesso ai dati. Ne consegue l'inammissibilità della domanda proposta dal sig. M.

2. Il primo motivo non è fondato. Va preliminarmente osservato che il diritto della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto - invocato, nel caso di specie, dalla ricorrente per impedire l'accertamento giudiziale della maternità nei confronti della

propria madre premorta - trova il proprio riconoscimento nel nostro ordinamento in una pluralità di norme che, integrandosi tra loro, ne consentono la tutela nel modo più ampio:

- il D.P.R. 3 novembre 2000, art. 30, comma 1, secondo cui "la dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata";

- il D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 1 (codice in materia di dati personali), 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";

- La L. 4 maggio 1983, n. 184, art. 28, comma 7, secondo cui "L'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato, o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo";

- l'allegato del D.M. 16 luglio 2001, n. 349, prescrive in caso di donna che vuole partorire in anonimato (figlio non riconosciuto o di filiazione ignota) che si deve indicare il codice 999 per "Donna che non vuole essere nominata".

Il diritto della madre all'anonimato è stato oggetto anche di un intervento della Consulta, che nella sentenza n. 278/2013, nel riconoscerne il fondamento costituzionale, ha evidenziato che 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. La salvaguardia della vita e della salute sono, dunque, i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta

di sistema improntata nel senso di favorire, per sé stessa, la genitorialità naturale.

Se è pur vero che nella stessa sentenza sopra citata la Corte Costituzionale ha cercato di conciliare l'esigenza di riservatezza della identità della madre con il diritto del figlio a conoscere le proprie origini (riconosciuto dall'art. 8 CEDU per come interpretato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 25 settembre 2012, Godelli contro Italia), giungendo a dichiarare costituzionalmente illegittimo la L. n. 184 del 1983, art. 28 comma 7, come sostituito dal D.Lgs. n. 196 del 2003, art. 177, comma 2, nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre (che ha dichiarato di non voler essere nominata) su richiesta del figlio, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione, tuttavia, tale statuizione non ha affatto inteso comprimere in alcun modo la pienezza del diritto all'anonimato riconosciuto alla madre. È stata, infatti, da un lato, contemplata la possibilità di revoca di tale scelta solo se ciò corrisponde alla reale volontà della stessa genitrice, e, dall'altro, è stato correttamente rilevato che la previsione della irreversibilità della scelta può non corrispondere affatto all'effettivo interesse della stessa madre, venendosi sostanzialmente ad "espropriare" la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione, "trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio".

Nell'esame degli interessi che vengono in considerazione nel presente procedimento, non secondario rilievo deve, d'altra parte, attribuirsi anche al diritto (nel caso di specie rivendicato dal controricorrente) all'accertamento dello *status filiationis*.

In particolare, questa Corte ha già statuito (vedi Cass. n. 24292/2016; conf. Cass. n. 11887/2015, Cass. n. 4020/2017) che "il diritto del figlio ad uno 'status' filiale corrispondente alla verità biologica costituisce una delle componenti più rilevanti del diritto all'identità personale che accompagna senza soluzione di continuità la vita individuale e relazionale non soltanto nella minore età, ma in tutto il suo svolgersi. L'incertezza su tale 'status' può determinare una condizione di disagio ed un 'vulnus' allo sviluppo adeguato ed alla formazione della personalità riferibile ad ogni stadio della vita. La sfera all'interno della quale si colloca il diritto al riconoscimento di uno status filiale corrispondente a verità attiene al nucleo dei diritti inviolabili della persona (art. 2 Cost. e art. 8 CEDU) intesi nella dimensione individuale e relazionale". Con tali articolate e condivisibili argomentazioni questa Corte ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.c., sollevata in quel giudizio dalla parte ricorrente, che aveva lamentato che la previsione di imprescrittibilità dell'azione di accertamento giudiziale della paternità o maternità, escluderebbe qualsiasi possibilità di valutazione da parte del giudice della domanda di dichiarazione giudiziale nei casi in cui l'azione sia proposta con notevole ritardo (in quella fattispecie circa quaranta anni), con l'effetto di sacrificare il diritto del presunto padre alla stabilità dei

rapporti familiari maturati nel corso del tempo, imponendogli a distanza di molto tempo un accertamento coattivo del rapporto di filiazione che l'interessato avrebbe potuto richiedere prima.

In realtà, proprio la previsione della imprescrittibilità dell'azione di accertamento giudiziale sia della maternità che della paternità - unitamente a quella che la prova può essere data con ogni mezzo, a norma dell'art. 269 c.c., comma 2 - dimostra come il legislatore abbia inteso assicurare una piena tutela a tale diritto, riconoscendo l'interesse all'accertamento dello *status* di filiazione corrispondente alla verità biologica, in quanto componente essenziale del diritto all'identità personale, in ogni momento della vita di una persona e quindi anche in età adulta.

Deve, tuttavia, osservarsi che, ad avviso di questo Collegio, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete, al cospetto del diritto al riconoscimento dello *status* di filiazione, quello della madre a mantenere l'anonimato al momento del parto si ponga comunque in posizione preminente. Quest'ultimo diritto, infatti, come sopra già evidenziato, è finalizzato a tutelare i beni supremi della salute e della vita, oltre che del nascituro, della madre, la quale potrebbe essere indotta a scelte di natura diversa, fonte di possibile forte rischio per entrambi, ove, nel momento di estrema fragilità che caratterizza il parto, la donna che opta per l'anonimato avesse solo il dubbio di poter essere esposta, in seguito, ad un'azione di accertamento giudiziale della maternità.

Dunque, in tale prospettiva e per garantire ampia tutela alla donna che compie tale difficile scelta, il diritto all'anonimato non può essere in alcun modo sacrificato o compresso per tutta la durata della vita della madre.

Tale regola può essere, al limite, derogata (consentendo quindi l'esercizio dell'accertamento giudiziale della maternità) solo ove fosse stata proprio la madre - come, peraltro, è accaduto nel caso che forma oggetto del presente procedimento - con la propria inequivocabile condotta, ad aver manifestato la volontà di revocare nei fatti la scelta, a suo tempo presa, di rinuncia alla genitorialità giuridica, accogliendo nella propria casa il bambino come un figlio. Tuttavia, al di fuori del caso limite sopra enunciato, la tutela del diritto all'anonimato della madre, per tutta la durata della vita della stessa, deve essere, come detto, massima.

A diverse conclusioni si deve, invece, addivenire con riferimento al periodo successivo alla morte della madre, in relazione al quale il diritto all'anonimato in oggetto è suscettibile di essere compresso, o indebolito, in considerazione della necessità di fornire piena tutela - a questo punto - al diritto all'accertamento dello *status* di filiazione. È pur vero che questa Corte, con la sentenza n. 22838/2016, ha espressamente affermato che ogni profilo di tutela dell'anonimato non si esaurisce con la morte della madre, non dovendosi escludere 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 (e proprio in relazione a tale esigenza è stato statuito che il trattamento

delle informazioni relative alle origini del figlio deve essere circondato da analoghe cautele e in modo corretto e lecito, senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati, come discendenti e/o familiari).

Tuttavia, non vi è dubbio che, in relazione a quanto sopra illustrato con riferimento all'ampiezza del diritto all'accertamento dello *status* di figlio naturale, nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all'interprete per il periodo successivo alla morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti degli eredi e discendenti della donna che ha optato per l'anonimato non può che essere recessiva rispetto a quella del figlio che rivendica il proprio *status*.

In conclusione, venendo meno per effetto della morte della madre, l'esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell'anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione (come affermato da Cass. n. 15024/2016 e Cass. n. 22838/2016), ma anche per la proposizione dell'azione volta all'accertamento dello *status* di figlio naturale, ex art. 269 c.c.

Tale soluzione si impone anche per una lettura costituzionalmente orientata della norma sopra citata - alla luce degli artt. 2 e 30 Cost., ma anche art. 24 Cost. - oltre che internazionalmente orientata (art. 117 Cost.). In proposito, l'art. 8 CEDU, nella lettura datane dalla Corte EDU (Corte EDU 22/09/2012, Godelli c. Italia, Corte EDU 13/02/2003, Odievre c. Francia), tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie dei poteri pubblici, non contentandosi di ordinare allo Stato di astenersi da simili ingerenze, ma aggiungendovi obblighi positivi inerenti ad un rispetto effettivo della vita privata; tra questi non può non rientrare il diritto a proporre le azioni che lo stesso ordinamento nazionale offre per il riconoscimento dello *status* di figlio naturale di una persona.

Ne consegue che, nel caso di specie, l'azione di accertamento giudiziale della maternità proposta da M.A. dopo il decesso della madre è pienamente ammissibile per due ordini di ragioni:

- è stata proposta dopo che il diritto della madre premorta a mantenere l'anonimato si era, per le ragioni sopra illustrate, indebolito;

- in ogni caso, è stata proposta per ottenere l'accertamento della maternità nei confronti di una donna che aveva dimostrato nei fatti - come sarà evidenziato nell'ulteriore corso della trattazione - di aver superato essa stessa l'originaria scelta dell'anonimato, trattando l'odierno controcorrente come uno dei suoi figli.

3. Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 269 c.c., comma 3, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Lamenta la ricorrente che le circostanze di fatto in base alle quali la Corte d'Appello ha accertato il rapporto di filiazione per cui è proceduto sono del tutto diverse rispetto a quelle normativamente richieste, che presuppongono l'accertamento della identità di colui che si

pretende essere il figlio e di colui che fu partorito dalla donna che si assume essere madre.

In particolare, i giudici di merito non hanno accertato lo stato di gravidanza di colei che si sostiene essere madre nei mesi che precedettero la nascita del sig. M., né che V.C. abbia partorito un figlio nel gennaio 1934.

In mancanza di tali imprescindibili accertamenti, la prova specifica della maternità non è stata conseguita dal richiedente, avendo la Corte d'Appello fondato la decisione su semplici indizi e non su una prova.

4. Il motivo è inammissibile.

Va osservato che è costante orientamento di questa Corte che, in tema di mezzi utilizzabili per provare la paternità naturale - analogo ragionamento vale per la maternità naturale - l'art. 269 c.c., ammette anche il ricorso ad elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso e sulla base del canone dell'*"id quod plerumque accidit"*, risultino idonei, per attendibilità e conclusione, a fornire la dimostrazione completa e rigorosa della paternità, sicché risultano utilizzabili, raccordando tra loro le relative circostanze indiziarie, sia l'accertato comportamento del preteso genitore che abbia trattato come figlio la persona a cui favore si chiede la dichiarazione di paternità (cd. *"tractatus"*), sia la manifestazione esterna di tale rapporto nelle relazioni sociali (cd. *"fama"*), sia, infine, le risultanze di una consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti (nella specie, madre e fratello) del preteso genitore. (Cass. n. 1279/2014).

Inoltre, il principio della libertà di prova, sancito dal citato art. 269 c.c., comma 2 - e riferibile anche alla maternità naturale - non tollera surrettizie limitazioni, né mediante la fissazione di una sorta di gerarchia assiologica tra i mezzi di prova idonei a dimostrare la paternità o la maternità naturale, né, conseguentemente, mediante l'imposizione al giudice di merito di una sorta di "ordine cronologico" nella loro ammissione ed assunzione, a seconda del "tipo" di prova dedotta, avendo, per converso, tutti i mezzi di prova in materia pari valore per espressa disposizione di legge (Cass. n. 6694/2006; Cass. n. 14976/2007; Cass. n. 12971/2012; Cass. n. 3479/2016).

I giudici di merito hanno fatto buon uso di tali principi, accertando il rapporto di filiazione del sig. M. con la sig.ra V. all'esito della valutazione di un complesso di circostanze, quali la consulenza immunogenetica, che ha concluso per un sicuro rapporto di parentela biologica tra i due, nonché le deposizioni di testi non legati da vincoli di parentela e/o affinità (ad eccezione di uno) con il richiedente, da cui sono emersi sia il *"tractatus"*, ovvero che sin dalla tenera infanzia il M. era stato trattato dalla V. come uno dei suoi figli (che lo aveva accolto nella propria casa), sia la *"fama"*, essendo opinione comune in paese che il M. fosse figlio della V., tanto è vero che alla morte di Vi.Ci., figlio di V.C., fu chiamato dai Carabinieri lo stesso M. per il riconoscimento del cadavere, essendo ritenuto dalla comunità "fratello" del defunto.

Non vi è dubbio che le censure della ricorrente - che vuole circoscrivere le circostanze di fatto in base alle quali valutare il rapporto di filiazione a quelle strettamente inerenti alla fase dello stato di gravidanza ed alla nascita

- si pongano in netto contrasto con l'art. 269 c.c., comma 2, che consente di provare la maternità con ogni mezzo, oltre ad essere inammissibili, in quanto di merito, essendo finalizzate a sollecitare una rivalutazione del materiale probatorio esaminato dai giudici di merito e ad accreditare una diversa ricostruzione della vicenda processuale.

Il rigetto del ricorso non comporta la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali, sussistendo, in ragione della novità delle questioni trattate, giusti motivi per una compensazione integrale delle spese di lite.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Compensa tra le parti le spese di lite.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello, ove dovuto, per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 *bis*.

“Si dà atto che il presente provvedimento è sottoscritto dal solo presidente del collegio per impedimento dell'estensore, ai sensi del D.P.C.M. 8 marzo 2020, art. 1, comma 1, lett. a)”.

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

*Omissis*

## Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno

di Angela Mendola (\*)

Per la Cassazione, il figlio non riconosciuto può esperire l'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità nei confronti degli eredi della genitrice che abbia esercitato il diritto al c.d. parto anonimo e poi implicitamente revocato la rinuncia alla genitorialità giuridica.

### La fattispecie all'esame della Cassazione

La Corte d'Appello di Lecce ha confermato la sentenza con cui il giudice di primo grado aveva giudizialmente dichiarato, in favore del soggetto richiedente, la maternità biologica di una donna deceduta. Costei, infatti, pur avendo esercitato il diritto al c.d. parto anonimo, si era sempre comportata come genitrice, sia nei rapporti familiari, che nelle relazioni sociali.

A proporre, successivamente, ricorso in Cassazione è stata una figlia della donna, argomentando dal fatto che nel bilanciamento dei contrapposti interessi - del presunto fratello biologico di accedere alle informazioni sulle proprie origini e della madre all'anonimato - debba attribuirsi prevalenza al secondo ove la scelta iniziale di mantenere segreta la propria identità non sia stata revocata.

La Corte di legittimità rigetta il ricorso sull'assunto che, per effetto della morte della madre, verrebbe meno l'esigenza - sussistente invece al momento del parto - di tutela della vita e della salute della donna e del nascituro. Ma a rilevare è, soprattutto, il fatto che

la donna, attraverso la propria “inequivocabile condotta”, abbia implicitamente revocato la rinuncia alla genitorialità giuridica manifestata al momento della scelta del parto “in anonimo”. Sicché, per la Cassazione, più non vi sarebbero elementi ostativi per la proposizione dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità da parte del figlio costituitosi in giudizio con controricorso.

### Il bilanciamento tra il diritto all'anonimato materno e la verità biologica della procreazione

Il diritto di partorire in segreto, all'epoca della nascita del controricorrente, veniva riconosciuto dall'art. 9, R.D.Lgs. n. 798/1927 (1), per il quale in caso di pubblica assistenza per un figlio illegittimo, l'istituto ricoverante avrebbe dovuto compiere indagini per accertarne la maternità senza, tuttavia, poterne rivelare l'esito. Partorire in anonimo significava, a quel tempo, proteggere la gestante dallo scandalo e dall'onta di un concepimento e, quindi, di una sessualità

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Convertito dalla L. 6 dicembre 1928, n. 2838 e dalla L. 10 dicembre 1925, n. 2277, recante “Norme sull'assistenza degli

illegittimi, abbandonati o esposti all'abbandono”, e pubblicato in *G.U.*, 10 giugno 1927, n. 126.

fuori dal matrimonio o in violazione del legame coniugale, cui poteva accompagnarsi una situazione di indigenza o di isolamento, nel periodo della gravidanza e/o durante il parto.

Alla richiamata normativa si aggiungono le disposizioni emanate successivamente - delle quali la ricorrente pure lamenta la violazione e la falsa applicazione - deputate, parimenti, a tutelare il diritto all'anonimato materno (2). Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, il quale, nella formazione dell'atto di nascita,

salvaguarda la volontà della partoriente di rimanere segreta (3). Parimenti a dirsi per l'art. 93, comma 2, D.Lgs. n. 196/2003, che, in caso di c.d. parto anonimo, pone il limite di cento anni dalla formazione per l'accesso ai documenti contenenti l'identità della partoriente (es. cartella clinica, certificato di assistenza al parto). Si pensi, ancora, all'art. 28, comma 7, L. n. 184 del 1983, per il quale il figlio adottivo non può accedere alle informazioni relative all'identità della madre biologica che abbia dichiarato di non voler essere nominata (4).

(2) In dottrina, sul tema della tutela dell'anonimato materno, cfr. C. Granelli, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *Persona e Mercato*, 2017, 1, 48 ss.; A. Avitabile, *Il diritto all'anonimato in ambito familiare*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, *Diritto all'anonimato. Anonimato, nome e identità personale*, a cura di G. Finocchiaro, Padova, 2008, 143 ss.; A. Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino, 2008, *passim* e spec. 150; Id., *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in questa *Rivista*, 2004, 5, 510 ss.; E. Bolondi, *Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, 281 ss. V. anche Cass. n. 19824/2020 in epigrafe, in *Corr. giur.*, 2020, 12, 1474, con commento di Bugetti.

(3) Con preciso riguardo alla madre genetica, l'art. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, allorché fa salva la volontà della partoriente di non essere nominata nell'atto di nascita, ha solo ed esclusivamente lo scopo di tutelare l'interesse della donna alla riservatezza sulla propria identità diversamente da quanto accade, invece, in caso di donna coniugata, laddove svolge, al contrario, la funzione di evitare l'instaurazione del rapporto di filiazione matrimoniale, come osserva A. Musio, in A. Musio, F. Naddeo, *Delle registrazioni relative agli atti di nascita e agli atti di riconoscimento dei figli naturali (artt. 28-49)*, in P. Stanzone (a cura di), *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, Milano, 2001, 150. Cfr. M.N. Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2017, 5, 627, per la quale, in caso di donna nubile, la dichiarazione della madre di non voler essere nominata nell'atto di nascita non appare idonea ad influire sull'attribuzione della maternità essendo comunque impedito all'ufficiale di stato civile di formare un atto di nascita in cui la partoriente non coniugata sia indicata come madre in assenza dell'atto di riconoscimento da parte della stessa. La dichiarazione in questione, per l'A., incide piuttosto "sulla gestione delle informazioni in possesso della pubblica amministrazione relative all'identità della partoriente, essendo diretta ad evitare che in epoca successiva al parto e a seguito dell'abbandono del neonato i suoi dati anagrafici siano rivelati a terzi".

Va specificato, infatti, che malgrado la L. n. 219 del 2012 abbia unificato gli stati di filiazione, permane una differenza in punto di accertamento giudiziale della genitorialità. *Ex latere matris*, per i figli nati nel matrimonio, l'instaurazione del rapporto consegue automaticamente dalla menzione della madre nell'atto di nascita del figlio, salvo che costei dichiarerà di non voler essere nominata. Nella filiazione da donna non coniugata, invece, occorre l'atto volontario di riconoscimento o la dichiarazione giudiziale di maternità. (Cfr., al riguardo, M. Sesta, *Accertamento dello stato di figlio dopo il d.lgs. n. 154/2013*, in questa *Rivista*, 2014, 5, 454; M. Mantovani, *Questioni in tema di accertamento della maternità naturale e sistema dello stato civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 6, 323 ss.). Il legislatore italiano avrebbe potuto introdurre l'accertamento automatico, ma non obbligatorio, della maternità alla nascita, senza più alcuna distinzione. In difetto di ciò, la posizione dell'ordinamento giuridico nazionale fa specie

nell'ambito del panorama europeo, atteso che gran parte dei sistemi normativi si sono conformati all'art. 2 della Convenzione europea sullo stato giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio, secondo il quale "la filiazione materna di qualsiasi figlio nato fuori dal matrimonio risulta dal solo fatto della nascita". L'accertamento automatico della maternità, non attuato dal sistema giuridico italiano, tutelerebbe, evidentemente, la donna ed il nato, al quale verrebbe assicurata la certezza dello status nei confronti della madre fin dalla nascita, anche nelle ipotesi in cui il riconoscimento non sia possibile, consentendo di attuare concretamente la responsabilità del genitore nella procreazione. Sul punto, si rinvia alle osservazioni di U. Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2014, 5, 675 ss.; G. Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, *ivi*, 2013, 3, 534; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 2, 206. Sulla permanenza delle distinzioni tra figli in punto di accertamento giudiziale della maternità, sia consentito altresì il rinvio ad A. Mendola, *Le mobili frontiere della filiazione. Quaderni di Familia*, diretti da S. Patti, Pisa, 2020, 81 s.

(4) Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, in questa *Rivista*, 2014, 1, 15 ss., con nota di V. Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, capovolgendo le conclusioni cui era giunta Corte cost. 25 novembre 2005, n. 425, in questa *Rivista*, 2006, 2, 130 ss., con nota di F. Eramo, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del richiamato art. 28, comma 7, L. n. 184/1983, nella parte in cui non prevede attraverso un procedimento stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre biologica che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai fini di un'eventuale revoca di tale dichiarazione. Propulsione, quella così delineata dal Giudice delle Leggi, che ha trovato poi conferma sia nella proposta di modifica avanzata con il d.d.l. n. 1978 del 2015 (dal titolo "Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita", finalizzato, all'art. 1, lett. a, n. 1, e lett. b, a consentire tanto all'adottato quanto al figlio non riconosciuto, maggiorenni, l'interpello della madre che abbia manifestato la volontà di rimanere anonima e, in caso di revoca di tale decisione o di decesso della donna, la possibilità di chiedere al Tribunale per i minorenni l'accesso alle informazioni che riguardano la propria origine e l'identità dei genitori biologici) sia nell'intervento di Cass. Civ., SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946, in questa *Rivista*, 2017, 8-9, 748 ss., con nota di P. Di Marzio, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*; in *Corr. giur.*, 2017, 5, 624 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *Foro it.*, 2017, 1, 477 ss., con note di G. Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*; N. Lipari, *Giudice legislatore*; e G. Casaburi, *Adozione e affidamento, madre biologica, dichiarazione di non voler essere nominata*, per le quali "ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina

È, quindi, proprio la lettera delle norme riportate a rendere la partoriente arbitra indiscussa dello stato di filiazione del nato. Allorché, infatti, in costanza della nascita del figlio, la donna richiama che la sua identità rimanga segreta (5), si configura un'esigenza di coordinamento (6) tra l'interesse del nato alla conoscenza delle proprie origini biologiche (*ex artt. 2 Cost. e 8 CEDU*) (7) e quello alla vita e alla salute della donna e del nascituro (*ex art. 32 Cost.*), inevitabilmente prevalente in quanto posto a presidio anche dell'interesse pubblico alla protezione della maternità e dell'infanzia (cfr. art. 31, comma 2, Cost.). Nell'imminenza della nascita, il legislatore, preliminarmente misurando gli interessi contrapposti, accorda, dunque, preminenza all'anonimato materno, al fine di disincentivare comportamenti irrimediabili della donna ovvero di incoraggiare la maternità rispetto all'interruzione della gravidanza.

### Diritto alla conoscenza delle origini biologiche e azione di accertamento dello stato di figlio

Nella vicenda all'esame della Corte non si configura propriamente un problema di bilanciamento

tra il diritto all'anonimato materno e quello all'accesso alle origini biologiche. Ed infatti, *ex latere matris*, un'esigenza di definizione della propria storia genetica qui non si ravvisa poiché, "sin dalla tenera infanzia", il controricorrente è a conoscenza dell'identità della madre e dei suoi familiari, in quanto dalla donna cresciuto e trattato da sempre "come un figlio". A rilevare è, piuttosto, il diritto di accertare il proprio *status filiationis*, rilevante ai sensi degli artt. 2 Cost. e 8 CEDU, in considerazione del fatto che dall'incertezza su tale profilo deriverebbe un pregiudizio allo sviluppo adeguato (8) e alla formazione della personalità del soggetto (9).

Da quanto emerso dagli atti del processo, il diritto alla conoscenza delle origini si ravvisa, al più, nei confronti del padre biologico e si traduce, diversamente, nella necessità, non già di accertare, ma di affermare un rapporto di filiazione veridico fondato, oltre che su un contesto parentale riconoscibile, anche su informazioni relative alla propria storia genetica (10) - rilevante, parimenti, *ex artt. 2 Cost. e 8 CEDU*. Nell'ambito di applicazione di tale ultimo precetto rientra, infatti, per la Corte di Strasburgo, pure l'interesse vitale, protetto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad ottenere informazioni necessarie alla scoperta della

procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale, di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il più assoluto rispetto della dignità della donna".

(5) Sul rapporto tra stato di figlio e dichiarazione della madre di non voler essere nominata, cfr. A. Musio, *op. cit.*, 150; M.N. Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., 627; F. Coscia, *Status di filiazione e diritto della madre a non essere nominata ex art. 30 Regolamento dello stato civile 2000/396*, in *St. civ. it.*, 2006, 1, 341 s.

(6) E. de Belvis, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in questa *Rivista*, 2017, 10, 936, al riguardo, afferma che "rispetto agli interessi così individuati, più che di semplice bilanciamento, concetto che evoca la stabilità del punto di equilibrio, che è sempre uguale a sé stesso una volta che sui due piatti della bilancia si sono posti gli oggetti da misurare, si ha talora l'impressione che oggi si voglia parlare di meccanismo di coordinamento".

(7) Molti sono i riferimenti normativi inerenti al diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche. Si pensi all'art. 7 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, adottata il 20 novembre 1989, che contempla il diritto del minore, "nella misura del possibile", a conoscere i propri genitori; all'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, sulla protezione dei minori e di cooperazione in materia di adozione internazionale, che stabilisce che le autorità degli Stati nazionali provvedono a garantire l'accesso al bambino e al suo rappresentante alle informazioni inerenti all'identità della madre e del padre; alla Raccomandazione

n. 1443 del 26 gennaio 2000, adottata dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, che invita gli Stati ad assicurare il diritto del bambino adottato di conoscere le proprie origini e ad eliminare nelle loro legislazioni nazionali ogni disposizione contraria; o, ancora all'art. 22, comma 5, della Convenzione europea in materia di adozione dei minori del 7 maggio 2008, che sancisce il "diritto di una persona di conoscere la sua identità e le sue origini".

(8) Definisce il diritto a conoscere le proprie origini come diritto fondamentale allo sviluppo della propria identità e ad una esistenza sana e libera S. Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1, 427 ss.

(9) Cass. Civ. 9 novembre 2016, n. 22838, in questa *Rivista*, 2017, 1, 19 ss., con nota di E. Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 3, 319 ss., con nota di M.G. Stanzione, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*. Cfr. Cass. Civ. 29 novembre 2016, n. 24292, in *Foro it.*, 2017, 1, 1, 163; Cass. Civ. 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Corr. giur.*, 2017, 4, 450 ss., con nota di V. Carbone, *Azione di disconoscimento di paternità: il favor veritatis prevale sul favor legitimatis*. Cfr. altresì Corte cost. 22 novembre 2013, n. 278, cit.

(10) Cfr. Cass. Civ. 21 luglio 2016, n. 15024, in *Corr. giur.*, 2017, 1, 29 ss., con nota di V. Carbone, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*; in questa *Rivista*, 2017, 1, 19 ss., con nota di E. Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, cit. Cfr., nello stesso senso, Cass. Civ. 7 febbraio 2018, n. 3004, ord., in *www.quotidianogiuridico.it*, 26 febbraio 2018, con nota di C. Nasseti, *Il diritto del figlio a conoscere l'identità della madre biologica anonima sussiste dal decesso di quest'ultima*.

verità concernente un aspetto importante della propria storia personale quale, ad esempio, quello attinente all'identità dei genitori (11).

V'è da considerare, inoltre, che all'epoca della nascita del controricorrente, non ancora emanata risultava la legge sull'adozione, sicché benché costui non fosse stato riconosciuto da alcuno dei due genitori e risultasse, pertanto, figlio di ignoti, non si è potuto formare in suo favore, ex art. 27, L. n. 184/1983, uno stato di filiazione sostitutivo, impeditivo, in quanto tale, dell'azione di accertamento della genitorialità mediante pronuncia giudiziale. Il figlio adottivo, a differenza di quello non riconosciuto, può, infatti, solo accedere alle informazioni sulle proprie origini biologiche e ciò al fine non già di creare un rapporto giuridico di filiazione, ma eventualmente solo una relazione di fatto con i genitori genetici (12).

### L'accertamento dello stato di figlio per il tramite della dichiarazione giudiziale della maternità

Nell'ipotesi in commento, la defunta madre ha, dunque, dimostrato, attraverso la propria "inequivocabile condotta", di "aver superato (...) l'originaria scelta dell'anonimato", avendo sempre trattato il controricorrente come figlio, sia nelle relazioni familiari (c.d. *tractatus*), che in quelle sociali (c.d. *fama*). Ragion per cui la Corte di Cassazione, ben lontana dall'orientamento formulato qualche anno addietro dal Tribunale di Milano (13), mediante una lettura costituzionalmente e internazionalmente orientata dell'art. 269 c.c. (artt. 2, 3, 24, 117 Cost.; 8 CEDU),

ammette l'esperibilità, da parte del richiedente, dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità nei confronti degli eredi della genitrice defunta. Azione questa che si giustifica, soprattutto, in considerazione di un'interpretazione sistematica di norme. Evidente è anzitutto il contrasto tra il riconoscimento assoluto e perpetuo dell'anonimato materno, il *favor veritatis* ed una "insopprimibile" responsabilità genitoriale conseguente alla procreazione, ossia il dovere inderogabile della partoriente di "mantenere ed educare il figlio anche se nato fuori del matrimonio", di cui all'art. 30, comma 1, Cost. (14). V'è peraltro da considerare che tale articolo, all'ultimo comma, in virtù dei beni costituzionali tutelati, pone una riserva di legge circa le norme e i limiti per la ricerca della genitorialità (15): offre, in altre parole, "copertura costituzionale" a disposizioni normative che subordinano la proposizione dell'azione di accertamento della maternità a determinati presupposti o condizioni. Il rinvio è, chiaramente, agli artt. 269 c.c., in tema di instaurazione del rapporto di filiazione per mezzo di una pronuncia giudiziale; e 276 c.c., quanto alla legittimazione attiva e passiva per l'esercizio della relativa azione.

La riserva di legge costituzionalmente prevista impedisce, pertanto, di disapplicare le predette disposizioni codicistiche e, di conseguenza, di limitare la possibilità per il figlio di accertare giudizialmente la maternità biologica sulla base di fonti di rango secondario, quali risultano essere, ad esempio, i menzionati artt. 30, comma 1, d.P.R. n. 396/2000, e 93, comma 2, D.Lgs. n. 196 del 2003, di cui, proprio nell'ottica di

(11) Corte eur. dir. uomo, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int). Per un commento, cfr. G. Currò, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: verso nuove forme di contemperamento*, in questa *Rivista*, 2013, 6, 537 ss.; V. Carbone, *Corte EDU: conflitto tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 940 ss. In prospettiva comparatistica, cfr. M.G. Stanzione, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim*.

Diversamente, per Corte eur. dir. uomo, *Odièvre v. France*, 13 febbraio 2003, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int) non violava il diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione la normativa francese che, sul presupposto della nascita anonima, non consentiva al nato di ottenere informazioni relative alla madre biologica, senza il consenso di costei vivente, al fine di accertare la propria identità personale. Per un commento a tale pronuncia si rinvia ad A. Renda, *La sentenza Odièvre c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*, in *Famiglia*, 2004, 6, 1121 ss.; J. Long, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 2, 283 ss.

(12) Come osserva J. Long, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie*

*origini: il caso Odièvre c. Francia*, cit., 298. Sul tema, in generale, cfr. T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, 333 ss.

(13) Trib. Milano 14 ottobre 2015, in questa *Rivista*, 2016, 5, 481 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato*, laddove il giudicante aveva, invece, ritenuto che non fosse ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che al momento del parto avesse dichiarato di non voler essere nominata, poiché altrimenti sarebbe stata frustrata la *ratio* dell'intera disciplina, ravvisabile non solo nell'esigenza di salvaguardare la famiglia legittima e l'onore della madre, ma anche di impedire che onde evitare nascite indesiderate, si faccia ricorso ad alterazioni di stato o a soluzioni ben più gravi quali aborti o infanticidi.

(14) In questi termini, G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2019, 10, 19.

(15) Tecnicamente la norma dispone una riserva di legge in ordine alla determinazione dei limiti della ricerca della paternità. Condivisibile risulta la lettura di M.N. Bugetti, *Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato*, cit., 490, che interpreta la norma quale "riserva di legge rispetto alla ricerca della genitorialità".

mitigarne l'assolutezza dei contenuti, il d.d.l. n. 1978 del 2015 propone una modifica (16).

È, quindi, in forza di tali argomentazioni, che, nel caso in disamina, trova applicazione l'art. 269 c.c. laddove, al comma 1, prevede che la maternità possa essere giudizialmente dichiarata nei casi in cui il riconoscimento è ammesso. La disposizione è, evidentemente, da leggere in combinato disposto con l'art. 253 c.c., per il quale in nessun caso è ammesso un riconoscimento in contrasto con lo stato di figlio in cui una persona si trova; ponendosi, così, un principio di prevalenza del primo stato acquisito, che dovrebbe, allora, venire rimosso prima che possa accertarsene uno diverso (17). Ebbene, nella vicenda all'attenzione della Corte, non avendo la madre biologica proceduto a riconoscere colui che assume di essere il figlio, non si è formato uno *status filiationis* che possa impedire tecnicamente l'accertamento della genitorialità nei confronti degli eredi della stessa - legittimati passivi, ex art. 276 c.c. (18).

In base alla ricostruzione svolta, non può neppure accogliersi il secondo motivo di ricorso, con il quale sono state dedotte la violazione e la falsa applicazione dell'art. 269 c.c., comma 3, per non avere la Corte di merito accertato non solo lo stato di gravidanza della donna, ma neppure l'identità del controricorrente,

che pretende di essere il figlio, e di colui che si ritiene sia stato partorito dalla donna, che si assume essere madre.

La mancata accettazione di tale doglianza si giustifica sull'assunto che lo *status* di figlio integri un diritto inviolabile della persona umana, estremamente connesso alla procreazione, e che lo svolgimento del rapporto di filiazione costituisca una situazione giuridica soggettiva di rango primario (19), destinataria, in quanto tale, di una piena tutela, che si inverte non solo nell'imprescrittibilità, riguardo al figlio, dell'esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità (art. 270, comma 1, c.c.) (20), ma, ancor di più, nella possibilità di provare "con ogni mezzo" la genitorialità della madre "anonima" una volta che questa non sia più in vita (art. 269, comma 2, c.c.) (21). Sicché, a titolo di indizi "gravi, precisi e concordanti" della sussistenza di un rapporto di filiazione tra il controricorrente e la donna defunta, si possono considerare pure le testimonianze raccolte, le risultanze di una consulenza immuno-ematologica eseguita su campioni biologici di stretti parenti della pretesa genitrice (22), nonché la presenza di un verbale di testamento olografo, di cui risulta, evidentemente, beneficiario il controricorrente.

(16) Sempre con l'obiettivo di limitare le conseguenze dell'esercizio del diritto della donna di partorire in animato, previsto all'art. 30, d.P.R. n. 396/2000, l'art. 3 del menzionato d.d.l. n. 1978 del 2015, propone di aggiungere ad esso un ulteriore comma in base al quale la madre deve essere informata degli effetti giuridici della dichiarazione di non voler essere nominata; della facoltà di revocare, senza limiti di tempo, o di confermare, decorsi diciotto anni dalla nascita del figlio, la detta dichiarazione, e, parimenti, il figlio, deve venire a conoscenza del fatto che, raggiunta l'età prevista dalla legge, possa presentare istanza al tribunale per i minorenni affinché questo verifichi se la madre intende mantenere l'anonimato.

L'art. 2 del medesimo d.d.l. n. 1978 del 2015 propone altresì che il vincolo temporale dei cento anni per l'accesso ai documenti contenenti l'identità della partoriente, enunciato dall'art. 93, comma 2, D.Lgs. n. 196/2003, venga meno, non solo in caso di revoca dell'anonimato, ma anche di decesso della madre.

(17) Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in questa *Rivista*, 2003, 2, 119 ss., con nota di M. Dogliotti, *La Corte costituzionale interviene a metà sulla filiazione incestuosa*.

(18) Riflette sul fatto che la legittimazione passiva per l'esercizio dell'azione giudiziale di maternità non si trasferisca ai discendenti ma agli eredi, G.F. Basini, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità*, in *Tratt. dir. fam.*, dir. da G. Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, 3622. In giurisprudenza, sulla posizione di litisconsorti necessari degli eredi del preteso genitore biologico, cfr. Cass. Civ. 5 gennaio 2005, n. 204, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. Civ. 3 aprile 1996, n. 3111, in questa *Rivista*, 1996, 4, 320 ss., con nota di E. Vullo, *Litisconsorzio necessario tra gli eredi del presunto genitore naturale ai sensi dell'art. 276 c.c.*

(19) Sul tema, sia consentito rinviare ad A. Mendola, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2019, 2, 905 ss.

(20) Sulla infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'imprescrittibilità, riguardo al figlio, dell'azione di accertamento giudiziale della genitorialità, cfr. Cass. Civ. 21 settembre 2001, n. 11934, in questa *Rivista*, 2002, 1, 81 ss., con nota di A. Batà, A. Spirito, *Dichiarazione giudiziale di paternità o maternità*; Cass. Civ. 18 gennaio 1997, n. 501, *ivi*, 1997, 3, 234 ss., con nota di G. Amadio, *Limiti costituzionali alla ricerca della paternità naturale e imprescrittibilità dell'azione*.

(21) Come, infatti, ben chiarito in altra occasione dalla medesima Corte e altresì ribadito nella pronuncia che si annota, in tema di mezzi utilizzabili per provare la maternità biologica, l'art. 269 c.c. ammette anche la prova indiretta ed indiziaria, quindi il ricorso ad elementi presuntivi che, valutati nel loro complesso e sulla base del canone dell'"*id quod plerumque accidit*", risultino idonei, per attendibilità e conclusione, a fornire la dimostrazione completa e rigorosa della genitorialità. (Cfr. Cass. Civ. 22 gennaio 2014, n. 1279, in *CED*, 2014; Cass. Civ. 1° febbraio 2016, n. 1859, con nota di A. Mendola, *Impugnazione di riconoscimento e prova della verità della filiazione*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1582 ss.).

(22) Le prove emato-genetiche sono prove in senso proprio, giacché l'attuale livello della ricerca e della esperienza scientifica consente di ritenerne decisivo il contributo nell'attribuzione della paternità e della maternità di un soggetto, conseguendo risultati dotati di un alto grado di probabilità prossimo alla certezza (Cfr., al riguardo, Corte cost. 6 luglio 2006, n. 266, in questa *Rivista*, 2006, 5, 461 ss., con nota di E. Bolondi, *L'azione di disconoscimento della paternità può essere accolta anche sulla base delle sole risultanze delle indagini genetiche o ematologiche*).

## Il bilanciamento tra il diritto dell'“interessato” di accesso agli atti e quello dei “controinteressati” alla riservatezza dei dati

A voler, tuttavia, fornire la prova della maternità biologica, così come richiesta al comma 3 del menzionato art. 269 c.c., potrebbe invocarsi il diritto all'esibizione del certificato di assistenza al parto e della cartella clinica, in quanto atti contenenti le informazioni sulla nascita e sull'identità della donna che ha chiesto di rimanere “anonima” al momento del parto. Siffatti documenti costituiscono, senza dubbio, fonte di prova dei fatti adottati a fondamento dell'accertamento richiesto (art. 2697 c.c.). In particolare, essi consentono di dimostrare che la donna che il controricorrente assume essere la propria madre abbia effettivamente partorito e che il parto sia avvenuto proprio contestualmente alla nascita del richiedente la dichiarazione giudiziale di maternità. Al riguardo, l'art. 2-terdecies, D.Lgs. n. 196/2003 (23) (come introdotto dal D.Lgs. n. 101/2018), al comma 1 (24), ammette l'accesso ai dati relativi a persone decedute da parte di chi abbia un interesse proprio (25), quale risulta essere, ad esempio, quello all'accertamento di un diritto in sede giudiziaria (cfr. art. 9, par. 2, lett. f, Reg. UE 2016/679 (26)). Ciò posto, il diritto del figlio all'esibizione degli atti amministrativi, quale diritto soggettivo pubblico (artt. 24, 97 Cost.) incide, inevitabilmente, su quello alla riservatezza (art. 2 Cost.) dei dati contenuti nella documentazione richiesta, di cui sono titolari i familiari della genitrice defunta, quali successori *mortis*

*causa* dei diritti originariamente posti in capo a quest'ultima. Gli eredi della donna, in altre parole, assumono i poteri di tutela della situazione giuridica dell'interessata a fronte di richieste invasive della sfera giuridica sensibile della stessa.

Le evidenziate situazioni in conflitto devono essere, pertanto, necessariamente bilanciate, dovendo il diritto alla riservatezza dei “controinteressati” eredi della donna defunta (art. 22, comma 1, lett. c, L. n. 241/1990) (27) soccombere rispetto a chi abbia la titolarità di una situazione qualificata giuridicamente rilevante e pienamente tutelabile, la cui fondatezza, peraltro, non deve essere valutata ai fini dell'accesso (cfr. art. 22, comma 1, lett. b, L. n. 241/1990). Ed infatti, l'intento del figlio di esperire l'azione giudiziaria di dichiarazione della maternità legittima già, di per sé, l'esercizio del diritto di accesso che, quindi, risulta funzionale e proporzionato rispetto all'interesse che si vuole far valere, indipendentemente da ogni giudizio sull'ammissibilità o fondatezza della domanda giudiziale eventualmente proponibile sulla base dei documenti acquisiti (28).

Il diniego della P.A. all'ostensione degli atti contenenti i dati della partoriente cagionerebbe, allora, un pregiudizio al “bene della vita” sotteso all'interesse di cui è titolare il figlio biologico. Interesse diretto, qualificato, concreto ed attuale, quello cui si fa cenno, proteso ad ottenere le informazioni utili al fine di tutelare giudizialmente il proprio diritto fondamentale di accertare lo stato di figlio. D'altronde, se si ammette che nel caso dell'adottato che chieda legittimamente l'accesso alle origini biologiche, il

(23) C.d. Nuovo Codice della *privacy*, come introdotto dal D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101, rubricato “Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)”. In materia, cfr. V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, *passim*; G. Finocchiaro (diretto da), *La protezione dei dati personali in Italia*, Bologna, 2019, *passim*.

(24) Il quale ha sostituito l'art. 9, comma 3, D.Lgs. n. 196/2003. Sul tema, cfr. G. Resta, *La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali*, in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 1361; S. Pardini, *Commento sub art. 9, comma 3, in La protezione dei dati personali. Commentario al D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, a cura di C.M. Bianca, F.D. Busnelli, Padova, 2007, 227 ss.

(25) Cfr. Cons. Stato 12 giugno 2012, n. 3459, in *Foro amm.*, 2012, 1545 ss.

(26) Laddove, nel rispetto delle misure di garanzia previste dall'art. 2-septies, D.Lgs. n. 196/2003 (come introdotto dal D.Lgs. n. 101/2018), ammette il trattamento dei dati delle persone fisiche qualora necessario per accertare un diritto in sede giudiziaria. Va precisato che il Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali, al Considerando 27, esclude l'applicazione della

normativa ai dati delle persone decedute. Tuttavia, il medesimo Considerando contiene altresì una clausola di salvaguardia con la quale si concede ai singoli Stati membri dell'Unione la facoltà di prevedere norme a tutela del trattamento dei dati delle persone decedute. L'Italia si è avvalsa di tale facoltà attraverso il decreto di armonizzazione del Codice della *privacy*, vale a dire con il D.Lgs. n. 101/2018, per il quale al trattamento dei dati delle persone decedute continuano ad applicarsi le tutele previste dalla disciplina sulla protezione dei dati personali.

(27) Ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. c), L. n. 241/1990 (come sostituito con la L. n. 15/2005) per “controinteressati” in materia di accesso devono intendersi “tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza”. Cfr. Cons. Stato 26 agosto 2014, n. 4308, in *Urb. e app.*, 2014, 12, 1368, per cui “in materia di accesso agli atti della P.A., ai fini della qualifica di un soggetto come controinteressato non basta che taluno venga chiamato in qualche modo in causa dal documento richiesto, ma occorre in capo a tale soggetto un *quid pluris*, vale a dire la titolarità di un diritto alla riservatezza sui dati racchiusi nello stesso documento, atteso che in materia di accesso la veste di controinteressato è una proiezione del valore della riservatezza, e non già della mera oggettiva riferibilità di un dato alla sfera di un certo soggetto”.

(28) Cfr. Cons. Stato 12 giugno 2012, n. 3459, cit.

diritto all'esibizione dei detti documenti prevalga nel bilanciamento col contrapposto diritto alla riservatezza dei dati in essi contenuti, per giungere a diversa soluzione con riferimento all'ipotesi di azione di dichiarazione giudiziale di maternità da parte del figlio non riconosciuto occorrerebbe poter ravvisare apprezzabili differenze *in parte qua* tra le rispettive situazioni.

Vieppiù che la richiesta di accesso ai dati della madre deceduta risulta legittima, secondo quanto deciso dal Consiglio di Stato, anche perché proveniente da chi sia beneficiario di testamento olografo redatto dal defunto (29). Nel caso in disamina, infatti, è proprio il verbale di testamento scritto di pugno dalla donna a costituire uno degli indizi "gravi, precisi e concordanti" nell'unico senso della ricorrenza di un rapporto di filiazione tra la testatrice ed il controricorrente. Ne viene che la documentazione cui chiede di accedere quest'ultimo costituisce nient'altro che un mezzo utile astrattamente idoneo alla difesa del proprio interesse giuridicamente rilevante ad accertare lo stato di figlio (cfr. art. 24, comma 7, L. n. 291/1990) (30).

Né ad ostacolare l'esercizio del detto diritto di accesso può essere il limite temporale di cento anni che dovrebbe decorrere dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica contenenti l'identità della partoriente, previsto dall'art. 93, comma 2, D.Lgs. n. 196 del 2003, in quanto ritenuto dalla Cassazione non operativo oltre la vita della donna, proprio come già previsto dalle Sezioni Unite (31), nonché dall'art. 2, d.d.l. n. 1978/2015, al chiaro fine di evitare una cristallizzazione *post mortem* della decisione di anonimato del parto.

### L'affievolimento del diritto all'anonimato materno

Sebbene, quindi, non sia dato discutere la sussistenza di diritti fondamentali siccome legati alla sfera essenziale e personale dell'individuo, neppure possono essi ritenersi "inaffievolibili" in assoluto e in perpetuo, non potendosi esimere da qualsivoglia meccanismo di bilanciamento e conseguente compressione in considerazione della concorrente tutela di un altro diritto, benché ugualmente ritenuto fondamentale (32).

Utile può rivelarsi un parallelismo con l'esigenza di contemperamento sussistente tra il diritto del singolo "all'oblio" (33) (art. 2 Cost.) e quello dei consociati di essere informati (art. 21 Cost.). Nella specie, pur non potendosi negare l'interesse pubblico alla "cronaca" neppure si può ammettere una compressione senza limiti del diritto del soggetto alla riservatezza: lesione del diritto "soccumbente", quella cui si fa cenno, che può essere giustificata solo nella misura in cui si riveli strettamente funzionale al corretto esercizio del diritto "vittorioso" (34). Necessita, quindi, sempre una valutazione di proporzionalità tra la causa di giustificazione e la lesione del diritto antagonista, sicché, ad esempio, l'interesse individuale ad essere dimenticato prevale qualora non vi sia più un'apprezzabile utilità sociale di informare il pubblico (35). Ed è, soprattutto, il decorso del tempo a cambiare l'esito del bilanciamento: se, infatti, in un primo momento, l'attualità e la rilevanza della notizia fanno prevalere il diritto all'informazione, siffatto interesse viene poi, progressivamente, meno lasciando prevalere il diritto del soggetto ad essere dimenticato (36).

(29) Cons. Stato 12 giugno 2012, n. 3459, cit.

(30) Cfr. Cons. Stato 17 settembre 2010, n. 6953, in *Foro amm.* CDS, 2010, 9, 1870.

(31) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit.; Cass. Civ. 21 luglio 2016, n. 15024, cit.; Cass. Civ. 9 novembre 2016, n. 22838, cit. Cfr., in dottrina, S. Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass. sez. un., n. 1946 del 2017*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 3, 1041 ss., per cui la sentenza delle Sezioni Unite ha prodotto l'ulteriore effetto di sistema di rendere flessibile il rigore dello sbarramento temporale contenuto nell'art. 93, D.Lgs. n. 196/2003. *Contra*, in giurisprudenza, Trib. Min. Genova 13-23 maggio 2019, in *Ilfamillarista.it*, 28 novembre 2019, con nota di V. Montaruli, *Il parto anonimo in caso di morte della madre e l'estensione dell'accesso alle origini ai fratelli: quale bilanciamento?*, Trib. Min. Milano 7 settembre 2020, in questa *Rivista*, 2020, 12, 1139 ss., con nota di M.N. Bugetti, *Parto anonimo: la secretazione dell'identità della madre si protrae anche dopo la sua morte*, per cui l'art. 93, comma 2, D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, indica "una precisa finestra temporale nella quale la *privacy* della donna partoriente è protetta - attuando un contemperamento tra i diversi interessi coinvolti -, che non si

esaurisce nella vita della donna, ma volutamente si estende fino a coprire anche, idealmente, l'intera vita del nato".

(32) Cfr., al riguardo, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*.

(33) Da intendersi, per Cass. Civ. 5 aprile 2012, n. 5525, in *Foro it.*, 2013, 1, 305 come "diritto a che non vengano ulteriormente divulgate notizie che per il trascorrere del tempo risultino ormai dimenticate o ignote alla generalità dei consociati". Riconduce il diritto "all'oblio" al diritto alla riservatezza, Cass. Civ. 26 giugno 2013, n. 16111, in *Dir. inf.*, 2013, 6, 829 ss. In dottrina, tra gli altri, cfr. M. Cocuccio, *Il diritto all'oblio fra tutela della riservatezza e diritto all'informazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015, 2, 740 ss.

(34) M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2019, 190 s.

(35) Ovvero la notizia sia divenuta falsa poiché non aggiornata o, ancora, laddove l'esposizione dei fatti non sia commisurata all'esigenza di informazione ed abbia pregiudicato la dignità del soggetto interessato, come osserva Cass. Civ. 5 novembre 2018, n. 28084, in *Foro it.*, 2019, 1, 227 ss.

(36) Sul riconoscimento del diritto all'oblio, in contrapposizione al diritto di cronaca, e sulla sua possibile compressione a

In egual misura, si giustifica l'affievolimento del diritto all'anonimato della madre, dato che, in presenza di fatti sopravvenuti, quali la revoca implicita della rinuncia alla genitorialità giuridica e il successivo decesso della donna, più non si ravvisa l'esigenza pubblicistica di tutela della vita e della salute della partoriente e del nascituro (37), ma solo l'interesse degli eredi della genitrice a conservare la segretezza sull'identità (38), anche familiare (39). Poiché, infatti, il diritto alla riservatezza - in quanto diritto della personalità - si estingue con la morte della titolare, sono i congiunti superstiti a vedersi riconosciuti diritti e poteri che si connotano per essere una proiezione *post mortem* della situazione giuridica di cui godeva l'interessata (40), inevitabilmente recesivi rispetto al diritto fondamentale del figlio all'accertamento del proprio stato.

La lesione del diritto (alla riservatezza) "soccumbente", come anticipato, può, tuttavia, essere giustificata solo nella misura in cui si riveli strettamente funzionale al corretto esercizio del diritto (di

accertamento dello stato di figlio) "vittorioso". Ragion per cui - come specificato dalla medesima Corte con la pronuncia n. 22838/2016 - deve essere pregiudicata il meno possibile la *privacy* del nucleo familiare costituito dalla genitrice dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Ciò vale quanto dire che il trattamento delle informazioni (41) necessarie per accertare lo stato di figlio deve essere eseguito senza determinare un pregiudizio, anche non patrimoniale, all'immagine, alla reputazione e ad altri beni di primario rilievo costituzionale dei familiari della madre defunta (42). Ebbene, è evidente come un concreto problema di difetto di proporzionalità tra la causa di giustificazione e la lesione della riservatezza degli eredi della donna non si configuri, nel caso in commento, in quanto, sin dalla tenera infanzia, il controricorrente è stato trattato dalla madre come uno dei suoi figli, sia nei rapporti familiari che nelle relazioni sociali, e, quindi, è già opinione comune che vi fosse il rapporto di filiazione che si chiede di accertare (43).

determinati presupposti, cfr. Cass. Civ. 20 marzo 2018, n. 6919, ord., in *Resp. civ. prev.*, 2018, 4, 1185 ss., con nota di G. Citarella, *Cronaca, satira e diritti della personalità: il grimaldello del diritto all'oblio*. Cfr. M. Cirese, *Diritto all'oblio e diritto di cronaca: quali sono i criteri per il bilanciamento?*, in *Ilfamiliarista.it*, 29 giugno 2018, per cui comunque si declini, il diritto all'oblio "si sostanzia (...) nella pretesa di un individuo a tornare padrone della propria storia personale e di recuperarne il controllo anche dopo che la stessa è stata oggetto di divulgazione, ritrovando quindi il diritto alla propria autodeterminazione. (...) Ed infatti, proprio perché l'identità personale fotografa l'individuo nella sua unicità rappresentandone le caratteristiche, in una visione dinamica e come tale soggetta a mutamenti nel corso del tempo, così le vicende e gli accadimenti di un certo momento storico possono non essere più rispondenti all'identità attuale dell'individuo e alla sua proiezione sociale".

(37) Osserva G. Perlingieri, *op. cit.*, 18, come, nell'occasione, la Corte sottolinei l'impossibilità di cristallizzare il diritto all'anonimato, "valorizzando l'eventualità che un fatto sopravvenuto (la morte della madre o la revoca dell'anonimato), oppure un interesse o un valore, anche sopravvenuto, giustifichi una soluzione differente".

(38) Cfr. Cass. Civ. 22 giugno 1985, n. 3769, in *Foro it.*, 1985, 1, 2211 ss., per cui "il diritto all'identità personale è il diritto di ciascuno di essere rappresentato nella vita di relazione con la sua vera identità, quale essa nella realtà sociale è conosciuta o poteva essere conosciuta applicando i criteri della ordinaria diligenza e buona fede soggettiva; è, in altre parole, il diritto a non vedersi all'esterno travisato, offuscato, alterato, contestato il proprio patrimonio politico, culturale, ideologico, religioso, professionale, quale si era estrinsecato (ovvero appariva obiettivamente destinato a estrinsecarsi) nell'ambiente sociale". In materia, cfr.

anche Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 235 ss.; Corte cost. 22 aprile 1997, n. 112, in questa *Rivista*, 1997, 5, 411 ss., con nota di A. Figone, *Interesse del minore ed impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità*; Corte cost. 10 maggio 1999, n. 170, *ivi*, 1999, 4, 313 ss., con nota di Id., *Impotenza di procreare e azione di disconoscimento di paternità*.

(39) Cfr. Trib. Roma 12 maggio 2017, in *Ilfamiliarista.it*, 22 febbraio 2018, con nota di A. Figone, *Dichiarazione giudiziale di maternità: si alla CTU stragiudiziale che accerta il vincolo di discendenza*, per cui "pur rimanendo fermo il principio in base al quale, in mancanza di una diversa determinazione, deve essere rispettata la volontà della madre biologica di rimanere anonima, a seguito della morte di costei, la diversa determinazione in tal senso può essere posta in essere dai suoi eredi. Per l'effetto, venute meno le ragioni di tutela della scelta a suo tempo compiuta dalla donna, è ammissibile la dichiarazione giudiziale di maternità nonostante la volontà espressa al momento del parto di rimanere anonima".

(40) Cfr. Cons. Stato 9 giugno 2008, n. 2866, in *Ragiusan*, 2009, 301-302, 24.

(41) Ai sensi dell'art. 4, Reg. UE 2016/679, per "trattamento" si intende qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione.

(42) Cass. Civ. 9 novembre 2016, n. 22838, cit.

(43) Il che appare comprovato dal fatto che alla morte di un altro figlio della donna, ai fini del riconoscimento del cadavere, fu interpellato proprio il controricorrente, in quanto ritenuto dalla comunità "fratello" del defunto.

**Federico**  
Avvocato Civilista

# GESTISCE GRANDI RESPONSABILITÀ

## One LEGALE

presenta Esperta *Responsabilità Civile*

La nuova soluzione Wolters Kluwer che ti permette di affrontare in profondità una delle materie più complesse del diritto civile. Grazie a questo nuovo strumento, potrai analizzare tutte le tipologie di danno, avere risposte pratiche alle domande più ricorrenti ed essere tempestivamente aggiornato sull'evoluzione giurisprudenziale, normativa e sulla revisione delle tabelle per la liquidazione del danno.

Grazie a guide pratiche, quesiti, riviste, news, formule, codici commentati, check list, action plan potrai tutelare al meglio ogni tuo cliente.

**Da oggi accrescere le responsabilità è possibile.**

Scopri di più su [info.onelegale.it](http://info.onelegale.it)

# One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

## Ascolto del minore

Cassazione Civile, Sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410, ord. - Pres. Genovese - Rel. Terrusi - M.P. e D.W. c. D.A. e c. M.A., Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello de L'Aquila

**L'audizione dei minori è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie che li riguardano, e in particolare in quelle relative al loro affidamento.**

**Nei procedimenti ex art. 317-bis c.c., come in quelli volti alla limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale, il minore non è a tutti gli effetti litisconsorte necessario e la sua mancata partecipazione al giudizio mediante un difensore tecnico non integra pertanto un motivo di nullità del procedimento e della decisione, né può costituire in appello ragione per la rimessione della causa al primo giudice ex art. 354 c.p.c. .**

**La qualità di parte in senso sostanziale che compete al minore implica tuttavia che il suo mancato ascolto in assenza di una adeguata causa giustificatrice (idoneamente esplicitata con adeguata motivazione) si ripercuota ai fini del merito, integrando un vizio sostanziale della decisione da far valere mediante le impugnazioni.**

### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conformi</b>	Sulla prima massima Cass. 11 dicembre 2019, n. 32413, ord.; Cass. 20 novembre 2019, n. 30191, ord.; Cass. 4 novembre 2019, n. 28244, ord.; Cass. 3 ottobre 2019, n. 24790 ord.; Cass. 16 febbraio 2018, n. 3913. Sulla seconda massima Cass. 2 aprile 2019, n. 9100.
<b>Difformi</b>	Sulla seconda massima Cass. 13 marzo 2019, n. 7196; Cass. 6 marzo 2018, n. 5256.

#### Fatti di causa

M.P. e D.W., nonni paterni di M.G. chiesero al tribunale per i minorenni de L'Aquila di veder riconosciuto il loro diritto a poter incontrare la nipote, che era stata collocata presso la madre, D.D.A.P., nel contesto del giudizio di separazione dal di lei marito.

Il tribunale per i minorenni respinse l'istanza osservando che i ricorrenti non avevano mai attenuato l'atteggiamento di aspro conflitto e di aperta denigrazione nei confronti della nuora, e si erano rifiutati di intraprendere un percorso progressivo di riavvicinamento alla nipote attraverso incontri dapprima protetti e poi eventualmente liberi; cosicché i predetti nonni avevano mostrato di non essere in possesso di adeguate capacità di gestione autonoma dei contatti con la bimba.

I coniugi M. impugnarono il decreto, eccepandone la nullità per mancata previa audizione della minore medesima e per ultrapetizione, oltre che nel merito l'erroneità. Nel procedimento intervenne anche M.P., padre della minore, aderendo alle tesi dei reclamanti.

Nella resistenza della D.D. la corte d'appello de L'Aquila ha rigettato il reclamo. Ha ritenuto che la dedotta nullità per omessa audizione della minore fosse insussistente, essendosi trattato di soggetto di appena nove anni e non apparendo comunque l'audizione necessaria una volta appurato che il divieto di incontri s'era basato sulla mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni, e sull'atteggiamento dei medesimi, pregiudizievole per l'equilibrata crescita psicologica della bambina. Ha ritenuto inesistente il vizio di ultrapetizione, considerati gli ampi poteri officiosi del tribunale per i minorenni, anche oltre i limiti della domanda, in vista della salvaguardia degli interessi del minore. Ha

infine richiamato la c.t.u., eseguita nel giudizio di divorzio tra M. e D.D., per dire che questa era stata delimitata dalla necessità di stabilire le sole capacità educative dei genitori - mentre quanto ai nonni la ricostruzione della capacità educativa era stata impedita dall'atteggiamento non collaborativo tenuto dinanzi al tribunale per i minorenni, non avendo essi inteso sottoporsi a una nuova c. t.u.

Per la cassazione del decreto della corte d'appello i coniugi M. - D.P. hanno proposto ricorso affidato a tre motivi. D. D.A.P. ha replicato con controricorso. Le parti hanno depositato memorie.

#### Motivi della decisione

I. I ricorrenti denunziano: col primo motivo, la nullità del decreto per violazione dell'art. 336 c.c. e art. 102 c.p.c., in quanto non era stata assicurata la partecipazione della minore al giudizio rappresentata da un difensore, e in quanto comunque non si era provveduto alla di lei audizione a causa dell'età; col secondo motivo, la nullità del provvedimento per violazione del principio del *ne bis in idem*, essendo in contrasto con altra decisione della stessa corte d'appello in data 6-6-2017;

col terzo motivo, infine, la nullità del decreto per omesso esame di fatti decisivi in ordine al giudizio espresso a loro carico di asserita mancanza di adeguate capacità educative e affettive.

II. Lo scrutinio del primo motivo richiede una disamina articolata, poiché, in ordine alle conseguenze, intercetta il tema della posizione che nel procedimento deve essere attribuita al minore.

Tale primo motivo è fondato nei limiti che seguono.

III. Innanzi tutto è necessario ricordare che i principi desumibili dall'art. 8 CEDU, dall'art. 24, comma 2, della Carta di Nizza e dagli artt. 2 e 30 Cost., hanno portato questa Corte ad affermare che esiste nell'ordinamento un vero e proprio diritto degli ascendenti, azionabile anche in giudizio, di instaurare e mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, secondo l'art. 317-bis c.c.; a esso (diritto) corrisponde uno speculare diritto del minore di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, ai sensi dell'art. 315-bis c.c.

Per tale ragione i provvedimenti che incidono sul diritto degli ascendenti a instaurare e a mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, ai sensi dell'art. 317-bis c.c., nel testo novellato dal D.Lgs. n. 154 del 2013, art. 42, hanno esattamente come quelli ablativi della responsabilità genitoriale emessi dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c. - attitudine al giudicato (seppure *rebus sic stantibus*), in quanto non sono revocabili o modificabili salva la sopravvenienza di fatti nuovi, e definiscono procedimenti che dirimono conflitti tra posizioni soggettive diverse, nei quali il minore è da considerare "parte".

Simile constatazione giustifica l'affermazione che il relativo decreto della corte di appello emesso in sede di reclamo, a conferma, revoca o modifica dei predetti provvedimenti, è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. (Cass. n. 23633-16, Cass. n. 19780-18, Cass. n. 20001-18 e infine Cass., Sez. Un., n. 32359-18).

IV. Secondo un certo orientamento, qui condiviso, la medesima constatazione implica che la posizione di "parte" del minore non possa essere pretermessa nel procedimento che lo riguarda; e questo risulta in certo qual modo confermato dall'inciso di cui all'art. 336 c.c., commi 2 e 4, secondo cui il minore non solo va sentito se ultradodicescenne, ovvero anche se infradodicescenne ove capace di discernimento, ma deve essere altresì assistito da un difensore.

Tuttavia sull'estensione di tale regola si registrano talune non secondarie divergenze tra un indirizzo mantenuto in posizione cauta (o se si vuole restrittiva) e un altro invece attestato su esegesi più ampia.

Il primo tende a sottolineare che il procedimento di cui all'art. 336 c.c. - che, per la quanto rileva, fa da modello di quelli relativi ai minori - non prevede, a differenza del procedimento disciplinato dalla L. n. 183 del 1984, art. 10, l'invito ai genitori o, in loro assenza, ai parenti a nominare un difensore, né l'informazione che, qualora non vi provvedano, si procederà alla nomina di un difensore d'ufficio. Difatti si è osservato che, nel modello procedimentale codicistico, la difesa tecnica è solo eventuale ed è rimessa alla libera scelta delle parti (v. da ultimo in particolare Cass. n. 9100-19).

Tale orientamento, benché senza affrontare *ex professo* il tema, appare logicamente incentrato sulla negazione del criterio che vede nel minore una "parte" (in senso proprio) del procedimento.

Viceversa il secondo indirizzo propende per un'esegesi quanto più possibile estesa dei principi sopra ricordati.

Si afferma da questa prospettiva che nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o

restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l'art. 336 c.c., comma 4, così come modificato dalla L. n. 149 del 2001, art. 37, comma 3, richiede la nomina di un curatore speciale (art. 78 c.p.c.), ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo (si direbbe, per definizione) un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori.

In base a tale assunto, il minore sarebbe cioè da considerare sempre come una vera "parte" del giudizio che lo riguarda, al punto che nell'ipotesi in cui non si sia provveduto alla nomina del curatore speciale, "il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio" (così esplicitamente Cass. n. 5256-18).

V. Questa seconda soluzione non appare convincente, perché è incentrata su una lettura estrema della sentenza n. 1 del 2002 della Corte costituzionale.

In effetti la Corte costituzionale, con la citata sentenza n. 1 del 2002, ha inteso l'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo - resa esecutiva nell'ordinamento italiano per effetto della L. n. 176 del 1991 - alla stregua di norma integrativa della disciplina codicistica, col fine di configurare, per il minore capace di discernimento, e come tale giustappunto "parte" del procedimento che lo concerne, la necessità del contraddittorio.

La modalità di gestione di questo contraddittorio è stata lasciata, però, volutamente libera, come emerge dalla formula infine impiegata allo scopo: "se del caso previa nomina di un curatore speciale". La formulazione ipotetica ("se del caso") sta a dire che il previo riferimento al "contraddittorio" non può essere enfatizzato come elemento di validità formale del giudizio, quasi che la relativa violazione importi di per sé le conseguenze tipiche dell'art. 354 c.p.c.

Dalla sentenza della Corte costituzionale - che ha ritenuto per tale ragione non fondata la questione di legittimità dell'art. 336 c.c., comma 2, sollevata, in riferimento all'art. 2 Cost., art. 31 Cost., comma 2, art. 3 Cost., commi 1 e 2, art. 111 Cost., commi 1 e 2, art. 24 Cost., comma 2, art. 30 Cost., comma 1, sull'erronea premessa interpretativa che nei procedimenti camerale concernenti la potestà dei genitori, non sia prevista l'audizione del minore ultradodicescenne e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore - si evince fondamentalmente questo: che l'art. 12 della Convenzione, per un verso, ha disposto, al comma 1, che il minore capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa e, per altro verso, ha presupposto, al comma 2, doversi dare al minore, al detto specifico fine, 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 maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

A tanto si lega la configurazione del minore come "parte" del procedimento, la quale configurazione implica la necessità di assicurarne il contraddittorio come elemento

di necessaria interlocuzione, “se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell’art. 78 c.p.c.” (Corte Cost. n. 1 del 2002 e anche Corte Cost. n. 528 del 2000, ord.).

VI. Ora la lettura razionale della citata decisione induce a valorizzare la necessità di ascolto del minore ai fini del merito, non già la valenza procedimentale dell’incombente.

Né del resto va dimenticato, da questo punto di vista, che la decisione (interpretativa) menzionata non ha avuto come oggetto direttamente la questione della centralità della nomina del curatore speciale del minore.

Per converso un’altra anteriore decisione della stessa Corte costituzionale (la sentenza n. 185 del 1986) ha specificamente considerato nell’oggetto un tale profilo, e in proposito ha in generale condivisibilmente rappresentato che la valutazione relativa al modo e al grado di effettiva tutela in giudizio di determinati interessi spetta al legislatore ordinario, il quale non è vincolato a prevedere la qualità di “parte” per i titolari degli stessi.

Su tale base la Corte costituzionale ha in quell’occasione escluso “che sia costituzionalmente illegittima l’omessa previsione della nomina di un curatore speciale per la rappresentanza in giudizio dei figli minori, nei procedimenti contenziosi relativi allo scioglimento (od alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio ed alla separazione dei coniugi”; omessa previsione spiegabile, d’altro canto, “per non essere stata ravvisata l’opportunità di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli minori con l’attribuire ai secondi la qualità di parte, né tantomeno di concedere agli stessi - in quanto non abilitati ad incidere sullo *status* di coniugi dei genitori - il potere (negato anche al Pubblico Ministero) di impugnare le sentenze concernenti i coniugi medesimi”; con ciò dovendosi ritenere “idonee e sufficienti alla tutela degli interessi dei predetti minori nei procedimenti suindicati, le misure già previste in loro favore (intervento obbligatorio in giudizio del Pubblico Ministero, amplissime facoltà istruttorie del giudice, potere del collegio di decidere, in ordine ai provvedimenti relativi alla prole, *ultra petitum*), rimanendo per le ipotesi di concreto conflitto tra genitori e figli minori, l’esperibilità dei normali strumenti (compresa la nomina di un curatore speciale, a sua volta prevista nei giudizi attinenti allo *status* dei minori) contemplati in via generale dagli artt. 320, 321, 330 e 333 c.c.” (così Corte Cost. n. 185-86).

VII. Anche nella fattispecie in esame codesta chiave di lettura va stimata come base dell’orientamento che pone in luce la peculiarità dell’attribuzione ai minori del concetto di “parte” del processo.

Tale concetto si concretizza e si esprime non nella necessità di una partecipazione formale (implicata dalla nozione di parte in senso proprio), ma nel diritto del minore di essere ascoltato ai fini del merito, in quanto parte sostanziale: soggetto portatore di interessi comunque diversi (quando non in certi casi anche contrapposti) da quelli dei genitori.

In altre parole l’audizione dei minori, già prevista nell’art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo,

è divenuta - come spesso si dice - un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, e in particolare in quelle relative al loro affidamento, ai sensi dell’art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003, e dell’art. 155-*sexies* c.c., introdotto dalla L. n. 54 del 2006, salvo che l’ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore (così Cass., Sez. Un., n. 22238-09). Ma codesto essenziale principio non legittima alcuna conclusione estrema di tipo procedimentale.

Come in certo qual modo evidenziato dalla motivazione della citata sentenza delle sezioni unite, i minori non possono considerarsi parti vere e proprie (formali) del procedimento finché la legittimazione processuale non sia loro attribuita da una specifica disposizione di legge. I minori sono in tal senso portatori di interessi diversi da (o in qualche caso contrapposti a) quelli dei genitori, sia in sede di affidamento sia in sede di disciplina dei diritti correlati, e per tale profilo sono qualificati parti. Lo sono però solo in senso sostanziale, secondo la locuzione fatta propria dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2002. La finalità del loro ascolto è funzionale alla miglior tutela dei relativi interessi (v. anche Cass. n. 12018-19, Cass. n. 6129-15), cosicché il mancato ascolto non determina alcuna nullità (procedimentale), né la regressione del procedimento che ne dovrebbe altrimenti conseguire secondo il disposto *ex art.* 354 c.p.c.; determina invece la possibilità di impugnare nel merito la decisione finale, in quanto adottata pretermettendo il dato essenziale della valutazione delle opinioni del minore.

VIII. In questo senso va affermato il principio di diritto che connota la controversia, alla cui stregua l’attuale motivo di ricorso è infondato nella parte in cui assume che il minore sia “a tutti gli effetti un litisconsorte necessario”, ed è altresì infondato nella parte in cui tende a sostenere che la decisione sia nulla sul piano formale in relazione alla “obbligatoria partecipazione del minore al giudizio (...) tutelata da un difensore”.

Per contro la doglianza è fondata a misura della denunciata esistenza di un vizio sostanziale della decisione d’appello. Infatti la posizione del minore, quale parte in senso sostanziale di ogni procedimento che lo riguarda, deve trovare il punto di tutela proprio nel diritto di essere ascoltato. Cosicché costituisce violazione (in tal limitato senso) del principio del contraddittorio e dei diritti del minore il mancato ascolto che non sia sorretto da un’espressa motivazione sull’assenza di discernimento (v. ancora Cass., Sez. Un., n. 22238-09, Cass. n. 13241-11), che sia tale da giustificare l’omissione.

La relativa audizione può - cioè - essere omessa, ma solo nel caso in cui, tenuto conto del grado di maturità del minore medesimo, sussistano particolari ragioni che la sconsigliano; ragioni da indicare in modo puntuale e specifico.

È invece da considerare che, nel caso concreto, la corte d’appello ha giustificato il mancato ascolto dicendo semplicemente che la minore “al momento della decisione aveva soli 9 anni” e che l’audizione non era necessaria per l’accertata mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni.

Ciò non soddisfa l'onere di motivazione, dal momento che la sottolineata età della minore non implica necessariamente l'incapacità di discernimento, ed egualmente il giudizio sulla capacità educativa e affettiva dei nonni - apodittico come tra un momento si dirà - non giustifica il rifiuto di ascolto della minore, quale soggetto portatore di interessi propri e diversi da quelli dei restanti soggetti coinvolti nel procedimento.

IX. Il secondo motivo è manifestamente infondato.

Non sussiste identità tra il presente giudizio e quello di divorzio tra i genitori della piccola M.G., deciso con la sentenza richiamata; cosicché non è dato ai ricorrenti invocare il principio del *ne bis in idem*.

X. Il terzo motivo è fondato.

Anche per quanto concerne la valutazione di idoneità dei nonni sul piano educativo e affettivo la decisione impugnata elude l'onere motivazionale.

Si evince che i ricorrenti avevano dedotto (col reclamo) che nel citato giudizio di divorzio era stata espletata una c.t.u. e che i fatti, posti invece a fondamento del decreto col quale era stata respinta la loro richiesta di incontrare la nipote, erano a essa c.t.u. anteriori. Tali fatti, sempre secondo la tesi dei reclamanti, erano stati finanche smentiti, tanto che la stessa corte d'appello, nella sede divorzile, aveva ritenuto che la minore ben avrebbe potuto incontrare i nonni.

La corte d'appello si è limitata ad affermare che la c.t.u. non aveva avuto a oggetto le capacità educative dei nonni, sebbene (e ovviamente) quelle dei genitori; cosicché essa come la successiva sentenza di divorzio - non poteva valere "a superare l'esigenza di esaminare quelle capacità, fine che il TM intendeva perseguire con la c.t.u. (...) alla quale i reclamanti non hanno inteso sottoporsi".

Ebbene, posto che il provvedimento del tribunale per i minorenni si era basato sulla ritenuta mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni, e che l'affermazione era stata censurata mediante riferimento a fatti non considerati, è di tutta evidenza che la motivazione della corte d'appello non consente di comprendere quale ne sia stata di contro - la ragione di condisione: sulla base cioè di quale concreto elemento sia stata condisa la valutazione del tribunale in relazione alle incapacità dei nonni, né in nome di quale elemento sia stata ritenuta la volontà dei medesimi di non sottoporsi a una nuova c.t.u., volta che invece essi avevano dedotto a fondamento del reclamo proprio l'inattualità del giudizio a fronte di quanto emerso dalla consulenza svolta in sede divorzile.

XI. - Conseguenze che il decreto va cassato in relazione ai motivi primo e terzo, e la causa va rinviata alla medesima corte d'appello de L'Aquila, la quale, in diversa composizione, si uniformerà ai principi esposti e provvederà anche sulle spese del giudizio svoltosi in questa sede di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo e il terzo motivo di ricorso; rigetta il secondo; cassa la decisione impugnata in relazione ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte d'appello de L'Aquila.

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.

## Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione di Filippo Danovi

I procedimenti della giustizia minorile sono stati dal legislatore solo sinteticamente tratteggiati nei (pur fondamentali) profili di ordine processuale ed è quindi compito della giurisprudenza e degli interpreti risolvere le numerose questioni che possono presentarsi in tale ambito. Con l'ordinanza in epigrafe la Cassazione ha modo di precisare che nei procedimenti *ex art. 317-bis c.c.*, volti a far valere il diritto dei nonni alla frequentazione con i nipoti, il minore non è litisconsorte necessario e non è quindi indispensabile che lo stesso sia autonomamente rappresentato da un curatore speciale. L'eventuale mancata partecipazione a questo riguardo non rappresenta quindi motivo di nullità procedimentale, né di possibile rimessione della causa in primo grado *ex art. 354 c.p.c.* Tuttavia, poiché il minore in tali procedimenti (come più in generale in tutti i procedimenti in cui si discute del suo affidamento) deve comunque essere considerato parte in senso sostanziale (poiché gli effetti del provvedimento si riverberano sulla sua sfera sostanziale), rimane indispensabile realizzare il contraddittorio nei suoi confronti *sub specie* attraverso il suo ascolto. L'omesso ascolto, in assenza di valide ragioni giustificatrici (e di una adeguata motivazione) costituisce quindi in ogni caso un vizio sostanziale e di merito della decisione, da far valere con le impugnazioni.

**Il caso**

L'inquadramento del ruolo del minore nel processo civile e la sua corretta qualificazione costituiscono dal punto di vista sistematico questioni nevralgiche, ancora oggi non interamente risolte, anche in ragione della costante evoluzione della sensibilità sociale e, in parallelo, della disciplina giuridica della materia.

Lo scoglio più arduo da superare è rappresentato dal fatto che, al di fuori delle ipotesi in cui l'oggetto del giudizio investe nella sua interezza la figura del minore e il suo *status* (come ad esempio avviene nei procedimenti di adozione), in molte tipologie di procedimenti familiari il minore parrebbe mantenere un ruolo soltanto "comprimario" (essendo i genitori i reali protagonisti del processo). Eppure, ciò non significa che il minore non risulti coinvolto nel conflitto; si può affermare anzi che di fatto egli venga sempre interessato in modo rilevante, in quanto la decisione giudiziale prende posizione sui suoi diritti e interessi e, in ultima analisi, sulla sua condizione di vita.

Il tema risulta poi ancor più complesso poiché la giustizia minorile assomma in sé una categoria di giudizi non soltanto assai vasta, ma soprattutto frastagliata e variegata, nella quale ogni procedimento (o quantomeno ogni comparto di procedimenti) segue una sua logica e sue proprie regole.

Malgrado ciò, vi sono almeno due profili che hanno ormai acquistato una valenza sempre più marcata e una diffusione pressoché generale.

Il primo è rappresentato proprio dal mutamento di prospettiva che i processi della giustizia minorile

hanno assunto, nella misura in cui, indipendentemente dalla specifica qualificazione del ruolo del minore e dei suoi correlati diritti, prerogative e poteri, si ritiene che debba essere sempre valorizzata una dimensione paidocentrica del giudizio, per la quale il fulcro del procedimento è costituito dal raggiungimento dell'interesse superiore del minore. Tutti i provvedimenti giudiziari, di qualunque natura e impatto, sono pertanto finalizzati alla salvaguardia del superiore interesse del minore e a tale scopo devono essere attentamente canalizzati (1). Tale approdo costituisce del resto una naturale derivazione della nuova concezione che l'ordinamento ha fatto propria, attribuendo a tutti i figli eguale stato giuridico e ricostruendo il complesso fascio di posizioni soggettive che legano i membri della famiglia non più dal punto di vista dei genitori o degli altri parenti adulti, quanto proprio nella prospettiva dei figli (2).

La seconda conquista che ha assunto un carattere sempre più generale è invece rappresentata dal ruolo attribuito all'istituto dell'ascolto del minore.

Indipendentemente, infatti, dalla qualifica formale del minore all'interno del processo si è ormai riconosciuto, grazie al fondamentale impulso derivante dalla normativa convenzionale transnazionale (3), poi recepita anche nel nostro ordinamento (4), che il minore deve sempre poter far sentire la sua voce all'interno del processo. In questa prospettiva, la mancata audizione viene sempre più sanzionata dalla giurisprudenza (in particolare di legittimità), siccome violazione di un principio di ordine generale che sovrintende al regolare svolgimento del procedimento (5).

(1) Sulla centralità e preminenza dell'interesse del minore quale criterio di orientamento della decisione le pronunce giurisprudenziali sono innumerevoli e in ambiti estremamente diversificati. A titolo meramente esemplificativo, per alcune recenti applicazioni v. Cass. Civ. 11 dicembre 2019, n. 32413, ord.; Cass. Civ. 20 novembre 2019, n. 30191, ord.; Cass. Civ. 4 novembre 2019, n. 28244, ord.; Cass. Civ. 3 ottobre 2019, n. 24790, ord.; Cass. Civ. 16 febbraio 2018, n. 3913.

(2) In dottrina l'evoluzione che in questo ambito ha conosciuto il nostro sistema giuridico è stata rimarcata anche dal punto di vista delle formule, sottolineando come si sia passati da una concezione della "famiglia fondata sul matrimonio" alla "famiglia dei figli". Sul punto v. da ultimo Mendola, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pisa, 2020, 71 ss.

(3) I due riferimenti fondamentali in proposito sono come noto da un lato la Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (ratificata con L. 27 maggio 1991, n. 176), il cui art. 12 eleva al rango di principio il diritto del minore a essere ascoltato nel processo, stabilendo a tal fine la possibilità di una sua audizione nell'ambito di "ogni procedura giudiziaria o amministrativa" che lo riguardi, e richiedendo, quale unica condizione, la capacità di discernimento, ovvero l'attitudine del minore a riconoscere quanto avviene al di fuori della sua sfera personale, dall'altro la Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli del 25 gennaio

1996, ratificata dall'Italia con L. 20 marzo 2003, n. 77, che all'art. 3 riconosce, in particolare, al minore capace di discernimento il diritto di essere consultato e di esprimere la propria opinione in tutti i procedimenti che si svolgono avanti all'autorità giudiziaria e che in qualche misura lo riguardano.

(4) Il cammino della nostra legislazione in materia di ascolto del minore è stato più lento e graduale. Da una norma sintetica (e lacunosa) contenuta esclusivamente nella legge speciale sul divorzio come riformata nel 1987 (l'art. 4, comma 8, prevedeva che il presidente dovesse pronunciare i provvedimenti di sua competenza "sentiti, qualora lo ritenga strettamente necessario anche in considerazione della loro età, i figli minori"), si è poi passati per effetto della legge sull'affidamento condiviso (L. n. 54/2006) a una disposizione più ampia (l'art. 155-*sexies* c.c.) e infine, ad opera della grande riforma della filiazione del 2012/2013 a un più strutturato e completo reticolato di norme, rappresentato in particolare dagli artt. 315-*bis*, 336-*bis* e 337-*octies* c.c., e 38-*bis* disp. att. c.c.

(5) Tutte le ultime pronunce della Suprema Corte sul tema insistono sulla configurazione dell'ascolto del minore ultradodicescenne (o anche di età inferiore laddove capace di discernimento) come adempimento necessario del processo e con esso sulla derivata conseguenza della nullità nell'ipotesi di mancato ascolto. Cfr. in questo senso ad es. Cass. Civ. 11 giugno 2019, n. 15728,

Il provvedimento della Suprema Corte in epigrafe mostra particolare interesse in quanto coniuga e intreccia entrambi i profili sopra tratteggiati, offrendo numerosi spunti di riflessione, ma soprattutto compiendo - forse per la prima volta in modo così netto - una serie di riflessioni e puntualizzazioni di particolare rilievo ai fini di un più preciso inquadramento sistematico del tema dell'ascolto.

La fattispecie nella quale l'ordinanza della Cassazione è stata emanata è rappresentata da un procedimento *ex art. 317-bis c.c.* nel quale due nonni hanno adito il tribunale per i minorenni per vedere riconosciuto il loro diritto alla frequentazione con la nipote minore (6); il giudice specializzato ha tuttavia rigettato la loro richiesta, contestando loro l'atteggiamento di aperto conflitto e denigrazione tenuto nei confronti della nuora, madre della minore, nonché il manifestato rifiuto di intraprendere un graduale e monitorato percorso di progressivo riavvicinamento alla nipote, rifiuto dal quale poteva quindi desumersi l'assenza di adeguate capacità di autocritica e, con essa, l'incapacità di gestire in modo autonomo i contatti con la bambina.

A fronte del diniego opposto dal giudice minorile i nonni hanno impugnato il decreto, eccependone la nullità per mancata audizione della minore, nonché per ultrapetizione. L'appello è stato a sua volta rigettato, avendo la Corte escluso una nullità per omesso ascolto della minore stante l'età della piccola (nove anni) e confermato l'avvenuto riscontro (all'interno del giudizio di divorzio tra i genitori) della mancanza di adeguate capacità educative e affettive in capo ai nonni, anche per gli atteggiamenti dagli stessi assunti, pregiudizievoli per l'equilibrata crescita psicologica della bambina. Sotto il profilo del lamentato vizio di ultrapetizione, poi, la Corte d'Appello ha pure rigettato le doglianze dei reclamanti, rilevando come il giudice minorile disponga in questo ambito di ampi poteri officiosi, per i quali può sempre

pronunciarsi oltre i limiti alla domanda, laddove ciò risponda agli effettivi interessi del minore.

I nonni hanno pertanto presentato ricorso per Cassazione affidato principalmente a tre motivi:

- la nullità del decreto di seconde cure per violazione degli artt. 336 c.c. e 102 c.p.c., per non aver assicurato la partecipazione del minore tramite un difensore e comunque per non aver disposto l'ascolto della stessa semplicemente in ragione dell'età della minore;
- la nullità del provvedimento per violazione del principio del *ne bis in idem*, per essersi posto in contrasto con la decisione resa dalla corte d'appello nel giudizio di divorzio tra i genitori;
- la nullità del decreto per omesso esame di fatti decisivi in ordine al giudizio espresso a carico dei nonni di asserita mancanza di adeguate capacità educative e affettive.

Con l'eccezione del secondo motivo di impugnazione, dichiarato manifestamente infondato dalla Cassazione tenuto conto dell'impossibilità di invocare una preclusione derivante dalle risultanze di altro giudizio non identico né per le parti, né per l'oggetto (si trattava del giudizio di divorzio tra i genitori), il primo e il terzo motivo sono stati invece dalla Suprema Corte dichiarati fondati e accolti sulla scorta di una serie di considerazioni estremamente interessanti, che giova in questa sede riprendere e ampliare.

### Quando il minore è parte del processo

Così inquadrata la fattispecie, il punto di partenza dal quale la Suprema Corte muove le proprie considerazioni è rappresentato dalla eterogeneità del quadro sistematico di riferimento. Nell'ambito della giustizia minorile, infatti, il nostro ordinamento conosce una pluralità di procedimenti che si differenziano tra loro in modo anche marcato (7).

In tutti i procedimenti, peraltro, l'oggetto del giudizio coinvolge la sfera esistenziale del minore e viene

ord.; Cass. Civ. 17 aprile 2019, n. 10874, ord.; Cass. Civ. 21 maggio 2019, n. 15254, ord.; Cass. Civ. 7 maggio 2019, n. 12018, ord.; Cass. Civ. 13 dicembre 2018, n. 32309, ord., in questa *Rivista*, 2019, 873 ss., con nota di Guerra, *Sulla nullità per omesso e immotivato ascolto del minore ultradodicesenne*.

(6) Sul procedimento *ex art. 317-bis c.c. v. ad es.* Carrano, sub *art. 317 bis c.c.*, in M. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 160 ss.; Buffone, *I rapporti con gli ascendenti: il nuovo art. 317-bis c.c.*, in *Il civilista*; Speciale *Le novità del "decreto filiazione"*, 2014, 66 ss.; Danovi, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, in questa *Rivista*, 2014, 543 ss.; Tommaseo, *Profili processuali della riforma della filiazione*, in questa *Rivista*, 2014, 526 ss.; Pricoco, *I diritti di relazione del figlio con i parenti e degli ascendenti con il nipote la nuova prospettiva giuridica*, in *Minori giust.*, 2014, II, 72

ss.; Savi, *L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo 317 bis c. c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 547 ss.

(7) Possono essere ricompresi nell'ampio alveo della giustizia minorile - come ha sottolineato il Giudice delle Leggi (Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1264 ss.; in *Foro it.*, 2011, V, 1289 ss.; in *Giust. civ.*, 2011, 4, 833 ss.; in questa *Rivista*, 2011, 547 ss., con nota di Tommaseo, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*; in *Guida dir.*, 2011, n. 13, 28, con nota di M. Finocchiaro, *Nel giudizio sul riconoscimento del figlio naturale via libera al curatore speciale per l'infrasedicesenne. Un'interpretazione opposta della disposizione che crea una nuova norma nell'ordinamento* - tutti quei giudizi che hanno ad oggetto i "preminenti personalissimi diritti" del minore e che spaziano da figure embrionali in cui il giudice assume compiti di mero controllo formale (autorizzazioni a compiere atti per minore, rilascio del passaporto, autorizzazioni in ambito successorio), a procedimenti contenuti negli effetti, volti a disciplinare

dunque a incidere su di essa, ma ciò non significa che allo stesso minore debba sempre competere anche una partecipazione attiva al procedimento.

È stata infatti ormai recepita anche in questo specifico ambito la distinzione tra la nozione di parte in senso sostanziale, ovvero di soggetto nella cui sfera viene a incidere il provvedimento giudiziario, che compete al minore in tutti i procedimenti della giustizia minorile e la nozione invece di parte in senso processuale, che per tradizione si ricollega unicamente a quei soggetti che possono vantare una specifica autonoma legittimazione nel processo e spendere pertanto tutti i diritti, le prerogative e i poteri che si ricollegano al concetto di parte in senso formale o processuale (8).

In questa prospettiva, l'ordinamento ha ormai attribuito tale specifica ulteriore qualità al minore soltanto in alcuni particolari contesti in cui la decisione giudiziale venga a incidere direttamente sul suo *status*, determinandone l'ablazione ovvero una modifica. È stato così previsto che il minore debba sempre essere assistito da un proprio difensore tecnico nei procedimenti di adozione (9), mentre per quanto attiene alle

azioni di filiazione si ritiene che il minore debba poter disporre di un curatore speciale idoneo a rappresentarlo in via autonoma nel processo ogni qualvolta sussista un conflitto di interessi con le figure genitoriali (10).

Per quanto invece attiene ai procedimenti già *de potestate*, ovvero quelli di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale, il sistema appare meno lineare e la pronuncia in commento dà conto di alcune diversità interpretative registrate nella giurisprudenza di legittimità. Così, a fronte di un indirizzo più prudente e restrittivo per il quale nei procedimenti sulla responsabilità genitoriale non è previsto *de iure* un difensore d'ufficio e la difesa tecnica sarebbe dunque soltanto eventuale e rimessa alla libera scelta delle parti (11), secondo un orientamento diverso e più garantista le norme di legge dovrebbero essere invece interpretate in senso ampio, con necessità di nomina di un curatore speciale laddove non vi sia stata una previa nomina di un tutore provvisorio, dovendo ritenersi per la particolarità dell'oggetto del giudizio che sussista sempre e di *default* un conflitto di interessi tra il minore ed entrambi genitori (12).

“la fisiologia della patologia” (*id est* i problemi che nascono dalla crisi familiare e che riguardano l'affidamento dei minori e le modalità di frequentazione con i genitori, e ciò sia per procedimenti che assorbano interamente tale oggetto, come nel caso degli artt. 316 e 337-ter c.c., sia per altre forme processuali tipizzate e di contenuto più ampio, come la separazione e il divorzio), ad altri di più forte incidenza (ordini di protezione, provvedimenti sanzionatori a tutela dell'affidamento), o ancor più invasivi, come i procedimenti per la limitazione o ablazione della responsabilità genitoriale, per arrivare infine ai giudizi sullo *status filiationis* o per la dichiarazione di adottabilità, in cui l'effetto è la radicale elisione dello *status*, alla quale può accompagnarsi la formazione di un nuovo *status*.

(8) Per questa distinzione v. *ex plurimis* Luiso, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, X ed., Milano, 2019, 214 ss. In relazione alla specifica figura del minore v. Ruffini, *Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1257 ss.; Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 49 ss., 305 ss.

(9) Secondo quanto disposto dall'art. 8, ult. comma, L. n. 184/1983, come modificato dalla L. n. 149/2001, il procedimento di adozione si svolge fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore, dei genitori e degli altri parenti. La L. n. 149/2001 ha altresì modificato l'art. 336 c.c., il cui quarto comma dispone ora che “per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore (...)”. Anche la citata previsione ha un significativo rilievo, ovvero quello di realizzare fin dall'inizio il contraddittorio anche nei confronti del minore. Per la riaffermazione di tali principi v. poi ad es. Cass. Civ. 17 febbraio 2010, n. 3804; Cass. Civ. 17 febbraio 2010, n. 3805; Cass. Civ. 19 maggio 2010, n. 12290; Cass. Civ. 14 giugno 2010, n. 14216; Cass. Civ. 19 luglio 2010, n. 16870.

(10) In proposito, la sospettata questione di incostituzionalità derivante dalla mancata generale previsione della rappresentanza e difesa del minore nel procedimento per il riconoscimento dei figli naturali era stata dichiarata infondata dalla Corte costituzionale, ma anteriormente alla grande riforma della filiazione del 2012-

2013 (in questo senso Corte cost. 11 marzo 2011, n. 83, in questa *Rivista*, 2011, 545 ss., con nota di Tommaseo, *La Corte costituzionale sul minore come parte nei processi della giustizia minorile*). Va peraltro segnalato che la giurisprudenza di legittimità non ha talvolta mancato di esprimersi anche in senso più ampio (e garantista), invocando la necessità di una previsione generale (e non soltanto per i casi di conflitto di interessi riscontrato ed effettivo) della necessità anche in tali casi di una espressa legittimazione e difesa in favore del minore. Cfr. ad es. Cass. Civ. 2 febbraio 2016, n. 1957, per la quale “In tema di impugnativa di riconoscimento di figlio nato fuori dal matrimonio, per difetto di veridicità, è necessaria, a pena di nullità del relativo procedimento per violazione del principio del contraddittorio, la nomina di un curatore speciale per il minore, legittimato passivo e litisconsorte necessario, dovendosi colmare la mancanza di una espressa previsione in tal senso dell'art. 263 c.c. (anche nella formulazione successiva al D.Lgs. n. 154 del 2013) mediante una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata in quanto la posizione del minore si pone, in via generale ed astratta, in potenziale conflitto di interessi con quella dell'altro genitore legittimato passivo, non potendo stabilirsi *'ex ante'* una coincidenza ed omogeneità d'interessi in ordine né alla conservazione dello *'status'*, né alla scelta contrapposta, fondata sul *'favor veritatis'* e sulla conoscenza della propria identità e discendenza biologica”.

(11) In questo senso tra le più recenti pronunce v. Cass. Civ. 2 aprile 2019, n. 9100.

(12) Cfr. in questo senso ad es. Cass. Civ. 13 marzo 2019, n. 7196, per la quale “Nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori, l'art. 336 c.c., comma 4, così come modificato dalla Legge n. 149 del 2001, art. 37, comma 3, richiede la nomina di un curatore speciale, *ex art.* 78 c.p.c., ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto d'interessi verso entrambi i genitori. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non si sia provveduto a tale nomina, il procedimento deve ritenersi nullo *ex art.* 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del

Di fronte a queste possibili opzioni interpretative la Cassazione sceglie, in questa ipotesi, la lettura più prudente e cauta, basandosi anche su quanto affermato dalla Corte costituzionale sulla materia. Con il noto arresto n. 1/2002, invero, la Consulta ha interpretato l'art. 12 della Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo come norma integrativa della allora vigente disciplina codicistica, allo scopo di configurare per il minore capace di discernimento la necessità di un contraddittorio per il tramite dell'apposita nomina di un curatore speciale, ovvero anche mediante il più limitato diritto del minore di esprimere la sua opinione su ogni questione che lo interessa e di essere dunque a tal fine ascoltato nel giudizio (13).

### Il contraddittorio e la nomina di un curatore speciale

Su queste basi si fonda la complessiva ricostruzione operata dalla Suprema Corte nel caso di specie, per la quale nei procedimenti della giustizia minorile rimane comunque essenziale assicurare il rispetto di quel canone primario e ineludibile del processo che è rappresentato dal principio del contraddittorio. Tale fondamentale principio può (*rectius*, deve) a volte esplicitarsi in senso pieno, con l'attribuzione anche al minore della dignità di parte in senso formale e processuale. Ciò avviene, come già precisato, nei procedimenti di adozione, nelle azioni di *status*, nonché, sia pure con i distinguo sopra operati, per i procedimenti sulla responsabilità genitoriale. Quando ciò accada, stante il difetto di un'autonoma legittimazione in capo al minore, occorre ricorrere alla necessaria interposizione soggettiva mediante nomina di un curatore speciale che possa rappresentare lo stesso all'interno del giudizio ed esprimere in sua vece i poteri che per tradizione competono alle parti anche sotto forma di controllo immediato delle

iniziative delle altre parti, nonché dei provvedimenti assunti dal giudice.

Senonché l'individuazione e la nomina di un curatore speciale per il minore, pur rappresentando una questione secondo la Cassazione centrale ai fini della normativa in commento, non può ancora ritenersi avere assunto un carattere generale e incondizionato, poiché - anche tenuto conto di un'ulteriore ormai risalente decisione della Corte costituzionale (14) - la valutazione relativa al modo e al grado di effettiva tutela in giudizio di determinati interessi spetta sempre al legislatore ordinario, il quale non è vincolato nel prevedere la qualità di parte per i titolari degli stessi. In questo settore, pertanto, rimane sempre un'area di discrezionalità da parte del legislatore, demandata a scelte di politica normativa non sindacabili in sede giudiziale laddove non abbiano a violare i principi e le garanzie costituzionali che sovrintendono lo svolgimento della tutela giurisdizionale.

### Segue: il contraddittorio e l'ascolto

Laddove non si verta nelle specifiche ipotesi in cui la nomina di un curatore speciale è imposta, deve invece ritenersi che le esigenze correlate al contraddittorio possano essere correttamente salvaguardate anche attraverso una misura più contenuta, rappresentata dall'istituto dell'ascolto. Dalla soggezione agli effetti della pronuncia che il minore di fatto sempre subisce (e che si accompagna alla sua qualità di parte in senso sostanziale) non consegue invero *ipso iure* anche la necessaria presenza nel processo e la necessaria previsione di una difesa tecnica.

Sotto questo profilo è noto come il nostro ordinamento abbia compiuto negli ultimi decenni una significativa evoluzione, poiché da una normativa scarna e lacunosa che prevedeva l'audizione del minore soltanto in alcune ipotesi limitate si è pervenuti, attraverso la grande riforma della filiazione

contraddittorio"; Cass. Civ. 6 marzo 2018, n. 5256, nella quale si legge che "il figlio minore è parte necessaria nei procedimenti 'de potestate'. Ne discende che la mancata integrazione del contraddittorio nei suoi confronti comporta la nullità del procedimento medesimo". Analogo orientamento è sovente riproposto nella giurisprudenza di merito, per la quale v. ad es. App. L'Aquila 21 gennaio 2020, n. 98; App. Milano 26 agosto 2019; Trib. Milano, Sez. IX, 25 febbraio 2019; Trib. Milano, Sez. IX, 15 maggio 2014, decr.; Trib. Milano, Sez. IX, 19 giugno 2014, decr.; Trib. Milano, Sez. IX, 22 luglio 2020, decr.; Trib. Torino 21 dicembre 2018, tutti in *DeJure*. Sulla figura del curatore speciale del minore v. da ultimo Cesaro, *Il curatore speciale e la protezione dei best interests of the child: la tecnica del bilanciamento*, in questa *Rivista*, 2020, 871 ss.

(13) Cfr. Corte cost. 30 gennaio 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302 ss., con nota di Proto Pisani, *Battute d'arresto nel dibattito sulla riforma del processo minorile*; in *Foro it.*, 2003, I, 423 ss., con nota di Sergio, *La tutela civile del minore e le cosiddette prassi*

*distorsive della giustizia minorile*; in *Giust. civ.*, 2002, 551 ss., 1468 ss., con nota di Cianci, *Giusto processo e diritto di famiglia: la posizione del minore e dell'altro genitore nel procedimento per la dichiarazione della decadenza dalla potestà genitoriale*, e 1476 ss., con nota di Tota, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*; in questa *Rivista*, 2002, 229 ss., con nota di Tommaseo, *Giudizi camerale di potestate e giusto processo*. In precedenza per alcuni spunti analoghi v. anche Corte cost. 22 novembre 2000, n. 528, ord., in *Dir. fam. e pers.* 2001, 914 ss., con nota di Piccaluga, *La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della Consulta*; in questa *Rivista*, 2001, 121 ss., con nota di Giangaspero, *Procedimenti di volontaria giurisdizione e tutela degli interessi del minore: una decisione interlocutoria della Corte costituzionale*.

(14) Corte cost. 14 luglio 1986, n. 185, in *Foro it.*, 1986, I, 2679 ss.; *Giust. civ.*, 1986, I, 2321 ss.; in *Dir. fam. e pers.*, 1986, 883 ss.

attuata nel 2012 e 2013, a una disciplina generale, assai ampia e tutelante, che ha posto l'istituto dell'ascolto al centro di tutti i procedimenti che riguardano il minore (15).

### L'incidenza dell'ascolto ai fini del merito

E tuttavia l'aspetto forse più interessante della pronuncia della Cassazione in commento è rappresentato dal fatto che per la prima volta in modo netto e saldo la Suprema Corte si esprime non soltanto sulla ormai generale doverosità e anzi obbligatorietà del mezzo, ma anche sullo specifico inquadramento delle conseguenze che derivano in caso di sua omissione. Premesso infatti che l'istituto dell'ascolto viene ormai configurato come adempimento necessario in tutti i procedimenti giudiziari che riguardano il minore e tenuto conto dell'orientamento ormai espresso ripetutamente negli ultimi anni dalla Suprema Corte, per il quale il mancato ascolto deve considerarsi come causa di nullità del procedimento e del provvedimento (16), nell'ordinanza in commento la Corte apporta tuttavia una serie di rilevanti precisazioni attraverso l'esplicitato principio di diritto. Si afferma infatti che il mancato ascolto non si riverbera direttamente nella sequenza formale che contraddistingue gli atti necessari del processo e non può quindi considerarsi *sic et simpliciter* causa di nullità del procedimento nonché del provvedimento finale (*id est*, verrebbe da dire tenendo conto della tradizionale sistematica in materia di nullità processuali, quale causa di nullità testuale, per inosservanza di forme di legge), ma agisce piuttosto in un diverso ambito, riverberandosi sul merito della causa e producendo pertanto i suoi effetti sotto questo profilo anche in termini di possibile contestazione del provvedimento giudiziale. In altri termini, l'omesso ascolto non può essere censurato come motivo di nullità formale, quanto piuttosto come vizio sostanziale del provvedimento finale.

Questo particolare inquadramento risulta da un lato apprezzabile, perché una volta riconosciuto valore

centrale all'istituto dell'ascolto sotto forma di specifica prerogativa e garanzia a tutela del minore, la ricostruzione offerta evita di "appiattare" la mancanza dell'ascolto in termini puramente tecnici e formali, valorizzando piuttosto il profilo sostanziale dell'interesse del minore, che non può non essere correttamente salvaguardato attraverso l'audizione orale nel processo, ovvero una forma di partecipazione che pur ridotta assegna al minore il ruolo di soggetto necessariamente agente *uti loquens*.

Da altro punto di vista, tuttavia, non si può fare a meno di rilevare come la ricostruzione effettuata dalla Cassazione presenti anche (non vorrei dire dei rischi e pericoli, ma quantomeno) la necessità di una più accorta valutazione ai fini della censurabilità in Cassazione, in quanto l'inquadramento operato di fatto parrebbe allontanare il vizio dell'omesso ascolto dall'ambito del motivo di ricorso per Cassazione di cui all'art. 360, n. 4, c.p.c. (nullità della sentenza o del procedimento) e avvicinarlo invece all'alveo del motivo di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c., sotto forma dunque di violazione di norme di diritto sostanziale che il giudice è tenuto ad applicare nel corso del procedimento.

Così ragionando, tuttavia, non vi è chi non veda quanto meno due inconvenienti. In primo luogo, infatti, non è così agevole privare l'ascolto della sua connotazione di istituto processuale, e pertanto di incombente formale da rispettare a pena di invalidità del procedimento stesso; in secondo luogo, poi, se pure la linea adottata tende alla valorizzazione dell'istituto dell'ascolto e alla (per così dire) "nobilitazione" della censura spendibile per la sua assenza, si opera tuttavia una sorta di restringimento della censura stessa, poiché da un riscontro più immediato e diretto (in quanto ricollegabile a una assenza di tipo formale e quindi oggettivamente sempre percepibile), si passa a una doglianza più articolata e complessa, perché riferibile a profili sostanziali, per i quali occorre comprendere con maggiore profondità se sia configurabile o meno una mancanza nell'operato del giudice.

(15) Sull'ascolto del minore la letteratura è ormai vastissima. A titolo meramente esemplificativo si veda sul tema Campese, *L'ascolto del minore nei giudizi di separazione e divorzio, tra interesse del minore e principi del giusto processo*, in questa *Rivista*, 2011, 958 ss.; Tommaseo, *Per una giustizia "a misura del minore": la Cassazione ancora sull'ascolto del minore*, in questa *Rivista*, 2012, 37, ss.; Id., *I profili processuali della riforma della filiazione*, in questa *Rivista*, 2014, 526 ss.; Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i figli hanno eguali diritti, dinanzi al Tribunale ordinario*, in questa *Rivista*, 2013, 263 ss.; Id., *Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1282 ss.; Acierno, *Ascolto del*

*minore: cosa è cambiato con il D.Lgs. n. 154/2013?*, in *Giur. it.*, 2014, 1274 ss.; Danovi, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della legge delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, cit., 535 ss.; Id., *L'ascolto del minore nel processo civile*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, 1594 ss.; Id., *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 482 ss.; Querzola, *L'ascolto del minore*, in Lupoi (a cura di), *Trattato della separazione e divorzio, II, La normativa processuale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, 268 ss.; Pesce, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 2015, 252 ss.

(16) Cfr. le pronunce riportate *supra*, nella nt. 5.

Ancora, sotto questo profilo, non può non rimarcarsi come la Cassazione abbia nella fattispecie valorizzato il principio del necessario ascolto anche dal punto di vista dei suoi presupposti. Se infatti la previsione di legge richiede ormai l'ascolto per il minore ultradodicesimo o anche di età inferiore, laddove capace di discernimento, e se l'evoluzione dei costumi ha portato a ritenere che il requisito della capacità di discernimento ben possa essere raggiunto anche in bambini più piccoli, ma sempre tenendo conto della soglia mediana dei dodici anni, nondimeno la Suprema Corte ha nella fattispecie censurato l'atteggiamento del giudice di merito che non ha ritenuto di dare ingresso all'ascolto per una minore di nove anni, in questo modo di fatto ampliando l'area dell'ascolto e rendendo lo specifico e adeguato onere motivazionale (sull'omesso ascolto) un presidio indispensabile anche in contesti di età non così vicini a quello considerato quale criterio generale dalla legge.

### La natura dei procedimenti *ex art. 317-bis c.c.*

Questi essendo i principi esplicitati in forma generale della Cassazione, occorre poi calarli espressamente nell'ambito dei procedimenti a tutela degli ascendenti dei quali si discute (entro i quali è il caso che ha dato origine alla pronuncia qui commentata).

Sotto questo profilo la Cassazione ha cura di sottolineare che una volta introdotto nel nostro ordinamento il procedimento *ex art. 317-bis c.c.*, in forza del quale anche gli ascendenti sono autonomamente legittimati a far valere in giudizio avanti al tribunale per i minorenni il proprio diritto a mantenere un rapporto significativo e, con esso, una stabile frequentazione con i nipoti minorenni, la previsione di un diritto e di un'autonoma situazione soggettiva non può che riverberarsi e avere incidenza anche sullo specifico piano della costruzione del procedimento. Sotto questo profilo, pertanto, anche il giudizio in esame deve essere ormai considerato, non diversamente da quanto attiene ai giudizi di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale, come un procedimento volto a dirimere un conflitto tra posizioni soggettive sostanziali mediante un

provvedimento avente natura decisoria (questo per verità la Corte non lo precisa *expressis verbis*, ma lo si desume dalla specifica *auctoritas* che comunque allo stesso ricollega), e attitudine al giudicato (sia pure *rebus sic stantibus*), in quanto non revocabile, né modificabile, salva la sopravvenienza di fatti nuovi. Come specifica ulteriore conseguenza di tali caratteristiche discende poi, anche per i provvedimenti in esame, la possibilità di ricorso straordinario per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

A questo proposito potrebbe rilevarsi come l'accostamento ai provvedimenti sulla responsabilità genitoriale appaia forse in parte eccessivo, tenuto conto che questi ultimi costituiscono espressione della patologia più marcata della crisi familiare, mentre il procedimento *ex art. 317-bis c.c.* intende in fondo regolamentare il diritto di un nonno di frequentare il nipote minore, ovvero quanto di più naturale dovrebbe sussistere in ogni relazione familiare, innestandosi così su quella che per parte mia sono solito definire la "fisiologia della patologia". Senonché questa obiezione coglie poco nel segno, nella misura in cui le considerazioni fatte proprie dalla Suprema Corte circa la natura del procedimento, il carattere decisorio del provvedimento, la sua incidenza su diritti soggettivi e la garanzia del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* sono parimenti valide e ormai pacificamente acquisite anche per i provvedimenti sull'affidamento (17) (anzi, va precisato che per questi ultimi sono state riconosciute ancor prima di quanto solo in epoca recente definitivamente accertato per i provvedimenti sulla responsabilità genitoriale (18)), sicché non vi è ragione in effetti per negare le argomentazioni poste dalla Suprema Corte anche al caso di procedimenti volti a salvaguardare il diritto del nonno alla relazione con il nipote minore.

### Nel procedimento con i nonni il minore deve avere un proprio difensore?

Se questa è dunque la natura del procedimento *ex art. 317-bis c.c.* ci si deve invece interrogare se, nel suo ambito, la posizione e il ruolo del minore possano

(17) Cfr. Cass. Civ. 30 ottobre 2009, n. 23032; Cass. Civ. 26 marzo 2015, n. 6132. Per i provvedimenti inerenti l'affidamento dei minori il riconoscimento della possibilità di ricorrere in Cassazione è stato fondato sul presupposto che nella sostanza il contenuto e l'oggetto di tali pronunce non si discosta da quello delle simmetriche e analoghe decisioni rese nell'ambito del processo di separazione e divorzio e che non vi può dunque essere una tutela processuale differenziata per situazioni sostanziali dotate di medesima natura, contenuto e caratteri.

(18) Come noto, la questione circa la possibilità di esperire il ricorso per Cassazione avverso i provvedimenti (già *de potestate* ora) sulla responsabilità genitoriale è stata a lungo controversa, sino a quando la Suprema Corte, con due fondamentali pronunce gemelle emanate nel 2018 la ha definitivamente risolta per l'affermativa. Cfr. al riguardo Cass. Civ. 25 luglio 2018, n. 19779 e Cass. Civ. 25 luglio 2018, n. 19780, in *Corr. giur.*, 2018, 1586 ss., con nota di Danovi, *Provvedimenti relativi a minori e garanzia del ricorso per Cassazione: un fronte (giustamente) sempre più aperto.*

essere sufficientemente tutelate attraverso la misura dell'ascolto, ovvero meritino di essere salvaguardate in modo più incisivo attraverso l'esplicito riconoscimento della qualità di parte e, con esso, la nomina di un curatore speciale o di un difensore del minore.

A questo riguardo, sulla scorta di quanto sopra considerato circa la valutazione sempre discrezionale che compete al legislatore nell'individuare le aree nelle quali il minore debba assumere la qualità di parte anche in senso processuale, la Corte di cassazione giunge nella fattispecie a esplicitare un principio di diritto per il quale in questi procedimenti il minore non deve essere considerato a tutti gli effetti un litisconsorte necessario e conseguentemente la decisione non può essere considerata nulla sul piano formale in ragione della (mancata) obbligatoria partecipazione del minore al giudizio attraverso un suo proprio difensore.

Il principio pare del tutto condivisibile. Conforta invero la ricostruzione operata dalla Cassazione la considerazione che in questi casi il legislatore nulla ha disposto in merito alla difesa tecnica, con ciò portando ad escludere la possibilità di un'applicazione analogica di altre norme che in questo ambito devono ritenersi di stretta interpretazione e applicazione; e altresì, per quanto riguarda la (invocata) figura del litisconsorzio necessario, la sua esclusione discende dal fatto che quest'ultimo sovrintende la necessità di assicurare la partecipazione di una parte nelle ipotesi di tutela necessariamente costitutiva intercorrente tra più parti (19), mentre nella fattispecie di cui si discute (art. 317-bis c.c.) l'oggetto del giudizio pare più sfumato, consistendo semplicemente nella regolamentazione della frequentazione tra i nonni e i nipoti, e potendo quindi per quanto detto la posizione di quest'ultimo bene essere salvaguardata anche attraverso la più contenuta misura dell'ascolto, che pare un presidio adeguato, pienamente rispondente allo scopo (20).

Sotto altro profilo, peraltro, non può non rilevarsi come in questo caso l'oggetto del procedimento venga ormai correttamente individuato nel diritto

autonomo spettante al nonno a una frequentazione e un rapporto significativo con il minore (21); diritto che tuttavia lega il nonno proprio al nipote, e che dunque sembrerebbe presupporre (quanto meno in linea generale e astratta) che nel contesto giudiziale di riferimento il secondo possa assumere la qualità di parte, posto che il procedimento riguarda più verosimilmente lo stesso che i genitori, pur esercenti la responsabilità genitoriale. E poiché, tra l'altro, la molla che spinge l'ascendente ad attivare il procedimento *ex art. 317-bis c.c.* è il più delle volte da rinvenirsi in un contrasto di posizioni proprio con la figura del genitore (o di entrambi i genitori), non vi è dubbio che in queste fattispecie il paventato conflitto di interessi tra genitori e minori sia sicuramente più verosimile e frequente; quando ciò accada, pertanto, si dovrebbe indurre a dotare il minore di una specifica garanzia processuale attraverso la nomina del curatore speciale di cui sopra si è detto.

### Omesso esame di fatti decisivi (e omessa motivazione)

Da ultimo l'ordinanza in commento concentra la propria attenzione su un ulteriore profilo fondamentale del processo civile in generale (e così pure nello specifico settore dei processi della famiglia), rimarcando la necessità che la decisione di merito sia sempre sorretta da un adeguato apparato motivazionale.

Nel caso di specie, i nonni ricorrenti avevano infatti contestato la decisione della Corte d'Appello che aveva concluso nel senso della loro inidoneità alle frequentazioni senza tener conto che i fatti posti a fondamento della decisione erano in realtà anteriori alla (nonché superati dalla) consulenza psicodiagnostica poi espletata nel corso del giudizio di divorzio. Il giudice di seconde cure aveva invero disatteso la censura mossa, limitandosi a rilevare che la consulenza non era specificamente mirata sulle capacità educative dei nonni e non poteva quindi essere invocata in proposito, soprattutto in un contesto in cui gli stessi nonni avevano con comportamenti di

(19) Questa è almeno la tesi classica, per la quale v. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed., Milano, 2007, 98 ss., nonché, sia pure con alcuni distinguo, Luiso, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, cit., 305; Tarzia - Danovi, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, V ed., Milano, 2014, 182.

(20) In proposito cfr. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 305 ss., che correttamente assegna nei procedimenti in cui il minore non prenda effettivamente parte al processo (malgrado la sua posizione di parte in senso sostanziale) all'istituto dell'ascolto la funzione di "unico strumento spendibile al fine di garantire, sia pure indirettamente, i suoi diritti ovvero

l'esercizio degli stessi, in procinto di essere compromessi, in tutto o in parte, dai provvedimenti del processo in corso tra i detentori della sua responsabilità". Evidenzia così l'A. che in questi casi l'ascolto "trascende dalle esigenze dirette alla salvaguardia del principio del contraddittorio nei termini di cui all'art. 101 c.p.c. (e artt. 24 e 111 Cost.) ed assurge a tecnica di tutela primaria per un soggetto che, rimasto estraneo al processo, è destinato comunque a subirne gli effetti".

(21) Cfr. in tal senso Danovi, *Il d.lgs. n. 154/2013 e l'attuazione della delega sul versante processuale: l'ascolto del minore e il diritto dei nonni alla relazione affettiva*, cit., 544.

rifiuto dimostrato le proprie carenze in relazione alla capacità a mantenere il rapporto con la nipote.

La Corte di cassazione ribalta invece questa prospettiva, rilevando la violazione operata dal giudice di seconde cure nell'aver omesso l'esame di fatti rilevanti e potenzialmente decisivi sul punto e cassando pertanto la decisione sotto questo profilo in relazione all'attuale formula dell'art. 360, n. 5, c.p.c. (22).

Ebbene. Il principio esplicitato sotto questo profilo dalla Suprema Corte vuole richiamarci a un aspetto centrale del processo.

Se infatti è vero che molteplici fattori (tra cui *in primis* la proliferazione dei riti, l'esigenza di celerità e la - per alcuni profili correlata - sommarizzazione del processo) hanno spinto la dottrina a parlare sempre più sovente e senza mezzi termini di "crisi" della motivazione (23), la Suprema Corte ci ricorda invece che la presenza di un impianto argomentativo congruo e adeguato rispetto ai fini costituisce un valore primario e ineludibile per ogni provvedimento giudiziale e in particolare per i provvedimenti finali

aventi natura decisoria. È la motivazione, del resto, che fornisce un sostegno e una giustificazione logica e razionale al comando del giudice, e la motivazione non può dunque che tenere conto, anche nei procedimenti della giustizia minorile in cui pure il giudice è svincolato dal rigoroso rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, di tutti gli elementi e le risultanze che le parti hanno apporato nel processo.

Il principio pare riportarci ancora una volta a considerazioni analoghe a quelle dalla Cassazione già espresse in relazione all'omesso ascolto: la mancata attenzione da parte del giudice a quanto le parti hanno convogliato nel processo (o a quanto si possono legittimamente attendere in ragione dei doveri giudiziali stabiliti dall'ordinamento) non rappresenta tanto un vizio formale e meramente procedimentale, ma attacca al cuore il contenuto del provvedimento, incidendo (sempre in negativo) sul merito del *decisum*, poiché di fatto rappresenta un inaccettabile vuoto di giustizia.

(22) Sull'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. v. ad es. Bove, *Giudizio di fatto e sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul "nuovo" art. 360, n. 5, c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 679 ss.; Pagni, *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012*, in *Foro it.*, 2012, V, 304 ss.; Glendi, *Novità in tema di ricorso per cassazione nel processo civile (e in quello tributario?)*, in *Riv. giur. trib.*, 2012, 833 ss.; Impagnatiello, *Pessime nuove in tema di appello e ricorso in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 755 ss.; Verde, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *www.judicium.it*, 2012; Piccininni, *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 407 ss.; Comoglio, *Requiem per il processo giusto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013,

47 ss.; Frasca, *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in *www.judicium.it*, 2013; Merone, *La riforma del giudizio di cassazione e la sua applicabilità al processo tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 235 ss.; Sassani, *La logica del giudice e la sua scomparsa in cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 639 ss.; Id., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. giur.*, 2013, 849 ss.; Trisorio Liuzzi, *Il ricorso in Cassazione: le novità introdotte dal d.l. 83/2012*, in *www.judicium.it*, 2013; Porcelli, *Sul vizio di "omesso esame circa un fatto decisivo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1600 ss.

(23) Cfr. in proposito Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

## Interpretazione del testamento

Cassazione Civile, Sez. VI-2, 5 marzo 2020, n. 6125, ord. - Pres. Lombardo - Est. Criscuolo - P.M.

**Nell'interpretazione del testamento, il giudice di merito, mediante un apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione se congruamente motivato, deve accertare, in conformità al principio enunciato dall'art. 1362 c.c., applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria, quale sia stata l'effettiva volontà del testatore, valutando congiuntamente l'elemento letterale e quello logico ed in omaggio al canone di conservazione del testamento. In particolare, l'assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale, ove il testatore abbia inteso chiamare l'istituito nell'universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli abbia voluto attribuire singoli ed individuati beni.**

**In tema di distinzione tra erede e legatario, ai sensi dell'art. 588 c.c., l'assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale (" *institutio ex re certa* ") qualora il testatore abbia inteso chiamare l'istituito nell'universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli abbia voluto attribuire singoli, individuati, beni, così che l'indagine diretta ad accertare se ricorra l'una o l'altra ipotesi si risolve in un apprezzamento di fatto, riservato ai giudici del merito e, quindi, incensurabile in cassazione, se congruamente motivato.**

## ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conformi</b>	Cass. n. 16079/2020; Cass. n. 10882/2018; Cass. n. 10075/2018; Cass. n. 23393/2017; Cass. n. 12242/2014; Cass. n. 8899/2013; Cass. n. 2172/2011; Cass. n. 24637/2010; Cass. n. 4022/2007; Cass. n. 2556/1989; Cass. n. 7025/1986; Trib. Rovigo 23 ottobre 2019; App. Catania 17 aprile 2019
-----------------	---

## Svolgimento del processo - Motivi della decisione

T.M. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Trieste Z.S.R. al fine di accertare la propria qualità di erede universale della defunta Z.N.

Deduceva che la defunta con testamento aveva individuato una serie di legatari tra cui anche l'appellante, disponendo però che il 50% della proprietà di un immobile pervenisse all'attore così come la proprietà di tutti i beni mobili ed il diritto di abitazione sulla casa nella quale l'attore viveva.

Sosteneva quindi che il tenore delle disposizioni di ultima volontà della *de cuius* deponesse per la sua istituzione quale erede *ex certa re*.

Si costituiva la convenuta che si opponeva alla domanda assumendo che invece anche l'attore era un semplice legatario e che era invece la convenuta a rivestire la qualità di erede legittima, in quanto nipote della defunta e sua parente più prossima.

Il Tribunale adito con la sentenza n. 309 del 4/5/2017 accoglieva la domanda del T. ed avverso tale pronuncia proponeva appello la convenuta.

La Corte d'Appello di Trieste, nella resistenza dell'appellato, con la sentenza n. 678 del 26/11/2018 rigettava il gravame. Quanto al motivo di appello che contestava la corretta applicazione dell'art. 588 c.c., in merito all'attribuzione della qualità di erede al T., la Corte distrettuale, una volta esclusa nella fattispecie un'ipotesi di divisione della testatrice *ex art. 734 c.c.*, ben potendosi avere una *institutio ex certa re* senza previa determinazione della quota spettante all'erede, potendosi determinare l'entità della quota *ex post* sulla base del rapporto tra i beni assegnati ed il valore complessivo del patrimonio, riteneva che dal

testamento emergesse chiaramente la volontà della *de cuius* di istituire il T. quale proprio erede.

In tal senso deponesse l'assegnazione di una rilevante parte del patrimonio e soprattutto l'assegnazione dell'intero compendio mobiliare.

Sebbene il criterio quantitativo non sia dirimente per risolvere l'interrogativo se vi sia stata istituzione di erede ovvero attribuzione di un legato, è proprio l'assegnazione dell'intero patrimonio mobiliare indice della volontà di considerare il T. quale erede.

Inoltre la *de cuius* aveva specificato nel testamento il forte legame affettivo che l'univa all'attore, differenziando in tal modo la sua posizione da quella degli altri legatari, aggiungendo che il T. era una persona di famiglia conosciuta da oltre trenta anni, di fiducia e gradita.

La possibilità di risolvere la controversia alla luce della sola lettura della scheda testamentaria rendeva irrilevante l'esame del primo motivo di appello con il quale si contestava la possibilità di avvalersi della deposizione testimoniale resa dai testi D.R. e F.F., atteso che si trattava di soggetti che la convenuta aveva convenuto in altro giudizio al fine di fare accertare la loro incapacità a succedere alla *de cuius*, essendo stati istituiti nello stesso testamento come legatari, risultando quindi incapaci a testimoniare. Per la cassazione di tale sentenza Z.S.R. ha proposto ricorso per cassazione, articolato su tre motivi.

Resiste con controricorso T.M.

Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 102 c.p.c., in relazione agli artt. 587, 588, 733 e 734 c.c.

Si deduce che nel testamento la defunta aveva provveduto ad una minuziosa ripartizione dei suoi beni tra le persone

che “ci hanno sempre aiutato e all’occorrenza ci hanno sempre sostenuto con la loro presenza”.

Pertanto tutte le persone sono poste sul medesimo piano con l’effetto che la domanda del T. andava rivolta nei confronti di tutti gli altri soggetti beneficiati nel testamento sussistendo quindi una vera e propria situazione di litisconsorzio necessario.

Il secondo motivo di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione dell’art. 588 c.c. e l’omesso esame di un fatto decisivo.

Si deduce che l’attribuzione al T. della qualità di erede universale della defunta aveva trascurato quanto sopra esposto in occasione del primo motivo, circa la volontà della stessa testatrice di accomunare nella medesima posizione tutti i soggetti beneficiati con il testamento.

Occorreva poi considerare che i beni mobili erano di scarso valore e che il maggior vantaggio conseguito dal T. era conseguenza della sua convivenza con la *de cuius*, convivenza che aveva giustificato solo l’attribuzione di un temporaneo diritto di abitazione sulla casa nella quale viveva, essendosi ripartiti gli altri beni secondo quote ben precise.

I due motivi che possono essere congiuntamente esaminati per la loro connessione, sono infondati.

Quanto alla contestazione in merito alla corretta applicazione dell’art. 588 c.c., bisogna innanzitutto ricordare che è consolidato orientamento di questa Corte quello secondo cui, nell’interpretazione del testamento, il giudice di merito, mediante un apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione se congruamente motivato, deve accertare, in conformità al principio enunciato dall’art. 1362 c.c., applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria, quale sia stata l’effettiva volontà del testatore, valutando congiuntamente l’elemento letterale e quello logico ed in omaggio al canone di conservazione del testamento (Cass. n. 24163/2013; Cass. n. 23278/2013). In particolare, l’assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale, ove il testatore abbia inteso chiamare l’istituto nell’universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli abbia voluto attribuire singoli ed individuati beni (Cass. n. 23393/2017).

Inoltre (cfr. Cass. n. 24163/2013) in tema di distinzione tra erede e legatario, ai sensi dell’art. 588 c.c., l’assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale (*institutio ex re certa*) qualora il testatore abbia inteso chiamare l’istituto nell’universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli abbia voluto attribuire singoli, individuati, beni, così che l’indagine diretta ad accertare se ricorra l’una o l’altra ipotesi si risolve in un apprezzamento di fatto, riservato ai giudici del merito e, quindi, incensurabile in cassazione, se congruamente motivato.

Nella fattispecie emerge che la sentenza gravata nel pervenire all’approdo interpretativo qui contrastato è partita proprio dal tenore letterale delle espressioni usate nell’atto di ultima volontà evidenziando che solo al T. era stata attribuita, oltre ad una quota di un immobile, la generalità

di tutti i beni mobili, laddove agli altri soggetti beneficiati era stata lasciata solo una quota su singoli beni immobili (cfr. per la possibilità di ricavare un’istituzione di erede *ex art.* 588 c.c. nel caso in cui ad un soggetto sia attribuita la generalità dei beni mobili, Cass. n. 6516/1986).

A tale dato oggettivo che pur deponesse per la qualità di erede in capo all’attore, la sentenza ha poi correlato le peculiari espressioni riservate al T., e differenti da quelle invece riservate agli altri beneficiati (per i quali valgono le espressioni richiamate nel motivo di parte ricorrente), avendo i giudici di appello rimarcato il differente trattamento riservato anche sul piano del riconoscimento affettivo.

La differente formula utilizzata per il controricorrente rispetto a quella invece usata per tutti gli altri soggetti individuati come meri legatari implica un adeguato apprezzamento anche delle specifiche volontà testamentarie, combinata con il differente trattamento riservato anche sul piano delle assegnazioni successorie di tal che, attesa l’incensurabilità della valutazione resa sul punto dalla Corte d’Appello, risulta evidente come la ricorrente aspiri ad un’alternativa soluzione, senza che però quella contestata si palesi come assolutamente insostenibile o evidentemente affetta da irragionevolezza.

Ne deriva che anche le circostanze che si assume siano state trascurate da parte del giudice di appello ai fini della qualificazione della posizione del T. appaiono prive del carattere della decisività, rientrando infatti nella discrezionale valutazione dei fatti di causa, la valorizzazione tra i molteplici elementi di carattere probatorio, di quelli che si ritengono risolutivi ai fini della corretta attribuzione della qualità di erede ovvero di legatario.

Una volta quindi ribadita la incensurabilità della attribuzione della qualità di erede al T. e di riflesso della individuazione degli altri beneficiati quali legatari, risulta palese altresì l’infondatezza della denuncia circa la pretesa violazione dell’art. 102 c.p.c.

In tal senso va rilevato che quella proposta dal T. costituisce una domanda di mero accertamento, finalizzata a vedere riconosciuta la sua qualità di erede ma nei confronti non della generalità dei legatari, ma esclusivamente, ed in conformità con quanto prescritto dall’art. 100 c.p.c., che presuppone per l’ammissibilità della domanda di mero accertamento, uno specifico interesse ad agire, nei riguardi esclusivamente di chi tra i vari beneficiati nel testamento, contestava la qualità in esame.

Ne deriva che la legittimazione a contraddire è stata correttamente affermata nei confronti dell’odierna ricorrente, senza che si palesi la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri soggetti ai quali sono state riservate attribuzioni patrimoniali nel testamento.

Il terzo motivo di ricorso denuncia la violazione e falsa applicazione dell’art. 246 c.p.c. in relazione agli artt. 404, 405, 411 c.c. ed in relazione agli artt. 414, 596 e 599 c.c. In merito alle testimonianze rese in primo grado dai coniugi D. di P., si ricorda che gli stessi sono stati convenuti in giudizio dalla ricorrente in un diverso procedimento al fine di fare accertare la nullità delle disposizioni testamentarie in loro favore, in quanto il D. era amministratore di

sostegno della testatrice, estendendosi l'incapacità di ricevere per testamento anche alla moglie.

Ciò rendeva gli stessi incapaci a testimoniare sicché non poteva tenersi conto del contenuto delle loro deposizioni. Il motivo è infondato.

La Corte d'Appello, in relazione al primo motivo di appello della Z.S. che analogamente a quanto avvenuto in questa sede si doleva dell'utilizzazione di tali deposizioni ai fini della decisione, ha dichiaratamente affermato che poteva pervenirsi all'attribuzione della qualità di erede universale in favore del T. prescindendo dall'utilizzo delle prove testimoniali, ma fondandosi sul solo contenuto della scheda testamentaria.

È palese quindi che la decisione gravata abbia totalmente prescisso dall'apporto probatorio in esame sicché la doglianza in ordine all'incapacità a testimoniare risulta del tutto inidonea ad inficiare la correttezza della decisione gravata, palesandosi del tutto priva di fondamento, in assenza di una concreta riprova sulla base del tenore della motivazione della sentenza gravata, l'affermazione secondo cui le testimonianze de quibus abbiano in ogni caso concorso a far maturare il convincimento del giudice di appello. Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto al T.U. di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, il comma 1 *quater* - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al rimborso delle spese in favore del controricorrente che liquida in complessivi Euro 5.200,00 di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre spese generali pari al 15% sui compensi, ed accessori come per legge;

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente del contributo unificato per il ricorso principale a norma dello stesso art. 13, art. 1 *bis*, se dovuto.

## **Principi di autonoma interpretazione del testamento e *heredis institutio ex re certa* di Antonio Donato (\*)**

Il commento, muovendo dal principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte, si sofferma sul collegamento tra dato letterale e criterio logico-funzionale ai fini dell'interpretazione delle disposizioni testamentarie, da valutare nel loro complesso ed anche alla luce di elementi estrinseci, ove capaci di chiarire ed esplicitare la lettera della dichiarazione e fare così emergere la volontà del testatore. Si argomenta al riguardo - a fronte del tratteggio richiamato ai principi di cui all'art. 1362 ss. c.c., con i dovuti adattamenti - una lettura in chiave di autonomia e autosufficienza della disciplina testamentaria anche in punto ermeneutico, muovendo in particolare dalle disposizioni generali di cui agli artt. 587 e 588, commi 1 e 2, c.c., nonché da ulteriori norme interpretative, quali ad esempio quelle affidate agli artt. 625 e 628 c.c., in ragione della loro idoneità ad esprimere e fondare i principi interpretativi ribaditi dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Emerge così la non condivisibilità, per inapplicabilità e mancata soddisfazione del criterio di compatibilità e per difetto di lacuna normativa, del ricorso in via diretta o analogica alle norme di cui agli artt. 1362 ss. c.c. Da ultimo, a conferma di tale proposta ricostruttiva, vengono esaminate - in raffronto critico rispetto al testamento - le singole norme di interpretazione dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., riservando particolare attenzione al fondamento dei criteri generali di conservazione dell'atto e di interpretazione funzionale.

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

## 1. Il caso oggetto della pronuncia della Suprema Corte

La pronuncia in esame conclude un giudizio promosso - per ottenere l'accertamento dell'istituzione di erede *ex re certa* - dal beneficiario, in forza di testamento, del 50% della proprietà di un immobile, nonché di tutti i beni mobili e del diritto di abitazione sulla casa nella quale l'attore viveva, nei confronti di colei che, a sua volta beneficiaria in forza del testamento della sola quota di un bene immobile, contestava lo *status* di successore a titolo universale dell'attore, chiedendo anzi nel medesimo giudizio, in via riconvenzionale, il riconoscimento in proprio favore della qualità di erede.

Si era posta, dunque, la questione di interpretare, a mente dell'art. 588 c.c., la scheda testamentaria, onde comprendere quale fosse l'effettivo significato da attribuire, in base alla volontà della testatrice, alle disposizioni relative ai beni e quote di beni, e, all'esito, comprendere se, e quale, delle parti fosse da ritenersi erede, in luogo di legatario, ad ogni effetto. Il contraddittorio, in particolare, si era incentrato (oltre che su talune dichiarazioni contenute nella scheda, esplicative dei rapporti personali della testatrice, soprattutto con l'attore) su alcune differenze che caratterizzavano le disposizioni testamentarie in favore dell'attore, con particolare riguardo all'attribuzione allo stesso della generalità dei beni mobili e del diritto di uso e abitazione, oltre alla quota di altro immobile, mentre ai restanti beneficiari era devoluta solo la quota di singoli beni immobili.

La Suprema Corte, premessa in punto giuridico la necessità di ricercare l'effettiva volontà del testatore sulla base della lettera della scheda da esaminare congiuntamente al criterio logico, ha ritenuto esente da censure la pronuncia di merito, la quale - all'esito della disamina della scheda testamentaria nel suo complesso - aveva ravvisato una *heredis institutio ex re certa* in favore dell'attore. Il Giudice di legittimità, nel dettaglio, ha ritenuto corretto l'*iter* motivazionale che, muovendo dal tenore delle espressioni utilizzate nell'atto di ultima volontà, aveva evidenziato che solo all'attore risultava attribuita, oltre ad una quota di un immobile, la generalità di tutti i beni mobili. Tale dato, relativo alla disposizione istitutiva di per sé considerata e che deponeva per la qualità di erede,

risultava poi confortato dall'esame complessivo delle dichiarazioni della testatrice, e, in particolare, dalle peculiari espressioni riservate all'attore ed espressive di un peculiare riconoscimento affettivo, a differenza di quelle destinate agli altri beneficiari.

Secondo la Suprema Corte, invero, "la differente formula utilizzata per il controricorrente rispetto a quella invece usata per tutti gli altri soggetti individuati come meri legatari implica un adeguato apprezzamento anche delle specifiche volontà testamentarie, combinata con il differente trattamento riservato anche sul piano delle assegnazioni successorie di tal che, attesa l'incensurabilità della valutazione resa sul punto dalla Corte d'Appello, risulta evidente come la ricorrente aspiri ad un'alternativa soluzione, senza che però quella contestata si palesi come assolutamente insostenibile o evidentemente affetta da irragionevolezza".

Ne deriva la correttezza dell'accertamento della qualità di erede in capo all'attore (1). Né, tenuto conto dell'idoneità della scheda testamentaria, valutata nel suo complesso, a consentire il convincimento del Giudice in merito all'effettiva volontà della testatrice, vi è, secondo la Corte, motivo per indagare (e censurare in sede di legittimità) la capacità a testimoniare di taluni soggetti che erano stati escussi in primo grado, non avendo il Giudice di merito ritenuto di fare riferimento agli elementi estrinseci, eventualmente portati dall'escussione testimoniale, per interpretare l'atto testamentario.

## 2. La centralità della ricerca dell'effettiva intenzione del testatore e il canone logico-funzionale di interpretazione del testo

La decisione della Suprema Corte in commento, nell'affrontare la questione della distinzione, secondo l'art. 588 c.c., tra disposizioni a titolo universale e disposizioni a titolo particolare, condensa, con efficace sintesi, le coordinate giuridiche normalmente poste alla base dell'ermeneutica testamentaria, ossia la necessità di indagare la "effettiva volontà" del testatore, valutando "congiuntamente" l'elemento "letterale" e quello "logico", nel rispetto del canone di conservazione del negozio.

Statuisce, in particolare, la Corte - ponendosi così in linea con le precedenti, ma anche ancor più recenti,

(1) In ragione della natura di mero accertamento della domanda proposta, finalizzata a vedere riconosciuta la qualità di erede nei confronti non della generalità dei legatari, ma esclusivamente, ed in conformità con quanto prescritto dall'art. 100 c.p.c., nei riguardi di chi, tra i vari beneficiari dal testamento, contestava detta qualità,

la Corte ha escluso - sul piano processuale, rigettando conseguentemente il relativo motivo di gravame - la necessità di integrare il contraddittorio ex art. 102 c.p.c. nei confronti degli altri soggetti ai quali il testamento aveva riservato attribuzioni a titolo particolare.

pronunce di legittimità (2) - che “nell’interpretazione del testamento, il giudice di merito, mediante un apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione se congruamente motivato, deve accertare, in conformità al principio enunciato dall’art. 1362 c.c., applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria, quale sia stata l’effettiva volontà del testatore, valutando congiuntamente l’elemento letterale e quello logico ed in omaggio al canone di conservazione del testamento”; occorre in sostanza ricavare - si precisa nel prosieguo della motivazione, qui invocando direttamente l’art. 588 c. c. - cosa il testatore abbia “*inteso*” nell’affidare le proprie ultime volontà alla scheda testamentaria. Il richiamo alla “*effettiva volontà*” del testatore è esplicito nella copiosa giurisprudenza, anche di merito, che sottolinea la necessità, in confronto alla disciplina dell’ermeneutica contrattuale (pur normalmente ritenuta applicabile, ferma la necessità dei dovuti adattamenti), di una “più penetrante indagine sulla volontà del testatore” (3). Ferma la natura formale dell’atto testamentario, la decisione in commento offre dunque l’opportunità

di focalizzare l’attenzione - lasciando intravedere una, invero non trascurabile, peculiarità metodologica rispetto al procedere dell’ermeneusi contrattuale, su cui *infra* - sulla correlazione tra criterio letterale e criterio logico (4), manifestando così un approccio metodologico unitario che ben si concilia con la centralità della ricerca dell’effettiva intenzione del testatore e con la natura definitiva, una volta aperta la successione, dell’atto *mortis causa*. Così, il dato letterale mantiene la sua indubbia rilevanza in armonia con la solennità del testamento, ma se ne avverte, nondimeno, la non decisività e conclusività, quantomeno secondo l’espressione dei *verba* (5), tenuto conto delle innumerevoli circostanze (età, contesto, salute, cultura, rapporti personali, motivi soggettivi) che notoriamente guidano e rivelano, nella sua concretezza ed effettività, l’espressione delle ultime volontà: quel dato letterale, come rivela il principio con cui esordisce la motivazione della Suprema Corte, non rappresenta un momento separato dell’interpretazione (specie se riferito alla singola disposizione affidata alla scheda) ma deve essere valutato congiuntamente, *rectius* conformemente, al criterio logico, affinché

(2) In senso conforme, cfr. da ultimo Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, in *Notariato*, 2020, 5, 493, secondo cui “nell’interpretazione del testamento, il giudice di merito deve accertare secondo il principio generale di ermeneutica enunciato dall’art. 1362 c.c. - applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria - quale sia stata l’effettiva volontà del testatore, comunque espressa, valutando congiuntamente e in modo coordinato l’elemento letterale e quello logico dell’atto unilaterale ‘*mortis causa*’, nel rispetto del principio di conservazione (previsto dall’art. 1367 c.c.), che può dirsi immanente alla disciplina in esame”; analogamente, Cass. Civ. 12 marzo 2019, n. 7025, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. Civ. 7 maggio 2018, n. 10882, *ivi*; Cass. Civ. 24 aprile 2018, n. 10075, *ivi*; Cass. Civ. 6 ottobre 2017, n. 23393, in *CED*, 2017; Cass. Civ. 30 maggio 2014, n. 12242, in questa *Rivista*, 2014, 12, 1077 ss., con nota di Bonamini, secondo la quale pronuncia “nell’interpretazione del testamento, il giudice deve accertare, secondo il principio generale di ermeneutica enunciato dall’art. 1362 c.c., applicabile, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria, quale sia stata l’effettiva volontà del testatore comunque espressa, considerando congiuntamente ed in modo coordinato l’elemento letterale e quello logico dell’atto unilaterale *mortis causa*, salvaguardando il rispetto, in materia, del principio di conservazione del testamento”, con l’ulteriore precisazione secondo cui è “compito del giudice, nell’interpretare un testamento, quello di individuare l’effettiva volontà del *de cuius*, al di là del rigoroso significato tecnico-giuridico delle espressioni usate”; Cass. Civ. 11 aprile 2013, n. 8899, in questa *Rivista*, 2013, 11, 975 ss., con nota di Grazzini; Cass. Civ. 31 gennaio 2011, n. 2172, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 604 ss., con nota di Tessera e in questa *Rivista*, 2012, 10, 918 ss., con nota di Todeschini; Cass. Civ. 3 dicembre 2010, n. 24637, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. Civ. 21 febbraio 2007, n. 4022, in *Contratti*, 2008, 41, con nota di Petti e in *Notariato*, 2008, 130, con nota di Bertotto, secondo la quale decisione occorre procedere “in applicazione della fondamentale regola interpretativa dell’art. 1362 c.c. secondo cui elemento letterale e logico dell’atto si fondono e si coordinano a fini di individuazione della volontà delle parti, regola

appunto operante anche per i testamenti, con l’ovvio correttivo che a dover essere individuata è la volontà del testatore, parte esclusiva dell’atto unilaterale *mortis causa*”; Cass. Civ. 26 maggio 1989, n. 2556, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>: “la volontà del testatore, alla stregua del principio generale di ermeneutica di cui all’art. 1362 C.C., va individuata sulla base dell’esame globale della scheda testamentaria e non di ciascuna singola disposizione, ed il giudice del merito, nella doverosa ricerca di detta volontà, può attribuire alle parole usate dal testatore un significato diverso da quello tecnico e letterale, quando si manifesti evidente, nella valutazione complessiva dell’atto, che esse siano state adoperate in senso diverso, purché non contrastante e antitetico, e si prestino ad esprimere, in modo più adeguato e coerente, la reale intenzione del *de cuius*”.

(3) Cfr. Trib. Rovigo 23 ottobre 2019, in questa *Rivista*, 2020, 5, 465, con nota di Boselli; App. Catania 17 aprile 2019, massimata in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>: entrambe le decisioni, ad ogni modo, muovono dall’assunto di principio per cui trovano applicazione al testamento le norme sull’interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1362 ss. c.c., ove compatibili. Quanto alla necessità di una più intensa ricerca della volontà del testatore, rispetto al contratto, cfr. altresì: Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, *Ibidem*, secondo cui “è risaputo che l’interpretazione del testamento è caratterizzata, rispetto a quella contrattuale, da una più intensa ricerca ed efficacia della volontà concreta e da un più frequente ricorso all’integrazione con elementi estrinseci”; Cass. Civ. 7 maggio 2018, n. 10882, *Ibidem*; Cass. Civ. 11 aprile 2013, n. 8899, *Ibidem*; Cass. Civ. 28 novembre 1986, n. 7025, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Successione necessaria*, n. 58.

(4) Per la necessità di una considerazione congiunta e in modo coordinato dell’elemento letterale e di quello logico, cfr. espressamente, *ex plurimis*, Cass. Civ. 31 gennaio 2011, n. 2172, *Ibidem*. Parla di fusione tra elemento letterale ed elemento funzionale, in riferimento alla interpretazione del testamento: Cass. Civ. 21 febbraio 2007, n. 4022, *Ibidem*.

(5) Cfr. Bonilini, *Dei legati* (artt. 649-673), in *Il codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e dir. da Busnelli, Milano, II ed., 2006, 51.

l'interprete possa cogliere (pur senza stravolgere ciò che si è dichiarato, perché non di mera volontà interiore si tratta, bensì di volontà così come manifestata con la scheda testamentaria) (6) l'effettiva intenzione e volontà, valorizzando quei dati e quelle circostanze di cui il ragionamento logico si serve per pervenire al risultato interpretativo. Riecheggiando schemi di ragionamento non estranei ad altri campi giuridici - si pensi alla prova del nesso causale, dal settore penale a quello civile - si apre così la strada ad un criterio che consente di plasmare il risultato interpretativo, secondo ragionevolezza e adeguatezza, avendo a mente la funzione, causa concreta, del negozio testamentario (7); criterio che ben si concilia con l'esigenza di privilegiare, ove possibile e senza forzare di efficacia disposizioni prive di serietà, soluzioni che consentano alla disposizione testamentaria di produrre effetti ("in omaggio al principio di conservazione", si legge nell'ordinanza annotata) piuttosto che di restarne privi.

L'autorevole dottrina in argomento, dopo aver premesso che l'esigenza interpretativa riguarda naturalmente anche la scheda testamentaria (sia istitutiva di erede, che dispositiva di legato) (8), chiarisce - significativamente senza avvertire la necessità di menzionare a tal fine l'art. 1362 c.c. quale fonte diretta - che "l'attività interpretativa, necessaria per intendere il preciso contenuto di qualsivoglia forma rappresentativa, mira a comprendere, ove riferita al testamento, la precisa volontà del testatore, affinché sia retta-mente eseguita. Quell'attività, in altri termini, deve verificare la reale intenzione dell'autore del negozio *mortis causa*, non già limitarsi al senso letterale delle parole impiegate dallo stesso. In definitiva deve tendere alla ricostruzione della volontà del testatore" (9). Ed ancora, "l'interpretazione del testamento, come l'interpretazione di ogni altro atto giuridico, è divisa da un dato letterale e un dato funzionale. Vi concorrono, dunque, il criterio letterale e quello funzionale.

(6) Allara, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957, 46, ove si ricorre all'espressione "volizione del dichiarato"; Bonamini, *Volontà del testatore e principi di interpretazione del testamento*, nota a Cass. Civ. 30 maggio 2014, n. 12242, in questa *Rivista*, 2014, 12, 1081.

(7) Capobianco, *Il contratto dal testo alla regola*, Milano, 2006, 133, già in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, II, *Il Regolamento* a cura di Vettori: l'Autore, discorrendo della portata applicativa dell'art. 1369 c.c. in ambito contrattuale, dopo aver richiamato l'orientamento che limita la norma (quale criterio oggettivo di interpretazione) ad una applicazione sussidiaria nel caso di insufficienza dei criteri soggettivi, osserva condivisibilmente che "nella direzione di un superamento della rigida contrapposizione tra i due momenti dell'interpretazione occorre considerare, come del resto già rilevato, che la norma costituisce espressione di un importante criterio logico di interpretazione, ispirato a criteri di ragionevolezza e di adeguatezza, che impone l'interpretazione del contratto in stretta connessione con la sua causa e con il suo contenuto; sì che la sua portata applicativa [dell'art. 1369 c.c., *N.d.R.*] va ben oltre la semplice funzione di chiarire il significato di 'termini' ed 'espressioni' con più sensi, per assumere una valenza generale e sistematica diretta a ricostruire, in una prospettiva che consente di confermare l'inscindibilità dell'operazione ermeneutica di interpretazione-qualificazione, il concreto regolamento".

(8) Bonilini, *Dei legati (artt. 649-673)*, cit., 50-51, secondo cui la disposizione di legato "è soggetta alle norme generali sull'interpretazione del testamento". L'esigenza interpretativa si pone, con riguardo al testamento, a fronte di numerose questioni, tra cui a titolo esemplificativo si possono menzionare, oltre a quella della qualificazione della disposizione come a titolo universale o particolare (*ex art. 588 c.c.*), anche in rapporto alla nozione di divisione del testatore: la distinzione - basata essenzialmente sull'individuazione del soggetto (solo genericamente individuabile nel caso del *modus*) il cui interesse sia stato considerato dal testatore - tra legato e onere, al quale ultimo, peraltro, non si è mancato di riconoscere autonomia al fianco dell'istituzione di erede e della disposizione di legato: cfr. in argomento, Boselli, *Sull'interpretazione di una disposizione testamentaria ambigua*, commento a Trib. Rovigo 23 ottobre 2019, in questa *Rivista*, 2020, 5, 467 ss.; la distinzione tra *modus* e condizione apposta all'istituzione di erede o disposizione di legato: cfr. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Milano, X ed., 2020, 302; la concreta delineazione del meccanismo della sostituzione

ordinaria *ex art. 688 c.c.*; la configurabilità di un legato condizionato al perdurare del celibato o della vedovanza, valido *ex art. 636, cpv., c.c.*, piuttosto che di una condizione di non contrarre matrimonio, passibile di sanzione di illiceità; l'incidenza dell'apposizione di un termine iniziale alla istituzione di erede sulla volontà del testatore, per valutare se il termine debba ritenersi non apposto, oppure infici la validità dell'intera disposizione *ex art. 626 c.c.*: si legga, sul punto, Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 300; la distinzione tra legato disposto a favore del creditore (con conseguente presunzione di non soddisfacimento del medesimo a norma dell'art. 659 c.c.) e legato di prestazione in luogo dell'adempimento: cfr., in argomento, Bonilini, *Dei legati (artt. 649-673)*, cit., 343; la qualificazione in concreto della disposizione a titolo particolare come legato di alimenti *ex art. 660 c.c.* o come legato di usufrutto disposto a titolo di alimenti: cfr. Bonilini, *Dei legati (artt. 649-673)*, cit., 368; l'individuazione di un'attribuzione simultanea, a distinti soggetti, di proprietà e usufrutto, piuttosto che di un invalido fedecommissario *de residuo*: cfr., sul punto, Cass. Civ. 31 gennaio 2011, n. 2172, *Ibidem*; la sussistenza di una revoca di precedenti disposizioni testamentarie, ovvero la concorrenza di disposizioni tra loro compatibili; la configurabilità di una revocazione di revocazione del testamento, con conseguente reviviscenza delle disposizioni precedenti *ex art. 681 c.c.*: si veda, sul punto, Cass. Civ. 21 marzo 2019, n. 8031, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5, 950 ss., con nota di Munari. Sull'interpretazione del testamento in generale, devono ricordarsi, senza pretesa di esaustività: Rescigno, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952; Carleo, *L'interpretazione del testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, diretto da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 1475 ss.; Grassetti, (voce) *Interpretazione dei negozi giuridici mortis causa (Diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1962, 907 ss.; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 277 ss.; Bigliuzzi - Geri, *La volontà nel testamento e l'interpretazione*, in *Tratt. Rescigno*, VI, 77 ss.; Perego, *Interpretazione del testamento e norme sull'interpretazione dei contratti*, in *Foro pad.*, 1970, I, 547 ss.; Branca, *Dei testamenti ordinari*, Artt. 601-608, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna-Roma, 1986, 27 ss.; Delle Monache, *Il testamento. Disposizioni generali*, Artt. 587-590, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e dir. da Busnelli, Milano, 2005, 167 ss.

(9) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 277.

Il primo impone di attribuire, alle parole usate nelle disposizioni, il significato primario e tecnico che esprimono, secondo la loro connessione e attribuendo a ciascuna il significato che risulti dal complesso dell'atto; il secondo impone di verificare, avendo riguardo all'intenzione del testatore, che deve trarsi dal suo comportamento anche successivo, se il risultato letterale debba essere confermato o modificato" (10).

Il criterio logico-funzionale ben esprime, in effetti, la tipicità che il rapporto tra volontà e dichiarazione assume in ambito testamentario, orientando concretamente l'attività ermeneutica, e con essa la ricerca della "sostanza devolutiva" effettivamente voluta (11): nel caso di specie, l'istituzione di erede, pur a fronte di una disposizione riferita a singoli beni o categorie di beni. Sebbene, infatti, le circostanze in cui viene resa la dichiarazione non possano sostituirsi alla stessa (stante la solennità dell'atto) (12) e l'accertamento della volontà non possa spingersi sino a ravvisare un'intima intenzione del *de cuius* che sia nondimeno in radicale contrasto con quanto oggetto di dichiarazione, è indubbio che l'accertamento potrà anche portare a risultati diversi da quelli cui condurrebbe il mero significato delle parole, di per sé considerate, utilizzate dal testatore (13). Al riguardo, si suole richiamare la possibilità di servirsi di elementi di contesto emergenti dal documento testamentario (e dunque esaminando la scheda nella sua globalità, come avvenuto nella fattispecie qui in esame) (14), nonché

accedere in via suppletiva, ove reso necessario dal permanere dell'incertezza, ad elementi estrinseci, se dotati di capacità esplicativa o chiarificatrice del testo secondo la comune esperienza, quali la cultura, le condizioni sociali, la personalità e le abitudini del defunto, le sue vedute personali, i rapporti con i beneficiari e i comportamenti tenuti nella sua cerchia sociale (15), anche successivamente al confezionamento della scheda, nonché eventuali altri scritti riferibili al testatore, quali appunti, corrispondenza, minute testamentarie, ovvero precedenti disposizioni testamentarie (quand'anche revocate).

Se dunque, per un verso, non si potrà far dire al testamento ciò che il *de cuius* avrebbe magari voluto, ma nella specie non ha detto, per altro verso, si potrà e dovrà far dire al testamento ciò che il testatore intendeva effettivamente conseguire, anche se lo abbia espresso in maniera diversa da quanto un linguista, un giurista o anche solo un normale osservatore, che leggano la scheda indifferenti alle condizioni psico-fisiche e motivazionali del *de cuius*, si sarebbero potuti aspettare. E ciò non perché il "testo" receda rispetto al "contesto", ma perché quel "testo", inteso come forma rappresentativa utilizzata dal testatore per esprimere le proprie ultime volontà nell'ambito di un atto per sua natura non integrabile o rinnovabile una volta aperta la successione, non necessariamente è di per sé concludente (16) e rivela il suo pieno significato proprio grazie al "contesto", che consente alla dichiarazione

(10) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 277.

(11) Cfr. Bonilini, *Dei legati* (artt. 649-673), cit., 51, ove - menzionando l'art. 588 c.c. - si precisa che "non si è vincolati all'espressione, o alla denominazione, impiegata dal testatore, occorrendo sempre far emergere, al di là dei *verba*, la sostanza devolutiva".

(12) Per la considerazione secondo cui rilevano ai fini dell'interpretazione le circostanze che non solo accompagnano, ma altresì precedono e seguono la dichiarazione negoziale (nel senso che "la dichiarazione prende carattere e rilievo dalle circostanze in cui viene resa"), salvo che si tratti di negozi formali, cfr. Santoro - Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX rist., Napoli, 2002, 231.

(13) Musolino, *L'interpretazione del testamento fra regole generali e criteri peculiari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 474, secondo cui "l'interprete può attribuire alle parole adoperate dal testatore un significato differente da quello comune oppure tecnico e letterale, qualora si manifesti evidente, nella valutazione complessiva del negozio giuridico, che esse siano state adoperate in senso diverso, e tale differente significato si presti ad esprimere, in maniera più adeguata e coerente, la reale intenzione del *de cuius*".

(14) Cass. Civ. 27 marzo 2002, n. 4373, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, secondo cui non è meritevole di censura "la sentenza sotto il profilo dell'applicazione dei canoni ermeneutici, dal momento che il giudice d'appello, dopo aver dato atto dell'affermazione del Tribunale secondo cui la

disposizione testamentaria in questione 'non è un esempio di chiarezza', ha rilevato del tutto correttamente e senza alcuna contraddizione logica che la difficoltà di comprenderne '*ictu oculi*' il senso e la portata, non escludeva che il suo significato potesse emergere chiaramente, come in effetti emergeva, da una lettura attenta e complessiva dell'intera scheda testamentaria". Il richiamo all'esame globale della scheda testamentaria è costante in giurisprudenza: cfr. da ultimo, Cass. Civ. 12 marzo 2019, n. 7025, *Ibidem*; Cass. Civ. 7 maggio 2018, n. 10882, *Ibidem*; Cass. Civ. 24 aprile 2018, n. 10075, *Ibidem*; Trib. Rovigo 23 ottobre 2019, *Ibidem*.

(15) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 278.

(16) Con acutezza, si è chiarito che non è la rilevanza del testo, e dunque delle parole utilizzate dal testatore, ad essere esclusa, ma il loro valore determinante di per sé, ossia la relativa concludenza: "ove pure le parole scritte nel testamento fossero provviste di un significato proprio o di un univoco significato primario, nondimeno il testo che le raccoglie avrebbe la capacità di esprimere un significato esattamente uguale e contrario o, anche soltanto e, più semplicemente, un significato diverso, ma non opposto, da quello che il pre-concetto giuridico o letterale renderebbe preventivamente intelligente": così, Barba, *Istituzione ex re certa e divisione fatta dal testatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 1, 58. L'Autore, muovendo dall'art. 588, comma 1, c.c., soggiunge che il testo "non può essere privo di qualunque rilievo, smarrisce, soltanto, la sua precisa e preventiva funzione selettiva".

di esprimere pienamente l'intenzione del testatore (17).

La centralità della effettiva volontà del testatore (nei rapporti con la dichiarazione testuale) appare coerente con la funzione di sistemazione *post-mortem* degli interessi (18) e con la prevalenza del momento della disposizione rispetto a quello dell'attribuzione (19), nonché con la correlativa irrilevanza del principio di affidamento, che in ambito contrattuale, invece, "domina" l'interpretazione (20) e - unitamente al canone di autoreponsabilità - guida in chiave di contemperamento e sintesi il rapporto tra volontà e dichiarazione.

Si è osservato efficacemente (ben cogliendo il profilo funzionale dell'atto) che il testamento è un "monologo", non un "dialogo" (21), rispetto al quale non vi è l'esigenza di tutelare l'affidamento che una controparte contrattuale, o il destinatario degli effetti dell'atto unilaterale *inter vivos* (recettizio o meno), siano legittimati a riporre nella dichiarazione (22).

Il testo, nell'atto *mortis causa*, non riflette un accordo volto a comporre un conflitto tra parti e non pone un problema di risoluzione, attraverso l'oggettiva riconoscibilità della comune intenzione, dell'eventuale divergenza tra quanto le parti abbiano internamente voluto nell'effettuare le relative dichiarazioni (23). Nessuno spazio di rilevanza giuridica rimane, allora,

in chiave interpretativa, all'affidamento che il potenziale erede (legittimo o testamentario) o il legatario, oppure il terzo indirettamente interessato, possano riporre nel significato obiettivo delle espressioni utilizzate dal testatore, perché ciò che rileva è la sistemazione degli interessi per il periodo successivo alla morte in conformità alla effettiva volontà del testatore (24). Analogamente, nessuna presunzione di significato può attribuirsi di per sé alle parole utilizzate dal testatore, perché non rileva come il lettore le possa ragionevolmente intendere, ma appunto ciò che il *de cuius* intendeva esprimere (25): di qui l'usuale lettura dell'art. 588 c.c. - su cui si tornerà nel prosieguo - per la quale nessuna presunzione di volontà possa essere ricondotta al significato primario e letterale delle parole comuni (espressioni) e al significato proprio delle parole tecniche (denominazioni) (26). L'intenzione, in altri termini, non è quella "comune", obiettiva e controllabile, che connota il contratto, ma quella soggettiva, individuale, effettiva del disponente *mortis causa*.

Si comprende allora, in definitiva, che il criterio "logico-funzionale" che si scorge nella pronuncia in esame, quale chiave di lettura della dichiarazione affidata dal *de cuius* alla scheda, assume una precisa autonomia e valenza precettiva proprio e soprattutto al cospetto del testamento, esprimendo la necessità

(17) "La quale, come pure la comune intenzione delle parti del contratto, non è il fine dell'attività interpretativa, né può risolversi in una mera indagine psicologica o intimistico-soggettivistica. Essa è, piuttosto, un autentico e indispensabile strumento di interpretazione, che consente di selezionare tra i plausibili e possibili significati di cui il testo è capace quello più coerente con la *mens testatoris*, e la cui determinazione è offerta dalla valutazione del comportamento del testatore. Occorre, cioè, valutare il contesto, ossia gli atti, i fatti e i documenti dai quali è possibile trarre e determinare l'intenzione del testatore": così, Barba, *op. cit.*, 66. Sull'argomento in generale, occorre menzionare Irti, *Testo e contesto*, Milano, 1996.

(18) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 234.

(19) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 234; Musolino, *op. cit.*, 467, secondo cui "una caratteristica dell'interpretazione del negozio testamentario, che la differenzia fortemente dall'interpretazione dei negozi *inter vivos*, consiste nella prevalente attenzione che in essa deve attribuirsi al momento della disposizione rispetto a quello dell'attribuzione. Ciò avviene anche in considerazione del fatto che il testamento non tende a comporre gli interessi del dichiarante e dei destinatari, mirando piuttosto a manifestare la volontà del testatore (e di esso solo, indipendentemente da quella dei soggetti inclusi o esclusi dalle disposizioni *mortis causa*) con riguardo alle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (art. 587 c.c.)".

(20) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 228. Osserva Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 278-279, che "è del tutto irrilevante, invece, il modo in cui il testamento sia stato inteso dai suoi beneficiari: non operando, qui, la tutela dell'affidamento, è solo necessario accertare quanto soggettivamente intendesse, e volesse, il testatore".

(21) Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, 26-27; Bonamini, *op. cit.*, 1083.

(22) Bonilini, *Dei legati (artt. 649-673)*, cit., 52, secondo cui "è sicuro, infine, che, nell'interpretare il testamento, non si deve stabilire il senso, in cui la dichiarazione sia compresa dal destinatario (principio dell'affidamento), bensì quella in cui la stessa fu intesa dal testatore".

(23) Osserva Musolino, *op. cit.*, 467, che "l'interprete non è investito del compito di stabilire il senso in cui la dichiarazione viene compresa dal destinatario (secondo il principio dell'affidamento), bensì deve individuare il senso in cui essa venne intesa dal dichiarante". Per la distinzione, in ambito contrattuale, tra testo, dichiarazione, documento e accordo, cfr. Capobianco, *op. cit.*, 4-5. A ben vedere, in ambito testamentario sfumano sia la distinzione tra testo e dichiarazione (non potendosi configurare alcuna divergenza tra dichiarazioni diverse, come invece può accadere laddove si incontrino proposta e accettazione, e sia conseguentemente necessario valutare se sia intercorso o meno l'accordo, con i relativi effetti), sia la distinzione tra testo e documento, considerata la forma solenne del negozio testamentario.

(24) In relazione alla portata dell'art. 624 c.c. in punto di premienza di ciò che il testatore intendesse, rispetto a quanto dichiarato, e di rilevanza di quanto risulti "altrimenti" rispetto alla scheda testamentaria, cfr. Allara, *op. cit.*, 51 e 177.

(25) L'esigenza è qui opposta rispetto a quanto avviene nel caso degli atti *inter vivos*, ove - secondo il canone di buona fede di cui all'art. 1366 c.c. - "la dichiarazione non può essere intesa nel senso che le ha attribuito l'autore, se questo senso non è quello in cui può essere intesa, secondo il suo tenore, dal destinatario, o altresì dai terzi, quando anche costoro siano interessati alla dichiarazione" (cfr. Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 229).

(26) Barba, *op. cit.*, 56-57.

che l'interpretazione dell'atto sia condotta alla luce di un ragionamento unitario (appunto, logico), ove il dato letterale viene considerato alla luce degli elementi di contesto (e dunque della scheda nella sua unitarietà), ed eventualmente anche extra-testuali, ove rilevanti per la loro capacità chiarificatrice ed esplicativa della dichiarazione, secondo ragionevolezza e adeguatezza: ciò al fine di ricercare l'effettiva volontà del testatore, e con essa assicurare la piena esplicazione della funzione tipica del testamento, che - come detto - non è comporre un conflitto attraverso l'oggettivizzazione del risultato ermeneutico, ma conseguire la sistemazione di interessi (anche morali) secondo la effettiva volontà del disponente, per il periodo in cui avrà cessato di vivere (27).

Ne consegue la corretta conclusione tratta, nella specie, dalla Suprema Corte, allorché l'apparente analogia strutturale tra le disposizioni testamentarie (tutte caratterizzate dall'attribuzioni di beni o quote di proprietà su beni, senza un espresso riferimento alla qualità di erede) non ha impedito, a mente dell'art. 588 c.c., di ravvisare una istituzione di erede, allorché la particolare conformazione delle attribuzioni (rispetto a quelle destinate ai legatari), nonché il complesso delle dichiarazioni contenute nella scheda, anche in riferimento ai rapporti interpersonali con la *de cuius*, abbiano consentito di ricostruire in tal senso la *mens testatoris*.

Né, sul piano processuale, dalla pronuncia possono trarsi argomenti in senso contrario alla generale opinione che considera ammissibili tutti gli ordinari mezzi di prova, incluse presunzioni e testimonianza, al fine di dimostrare la volontà del testatore (28). Nel rigettare il motivo di impugnazione relativo alla violazione e falsa applicazione dell'art. 246 c.p.c. in punto di asserita incapacità a testimoniare dei coniugi D. di P., la Corte infatti rileva che la decisione di appello aveva del tutto prescinduto dalle dichiarazioni testimoniali, fondando il convincimento circa l'attribuzione della qualità di erede universale sul solo contenuto della scheda testamentaria, complessivamente e logicamente valutato. La pronuncia, dunque, non nega l'astratta rilevanza della prova testimoniale vertente su elementi estrinseci, ma conferma che il ricorso alla stessa è superfluo laddove la scheda testamentaria, esaminata nel suo complesso,

consenta sul piano logico di formare compiutamente il convincimento circa l'effettiva intenzione del testatore.

### 3. L'opinabile applicabilità analogica delle norme interpretative dettate per i contratti, alla luce dell'autonomia funzionale del testamento. Gli "opportuni adattamenti" quale indice della ontologica diversità della materia testamentaria

Individuato il generale canone interpretativo basato sulla ricerca della effettiva intenzione del testatore, attraverso la lettura logico-funzionale della dichiarazione testamentaria nel suo complesso, la pronuncia in commento - nel richiamare l'art. 1362 c.c. - offre lo spunto per chiedersi quale sia la fonte normativa di tale canone, a mente del fatto che anche l'interpretazione si fonda su comandi giuridici, rivolti prima di tutto al Giudice, oltre che ai soggetti che traggono dal negozio il criterio per il loro comportamento (29).

Si suole affermare che le norme dettate in materia di interpretazione contrattuale (e dei negozi *inter vivos*), attesa la loro *vis expansiva*, trovano applicazione al testamento, ferma la necessità di indagare quali di esse possano effettivamente venire concretamente in rilievo secondo il criterio di compatibilità (30). La fonte della necessità di ricercare l'intenzione del testatore, da accertare attraverso elementi testuali ed eventualmente, nei casi dubbî, extra-testuali, sarebbe dunque da ravvisarsi negli artt. 1362 ss. c.c., ove, appunto, compatibili (ossia con gli opportuni adattamenti, per richiamare la statuizione della Suprema Corte qui in commento).

L'assunto, oggetto di riproposizione spesso acritica, merita qualche approfondimento, proprio in ragione delle peculiarità che il procedimento ermeneutico assume in ambito testamentario e della sensazione che si trae leggendo la copiosa dottrina e giurisprudenza in materia, ove, al di là di tralattizi richiami all'art. 1362 c.c., la regola interpretativa sembra piuttosto nascere dalla percezione delle esigenze poste in concreto dal testamento e dalla relativa funzione tipica, per poi essere astratta e ricondotta alle disposizioni dettate in ambito contrattuale. Una sorta di inversione concettuale, dunque, rispetto al

(27) Peraltro l'indirizzamento della vocazione nei diritti ereditari non esaurisce la funzione del testamento, che ben può prestarsi a dichiarazioni di scienza o disposizioni volte a realizzare interessi di indole morale e non patrimoniale del testatore: cfr. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 258.

(28) Musolino, *op. cit.*, 476-477. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 278, ove opportunamente si

ricorda la finalità chiarificatrice degli elementi estrinseci rispetto al testo.

(29) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 227-228.

(30) Musolino, *op. cit.*, 468-470; Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 233.

principio per cui “non vi è interpretazione senza una norma che la disciplini” e ne assicuri così la legalità e “controllabilità” (31), in cui invece la regola sembra plasmata *ad hoc* al momento della sua applicazione, per poi ricercarne *ex post* il fondamento in norme generali.

La stessa giurisprudenza, a ben vedere, mostra di non essere insensibile a letture diverse, rispetto all'inquadramento sistematico sopra accennato, laddove - nel richiamare talune regole di ermeneutica riflesse nelle norme dettate dal Codice civile in materia di contratti - non manca di precisare, significativamente in chiave distintiva (e talora avversativa), che la natura del negozio *mortis causa*, oltre ad escludere l'applicazione delle norme incompatibili con tali atti, “rende ad ogni modo necessaria una più penetrante ricerca della volontà del testatore” (32).

Un primo spunto offerto proprio dalla decisione in commento attiene al fatto che la Corte, nel richiamare l'art. 1362 c.c., riconduce il referente dell'attività applicativa del giudice, non già direttamente alle norme contenute nella relativa disposizione - richiamo che avrebbe imposto quantomeno la distinzione tra i due commi ivi contemplati - bensì al “principio enunciato” dall'art. 1362 c.c., secondo un meccanismo di rinvio (talora motivato, significativamente, alla luce del carattere di “stretta logica giuridica” sotteso alla norma contrattuale) (33) ricorrente nella giurisprudenza in materia: in altra recente decisione la stessa Suprema Corte,

riferendosi alle “regole ermeneutiche di cui all'art. 1362 c.c. (applicabili, con gli opportuni adattamenti, anche in materia testamentaria)”, ha appunto ricondotto il referente di tale attività applicativa al “principio generale di ermeneutica enunciato dall'art. 1362 c.c.” (34), più che alla norma in sé. A ciò si aggiunge il limite e contemperamento rappresentato dagli “opportuni adattamenti”, di cui gli interpreti avvertono pacificamente la necessità.

Ebbene, il riferimento al principio generale espresso dall'art. 1362 c.c., unitamente all'adattamento richiesto dalla peculiarità dell'atto *mortis causa*, pare da non sottovalutare.

In primo luogo, e sul punto gli interpreti sono per la maggioranza concordi, si conferma l'impossibilità di applicare direttamente - ossia senza l'intermediazione del criterio analogico - l'art. 1362 c.c. e le disposizioni seguenti, in quanto tali, alla materia testamentaria. Del resto, pur non mancando voci dottrinali in senso diverso (35), si osserva che la mancata predisposizione nel Codice civile di un sistema di norme regolanti l'interpretazione del testamento, a differenza di quanto avviene con riguardo al contratto, non toglie che le norme racchiuse negli artt. 1362-1371 c.c. siano “inutilizzabili, *tout court*, nell'interpretazione del testamento, dato che l'art. 1324 pone una regola, che non gli è riferibile” (36). Lo stesso criterio di compatibilità, così come delineato in termini generali dall'art. 1324 c.c., suscita - avverso chi lo ritenga invocabile al testamento (37) -

(31) Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, 1017: l'Autore evidenzia opportunamente il requisito di controllabilità dell'interpretazione contrattuale, cui si perviene assicurando alla stessa valore legale e dimensione procedurale (Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, cit., 1048).

(32) Cfr., ad esempio, Trib. Bolzano, Sez. I, 30 aprile 2020, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it> (s.m.): “In tema di successione testamentaria, all'interpretazione del testamento sono in linea di principio applicabili le regole di ermeneutica dettate dal codice civile in tema di contratti. Tuttavia, la natura di atto unilaterale non recettizio del negozio '*mortis causa*', oltre ad escludere l'applicazione delle norme incompatibili con tali atti, rende ad ogni modo necessaria una più penetrante ricerca della volontà del testatore, che può andare oltre la singola dichiarazione e abbracciare la scheda testamentaria nella sua globalità. La considerazione di elementi estrinseci al testamento e comunque riferibili al testatore, quali la mentalità, la cultura, la condizione sociale o l'ambiente di vita, potrà, invece, soccorrere unicamente in via sussidiaria, ove, cioè, dal testo dell'atto non emerga con certezza l'effettiva intenzione del '*de cuius*' e la portata della disposizione”; analogamente, cfr. Trib. Vicenza 24 aprile 2020, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it> (s.m.). Sul punto, cfr. altresì Cass. Civ. 3 dicembre 2010, n. 24637, *Ibidem*, nonché da ultimo, Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, *Ibidem*, secondo cui “l'interpretazione del testamento è caratterizzata, rispetto a quella del contratto, da una più penetrante ricerca, al di là della mera dichiarazione, della volontà del testatore, la quale, alla

stregua delle richiamate regole ermeneutiche, va individuata sulla base dell'esame globale della scheda testamentaria, con riferimento, essenzialmente nei casi dubbi, anche - in relazione all'art. 1368 c.c. - ad elementi estrinseci alla scheda, come la cultura, la mentalità e l'ambiente di vita del testatore, con la conseguenza che il giudice di merito può attribuire alle parole usate dal testatore un significato non del tutto coincidente con quello tecnico e letterale, quando si manifesti evidente, nella valutazione complessiva dell'atto, che esse siano state adoperate in un senso non del tutto appropriato, purché non contrastante ed antitetico, e si prestino ad esprimere, in modo più adeguato e coerente, la reale intenzione del '*de cuius*'. Sul richiamo all'art. 1368 c.c., v. *infra*, par. 4.

(33) Dusi, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1977, I, 241.

(34) Cass. Civ. 30 maggio 2014, n. 12242, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(35) In tal senso, Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, II ed., Torino, 1960, 367 ss.

(36) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 277; Irti, *Per una lettura dell'art. 1324 c.c.*, in *Riv. civ.*, 1994, I, 560 ss. In senso contrario, Musolino, *op. cit.*, 471, secondo cui elementari esigenze di economia legislativa porterebbero a ritenere invocabili, in assenza di una specifica disciplina, le norme sull'interpretazione dei contratti (quali “regole di diritto comune, prese a riferimento per ogni branca del diritto privato”), tramite l'art. 1324 c.c. e ove compatibili.

(37) Oppo, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, ora in *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1998.

il difficilmente superabile rilievo critico secondo cui l'esplicito riferimento agli atti tra vivi aventi contenuto patrimoniale, contemplato appunto nell'art. 1324 c.c. a mente dell'ontologica tipicità del negozio *mortis causa*, costituisce un limite di sistema all'applicazione diretta delle disposizioni contrattuali al testamento, non trovando spazio, e comunque non risultando soddisfatto, il criterio di compatibilità (38).

Nondimeno, gli Autori tendono a ricavare dall'assenza - quantomeno in punto di tecnica normativa - di uno specifico sistema di norme regolanti l'interpretazione del testamento la conferma della insufficienza delle norme dettate in materia testamentaria ad offrire un sistema ordinato di canoni paragonabile a quello disegnato per il contratto, derivandone - come sopra anticipato - la necessità di ricorrere, in chiave integrativa e precettiva, alle regole dettate dagli artt. 1362 ss. c.c., ancora una volta in quanto compatibili (39). Lo strumento giuridico prevalentemente invocato a tal fine è l'*analogia legis* di cui all'art. 12, comma 2, delle Preleggi (40): posto infatti che l'art. 1324 c.c. esclude espressamente l'applicazione diretta (tramite il criterio di compatibilità) di quelle norme ai negozi diversi dagli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (con esclusione, dunque, proprio del testamento (41)), si suole aprire all'applicazione analogica degli artt. 1362 ss. c.c. sulla base di un criterio di ritenuta somiglianza della materia da regolare e della *ratio* ad essa sottesa (42). La portata concreta di tale estensione analogica è peraltro oggetto di ampio dibattito e confronto critico in dottrina, trovando per lo più

forti limitazioni i criteri di interpretazione oggettiva e il canone della buona fede di cui all'art. 1366 c.c. (in argomento, v. *infra*, par. 5).

Posto tale diffuso approccio, merita tuttavia osservare che la premessa del ragionamento - certamente corretta sul piano descrittivo e di tecnica legislativa -, ossia l'assenza di un sistema ordinato di norme sull'interpretazione del testamento, non necessariamente implica anche la conseguenza sul piano precettivo che si suole trarne, vale a dire l'applicabilità analogica delle disposizioni dettate per i contratti e per i negozi unilaterali tra vivi, pur entro i limiti della compatibilità, al testamento.

Un indice di ciò, oltre che dal già richiamato rinvio ai "principi" desumibili dalle norme interpretative, sembra potersi trarre proprio dal costante richiamo, in giurisprudenza (si consideri la decisione qui commentata) e in dottrina, al criterio "logico" e agli "opportuni adattamenti" che il testamento richiede allorché si tratti (in tesi) di procedere all'applicazione dei principi sottesi all'art. 1362 c.c. È ragionevole ritenere, infatti, che questa apparente clausola di salvaguardia non si limiti alla normale tecnica di operatività del meccanismo analogico - in quanto riferito a casi simili o materie analoghe, e dunque non identiche -, bensì rifletta, appunto sul piano logico, la peculiare natura ed autonomia, strutturale e funzionale, del testamento, quale unico negozio *mortis causa* che consente la sistemazione di interessi, patrimoniali e non, per il periodo successivo alla morte del disponente secondo la volontà di quest'ultimo (43). La norma di sistema di cui all'art. 1324 c.c., del resto, pare ulteriormente confermare

(38) La critica è correttamente mossa da Barba, *op. cit.*, 65, nt. 49.

(39) Bonamini, *op. cit.*, 1077 ss., secondo cui "se, infatti, non possa negarsi l'esistenza di disposizioni dedicate all'interpretazione del testamento, già all'interno del diritto delle successioni, va osservato come esse diano soluzione a questioni particolari, dalle quali è sì possibile dedurre i frammenti di principi più generali, ma, con le quali, non pare consentita la ricostruzione di un sistema ordinato di canoni ermeneutici paragonabile a quanto predisposto dal Codice civile in riferimento all'interpretazione del contratto. [...] Non pare casuale, allora, il riferimento della dottrina prevalente, e della unanime giurisprudenza, ad alcuni dei canoni disposti dagli artt. 1362 ss. c.c., anche per procedere all'interpretazione del negozio testamentario".

(40) Grassetti, *op. cit.*, 907-908, secondo cui è inevitabile il ricorso all'*analogia legis* per applicare al negozio testamentario le norme dettate in materia contrattuale, essendo l'applicabilità diretta esclusa espressamente dall'art. 1324 c.c. L'Autore, peraltro, ritiene applicabili i canoni di interpretazione soggettiva e l'art. 1367 c.c. in punto di conservazione del negozio. Cfr., altresì, Boselli, *op. cit.*, 469; Bonamini, *op. cit.*, 1084.

(41) Appare invero arduo ritenere che la norma operi soltanto "in positivo", nel senso di estendere le norme contrattuali agli atti tra vivi ivi menzionati, ma senza una specifica portata preclusiva. Invero, che la formulazione dell'art. 1324 c.c. escluda proprio il

testamento è confermato dalla centralità funzionale che quest'ultimo riveste, quale unico negozio *mortis causa* idoneo a dare sistemazione agli interessi, patrimoniali e non, per il tempo successivo alla morte del disponente: cfr. Bonilini, *Autonomia negoziale e diritto ereditario*, in *Riv. not.*, 2000, 970 ss.; Bonilini, *Il negozio testamentario*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 6 ss.

(42) Bonamini, *op. cit.*, 1084. Per la distinzione tra applicabilità diretta delle norme e *analogia legis*, si rinvia a Benedetti, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, 8 ss.

(43) Bonilini, *Dei legati (artt. 649-673)*, cit., 40, secondo cui "è affermazione sicura, che, a parte i così detti legati ex lege, il testamento si presenta, nel nostro ordinamento giuridico, come il solo atto che può designare (sia eredi, sia) legatari, stante anche il perentorio, permanente divieto dei patti successori, fissato dall'art. 458 cod. civ.". Sulla stretta correlazione tra causa e volontà, soprattutto in ambito testamentario, cfr. Pugliatti-Falzea, *I fatti giuridici*, ristampa con pref. di Irti, Milano, 1996, 105.

La rilevanza della volontà del testatore, al fine di orientare gli obiettivi dell'attività ermeneutica, non pare inficiata dai limiti che l'autonomia del *de cuius* incontra nel sistema successorio, né dai rilievi, di autorevole dottrina, circa la diversa funzione che la volontà riveste in ambito testamentario rispetto ai negozi *inter*

l'autonomia del negozio testamentario sotto il profilo funzionale e di disciplina, in coerenza con il principio che, vietando i patti successorî, esclude la configurabilità del contratto ereditario (44).

Efficacemente, nel criticare la tesi per cui l'art. 588 c. c. conterrebbe una disciplina speciale rispetto a quella sulla interpretazione del contratto, si è osservato che "non giova, neppure, il richiamo alla figura del negozio giuridico. Perché, ove così si ragionasse, delle due, soltanto l'una: o si considerano contratto e testamento come negozi giuridici e, allora, entrambe le loro discipline sono speciali, ovvero, pur non contestando il condiviso e indivisibile fondamento negoziale di entrambi, si prescindono dalla loro riconducibilità alla categoria del negozio, la quale, per altro, sprovvista di una disciplina generale, ha punto valore logico-ordinante, e si postula che entrambe sono discipline generali" (45).

Il carattere definitivo e non rinnovabile, né esplicabile dal suo autore, dell'atto testamentario (46) implica che il rapporto tra volontà e dichiarazione assuma, come anticipato nel paragrafo che precede, tratti tipici, rendendo perfino fisiologico che la dichiarazione - alla luce delle più diverse condizioni personali, psicologiche, mediche, culturali in cui il *de cuius* possa versare - non esprima in maniera conclusiva la volontà del testatore. Si è al riguardo

efficacemente osservato che "ciò che muta, rispetto all'interpretazione della legge, all'interpretazione del contratto e all'interpretazione dell'atto unilaterale in senso stretto, non è tanto e soltanto la dinamica del difficile rapporto tra testo e contesto, tra dato letterale e funzionale, quanto, la prospettiva attraverso la quale si deve svolgere l'indagine, in uno con la consapevolezza che quel testo ha, a differenza degli altri, il fragile tratto della definitiva e assoluta irripetibilità" (47).

L'incidenza che rivestono, quale mezzo (e non fine) ermeneutico (48), l'autonomia funzionale (dunque causale) del testamento e, in ragione di essa, il diverso atteggiarsi (rispetto al contratto) del rapporto tra effettiva volontà e dichiarazione, alla luce dell'irrelevanza del principio di affidamento (49), porta in definitiva a ravvisare, nel testamento, presupposti di fondo distinti rispetto a quelli dell'attività ermeneutica in ambito contrattuale. La stessa strutturale estraneità del negozio *mortis causa* all'esigenza di composizione oggettiva di un conflitto tra parti (come avviene invece in ambito contrattuale (50)) implica il peculiare atteggiarsi del principio generale di autonomia negoziale (del testatore), e in particolare del suo risvolto negativo di divieto di eteronomia (quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui) (51), dal

vivos, avendo a tal proposito a mente G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 56: "nei negozi *inter vivos* è la volontà 'del trasmittente a creare nell'acquirente il titolo giuridico all'acquisto, in quanto la medesima volontà ha ad un tempo l'efficacia di sciogliere il rapporto tra il diritto e il titolare originario e di ricostituirlo in capo ad altro soggetto, e rappresenta il mezzo di esercizio del diritto'. Completamente diversa è la funzione della volontà nei negozi *mortis causa*; questa infatti non è 'la causa produttiva dello scioglimento del vincolo fra la persona e il diritto in quanto causa esclusiva e immediata di tale scioglimento è la morte, né la causa efficiente dell'acquisto che va invece ricercata tutta nella posizione dell'acquirente (erede) quale è configurata dalla norma'. Limitata appare, con ciò, la funzione della volontà del *de cuius*, la quale può dentro certi limiti 'determinare la direzione in cui ha da operare il titolo che legittima l'acquisto, e parzialmente modificare il contenuto del fenomeno e il modo del suo svolgimento'" (le citazioni inserite nel testo qui riportate sono tratte, dall'Autore, dal pensiero di Nicolò, *ivi* citato). L'Autore, nel prendere in considerazione l'osservazione di Santoro - Passarelli secondo cui la volontà del testatore opera nei limiti in cui la legge la ammette (con la conseguenza che vi sono effetti riconducibili alla vocazione testamentaria, che si aggiungono a quelli voluti dalla legge), precisa che "quando si pone nella legge la fonte unica del fenomeno successorio, non si esclude ogni rilevanza della volontà. Indubbiamente 'la legge prende in considerazione, almeno, normalmente, la volontà del *de cuius* legittimamente manifestata, ma tale volontà serve ad imprimere una certa direzione alla vocazione, mira a designare un determinato destinatario di questa, ma non può avere l'efficacia di creare essa stessa la vocazione, ossia il titolo giuridico dell'attribuzione della complessa posizione giuridica ereditaria'" (G.B. Ferri, *op. cit.*, 53-55).

(44) Figura alla quale non è riconducibile, quale atto *inter vivos*, il patto di famiglia disciplinato dagli artt. 768-bis ss. c.c., pur connotandosi tale contratto per una causa complessa, ove l'immediato (parziale) effetto traslativo si connota anche per la funzione di anticipata divisione di beni che, verosimilmente, cadrebbero in successione in caso di morte: cfr. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 215 e 257.

(45) Barba, *op. cit.*, 55-56.

(46) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 278.

(47) Barba, *op. cit.*, 56.

(48) Barba, *op. cit.*, 56.

(49) Cfr. Cicu, *Il testamento*, Milano, 1942, 120.

(50) Per apprezzare la differenza, sul piano ermeneutico, tra contratto e testamento, merita menzionare, rispetto al primo, le parole di Capobianco, *op. cit.*, 4-5: "all'atto della conclusione del contratto, nell'oggettività del testo trovano la loro composizione, e si superano quindi, dissolvendosi, le singolarità delle dichiarazioni delle parti e la particolarità degli interessi che le stesse esprimono"; è *ivi* richiamato, nello stesso senso, Schlesinger, *Completeness del procedimento di formazione del contratto ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1364 ss.

(51) Il rapporto tra autonomia negoziale e conflitto di interessi (ritenuto strutturale nell'ambito della dialettica tra proponente ed accettante) in ambito contrattuale è alla base della interessante decisione con cui le Sezioni Unite dalla Cassazione hanno affermato, in materia fallimentare, il principio per cui sono escluse dal voto sulla proposta di concordato fallimentare e dal calcolo delle maggioranze le società che controllano la società proponente il concordato medesimo o che sono da essa controllate o sottoposte a comune controllo. In motivazione si legge, in particolare, che "il tema del conflitto di interessi dei creditori nei concordati di massa è stato oggetto di attenzione in dottrina, rinvenendosi in

momento che lo stesso può esplicarsi pienamente senza incontrare il limite, in chiave interpretativa, della composizione e del bilanciamento tra interessi strutturalmente in conflitto. In questo senso può dirsi che l'adeguata verifica dell'intenzione effettiva del testatore (in chiave soggettiva) assicura il pieno espletamento della funzione stessa dell'atto testamentario, comprendendosi appieno l'esigenza, avvertita da dottrina e giurisprudenza, di una più stringente ricerca della volontà del disponente.

Del resto, proprio la centralità dell'intenzione del testatore, quale profilo dirimente nell'individuazione dell'assetto di interesse perseguito, influenza, in ambito testamentario, il rapporto tra causa e motivi, ove questi ultimi si pongono talora in stretta correlazione con l'effetto di sistemazione *post mortem* perseguito, e dunque con la funzione concreta nel negozio (52).

La dimensione funzionale del negozio testamentario, il pieno esplicarsi dell'autonomia in assenza di profili di gestione del conflitto e la forte valenza causale dell'intenzione soggettiva del testatore, paiono elementi di differenziazione rilevanti al fine di escludere che l'interpretazione del testamento costituisca "caso simile o materia analoga" ai sensi dell'art. 12 delle Disposizioni preliminari al Codice civile rispetto all'interpretazione del contratto. Così come autorizzano legittimamente a dubitare che possa ravvisarsi un rapporto *genus-species* tra norme sull'interpretazione contrattuale e testamentaria: del resto, "quando l'essenza del negozio è ravvisata nell'energia creatrice della volontà, la causa prende colore soggettivo e individuale, e finisce per coincidere con la motivazione della volontà" (53).

Ne deriva che quegli adattamenti richiamati dalla Suprema Corte nella decisione in commento, così come dalla costante dottrina, in quanto giustificati dalla peculiarità causale del negozio *mortis causa*,

lungi dal costituire semplici aggiustamenti di un impianto normativo ricavabile *aliunde* nelle sue linee essenziali, riflettono piuttosto l'esigenza di restituire centralità al dato funzionale, quale riflesso della interpretazione logica della lettera della scheda, portando a chiedersi se sia in effetti vero che il sistema successorio non offra analoghe norme di ricezione di principî interpretativi generali, e non sia dunque - anche da tale punto di vista - autosufficiente.

#### **4. La rilevanza autonoma delle norme interpretative dettate nel sistema testamentario, con particolare riguardo (*inter alia*) alla norma sulla *heredis institutio ex re certa* di cui all'art. 588 c.c.**

La centralità e autonomia funzionale del testamento, come si è visto, pone di per sé in dubbio, sul piano strutturale, che in materia di interpretazione possa ricorrersi al criterio analogico rispetto agli artt. 1362 ss. c.c.; del resto, se è vero che manca un sistema ordinato di norme che disciplinino nominativamente l'interpretazione della scheda testamentaria, ciò non significa, automaticamente, che sussista una lacuna da colmare sul piano normativo.

Ed è proprio l'art. 588 c.c., su cui si incentra la decisione in commento, a venire in considerazione. Come noto, nel tracciare la distinzione tra disposizioni a titolo universale e a titolo particolare, agli effetti dell'acquisto dello *status* di erede o di legatario, l'articolo prevede, al comma 1, che "le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore", precisando subito dopo che "le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario". Il comma 2, riferito tradizionalmente

esso, al pari che nelle assemblee societarie, un terreno privilegiato di verifica della tenuta di un principio cardine del diritto privato, quello dell'autonomia negoziale, vista nel suo risvolto negativo di divieto di eteronomia, ossia quale principio di intangibilità della sfera giuridica di ciascuno da parte della volontà altrui. In tale prospettiva, si è condivisibilmente osservato che l'eteronomia nei confronti della minoranza, insita nella regola di prevalenza della maggioranza, applicabile all'approvazione del concordato così come alle assemblee societarie, in tanto è compatibile con il principio dell'autonomia privata, in quanto sia giustificata dalla necessità di realizzare, appunto, un interesse comune a tutti i partecipanti; sicché il principio (di autonomia) è messo in crisi tutte le volte in cui la scelta della maggioranza sia inquinata in maniera decisiva dalla presenza, in capo a taluno dei suoi componenti, di un conflitto di interessi [...]. Ora, tra chi formula la proposta di concordato (così come, del resto, una qualsiasi proposta contrattuale) e i creditori che tale proposta sono chiamati ad accettare (così come, in genere, i destinatari di una qualsiasi proposta

contrattuale) vi è un contrasto di interessi di carattere immanente, coesistente alle loro stesse qualità, essendo l'uno propriamente qualificabile come controparte degli altri: interessato, il primo, a concludere l'accordo con il minor esborso possibile, e gli altri, all'opposto, a massimizzare la soddisfazione dei loro crediti" (Cass. Civ., SS.UU., 28 giugno 2018, n. 17186, in *Foro it.*, 2018, 12, 1, 4020 e in *Giur. it.*, 2018, 11, 2407, con nota di Spiotto).

(52) Per una recentissima dimostrazione della stretta correlazione tra motivi e intenzione del testatore, in rapporto alla funzione perseguita con il testamento, si legga Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, ove proprio la finalità espressa nel testamento di realizzare nuove chiese è stata valorizzata al fine di ritenere valida la disposizione di legato a favore dell'Ente diocesano che si occupava della relativa raccolta fondi, pur in assenza di specifica indicazione del beneficiario.

(53) Irti, *La scuola di Messina in un libro sui fatti giuridici*, prefazione a cura di Pugliatti - Falzea, in *I fatti giuridici*, Milano, 1996, XIX.

alla *heredis institutio ex re certa*, dispone che “l’indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio”.

Si afferma che l’art. 588 c.c. racchiude una norma interpretativa, e in particolare una norma “sull’interpretazione”, ossia in grado di segnare taluni criteri in base ai quali è possibile attribuire il significato giuridico alla disposizione scritta dal testatore (54).

In effetti, già alla luce del primo comma dell’articolo appena citato pare trovare conferma il canone logico-funzionale illustrato nelle pagine che precedono, laddove - avuto riguardo non a un mero problema specifico, come talvolta si sostiene, bensì ad una questione di fondo sul piano della qualificazione della fattispecie e dell’assetto giuridico delineato dal testamento (ossia la distinzione tra istituzione di erede e designazione di legatario) - orienti il rapporto tra dichiarazione e volontà nel senso di mettere al centro la seconda, al di là delle espressioni utilizzate dal testatore e di qualsivoglia esigenza di tutela dell’affidamento che i terzi possano riporre nel significato delle parole.

E così, al fine di stabilire se una disposizione, dal punto di vista del precetto che se ne trae, integri una istituzione di erede o la designazione di legato, perdono conclusione sia il significato primario e letterale delle parole comuni (espressioni), sia il significato proprio delle parole tecniche (denominazioni), con una scelta - come si è acutamente osservato - radicalmente diversa da quella operata dall’art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile (55). Né il riferimento a ciò che la disposizione “comprenda” autorizza a ritenere che il criterio abbia natura oggettivo-contenutistica, come pure si è

sostenuto (56), ossia volto ad attribuire all’atto un significato che il legislatore ritenga “obiettivamente congruo” all’esterno: la valutazione della universalità (non necessariamente onnicomprensività, potendosi riferire soltanto ad una quota) dell’oggetto della disposizione, infatti, riguarda pur sempre l’effetto (in termini di *status* del beneficiario) che il testatore abbia effettivamente inteso perseguire, indipendentemente dal mezzo espressivo utilizzato. In tale senso, non sfugge la precisazione della Corte, nella pronuncia annotata, per cui l’assegnazione di beni determinati configura una successione a titolo universale, ove il testatore “abbia inteso” chiamare l’istituto nell’universalità dei beni o in una quota del patrimonio relitto, mentre deve interpretarsi come legato se egli “abbia voluto” attribuire singoli ed individuati beni. I singoli beni, oggettivamente considerati, possono rilevare come tali, nella loro individualità, o come parametro di una quota di patrimonio: decisiva è, ancora una volta, la volontà del testatore.

Il capoverso dell’art. 588 c.c., nel valorizzare ciò che “risulta” in merito all’intenzione del testatore, per ravvisare, pur a fronte dell’individuazione di beni specifici, una *institutio ex re certa*, pone espressamente l’attenzione sulla centralità dell’intenzione del testatore in rapporto agli effetti della disposizione (57), aprendo la strada alla rilevanza di circostanze tratte dal contesto della scheda testamentaria, ma anche *aliunde* (si evidenzia in dottrina, in maniera sottile, che la norma non si riferisce a ciò che “risulta dal testamento”, ma solo a ciò che “risulta” (58)). La considerazione della scheda nel suo complesso, e se del caso delle circostanze estrinseche che consentono di illuminare il testo, può diventare decisiva al fine di cogliere se la disposizione abbia una funzione non già distributiva di un bene (o di un complesso di beni),

(54) Barba, *op. cit.*, 55, secondo cui nell’art. 588 c.c. è ravvisabile “non già una norma di interpretazione, ossia una regola che fissa il significato da attribuire, *una et semper*, a talune espressioni usate dal testatore, bensì una norma sull’interpretazione, ossia una regola che segna taluni criteri in base ai quali è possibile attribuire il significato giuridico alla disposizione scritta dal testatore”.

(55) Barba, *op. cit.*, 57-58, ove si precisa che “il legislatore pare escludere, allora, non la rilevanza, ma il valore determinante, ossia la conclusione del segno”. L’Autore osserva, inoltre, che “non soltanto non è concludente il significato delle espressioni e delle denominazioni usate dal testatore, ma non è concludente, neppure, la *tecnica logico-linguistica* alla quale il testatore affida le proprie intenzioni. Essa può essere la più varia e congeniale sia alle abitudini lessicali che al modello socio-culturale del testatore, purché, però, quali che siano le parole e quale che sia la tecnica di formulazione del pensiero, la disposizione comprenda l’universalità o la quota dei beni del testatore” (Barba, *op. cit.*, 60).

(56) Amadio, *La divisione del testatore senza predeterminazione di quote*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, 1, 246 ss.

(57) Secondo la manualistica, ricorre una *institutio ex re certa* allorché il testatore, in luogo di istituire un erede in una espressa e data quota, gli attribuisca un bene o un complesso di beni determinati, con l’intenzione però di assegnarli non già come diritto particolare, bensì come quota del patrimonio: Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 8. Secondo Trib. Monza, Sez. IV, 24 aprile 2020, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it> (s.m.): “in tema di testamento, al fine di stabilire se una disposizione testamentaria sia a titolo universale o particolare, l’interprete deve compiere una duplice indagine, l’una, di carattere oggettivo, circa il contenuto dell’atto e l’altra, di carattere soggettivo, sulla intenzione del testatore; riguardo a quest’ultima, nel caso di istituzione ‘*ex re certa*’, l’indagine deve essere più completa e penetrante di quella necessaria, invece, quando il testatore detta le disposizioni con riferimento alla quantità indeterminata dei suoi beni”; analogamente, Cass. Civ., Sez. lav., 12 luglio 2001, n. 9467, in *Giust. civ.*, 2002, I, 90.

(58) Barba, *op. cit.*, 65.

ma istitutiva in riferimento ad una quota ereditaria. Allo stesso modo, cogliendo un passaggio della pronuncia della Suprema Corte qui annotata, la corretta valorizzazione del compendio interpretativo potrà consentire di comprendere se ci si trovi di fronte ad una *institutio ex re certa* (come ritenuto nella specie) oppure ad una divisione fatta dal testatore *ex art. 734 c.c.*, a mente della differenza per cui solo nel primo caso la composizione delle quote non sarebbe predefinita dal testatore (59) e opererebbe la forza espansiva della disposizione per i beni ignorati dal testatore o sopravvenuti, ove l'*institutio* comprenda la totalità dei beni (60); mentre la divisione non avrebbe funzione istitutiva, ma mirerebbe ad impedire o far cessare la comunione ereditaria.

In sostanza, con un articolo generale volto a soddisfare un'esigenza interpretativa di fondo (ossia la qualificazione della fattispecie dispositiva, delineando la *summa divisio* tra istituzione di erede e legato) il legislatore mostra di esprimere tutti i criteri che giurisprudenza e dottrina sono soliti invocare: la centralità della volontà e dell'intenzione del testatore, indipendentemente dal significato letterale o tecnico delle parole utilizzate; la correlativa irrilevanza di esigenze di affidamento di terzi rispetto al significato della scheda; l'apertura ad elementi di contesto (tratti dalla scheda testamentaria, o se ne necessario *aliunde*) per determinare ciò che il testatore abbia "inteso", e dunque la considerazione della scheda nel suo complesso. Né il riferimento nel comma 1 al contenuto della disposizione, come detto, pare suscettibile di contraddire la rilevanza dell'intenzione, posto che un criterio meramente oggettivo-contenutistico mal si concilierebbe con la funzione del testamento e con la *ratio* stessa della norma.

Se, dunque, il principio che si suole trarre dall'art. 1362, comma 1, c.c., con i necessari "adattamenti",

trova a ben vedere espressione nell'art. 588 c.c., così come vi si scorge la generale rilevanza attribuita anche ad elementi di contesto ed eventualmente estrinseci (ciò che "risulta"), pare coerente concludere che l'art. 588 c.c. costituisca norma di sistema sull'interpretazione testamentaria, a fronte della quale - e tenuto conto delle esigenze che si pongono nella pratica - non sembra configurabile un vuoto normativo cui debba soccorrere l'*analogia legis*. Anche l'autorevole dottrina che ha ritenuto l'estraneità dell'art. 588 c.c. alla questione della ricerca del criterio interpretativo essenziale in materia testamentaria - osservando che, con tale disposizione, la legge provvede a fissare i tipi, le cause delle due specie di disposizioni indipendentemente dalla volontà privata, ammettendo la compatibilità dell'assegnazione di beni determinati con la disposizione a titolo universale - ha nondimeno precisato che "la sola regola interpretativa contenuta nell'articolo, corrispondente alla prima regola dell'art. 1362, è quella secondo la quale è irrilevante l'espressione o la denominazione usata dal testatore" (61).

Del resto, se da un lato è indubbia l'impossibilità di ravvisare, nel testamento, una "comune intenzione delle parti", dall'altro l'"intenzione" che si ricerca nel negozio *mortis causa* si connota per quella soggettività che invece, nel contratto, è sostituita da un'accezione oggettiva e controllabile, ove "comune" non significa somma di intenzioni individuali e soggettive, bensì significato univoco ed oggettivo, espressione del programma negoziale e suscettibile di affidamento all'esterno (62).

La collocazione sistematica dell'art. 588 c.c. - tra le disposizioni generali del titolo dedicato alle successioni testamentarie, subito dopo la previsione dell'art. 587 c.c. che scolpisce la funzione del testamento

(59) Nel caso di *institutio ex re certa* l'attribuzione delle *certae res* nemmeno sarebbe da ritenersi sicura, in quanto ben potrebbe accadere che, per effetto della modifica del patrimonio nel periodo intercorrente tra la confezione della scheda e l'apertura della successione, i beni (utilizzati come parametro della quota) potrebbero non essere sufficienti a soddisfare la quota istituita, oppure potrebbero eccederla, e dunque non pervenire integralmente all'erede designato: in argomento, nonché per ampie considerazioni in relazione al rapporto tra istituzione *ex certa re* e divisione del testatore, si rinvia a Barba, *op. cit.*, 83 ss.

(60) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 28 giugno 2018, n. 17122, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. Ove invece l'*institutio ex re certa* non comprenda la totalità dei beni, in assenza di altre disposizioni istitutive i beni non compresi si devolvono secondo le norme della successione legittima, destinata ad aprirsi ai sensi dell'art. 457 c.c.: cfr. Cass. Civ. 3 luglio 2019, n. 17868, in *CED*, 2019. In argomento, si rinvia a Bonilini, *Institutio ex re certa e acquisto, per virtù espansiva, dei beni non contemplati nel testamento*, in *Tratt. dir. delle successioni e donazioni*, dir. da Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, 239 ss.

(61) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 235.

(62) Può dirsi, in definitiva, che nell'ermeneutica testamentaria non manca solo l'aggettivo "comune", ma muta la stessa nozione di "intenzione", che si disvela in tutta la sua soggettività. Quanto alla nozione di "comune intenzione" nel contratto, in un'accezione obiettiva e controllabile, cfr. Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, cit., 1030, ove si precisa, ad illustrazione della distinzione in due fasi successive del processo ermeneutico contrattuale disegnato dagli artt. 1362 ss. c.c., che "la prima fase è diretta ad accertare la comune intenzione delle parti (anch'essa oggettiva e controllabile), al fine di sciogliere la polisemia; la seconda fase presuppone l'insuccesso ermeneutico della comune intenzione" e che il contratto rimanga nel dubbio e nell'ambiguità. Il "dubbio" interviene all'esito della prima fase del processo interpretativo. Di fronte al dubbio, e dunque al fallimento della prima fase, l'interprete passa ad altri canoni ermeneutici, indicati dal legislatore per sciogliere polisemie che abbiano resistito al vaglio della comune intenzione".

- rappresenta, peraltro, un ulteriore, non trascurabile, indice dell'ampiezza della relativa portata, attesa la stretta interconnessione tra interpretazione e qualificazione del negozio.

Né la lettura che individua nell'art. 588 c.c. la fonte del principio di interpretazione testamentaria enunciato dalla Suprema Corte richiede necessariamente di passare dall'assunzione della natura negoziale del testamento (quale fondamento dell'applicazione di principi generali che trascendano la natura contrattuale o *inter vivos* dell'atto), la quale ad ogni modo non pare dubitabile (63) - neanche a mente del distinguo legato alla funzione del testamento quale fonte designatrice del contenuto, non fonte della vocazione (64) -, attesa la rilevanza che la volontà del *de cuius* riveste in punto di determinazione degli effetti giuridici, e non soltanto dunque sul piano dell'indirizzo soggettivo della *vocatio*, sulla sistemazione *post-mortem* dei rapporti patrimoniali e non patrimoniali.

L'art. 588 c.c., peraltro, non è l'unica norma da cui possa trarsi conferma dell'autonomia, sul piano interpretativo, del sistema che l'ordinamento delinea per il testamento.

La dottrina, invero, non ha mancato di ricavare *a contrario*, dalla norma di cui all'art. 628 c.c. (secondo cui "è nulla [più esattamente, inefficace, N.d.R.] ogni disposizione fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata"), la possibilità di dedurre in via interpretativa, "sulla base della dichiarazione, ma col sussidio di elementi estranei

alla stessa", la persona o la cosa considerata dal testatore (65). Proprio con riguardo a tale norma, sia pure - va precisato - ivi considerandola in rapporto agli artt. 1362, 1367 e 1368 c.c., la Suprema Corte ha recentemente offerto un significativo esempio di applicazione del criterio logico-funzionale ai fini dell'interpretazione del testamento (ove motivi e perseguimento di uno specifico assetto di interessi, come detto, si mostrano contigui), ritenendo valida la disposizione di legato pur in assenza di una espressa indicazione del beneficiario, ove quest'ultimo sia determinabile calando la disposizione nella realtà vissuta dalla testatrice (nella specie, abituale frequentatrice di ambienti parrocchiali) ed attribuendo la dovuta considerazione alla finalità che la *de cuius* intendeva perseguire per il periodo in cui avesse cessato di vivere, ossia devolvere una somma, a titolo di legato, all'iniziativa diocesana indirizzata alla raccolta di fondi per la realizzazione di nuove chiese (66).

Significativo è, sotto altro angolo visuale, il recepimento nel nostro ordinamento, proprio in ambito testamentario e a conferma della preminenza della volontà del testatore, della regola *falsa demonstratio non nocet*, secondo cui l'improprietà linguistica non impedisce di ravvisare il corretto significato della dichiarazione ove il dichiarante, pur essendosi servito di termini inadatti, sia comunque riuscito a comunicare il proprio intento (67): ci si riferisce, in particolare, all'art. 625 c.c. (68), secondo cui, in caso di errore sull'indicazione della persona dell'erede o del

(63) Cfr., per la natura negoziale del testamento: Bonilini, *Il negozio testamentario*, cit., 6 ss.; Bigliuzzi - Geri, *Il testamento. Profilo negoziale dell'atto*, I, Milano, 1976, 33 ss.; Cicu, *Il testamento*, Milano, 1945, 3 ss.; Delle Monache, *op. cit.*, 40 ss. In ordine alla teoria del negozio giuridico, è necessario ricordare altresì Pugliatti - Falzea, *I fatti giuridici*, cit., 55 ss. e 136, ove si precisa che "il testamento [...] è un negozio unilaterale, immediatamente perfetto, per quanto la sua efficacia sia rinviata all'apertura della successione, cioè all'epoca della morte del testatore, e per quanto esso sia revocabile" (enfasi nel testo).

(64) Si veda, in tal senso, Irti, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, Milano, 1967, 180 ss.

(65) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 235-236. Secondo Cass. Civ. 11 aprile 2013, n. 8899, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, la disposizione di cui all'art. 628 c.c. conferma come l'interpretazione del testamento sia caratterizzata "da un più frequente ricorso alla integrazione con elementi estrinseci, per modo che l'identificazione della persona onorata dalla disposizione testamentaria, fatta dal testatore in modo impreciso ed incompleto, non rende nulla la disposizione quando dal contesto del testamento o altrimenti sia possibile determinare, in modo serio e senza possibilità di equivoci, la persona che il testatore ha voluto beneficiare".

(66) Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, che ha annullato la sentenza di appello ritenendo che, al fine di interpretare la disposizione di legato "Per la costruzione delle nuove chiese della Diocesi di (omissis)" (pur senza individuare l'Arcidiocesi competente alla

raccolta di tali fondi), "ha perso di vista la necessità di conferire, per quanto possibile, un significato concreto alla suddetta espressione, calandola nella realtà vissuta dalla testatrice (abituale frequentatrice degli ambienti parrocchiali) e non attribuendo la dovuta considerazione alla finalità che ella intendeva perseguire dopo la sua morte, ovvero di devolvere la somma indicata all'iniziativa diocesana indirizzata alla raccolta di fondi da destinare all'edificazione di nuove chiese che avrebbe dovuto essere gestita dalla competente Arcidiocesi, senza, perciò, che la contestata disposizione potesse considerarsi 'monca' (cfr. Cass. n. 810/1992 e Cass. n. 17868/2019, secondo cui, ai fini della validità di una disposizione testamentaria, non è propriamente necessaria l'indicazione specifica nel testamento della persona onorata, a condizione che la stessa sia comunque individuabile in base a idonee indicazioni fornite dal testatore e al contesto complessivo della scheda predisposta dal *de cuius*, tale da denotare l'esplicitazione di una sua volontà sufficientemente univoca)".

(67) Capobianco, *op. cit.*, 105-106. È significativo notare come l'Autore sembri ricondurre il principio, su piani paralleli, agli artt. 625 e 1362 c.c., a seconda che si tratti di materia testamentaria o contrattuale.

(68) Per un riferimento alla possibilità di assegnare ai criteri ermeneutici di cui all'art. 625 c.c. un ruolo che travalichi i confini dello stretto ambito oggettivo di applicazione della norma, cfr. Grazzini, *Quando il chiamato all'eredità ha un omonimo. Determinabilità dell'istituto e questioni di ermeneutica testamentaria*, nota a Cass. Civ. 11 aprile 2013, n. 8899, in questa *Rivista*, 2013, 11, 980-981.

legatario, o di erronea indicazione o descrizione della cosa che ne forma oggetto, la disposizione testamentaria ha effetto, rispettivamente, “quando dal contesto del testamento o altrimenti risulta in modo non equivoco quale persona il testatore voleva nominare” (comma 1) e quando “è certo a quale cosa il testatore intendeva riferirsi” (comma 2). La *falsa demonstratio*, si noti, prescinde qui da profili di riconoscibilità da parte dei terzi.

Natura interpretativa riveste, altresì, l'art. 659 c.c., che pone il principio secondo cui, ove il testatore abbia disposto un legato in favore di un proprio creditore, senza menzionare il debito, si presume che la disposizione non abbia lo scopo di soddisfare il legatario del suo credito, bensì quello di attribuirgli una liberalità, con la conseguenza che il legatario (che non rinunci all'attribuzione) potrà pretendere sia quanto legatogli, sia l'adempimento dell'obbligazione; nel caso, invece, vi sia menzione del debito, il legato sarà da intendere a titolo di adempimento (69). La rilevanza interpretativa della “menzione” del debito nell'ambito della scheda testamentaria valutata nel suo complesso, ancorché implicita e in assenza di una diretta manifestazione di volontà nel senso di soddisfare il creditore con il legato (70), conferma ulteriormente la necessità di valutare la dichiarazione in chiave logico-funzionale, ossia in rapporto all'effetto perseguito.

L'effettiva volontà del testatore assume ulteriore rilievo, in chiave interpretativa, ai sensi dell'art. 660 c.c., in materia di legato di alimenti, ritenendosi che la clausola di apertura finale - “il legato di alimenti, a favore di chiunque sia fatto, comprende le somministrazioni indicate dall'art. 438, salvo che il testatore abbia altrimenti disposto” - consenta al testatore di prescindere sia dall'entità dell'obbligazione alimentare come desumibile dall'art. 438 c.c., sia dalla sussistenza dello stato di bisogno (71).

In definitiva, il criterio di interpretazione in chiave logico-funzionale della dichiarazione testamentaria, onde ricavarne l'effettiva intenzione del *de cuius* alla luce dell'esame complessivo della scheda e, nel caso

occorra, di elementi estrinseci, trova fondamento nelle previsioni, generali e particolari, dettate nel sistema testamentario, a partire da quelle di apertura, artt. 587 e 588 c.c., per arrivare alle ulteriori applicazioni e specificazioni contenute nelle norme sopra menzionate. Il che, se da un lato esclude la sussistenza di una lacuna da colmare con l'*analogia legis*, a maggior ragione non rende necessario ricorrere all'*analogia iuris*, che pur non faticherebbe a trovare ingresso a fronte di principî universalmente riconosciuti come di sistema (72), quali la conservazione dell'atto giuridico (negoziale e non) e il criterio interpretativo logico-funzionale.

Può in definitiva affermarsi che la riconosciuta “relatività” dei canoni ermeneutici, conseguente al loro conformarsi agli specifici tipi negoziali (73), si traduca - proprio alla luce della lettura funzionale dell'atto - in un autonomo statuto dell'interpretazione testamentaria.

## 5. L'autonomia sul piano interpretativo del sistema testamentario alla prova del raffronto con le norme di cui agli artt. 1362 ss. c.c. In particolare, il principio di conservazione e il criterio funzionale

Si è visto *supra* come la necessità di indagare l'intenzione del testatore (in maniera non solo più pregnante, ma differente rispetto alla comune intenzione oggettivizzata nel contratto), alla luce della scheda testamentaria nel suo complesso e potendo accedere, ove necessari al fine di chiarirne il contenuto, ad elementi extra-testuali, sia ricavabile, in un'ottica interpretativa logico-funzionale, dal sistema delle norme testamentarie, difettando quella lacuna normativa che legittimerebbe l'applicazione analogica dell'art. 1362 c.c.

Analogamente sembra potersi concludere per le altre regole di interpretazione c.d. “soggettiva” (ove si condivida la relativa distinzione terminologica rispetto ai canoni “oggettivi”) (74) dettate per il contratto.

(69) Bonilini, *Dei legati* (artt. 649-673), cit., 333-334.

(70) Bonilini, *Dei legati* (artt. 649-673), cit., 336.

(71) Bonilini, *Dei legati* (artt. 649-673), cit., 361, ove tuttavia si menziona anche la tesi opposta, secondo cui il testatore non potrebbe prescindere dalla sussistenza dello stato di bisogno dell'alimentato.

(72) Si veda Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 263-264, ove autorevolmente si precisa come “la storia, che accompagna la vicenda giuridica del testamento, e la diversità ontologica delle esigenze, alle quali risponde rispetto al contratto, consigliano di sottrarre l'atto *mortis causa* dall'applicazione della normativa generale del contratto. Dalle varie norme contenute nel secondo Libro del Codice civile, e dai principî generali

dell'ordinamento dello Stato (art. 12, cpv., disp. prel.), pertanto, l'interprete deve ricavare anche i criteri diretti a disciplinare le ipotesi non specificamente regolate”.

(73) Martuccelli, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, cit., 1053 e 1061 (cui si rinvia anche per un interessante approfondimento sulla esistenza, nel sistema, di norme “speciali” sull'interpretazione e sul relativo rapporto con quelle generali).

(74) Sulla gerarchia dei criteri ermeneutici nel pensiero di Cesare Grassetti, cfr. Martuccelli, *L'interpretazione del contratto in Cesare Grassetti*, in *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000.

In particolare, il criterio sistematico sotteso all'art. 1363 c.c. - che impone di ricostruire il significato delle singole clausole interpretandole le une per mezzo delle altre e attribuendo a ciascuna di esse il senso che risulta dal complesso dell'atto - corrisponde, per il testamento, alla valutazione complessiva della scheda desumibile dalle norme interpretative esaminate nei paragrafi che precedono, e attiene direttamente alla corretta individuazione della volontà del testatore (che potrebbe risultare disattesa, ove le singole disposizioni non fossero colte nel loro contesto dichiarativo complessivo) secondo ciò che "risulta" (art. 588 c.c.). È stato correttamente osservato, peraltro, che il riferimento all'atto nel suo complesso - alla base della decisione della pronuncia qui annotata - costituisce un momento di raccordo rispetto alla causa concreta del negozio (75), e dunque si pone in stretta interdipendenza con il criterio interpretativo logico-funzionale di cui le norme testamentarie sono, ancora una volta, autonoma espressione.

Quanto agli artt. 1364 e 1365 c.c., laddove a fronte dell'inadeguatezza dello strumento espressivo utilizzato prevedono rispettivamente una limitazione (a fronte di espressioni generali) e una estensione (in caso di indicazioni esemplificative) della portata del significato, le stesse non paiono offrire un particolare valore aggiunto, sul piano precettivo, rispetto al criterio logico-funzionale che orienta l'interpretazione della dichiarazione ai sensi degli artt. 587 e 588 c.c. Peraltro, il principio sotteso all'art. 1364 c.c. - se ricondotto a ciò su cui il testatore si sia riproposto di disporre - si risolve nel criterio funzionale, certamente recepito nella disciplina testamentaria; quanto all'art. 1365 c.c., la medesima logica, oltre che ancora una volta coerente con il criterio logico, trova espressione nell'art. 688, comma 2, c.c. in materia di sostituzione ordinaria, secondo cui "se il testatore ha disposto per uno solo di questi casi [ossia l'ipotesi in cui l'erede istituito non possa o non voglia accettare, N.d.R.], si presume che egli si sia voluto riferire anche a quello non espresso, salvo che consti una sua diversa volontà", nonché ragionevolmente nell'art. 689, comma 2, c.c. Il richiamo all'art. 1365 c.

c. merita peraltro cautela (per chi lo ammetta) laddove, secondo taluni, la norma accedrebbe ad un canone logico di ragionevolezza esterna, e non interna all'atto, e dunque implicherebbe la ricerca di un significato tipico e oggettivo (76).

Il canone interpretativo di buona fede, espresso, in materia contrattuale, dall'art. 1366 c.c., è normalmente escluso in ambito testamentario (77), posto che lo stesso presuppone un'ottica relazionale (sottesa al principio di affidamento e allo stesso canone costituzionale di solidarietà sociale) estraneo alla struttura e alla funzione del testamento. Mal si concilia, in particolare, con la regola dettata dall'art. 588 c.c., l'assunto per cui l'interpretazione del contratto debba preferire soluzioni che non tradiscano il ragionevole affidamento della controparte, o che siano in linea con l'assetto di interessi su cui le parti hanno convenuto o che sia riconoscibile all'esterno, o che escludano letture personali di una delle parti ma diverse da ciò che era obiettivamente e ragionevolmente percepibile, così come certamente non si attagliano al testamento posizioni volte a ricercare un significato socialmente tipico, o conforme a letture di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c. Potrebbe rimanere uno spazio per il concetto di buona fede inteso come "onesta aspettativa dell'autore della dichiarazione che la sua volontà venga intesa così come l'ha espressa, senza travisamenti" (78): ma, così delineata, la nozione viene a sovrapporsi al criterio funzionale rapportato all'effettiva volontà, perdendo a ben vedere autonoma capacità precettiva.

Quanto al principio di conservazione del negozio, sebbene non manchi chi ne abbia negato l'applicabilità al testamento (79), merita rilevare che lo stesso è prevalentemente considerato (e così pare invocato anche dalla pronuncia in esame) come principio generale, recepito sicuramente dalle norme sull'interpretazione dei contratti (e dunque dei negozi *inter vivos*), ma, in realtà, tale da investire tutto l'ordinamento giuridico (con riguardo ai negozi giuridici, agli atti processuali, agli atti amministrativi, ai "valori" e rapporti giuridici), alla luce della generale esigenza - sottesa al brocardo *utile per inutile non vitiatur* - di non privare di validità ed efficacia gli atti solo perché

(75) Scognamiglio, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 1999, 953; Capobianco, *op. cit.*, 108. Sull'interpretazione del contratto, cfr. altresì Martuccelli, *Interpretazione del contratto*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, I, a cura di Amadio - Macario, Bologna, 2014.

(76) Dubita tuttavia del carattere esterno del test di ragionevolezza, Capobianco, *op. cit.*, 114.

(77) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 234; Bonamini, *op. cit.*, 1088.

(78) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 229. Ritiene G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, 241, che il principio di buona fede, in riferimento al testamento, consentirebbe di far emergere motivi non espressi, ma rilevabili.

(79) Si è esclusa, autorevolmente, l'applicazione dell'art. 1367 c.c. in ambito testamentario sull'assunto che, mancando l'incontro tra le volontà dei contraenti, difetti la conseguente presunzione che si sia inteso attribuire al negozio un significato serio e utile: Cicu, *Testamento*, Milano, 1951, 120.

difettosi o oscuri (80). In chiave testamentaria, peraltro, la conservazione “assume lo speciale significato del rispetto della volontà del testatore” ed espressione del generale *favor testamenti* (81), collegandosi dunque direttamente al criterio logico-funzionale di interpretazione di un atto “che non può essere rinnovato, quindi chiarito nel contenuto, dal suo autore” (82) ed esprimendo l’esigenza di effettiva realizzazione dell’intenzione del testatore. La conservazione, ove si tratti di testamento, prescinde dunque da limitazioni connesse all’affidamento altrui nella dichiarazione, liberandosi nel contempo dell’inquadramento, oggettivo e secondo taluni sussidiario (83), che il richiamo all’art. 1367 c.c. potrebbe, di per sé, attribuirgli.

La logica di conservazione è oltretutto sottesa, proprio nel sistema testamentario e con significativa divergenza rispetto alla corrispondente regola contrattuale, all’art. 634 c.c., laddove si prevede che le condizioni impossibili o illecite devono ritenersi come non apposte (salvo esprimano un motivo illecito che, da solo, abbia determinato il testatore a disporre); analogamente può dirsi con riguardo all’art. 647, comma 3, c.c., secondo cui si considera non apposto l’onere impossibile o illecito (salvo abbia costituito il solo motivo determinante). Il *favor* per la conservazione degli effetti appare, altresì, strettamente connesso alla previsione di cui all’art. 628 c.c. (84).

Interessante, al riguardo, è il dibattito sorto in merito al c.d. “legato di debito” - ossia alla disposizione con la quale il testatore disponga a favore del suo creditore il debito stesso -, il quale dimostra l’interdipendenza tra funzione e conservazione, laddove l’efficacia della disposizione si lascia preferire ove, alla luce della relativa funzione concreta, la disposizione consenta al creditore di conseguire un vantaggio (evidentemente diverso dall’adempimento dell’obbligazione), quale l’accertamento e/o il riconoscimento dello stesso, l’attribuzione al creditore di un ulteriore titolo, l’eliminazione di un termine o di una condizione, ovvero la novazione dello stesso (85).

Non pare, dunque, che il costante e indivisibile richiamo al principio di conservazione del testamento, fatto proprio anche dalla pronuncia in commento, implichi o richieda l’applicazione dell’art.

1367 c.c., ma anzi confermi la portata del criterio logico-funzionale dell’interpretazione, insita nelle norme generali di apertura della disciplina testamentaria (ossia negli artt. 587, comma 1, e 588, commi 1 e 2, c.c.), nonché in coerenza con le disposizioni di cui agli artt. 625, 628, 634 e 647 c.c., per le ragioni sopra menzionate.

Proseguendo la disamina dei canoni ermeneutici contrattuali c.d. “oggettivi” (ove si condivide la distinzione, e non si ritenga di accedere ad una nozione unitaria dell’attività ermeneutica), la Cassazione ha recentemente invocato, anche per il testamento, l’art. 1368 c.c. (riferito alle pratiche del luogo in cui il contratto è stato concluso o, nel caso in cui una delle parti sia un imprenditore, nel luogo sede dell’impresa) al fine di giustificare la rilevanza sul piano interpretativo di elementi estrinseci alla scheda, come la cultura, la mentalità e l’ambiente di vita del testatore (86). Nondimeno, a mente di quanto illustrato nelle pagine che precedono, il richiamo alla norma dettata per i contratti, per un verso, non appare necessario, alla luce delle previsioni interpretative che, proprio in ambito testamentario, valorizzano quanto “risulti” (anche “altrimenti”: art. 625 c.c.) in merito alla intenzione effettiva del testatore, e dunque consentano di ricavare l’ammissibilità di dati extra-testuali, ove necessari a chiarire il testo; per altro verso, il riferimento alla norma dettata in materia di contratti non tiene conto che il carattere generale delle pratiche interpretative (“ciò che si pratica generalmente”, come il legislatore ivi si esprime) e l’oggettività del riferimento al luogo di conclusione del contratto (o alla sede dell’impresa), in quanto strettamente connessi al principio di affidamento della controparte, mal si conciliano con la necessità di privilegiare la ricerca dell’intenzione del testatore, attraverso riferimenti soggettivi che ben potrebbero prescindere da qualsiasi pratica interpretativa, più o meno diffusa, e dalla relativa portata oggettiva o riconoscibile all’esterno. L’applicabilità dell’art. 1368 c.c. (e soprattutto del secondo comma) è, ad ogni modo, prevalentemente esclusa dalla dottrina (87).

Parimenti, si nega normalmente l’applicazione al testamento del criterio oggettivo di cui all’art. 1369 c.c. (88), secondo cui “le espressioni che possono

(80) Capobianco, *op. cit.*, 135 ss. L’applicabilità dell’art. 1367 c.c. è recentemente confermata da Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(81) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 232 e 236, ove si precisa che “la legge applica all’interpretazione il principio della conservazione del negozio”; Perego, *Favor legis e testamento*, Milano, 1970, 185 ss.

(82) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 278.

(83) Nega il carattere sussidiario della regola di conservazione in ambito contrattuale, conferendogli respiro di principio generale, Capobianco, *op. cit.*, 137.

(84) Cfr., in argomento, Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(85) Bonilini, *Dei legati (artt. 649-673)*, cit., 341-342.

(86) Cass. Civ. 28 luglio 2020, n. 16079, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(87) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 234; Musolino, *op. cit.*, 473.

(88) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 234; Musolino, *op. cit.*, 473.

avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto": a questa conclusione si perviene vuoi muovendo dal rilievo per cui la disposizione in esame presuppone l'esistenza di differenti tipi negoziali, e dunque non sembra coerente con l'unicità dell'atto di ultima volontà (89), vuoi sottolineando il legame tra la norma e i principî di buona fede e affidamento (90).

Invero, appare preferibile ritenere che, anche con riguardo all'art. 1369 c.c., difetti quella lacuna normativa che ne fonderebbe e giustificerebbe l'applicazione analogica al testamento. Posto infatti che, come efficacemente osservato, "la norma costituisce espressione di un importante criterio logico di interpretazione, ispirato a criteri di ragionevolezza e di adeguatezza, che impone l'interpretazione del contratto in stretta connessione con la sua causa e il suo contenuto" (91), tale criterio logico-funzionale trova espressione nelle disposizioni generali relative al testamento (e in particolare negli artt. 587 e 588 c.c.), e come detto orienta l'interpretazione in maniera peculiare proprio alla luce della funzione nell'atto *mortis causa* e della sua ontologia.

Peraltro, chi ammette l'applicabilità dell'art. 1369 c.c. - come rilevato, normalmente esclusa in ragione del legame con il principio di affidamento - lo fa ravvisandovi un principio logico (oltre che giuridico) generale (92), oppure riferendosi alla necessità di cogliere il senso maggiormente conveniente alla natura e all'oggetto del negozio (93); il che, però, altro non significa che accedere al criterio logico-funzionale di cui le norme interpretative dettate in materia di testamento sono, come visto, già espressione.

Si esclude, anche da parte di coloro che ammettano in linea di principio l'applicazione delle norme contrattuali al testamento (94), nonché dalla giurisprudenza (95), l'invocabilità del criterio (oggettivo e

sussidiario) di *interpretatio contra stipulatorem* riflesso nell'art. 1370 c.c.

Quanto, infine, all'art. 1371 c.c., lo stesso è ritenuto applicabile da parte della dottrina in forza del principio generale del *favor debitoris*, e dunque della regola per cui, nel dubbio non altrimenti superabile, le clausole negoziali devono essere interpretate nel senso meno gravoso per l'obbligato.

L'assunto tuttavia non convince. In primo luogo, in linea con quanto affermato dalla prevalente dottrina e anche dalla giurisprudenza di legittimità, l'estraneità del testamento alla funzione di composizione di un conflitto tra parti esclude di per sé che si giustifichi l'applicazione di un criterio di minore onerosità per il disponente (96). Inoltre, proprio il carattere universale della successione, e della relativa sistemazione dell'assetto patrimoniale e giuridico (se del caso mediante concorso tra successione legittima e testamentaria), pare difficilmente conciliabile con l'applicazione di un criterio che presuppone il temperamento tra posizioni tra loro contrastanti, né sembra corretto fare riferimento al rapporto tra erede e legatario (atteso che l'interpretazione, al di là degli effetti successori che comportano il subentro dell'erede nella posizione del *de cuius*, riguarda la disposizione testamentaria, e dunque il significato e la portata dell'atto negoziale che sta a monte rispetto a quel subentro).

In definitiva, all'esito della disamina delle norme interpretative contrattuali, pare doversi confermare che le stesse non siano suscettibili di applicazione analogica, vuoi perché incompatibili, vuoi perché espressione di regole già riflesse, e adattate, nel sistema testamentario.

## 6. Conclusione

Alla luce delle considerazioni che precedono, pare ragionevole concludere nel senso che la valenza

(89) Boselli, *op. cit.*, 471. L'Autore menziona l'opposta tesi secondo cui l'art. 1369 c.c. potrebbe venire in considerazione in relazione al testamento, in quanto ispirato a un'esigenza di conservazione e basato su una sorta di presunzione di coerenza.

(90) Santoro - Passarelli, *op. cit.*, 234.

(91) Capobianco, *op. cit.*, 133-134. L'Autore ne ricava il "criterio funzionale", ravvisandovi "una valenza generale e sistematica diretta a ricostruire, in una prospettiva che consente di confermare l'inscindibilità dell'operazione ermeneutica di interpretazione-qualificazione, il concreto regolamento".

(92) Branca, *op. cit.*, 51.

(93) Musolino, *op. cit.*, 483.

(94) Musolino, *op. cit.*, 473; Boselli, *op. cit.*, 470.

(95) L'applicazione al testamento dell'art. 1370 c.c., così come degli artt. 1366 e 1368 c.c., è stata esclusa espressamente da Cass. Civ. 26 maggio 1989, n. 2556, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, secondo cui "alla interpretazione del testamento - la quale è caratterizzata, rispetto a quella contrattuale, da

una più penetrante ricerca, al di là della mera dichiarazione, della volontà del testatore - si applicano, con gli opportuni adattamenti, le regole ermeneutiche dettate in materia di contratti, con esclusione di quelle incompatibili con la natura di negozio *mortis causa* propria del testamento (artt. 1366, 1368 e 1370 C.C.)".

(96) Cfr. Cass. Civ. 27 marzo 2002, n. 4373, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, secondo cui "nell'interpretazione del testamento non può avere applicazione il criterio della minore onerosità per l'obbligato sancito dal suddetto art. 1371 cod. civ., non essendo pensabile alcun conflitto tra i soggetti del rapporto successorio (v. sent. 162 del 1959 e 595 del 1972)". In dottrina, per la negazione dell'applicabilità dell'art. 1371 c.c. al testamento, cfr.: Lipari, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 333-334, secondo cui "il testamento non realizza quella composizione di un conflitto di interessi rispetto alla quale ha senso porre, in sede interpretativa, un principio di prevalenza di quello più sacrificato"; Grassetti, *op. cit.*, 909; Boselli, *op. cit.*, 469; Bonamini, *op. cit.*, 1089.

sistematica delle norme interpretative dettate per il testamento e, *a contrario*, la disamina delle singole regole ermeneutiche plasmate invece per i contratti - alcune strutturalmente non compatibili, altre non necessarie - confermino l'insussistenza di una lacuna normativa suscettibile di ricorso all'analogia, essendo prospettabile l'autosufficienza e idoneità della disciplina testamentaria a fondare il criterio di indagine (enunciato e applicato dalla Suprema Corte con la pronuncia annotata) dell'effettiva intenzione del testatore alla luce dell'interpretazione logico-funzionale del testo.

Criterio funzionale e principio di conservazione dell'atto giuridico (ove non in contrasto con la volontà del *de cuius*) appaiono, del resto, insiti nelle norme generali dettate, per il testamento, dagli artt. 587 e 588 c.c. e nelle ulteriori previsioni interpretative (tra cui gli artt. 625 e 628 c.c.), restando in definitiva confermato come "la storia, che accompagna la vicenda giuridica del testamento, e la diversità ontologica delle esigenze, alle quali risponde rispetto al contratto, consiglino di sottrarre l'atto *mortis causa* dall'applicazione della normativa generale del contratto" (97).

---

(97) Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, cit., 263.

### Presupposti

Tribunale di Modena, Sez. I civ., 22 aprile 2020 - Pres. Zavaglia - Est. Bolondi

**La domanda di rimborso delle somme anticipate da un genitore può essere proposta nel giudizio di accertamento della paternità o della maternità, mentre l'esecuzione del titolo e la conseguente decorrenza della prescrizione del diritto a contenuto patrimoniale, richiedono la preventiva definitività della sentenza di accertamento dello status. Non avendo detto credito natura risarcitoria ma restitutoria, non ha rilievo la sussistenza o meno della colpa del debitore per il mancato pagamento.**

**La richiesta di risarcimento del danno patrimoniale del figlio da perdita di chances trova la sua principale fonte di prova nelle presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c. Il risarcimento del danno non patrimoniale patito dal figlio deve avvenire in via equitativa ai sensi degli artt. 2056 e 1226 c.c. e il giudice di merito deve indicare i criteri seguiti per calcolare l'entità del risarcimento affinché la sua decisione non sconfini nell'arbitrarietà.**

#### ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

<b>Conformi</b>	Trib. Modena 22 novembre 2019; Trib. Vicenza 24 ottobre 2019; Trib. Modena 3 ottobre 2018; Cass. 16 febbraio 2015, n. 3079; App. Catania 21 settembre 2015; Trib. Milano 23 luglio 2014; Trib. Sulmona 26 novembre 2012; Cass. 4 novembre 2010, n. 22506.
<b>Difformi</b>	Trib. Milano 13 marzo 2017; Trib. Roma 1° aprile 2014; Trib. Trani 27 settembre 2007.

#### Il Tribunale

Omissis

#### A) Sulla dichiarazione giudiziale di paternità

La domanda principale, tesa alla dichiarazione giudiziale di paternità di R.S. nei confronti di N.M. è fondata e va accolta.

Ai sensi dell'art. 269, secondo comma, c.c., come noto, la prova della paternità può essere fornita con ogni mezzo. Nel caso di specie la CTU, al termine delle analisi effettuate secondo ineccepibile metodo scientifico, ha così concluso alle pagine 8 e 9: "è bene premettere che per lo studio del rapporto di genitura occorre compiere un'analisi genetica, volta ad accertare in base alle leggi di Mendel (sulla ereditarietà dei caratteri), se le caratteristiche ereditarie escludano o meno un tale rapporto. Si esclude la paternità di un uomo che non abbia un fattore presente nel figlio e assente nella madre (eccezione alla 1a legge) ovvero il carattere omozigote non compaia nel figlio (eccezione alla 2a legge). Nel caso di compatibilità, occorre invece passare al calcolo della probabilità di paternità, ricorrendo al criterio biostatistico.

Omissis

Nel caso in esame il valore di probabilità di paternità è dell'ordine del 99,99999999983% il che corrisponde ad un predicato verbale di paternità praticamente dimostrata.

Il corrispondente Indice di Paternità (PI) è pari a 6.034.664.365.026,360."

Tali risultanze, nei cui confronti i CCTTPP non hanno svolto osservazioni critiche, consentono di ritenere accertata la paternità del convenuto nei riguardi del figlio N. in modo inequivocabile.

Del resto, lo stesso S. in comparsa conclusionale (pagina 2) ne ha preso atto.

#### B) Sulla domanda di conservazione del cognome materno M. da parte del figlio N.

N. ha chiesto di mantenere il solo cognome materno a seguito della dichiarazione giudiziale di paternità e, dunque, di non aggiungervi quello paterno S. né di sostituire quest'ultimo al cognome M. Il padre non si è opposto.

La domanda è fondata e viene accolta.

Ed invero, come risulta dalla chiara lettera dell'art. 262, secondo comma, c.c. che, come noto, stabilisce che, a seguito della dichiarazione giudiziale di paternità, il figlio "può" assumere il cognome del padre aggiungendolo o sostituendolo a quello della madre, la norma in esame "prospettando in termini di mera eventualità l'assunzione del cognome paterno in caso di riconoscimento o accertamento della filiazione nei confronti del padre successivamente al riconoscimento da parte della madre, esclude la configurabilità di tale vicenda come effetto automatico del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale di paternità, riconoscendo al figlio nato fuori dal matrimonio una facoltà discrezionale, cui corrisponde una situazione di soggezione del genitore" (Cass. 2.10.2015, n. 19734).

La scelta dell'attore, di anni 31, del resto, costituisce la logica conseguenza del fatto che, a tacer d'altro, il cognome materno rappresenta fondamentale segno distintivo della sua persona, sì che ogni modifica contrasterebbe con l'interesse del giovane.

In conclusione, N. conserverà il solo cognome M. senza aggiungervi quello di S. né, tantomeno, operare alcuna sostituzione.

#### C) Sulla ricostruzione degli effettivi contorni della vicenda come emersi a seguito dell'istruttoria.

Accertata la paternità dello S. nei confronti di N., diviene necessario ricostruire il reale svolgimento della vicenda per cui è causa, di cui le parti, come visto, hanno offerto una versione diametralmente opposta.

L'istruttoria svolta ha consentito di chiarirne gli esatti contorni.

In modo particolare, decisivo è risultato l'interrogatorio formale del convenuto, il quale, confermato di avere intrattenuto a quel tempo una relazione con la M. ha quindi precisato:

- di aver avuto rapporti sessuali con l'attrice ("Naturalmente ero a conoscenza del fatto di aver avuto rapporti sessuali con la M. però avevo dubbi di essere io il padre");
- che la M. lo informò di aspettare un bambino ("Sì è vero, ad un certo punto M. mi disse che era rimasta incinta");
- di essersi successivamente recato in provincia di Trieste ove la compagna si trasferì, durante la gravidanza, in un centro per ragazze madri ("Se non ricordo male, l'ultima volta che l'ho vista è quando sono andato a Trieste anche se in quella circostanza non le dissi che la volevo lasciare");
- di aver infine saputo della nascita del figlio dopo qualche mese dalla stessa e di aver tuttavia rinunciato ad accertare la propria paternità ("Dopo alcuni mesi ho saputo che era nato e volevo fare degli accertamenti ma la famiglia di lei mi disse che lo avrebbero cresciuto loro. Io a quel punto me ne sono fatto una ragione e non mi sono più attivato in nessun modo").

In conclusione, l'interrogatorio formale del convenuto ha consentito di accertare come egli avesse pacificamente la consapevolezza della significativa probabilità di essere il padre di N. (anzi, per meglio dire, la quasi certezza) ma abbia intenzionalmente ignorato tutti i relativi, inequivoci, elementi, essendo, si badi, in un simile contesto suo onere attivarsi, anche a mezzo di indagine tecnica, e non essendo configurabile un concorso di colpa della madre e del figlio per aver richiesto solo a distanza di anni l'accertamento giudiziale della paternità (in tal senso, in modo condivisibile, cfr. Cass. 22.11.2013, n. 26205).

A fronte di tali decisivi elementi, emersi in modo evidente, divengono irrilevanti le ulteriori circostanze su cui hanno deposto, in modo invece contrastante, i testi escussi, vale a dire: se le famiglie dei due ragazzi fossero o meno al corrente della loro relazione prima e della gravidanza della M. poi; se la madre dello S. appoggiò o meno la scelta del figlio di non assumersi i doveri conseguenti alla paternità; se la M. inscenò o meno un finto rapimento. Ugualmente irrilevante ed invero, ancor prima, mai allegata negli atti del convenuto e comunque sfornita di prova, risulta infine l'asserzione dello S. resa in sede di interrogatorio formale, per cui la famiglia della M. gli riferì che si sarebbe occupata da sola del nuovo nato.

#### **D) Sulle domande formulate da M.M.**

Appurato quanto precede, si possono ora esaminare le ulteriori domande che le parti si sono reciprocamente rivolte, iniziando da quelle proposte dagli attori e, nello specifico, da M.M.

La madre ha chiesto al padre Euro 110.000,00 (o la diversa somma ritenuta di giustizia) a titolo di rimborso pro quota delle spese da sola affrontate per il mantenimento del figlio nonché Euro 70.000,00 (o la diversa somma quantificata dal Tribunale) per il risarcimento del danno non patrimoniale patito a causa dell'abbandono in prossimità della

nascita di N. e le conseguenti sofferenze e difficoltà sopportate nel crescerlo da sola.

Il convenuto si è opposto eccependo la prescrizione di tali richieste nonché, in ogni caso, la loro infondatezza.

#### *D.1.) Sull'eccezione di prescrizione svolta da R.S.*

Si esamina preliminarmente l'eccezione di prescrizione formulata dal convenuto, che risulta infondata giacché, come da tempo chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il termine di prescrizione delle pretese avanzate in questa sede dalla madre decorre dal momento del definitivo accertamento giudiziale della filiazione, vale a dire dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, trattandosi di diritti che possono trovare soddisfazione esclusivamente dopo il pregiudiziale definitivo accertamento della paternità (Cass., 3.11.2006, n. 23596; in senso conforme, successivamente, cfr. Cass. 4.4.2014, n. 7986; Cass. 7.4.2017, n. 9059).

Il termine di prescrizione delle pretese dell'attrice, pertanto, lungi dall'essere già spirato, deve ancora iniziare il suo decorso.

#### *D.2.) Sulla domanda di rimborso pro quota delle spese sostenute per il mantenimento di N.*

A riguardo, va premesso come sia principio consolidato che l'obbligazione di mantenimento del figlio la cui paternità o maternità sia accertata mediante sentenza, collegandosi allo status genitoriale, sorge con decorrenza dalla nascita del figlio stesso, con la conseguenza che l'altro genitore, il quale nel frattempo lo abbia mantenuto in via esclusiva, dunque anche per la porzione di pertinenza dell'altro, ha diritto di regresso per la corrispondente quota, sulla scorta delle regole dettate dall'art. 316 bis c. c. da interpretarsi alla luce del regime delle obbligazioni solidali stabilito nell'art. 1299 c.c. (Cass. 4.11.2010, n. 22056).

È stato inoltre chiarito come la domanda di rimborso delle somme anticipate da un genitore possa essere proposta nel giudizio di accertamento della paternità o della maternità, mentre l'esecuzione del titolo (e, come detto, la conseguente decorrenza della prescrizione del diritto a contenuto patrimoniale) richiedono la preventiva definitività della sentenza di accertamento dello status (Cass. 30.7.2010, n. 17914).

M.M. pertanto, correttamente ha avanzato nella presente sede la richiesta che si esamina, la quale, nel merito, è fondata nei limiti di seguito esposti.

Occorre, in primo luogo, precisare che, non avendo il credito di cui si discute natura risarcitoria ma restitutoria, non assume rilievo la sussistenza o meno della colpa del debitore per il mancato pagamento (Trib. Modena n. 1626/2018 del 3.10.2018; Trib. Modena n. 1772/2019 del 22.11.2019).

La sola circostanza rilevante consiste, dunque, nel verificare l'oggettivo inadempimento dell'obbligo e, nella fattispecie, è pacifico, giacché non contestato, che lo S. nulla mai abbia versato alla M. per il mantenimento di N. né vi abbia provveduto direttamente.

Venendo, ora, alla quantificazione della somma che la madre ha diritto di vedersi rimborsata, va evidenziato che il credito in esame "sebbene suscettibile di liquidazione

# Giurisprudenza

## Responsabilità genitoriale

equitativa, trova limite negli esborsi in concreto o presumibilmente sostenuti dal genitore che ha per intero affrontato la spesa e che in entrambi i casi non può prescindere né dalla considerazione del complesso delle specifiche, molteplici e nel tempo variabili esigenze effettivamente soddisfatte o notoriamente da soddisfare nel periodo da considerare ai fini del rimborso né dalla valorizzazione delle sostanze e dei redditi di ciascun genitore, quali all'epoca goduti ed evidenziati, eventualmente in via presuntiva, dalle risultanze processuale né dalla correlazione con il tenore di vita di cui il figlio ha diritto di fruire, da rapportare a quello dei suoi genitori" (Cass. 4.11.2010, n. 22506).

In altri e più semplici termini, ai fini della quantificazione dell'importo dovuto dal convenuto all'attrice è necessario effettuare in sequenza i seguenti due calcoli:

- innanzi tutto, conteggiare, anche tramite presunzioni e nozioni di comune esperienza, gli esborsi effettivi sostenuti dalla madre;

- in seconda battuta, calcolare la percentuale di tali esborsi dovuta dal padre sulla base delle rispettive capacità economico-patrimoniali del periodo di riferimento.

*Omissis*

L'obbligo di mantenimento di N. viene fatto cessare al compimento dei 21 anni. E', infatti, pacifico che il ragazzo, diplomatosi all'età di 19 anni presso l'Istituto Tecnico Industriale (...) di Città di Castello, non si sia iscritto all'università ma abbia immediatamente tentato l'inserimento nel mondo del lavoro. In un simile contesto, e considerata la professionalità acquisita dal giovane durante la scuola superiore, si stima equo che l'obbligo di mantenimento in capo ad entrambi i genitori permanga per la durata di ulteriori anni due, sufficienti a consentire un graduale inserimento del ragazzo in ambito lavorativo, dovendosi invece ritenere, per il tempo successivo, che, qualora l'indipendenza economica non sia stata raggiunta, ciò sia dipeso da colpa del figlio.

Fermo quanto precede, si possono ora ripartire tra i genitori le spese per il mantenimento di N. così come sopra calcolate, tenendo conto delle rispettive capacità economico-patrimoniali nei periodi di riferimento individuati. A tal proposito, va premesso come lo S., il quale risulta aver effettuato studi universitari ed è oggi imprenditore che ricopre cariche di varia natura in più Società che operano nel settore immobiliare (cfr. doc.ti 14-16 degli attori), abbia versato in atti alcune proprie dichiarazioni dei redditi (per lo più, tuttavia, incomplete) le quali, per quanto qui maggiormente rileva, attestano redditi imponibili di L. 20.917.000 per l'anno di imposta 1998 e di L. 34.321.000 per il successivo 1999. Ciò dimostra come il convenuto, già a partire da quel periodo (in cui aveva circa 30 anni), avesse sviluppato una capacità reddituale piuttosto superiore a quella della M., in seguito conservata.

*Omissis*

*D.3.) Sulla domanda di risarcimento del danno non patrimoniale patito dalla madre.*

M.M. ha domandato a R.S. il risarcimento del danno non patrimoniale subito a causa dell'abbandono in prossimità

della nascita di N. e le conseguenti sofferenze e difficoltà sopportate nel crescerlo da sola.

La pretesa è infondata e deve essere rigettata.

Come rilevato da condivisibile giurisprudenza di merito in un caso simile a quello di cui si discute (App. Catania, 21.9.2015), in generale il risarcimento del danno può essere chiesto non per il solo fatto di avere subito un pregiudizio soggettivo, anche serio, ma se ed in quanto tale pregiudizio sia conseguenza di un comportamento illecito altrui. Nella fattispecie che si considera se, da un lato, è illecita la mancata contribuzione al mantenimento del figlio, giacché contraria ai doveri inderogabili sanciti dall'art. 30, primo comma, Cost., derivanti dal solo fatto della procreazione, non è invece contraria a diritto la rottura della relazione sentimentale con la madre, neppure se la stessa sia, come nella vicenda in esame, in stato di gravidanza, essendo tale rottura frutto di un comportamento lecito, libero ed incoercibile.

Questione diversa sarebbe stata se il doversi dedicare da sola alla crescita del figlio (e, quindi, alla sua educazione, istruzione e mantenimento) a causa del venir meno, contrario a diritto, del padre a tali inderogabili doveri, possa aver cagionato un danno non già non patrimoniale ma patrimoniale da perdita di chances di carriera lavorativa della madre, fattispecie di danno questa sì, in astratto, prospettabile ma, in concreto, non prospettata dalla M. la quale, come risulta anche dalle conclusioni da ultimo precisate nel foglio depositato il 6.12.2019, ha circoscritto la propria, infondata, richiesta risarcitoria al solo ristoro del danno non patrimoniale come sopra individuato.

***E) Sulle domande proposte da (...).***

L'attore ha richiesto allo S. il risarcimento del danno patrimoniale da perdita di chances di istruzione e, in seguito, lavorative per essere cresciuto in ristrettezze economiche, essendosi il convenuto sottratto ai propri doveri inderogabili nei confronti del figlio, nonché il risarcimento del danno non patrimoniale patito per non avere mai avuto un padre.

N.M. ha quantificato complessivamente le due pretese in Euro 300.000,00 o nella diversa somma ritenuta di giustizia.

Roberto Spadoni ne ha domandato il rigetto eccependone l'infondatezza.

*E.1.) Sulla richiesta di risarcimento del danno patrimoniale da perdita di chances di istruzione e lavorative.*

La domanda risulta, in astratto, ammissibile, ben potendo la condotta abbandonica del padre, come detto senz'altro contraria a diritto, aver generato un simile pregiudizio risarcibile.

In concreto, tuttavia, la richiesta risulta infondata e viene rigettata per le ragioni di seguito esposte.

Al pari di ogni altra perdita di chances giuridicamente risarcibile, anche quella che si considera trova la sua principale fonte di prova nelle presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c. dovendosi, ontologicamente per l'appunto, da fatti noti e realmente accaduti, desumerne altri invece mai verificatisi ma che sarebbero potuti accadere in assenza del comportamento contrario a diritto.

In un simile contesto, è evidente come la ricostruzione degli elementi noti di partenza che il (preteso) danneggiato deve fornire divenga decisiva, giacché solo da un contesto dettagliato, composto da fatti minuziosamente circostanziati (ancor prima che, ovviamente, provati), è possibile per il giudice applicare i meccanismi presuntivi deputati a condurre all'accoglimento di una simile domanda risarcitoria.

Nella fattispecie che si considera, al contrario, l'attore si è limitato ad allegare genericamente che "consapevole delle difficoltà della madre e dei suoi sacrifici, ha ritenuto di dover cercare un'attività lavorativa appena terminati gli studi presso l'Istituto Tecnico Industriale" ed a ricavarne, con una sorta di - inammissibile- automatismo "la perdita di opportunità sotto il profilo formativo personale e dell'istruzione" (pagine 3 e 4 dell'atto di citazione).

Nulla è stato allegato - né, tantomeno, dimostrato - circa il profitto scolastico di N., le sue inclinazioni, le sue ragionevoli diverse aspirazioni professionali in tesi frustrate dall'abbandono paterno, le concrete possibilità di differente e migliore carriera nel contesto lavorativo di riferimento e, in totale assenza di simili elementi, la richiesta in esame non può che essere respinta.

*E.2.) Sulla domanda di risarcimento del danno non patrimoniale patito dal figlio.*

In proposito, costituisce principio consolidato che "gli obblighi dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli stabiliti dagli artt. 2 e 30 Cost. e 147 e 148 c.c. sussistono per il solo fatto di averli generati e decorrono dal momento della nascita, sicché essi non vengono meno ove un figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, essendo sorti ab origine nei confronti di entrambi ... ne consegue che il figlio naturale ha diritto fin dalla nascita a condividere con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psico-fisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione, sicché laddove alla procreazione non segua il riconoscimento e l'assolvimento degli obblighi legati alla condizione di genitore, la privazione degli elementi fondanti il nucleo dei doveri di solidarietà del rapporto di filiazione costituisce una grave violazione degli obblighi che la Costituzione e le norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento pongono in capo ai genitori, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale" (Cass. 22.11.2013, n. 26205; nel medesimo senso cfr. Cass. 16.2.2015, n. 3079).

Nella fattispecie che si considera, è pacifico che il padre non sia mai stato in alcun modo presente nella vita del figlio sin dalla sua nascita.

N. ha evidenziato come ciò abbia - comprensibilmente - segnato nel profondo la sua crescita ed il suo sviluppo, nonché generato significativi conflitti interiori tra il desiderio di conoscere il padre ed il senso di rabbia e frustrazione per il disinteresse manifestato da quest'ultimo.

La domanda risarcitoria in esame è, dunque, fondata e meritevole di accoglimento.

La quantificazione della somma da riconoscersi a tale titolo a N.M. non può poi che avvenire in via equitativa ai sensi degli articoli 2056 e 1226 c.c.

La Corte di cassazione ha precisato, a riguardo, che, in caso di liquidazione del danno in via equitativa, il giudice di merito deve indicare i criteri seguiti per calcolare l'entità del risarcimento affinché la sua decisione non sconfini nell'arbitrarietà (Cass. 4.4.2013, n. 8213).

Può, quindi, assumersi come iniziale parametro di riferimento la somma minima liquidabile per il danno da perdita di un genitore prevista dalle tabelle milanesi dell'anno 2018, vale a dire Euro 165.960,00 e, poi, per determinare l'effettiva consistenza del pregiudizio patito da N. fare riferimento ai seguenti indici:

- la durata ed il livello dell'assenza tanto materiale quanto affettiva del padre: nel caso di specie entrambe totali dalla nascita ad oggi che l'attore ha 31 anni;

- la rimediabilità del danno, vale a dire la possibilità di recupero del rapporto genitoriale: in sostanza inesistente, tenuto conto del lunghissimo tempo trascorso, del fatto che il padre non ha ritenuto di riconoscere il figlio nemmeno dopo aver appreso i risultati (non contestati) della CTU ematogenetica, nonché, più in generale, del tenore dei rispettivi atti difensivi e delle domande avanzate nella presente sede da N. che rendono evidente come la frattura tra padre e figlio non sia rimarginabile;

- l'effettiva consapevolezza da parte del figlio dell'abbandono paterno: nel caso in esame piena, poiché N. ha sempre conosciuto, come peraltro era suo diritto, gli effettivi contorni della vicenda, emersi anche nel presente giudizio;

- la presenza di altre figure parentali: nella fattispecie, la madre, i nonni paterni e, a quanto riferito dagli attori, qualche raro incontro con il nonno paterno che, tuttavia, N. non può ricordare in quanto avvenuto in tenerissima età.

Tenuto complessivamente conto degli elementi riportati, il Collegio ritiene che il danno in questione possa essere quantificato, in via equitativa, nella somma di Euro 99.576,00, pari al 60% dei riportati valori minimi di riferimento previsti dalle tabelle milanesi dell'anno 2018 per la perdita di un genitore.

Considerata la peculiare modalità di liquidazione ora illustrata, la somma di Euro 99.576,00 riconosciuta a tale titolo deve considerarsi già congrua all'attualità e quindi comprensiva di rivalutazione ed interessi.

#### **F) Sulla domanda riconvenzionale di R.S.**

Il convenuto, sul presupposto per cui "mai ebbe dubbi su un'eventuale paternità né tanto meno la M. mai gli riferì di aspettare un figlio da lui" (pagina 4 della comparsa di costituzione), ha svolto domanda riconvenzionale nei confronti dell'attrice per la condanna della stessa al risarcimento del danno da egli patito per la procurata perdita del rapporto parentale con il figlio, quantificato nella somma di Euro 50.000,00 o in quella diversa ritenuta di giustizia.

La richiesta è infondata e deve essere rigettata.

Ed invero, come visto, l'interrogatorio formale dello S. ha fatto emergere come egli, tutto all'opposto, sia stato subito

# Giurisprudenza

## Responsabilità genitoriale

informato dalla compagna della gravidanza ed avesse piena consapevolezza della significativa probabilità di essere il padre di N., ma si sia intenzionalmente sottratto ai propri doveri genitoriali.

*Omissis*

**H) Sulla condanna del convenuto ai sensi dell'art. 96, ultimo comma, c.p.c.**

Sussistono i presupposti per condannare R.S. a pagare agli attori una somma determinata in via equitativa ai sensi dell'art. 96, ultimo comma, c.p.c.

Il convenuto nell'interrogatorio formale reso all'udienza del 28.5.2019 ha infatti radicalmente sconfessato la propria impostazione difensiva, sulla quale, oltre tutto, egli aveva anche fondato la domanda riconvenzionale nei confronti della M., rivelatasi pretestuosa.

In altre parole, l'istruttoria ha consentito di accertare come lo S. abbia resistito nel presente giudizio in malafede, giacché consapevole della non rispondenza al vero delle allegazioni formulate in comparsa di costituzione, e ciò legittima l'ulteriore condanna del convenuto ai sensi della norma in esame.

Pur collocandosi, al pari del primo comma della medesima disposizione, nell'ambito del cosiddetto abuso del processo, l'ultimo comma dell'art. 96 c.p.c. prevede l'esercizio di un potere officioso che, anche in ragione dei costi sociali che si ricollegano al coinvolgimento della giurisdizione statale, consente al giudice di valutare, anche in assenza di specifica domanda di parte, l'opportunità di sanzionare strategie difensive cui non è sottesa la comune diligenza necessaria e, in quanto tali, foriere per le controparti di pregiudizi ricollegabili all'indebita attivazione dello strumento processuale.

Il pregiudizio ulteriore subito nella vicenda in esame dagli attori che ora si risarcisce è tanto di carattere patrimoniale, consistente nelle energie e nel tempo dagli stessi dedicato (assieme al proprio difensore) alla causa, e così sottratti alle proprie ordinarie occupazioni, quanto di natura non patrimoniale, per l'essere stati costretti, ancora una volta, a rievocare nei dettagli ed avanti a terzi una vicenda quanto mai dolorosa che ha segnato le rispettive vite.

Tenuto anche conto della durata della lite, del numero delle udienze e della tipologia delle attività processuali compiute, si stima equo accordare a tale titolo agli attori la somma di Euro 4.500,00, pari ad 1/3 delle spese legali.

P.Q.M.

Il Tribunale Ordinario di Modena, in composizione collegiale, definitivamente decidendo la causa N.R.G. 11047/2015, ogni diversa domanda, istanza ed eccezione disattesa e respinta:

1. accerta e dichiara che R.S., nato a Città di C. (P.) in data (...), è il padre di N.M., nato a Città di C. (P.) in data (...);
2. stabilisce che N.M. mantenga il solo cognome "M." non aggiungendovi quello di "S." né sostituendolo con lo stesso;
3. ordina al competente Ufficiale dello Stato Civile di effettuare l'annotazione della presente sentenza nell'atto di nascita, al suo passaggio in giudicato, come per legge;
4. condanna R.S. a pagare a M.M. Euro 63.600,00, oltre interessi legali dalla pronuncia della presente sentenza, a titolo di rimborso pro quota delle spese sostenute dalla sola madre per il mantenimento del figlio fino alla sua autosufficienza economica;
5. condanna R.S. a pagare a N.M. Euro 99.576,00, oltre interessi legali dalla pronuncia della presente sentenza, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale patito dal figlio;
6. rigetta la domanda riconvenzionale proposta da R.S. nei confronti di M.M.;
7. condanna il convenuto a rifondere agli attori le spese legali liquidate in Euro 13.500,00 oltre 15% per spese generali, 4% per CPA e 22% per IVA;
8. none le spese di CTU, come liquidate con separato decreto, a carico del convenuto e pertanto lo condanna a rifondere agli attori quanto dagli stessi pagato a tale titolo;
9. condanna R.S. a pagare a M.M. N.M. Euro 4.500,00 ai sensi dell'art. 96, ultimo comma, c.p.c.

## Il danno da mancato riconoscimento del figlio di Emanuela Andreola (\*)

Il presupposto della responsabilità del genitore e del conseguente diritto del figlio al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali è costituito dall'abbandono e dalla consapevolezza del concepimento da parte del genitore inadempiente. Quest'ultima non si identifica con la certezza assoluta della procreazione ma con la rappresentazione della verosimile derivazione biologica del figlio dal genitore convenuto in giudizio. Il danno non patrimoniale conseguente al mancato riconoscimento dello *status* di filiazione da parte del genitore va liquidato in via equitativa sulla base delle prove raggiunte in ordine alle ricadute negative sulla salute e sulla vita del figlio. A tali fini, si utilizzano quali parametri di riferimento le tabelle in uso per la liquidazione del danno da morte del padre. Gli esiti di tale applicazione giurisprudenziale non sono tuttavia omogenei poiché si riscontrano correzioni differenti del parametro base.

(\*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

**Il fatto**

Con la pronuncia in commento il Tribunale di Modena si sofferma sui presupposti delle azioni restitutoria e risarcitoria da danno endofamiliare, entrambe collegate all'accertamento giudiziale di paternità.

Nel caso concreto, la madre aveva convenuto il presunto padre per il riconoscimento giudiziale del figlio, riferendo di una relazione avuta quando entrambi i (futuri) genitori erano ancora minorenni e troncata dal convenuto durante la gravidanza.

Previa declaratoria di paternità, l'attrice chiedeva il rimborso *pro quota* delle spese sostenute per il mantenimento del figlio, oltre al risarcimento del danno non patrimoniale per l'abbandono in prossimità del parto e per aver dovuto occuparsi in via esclusiva della crescita del figlio. Contestualmente quest'ultimo agiva contro il padre per ottenere il risarcimento dei danni: patrimoniale, da perdita di *chances* di istruzione e di lavoro e non patrimoniale per la privazione della figura paterna nella crescita.

Il convenuto negava in primo luogo di essere stato a conoscenza della gravidanza, opponeva l'infondatezza delle domande e la prescrizione dell'azione di rimborso delle spese sostenute per il mantenimento del figlio. In via riconvenzionale, egli proponeva richiesta risarcitoria per la perdita del rapporto parentale.

Il Tribunale di Modena, sulla base delle prove ematogenetiche acquisite, dichiarava anzitutto la paternità del convenuto, ritenendolo, a seguito dell'istruttoria svolta, consapevole del rapporto di filiazione. Il Collegio ordinava conseguentemente l'annotazione della sentenza nell'atto di nascita, accordando, vista l'età adulta del figlio, la conservazione del solo cognome materno quale fondamentale segno distintivo della persona.

Con riferimento alle pretese economiche, il Tribunale accoglieva la domanda di rimborso *pro quota* delle spese di mantenimento del figlio, ritenendo infondata l'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto. Aderendo all'orientamento di legittimità prevalente, infatti, il giudice individuava il *dies a quo* nel momento del passaggio in giudicato della sentenza che accoglieva l'istanza *ex art. 269 c.c.*, essendo pregiudiziale alla stessa domanda di regresso l'accertamento definitivo della paternità. Sul *quantum* del regresso, fissata la decorrenza dell'obbligazione di mantenimento del figlio dalla nascita, si ricostruivano le spese sostenute dalla madre fino all'indipendenza economica del figlio che, nel caso concreto, veniva individuata nel compimento del

ventunesimo anno d'età, quando, cessati gli studi, egli si era inserito nel mercato del lavoro. Nel compiere tale quantificazione, il Tribunale valutava, da un lato, gli esborsi effettivi della madre (anche ricorrendo a presunzioni e a nozioni di comune esperienza) e, dall'altro, le capacità economico-patrimoniali dei genitori nel periodo di riferimento, considerando altresì il progressivo incremento delle spese in ragione della crescita del figlio.

Quanto alle domande risarcitorie, il Tribunale rigettava sia quella avanzata dalla madre, sul presupposto della non risarcibilità del pregiudizio derivante da fatto lecito (la rottura della relazione sentimentale), sia quella proposta dal figlio per la perdita di *chances* di istruzione e lavorative, in quanto non provata. L'attore, infatti, nulla aveva allegato né dimostrato circa il profitto scolastico, le inclinazioni e le aspirazioni professionali che affermava frustrate dall'abbandono paterno, né le concrete possibilità di perseguire una differente e migliore carriera.

Secondo la corte di merito, risultava invece fondata la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale da privazione del rapporto genitoriale, in ragione della profonda incidenza dell'abbandono rispetto alla crescita e allo sviluppo del figlio. Il danno veniva quantificato in misura pari al 60% della somma minima liquidabile indicata dalle tabelle milanesi per il danno da perdita di un genitore e la riduzione appariva giustificata da una serie di fattori: la durata e il livello di assenza materiale e affettiva del padre, la recuperabilità del rapporto genitoriale, l'effettiva consapevolezza dell'abbandono, la presenza di altre figure parentali.

Infine, il Tribunale rigettava la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, rivelatesi pretestuosa. Era emerso, infatti, in sede di interrogatorio formale, che il padre, diversamente da quanto affermato nell'atto introduttivo, era stato immediatamente informato della gravidanza e che si era intenzionalmente sottratto ai propri doveri genitoriali, con la conseguenza che doveva ritenersi imputabile al medesimo la mancata instaurazione di un rapporto genitoriale. La condotta processuale era pertanto considerata fonte di responsabilità aggravata *ex art. 96*, ultimo comma, c.p.c.

**Responsabilità da procreazione e obbligo di riconoscimento**

Prima di esaminare la pronuncia sotto il profilo delle conseguenze economiche derivanti dal mancato riconoscimento della paternità extramatrimoniale,

# Giurisprudenza

## Responsabilità genitoriale

occorre fare un passo indietro al fatto della procreazione e agli effetti giuridici che immediatamente sorgono con esso indipendentemente dall'accertamento giudiziale del vincolo.

È noto che l'esistenza degli obblighi previsti dagli artt. 148, 316 e 316-bis c.c. si riconnette al solo fatto della generazione, a prescindere dal riconoscimento formale dello *status*. L'obbligo di educare e di mantenere i figli è infatti eziologicamente connesso esclusivamente alla procreazione, determinandosi un automatismo tra responsabilità genitoriale e nascita, che costituisce il fondamento della responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare, nell'ipotesi in cui alla procreazione non segua il riconoscimento e l'assolvimento degli obblighi conseguenti alla condizione di genitore (1).

Se tuttavia la responsabilità genitoriale intesa nella sua accezione più ampia non presuppone alcuna differenza tra padre e madre, poiché anzi dopo la nascita si apre la fase dell'eguaglianza del rapporto di genitorialità, resta da verificare se sussista e come operi l'obbligo di riconoscimento rispettivamente per l'uno e l'altro genitore.

Sulla natura giuridica e in particolare sulla obbligatorietà dell'atto di riconoscimento si è sviluppato un ampio dibattito dottrinale (2). L'attuale disciplina e il più consolidato orientamento interpretativo, pur attribuendo all'atto di cui all'art. 250 c.c. tratti del tutto peculiari, non chiariscono tuttavia se il riconoscimento costituisca per il dichiarante un atto dovuto.

Secondo alcuni, a essere dovuta in senso stretto, è la sola dichiarazione di nascita, come inequivocabilmente

si evince dal disposto dell'art. 30, comma 1, dell'Ordinamento dello stato civile, che infatti impone di rispettare "l'eventuale volontà della madre di non essere nominata", disposizione con la quale viene confermata in capo alla donna la medesima libertà di non riconoscere che è attribuita all'uomo (3). In base a questa prospettiva si ritiene che il riconoscimento non sia atto obbligatorio ma funzionale. Il fondamento dell'assunto si individua nella previsione normativa sulla facoltà di opposizione da parte del figlio ai sensi degli artt. 250 e 251 c.c. Si è però replicato che l'"assenso" del figlio ultraquattordicenne al proprio riconoscimento (art. 250, comma 2, c.c.), come il "consenso" del genitore primo riconoscente al secondo riconoscimento del figlio infraquattordicenne (art. 250, comma 3, c.c.) e l'"autorizzazione" del giudice al riconoscimento del figlio nato da incesto (art. 251 c.c.) non sono elementi costitutivi della fattispecie ricognitiva, la quale si perfeziona con quella che viene qualificata prevalentemente come una dichiarazione di scienza (4). Essi ne rappresentano invece requisiti di efficacia (5) e, in quanto tali, non incidono sull'obbligatorietà dell'atto, ma solo sull'idoneità a produrre effetti secondo lo schema autorizzatorio (6).

Per questa strada si afferma che, pur declinando l'art. 250, comma 1, c.c. il verbo "potere" in ordine al riconoscimento spontaneo, non si è inteso qualificarlo come atto discrezionale, bensì si è voluto connotare la riconoscibilità come principio, salve le eccezioni di legge. Quando può riconoscere, il genitore ne ha l'obbligo giuridico (7).

(1) Tra le tante vedi Cass. Civ. 10 aprile 2012, n. 5652, in *Giur. it.*, 2013, 45, con nota di G. Malavenda, *Responsabilità dei genitori per violazione dell'obbligo di mantenimento dei figli naturali non riconosciuti*. La sentenza ribadisce il principio secondo cui l'obbligo dei genitori di mantenere i figli previsto dagli artt. 147 e 148 c.c. sorge per il fatto in sé della nascita, ancorché la paternità o la maternità siano accertate successivamente. La violazione di tale dovere, comportando la lesione di diritti fondamentali, può cagionare un danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c.

(2) Cfr. E. Carbone, *Della filiazione*, in L. Balestra (a cura di), *Della famiglia*, 2, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2010, 516 ss.; Id., *Sull'obbligatorietà del riconoscimento nella filiazione non matrimoniale*, in questa *Rivista*, 2015, 519; C.M. Bianca, *Diritto civile*, II-1, *La famiglia*, Milano, 2014, 364 ss.; P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in questa *Rivista*, 2015, 182.

(3) P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, cit., 182, trae dalla riforma sullo stato unico di figlio una conferma della tesi che vede nel riconoscimento un atto in sé non dovuto, la cui omissione può però comportare la responsabilità del genitore biologico quando non sia giustificabile nell'interesse del figlio. Il mancato riconoscimento non è dunque un comportamento in sé antigiuridico, ma può configurarsi quale co-elemento della fattispecie dell'illecito aquiliano, a condizione però che nella concreta

situazione costituisca un comportamento omissivo produttivo di un danno ingiusto in capo al figlio.

(4) Sulla natura dell'atto di riconoscimento come dichiarazione di scienza vedi M. Costanza, voce *Filiazione*, III, *Filiazione naturale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1 ss. L'atto non ha natura negoziale, ma costituisce una dichiarazione che, pur essendo rimessa alla volontà del suo autore, produce degli effetti sottratti alla disponibilità dei privati e alla loro autonomia quale è l'acquisizione di uno *status*. Ciò è confermato dal fatto che il rapporto di filiazione extramatrimoniale può essere accertato anche giudizialmente. *Contra* C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 366 ss., poiché chi riconosce non si limita a manifestare una conoscenza (so che questo è mio figlio) ma vuole accertare pubblicamente la posizione di genitore.

(5) Cfr. M. Costanza, voce *Filiazione*, cit., 1 ss.; E. Carbone, *La filiazione naturale*, in *Diritto della famiglia* diretto da S. Patti - M.G. Cubeddu, Milano, 2011, 820 ss.; per la definizione dell'"assenso" e del "consenso" quali autorizzazioni private, C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 364 ss.

(6) Secondo questa prospettiva, la posizione del genitore circa il riconoscimento ha natura perfetta, qualificandosi, dal lato passivo, come obbligazione civile e, dal lato attivo, come diritto soggettivo. In questo senso vedi Cass. Civ. 7 febbraio 2014, n. 2802, in questa *Rivista*, 2014, 321.

(7) In questo senso vedi E. Carbone, *La filiazione naturale*, cit., 823.

Il dibattito, oggi attuale anche dopo la novella sulla filiazione, si riflette sulla questione fondamentale della rilevanza giuridica dell'omesso riconoscimento, cui si riconnettono diversi corollari di disciplina in particolare sotto il profilo risarcitorio, come chiarito dalla sentenza in esame. Secondo la tesi della facoltatività dell'atto, il mancato riconoscimento non è anti-giuridico in sé, potendo le circostanze chiarire che nessun danno ingiusto è stato cagionato al figlio, il quale, anzi, potrebbe averne tratto un giovamento, ad esempio, in virtù di una rapida adozione. L'omesso riconoscimento potrebbe essere dunque lecito e non fonte di responsabilità civile (8).

In modo più articolato e convincente, la teoria dell'obbligatorietà del riconoscimento distingue la posizione del padre da quella della madre evocando un quadro normativo asimmetrico anche dopo la riforma del 2012. Come è noto, il diritto alla riservatezza della partoriente nell'attestazione di avvenuta nascita, omettendo qualsiasi riferimento volto a renderla individuabile (9), fonda la legittimità dell'anonimato *ex latere matris* sulla base di una disciplina dettata dalla legge sull'adozione (10), dall'Ordinamento dello stato civile e dal Codice *privacy* (11). Se pertanto la madre gode di una sorta di "immunità" (12), le eventuali conseguenze risarcitorie e restitutorie per il mancato riconoscimento possono

configurarsi solo con riferimento all'omissione paterna. Infatti la facoltatività dell'atto *ex latere patris* non è sancita da alcuna norma positiva, né sorretta dalla *ratio* costituzionale dell'anonimato materno, mentre il carattere incondizionato del diritto filiale allo *status* dovrebbe indurre a ritenere che sussista l'obbligatorietà del riconoscimento. Il diritto allo stato di figlio, che ha cancellato la concezione secondo la quale il rapporto giuridico di filiazione dipende dalla volontà del genitore, qualifica il riconoscimento come "un atto di volontario accertamento della filiazione che rende superfluo l'accertamento giudiziale" (13).

### L'illecito da mancato riconoscimento

Analizzate le ragioni che limitano a una sola figura genitoriale l'obbligatorietà del riconoscimento, la pronuncia in commento consente ulteriori riflessioni sulle conseguenze risarcitorie delle omissioni paterne.

La sentenza si pone anzitutto sulla scia di quell'orientamento giurisprudenziale che ha fatto applicazione costante delle regole di responsabilità civile anche nei rapporti familiari (14), dando via via contenuti sempre più precisi alla figura dell'illecito endofamiliare elaborata da tempo da una dottrina

(8) Sulla tesi secondo cui il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio è atto discrezionale e libero, non sussistendo nell'ordinamento alcun obbligo giuridico per il genitore in tal senso, cfr. M. Sesta - B. Lena - B. Valignani, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Milano, 2001, 93 ("caratteristica del riconoscimento è la sua spontaneità, stante la assoluta discrezionalità del genitore nell'effettuarlo ... Nel sistema di legge, anche dopo la riforma, il riconoscimento rappresenta sicuramente una facoltà e non un obbligo del genitore"). Cfr. anche P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, cit., 182 ss.

(9) Cfr. S. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il "dilemma" del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in Liber Amicorum per Dieter Henrich, I, Torino, 2012, 178, il quale invoca il D. Min. Sanità del 16 luglio 2001, n. 349 nella parte in cui prevede che tali generalità non siano più riportate nel certificato di assistenza al parto, se la madre chiede di non essere nominata. Del resto non avrebbe senso che tali dati, non (più) inseriti nel certificato di assistenza al parto, debbano esserlo nell'attestazione che viene allegata alla dichiarazione di nascita. Si è inoltre precisato che l'attestazione è conservata nel volume degli allegati al registro degli atti di nascita, presso il tribunale ordinario.

(10) M.N. Bugetti, *Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato*, in questa *Rivista*, 2016, 476, critica l'ambiguità della disciplina.

(11) Rispetto agli altri modelli europei, la tutela dell'anonimato rappresenta certamente una particolarità, ma si afferma essere coerente con i valori costituzionali che garantiscono il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e la protezione della maternità (art. 31, comma 2, Cost.). Il fondamento della disciplina del parto anonimo, come chiarito dalla stessa Corte costituzionale, riposa sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi

perturbamento connesso a diverse situazioni personali, ambientali, culturali e sociali, tali da generare pericoli per la salute psicofisica o la stessa incolumità di entrambi.

(12) Cfr. E. Carbone, *Sull'obbligatorietà del riconoscimento nella filiazione non matrimoniale*, cit., 519. L'Autore stigmatizza questa asimmetria di genere in quanto può lasciare spazio a una grave deresponsabilizzazione della donna. In senso critico vedi anche M. Costanza, *A margine della riforma della filiazione, in Iustitia*, 2013, 126. Auspica una "rinnovata riflessione critica" sul "perdurante canone della volontarietà del riconoscimento materno" M. Sesta, *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in questa *Rivista*, 2014, 455.

(13) In questo senso, cfr. C.M. Bianca, *La famiglia*, cit., 365.

(14) M. Sesta, *L'illecito endofamiliare nella recente evoluzione giurisprudenziale*, intervento al III° Congresso di aggiornamento professionale forense, Roma, 3-5 aprile 2008, in *www.altalex.com*, 2008; Id., *Le azioni di stato dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in *Rassegna forense*, 2014, 2, 327-344; Id., *L'accertamento dello stato di figlio dopo il decreto legislativo n. 154/2013*, in questa *Rivista*, 2014, 454. Si veda ad esempio App. Bologna 10 febbraio 2004, in questa *Rivista*, 2006, 511, con nota di G. Facci, *L'illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, che aveva ritenuto sussistere la responsabilità civile, indipendentemente dalla configurabilità del reato di cui all'art. 570 c.p., nei confronti del genitore che, prima del riconoscimento della paternità, si era sottratto agli obblighi di assistenza inerenti alla potestà di genitore. Secondo la Corte, l'illecito trovava il suo fondamento nella consapevole violazione dell'obbligo di mantenimento. Successivamente il Tribunale di Venezia (Trib. Venezia 18 aprile 2006, in *Danno e resp.*, 2007, 576, con nota di R. De Stefanis, *Mancato riconoscimento del figlio naturale e risarcimento del danno*) aveva ammesso il risarcimento del danno patito nel periodo antecedente l'accertamento della paternità, non potendosi escludere che la

# Giurisprudenza

## Responsabilità genitoriale

lungimirante (15). Anche l'inosservanza dei doveri verso i figli giustifica infatti sempre più il ricorso allo strumento della responsabilità aquiliana (16). Negli stessi anni in cui la giurisprudenza di merito andava delineando l'ammissibilità di un risarcimento dei danni per violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, si è fatta strada anche la convinzione che la violazione dei doveri che ciascun genitore commette nei confronti dei figli possa determinare, non solo i provvedimenti di decadenza o restrittivi della responsabilità genitoriale, ma anche l'obbligo di risarcire i danni cagionati alla prole. L'attenzione dei giudici verso i pregiudizi non patrimoniali subiti dai figli per la violazione degli obblighi di assistenza morale, materiale ed educativa, previsti dagli artt. 147 e 315-bis c.c., si è andata intensificando, fondando costantemente l'illecito del genitore inadempiente su una sorta di automatismo tra procreazione e responsabilità genitoriale (17).

Nel caso deciso dal Tribunale di Modena, si intreccia una serie di domande di risarcimento del danno causalmente connesso al mancato riconoscimento paterno. In primo luogo, il figlio ha richiesto la riparazione del danno patrimoniale da perdita di *chances* di istruzione e lavorative per essere cresciuto

in ristrettezze economiche, nonché del danno non patrimoniale patito per non avere avuto un padre. La Corte di merito, pur affermando in astratto l'ammissibilità della domanda relativa al danno patrimoniale da condotta abbandonica del padre, ne ha rigettato l'istanza per difetto di prova. Si fa intendere a tale scopo che, in applicazione dello schema delle presunzioni (art. 2729 c.c.), il figlio avrebbe dovuto dimostrare il nesso causale tra l'abbandono prematuro dell'istruzione e la perdita di opportunità sotto il profilo formativo personale e dell'istruzione stessa. Con riferimento al preteso ristoro non patrimoniale della privazione della figura paterna, il tribunale ribadisce il principio secondo cui gli obblighi di mantenere, istruire ed educare i figli sussistono per il solo fatto della nascita e non vengono meno se un genitore non li ha riconosciuti (18). Accertata nel caso concreto l'assenza del padre per tutta la vita del figlio (19), è stata ritenuta fondata la pretesa risarcitoria ex art. 2059 c.c., considerando che la mancanza del padre avesse segnato nel profondo la crescita e lo sviluppo del figlio, generando significativi conflitti interiori come il desiderio di conoscere il genitore e il senso di rabbia e di frustrazione per il disinteresse manifestato da quest'ultimo (20).

consapevole violazione dell'obbligo di mantenimento configuri una condotta antiggiuridica e possa quindi porsi all'origine, sussistendo tutti gli altri presupposti di legge e quindi gli elementi costitutivi della fattispecie delineata dall'art. 2043 c.c., di un obbligo risarcitorio. In questo senso vedi anche Cass. Civ. 10 aprile 2012, n. 5652, cit., 45. La Corte, ribadita la rilevanza costituzionale, ex artt. 2 e 30 Cost., dei diritti inerenti lo *status* di figlio, anche non riconosciuto, e la lesione di questi da parte del padre con il suo comportamento inadempiente e disinteressato, ha confermato la liquidazione del danno non patrimoniale effettuata dal giudice di merito, sulla base della consapevolezza del concepimento e degli obblighi che ne derivano.

(15) Cfr. S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 15 ss. Nella prospettiva europea vedi E. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 144 ss. Per una comparazione con il diritto spagnolo, D. Amram - E. Mazzilli, *Condotta adulterina e risarcimento del danno in Spagna*, in *Danno e resp.*, 2013, 345 ss. Con riferimento alla famiglia di fatto, Cass. Civ. 20 giugno 2013, n. 15481, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1882 ss., con nota di C. Nassetti, *L'illecito endofamiliare fa ingresso nella famiglia di fatto*.

(16) Grande eco ha suscitato a suo tempo la decisione con cui la Cassazione ricorse alla figura del "danno esistenziale" per sanzionare la condotta di un padre che per anni aveva ostinatamente rifiutato di riconoscere il figlio, corrispondendogli con molto ritardo i mezzi di sussistenza (Cass. Civ. 7 giugno 2000, n. 7713, in questa *Rivista*, 2001, 159, con nota di M. Dogliotti, *La famiglia e l'altro diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*; in *Danno e resp.*, 2000, 835, con nota di P.G. Monateri, *Alle soglie: la prima vittoria in Cassazione del danno esistenziale*; in *Resp. civ. prev.*, 2000, 923, con nota di G. Ponzanelli, *Attenzione non è danno esistenziale ma vera e propria pena privata*).

(17) Cfr. G. Facci, *La responsabilità dei genitori per violazione dei doveri genitoriali*, in M. Sesta (a cura di), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 203 ss.; Id., *Questioni controverse*

*in tema di prescrizione nell'ambito della responsabilità dei genitori nei confronti dei figli*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 29 ss.; M. Paladini, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, 488 ss.

(18) Cfr. Cass. Civ. 22 novembre 2013, n. 26205, in *Danno e resp.*, 2014, 716; Cass. Civ. 16 febbraio 2015, n. 3079, in questa *Rivista*, 2015, 418. Il disinteresse mostrato da un genitore nei confronti di una figlia naturale integra la violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione della prole, e determina la lesione dei diritti nascenti dal rapporto di filiazione che trovano negli artt. 2 e 30 Cost. - oltre che nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento - un elevato grado di riconoscimento e tutela, sicché tale condotta è suscettibile di integrare gli estremi dell'illecito civile e legittima l'esercizio, ai sensi dell'art. 2059 c.c., di un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti dalla prole. La sentenza precisa anche che, in tema di azione volta al riconoscimento dei danni non patrimoniali, ai sensi dell'art. 2059 c.c., esercitabile pure nell'ambito dell'azione per dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, va escluso il concorso colposo nella produzione del danno, ex art. 1227 c.c., in ipotesi di inerzia dei figli in ordine al momento da essi prescelto per l'iniziativa giudiziale, in quanto liberamente e legittimamente determinabile da parte dei titolari del diritto, oltre che del tutto ininfluenza rispetto alla configurazione e determinazione del danno non patrimoniale riconosciuto.

(19) Nel caso deciso dal Tribunale di Modena, l'interrogatorio formale del padre ha consentito di accertare come egli avesse la consapevolezza della quasi certezza della paternità, ma abbia intenzionalmente ignorato tutti i relativi, inequivoci elementi, essendo suo onere attivarsi, anche a mezzo di indagine tecnica, senza poter invocare un concorso di colpa della madre e del figlio per aver chiesto solo a distanza di tempo l'accertamento giudiziale di paternità.

(20) Conformi Trib. Modena 11 settembre 2006, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 950; Trib. Sulmona 26 novembre 2012, in *Il caso.it*; Trib. Vicenza 24 ottobre 2019, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

Nel caso concreto, tra gli effetti dannosi del mancato riconoscimento, la madre ha invocato anche quello non patrimoniale per l'abbandono da parte del presunto padre in prossimità della nascita, con conseguente propria sofferenza e difficoltà legate alla cura monogenitoriale del figlio. Sulla base di un precedente di merito (21), la sentenza in commento ha rigettato la domanda, affermando che, in generale, il risarcimento del danno può essere chiesto non per il solo fatto di aver subito un pregiudizio soggettivo, ma se e in quanto tale pregiudizio sia conseguenza di un comportamento illecito altrui (22). Nel caso in esame si è spiegato che non è *contra ius* l'interruzione della relazione sentimentale con la madre ancorché incinta, bensì atto libero e lecito (23).

Nella dinamica processuale dell'imputazione della responsabilità da mancato riconoscimento, si è esaminata anche la domanda risarcitoria proposta in via riconvenzionale dal padre che, assunta la non colpevolezza della propria condotta perché la madre non gli avrebbe mai riferito di aspettare un figlio, lamentava la perdita del rapporto parentale con il figlio. Il tribunale, accertata invece la piena consapevolezza del padre della probabilità del rapporto di paternità biologica e la volontaria sottrazione del genitore agli obblighi nei confronti del figlio, non ravvisava alcuna lesione al diritto alla paternità.

Sotto il profilo risarcitorio, il giudice in definitiva ha attribuito rilevanza al pregiudizio subito dal figlio extramatrimoniale, partendo dal presupposto che

questi ha diritto fin dalla nascita a condividere con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima e affettiva, sia nella sfera sociale, mediante il riconoscimento esterno dello *status* conseguente alla procreazione, mostrando di analizzare la plurima fattispecie concreta di illecito endofamiliare, con gli occhiali della verifica in concreto della ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito: l'antigiuridicità del fatto (la violazione dei doveri nascenti dal rapporto di filiazione) e l'imputabilità del comportamento. La sentenza inoltre, in ordine all'elemento psicologico, inteso come consapevolezza dell'obbligo e del rifiuto di adempimento, ha fondato il giudizio di responsabilità del padre non sulla certezza della relazione filiale che deriva dalla prova ematologica, ma sulla consapevolezza della forte probabilità derivante da circostanze idonee alla rappresentazione della verosimile derivazione biologica (24). In base a questi presupposti soltanto il genitore che si accerti effettivamente ignaro del concepimento e della nascita di un figlio non può essere considerato colpevole della propria condotta omissiva.

### Liquidazione del danno da privazione della figura paterna

La sentenza in esame tocca un ambito applicativo assai rilevante dell'illecito endofamiliare come quello dei danni subiti dai figli per la violazione dei doveri genitoriali (art. 30 Cost;

(21) App. Catania 21 settembre 2015, *inedita*.

(22) La motivazione del Tribunale di Modena è sul punto lacunosa e apparentemente erronea laddove esclude ogni forma di responsabilità in caso di liceità della condotta. A fronte delle molteplici ipotesi tipiche di responsabilità da atto lecito, è infatti questione ricorrente se sussista o meno un principio generale applicabile fuori dai casi contemplati dalla legge di responsabilità da fatto lecito. Il problema riguarda soprattutto le lesioni della sfera non patrimoniale degli individui poiché, per le lesioni della sfera patrimoniale (proprietà *in primis*) tra le previsioni nazionali e l'art. 1, Prot. I, CEDU, interpretato alla luce della giurisprudenza europea, vi è una copertura indennitaria pressoché integrale. Secondo l'esito di un dibattito avviatosi già alla fine dell'Ottocento e di un più recente percorso giurisprudenziale, tende oggi a ritrovare un suo spazio la tesi che la responsabilità da atto lecito costituisca un principio generale del nostro ordinamento laddove sia lesa un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato. Secondo l'impostazione tradizionale, infatti, la responsabilità da atto lecito dannoso risponde all'esigenza di dare comunque un minimo ristoro a seguito della lesione di un interesse avvenuta al di fuori dei canoni dell'illecito. Per tale motivo, l'indennizzo non dovrebbe essere parametrato al valore reale del bene e quantificarsi comunque in misura inferiore al risarcimento dei danni. Sul punto tra tanti cfr. A. Tucci, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 2, 229 ss.; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, 2006, 21 ss.; E. Baffi - D. Nardi, *Atto lecito dannoso: un'analisi giuseconomica*, in *Danno e resp.*, 2016, 1157. Il danno non patrimoniale endofamiliare potrebbe pertanto essere l'ambito in cui verificare la vigenza del principio della responsabilità da fatto

lecito per violazione dei diritti fondamentali della persona del minore e della madre quale contribuente esclusiva al mantenimento.

(23) Il Tribunale di Modena precisa tuttavia che diverso sarebbe stato se la madre, anziché invocare il danno non patrimoniale da abbandono, avesse invocato il danno patrimoniale da perdita di *chances*. In tal caso, avrebbe dovuto dimostrare la perdita di occasioni lavorative o le limitazioni di carriera in conseguenza del fatto di essersi dovuta dedicare da sola alla crescita del figlio (educazione, istruzione e mantenimento).

(24) Conformemente a Cass. Civ. 22 novembre 2013, n. 26205, cit., 716, in un caso analogo a quello esaminato dalla pronuncia in commento, il Tribunale di Brescia (Trib. Brescia 11 gennaio 2018, n. 494, *inedita*) ha ravvisato gli estremi dell'illecito civile, per avere la condotta del padre cagionato la lesione di diritti costituzionalmente protetti. Di qui, il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., consistenti nel "vuoto emotivo, relazionale e sociale" patito dal figlio per l'assenza della figura genitoriale fin dalla nascita. Quanto all'elemento soggettivo della consapevolezza della paternità, il tribunale lombardo ha dato rilievo a elementi presuntivi della conoscenza, non solo dello stato di gravidanza, ma anche della paternità, come il fatto che il convenuto, ancorché medico, avesse accompagnato la donna alle visite ginecologiche di controllo (condotta non giustificata da un mero rapporto di amicizia), nonché dall'ulteriore circostanza dell'invio da parte del medesimo di un mazzo di rose rosse in ospedale proprio il giorno del parto, "comportamento coerente da parte di chi ben sa di essere il padre del nascituro".

# Giurisprudenza

## Responsabilità genitoriale

art. 147 c.c.) (25). La gravità della condotta, come il rifiuto reiterato all'assunzione della responsabilità nonostante la consapevolezza del concepimento, assume particolare significato sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito, ai fini della configurazione della colpa. Per l'aspetto oggettivo della fattispecie, la giurisprudenza, nel ribadire che è risarcibile soltanto il danno-conseguenza, ha chiarito che quello da illecito endofamiliare non può essere ritenuto sussistere *in re ipsa* (26). Dunque, il pregiudizio deve essere allegato e provato nel suo ammontare dal danneggiato, secondo il principio generale dell'onere della prova, con ampio spazio per la prova presuntiva, attraverso la quale il giudice ben può dedurre dal fatto noto quello ignoto, secondo un principio di probabilità (27). In ogni caso l'allegazione deve concernere fatti precisi, specifici e circostanziati, non mere enunciazioni

di carattere generico, astratto, eventuale e ipotetico (28).

Se la privazione totale della figura genitoriale, in caso di mancato riconoscimento e successivo persistente disinteresse verso il figlio, può dirsi ipotesi oramai tipica di fonte di danno endofamiliare non patrimoniale (29), stentano tuttavia ad affermarsi criteri uniformi per la liquidazione della relativa voce, con l'effetto di determinare significative differenze nelle somme accordate a titolo risarcitorio, anche all'interno dello stesso ufficio giudiziario (30). Le corti di merito nell'elaborazione di criteri di quantificazione del danno non patrimoniale subito dalla prole sono talvolta giunte ad ammettere la possibilità di assumere in via analogica i parametri tabellari adottati da alcuni distretti giudiziari per la liquidazione del danno da perdita del congiunto (31), con l'applicazione di correttivi idonei ad adattare detti criteri alla diversa ipotesi del colpevole abbandono dei figli (32).

(25) Una delle prime sentenze di legittimità (Cass. Civ. 7 giugno 2000, n. 7713, cit., 159) che ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno subito dal figlio per il prolungato e ostinato rifiuto del padre di fornirgli i mezzi di sussistenza, qualificava il danno come esistenziale. Secondo tale pronuncia, la lesione dei diritti della persona collocati al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti doveva essere risarcita, ex art. 2043 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 Cost., per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza).

(26) Vedi ad esempio Cass. Civ. 16 febbraio 2015, n. 3079, cit., 418; Cass. Civ. 23 giugno 2016, n. 12985, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>

(27) Cfr. Cass. Civ. 13 maggio 2011, n. 10527, in *Corr. giur.*, 2011, 1092; Cass. Civ. 16 febbraio 2012, n. 2228, in *Foro it.*, 2012, 6, 1, 1802.

(28) Cfr. Cass. Civ. 13 maggio 2011, n. 10527, cit., 1092; Cass. Civ. 25 settembre 2012, n. 16255, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(29) Vedi ad esempio sent. Trib. Milano 23 luglio 2014, in questa *Rivista*, 2015, 43 ss., con nota di S. Veronesi, *Sulla determinazione tabellare del danno endofamiliare* e in *Resp. civ. prev.*, 2015, 562 ss., con nota di F. Galletti, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*; Trib. Modena 20 febbraio 2015 e Trib. Milano 18 maggio 2015, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>. Nella sentenza dei giudici milanesi si elabora una assimilazione tra le ipotesi di mancato riconoscimento e quelle del successivo totale disinteresse verso la prole.

(30) Nella casistica posta all'attenzione delle corti di merito si riscontra anche la situazione speculare della "privazione" del ruolo paterno a seguito di falsa attribuzione di paternità (Trib. Taranto 22 gennaio 2015 e Trib. Firenze 2 febbraio 2015, in *Foro it.*, 2015, 7-8, 1, 2549). La fattispecie riguarda le richieste risarcitorie avanzate dai presunti padri per il ristoro del pregiudizio (anche) non patrimoniale patito a seguito della scoperta dell'errata attribuzione della loro paternità. Nei casi richiamati tuttavia, sono riscontrabili notevoli differenze nella determinazione del *quantum* risarcitorio. In argomento vedi D. Amram, *Mater semper certa est, pater nunquam e il danno da falsa rappresentazione della paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 698 ss.

(31) La sent. Trib. Milano 23 luglio 2014, cit., 43, nell'accogliere la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale patito dal minore, afferma che "in merito alla quantificazione in concreto, questo Tribunale reputa di aderire all'orientamento giurisprudenziale (App. Brescia 1° marzo 2012) che, in caso di danno endofamiliare da privazione del rapporto genitoriale, applica, come riferimento liquidatorio, la voce *ad hoc* prevista dalle tabelle giurisprudenziali adottate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano". Nello stesso senso vedi Trib. Milano 13 marzo 2017, in questa *Rivista*, 2018, 397, con nota critica di A. Scalera, *Il danno da privazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*. L'Autore sottolinea che il danno da morte del genitore stabilito dalle tabelle è, infatti, un danno che subisce la vittima secondaria dell'illecito (cioè il figlio), quale conseguenza dell'evento lesivo subito dal padre (o dalla madre) e provocato da un terzo. Nel caso, invece, di danno da privazione della figura genitoriale, i soggetti coinvolti sono due e cioè il figlio che è il danneggiato e il genitore che è l'autore della condotta illecita e, dunque, il danneggiante. Inoltre in caso di morte del genitore il danno è definitivo, in caso di mancato riconoscimento non è escluso un successivo ravvedimento.

(32) Anche la Cassazione ha riconosciuto il criterio tabellare come parametro di riferimento con sentenza Cass. Civ. 22 luglio 2014, n. 16657, in *Danno e resp.*, 2014, 1189. Consapevole della diversità della fattispecie rispetto all'evento morte del genitore, ha precisato che quelle tabelle rimangono utilizzabili come parametro di valutazione equitativa, con gli opportuni adattamenti. Nel caso deciso dalla sentenza Cass. Civ. 22 novembre 2013, n. 26205, cit., 716, i giudici di prime cure avevano ritenuto sufficiente, al fine di "adattare" il criterio tabellare del danno da perdita del congiunto alla liquidazione del danno da colpevole abbandono dei figli, l'assunzione di detto parametro "nella sua soglia minima, peraltro non aggiornata al momento della decisione". Diversamente il Tribunale di Venezia nel 2006 (Trib. Venezia 18 febbraio cit., in *Danno e Resp.*, 2007, 576), ha liquidato il danno non patrimoniale in relazione alla già compiuta liquidazione di quello patrimoniale da perdita di *chances*, in una percentuale, in via equitativa, pari al 50%. L'importo complessivo era stabilito in euro 61.250,00, liquidato all'attualità. Non era invece accolta la richiesta di decurtazione operata per il riconosciuto concorso di colpa per aver atteso il figlio molto tempo prima di agire giudizialmente con l'azione di stato.

Nell'ambito della liquidazione equitativa del danno non patrimoniale da privazione della figura paterna (33), gli esiti sul piano applicativo sono molto diversi (34). Ciò non tanto e non solo perché il prudente e ragionevole apprezzamento del giudice deve tener conto di tutte le circostanze del caso concreto, quali fattori incidenti sulla gravità della lesione, quanto perché ai criteri tabellari richiamati sembra essere attribuito un diverso "grado di parametro base", essendo l'importo ora rapportato alla soglia minima, ora a una frazione del valore medio. Sarebbe invece auspicabile che l'importo della tabella per l'evento morte fosse ridotto con criterio univoco in relazione alla diversità della fattispecie che consiste nella temporaneità e non definitività della perdita della figura parentale. In altri termini, il punto di partenza per l'ulteriore applicazione di altri indici di aggiustamento dovrebbe attestarsi su valori omogenei, e i successivi elementi di giudizio in relazione alla vicenda concreta dovrebbero essere resi espliciti e precisati in sentenza.

In considerazione della diversità del caso dall'ipotesi della perdita definitiva del congiunto, vi sono esempi di decisioni che talvolta rinviano alle tabelle soltanto come parametri meramente indicativi (35), talvolta applicano coefficienti di riduzione proporzionale liberamente determinati, oppure fanno riferimento alla soglia minima tabellare (36).

Il tribunale di Modena, nel provvedimento in esame, premessa la natura equitativa della valutazione,

prende come base di quantificazione la somma minima liquidabile per il danno da perdita del genitore, come da tabelle milanesi, applicando ulteriori indici di aggiustamento. In primo luogo, il collegio ha considerato significativa la durata e il livello dell'assenza materiale e affettiva del padre che nella specie durava ininterrottamente dalla nascita. Inoltre la possibilità di recupero del rapporto genitoriale è stata valutata come indicativa della gravità della condotta, ritenuto che il padre avrebbe potuto riconoscere il figlio già all'esito della consulenza tecnica ematogenetica non contestata. Dal lato del danneggiato, la consapevolezza dell'abbandono e l'assenza di altre figure parentali della famiglia paterna (limitate a sporadici incontri) sono state altresì valutate ai fini della gravità del danno (37).

La corte modenese, sulla base degli elementi in atti, ha dunque proceduto alla liquidazione equitativa, dando espressamente conto di quali elementi della fattispecie concreta abbia considerato nella quantificazione. Sotto questo profilo, la decisione sembra realizzare più di altri precedenti lo scopo dichiarato di non "sconfinare nell'arbitrarietà" applicando con maggior rigore il principio di legittimità secondo cui l'esercizio del potere discrezionale del giudice è sottratto a qualsiasi sindacato in sede di legittimità, sempre che dia conto dell'uso di tale facoltà, dimostrando di aver tenuto presenti i dati di fatto acquisiti al processo come fattori costitutivi dell'ammontare dei danni (38). Il giudizio liquidatorio nel caso

(33) In materia di liquidazione equitativa, la Corte di cassazione afferma che l'equità racchiude in sé due caratteristiche: la prima è l'essere essa uno strumento di adattamento della legge al caso concreto. La norma giuridica, infatti, in quanto astratta, non può mai prevedere tutte le ipotesi concretamente verificabili: il che si designa con la tradizionale affermazione secondo la quale l'equità sarebbe la regola del caso concreto, individuata non attraverso un'interpretazione o estrapolazione del testo della legge, ma dello spirito di quest'ultima, inteso quale regola di adeguatezza della fattispecie astratta al caso *sub iudice*. Ma l'adattamento dell'ordinamento al caso concreto, attraverso la creazione di una regola *ad hoc* non esaurisce il senso e il contenuto della nozione di equità. Essa ha anche la funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale, o viceversa: sotto questo profilo l'equità vale a eliminare le disparità di trattamento (in questo senso vedi Cass. Civ. 7 giugno 2011, n. 12408, in *Giur. it.*, 2012, 1312). In questi termini, la valutazione equitativa ha la sola limitata finalità di fissare il contenuto di una già precisa e riconosciuta pretesa giuridica - da qui la definizione di c.d. "equità integrativa" - e non anche quella di rappresentare un principio di giustizia cui fare ricorso in sostituzione della norma di diritto positivo per risolvere la controversia.

(34) Trib. Brescia 11 gennaio 2018, n. 494, cit., nel rendere esplicito che per la liquidazione di tale danno deve necessariamente farsi ricorso al criterio equitativo, utilizza le tabelle del Tribunale di Milano per il danno da perdita del genitore quale parametro "meramente indicativo" da adattarsi al caso concreto, cui attribuisce la funzione di "oggettivizzare" la liquidazione del danno. Il giudice lombardo, pur nella consapevolezza della

diversità della situazione che riguarda la perdita irreversibile del padre, ha ritenuto che, ove non vi sia mai stata una relazione, manca il trauma della perdita della relazione stessa. Nel caso concreto pertanto, avuto riguardo alle suddette tabelle e tenuto conto delle differenze tra le due situazioni, si è ritenuto congruo liquidare una somma pari ad un terzo rispetto all'importo medio della forbice prevista dalle tabelle del Tribunale di Milano per il danno da perdita del genitore e quindi complessivamente la somma di euro 80.000. La proporzione matematica così proposta, in assenza di altri indici di aggiustamento, appare tuttavia non sostenuta da una giustificazione logica.

(35) Altro tribunale lombardo (Trib. Milano 13 marzo 2017, cit., 397) ha ritenuto di non poter fare riferimento alla forbice di liquidazione massima pari a circa euro 330.000,00, (importo calcolato sull'ipotesi di decesso della figura genitoriale e della conseguente perdita definitiva), giudicando adeguata la rideterminazione nella somma di euro 100.000,00.

(36) A. Scalera, *Il danno da privazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*, cit., 397, fa notare come, con riferimento al caso del danno da mancato riconoscimento, dovrebbero costituire criteri correttivi per la quantificazione la dimensione temporale, ossia il tempo per cui si è protratta la lesione esistenziale e morale, e la gravità della condotta.

(37) Il Tribunale di Modena, tenuto complessivamente conto di tali elementi, ha quantificato il danno in via equitativa nella somma di euro 99.576, pari al 60% dei valori minimi di riferimento previsti dalle tabelle milanesi per l'anno 2018.

(38) Cfr. Cass. Civ. 15 marzo 2016, n. 5090, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, secondo cui nel giudizio equitativo la

# Giurisprudenza

## Responsabilità genitoriale

concreto si discosta pertanto da quello “equitativo puro” caratterizzato dalla assoluta indipendenza da elaborazioni predeterminate, derivando unicamente da una valutazione complessiva delle circostanze specifiche soggettive e oggettive del caso concreto. La pronuncia appare quindi maggiormente coerente con il dovere di motivazione imposto al giudice in funzione di controllo (39).

### Funzione della condanna risarcitoria per violazione degli obblighi genitoriali

Il percorso logico e valutativo del giudice in ordine alla quantificazione del danno non patrimoniale da illecito endofamiliare non può comunque prescindere da una “precomprensione” dei fatti in relazione alla funzione assegnata dal giudice alla condanna risarcitoria nel caso specifico (40). Ai fini del giudizio di adeguatezza, secondo un orientamento interpretativo consolidato, il *quantum* risarcitorio non patrimoniale non ha funzione reintegrativa delle sofferenze morali e dei torti subiti, essendo volto a tutelare l’esigenza di assicurare al danneggiato un’adeguata riparazione come utilità sostitutiva (41). Anche se la giurisprudenza prevalente si è espressa nel senso che il danno morale non assolve la funzione di punire il responsabile e che conseguentemente la liquidazione del suddetto ristoro prescinde del tutto dalla considerazione della capacità patrimoniale dell’obbligato (42), una parte della dottrina ha

esaminato le relazioni familiari come ambito privilegiato di indagine circa la funzione non meramente risarcitoria della responsabilità civile (43). In un contesto caratterizzato da persistenti incertezze riguardo all’individuazione della misura del risarcimento del danno non patrimoniale conseguente alla violazione di un diritto della persona, come il rapporto parentale mancato, ci si è chiesti se si possano configurare ulteriori finalità della condanna pecuniaria in favore del figlio, anche in considerazione del fatto che non di rado il giudice tende a valutare per eccesso la lesione dell’interesse compromesso (44).

La tesi muove dal presupposto che il danno non patrimoniale, insuscettibile di valutazione economica proprio in quanto non si traduce in una perdita ma si esaurisce in una offesa, è sottratto a un rimedio strettamente compensativo. L’obbligo pecuniario in cui si sostanzia l’eventuale sanzione alla lesione non patrimoniale è necessariamente “ultracompensativa” (45). Riscoprendo la *ratio* originaria dell’art. 2059 c.c., in senso lato punitiva, si invoca conseguentemente una disciplina speciale, ispirata a una rilettura costituzionalmente orientata dei danni istituzionalmente non patrimoniali, sottratti a una diretta valutazione economica in quanto rigorosamente caratterizzati dalla funzione sanzionatoria. Ciò appare particolarmente giustificato per il danno endofamiliare, nel quale il risarcimento sfugge a valutazioni di tipo tabellare, tanto che in giurisprudenza si rinvengono liquidazioni del danno

motivazione della decisione deve dare adeguatamente conto dell’uso di tale facoltà, indicando il processo logico e valutativo seguito. Conforme, Cass. Civ. 4 aprile 2013, n. 8213, *ivi*.

(39) Il nostro ordinamento impone al giudice un dovere di motivazione per fornire le ragioni che hanno orientato il suo pensiero, “alla stregua del sillogismo a cui una consolidata tradizione riconduce l’attività giudiziale” (vedi P. Rescigno, in P. Rescigno - S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 51 ss., sull’attività creativa del giudice).

(40) Nei casi in cui l’accertamento del fatto è legato al libero convincimento del giudice, “quest’ultimo pone a base del giudizio, quindi come presupposto dell’applicazione della norma, una fattispecie che egli stesso ha contribuito a costruire” (in questo senso S. Patti, in P. Rescigno - S. Patti, *La genesi della sentenza*, cit., 63 ss., il quale, richiamando il pensiero di Karl Larenz sulla “costruzione” della fattispecie, ravvisa in tale attività del giudice un “groviglio di valutazioni attinenti al fatto e di (pre)valutazioni di tipo giuridico”).

(41) Cfr. Cass. Civ. 14 febbraio 2000, n. 1633, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>, secondo cui il risarcimento non ha e non può avere funzione reintegrativa delle sofferenze morali e dei torti giuridici subiti, potendo solo soddisfare l’esigenza di assicurare al danneggiato un’adeguata riparazione come “utilità sostitutiva”. Sui problemi di liquidazione del danno non patrimoniale vedi S. Brandani - G. Navone, *La liquidazione monetaria del danno non patrimoniale*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 374. Secondo un diffuso convincimento, la liquidazione del danno non patrimoniale è il nuovo “problema” della responsabilità civile. Gli Autori si soffermano sulle possibili tecniche di traduzione monetaria del danno non patrimoniale: l’equità (pura e collettiva) e gli altri criteri di determinazione del *quantum* fissati dalla legge. Sulla

quantificazione del danno non patrimoniale vedi anche C. Bona, *Rimborsi e risarcimenti per l’assenza paterna: tra equità e tabelle*, in *Foro it.*, 2015, 2154 ss.; A. Ferretti, *Non è consentita la liquidazione equitativa pura nel danno non patrimoniale*, in *D&G*, 2015, 81, nota a Cass. Civ. 15 ottobre 2015, n. 20895; G. Ponzanelli, *Quale danno? Quanto danno? E chi lo decide poi?*, in *Danno e resp.*, 2015, 71 ss.; C. Petrucci, *Liquidazione del danno in via equitativa: quando ed entro quali limiti*, *ivi*, 2016, 1097.

(42) Cass. Civ. 14 febbraio 2000, n. 1633, cit.

(43) Cfr. M. Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in questa *Rivista*, 2017, 289. L’Autore analizza i caratteri della responsabilità civile nell’ambito dell’illecito endofamiliare, sottolineandone la pluralità di funzioni, tra le quali anche quella punitiva, anche se, avverte, non può automaticamente dedursi la generalizzata possibilità di delibare sentenze estere recanti danni punitivi, considerati i limiti posti dagli artt. 23 e 25, comma 2, Cost. Le relazioni familiari costituiscono un ambito privilegiato di indagine circa la funzione non meramente risarcitoria della responsabilità civile come quella deterrente. G. Facci, *Illecito endofamiliare tra danno in re ipsa e risarcimenti ultramilionari*, in questa *Rivista*, 2006, 509; A. D’Angelo, *L’art. 709 ter c.p.c. fra risarcimento e sanzione: un surrogato giudiziale della solidarietà familiare?*, *ivi*, 2008, 1193 ss. Contro il modello teorico del danno punitivo vedi C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, 1994, 127 ss.

(44) Cfr. G. Ponzanelli, *Novità per i danni esemplari?*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1195 ss.

(45) In questo senso F.D. Busnelli, *Tanto tuonò che...non piovette. Le Sezioni Unite “sigillano” il sistema*, in *Corr. giur.*, 2015, 1206, nota a Cass. Civ., SS.UU., 22 luglio 2015, n. 15350.

non patrimoniale apertamente informate a criteri in senso lato punitivi (46). L'apertura verso forme di responsabilità più che compensativa giustificerebbe quantificazioni più elevate e potrebbe sorreggere la sentenza sotto il profilo della motivazione, laddove assegnasse alla condanna valore esemplare con funzione deterrente.

Nella materia specifica dell'omesso riconoscimento, allo stato non abbiamo esempi giurisprudenziali in cui si faccia espressamente cenno a una funzione punitiva del risarcimento per fondare una liquidazione più elevata. Il tribunale di Modena, nell'esercizio di un potere d'ufficio, ha invece assegnato la funzione punitiva del risarcimento ad altro capo di sentenza contenente la condanna ex art. 96, ultimo comma, c.p.c. per malafede del padre nella condotta processuale (47). La disposizione (come noto introdotta dall'art. 45, comma 12, L. 18 giugno 2009, n. 69) è stata interpretata come espressiva di una speciale ipotesi "codificata" di danno punitivo (48). La finalità "sanzionatoria" della previsione ha trovato conferma nelle argomentazioni della Corte costituzionale (49), la quale, pronunciandosi positivamente sulla ragionevolezza della previsione che assegna alla controparte una somma pecuniaria, ha espressamente riconosciuto la "natura non esclusivamente risarcitoria", non escludendone una concorrente componente indennitaria.

Quanto alla voce meno problematica del danno patrimoniale, in funzione compensativa della perdita di *chances*, la sentenza in esame si è limitata ad affermare l'ammissibilità astratta della domanda, negandone tuttavia l'accoglimento per non avere il

danneggiato allegato e provato fatti minuziosamente circostanziati tali da consentire al giudice di desumere il danno conseguenza (50). Con tale componente risarcitoria, dottrina e giurisprudenza sono solite identificare la perdita della concreta e attuale possibilità di conseguire un determinato risultato favorevole (51). Ciò che rileva è la concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non una mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, onde la perdita della possibilità di conseguire il risultato utile configura un danno concreto e attuale. Quest'ultimo non va commisurato alla privazione del risultato ma alla mera possibilità di conseguirlo (52).

### Diritto di regresso del genitore per il mantenimento esclusivo del figlio

Nel caso deciso dal Tribunale di Modena si affronta, nel merito, l'ulteriore domanda di contenuto economico della madre volta ad ottenere il rimborso *pro quota* delle spese sostenute in via esclusiva per il mantenimento del figlio (53). La domanda, spesso collegata all'azione di stato, è fondata sul noto presupposto che l'obbligo di mantenimento deriva dallo *status* genitoriale e decorre dalla nascita del figlio (art. 30 Cost. e art. 316-bis c.c.), ancorché la procreazione sia stata accertata solo successivamente. Si è chiarito infatti che la sentenza dichiarativa della filiazione produce gli effetti del riconoscimento, implicando per il genitore tutti i doveri propri della procreazione

(46) M. Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, cit., 291, suggerisce il recupero dell'originaria funzione sanzionatoria attribuita dal legislatore all'art. 2059 c.c. utilizzando il "filtro selettivo" che faccia leva sul carattere riprovevole della condotta del danneggiante e sulla "intensità dell'offesa" all'ordine giuridico.

(47) Il tribunale di Modena precisa che a tale titolo si liquida una somma per il danno patrimoniale e non patrimoniale, consistente nella perdita di tempo ed energie per essere stati costretti (madre e figlio) a rievocare nei dettagli e davanti a terzi una vicenda dolorosa che ha segnato le loro vite.

(48) Cfr. F. Quarta, *Legittimità e operatività dei danni punitivi nell'art. 96, 3° co. c.p.c.*, in *Giustizia civile.com*, 14 febbraio 2014.

(49) Cfr. Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Danno e resp.*, 2017, 409.

(50) Il Tribunale di Modena, in applicazione del principio dell'onere della prova, precisa che, anche nella prova per presunzione, l'interessato deve fornire un contesto dettagliato, composto da fatti minuziosamente circostanziati (ancor prima che provati) per consentire al giudice la deduzione di fatti non noti. Nella fattispecie concreta, la Corte di merito sottolinea che l'attore si è limitato ad allegare genericamente che "consapevole della difficoltà della madre e dei suoi sacrifici, ha ritenuto di dover cercare un'attività lavorativa appena terminati gli studi". Da questo generico assunto, il figlio ha ricavato inammissibilmente l'automatica

conseguenza della perdita di opportunità sotto il profilo formativo personale e dell'istruzione. Un'ideale allegazione e conseguente prova avrebbero invece preteso che fossero accertate le inclinazioni, le aspirazioni professionali frustrate dall'abbandono paterno, le concrete possibilità di differente e migliore carriera nel contesto lavorativo di riferimento.

(51) Per il danno da perdita di *chance* si vedano tra tanti: A. Bitetto, *Perdita di chance: quand'è in gioco un posto di lavoro!*, in questa *Rivista*, 2003, 882; M.P. Suppa, *Danno da perdita di chance e onere probatorio*, in *Giur. it.*, 2003, 1783; M. Azzalini, *Nesso causale e perdita di chances: l'illusione ottica della "doppia probabilità"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 691 ss.; M. Messina, *Il danno da perdita di chance per una mancata promozione e le non trascurabili probabilità di successo*, in *Danno e resp.*, 2018, 336 ss.

(52) Vedi ad esempio Trib. Venezia 18 febbraio 2006, cit. Il giudice, trattandosi di una mera valutazione di perdita di *chance*, ovvero di una possibilità, ha ritenuto necessario accertare in termini percentuali quale fosse effettivamente la possibilità che il figlio proseguisse gli studi. Pertanto, individuato un risarcimento pari a 350.000,00 euro complessivi, valutato in 35% la probabilità di finire gli studi, nonché un 5% di concorso di colpa dello stesso attore che non aveva mai cercato supporto dal padre, il tribunale liquida il danno da perdita di *chances* in 116.375,00 euro.

(53) La domanda era quantificata in euro 110.000,00.

## Giurisprudenza

# Responsabilità genitoriale

con efficacia retroattiva (54). Pertanto sussiste l'obbligo, per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di maternità o paternità, di rimborso *pro quota* delle spese sostenute in via esclusiva dall'altro genitore, in base alle regole *ex art.* 1299 c.c. per i rapporti fra condebitori solidali.

Il credito, come precisato anche dalla sentenza in commento, non ha natura risarcitoria, bensì restitutoria, con la conseguenza che non assume rilievo l'elemento soggettivo e quindi l'eventuale incolpevole mancato pagamento: "la sola circostanza rilevante consiste, dunque, nel verificare l'oggettivo inadempimento dell'obbligo" (55).

Il tema del rimborso delle spese di mantenimento unilateralmente sostenute dal genitore è stato ampiamente discusso anzitutto in relazione alla prescrizione dell'azione. In particolare, il problema riguarda l'individuazione del *dies a quo* da cui decorre il relativo termine: dalla nascita del figlio (soluzione che, di fatto, limita il diritto di regresso agli esborsi eseguiti nei dieci anni anteriori all'accertamento della derivazione genetica) oppure dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta definitivamente lo stato di filiazione (con ciò rendendo di fatto imprescrittibile la pretesa relativa al periodo anteriore alla dichiarazione).

Sull'eccezione di prescrizione sollevata dal convenuto, il Tribunale di Modena si è limitato a dichiarare di aderire all'orientamento maggioritario, secondo cui il termine di prescrizione inizierebbe a decorrere solo con il definitivo accertamento della filiazione e,

dunque, con il passaggio in giudicato del titolo giudiziale (56). Secondo tale impostazione, è con la sentenza che, pur con effetti retroattivi sino alla nascita, si costituisce lo *status* di figlio, così determinando, ai sensi dell'art. 2935 c.c., il momento a partire dal quale il diritto può essere fatto valere e, quindi, il *dies a quo* della decorrenza della prescrizione del diritto stesso. Pur ammettendosi la proposizione simultanea della relativa domanda insieme con quella di accertamento giudiziale della paternità o della maternità, l'accertamento dello *status* di figlio costituirebbe il presupposto per l'esercizio dei diritti connessi (57), il cui accoglimento è condizionato alla pronuncia, con efficacia di giudicato, sulla condizione di figlio. Da tale orientamento consolidato si è discostata una parte minoritaria della giurisprudenza di merito (58), sostenuta da autorevole dottrina (59). Se, infatti, è pacifico che l'azione di regresso nei confronti del condebitore solidale si prescrive nel termine ordinario decennale, è stata avanzata la tesi secondo cui il *dies a quo* decorre dalla data in cui ogni singola spesa è stata effettuata e non dal definitivo accertamento della filiazione. L'azione di mantenimento del figlio può essere esercitata infatti a prescindere da una previa o contestuale domanda di dichiarazione giudiziale della paternità ai sensi dell'art. 269 c.c., potendosi procedere anche solo *incidenter tantum* all'accertamento del rapporto di filiazione. Analogamente dunque, anche il genitore non incontra ostacoli ad agire nei confronti dell'altro per ottenere la contribuzione al

(54) Cfr. Cass. Civ. 10 aprile 2012, n. 5652, cit., 45; Cass. Civ. 16 febbraio 2015, n. 3079, cit., 418; Cass. Civ. 28 marzo 2017, n. 7960, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(55) Trib. Modena, Sez. I civ., 22 aprile 2020, in commento.

(56) Tra le tante, la pronuncia in commento ricorda Cass. Civ. 3 novembre 2006, n. 23596, in questa *Rivista*, 2007, 1007, con nota di M. Ortore, *Mantenimento del figlio e prescrizione dell'azione di regresso nei confronti del genitore inadempiente*; Cass. Civ. 4 aprile 2014, n. 7986, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>; Cass. Civ. 7 aprile 2017, n. 9059, in *Foro it.*, 2017, 5, 1, 1517. Più recentemente, si veda anche Cass. Civ. 29 agosto 2018, n. 21364, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(57) In base al medesimo principio, anche l'efficacia esecutiva del titolo richiede il passaggio in giudicato della sentenza di accertamento dello *status* (Cass. Civ. 30 luglio 2010, n. 17914, in questa *Rivista*, 2011, 129, con nota di M. Ortore, *Ancora sui limiti temporali dell'esercizio dell'azione di regresso nei confronti del genitore inadempiente*, cit.; Cass. Civ. 29 gennaio 2016, n. 1745, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>).

(58) Trib. Roma 1° aprile 2014, in questa *Rivista*, 2014, 1013, con nota di M. Sesta, *Prescrizione dell'azione di regresso per il mantenimento del figlio e dell'azione di risarcimento del danno da mancato riconoscimento* e in *Corr. giur.*, 2015, 217, con nota di E. Scarantino, *Dichiarazione giudiziale di paternità e prescrizione dell'azione di regresso per il rimborso delle spese sostenute dall'altro genitore*; Trib. Milano, Sez. IX, 23 luglio 2014, in *Danno e resp.*, 2015, 433, che, pur non avendo assunto una posizione sul punto, in mancanza di domanda di parte, ha riconsiderato il

problema relativo al *dies a quo* della prescrizione del diritto di regresso qualificandola come eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio.

(59) Cfr. M. Ortore, *Mantenimento del figlio e prescrizione dell'azione di regresso nei confronti del genitore inadempiente*, in questa *Rivista*, 2007, 1010, nota a Cass. Civ. 3 novembre 2006, n. 23596, il quale mette in luce le ragioni non solo giuridiche, ma anche sociali e di equità sostanziale, che presiedono al tentativo di addivenire a una soluzione diversa rispetto a quella offerta dalla giurisprudenza di legittimità; Id., *Ancora sui limiti temporali dell'esercizio dell'azione di regresso nei confronti del genitore*, in questa *Rivista*, 2011, 135, nota a Cass. Civ. 30 luglio 2010, n. 17914; M. Sesta, *Prescrizione dell'azione di regresso per il mantenimento del figlio e dell'azione di risarcimento del danno da mancato riconoscimento*, in questa *Rivista*, 2014, 1018, nota a Trib. Roma 1° aprile 2014. Quest'ultimo osserva come l'orientamento di legittimità si sia formato sulla base di un'erronea prospettiva sistematica che ha condotto all'applicazione analogica del principio della decorrenza della prescrizione del diritto (del tutto differente) del figlio non matrimoniale, dichiarato dopo l'apertura della successione paterna, di conseguire quanto a lui spettante in qualità di erede (Cass. Civ. 26 maggio 2004, n. 10124, in *Gius.*, 2004, 3731). Questa fattispecie, tuttavia, come sottolineato dall'Autore, è ben diversa da quella di regresso in esame, poiché la mancanza di accertamento dello *status* di figlio non consente di agire in via successoria e, pertanto, non tollera il previo decorso della prescrizione delle relative azioni.

mantenimento e il rimborso delle spese eventualmente anticipate, anche qualora non abbia ancora proceduto all'accertamento in via principale del vincolo di filiazione. Spostando il termine di decorrenza dell'azione dal pagamento delle spese di mantenimento, si supererebbe l'impostazione intrinsecamente contraddittoria fornita dalla giurisprudenza di legittimità, per cui mentre l'obbligo di mantenimento sorge con la nascita, derivando la responsabilità genitoriale dal fatto stesso della procreazione, gli effetti tipici a esso connessi si produrrebbero solo con l'attribuzione dello *status* (60).

Si è inoltre messo in evidenza che la tesi opposta rischia di incentivare abusi e strategie dilatorie degli aventi diritto (61). Infatti, l'imprescrittibilità dell'azione per la dichiarazione di paternità e di maternità, unita alla possibilità di agire anche nei confronti degli eredi del genitore defunto, potrebbe condurre questi ultimi a rispondere di eventuali condotte illecite del *de cuius* addirittura dopo anni dall'accettazione dell'eredità ed essendo per di più quest'ultima avvenuta senza beneficio di inventario poiché, in quel momento, non ne sussisteva alcuna ragione (62).

Queste preoccupazioni non sono state recepite dalla giurisprudenza e il Tribunale di Modena ha considerato risolta la questione (63).

Sotto il profilo della quantificazione del rimborso, pur rimanendo nell'ambito di una liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c., il tribunale precisa che esso è comunque limitato dagli esborsi concretamente o presumibilmente sostenuti dal genitore (64). La determinazione del *quantum* richiede quindi la valutazione, da un lato, delle esigenze soddisfatte nel

periodo di riferimento e, dall'altro, delle sostanze e dei redditi di ciascun genitore nel medesimo arco temporale (65).

A tale scopo vengono così conteggiati, anche tramite presunzioni e nozioni di comune esperienza, gli esborsi effettivamente sostenuti dalla madre, per evitarne un ingiustificato arricchimento. Del resto la natura restitutoria del credito non consente di ottenere somme maggiori rispetto a quelle effettivamente sborsate.

Sulla proporzionale incidenza degli esborsi rispetto alla capacità contributiva del genitore, il tribunale ha valutato che la quota dovuta dal padre dovesse essere calcolata sul rapporto tra le rispettive capacità economiche di entrambi i genitori nel periodo di riferimento (66).

### Conclusioni

La pronuncia esaminata presuppone la ricostruzione della fattispecie in termini di illecito endofamiliare omissivo cui riconnettere una serie di conseguenze economiche sul piano risarcitorio e restitutorio. Nell'applicazione dello schema di cui all'art. 2043 c.c., il tribunale si sofferma particolarmente sull'elemento psicologico, fondando il giudizio di responsabilità del padre sulla consapevolezza della forte probabilità di essere lui ad aver concepito il figlio. Emerge quindi che, fuori da questa ipotesi, non è imputabile il genitore che si accerti effettivamente ignaro del concepimento e della nascita di un figlio. La sentenza pertanto, dando rilievo alla colpa dell'autore della condotta omissiva, si pone fuori dalla logica della "oggettivizzazione" della responsabilità del genitore.

(60) Sul carattere costitutivo, non dichiarativo, degli accertamenti di *status*, da cui dovrebbe conseguire l'efficacia solamente *ex nunc* del riconoscimento, vedi M. Ortore, *Mantenimento del figlio e prescrizione dell'azione di regresso nei confronti del genitore inadempiente*, cit., 1007.

(61) Trib. Roma 1° aprile 2014, cit., 1013.

(62) M. Sesta, *Prescrizione dell'azione di regresso per il mantenimento del figlio e dell'azione di risarcimento del danno da mancato riconoscimento*, cit., 1021.

(63) La citata pronuncia del Tribunale di Roma è rimasta isolata e tale orientamento minoritario è stato disatteso, in successive pronunce, pure dallo stesso giudice capitolino (cfr. ad es. Trib. Roma 19 maggio 2017, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>: "Il diverso, ed isolato orientamento giurisprudenziale affermato nella decisione del Tribunale di Roma, richiamata dalla parte convenuta (Tribunale di Roma, I Sezione civile, 1.4.2014, edita), non appare condivisibile poiché non conforme al consolidato principio che osta all'accertamento *incidenter tantum* degli *status*").

(64) Cfr. Cass. Civ. 4 novembre 2010, n. 22506, in *One Legale* <https://onelegale.wolterskluwer.it>.

(65) *Contra* Trib. Trani 27 settembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 564. Il tribunale sostenendo come l'equità possa costituire

criterio di valutazione del pregiudizio, anche quando la legge si riferisce a indennizzi o indennità, come nel caso di specie, pur in assenza di documentazione relativa alle posizioni economiche delle parti, ha ritenuto congruo il rimborso alla madre nella misura di euro 20.000,00, vale a dire euro 100,00 mensili dalla nascita sino alla maggiore età della figlia.

(66) Il tribunale richiama precedenti dello stesso ufficio giudiziario: Trib. Modena 3 ottobre 2018, n. 1626; Trib. Modena 22 novembre 2019, n. 1772. Nel caso concreto, il Tribunale di Modena ha ricostruito il percorso lavorativo della madre dalla nascita del figlio sino all'autosufficienza economica, considerando le dichiarazioni dei redditi prodotte e gli aiuti economici dei familiari. I giudici si sono riportati, inoltre, al fatto notorio del progressivo aumento, con la crescita, delle esigenze dei figli e conseguentemente dei costi di mantenimento, che quantificavano in euro 103.200,00 dalla nascita sino al compimento del ventesimo anno d'età. Tali spese venivano dunque ripartite tra i genitori considerando che il padre, imprenditore nel settore immobiliare, aveva progressivamente sviluppato una capacità reddituale ben superiore a quella della madre. Per i primi dieci anni di vita del figlio, dunque, le spese venivano ripartite a metà tra i genitori e, per il periodo successivo, poste nella misura dei due terzi a carico del padre.

## Giurisprudenza

# Responsabilità genitoriale

Sul piano risarcitorio, viene affrontata la questione centrale della liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla privazione della figura paterna, sulla quale si riscontrano precedenti eterogenei. In materia di liquidazione equitativa del danno si assiste al tentativo di giungere a una determinazione monetaria omogenea e “stabile” sul territorio nazionale. La giurisprudenza di legittimità ritiene doveroso, al fine di raggiungere lo scopo di uniformità di giudizio, ancorare la liquidazione a parametri obbiettivi, quali le tabelle in uso presso i vari Tribunali (con particolare riferimento alle quelle milanesi). Il giudizio liquidatorio nel caso concreto, nel rinviare ai parametri tabellari, si discosta pertanto da quello “equitativo puro” che è caratterizzato dalla assoluta indipendenza da elaborazioni predeterminate e che deriva unicamente da una valutazione complessiva delle circostanze specifiche soggettive e oggettive del caso. La pronuncia appare quindi maggiormente coerente con il dovere di motivazione imposto al giudice in funzione di controllo laddove elenca oltre alle tabelle anche gli altri indici di determinazione del danno.

Nel panorama delle pronunce rese sulla condotta abbandonica del padre resta tuttavia una disomogeneità di impostazioni nel calcolo del *quantum*

risarcibile che si accentua quando il parametro base di fonte tabellare viene “corretto” secondo elaborazioni che sfuggono a criteri logici e razionali, con pregiudizio della garanzia di uniformità del giudizio per casi analoghi (67). Il tema solleva interrogativi sui limiti dell’attività creativa e della discrezionalità del giudice in una materia particolarmente sensibile come quella del danno alla persona nell’ambito dei rapporti familiari. Esiste infatti il rischio che lo strumento equitativo venga utilizzato per determinare l’entità di una lesione della cui esistenza non sia stata data sufficiente prova e che lo stesso intervenga ad integrare lacune dipendenti dalla negligenza probatoria del danneggiato.

Sullo sfondo compare l’ulteriore questione se, nel campo specifico del danno da omesso riconoscimento o in generale nel diritto di famiglia, possa ammettersi una funzione ulteriore della responsabilità civile come quella punitiva o deterrente del risarcimento per giustificare liquidazioni elevate. Nel caso in esame, la funzione punitiva del risarcimento viene realizzata mediante la condanna *ex art. 96*, ultimo comma, c.p.c. per malafede del padre nella condotta processuale avendo costretto madre e figlio a rievocare giudizialmente dopo tanto tempo una vicenda dolorosa.

(67) Cass. Civ. 7 giugno 2011, n. 12408, cit., 1312, sottolinea la necessità di garantire il più possibile l’omogeneità di giudizio, ricordando ai giudici di merito che, nella liquidazione del danno biologico, l’adozione della regola equitativa deve garantire non

solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l’uniformità di giudizio in casi che siano analoghi, non essendo ammissibile che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti uffici giudiziari.

# Osservatorio di giurisprudenza civile

a cura di Antonella Batà

## MANTENIMENTO

AZIONE REVOCATORIA

Cassazione Civile, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 25857

**Poiché il credito vantato dal genitore per il contributo da parte dell'altro genitore al mantenimento del figlio minore regolarmente riconosciuto è da ritenersi insorto non oltre il momento della proposizione della relativa domanda, ai fini dell'azione revocatoria ordinaria avente ad oggetto un'alienazione immobiliare posta in essere dopo la proposizione di una tale domanda, quel credito va qualificato come insorto anteriormente all'alienazione ed è allora sufficiente, ad integrare l'elemento soggettivo della revocatoria dispiegata contro il genitore inadempiente alienante, che il terzo acquirente sia stato consapevole del pregiudizio delle ragioni creditorie, non occorrendo invece pure la prova della *participatio fraudis* e cioè della conoscenza, da parte di quest'ultimo, della dolosa preordinazione dell'alienazione ad opera del disponente rispetto al credito.**

### Il caso

Dopo circa 20 anni la convivenza *more uxorio* della L con B, da cui era nato il figlio R, finisce, ma l'uomo non provvede più ad alcun contributo per le spese di mantenimento del figlio naturale. La L propone, quindi, il 12 giugno 2002, azione giudiziaria per ottenere la condanna del padre naturale ad un assegno di mantenimento del minore.

Il B, dopo aver già in precedenza ceduto il proprio ingente patrimonio mobiliare e la propria azienda suinicola, vende anche la villa, ultimo cespite immobiliare rimasto di sua proprietà, all'azienda G, con atto rogato il 26 giugno 2002.

Pertanto, la L ed il figlio B propongono azione revocatoria di tale atto di vendita immobiliare. I giudici di merito, però, rigettano la domanda, mancando la prova dell'elemento soggettivo della revocatoria in capo all'acquirente, configurato quale necessaria partecipazione di questi alla pure evidente dolosa preordinazione dell'alienante ai danni del credito degli attori, evidenziando altresì che il credito per la contribuzione al mantenimento non era ancora insorto al momento dell'atto revocando, essendo a quel tempo solamente stata proposta la relativa domanda al giudice.

L e B propongono allora ricorso per cassazione.

### La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. accoglie il ricorso. Ritiene, infatti, che malamente la Corte territoriale ha indagato sull'elemento soggettivo del terzo sull'erroneo presupposto della posteriorità del credito rispetto all'atto revocando, ritenendo che il credito per la contribuzione al mantenimento del figlio possa dirsi sorto

solo con l'eventuale provvedimento giudiziale e quindi in tempo successivo alla compravendita stessa, nonostante la relativa domanda fosse a quest'ultima anteriore.

Secondo i giudici di legittimità, è vero che è stata esclusa la legittimazione proprio all'azione revocatoria in capo all'aspirante all'assegno di mantenimento in sede di separazione prima del provvedimento presidenziale e che il relativo credito è stato reputato come insorgente con quest'ultimo (Cass. 7 marzo 2017, n. 5618, in *Giur. it.*, 2017, 2604, con nota di Mancini); ma tale affermazione si riferisce al diverso istituto dell'assegno correlato al procedimento di separazione personale dei coniugi.

Nel caso di specie, invece, devono essere valutati altri principi, ed in via preliminare il generale principio per cui l'obbligo dei genitori di mantenere la prole sussiste per il solo fatto di averla generata e prescinde da ogni statuizione del giudice al riguardo (cfr., tra le tante, Cass. 16 ottobre 2003, n. 15481, in *Dir. fam.*, 2003, I, 928, in *Arch. civ.*, 2004, 478; Cass. 4 maggio 2000, n. 5586; Cass. 26 settembre 1987, n. 7285, in *Giust. civ.*, 1988, I, 727).

Inoltre, si è affermato, da un lato, che è sufficiente, per l'attivazione della tutela del creditore con l'*actio pauliana*, la sussistenza dei presupposti del credito, non rilevando in particolare la data dell'accertamento giudiziale (cfr. Cass. 26 novembre 2019, n. 30737, ord.; Cass. 5 settembre 2019, n. 22161, ord.; Cass. 18 agosto 2011, n. 17356); dall'altro, che è ritenuta sufficiente la proposizione della domanda giudiziale prima dell'atto revocando, non potendo ridondare a danno di chi ha ragione il tempo necessario a far valere il diritto (cfr., proprio in materia di assegno di mantenimento, Cass. 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.*, 2000, 2235, con nota di Massafra; in *Arch. civ.*, 2000, 831) e di norma retroagendo l'effetto della sentenza dichiarativa al tempo della proposizione della domanda (v. Cass. 11 luglio 2013, n. 17199, in *Foro it.*, 2013, I, 2424, con nota di Casaburi).

Infine, va considerato il principio, proprio della materia familiare, per il quale la domanda con cui uno dei genitori abbia chiesto la condanna dell'altro al pagamento di un assegno di mantenimento per i figli va accolta, in mancanza di espresse limitazioni, con decorrenza dalla data della sua proposizione e non da quella della sentenza, atteso che i diritti ed i doveri dei genitori verso la prole, salve le implicazioni dei provvedimenti relativi all'affidamento, non subiscono alcuna variazione a seguito della pronuncia giudiziale, rimanendo identico l'obbligo di ciascuno dei genitori di contribuire, in proporzione delle sue capacità, all'assistenza ed al mantenimento dei figli (Cass. 2 maggio 2006, n. 10119; Cass. 3 novembre 2004, n. 21087).

Pertanto, nel caso di specie, essendo pacifico che almeno la proposizione della domanda giudiziale di condanna del padre alla corresponsione di un assegno di mantenimento è temporalmente anteriore rispetto all'atto di disposizione, ai fini dell'elemento soggettivo da verificare nella fattispecie un tale

# Osservatori

atto va qualificato successivo all'insorgenza della ragione di credito; non era quindi necessaria la prova della *participatio*, bastando in capo al terzo la mera consapevolezza del pregiudizio delle ragioni creditorie (*scientia damni*), sicché a questo andava specificamente rivolta l'intera analisi del compendio probatorio.

## SEPARAZIONE DEI CONIUGI

### RISARCIMENTO DEL DANNO

Cassazione Civile, Sez. VI, 19 novembre 2020, n. 26383, ord.

**La natura giuridica del dovere di fedeltà derivante dal matrimonio implica che la sua violazione non sia sanzionata unicamente con le misure tipiche del diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, ma possa dar luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., purché la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto.**

#### Il caso

In un giudizio di separazione personale dei coniugi, i giudici di merito dichiarano la separazione con addebito alla moglie C, ritenendo che l'infedeltà della donna sia causa determinante della intollerabilità della convivenza matrimoniale. Rigettano, invece, la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale avanzata dal marito A, per non avere questi provato il danno ingiusto ed il nesso causale con una condotta illecita della moglie, non riscontrabile nella sola infedeltà della C, ritenendo che lo stato di depressione lamentato da A sia conseguenza della separazione in sé e non del tradimento della moglie. A propone allora ricorso per cassazione.

#### La soluzione della Corte di cassazione ed i collegamenti giurisprudenziali

La S.C. dichiara inammissibili i motivi di ricorso, essendo diretti a sollecitare una impropria rivisitazione di un apprezzamento di fatto incensurabilmente operato dai giudici di merito.

La Corte ribadisce, comunque, che la natura giuridica del dovere di fedeltà derivante dal matrimonio implica che la sua violazione non sia sanzionata unicamente con le misure tipiche del diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, ma possa dar luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ex art. 2059 c.c., senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia a ciò preclusiva. È necessario, però, che la condizione di afflizione indotta nel coniuge superi la soglia della tollerabilità e si traduca, per le sue modalità o per la gravità dello sconvolgimento che provoca, nella violazione di un diritto costituzionalmente protetto, quale, in ipotesi, quello alla salute o all'onore o alla dignità personale (cfr. Cass. 7 marzo 2019, n. 6598, ord., in *Guida dir.*, 2019, 17, 33, con nota di Fiorini; in *Foro it.*, 2019, I, 1587, con nota di Bona; Cass. 15 settembre 2011, n. 18853, in *Guida dir.*, 2011, 42, 12, con nota di Fiorini; in *Giur. it.*, 2012, 1541, con nota di Rizzuti; in *Dir. fam.*, 2012, I, 1447, con nota di Petta; *ivi*, 196, con nota di Cicero e Di Franco, ed *ivi*, 169, con nota di Giacobbe; in *Danno e resp.*, 2012, 382, con nota di Amram).

La sussistenza di tale condizione in concreto costituisce oggetto di accertamento e valutazione di fatto riservate esclusivamente ai giudici di merito e sindacabili in sede di legittimità

limitatamente all'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

### AFFIDAMENTO DEI FIGLI

Tribunale di Brescia 16 maggio 2020, n. 917

**La reiterata violazione dei doveri coniugali da parte del padre, in particolare in spregio al fondamentale diritto della prole a ricevere assistenza morale e materiale dai genitori, giustifica la deroga all'ordinario regime di affidamento condiviso in favore di quello esclusivo alla madre.**

#### Il caso

C propone ricorso per ottenere la separazione personale con addebito al marito G per violazione dei doveri matrimoniali, chiedendo un assegno di mantenimento per sé e per il figlio minore A, posto che gli altri due figli sono maggiorenni ed economicamente autosufficienti, nonché l'affido esclusivo del minore.

Il presidente del Tribunale, all'udienza presidenziale, in contumacia del convenuto - costituitosi solo in corso di giudizio - dispone l'affido condiviso dei figli, con collocazione presso la madre, e pone a carico del G un assegno di mantenimento per i figli.

Non avendo il marito, però, mai provveduto al pagamento delle somme stabilite nell'ordinanza presidenziale, su richiesta della C, il giudice istruttore emette l'ordine di pagamento diretto da parte del datore di lavoro dell'uomo.

Svolta l'istruttoria, la causa passa in decisione.

#### La soluzione del Tribunale ed i collegamenti giurisprudenziali

Il Tribunale dichiara la separazione personale dei coniugi con addebito al marito. A tale proposito, il collegio rammenta che la pronuncia di addebito postula l'accertamento della riconducibilità della crisi coniugale alla condotta di uno o di entrambi i coniugi, oggettivamente contraria ai doveri nascenti dal matrimonio, e quindi della sussistenza di un nesso di causalità tra i comportamenti addebitati a ciascuna delle parti e l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza. In ordine alla prova, all'istante spetta dimostrare sia la condotta dedotta, sia la sua efficacia causale nel rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, mentre chi eccepisce l'inefficacia dei fatti posti a fondamento della domanda ha l'onere di dimostrare le circostanze su cui l'eccezione si fonda, ossia l'antioriorità della crisi matrimoniale rispetto all'accertata condotta contraria agli obblighi coniugali (cfr. Cass. 19 febbraio 2018, n. 3923, ord.; Cass. 14 febbraio 2012, n. 2059, in questa *Rivista*, 2012, 761, con nota di Vignudelli, ed in *Foro it.*, 2012, I, 2434, con nota di Casaburi, in *Corr. giur.*, 2012, 645, con nota di De Marzo).

Nel caso di specie, il Tribunale ritiene provati i fatti e le circostanze addotte dalla ricorrente con riguardo alla reiterata violazione del dovere di assistenza morale e materiale della famiglia e di fedeltà coniugale da parte del marito, a fronte della mancanza di contestazione da parte di quest'ultimo, comportamento che implicitamente ammette i fatti dedotti, per cui devono ritenersi provati (su tale principio, cfr. Cass., SS. UU., 23 gennaio 2002, n. 761, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1909, con nota di Cattani; in *Foro it.*, 2002, I, 2019, con nota di Cea, ed *ivi*, 2003, I, 604, con nota di Proto Pisani; in *Corr. giur.*, 2003, 1335).

Per quanto riguarda l'affidamento del figlio minore, il Tribunale ritiene di evidente pregiudizio per il ragazzo la condotta paterna, perpetrata in violazione dei doveri coniugali, ma

anche in spregio al fondamentale diritto della prole a ricevere assistenza morale e materiale dai genitori, risultando evidente il disinteresse del padre all'accudimento del figlio, facendogli mancare il mantenimento, tanto da indurre la moglie a chiedere un ordine di pagamento diretto al datore di lavoro per ovviare alle omissioni paterne. Pertanto, secondo il collegio, sussistono le condizioni per derogare all'ordinario regime di affidamento condiviso in favore di quello esclusivo, concentrando in capo alla madre tutte le decisioni, comprese quelle di maggiore importanza.

Il diritto di visita, in caso di riavvicinamento del padre, potrà avvenire previo accordo con il ragazzo, ormai sedicenne e capace di autodeterminarsi in merito ai tempi e alle modalità di frequentazione del genitore.

Sulla derogabilità del regime di affidamento condiviso in caso di dimostrato disinteresse del genitore non collocatario, come nel caso in cui il genitore si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo o non abbia proprio esercitato il suo diritto di visita, cfr. Cass. 17 gennaio 2017, n. 977; Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587.

## GIURISDIZIONE

### Tribunale di Modena 13 ottobre 2020 (data udienza)

**Sussiste la giurisdizione del giudice italiano per la domanda di scioglimento o di separazione personale di coniugi cittadini stranieri, ma tuttora residenti in Italia, nonché per la correlata domanda di affidamento dei figli minori, in base al Reg. CE n. 2201/2003.**

#### Il caso

M e G, entrambi cittadini albanesi, nel 1999 contraggono matrimonio in Albania, non trascritto in Italia; dal matrimonio nascono due figli, entrambi in Italia.

Nel 2018 il marito abbandona improvvisamente la casa coniugale, senza alcuna spiegazione, rendendosi irreperibile e cessando qualsiasi contributo per il mantenimento della famiglia. Pertanto, la R propone ricorso, chiedendo lo scioglimento del matrimonio o, in subordine, la separazione personale, con addebito al marito; chiede, altresì, l'affidamento esclusivo dei figli minori e la condanna del G al pagamento di un contributo per il mantenimento degli stessi.

Il Presidente del Tribunale affida i minori in via esclusiva rafforzata alla madre, cui assegna la casa familiare, e dispone il contributo a carico del padre.

Senza espletamento di alcuna attività istruttoria, in contumacia del G, non costituitosi, la causa passa in decisione.

#### La soluzione del Tribunale ed i collegamenti giurisprudenziali

In via preliminare, considerato che sia le parti che i minori sono cittadini stranieri, il Tribunale affronta la questione della giurisdizione del giudice italiano nella controversia *de quo* e la afferma in primo luogo con riferimento alla domanda di scioglimento del matrimonio e a quella subordinata di separazione, in base all'art. 3, comma 1, lett. a), Reg. CE n. 2201/2003 del Consiglio, per il quale sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio le autorità giudiziarie dello Stato membro nel cui territorio si trova l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi ancora vi risiede.

Nel caso di specie, la ricorrente e i minori risiedono tuttora nella casa familiare e questo risulta sufficiente a radicare la

giurisdizione, a prescindere dalla cittadinanza delle parti (v. CGCE 29 novembre 2007, C-68/07). Non rileva a tal fine la mancata trascrizione del matrimonio, tenuto conto dell'efficacia solo dichiarativa e non costitutiva dello stato delle persone fisiche dei registri di stato civile (in tal senso si è espressa anche Cass., SS.UU., 28 ottobre 1985, n. 5292, in *Arch. civ.*, 1986, 149; in *Riv. dir. int.*, 1986, 904; in *Dir. fam.*, 1986, I, 69; in *Foro it.*, 1986, I, 989; in *Giust. civ.*, 1986, I, 789; in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1987, 92).

Anche per quanto attiene alla domanda di affidamento dei figli sussiste la giurisdizione italiana, in virtù dell'art. 8 del citato Regolamento, che fa riferimento alla residenza abituale del minore; lo stesso vale per la domanda di assegno di mantenimento, trattandosi di obbligazioni alimentari.

Quanto alla legge applicabile, il caso di specie è riconducibile alla previsione di cui all'art. 8, Reg. UE n. 1259/2010, secondo cui, in mancanza di una scelta delle parti, il divorzio o la separazione sono disciplinati dalla legge dello Stato della residenza abituale dei coniugi nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale.

L'applicazione della legge italiana non consente di pronunciare lo scioglimento del matrimonio, non ricorrendo alcuna delle ipotesi previste dalla L. n. 898/1970. Può invece essere accolta la domanda di separazione, desumendosi l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza dagli atti di causa nonché dalla mancata comparizione e costituzione del resistente. Quanto all'affidamento dei minori, considerata l'irreperibilità del padre ed il disinteresse da questi dimostrato nei confronti dei figli, il Tribunale conferma l'affido esclusivo alla madre, cui assegna la casa familiare.

## SOCIETÀ

### HOLDING FAMILIARE

#### Tribunale di Vicenza 6 ottobre 2020, n. 86

**Sussiste una holding familiare di fatto allorquando ogni società, benché intestata a solo uno dei coniugi, agisca sulla base di decisione prese da una sorta di consiglio di amministrazione esterno, composto dagli stessi coniugi, con esautoramento degli organi interni, ravvisandosi l'utilità della holding di fatto nella distrazione a proprio favore di profitti aziendali delle società.**

#### Il caso, la soluzione del tribunale ed i collegamenti giurisprudenziali

In una complessa vicenda che coinvolge due S.r.l. e registra operazioni di fitto di azienda, scissione e distrazioni della garanzia patrimoniale dei creditori, il Tribunale fallimentare ravvisa l'esistenza di una *holding* familiare di fatto tra i coniugi S e G.

In particolare, è risultato che: i due coniugi comparivano rispettivamente quale unico socio ed amministratore unico di due distinte società; ogni società, benché intestata per intero a uno di loro, ha agito sulla base di decisioni prese da una sorta di consiglio di amministrazione esterno composto dagli stessi soci; le due società operavano nei medesimi locali; i coniugi hanno creato, in sostanza, una rete gestionale caratterizzata dalla commistione dei loro patrimoni con quelli delle società a loro vantaggio, piegando ai propri interessi personali gli interessi sociali e quelli dei creditori.

## Osservatori

Di fronte a questo quadro, il Tribunale ritiene inconfutabile la direzione unitaria sotto forma di eterodirezione delle due società da parte dei coniugi, che sono i soli a comparire nelle diverse compagini sociali e gli unici amministratori delle società eterogestite. Esclude, inoltre, che la vicinanza operativa dei coniugi possa essere giustificata dall'*affectio familiaris*, poiché, da un lato, il rapporto di affari tra loro è anteriore al matrimonio e, dall'altro, sovrasta per intensità ed estensione ogni possibile alibi familiare.

Della *holding* sussistono, per il collegio, tutti i requisiti, riconducibili essenzialmente alla eterodirezione da parte

dei coniugi e all'esautoramento degli enti governati *ab externo*, non occorrendo la spendita del nome, irrilevante nel caso di *holding* di fatto, che il nome può anche non spendere mai e ravvisandosi comunque l'utilità della *holding* di fatto nella distrazione a proprio favore di profitti aziendali delle società (in argomento, cfr. Cass. 20 maggio 2016, n. 10507). Viene, quindi, ravvisata nella fattispecie una struttura di gestione apicale che può dirsi l'imprenditore effettivo, ossia colui che prende le decisioni dell'impresa e ne fa propri gli utili (sul principio di effettività cfr. Cass. 7 ottobre 2019, n. 24943).

# Osservatorio di giurisprudenza penale

a cura di Gabriele Civello

## ATTI PERSECUTORI

RAPPORTI TRA ATTI PERSECUTORI E DISTURBO O MOLESTIE ALLE PERSONE

Cassazione Penale, Sez. VI, 30 luglio 2020 (10 luglio 2020), n. 23375 - Pres. Di Stefano - Rel. Villoni

**Il criterio distintivo tra il reato di atti persecutori e quello di cui all'art. 660 c.p. consiste nel diverso atteggiarsi delle conseguenze della condotta che, in entrambi i casi, può estrinsecarsi in varie forme di molestie, sicché si configura il delitto di cui all'art. 612-bis c.p. solo qualora le condotte molestatrici siano idonee a cagionare nella vittima un perdurante e grave stato di ansia ovvero l'alterazione delle proprie abitudini di vita, mentre sussiste il reato di cui all'art. 660 c.p. ove le molestie si limitino ad infastidire la vittima del reato (in motivazione, la Corte ha evidenziato che, ai fini della sussistenza del reato di atti persecutori, la prova del turbamento psicologico causato alla vittima deve essere ancorata non soltanto alle dichiarazioni rese dalla stessa ma anche alla obiettiva natura delle condotte molestatrici).**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

All'indagato si contestava il delitto di atti persecutori a carico della moglie, in relazione ad una serie di condotte di grave e reiterata molestia come il fare recapitare alla stessa merce mai ordinata, l'iscrivere di nascosto la donna presso agenzie matrimoniali (dove le telefonate a lei rivolte da parte di soggetti terzi interessati), il manomettere il campanello dell'abitazione della moglie in ora notturna.

A fronte di tali accuse, il tribunale del riesame applicava al prevenuto la misura cautelare della sospensione dal servizio, appartenendo egli all'Arma dei Carabinieri.

A seguito di ricorso dell'indagato, la Corte di cassazione ha ritenuto non sussistente il più grave reato *ex art. 612-bis c.p.* (ma semmai la contravvenzione *ex art. 660 c.p.*), poiché le circostanze indicate dal Tribunale del riesame, valorizzate quali indici di stato di prostrazione in capo alla persona offesa, esulerebbero in realtà dal perimetro tipico degli "atti persecutori".

A tal proposito, precisano i giudici di legittimità, è d'obbligo osservare che la rabbia che sovente le molestie provocano alla vittima è cosa diversa dal vero e proprio stato d'ansia, e non comporta necessariamente l'insorgenza di quest'ultimo, derivando tale ulteriore effetto dalla particolare sensibilità del soggetto o dalle peculiari modalità con cui le molestie stesse possono palesarsi. Se è poi indiscutibile che le dichiarazioni rese dalla vittima giocano un rilievo ai fini della prova della sussistenza del reato, esse vanno pur sempre correlate alla natura obiettiva delle condotte molestatrici, pena la scomparsa di ogni distinzione tra contravvenzione di cui all'art. 660 c.p. e il delitto di cui all'art. 612-bis c.p.

La giurisprudenza della Cassazione, infatti, ha già affermato il principio che le molestie suscettibili di integrare il delitto di atti persecutori sono quelle che cagionano uno stato d'ansia in ragione della loro ampiezza, durata e carica spregiativa all'indirizzo della vittima, volendo con ciò significare che è necessario che esse trasmodino da un livello strettamente emulativo all'indirizzo della vittima, per attaccarne e lederne in qualche modo la figura morale.

Nel caso *sub iudice*, la Corte di legittimità non ha ravveduto sussistente tale *quid pluris*, rispetto a una ordinaria, seppur perniciosa, condotta di molestie *ex art. 660 c.p.*

### I collegamenti giurisprudenziali

Quanto al principio per il quale le molestie suscettibili di integrare il delitto di atti persecutori sono quelle che cagionano uno stato d'ansia in ragione della loro ampiezza, durata e carica spregiativa all'indirizzo della vittima, si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 5 marzo 2015, n. 29826, in *CED* (fattispecie di invio ad una coppia di coniugi di lettere e messaggi sms nonché di reiterata diffusione, sul luogo di lavoro e presso la scuola frequentata dai figli, di scritti diffamatori concernenti i rapporti extraconiugali dei predetti).

RAPPORTI TRA ATTI PERSECUTORI E VIOLAZIONE DI DOMICILIO

Cassazione Penale, Sez. V, 23 luglio 2020 (30 giugno 2020), n. 22043 - Pres. Palla - Rel. Borrelli

**La pronuncia assolutoria per il reato di cui all'art. 612-bis c.p., pur passata in giudicato, non preclude la celebrazione del giudizio per il reato di cui all'art. 614 c.p. quando gli atti persecutori si siano sostanziati, oltre che nell'intrusione nell'abitazione della vittima, anche in ulteriori comportamenti invasivi determinanti uno o più degli eventi tipici dello *stalking*, non sussistendo identità del fatto storico rilevante per la violazione del divieto di *bis in idem*, secondo l'interpretazione data dalla sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Un soggetto era stato assolto dal reato di cui all'art. 612-bis c.p., compiuto *inter alia* introducendosi abusivamente nell'abitazione della sua ex compagna e compiendo atti di vandalismo all'interno della medesima.

In un secondo momento, la medesima persona veniva imputata del reato *ex art. 614 c.p.*, in relazione ai fatti storici già giudicati nella precedente sentenza assolutoria (ma ora qualificati, per l'appunto, in termini di "violazione di domicilio"), eccedendo così la violazione del *ne bis in idem*.

A fronte di ciò, la Suprema Corte ha affermato il principio per il quale la pronuncia assolutoria per il reato di cui all'art. 612-bis c.p., pur passata in giudicato, non preclude la celebrazione del giudizio per il reato di cui all'art. 614 c.p. quando gli atti

persecutori si siano sostanziati, oltre che nell'intrusione nell'abitazione della vittima, anche in ulteriori comportamenti invasivi determinanti uno o più degli eventi tipici dello *stalking*, non sussistendo identità del fatto storico rilevante per la violazione del divieto di *bis in idem*, secondo l'interpretazione data dalla sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016.

Infatti, rilevano i giudici di legittimità, nel caso *de quo* si apprezza l'assenza dei caratteri dell'*idem factum* che imporrebbero la pronuncia *ex art. 649 c.p.p.*, laddove la condotta stessa dello *stalking* è diversa, in quanto integrata da comportamenti ulteriori che prescindono dalla mera violazione del domicilio della vittima; nella sentenza già definitiva, infatti, si dava atto anche di molestie perpetrate in passato dall'imputato ai danni della persona offesa (così come nel capo di imputazione si legge che l'imputato guardava costantemente la persona offesa con aria minacciosa) e che, in occasione degli accessi abusivi presso l'abitazione della predetta, l'imputato aveva compiuto ulteriori atti invasivi, quali l'utilizzo dei servizi della casa - che era stata sporcata e messa in disordine -, l'apposizione di una scritta su di un lenzuolo e la sottrazione di un indumento del compagno della donna. L'esistenza, quindi, di una significativa porzione di condotta, ulteriore rispetto a quella funzionale alla violazione di domicilio, appare dirimente ai fini della risoluzione della *quaestio iuris* posta dal ricorrente, anche a voler trascurare il fatto che, nella sentenza definitiva, la contestazione e la motivazione fanno riferimento a due accessi distinti nell'abitazione della vittima, mentre, nella pronuncia *sub iudice*, riguardando contestazione e motivazione, l'accesso pare essere unico e prolungato.

Il Collegio osserva, infatti, che, come evincibile dalla lettura della pronuncia definitiva, la condotta dell'imputato accertata nel processo per *stalking* ha determinato, con rapporto causa-effetto con la condotta perpetrata ai danni della vittima, l'effetto di indurre nella persona offesa uno stato di ansia e di paura, il timore di rientrare nella propria abitazione e la paura per l'incolumità propria e del proprio compagno, che sono poi gli eventi naturalistici che contribuiscono a configurare la fattispecie *ex art. 612-bis c.p.* e senza i quali il reato non è integrato.

Tali eventi, con tutta evidenza, non integrano il "fatto" di violazione di domicilio *sub iudice*, che si è invece sostanziato solo nell'introduzione dell'imputato, *invito domino*, nel domicilio altrui, che è, quindi, l'unico segmento comportamentale da riguardare nella verifica circa la medesimezza denunciata dal ricorrente.

Nel caso di specie, dunque, non viene ritenuta sussistente da parte della Corte di cassazione una violazione del divieto di *bis in idem*.

### I collegamenti giurisprudenziali

Sul divieto di *bis in idem*, oltre alla sentenza della Corte cost. n. 200/2016, si vedano Cass. Pen., SS.UU., 28 giugno 2005, n. 34655, in *CED*, laddove si sono valorizzati, quali indicatori della medesimezza del fatto richiesta dal legislatore, tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale). In altri termini, la verifica circa il *bis in idem*, pur dovendo attingere il fatto materiale e non già la fattispecie astratta, impone di riguardarlo comunque in ragione dei parametri del giurista, individuando, nel comportamento *sub iudice*, gli elementi di sovrapposibilità fattuale rispetto alla struttura della fattispecie come prevista dal legislatore. In termini e per un'ampia ricostruzione del tema, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 13 novembre 2017, n. 11049, in *CED*, in motivazione; nonché Cass. Pen., Sez. IV, 3 novembre 2016, n. 12175, in *CED*.

### ATTI PERSECUTORI E COMPETENZA PER TERRITORIO

Cassazione Penale, Sez. V, 4 giugno 2020 (12 febbraio 2020), n. 16977 - Pres. Vessichelli - Rel. Brancaccio

**Il delitto di atti persecutori configura un reato abituale di danno che si consuma nel momento e nel luogo della realizzazione di uno degli eventi previsti dalla norma incriminatrice, quale conseguenza della condotta unitaria costituita dalle diverse azioni causalmente orientate, sicché la competenza per territorio si determina in relazione al luogo in cui il disagio accumulato dalla persona offesa degenera in uno stato di prostrazione psicologica, in grado di manifestarsi in una delle forme descritte dall'art. 612-bis c.p.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Un soggetto era stato condannato per atti persecutori ai danni della sua *ex* fidanzata, al fine di indurla a riprendere la relazione sentimentale interrotta. In particolare, le condotte illecite erano state realizzate mediante telefonate moleste ripetute e messaggi ingiuriosi all'indirizzo della persona offesa; una telefonata alla madre di costei, in cui l'imputato le dava la falsa notizia che la figlia fosse affetta da AIDS; la creazione di falsi *account facebook* al fine di interloquire con parenti e amici della vittima per avere informazioni su di lei; la creazione di un profilo *facebook* fasullo, utilizzato per diffamare la sua *ex* fidanzata attribuendole falsi comportamenti e condotte sessuali, nonché rivolgendole epiteti ingiuriosi.

Ricorreva il difensore dell'imputato, rinnovando l'eccezione di incompetenza per territorio del tribunale di primo grado, indicando come giudice competente quello del luogo di residenza del prevenuto, luogo in cui si sarebbero realizzate le condotte moleste, tutte eseguite tramite telefono o attraverso profili *facebook* creati dall'imputato presso il proprio domicilio.

La Corte di cassazione rigetta il ricorso, precisando che correttamente era stato individuato come competente il giudice del luogo di residenza della persona offesa, luogo dunque in cui si erano realizzati gli eventi di reato, vale a dire lo stato d'ansia e il mutamento delle abitudini della vittima.

A tal proposito, il collegio ribadisce che il reato di *stalking* ha natura causale e non di mera condotta, e si caratterizza per la produzione di un evento di "danno" consistente nell'alterazione delle proprie abitudini di vita o in un perdurante e grave stato di ansia o di paura, ovvero, alternativamente, di un evento di "pericolo", configurato dal fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva.

Dal punto di vista della consumazione, viene chiarito come la natura di reato abituale di danno del delitto di cui all'art. 612-bis c.p. implica che esso debba ritenersi integrato dalla necessaria reiterazione dei comportamenti descritti dalla norma incriminatrice e dal loro effettivo inserimento nella sequenza causale che porta alla determinazione dell'evento, che deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso, anche se può manifestarsi solo a seguito della consumazione dell'ennesimo atto persecutorio; sicché ciò che rileva non è la datazione dei singoli atti, quanto la loro identificabilità quali segmenti di una condotta unitaria, causalmente orientata alla produzione dell'evento.

In altre parole, nel delitto previsto dall'art. 612-bis c.p., che è reato abituale, la consumazione coincide con il compimento dell'ultimo degli atti della sequenza criminosa integrativa della abitualità del reato.

Quanto alla competenza territoriale, tuttavia, oltre a ragionare in termini di consumazione del reato abituale, deve essere

operata una verifica sulle regole che dispongono l'individuazione del *locus commissi delicti* per i reati di danno, sia pur abituali. In proposito, ai fini della competenza per territorio, nulla rileva la condotta di reato, poiché il criterio da utilizzare, per i reati abituali di danno come quello di atti persecutori, è quello di cui all'art. 8, comma 1, c.p.p. e non quello, tipico dei reati permanenti, previsto dal terzo comma del medesimo articolo, il quale richiama il luogo di realizzazione dei singoli passaggi che hanno composto la condotta di reato (ad esempio, telefonate, messaggi telefonici o via internet molesti).

### I collegamenti giurisprudenziali

Quanto alla ricostruzione del delitto di atti persecutori come reato di evento (secondo i casi, di danno o di pericolo), si veda Cass. Pen., Sez. III, 7 marzo 2014, n. 23485, in *CED*.

In merito alla rilevanza, ai fini della consumazione del reato *de quo*, non già della datazione dei singoli atti, quanto della loro identificabilità quali segmenti di una condotta unitaria, causalmente orientata alla produzione dell'evento, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 14 gennaio 2019, n. 7899, in *CED*.

Quanto al fatto che, negli atti persecutori, la consumazione coincida con il compimento dell'ultimo degli atti della sequenza criminosa integrativa della abitudine del reato, si rinvia a Cass. Pen., Sez. V, 3 aprile 2017, n. 22210, in *CED*.

## MALTRATTAMENTI CONTRO FAMILIARI E CONVIVENTI

ACCERTAMENTO DEL REATO NEI CASI DI CONDOTTA DI LUNGA DURATA

Cassazione Penale, Sez. VI, 23 ottobre 2020 (18 settembre 2020), n. 29542 - Pres. Costanzo - Rel. Costanzo

**Nel reato di maltrattamenti, una adeguata collocazione della "punteggiatura cronologica" degli atti del soggetto imputato è necessaria, quando le condotte a lui attribuite coprono un non breve arco temporale (nella fattispecie, quattro anni), per valutare l'unitarietà delle stesse e la natura (che deve essere unitaria) del tipo di dolo che le regge, così da concludere che si sia trattato non di atti sporadici e di manifestazioni di un atteggiamento di contingente aggressività ma di persistenti azioni vessatorie, come tali idonee a ledere la personalità della vittima.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

All'imputato era stato contestato di aver maltrattato la moglie e i figli nel corso di un lungo periodo di tempo della durata complessiva di circa quattro anni.

Nella sentenza di condanna, tuttavia, il giudice del merito non aveva affrontato in modo analitico la fattispecie concreta, distinguendo partitamente le condotte illecite ai danni dei rispettivi familiari e individuando la cadenza cronologica dei singoli atti illeciti all'interno dell'arco temporale di cui alla imputazione.

A fronte del ricorso della difesa dell'imputato, la Suprema Corte ha ritenuto parzialmente fondate le doglianze del ricorrente.

Sul punto, affermano i giudici di legittimità, se i soggetti passivi del reato di maltrattamenti sono più d'uno, non solo l'accertamento della natura maltrattante delle specifiche condotte ma anche quello del dolo (unitario) va partitamente riferito alla relazione intercorrente fra l'agente e i soggetti passivi, pur non dovendosi trascurare gli eventuali riverberi di una relazione sulle altre, perché l'interesse protetto dal reato *ex art.*

572 c.p. è la personalità del singolo in relazione al rapporto che lo unisce al soggetto attivo.

Su queste basi, è configurabile una pluralità di reati, eventualmente unificati dal vincolo della continuazione, nel caso di maltrattamenti attuati nei confronti di più familiari.

Occorre però che, relativamente a ciascuna delle persone offese, siano individuate le condotte maltrattanti così da intendere l'abitudine della condotta e il dolo unitario che costituisce elemento caratterizzante il reato di maltrattamenti.

Dal momento, tuttavia, che, nel caso di specie, il giudice del merito aveva trattato le diverse posizioni dei soggetti passivi soltanto in termini complessivi e generici, semplicemente richiamando, senza una neanche approssimativa collocazione temporale, alcuni episodi che li avevano riguardanti, la Corte di cassazione ha ritenuto carente la motivazione sul punto. Infatti, nel reato di maltrattamenti, una adeguata collocazione della "punteggiatura cronologica" degli atti del soggetto imputato è necessaria, quando le condotte a lui attribuite coprono un non breve arco temporale (nella fattispecie, 4 anni), per valutare l'unitarietà delle stesse e la natura (che deve essere unitaria) del tipo di dolo che le regge, così da concludere che si sia trattato non di atti sporadici e di manifestazioni di un atteggiamento di contingente aggressività ma di persistenti azioni vessatorie, come tali idonee a ledere la personalità della vittima.

### I collegamenti giurisprudenziali

Nel senso che è configurabile una pluralità di reati, eventualmente unificati dal vincolo della continuazione, nel caso di maltrattamenti attuati nei confronti di più familiari, si vedano anche Cass. Pen., Sez. VI, 12 giugno 2019, n. 35683, non massimata; Cass. Pen., Sez. VI, 12 gennaio 2016, n. 2625, in *CED*; Cass. Pen., Sez. VI, 31 gennaio 2003, n. 7781, in *CED*. Nei sensi di cui alla massima annotata, inoltre, si vedano Cass. Pen., Sez. VI, 9 ottobre 2018, n. 6126, in *CED*; Cass. Pen., Sez. VI, 21 giugno 1984, in *CED*.

## RAPPORTI TRA MALTRATTAMENTI E VIOLENZA PRIVATA

Cassazione Penale, Sez. II, 30 giugno 2020 (4 marzo 2020), n. 19545 - Pres. Cervadoro - Rel. Pisa

**Il reato di violenza privata può concorrere materialmente con il reato di maltrattamenti in famiglia quando le violenze e le minacce del soggetto attivo siano adoperate, oltre che con la coscienza e volontà di sottoporre la vittima a sofferenze fisiche e morali in modo continuativo e abituale, anche con l'intento di costringerla ad attuare un comportamento che altrimenti non avrebbe volontariamente posto in essere (nella specie, l'imputato, oltre a sottoporre la moglie a condotte integranti maltrattamenti, con ulteriori minacce l'aveva costretta ad omettere di presentare denuncia per quanto subito, così realizzando una condotta autonoma, anche sotto il profilo della volizione criminale, rispetto alla serialità delle vessazioni riconducibili al delitto di cui all'art. 572 c.p.).**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

All'imputato era stata contestata una pluralità di reati, per avere dapprima maltrattato la moglie e, poi, per averla costretta, tramite reiterate minacce di morte, a non presentare denuncia in relazione ai medesimi fatti di maltrattamento; al prevenuto, dunque, veniva imputato sia il reato *ex art.* 572 c.p., sia la violenza privata *ex art.* 610 c.p.

A fronte della condanna da parte del giudice di merito, la difesa dell'imputato ricorreva per Cassazione, sostenendo che il

## Osservatori

reato di violenza privata dovesse ritenersi assorbito nel più ampio fatto illecito di cui all'art. 572 c.p.

I giudici di legittimità, tuttavia, hanno disatteso una tale doglianza, osservando che, nel caso di specie, la condotta di violenza privata era stata posta in essere in modo autonomo, dopo che già si era perfezionata la fattispecie dei maltrattamenti, e al solo fine di assicurare all'imputato, attraverso il silenzio della persona offesa in ordine ai comportamenti subiti, l'impunità rispetto al delitto *ex art.* 572 c.p.; in altri termini, nel fatto storico *sub iudice*, le violenze e le minacce avevano acquistato una chiara autonomia, sotto il profilo della volizione criminale, rispetto alla serialità delle vessazioni in cui si era sostanziato il presupposto reato di cui all'art. 572 c.p., distaccandosene ed acquisendo, pertanto, una specifica rilevanza delittuosa.

A tal proposito, osserva la Cassazione, l'elemento psicologico che caratterizza il delitto *ex art.* 572 c.p. è il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di sottoporre la vittima ad una serie di sofferenze fisiche e morali, mentre a nulla rilevano le finalità di volta in volta perseguite dall'autore degli atti vessatori; di contro, il dolo della violenza privata ha ad oggetto il costringere altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa (nelle motivazioni della sentenza si parla, sul punto, di "dolo specifico", ma evidentemente in modo improprio).

Viene dunque affermato il principio per il quale il reato di violenza privata può, sì, concorrere materialmente con il reato di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p., ma solo quando le minacce del soggetto attivo siano adoperate, oltre che con la coscienza e volontà di sottoporre la vittima a sofferenze fisiche e morali in modo continuativo e abituale, anche con l'intento di costringerlo ad attuare un comportamento che, altrimenti, non avrebbe volontariamente posto in essere.

### I collegamenti giurisprudenziali

Quanto al principio per il quale l'elemento psicologico che caratterizza il delitto *ex art.* 572 c.p. è il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di sottoporre la vittima ad una serie di sofferenze fisiche e morali, mentre a nulla rilevano le finalità di volta in volta perseguite dall'autore degli atti vessatori, si rinvia a Cass. Pen., Sez. VI, 22 settembre 2005, n. 39927, in *CED*; nonché Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 2004, n. 4933, in *CED*.

Nei sensi di cui alla massima, si veda anche Cass. Pen., Sez. III, 7 aprile 2016, n. 10497, in *CED*.

### VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE

DIFFICOLTÀ ECONOMICHE ED ELEMENTO SOGGETTIVO

**Cassazione Penale, Sez. VI, 16 ottobre 2020 (30 settembre 2020), n. 28774 - Pres. Bricchetti - Rel. Ricciarelli**

**Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 570, comma 1, c.p., in caso di omesso versamento dell'assegno di mantenimento stabilito dal giudice della separazione in favore del coniuge, il giudice non deve accertare l'esistenza di uno stato di bisogno dell'avente diritto o di una situazione di impossidenza dell'altro coniuge, ma deve verificare se tale inadempimento esprima la volontà**

**del soggetto obbligato di violare gli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge e non esprima, invece, una difficoltà di ordine economico alle cui conseguenze si sarebbe trovato esposto anche in costanza di matrimonio.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

All'imputato era stato contestato il reato di cui all'art. 570, comma 1, c.p., per avere fatto egli mancare i mezzi di sussistenza alla moglie separata, non versandole integralmente le somme stabilite dal Presidente del Tribunale in sede di separazione.

A seguito della sentenza di condanna, confermata in grado d'appello, ricorreva per Cassazione il prevenuto, osservando che il fatto omissivo contestato non era segno della volontà dell'imputato di disconoscere i doveri di assistenza, bensì la conseguenza delle sue precarie condizioni economiche. Inoltre, il giudice del merito non aveva tenuto presente la sentenza pronunciata in sede di separazione, con la quale era stato revocato l'assegno di mantenimento in favore dell'ex-coniuge, sul presupposto che non residuasse una capacità contributiva ulteriore del ricorrente.

La Corte di cassazione ritiene fondato il ricorso, sulla scorta delle seguenti argomentazioni.

Viene anzitutto rimarcato che l'obbligo di mantenimento, a seguito della separazione dei coniugi, implica uno specifico riferimento alla rispettiva capacità contributiva in funzione della conservazione di un corrispondente regime di vita. Ciò comporta che, in assenza del presupposto dello stato di bisogno di un coniuge, anche quando la capacità del soggetto obbligato non possa dirsi venuta meno, la stessa debba comunque essere comparata con quella dell'altro, onde stabilire se e come possano modularsi i rapporti economici al fine di assicurare il tendenziale mantenimento del medesimo regime. Di qui la necessità di stabilire un confronto con la situazione ipotizzabile nel caso di regolare *menage* familiare, esposto agli effetti derivanti da eventi incidenti in senso eventualmente peggiorativo.

Proprio in tale prospettiva, può dirsi che l'omesso versamento dell'assegno, in assenza di un vero stato di bisogno dell'avente diritto, possa rientrare nella violazione dell'obbligo di assistenza, contemplato dal comma 1 dell'art. 570 c.p., in quanto la condotta si ponga in conflitto con il riconoscimento di quell'obbligo e non sia invece ascrivibile a precarie condizioni economiche.

Viene così ribadito il principio secondo cui, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 570, comma 1, c.p., in caso di omesso versamento dell'assegno di mantenimento fissato dal giudice della separazione in favore del coniuge, il giudice non deve accertare l'esistenza dell'altro coniuge, ma deve verificare se tale inadempimento esprima la volontà del soggetto obbligato di violare gli obblighi di assistenza inerenti alla qualità di coniuge e non esprima, invece, una difficoltà di ordine economico alle cui conseguenze si sarebbe trovato esposto anche in costanza di matrimonio.

### I collegamenti giurisprudenziali

Per l'affermazione di analoghi principi di diritto, si vedano anche Cass. Pen., Sez. VI, 3 maggio 2018, n. 25246, in *CED*; Cass. Pen., Sez. VI, 26 novembre 2014, n. 52393, in *CED*.

## MANCATA ESECUZIONE DOLOSA DI UN PROVVEDIMENTO DEL GIUDICE

CASA CONIUGALE E CONDOTTE RIPARATORIE

Cassazione Penale, Sez. V, 7 maggio 2020 (25 febbraio 2020), n. 14030 - Pres. Palla - Rel. Riccardi

**La causa estintiva del reato per riparazione del danno, ex art. 162-ter c.p., richiede, ove possibile, anche l'eliminazione del c.d. "danno criminale", per cui, se tra le conseguenze del reato rientra anche il mancato reintegro nell'abitazione coniugale, il beneficio può essere conseguito solo se l'imputato consenta il libero e pieno godimento dell'immobile.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Nel caso *sub iudice*, all'imputato si contestavano i reati di atti persecutori ex art. 612-bis c.p. e di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.), avendo egli rivolto alla moglie separata ingiurie e minacce di morte (estese anche ai genitori della donna) e non avendo egli ottemperato al provvedimento del tribunale civile, che aveva ordinato la reintegra dell'altro coniuge nel comproprietà della casa coniugale. Dopo la condanna nel giudizio di merito, ricorreva per Cassazione l'imputato, sostenendo di avere integralmente risarcito il danno e rimborsato alla moglie le spese legali sostenute, donde l'estinzione del reato ex art. 162-ter c.p., a titolo di condotta riparatoria.

Sul punto, il collegio di legittimità premette che la causa estintiva del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. presuppone condotte restitutorie o risarcitorie spontanee e non coartate, nonché destinate definitivamente ad incrementare la sfera economica e giuridica della persona offesa.

Nel caso in esame, osserva la Cassazione, tali condotte riparatorie non appaiono suscettibili di essere integrate dal mero pagamento del risarcimento dei danni: è pur vero che il giudice di merito aveva accertato alcune condotte risarcitorie da parte dell'imputato, il quale tuttavia non aveva altresì adempiuto spontaneamente al provvedimento del giudice civile di reintegro della moglie nell'abitazione coniugale. Infatti, la donna aveva dovuto attivare la procedura di esecuzione coattiva, onde ottenere la disponibilità della casa, quest'ultima peraltro essendo stata rinvenuta priva di tutti gli arredi e suppellettili, in condizioni di totale inabitabilità.

Per tale ragione, quanto al reato ex art. 388 c.p., la Suprema Corte esclude che, nel caso di specie, l'imputato abbia riparato integralmente il pregiudizio arrecato con la propria condotta illecita, donde l'insussistenza di tutti i presupposti per l'estinzione del reato ex art. 162-ter c.p.; quanto agli atti persecutori, sussistendo nel caso di specie la circostanza aggravante degli atti di minaccia reiterata, la quale determina l'impossibilità giuridica di rimettere l'eventuale querela proposta, il collegio ha escluso l'applicabilità dell'art. 162-ter c.p., il quale opera solo in relazione ai reati per i quali la querela sia soggetta a remissione.

### I collegamenti giurisprudenziali

In merito al fatto che la causa estintiva del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. presupponga condotte restitutorie o risarcitorie spontanee e non coartate, nonché destinate definitivamente ad incrementare la sfera economica e giuridica della persona offesa, cfr. Cass. Pen., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 21922, in *CED*.

## VIOLENZA SESSUALE

RAPPORTI FRA TENTATA VIOLENZA SESSUALE,  
ADESCAMENTO DI MINORI E REATO DI MOLESTIE

Cassazione Penale, Sez. III, 13 ottobre 2020 (10 settembre 2020), n. 28454 - Pres. Sarno - Rel. Di Stasi

**Integra il tentativo di atti sessuali con minore, e non la più lieve contravvenzione di molestie, la condotta dell'adulto che, dopo un intenso rapporto telematico e telefonico a sfondo sessuale con un fanciullo non ancora quattordicenne, il quale venga altresì indotto a inviare proprie fotografie che lo ritraggano nudo o in pose sessuali, proponga con insistenza un incontro con il medesimo, poi non realizzatosi.**

### Il caso e la soluzione della Corte di cassazione

Nel caso *sub iudice*, l'indagato aveva dapprima adescato un soggetto infra-quattordicenne, intrattenendo con lo stesso un intenso scambio telefonico e telematico a sfondo erotico, nel corso del quale il minore era stato indotto ad inviare all'adulto alcune proprie fotografie che lo ritraevano nudo o in pose sessuali; successivamente, l'indagato medesimo aveva chiesto alla vittima di poterla incontrare, incontro che tuttavia non era mai avvenuto.

Veniva dunque contestato al prevenuto il tentativo di atti sessuali con minore ex artt. 56 e 609-*quater* c.p., con conseguente applicazione allo stesso della custodia cautelare in carcere.

Ricorreva la difesa dell'indagato, eccependo nel caso di specie la sussistenza della sola contravvenzione ex art. 660 c.p. e non già il tentativo del grave delitto contestato.

Sul punto, tuttavia, la Suprema Corte ha disatteso la ricostruzione difensiva.

In particolare, il collegio di legittimità afferma che è pur vero che il semplice reiterato invito, formulato nei confronti di minore infra-quattordicenne, alla consumazione di un rapporto sessuale, non integra, per inidoneità degli atti, il tentativo del reato di cui all'art. 609-*quater* c.p. Tuttavia, nel caso di specie, il tribunale del riesame, nel confermare la qualificazione giuridica operata dal Giudice per le indagini preliminari, aveva rimarcato che non ricorreva il semplice reiterato invito alla consumazione di un rapporto sessuale, avendo invece l'indagato instaurato con il minore un intenso rapporto telematico e telefonico di natura esclusivamente sessuale, inviandogli e chiedendogli di inviare a sua volta fotografie a contenuto sessuale, avviando conversazioni dall'esplicito contenuto erotico e concordando con lo stesso due distinti appuntamenti in luogo appartato, con l'intento - chiaramente dichiarato - di volere consumare un rapporto sessuale.

Tali circostanze, dunque, seppur ai fini del solo e provvisorio giudizio *de libertate*, vengono ritenute dalla Cassazione come integranti plurimi atti inequivocabilmente diretti a compromettere la sfera sessuale della vittima, con la manifesta intenzione di raggiungere l'appagamento dei propri istinti sessuali e, come tali, integranti il tentativo del reato di cui all'art. 609-*quater* c.p.

Peraltro, affermano i giudici di legittimità, non ricorre nel caso di specie nemmeno il più lieve delitto di adescamento di minori di cui all'art. 609-*undecies* c.p., il quale è destinato ad operare solo qualora il fatto non costituisca più grave reato e, dunque, solo allorché l'adescamento

## Osservatori

non venga posto in essere con modalità tali da integrare gli atti idonei e diretti in modo non equivoco alla commissione del reato *ex art. 609-quater c.p.*

### **I collegamenti giurisprudenziali**

Per il principio secondo cui il semplice reiterato invito, formulato nei confronti di minore infra-quattordicenne, alla consu-

mazione di un rapporto sessuale, non integra, per inidoneità degli atti, il tentativo del reato di cui all'art. 609-*quater* c.p., si veda anche Cass. Pen., Sez. III, 9 novembre 2011, n. 46637, in *CED*.

In termini analoghi rispetto alla massima annotata, cfr. Cass. Pen., Sez. III, 11 aprile 2013, n. 32926, in *CED*; Cass. Pen., Sez. III, 29 settembre 2016, n. 8691, in *CED*.

Separazione consensuale e divorzio congiunto

# Addio alla presenza delle parti nelle separazioni consensuali e nei divorzi congiunti? (Note sul D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, c.d. Decreto Ristori)

di Filippo Danovi

Tra le molteplici misure introdotte dal c.d. Decreto Ristori nel settore riguardante l'amministrazione della giustizia è stata prevista la possibilità per i coniugi - nei procedimenti di separazione consensuale o di divorzio su domanda congiunta - di rinunciare alla presenza personale, sostituendola con il deposito di note scritte confermatrici dell'intesa raggiunta. La nuova disposizione, pur non del tutto esente da rilievi e note critiche dal punto di vista formale, ratifica nella sostanza una salutare semplificazione del procedimento, nel segno di una sempre più marcata autonomia delle parti e di una nuova e corretta messa a fuoco dell'effettivo ruolo del giudice.

## Il Decreto Ristori e i procedimenti della crisi familiare

L'emergenza sanitaria derivante dalla propagazione del Covid-19 che ha sconvolto l'Italia e il mondo intero non è purtroppo ancora stata debellata; anzi, a seguito di una nuova ondata di recrudescenza del virus, il D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 (c.d. Decreto Ristori) ha introdotto "Ulteriori misure urgenti in materia di tutela della salute, sostegno ai lavoratori e alle imprese, giustizia e sicurezza, connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19" (1).

Tra i molteplici interventi deliberati, tra loro assai variegati (a conferma ancora una volta di quella legislazione "alluvionale", nei ritmi incalzanti e nei contenuti, che ha caratterizzato l'intero 2020), il nuovo testo contiene disposizioni volte a operare nell'ambito della giustizia, in diversi settori: civile, penale, amministrativo e tributario. Per quanto attiene al diritto di famiglia, in particolare, l'art. 23, D.L. n. 137/2020 (Disposizioni per l'esercizio

dell'attività giurisdizionale nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da Covid-19), stabilisce al suo sesto comma che "Il giudice può disporre che le udienze civili in materia di separazione consensuale di cui all'articolo 711 del codice di procedura civile e di divorzio congiunto di cui all'articolo 9 della legge 1 dicembre 1970, n. 898 siano sostituite dal deposito telematico di note scritte di cui all'articolo 221, comma 4, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nel caso in cui tutte le parti che avrebbero diritto a partecipare all'udienza vi rinuncino espressamente con comunicazione, depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, nella quale dichiarano di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, di aver aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, di confermare le conclusioni rassegnate nel ricorso e, nei giudizi di separazione e divorzio, di non volersi conciliare".

(1) Il D.L. 28 ottobre 2020, n. 137 è stato pubblicato in *G.U.* n. 269 del 28 ottobre 2020, con entrata in vigore per il giorno successivo, 29 ottobre 2020.

## Emergenza Covid-19

Il governo legiferante conferma dunque il trend già sperimentato la scorsa primavera nella prassi applicativa di molti tribunali, teso a semplificare l'iter dei procedimenti familiari retti da un sottostante accordo, surrogando con brevi note scritte la (altrimenti tuttora necessaria *ex lege*) presenza personale delle parti.

La logica dell'innovazione risponde *prima facie* all'idea che nei procedimenti consensuali il tasso di contenziosità sia nella sostanza annullato, le esigenze del contraddittorio parallelamente attenuate, e l'intervento giudiziale mantenga dunque il precipuo (se non ormai l'unico scopo) di verificare e vagliare la conformità dell'intesa raggiunta tra i coniugi ai principi che regolano la materia (2).

### La gatta frettolosa fa i gattini ciechi (sulla portata della norma)

Nel commentare la riforma non si può peraltro fare purtroppo a meno di appuntare una prima critica di ordine formale al testo adottato, che potrebbe generare problemi anche in ordine all'effettivo ambito di intervento che con la nuova disposizione si è voluto realizzare. La sensazione evidente che emerge dalla lettura della disposizione è infatti quella di una frettolosità normativa che trascina con sé dubbi interpretativi e applicativi di portata tutt'altro che trascurabile.

La mancanza di chiarezza risulta in particolare in due distinti passaggi: il primo è quello per cui nell'individuare l'ambito di possibile superamento della presenza personale delle parti il testo della norma fa riferimento alla separazione consensuale e al divorzio congiunto. Peccato, tuttavia, per le norme di legge che il testo richiama: mentre per la separazione consensuale il riferimento normativo è corretto (l'art. 711 c.p.c.), per il divorzio congiunto viene invece richiamato l'art. 9, L. 1° dicembre 1970, n. 898, ovvero la diversa norma che disciplina il procedimento di revisione delle condizioni di divorzio, e non già l'art. 4, comma 16, l. div., che è invece la norma deputata a disciplinare il divorzio su domanda congiunta.

Questa discrasia deve verosimilmente essere superata (e il dubbio risolto) considerando il richiamo

numerico effettuato per il divorzio come frutto di una mera svista, poiché certamente non si potrebbe pretendere di inserire tra i procedimenti ai quali la norma intende fare riferimento quelli di revisione delle condizioni di divorzio di cui all'art. 9 l. div., in modo indiscriminato e *tout court*. Questi ultimi, infatti, ben possono aver luogo anche in forma contenziosa, e non già soltanto su accordo delle parti, e dunque sollecitano nel loro complesso riflessioni ed esigenze del tutto diverse in relazione all'effettività del contraddittorio e al perdurante significato dell'oralità.

Appurato dunque che l'erroneo richiamo all'art. 9 deve in realtà intendersi riferito alla norma regolatrice del divorzio congiunto, e dunque all'art. 4, comma 16, l. div., non si può mancare di considerare come il legislatore abbia comunque improvvidamente ristretto la nuova disposizione alle sole ipotesi di separazioni consensuali e di divorzi su domanda congiunta, mentre ben avrebbe potuto (e anzi verosimilmente dovuto) inserire nell'ambito del nuovo semplificato schema procedimentale anche i procedimenti di modifica delle condizioni di separazione di cui all'art. 710 c.p.c. e di revisione delle condizioni di divorzio di cui all'art. 9 l. div. (questa volta realmente). Il tutto sempre e soltanto in quanto scaturenti da un originario accordo tra le parti e dunque strutturati non già in forma avversariale e contenziosa, quanto *lato sensu* consensuale (3). La logica che sorregge la norma è invero la medesima anche nelle ipotesi in cui l'iniziale assetto della separazione o del divorzio venga in seguito modificato in modo condiviso tra le parti.

Aggiungo inoltre che in questa prospettiva sarebbe stato bene considerare anche i procedimenti frutto di un'intesa sottostante tra genitori di figli non coniugati (4), poiché il silenzio della nuova norma sul punto rappresenta una lacuna che si pone in evidente distonia rispetto al proposito operato dalla riforma della filiazione del 2012/2013 di attribuire a tutti i figli uno stato giuridico unitario, *quoi qu'il en soit* e indipendentemente dalle vicende relative alla nascita, sopprimendo ogni possibile differenziazione nella

(2) Per alcune esemplificazioni delle prassi introdotte nella primavera del 2020 v. ad es. Rimini, *Il processo relativo alla crisi della famiglia di fronte all'emergenza sanitaria*, in questa Rivista, 2020, 421 ss.; Danovi, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, *ibidem*, 429 ss.

(3) Ciò secondo un *modus operandi* che nella prassi era ad esempio già stato introdotto da alcuni Tribunali, quali quelli di

Torino e Vercelli (cfr. al riguardo i già citati Rimini, *Il processo relativo alla crisi della famiglia di fronte all'emergenza sanitaria*, cit., 421 ss.; Danovi, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, cit., 429 ss.).

(4) Anche per questi i già menzionati protocolli di intesa dei Tribunali di Torino e Vercelli consentivano la possibile rinuncia alla comparizione personale dei genitori all'udienza.

tutela giuridica dei figli nati all'interno ovvero fuori del matrimonio (5).

In ogni caso, che tra le intenzioni del legislatore probabilmente vi fosse l'idea di estendere l'innovazione più di quanto in concreto sia poi di fatto avvenuto pare confermato oltre che dall'iniziale "maldestro" richiamo all'art. 9 l. div. di cui già si è detto, anche dal riferimento nella chiusa della norma alla richiesta alle parti di confermare le conclusioni rassegnate nel ricorso nonché, "nei giudizi di separazione e divorzio, di non volersi conciliare". Ebbene. Posto che la disposizione è in realtà interamente riferibile alle sole ipotesi della separazione e del divorzio (su intesa), ci si chiede il perché di questo richiamo del tutto pleonastico, che pare un ulteriore e involontario *lapsus calami* e lascia intendere che il legislatore abbia perduto per errore quell'obiettivo più ampio di cui sopra si è detto. Obiettivo che sarebbe stato invece opportuno, e anzi necessario, a garanzia dell'uguaglianza di tutte le ipotesi che intendano regolare la crisi familiare su accordo, e soprattutto di tutti i figli (e non soltanto di quelli nati all'interno del matrimonio).

### La partecipazione delle parti è resa solo eventuale, non espunta *ipso iure*

Ferme le considerazioni sopra riportate, va poi precisato come in base alla nuova normativa la comparizione personale delle parti non sia stata *ex lege* soppressa in modo definitivo, ma soltanto resa eventuale.

Da quanto evidenziato la stessa viene infatti subordinata alla contemporanea sussistenza di due condizioni o requisiti: da un lato, la rinuncia delle parti a tale incumbente, e, dall'altro, la concreta scelta da parte del giudice di tale nuovo possibile regime, che viene dunque nei suoi presupposti sottoposto a un ambito valutativo caratterizzato dalla discrezionalità giudiziale. Su entrambi questi aspetti è opportuno soffermare brevemente l'attenzione.

### In particolare: la rinuncia delle parti

Quale prima condizione viene richiesto a "tutte le parti che avrebbero diritto a partecipare all'udienza" (*id est*, più semplicemente, i coniugi) di rinunciare espressamente a tale formalità attraverso una

comunicazione complessa, soggetta a un preciso regime formale.

In primo luogo, e dal punto di vista temporale, la dichiarazione deve essere depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza.

A questo proposito, fermo restando che tendenzialmente e nella maggioranza dei casi le parti troveranno un'intesa anche su questo aspetto e anche laddove formalmente rappresentate da due distinti avvocati si coordineranno per il deposito di una comunicazione congiunta, ovvero per il deposito contestuale di una dichiarazione di identico tenore, la disposizione non si cura di evidenziare come a rigore potrebbe anche non esservi, pur nella sottostante volontà di confermare le condizioni per la separazione o per il divorzio, un assenso di entrambi i coniugi a rinunciare all'udienza e al contatto con il giudice. In questi casi, essendo l'incumbente specificamente richiesto a "tutte le parti", dunque, laddove la dichiarazione dovesse provenire da uno soltanto dei coniugi, la stessa non potrà essere ritenuta idonea agli specifici fini richiesti dalla norma.

Dal punto di vista dei contenuti, poi, la disposizione in commento ha altresì stabilito il tenore espresso che deve presentare la dichiarazione di rinuncia delle parti. Si precisa a tale riguardo che nella stessa le parti confermino di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, dichiarino di avere aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza stessa, confermino le conclusioni rassegnate nel ricorso e, nei giudizi di separazione divorzio, confermino altresì di non volersi conciliare.

In questo modo il legislatore ha stabilito la necessità di una dichiarazione complessa, in parte di scienza e in parte di volontà. Le parti sono infatti tenute a dichiarare di essere edotte circa la perdurante sussistenza (e astratta vigenza) delle norme di legge che richiederebbero la loro presenza personale, ma di voler liberamente derogare a dette norme, rinunciando a detta formalità.

Sotto questo profilo il legislatore sposta di fatto sulle parti, rendendolo in tal modo disponibile, un incumbente che nella sua logica originaria aveva un rilevante significato, e certamente disponibile non era, a conferma del sempre maggiore ambito di disponibilità che caratterizza la separazione e il divorzio (6).

(5) Sul punto v. ad es. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in questa *Rivista*, 2013, 231 ss.; Dosi, *Pari diritti ai figli nati da coppie non coniugate: passa la legge che equipara lo stato giuridico*, in *Guida dir.*, 2012, 49-50, *I dossier*, II ss.; Graziosi, *Una buona novella di fine legislatura: tutti i*

"figli" hanno eguali diritti, dinanzi al tribunale ordinario, in questa *Rivista*, 2013, 263 ss.

(6) Su queste tematiche v. da ultimo Bugetti, *Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi*, in questa *Rivista*, 2021.

A ciò si aggiunge la dichiarazione di conferma delle conclusioni rassegnate nel ricorso, che vorrebbe in qualche modo verosimilmente sostituirsi a quanto viene di regola richiesto alle parti proprio nell'udienza avanti al giudice (ribadendo la logica per cui alla parte viene richiesto di esprimere una rinnovata conferma dell'accordo, semplicemente con una veste formale differente).

La disposizione si chiude poi con una ulteriore previsione, consistente nella richiesta (e necessaria) conferma, ad opera delle parti, "di non volersi conciliare".

Anche su questo inciso sia consentita una riserva. Indipendentemente da quanto già detto circa l'inutilità della parentesi di riferimento ai soli istituti della separazione e del divorzio (posto che tutto l'impianto della norma è utilizzabile unicamente per questi), va ulteriormente evidenziato come la stessa appaia un retaggio ancora di una tradizione ormai perduta, quando l'incombente del tentativo di conciliazione era funzionale a una eventuale vera e propria "riconciliazione" dei coniugi, nel senso di un ripristino del *consortium vitae* tra gli stessi. Nel tempo, tuttavia, rispetto all'originaria formulazione del codice, la presenza personale dei coniugi ha visto profondamente modificata la propria *ratio* ispiratrice e la propria funzione, riducendosi piuttosto al tentativo del Presidente, funzionale soprattutto ai giudizi contenziosi, di reperire un accordo tra i coniugi (7). In questa prospettiva, del resto, non si può non evidenziare che la volontà di non riconciliarsi è in qualche modo *in re ipsa*, essendo insita nello stesso mantenimento di un procedimento finalizzato alla separazione o al divorzio, che dunque si muove di per sé solo in una direzione opposta alla riconciliazione.

Se questo è innegabile, nelle ipotesi di cui si discute l'accordo è già stato reperito "a monte" dai coniugi stessi ed è suffragato di *default* dall'elaborazione di un testo con condizioni e conclusioni congiunte. Ma così ragionando, allora, la volontà richiesta alle parti dovrebbe essere quella di *volersi conciliare* e non già (come la disposizione annota) quella "di non volersi conciliare"! Meglio sarebbe stato dunque l'inciso "di non volersi riconciliare", non già per un pedante rigore linguistico, quanto per dare correttamente atto dell'evoluzione del sistema e riportare il senso della *littera legis* alla sua primitiva (e qui unica ancora logica) funzione.

## Il ruolo della discrezionalità giudiziale

Il secondo requisito affinché la altrimenti necessaria comparizione personale delle parti possa davvero essere superata è rappresentato dalla valutazione che il giudice è chiamato a effettuare in proposito. Si legge nella disposizione in commento che il giudice "può" (e non deve comunque) disporre che le udienze siano sostituite dal deposito telematico di note scritte.

Rimane dunque un margine di discrezionalità giudiziale, che tuttavia verosimilmente sarà colmato nella prassi dalla pressoché costante adesione del giudice alla semplificazione procedimentale introdotta dal legislatore, laddove suggellata dalla concorde rinuncia delle parti. Né potrebbe richiamarsi in senso contrario il celebre e meraviglioso monito chiovendiano per il quale "la libertà del convincimento vuole l'aria e la luce dell'udienza", mentre "nei labirinti del processo scritto essa si corrompe e muore" (8), dal momento che nelle ipotesi di cui si discute non vi è bisogno né del dialogo né a ben vedere del libero convincimento giudiziale, perché il dialogo è già avvenuto "a monte" tra le parti (che per suo tramite hanno anche raggiunto una specifica intesa su tutti i punti in discussione), e il libero convincimento non ha dunque più ragione di formarsi in proposito.

Sotto questo profilo, peraltro, non si può non commentare con favore il mantenimento di un margine discrezionalità e l'uso dunque del verbo servile "può" invece che "deve", tenuto conto che il giudice potrebbe comunque ravvisare nell'accordo raggiunto dalle parti e nelle conclusioni dalle stesse formulate qualche aspetto non del tutto consonante con i principi di legge che regolano la materia e in particolare con la salvaguardia del superiore interesse del minore. A questo riguardo, dunque, il mantenimento della facoltà in capo allo stesso giudice di tenere l'udienza in presenza intende garantire la funzione di verificare le condizioni dell'accordo se del caso richiedendo tramite la comparizione i chiarimenti necessari per individuare un assetto migliore e maggiormente rispondente all'interesse del minore.

### ***Pas de nullité sans texte* (dove *texte* diviene per legge anche il consenso delle parti)**

Dal punto di vista delle dinamiche processuali l'importanza della disposizione in commento contenuta

(7) Sull'evoluzione dell'istituto della comparizione personale dei coniugi sia consentito ad es. il rinvio a Danovi, *I provvedimenti presidenziali nella separazione e nel divorzio: alla ricerca di un'identità perduta*, in questa *Rivista*, 2018, 717 ss.

(8) Chiovenda, *Sul rapporto tra le forme del procedimento e la funzione della prova. L'oralità e la prova*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1931, 225.

nel Decreto Ristori consiste poi nell'aver di fatto legittimato a pieno titolo la rinuncia alla comparizione personale delle parti e dunque di fatto la possibile surroga di quest'ultima attività.

Chi scrive non ha mancato per verità di evidenziare come la possibile obiezione volta a ravvisare nell'assenza della comparizione delle parti una nullità dovesse già considerarsi superabile alla luce anche soltanto di una prassi virtuosa orientata in tal senso, come avvenuto per effetto delle disposizioni introdotte dai protocolli di alcuni tribunali nella primavera dello scorso 2020 (9).

A questo riguardo avevo infatti evidenziato come a ben vedere nessuna norma di legge prescriva la comparizione delle parti sotto specifica sanzione di nullità (10) e dunque, in ossequio al principio di generale riserva di legge sulle nullità contenuto nell'art. 156 c. p.c. (11) (che riproduce l'antico adagio *pas de nullité sans texte*), non sia a rigore possibile comminare detta specifica sanzione unicamente per quest'unica asserita mancanza.

La disposizione ora introdotta riconferma questa linea di pensiero e permette anzi di ravvisare ormai un formale (questa volta sì) impedimento all'eventuale eccezione di nullità derivante dalla mancata comparizione delle parti nel testo stesso di una norma di legge, dove peraltro in virtù del richiamo contenuto nella norma il significato della disposizione rimanda al consenso prestato dalle parti mediante la dichiarazione di rinuncia.

Non senza rilevarsi, ancora, che nel caso di specie il vero scopo delle singole disposizioni, ovvero quello di ribadire la volontà di ottenere la separazione o il divorzio e con questi l'intesa intercorsa tra i coniugi,

ben può considerarsi raggiunto per effetto di una conferma scritta ad opera dei coniugi.

### L'avvicinamento ai modelli ADR (ma con la presenza del giudice)

Dal punto di vista sistematico la disposizione che qui si commenta riveste infine un'importanza non indifferente nella misura in cui arricchisce di fatto (ma anche di diritto) il catalogo dei metodi concessi dal sistema per addivenire alla separazione e al divorzio, dando vita a un'ulteriore trasformazione in quest'area nel nome di una sempre più marcata rilevanza dell'autonomia delle parti e semplificazione degli apparati formali del procedimento.

Da questo punto di vista, tra l'altro, la possibilità di rinunciare alla comparizione personale delle parti può in alcuni casi anche essere letta come alleggerimento per le parti, alle quali viene di fatto evitato un onere (che in non pochi casi si trasforma in vero e proprio inconveniente dal punto di vista psicologico) di dover comparire davanti all'autorità giudiziaria.

Così facendo è stato compiuto un ulteriore *step* nell'avvicinamento delle ipotesi di separazione e divorzio comunque gestite in sede giudiziaria ad altri modelli, come ad esempio quelli ex artt. 6 e 12, L. 10 novembre 2014, n. 162, della negoziazione assistita (in cui invece la presenza del tribunale è venuta meno, residuando unicamente un intervento ma molto più agevole di controllo da parte del pubblico ministero) o addirittura quelli diretti avanti all'autorità amministrativa, rappresentata dal Sindaco o da altro ufficiale dello stato civile (12).

(9) Danovi, *Procedimenti separativi su intesa e comparizione personale delle parti al tempo del Covid-19: la linea del Tribunale di Torino*, cit., 436 ss.

(10) L'art. 711 c.p.c. per la separazione consensuale considera la presenza delle parti come attività doverosa, ma non quale onere da rispettare tassativamente e inderogabilmente a pena di nullità. È la giurisprudenza che ha di fatto imposto tale presenza, sia pure con alterni distinguo, prevedendo anche la possibilità di rifissare l'udienza, ma di fatto in una visione se non formalistica della norma, quanto meno inutilmente rigida. Negli ulteriori procedimenti su previa intesa la *littera legis* è poi ancor più sfumata: nel divorzio su domanda congiunta la norma si limita a precisare che il tribunale provvede con sentenza "sentiti i coniugi" (art. 4, comma 16, l. div.), per i procedimenti di revisione (non importa se congiunti o conflittuali) l'art. 9 si limita a prevedere che il tribunale provveda con le forme dei procedimenti camerati, e analogo regime è sostanzialmente stabilito per i procedimenti relativi ai figli di genitori non uniti in matrimonio.

(11) Sui principi che regolano la disciplina della nullità degli atti nell'ordinamento processuale civile la letteratura è vastissima. Per una recente disamina e un compiuto riferimento ai numerosi saggi e contributi sul tema v. ad es. Besso, *sub art. 156 c.p.c.*, in Besso - Lupano, *Atti processuali*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, 686 ss.

(12) Sugli artt. 6 e 12, L. n. 162/2014 cfr. in generale Tommaseo, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. giur.*, 2015, 1141 ss.; Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in questa *Rivista*, 2015, 295 ss.; Buffone, *La riforma del processo civile 2014. Tutte le novità*, in *Il civilista*, Milano, 2014; Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 515 ss.; Danovi, *Il d.l. n. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in questa *Rivista*, 2014, 949 ss.; Id., *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in questa *Rivista*, 2014, 1141 ss.; Id., *Separazione e divorzio tramite negoziazione assistita da avvocati o innanzi all'ufficiale dello stato civile*, Appendice di aggiornamento al *Codice commentato di famiglia, minori e soggetti deboli*, a cura di Basini - Bonilini - Confortini, Torino, 2014; Id., *Mezzi stragiudiziali di separazione e divorzio*, in *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, III ed., Milano, 2015, 2522 ss.; Carratta, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, 1287 ss.; Id., *Procedure stragiudiziali per la separazione e il divorzio*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2016, 545 ss.; Ronco, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in *Giur. it.*, 2015, 1400 ss.; Caporusso, *sub art. 6, L. n. 162/2014*, in *AA.VV.*, *La*

Non è dunque il primo caso in cui i coniugi sono già stati di diritto esautorati da ogni necessaria forma di contatto con l'organo giudicante. In questa prospettiva la presenza dell'autorità giudiziaria rimane allora solo sullo sfondo, quale organo sempre deputato a un controllo finale (e dunque a compiti di verifica e controllo paragiurisdizionali (13)) sotto forma di omologazione o di recezione in una vera e propria sentenza dell'accordo di divorzio, ma evitando per il resto ogni contatto diretto con le parti.

Da questo punto di vista il modello così costruito parrebbe introdurre un'ulteriore forma alternativa di separazione o divorzio, in cui la presenza del giudice rimane, ma soltanto sullo sfondo. Una sorta di ADR *court-annexed* (14), in cui di fatto il perno della vicenda è incentrato sull'accordo raggiunto in via preventiva tra le parti e in cui quindi il ruolo dominante è interamente spostato sui difensori, con una sempre più marcata degiurisdizionalizzazione, nella misura in cui il significato e il compito dell'autorità giudiziaria finiscono per divenire sempre più meramente formali.

### Verso l'addio alla presenza delle parti nei procedimenti su intesa?

Secondo quanto abbiamo evidenziato, dunque, nei procedimenti della crisi familiare fondati su una precedente intesa (anche se purtroppo non per tutti, con un'incomprensibile differenziazione di trattamenti) la comparizione personale delle parti, *olim* obbligatoria, pur non essendo stata del tutto abbandonata, è divenuta *ex lege* facoltativa e sempre più agevolmente rinunciabile. Anzi, per quanto dovrebbe verosimilmente verificarsi nella prassi, la stessa finirà davvero per divenire del tutto eccezionale.

È stata dunque formalmente suggellata a livello anche normativo la netta distinzione funzionale e strutturale tra i procedimenti contenziosi e quelli *lato sensu* consensuali. Per i primi l'oralità e il contraddittorio non possono allo stato ancora essere considerate surrogabili da un generale e indiscriminato utilizzo delle forme telematiche scritte, e permangono nella gestione del procedimento ambiti in cui il potere giudiziale può esercitarsi anche al di fuori dei binari indicati dalle richieste delle parti; per i secondi, invece, l'impianto generale del procedimento è già strutturato su una previa intesa concordemente raggiunta dalle parti e il compito del giudice viene dunque nella sostanza ridotto a un'attività di solo vaglio e controllo, in cui le tradizionali dinamiche processuali ben possono essere sostituite da una rinuncia espressa alla presenza personale e al deposito di note scritte sostitutive che confermino la volontà di addivenire alla separazione o al divorzio ricalcando le condizioni concordate.

Chi scrive - come già precisato - non ha mancato di sottolineare come l'evoluzione intercorsa nel sistema a far tempo dall'entrata in vigore del codice ad oggi sia stata estremamente profonda e come la comparizione personale abbia visto stemperare il proprio significato originario sino a rivelarsi nell'attuale temperie culturale e sociale, se non un inutile orpello, quanto meno un incombente per il cui mantenimento non sussistono ineludibili necessità (15).

È per questi motivi che nella scia della prima e travolgente ondata dell'emergenza avevo salutato con favore la prassi emergenziale introdotta da alcuni protocolli giudiziari di rinunciare alla comparizione delle parti nei procedimenti su intesa, immaginando

nuova riforma del processo civile, a cura di Santangeli, Roma, 2015, 99 ss., 133 ss.; D'Alessandro, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, 1278 ss.; Id., *Negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio. Profili di interesse processualciviltistico*, in *Minorigiustizia*, 2015, 156 ss.; Nascosi, *La negoziazione assistita per la crisi coniugale: un nuovo sistema deflattivo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1383 ss.; Poliseno, *La procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 191 ss.; Parini, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 602 ss.; Loda - Sapi, *La negoziazione assistita nel diritto di famiglia*, in *Minorigiustizia* 2015, 13 ss.; Ruo (a cura di), *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio e procedura davanti all'ufficiale di stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2016; Calvigioni, *La l. n. 162/2014 nelle controverse interpretazioni dei giudici*, in questa *Rivista*, 2016, 523 ss.; Trinchi, *La negoziazione assistita nei procedimenti di famiglia*, in *Studium iuris*, 2016, 135 ss., 284 ss.; Masoni, *Negoziazione assistita in ambito familiare e problemi procedurali connessi*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 1390 ss.; Nencini, *La trascrizione della convenzione di negoziazione assistita*, in *Lo stato civile italiano*, 2016, 17 ss.

(13) L'interesse superiore del minore del resto categoria che nel nostro ordinamento vede una tutela non soltanto ad opera della giurisdizione contenziosa, ma anche di quella volontaria e finanche in sede amministrativa. Cfr. sul punto Poliseno, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 135 ss., spec. 155 ss.

(14) Il riferimento è a modelli quali quelli di common law, che prevedono vere e proprie forme di compartecipazione tra la giustizia ordinaria e quella arbitrale (i c.d. *court-annexed arbitration*). Su tale fenomeno v. ad es. Wood, *Court-Annexed Arbitration: The Wrong Cure*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1990, 1; Rolph, *Introducing Court-Annexed Arbitration. A Policymaker's Guide*, Rand, *The Institute for Civil Justice*, 1984. Per quanto riguarda il relativo fenomeno ma con riferimento alla mediazione v. invece Resnik, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 699 ss.; Wissler, *Court connected mediation in general civil cases: what we know from empirical research*, in *17 Ohio St. J. Disp. Res.*, 2002, 641 ss.

(15) Cfr. Danovi, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 230 ss.

che il processo civile, che rappresenta un viaggio e con questa metafora viene simbolicamente rappresentato (16), può restare tale anche senza necessità di materiali spostamenti.

Il perdurare dell'emergenza ci ha costretto a ripensare alle nostre abitudini e ai nostri stili di vita, dimenticando i viaggi e le trasferte "reali" e iniziando ad allenare la mente a diversi percorsi di coscienza e introspezione. A quello scopo avevo tra l'altro richiamato un bellissimo breve romanzo del XIX secolo di Xavier de Maistre, *Voyage autour de ma chambre* (17), a simbolico richiamo della valenza dei percorsi interiori quali perduranti stimoli alla vera libertà.

I mesi sono trascorsi, la battaglia non è purtroppo stata ancora conclusa, e il male non è ancora stato debellato. È dunque tempo che anche la giustizia inizi a rivedere i propri tradizionali schemi formali, ripensando al perdurante significato di incumbenti che tutto sommato possono oggi davvero rivelarsi superflui.

Ecco allora che se il Decreto Ristori non ha ancora sancito il definitivo addio della presenza personale delle parti nei procedimenti su intesa, lo stesso quantomeno ci induce a intravedere un percorso e una linea di fondo davanti a noi.

In questa prospettiva, in effetti, la rinuncia alla comparizione delle parti, derivata da un dato emergenziale fattuale postosi come *vis maior* (il dilagare dell'epidemia e la necessità di contingentare per quanto possibile gli spostamenti e i contatti sociali), giustificata da una normativa sempre emergenziale attecchita a *factum principis*, diventerà forse uno spunto di riflessione per riforme future di portata ancor più ampia e generale.

La presenza personale delle parti nei procedimenti fondati su una previa intesa tra le stesse pare dunque essersi incamminata sul viale del tramonto. Ma non si deve avere timore. Il tramonto non rappresenta mai una perdita definitiva e irreversibile, poiché al termine della notte spunta comunque sempre la luce di un nuovo giorno.

(16) Cfr. Danovi, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, XV. L'etimo stesso del termine processo sottolinea la componente del "procedere", ovvero il suo essere una concatenazione di atti e momenti successivi, continuati e coordinati, diretti all'emanazione della sentenza o comunque del provvedimento finale del giudice (in questo senso, per tutti, v. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VIII ed., Milano, 2012, 37).

(17) de Maistre, *Voyage autour de ma chambre*, Torino, 1794. Tra le edizioni italiane v. ad es. de Maistre, *Viaggio intorno alla mia camera*, Milano, 1997. È un'avventura reale e onirica a un tempo, in cui l'autore in seguito a un duello viene sottoposto a "confinamento" (utilizziamo volutamente il termine) a casa (una sorta di arresti domiciliari) per un periodo di quarantadue giorni (anche qui, ironia della sorte, l'ormai familiare "quarantena").



**Laura**, Avvocato Civilista



## PUNTARE DRITTO ALL'OBIETTIVO

Per avere successo servono capacità di analisi e visione d'insieme.

**One LEGALE nasce per questo.**

La nuova soluzione digitale di Wolters Kluwer, grazie alla completezza delle fonti, a interpretazioni autorevoli e a sistemi di ricerca evoluti, consente di individuare subito tutto ciò che serve.

Perché avere tutti gli strumenti per puntare dritto all'obiettivo fa grande la differenza.

Scopri di più su [one.it/legale](https://one.it/legale)

# One|LEGALE FA GRANDE LA DIFFERENZA

**INDICE DEGLI AUTORI****Emanuela Andreola**Il danno da mancato riconoscimento del figlio ..... **212****Antonella Batà**Osservatorio di giurisprudenza civile ..... **225****Gabriele Civello**Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **229****Filippo Danovi**Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione ..... **178**Addio alla presenza delle parti nelle separazioni consensuali e nei divorzi congiunti? (Note sul d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, c.d. decreto ristori) ..... **235****Antonio Donato**Principi di autonoma interpretazione del testamento e *heredis institutio ex re certa* ..... **189****Angela Mendola**Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno ..... **166****Roberta Nunin**Nozione di famiglia, affini e principio di eguaglianza ..... **158****INDICE CRONOLOGICO****Giurisprudenza****Corte Costituzionale**Corte Costituzionale 13 marzo 2020 (12 febbraio 2020), n. 54 ..... **153****Cassazione Civile**Cassazione Civile, sez. VI-2, 5 marzo 2020, n. 6125 ord. .... **187**Cassazione Civile, Sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410, ord. .... **175**Cassazione Civile 22 settembre 2020, n. 19824 .. **163**Cassazione Civile, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 25857 ..... **225**Cassazione Civile, Sez. VI, 19 novembre 2020, n. 26383, ord. .... **226****Cassazione penale**Cassazione Penale, Sez. V, 7 maggio 2020 (25 febbraio 2020), n. 14030 ..... **233**Cassazione Penale, Sez. V, 4 giugno 2020 (12 febbraio 2020), n. 16977 ..... **230**Cassazione Penale, Sez. II, 30 giugno 2020 (4 marzo 2020), n. 19545 ..... **231**Cassazione Penale, Sez. V, 23 luglio 2020 (30 giugno 2020), n. 22043 ..... **229**Cassazione Penale, Sez. VI, 30 luglio 2020 (10 luglio 2020), n. 23375 ..... **229**Cassazione Penale, Sez. III, 13 ottobre 2020 (10 settembre 2020), n. 28454 ..... **233**Cassazione Penale, Sez. VI, 16 ottobre 2020 (30 settembre 2020), n. 28774 ..... **232**Cassazione Penale, Sez. VI, 23 ottobre 2020 (18 settembre 2020), n. 29542 ..... **231****Tribunale**Tribunale di Modena, Sez. I civ., 22 aprile 2020 ... **208**Tribunale di Brescia 16 maggio 2020, n. 917 ..... **226**Tribunale di Vicenza 6 ottobre 2020, n. 86 ..... **227**Tribunale di Modena 13 ottobre 2020 (data udienza) **227****INDICE ANALITICO****Anonimato materno**Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno (*Cassazione Civile 22 settembre 2020, n. 19824*) di *Angela Mendola* ... **163****Atti persecutori**Rapporti tra atti persecutori e disturbo o molestie alle persone (*Cassazione Penale, Sez. VI, 30 luglio 2020 (10 luglio 2020), n. 23375*) Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **229**Rapporti tra atti persecutori e violazione di domicilio (*Cassazione Penale, Sez. V, 23 luglio 2020 (30 giugno 2020), n. 22043*) Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **229**Atti persecutori e competenza per territorio (*Cassazione Penale, Sez. V, 4 giugno 2020 (12 febbraio 2020), n. 16977*) Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **230****Emergenza Covid-19**Addio alla presenza delle parti nelle separazioni consensuali e nei divorzi congiunti? (Note sul D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, c.d. Decreto Ristori) di *Filippo Danovi* ..... **235****Famiglia**Nozione di famiglia, affini e principio di eguaglianza (*Corte Costituzionale 13 marzo 2020 (12 febbraio 2020), n. 54*) di *Roberta Nunin* ..... **153****Maltrattamenti contro familiari e conviventi**Accertamento del reato nei casi di condotta di lunga durata (*Cassazione Penale, Sez. VI, 23 ottobre 2020 (18 settembre 2020), n. 29542*) Osservatorio di giurisprudenza penale ..... **231**

# Indice

## Famiglia e diritto

Rapporti tra maltrattamenti e violenza privata ( <i>Cassazione Penale, Sez. II, 30 giugno 2020 (4 marzo 2020), n. 19545</i> ) Osservatorio di giurisprudenza penale .....	<b>231</b>	Affidamento dei figli ( <i>Tribunale di Brescia 16 maggio 2020, n. 917</i> ) Osservatorio di giurisprudenza civile .....	<b>226</b>
Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice casa coniugale e condotte riparatorie ( <i>Cassazione Penale, Sez. V, 7 maggio 2020 (25 febbraio 2020), n. 14030</i> ) Osservatorio di giurisprudenza penale .....	<b>233</b>	Giurisdizione ( <i>Tribunale di Modena 13 ottobre 2020 (data udienza)</i> ) Osservatorio di giurisprudenza civile .....	<b>227</b>
<b>Mantenimento</b>		<b>Società</b>	
Azione revocatoria ( <i>Cassazione Civile, Sez. III, 16 novembre 2020, n. 25857</i> ) Osservatorio di giurisprudenza civile .....	<b>225</b>	Holding familiare ( <i>Tribunale di Vicenza 6 ottobre 2020, n. 86</i> ) Osservatorio di giurisprudenza civile .....	<b>227</b>
<b>Minori</b>		<b>Testamento</b>	
Il mancato ascolto del minore inficia nel merito la decisione ( <i>Cassazione Civile, Sez. I, 30 luglio 2020, n. 16410, ord.</i> ) di <i>Filippo Danovi</i> .....	<b>175</b>	Principi di autonoma interpretazione del testamento e <i>heredis institutio ex re certa</i> ( <i>Cassazione Civile, sez. VI-2, 5 marzo 2020, n. 6125 ord.</i> ) di <i>Antonio Donato</i> .....	<b>187</b>
<b>Responsabilità genitoriale</b>		<b>Violazione degli obblighi di assistenza familiare</b>	
Il danno da mancato riconoscimento del figlio ( <i>Tribunale di Modena, Sez. I civ., 22 aprile 2020</i> ) di <i>Emanuela Andreola</i> .....	<b>208</b>	Difficoltà economiche ed elemento soggettivo ( <i>Cassazione Penale, Sez. VI, 16 ottobre 2020 (30 settembre 2020), n. 28774</i> ) Osservatorio di giurisprudenza penale .....	<b>232</b>
<b>Separazione dei coniugi</b>		<b>Violenza sessuale</b>	
Risarcimento del danno ( <i>Cassazione Civile, Sez. VI, 19 novembre 2020, n. 26383, ord.</i> ) Osservatorio di giurisprudenza civile .....	<b>226</b>	Rapporti fra tentata violenza sessuale, adescamento di minori e reato di molestie ( <i>Cassazione Penale, Sez. III, 13 ottobre 2020 (10 settembre 2020), n. 28454</i> ) Osservatorio di giurisprudenza penale .....	<b>234</b>

# Famiglia e diritto

Mensile di legislazione, dottrina  
e giurisprudenza

## EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
via dei Missaglia n. 97  
Edificio B3 - 20142 Milano

## INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto

## DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

## REDAZIONE

Felicina Acquaviva, Ines Attorresi, Francesco Cantisani

## REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

## FOTOCOMPOSIZIONE

Integra Software Services Pvt. Ltd.

## STAMPA

L.E.G.O. S.p.A.  
viale dell'Industria, 2 36100 Vicenza

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze

## PUBBLICITÀ:



**Wolters Kluwer**

E-mail: [advertising-it@wolterskluwer.com](mailto:advertising-it@wolterskluwer.com)  
[www.wolterskluwer.it](http://www.wolterskluwer.it)  
via dei Missaglia n. 97  
Edificio B3 - 20142 Milano

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 469  
del 23 ottobre 1993

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in  
abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27  
febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano  
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa  
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991  
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, scrivere o telefonare a:

**IPSOA Redazione**  
Casella Postale 12055 - 20120 Milano  
telefono 02 82476.374  
e-mail: [redazione.famigliaediritto.ipsosa@wolterskluwer.com](mailto:redazione.famigliaediritto.ipsosa@wolterskluwer.com)

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

**Wolters Kluwer Italia Servizio Clienti**  
telefono 02 824761 – telefax 02 82476.799  
e-mail: [servizioclienti@wolterskluwer.com](mailto:servizioclienti@wolterskluwer.com)

## ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a:

Wolters Kluwer Italia S.r.l. via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano, entro 60 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo: [www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto](http://www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto) L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo [www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto](http://www.edicolaprofessionale.com/famigliaediritto)

## ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 250,00  
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 225 + Iva 4%

## ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 500,00  
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione:  
€ 225,00

**MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI** - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer ([wolterskluwer.it/rete-di-vendita](http://wolterskluwer.it/rete-di-vendita)) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano o via fax al n. 02-82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761.

Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

## MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul c.p.p. n. 583203 intestato a VKI S.r.l. Gestione incassi - via dei Missaglia n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano  
*oppure*

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento.

Prezzo copia: € 33,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

## DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

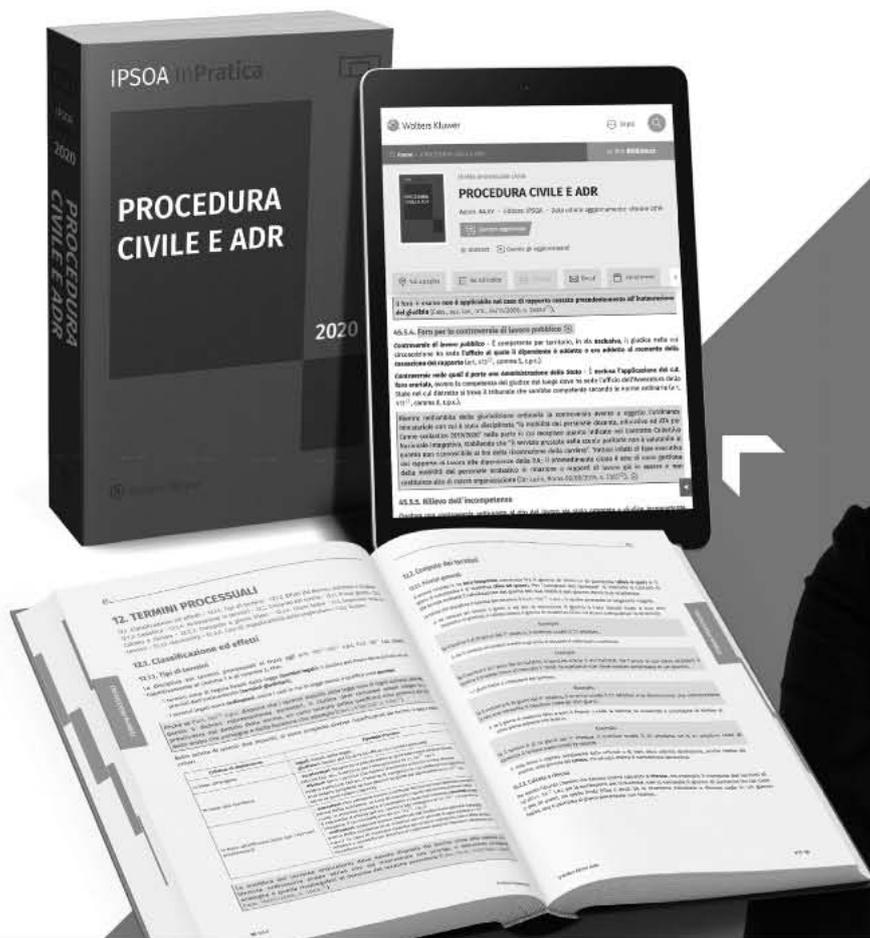
Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M.29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,  
**ai sensi dell'art. 13 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016**, "relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)". La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati e custoditi su database elettronici situati nel territorio nazionale e di Paesi appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE), o paesi terzi che garantiscono un adeguato livello di protezione dei dati. Wolters Kluwer Italia S.r.l., in qualità di Titolare del trattamento, utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica potrebbero essere anche utilizzati ai fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli della presente vendita. Lei ha il diritto di chiedere a Wolters Kluwer Italia S.r.l. l'accesso ai dati personali che La riguardano, nonché la rettifica, la cancellazione per violazione di legge, la limitazione o l'opposizione al loro trattamento ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali. Lei ha, inoltre, il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca, nonché di proporre reclamo all'Autorità Garante per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 77 del Regolamento UE 679/2016.

L'elenco aggiornato dei responsabili e delle persone autorizzate al trattamento è consultabile presso la sede di Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Via dei Missaglia, n. 97, Edificio B3 - 20142 Milano (MI).

# IPSOA InPratica

RISPOSTE CHIARE, AUTOREVOLI E SEMPRE AGGIORNATE



## PROCEDURA CIVILE E ADR 2020

Tutto quello che c'è da sapere su:

- gli istituti del processo civile
- gli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie
- gli atti, i termini e gli adempimenti per ciascuna fase processuale
- il processo telematico
- i profili internazionali

Aggiornato con le ultime novità su processo civile telematico, compensi professionali e processo esecutivo.

[info.wolterskluwer.it/IPSOAInPratica](http://info.wolterskluwer.it/IPSOAInPratica)

L'originale metodo editoriale Wolters Kluwer che ti supporta concretamente nell'attività di ogni giorno:

- Contenuti d'autore
- Impostazione pratica con indici, casi, esempi e tabelle
- Grafica che orienta nella lettura e porta alla soluzione
- "Sempre Aggiornato" con la versione digitale
- Integrazione con "One", la nuova soluzione per il professionista

GIÀ SCELTO DA MIGLIAIA DI PROFESSIONISTI

TU COSA ASPETTI?

 Wolters Kluwer

# MANUALE DI DIRITTO DI FAMIGLIA

di Michele Sesta

€ 35

Cod. 00250202

Famiglia, famiglie: muovendo dalla complessità delle odierne relazioni familiari, la nona edizione del Manuale di diritto di famiglia di Michele Sesta, docente e avvocato, ne ricostruisce la disciplina giuridica dettata da molteplici fonti nazionali e internazionali.

Oltre alla **aggiornata trattazione della famiglia matrimoniale** e del **rapporto genitori-figli**, il volume offre particolari approfondimenti sulle **nuove famiglie**, anche con riferimento alle **coppie dello stesso sesso** e alle connesse questioni relative alle **tecniche di p.m.a.** e all'**adozione**.

Il Manuale, pensato per i corsi universitari, si conferma utile strumento anche per la preparazione dei concorsi e per la formazione di **avvocati**, **mediatori** e **consulenti familiari**.



Y94H1CL

ACQUISTALO SUBITO

 on line su [shop.wki.it](http://shop.wki.it)

 Nelle migliori librerie

 Wolters Kluwer

When you have to be right

# In punto di diritto.



Wolters Kluwer e CEDAM presentano

## Breviaria Iuris 3.0

L'essenza del diritto, commentato dall'eccellenza dei giuristi italiani, ora in digitale e aggiornato quando davvero serve.

Scopri di più su [info.wolterskluwer.it/breviaria-iuris](http://info.wolterskluwer.it/breviaria-iuris)



Y43H1CL



Wolters Kluwer  
When you have to be right

CEDAM

L'estratto che stai consultando  
fa parte del volume in vendita  
su **ShopWKI**,  
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

**UTET**<sup>®</sup>  
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX