

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

...I Accertamenti tecnici stragiudiziali e diritto alla prova. La fattispecie dell'art. 10 L. 23 maggio 1950 n. 253 ("Disposizioni per le locazioni e sublocazioni di immobili urbani") e una sentenza "storica" della Corte costituzionale.

Disponeva l'art. 10 [prevedendo due casi di cessazione della proroga caratterizzati dalla necessità del locatore di ottenere la disponibilità dell'immobile locato per esigenze edilizie]:

"Il locatore può far cessare la proroga dandone avviso al conduttore almeno quattro mesi prima della data in cui intende conseguire la disponibilità dell'immobile, [anche] nei seguenti casi:

1° quando l'immobile locato sia compreso in un edificio gravemente danneggiato che debba essere ricostruito o del quale debba di urgenza essere assicurata la stabilità, e la permanenza del conduttore impedisca di compiere gli indispensabili lavori. L'accertamento delle condizioni tecniche sopra indicate e della necessità dello sgombero dell'immobile locato per eseguire i lavori è demandata al Genio civile, sentite le parti;

2° quando il proprietario intenda demolire o trasformare notevolmente l'immobile locato per eseguire nuove costruzioni di numero almeno doppio di vani, o, trattandosi di appartamento sito all'ultimo piano, quando intenda eseguire sopraelevazioni a norma di legge, e per eseguirle sia indispensabile per ragioni tecniche lo sgombero dell'appartamento stesso. L'accertamento di tale indispensabilità è demandato al Genio civile che, sentite le parti, potrà anche valutare la possibilità di uno sgombero temporaneo, parziale e graduale, senza allontanamento dell'inquilino.

Corte Costituzionale

SENTENZA — (7 dicembre) 22 dicembre 1961 n. 70 — Pres. Cappi —
Rel. Branca — Miraglia - Saccone - Pres. Consiglio Ministri (Avv.
Stato Varvesi).

RIEPIUNTO IN FATTO. — I. Nel corso di una causa di cessazione della proroga legale di una locazione, l'11 giugno 1960 il Pretore di Palermo rimetteva a questa Corte un'ordinanza con la quale sollevava la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 L. 23 maggio 1950 n. 253. Secondo l'ordinanza, che è stata annullata il 10 luglio 1960, tale norma, in quanto domanda al Genio civile, sentite le parti, l'accertamento delle condizioni tecniche che impongono lo sgombero dell'immobile, contrasterebbe con l'art. 24 Cost., ledendo il diritto del cittadino alla tutela giurisdizionale: essa infatti toglie al giudice il potere di scegliere il consulente tecnico, di guidarlo, controllarlo ed eventualmente sostituirlo; affida l'accertamento ad un organo amministrativo non sempre competente; sottrae al giudice il potere di disponibilità e di valutazione della prova; perciò limita e offende il diritto del cittadino ad avere giustizia.

È vero — prosegue l'ordinanza — che il giudice può procedere al controllo di legittimità dell'accertamento tecnico, rilevarne talora contraddizioni e incongruenze e chiedere all'ufficio informazioni e chiarimenti; ma l'ingiustizia deriva ugualmente dal fatto che il parere del Genio civile, pur essendo analogo a quello di un consulente tecnico, ha nel merito efficacia vincolante per il giudice: ingiustizia tanto maggiore in quanto esso si traduce in una dichiarazione sommaria e scheletrica, nella quale la formula tralattica «sentite le parti», a cui non corrisponde molto spesso una soddisfacente audizione di esse, dà solo la parvenza di garanzia processuale «ad un ibrido procedimento amministrativo con parentela giudiziale».

2. La Presidenza del Consiglio, a mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato, è intervenuta con deduzioni depositate il 5 agosto 1960.

L'Avvocatura dello Stato rileva innanzi tutto che l'accertamento del Genio civile non è un atto amministrativo e non differisce in sostanza dal parere che il giudice può chiedere a un consulente tecnico: esso è un atto istruttorio, sottoposto, come ha stabilito la Cassazione (sent. n. 2102 del 1959), al controllo del giudice, che ne deve esaminare la conformità alla legge, nonchè interpretare il contenuto, e può rilevarne errori di valutazione, contraddizioni o incongruenze, chiedere informazioni all'ufficio che l'ha emesso, ordinarne la rinnovazione.

Dato ciò Part. 10 l. 23 maggio 1950 n. 253 — a parere dell'Avvocatura dello Stato — non contrasta con Part. 24 Cost. che afferma l'uguale diritto dei cittadini di agire e difendersi in giudizio con le modalità regolate dalla legge comune secondo le caratteristiche speciali dei diversi procedimenti (Corte Cost., sent. n. 46 e 118 del 1957): la norma impugnata non fa che adeguare alle particolari esigenze del caso i modi di prova preordinati dal codice di rito; del resto non può tacersi che, da un lato, il codice stesso prevede possibili deroghe legislative al principio del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice (art. 116 c.p.c. e 2700, 2702, 2709, 2733, 2735, 2738 c.c.), mentre, dall'altro, l'accertamento del Genio civile non è del tutto vincolante per il giudice benchè questi non possa evitarlo.

* * *

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Benchè l'ordinanza di rinvio sembri riferirsi all'intero art. 10 della legge, l'impugnazione è evidentemente circoscritta da quelle parti dell'articolo in cui, ai fini della cessazione della proroga, è demandato al Genio civile l'accertamento delle condizioni dell'immobile e della necessità dello sgombero, cioè al n. 1, seconda parte, e al n. 2, seconda parte.

Queste norme sono state oggetto d'una interpretazione che, oramai consolidata in giurisprudenza, è accolta dalla quasi unanimità della dottrina: si è ritenuto e si ritiene che l'accertamento del Genio civile vincoli il giudice nel merito e che questi abbia su di esso press'a poco un controllo di legittimità: può rilevare violazioni di leggi, contraddizioni o palesi incongruenze, nonchè patenti errori di valutazione, chie-

dere chiarimenti e persino disporre la rinnovazione totale dell'atto, ma non può nominare un diverso consulente né ricavare da altre fonti il suo convincimento.

Se questa è la portata delle norme, e non v'è ragione di dubitarne, la Corte Costituzionale ritiene che esse contrastino con l'art. 24, commi 1 e 2, Cost. Infatti la singolarità del procedimento, che esse impongono, non garantisce compiutamente quel diritto alla difesa a cui si ispira tale articolo.

2. Già è sintomatico che l'accertamento, così come è deferito al Genio civile dal cit. art. 10, n. 1 e 2, si svolga in modo tanto abnorme: la libertà d'apprezzamento del giudice è limitata in relazione ad un singolo rapporto sostanziale senza che dalla natura del rapporto si possa trarre un motivo plausibile della particolarità di tale disciplina.

La tutela processuale dei diritti delle parti ne apparisce, per ciò solo, seriamente compromessa se è vero che l'esistenza d'un diritto implicito, in virtù dell'art. 24 Cost., la possibilità di farlo valere dinanzi all'autorità giudiziaria coi mezzi offerti in generale dall'ordinamento giuridico: possibilità che le norme impugnate comprimono sensibilmente poiché esse limitano la libertà d'apprezzamento del giudice proprio sul punto principale della controversia: dimodochè, su questo punto, almeno nella sostanza, la decisione della causa finisce per essere sottratta al giudice ordinario, dipendendo dal giudizio d'un organo amministrativo.

3. L'accertamento del Genio civile, pur essendo atto istruttorio, tuttavia è opera d'un ufficio amministrativo, e si compie, per di più, in occasione d'una lite in cui si contende non su interessi legittimi, ma su diritti soggettivi. La conseguenza è che, siccome la cessazione della proroga dipende soltanto da tale atto che non può essere sindacato nel merito, il diritto soggettivo alla fine ha una difesa, nella sua intensità, effettivamente incompleta: l'atto del Genio civile, benchè costituisca una tappa del processo, è disciplinato come un qualunque provvedimento amministrativo quasi che il locatore e il locatario avessero non un diritto-onere, ma piuttosto un interesse legittimo, alla prova. Il che non rappresenta solo una chiara anomalia, ma importa fatalmente un difetto di tutela in rapporto agli art. 24 e 3 Cost.: infatti con ciò si impedisce all'interessato di avvalersi degli strumenti di prova garantiti in generale a chi è parte in un giudizio.

4. Infine tra i motivi che inducono a dichiarare l'illegittimità delle norme impugnate, sta anche questo, che esse non assicurano affatto il contraddittorio. In realtà l'ufficio del Genio civile deve sentire le parti, ma può farlo e lo fa separatamente per ciascuna nè le loro dichiarazioni sono verbalizzate o portate a conoscenza del giudicante; anche se si instaurasse avanti al Genio civile un vero e proprio contraddittorio (il che, a dire il vero, non avviene), resterebbe sempre il fatto che il giudice ne è estraneo: tanto più in quanto l'accertamento del Genio civile molto spesso è concluso, e la legge lo consente, quando ancora non si è promossa l'azione giudiziale; aperto, prima o dopo, il processo, di-

-4-

Decisioni della Corte

nanzi al magistrato le parti potranno difendersi su tutto fuorchè sul punto decisivo della causa: potranno cioè rilevare contraddizioni od errori manifesti dell'atto in cui s'è concluso l'accertamento, ma non sono ammessi a discutere direttamente sulla realtà della situazione da accertare: insomma, su di essa, non partecipano attivamente ed in mutuo contraddittorio allo svolgimento essenziale del processo. Le norme impugnate contrastano perciò con l'art. 24, comma 2, Cost. poichè il diritto alla difesa è compromesso allorchè il contraddittorio non sia assicurato e sussistano ostacoli processuali a far valere le ragioni delle parti (sent. 8 marzo 1957 n. 46 di questa Corte).

5. In conclusione, la seconda parte dell'art. 10 n. 1, dato che si limita a demandare al Genio civile l'accertamento della situazione a cui si riferisce la prima parte della stessa norma, è totalmente illegittima. Non ne consegue con ciò un vuoto legislativo poichè l'accertamento sarà fatto dal giudice secondo le leggi e con nomina eventuale d'un consulente.

A sua volta la seconda parte dell'art. 10 n. 2, oltrechè demandate al Genio civile l'accertamento della necessità dello sgombero, gli consente di valutare la possibilità dello soggio temporaneo senza allontanamento dell'inquilino. Essa è illegittima solo in quanto attribuisce tale competenza al Genio civile. Perciò, caduta la norma, l'accertamento non solo sulla necessità dello sgombero, ma anche sulla possibilità d'uno soggio temporaneo, sarà fatto dal giudice coi mezzi che la legislazione vigente gli offre.

P. Q. M. LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale, in riferimento all'art. 24 Cost., dell'art. 10, n. 1 e 23 maggio 1950 n. 258, nella parte in cui esso demanda al Genio civile l'accertamento delle condizioni tecniche e della necessità dello sgombero dell'immobile, e dell'art. 10 n. 2 stessa legge in quanto l'accertamento della indispensabilità dello sgombero e della possibilità d'uno sgombero temporaneo è demandato al Genio civile.

Le norme degli artt. 246 e 247 c.p.c.

al vaglio della Corte Costituzionale.

Problemi di legittimità costituzionale dei cd. limiti relativi sono stati prospettati innanzitutto in riferimento alle fattispecie disciplinate dall'art. 246 c.p.c. (*Incapacità a testimoniare*) e dall'art. 247 c.p.c. (*Divieto di testimoniare*).

Ricordiamo che a tenore della prima norma "non possono essere assunte come testimoni le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio", mentre la seconda disposizione esclude che possa deporre "il coniuge ancorché separato, i parenti o affini in linea retta e coloro/che sono legati a una delle parti da vincoli di affiliazione, salvo che la causa verta su questioni di Stato, di separazione personale o relative a rapporti di famiglia.

PRETURA DI PORTOFERRAIO — 11 ottobre 1973 — (Ordinanza) —
Giud. Della Valle — Ciacci c. Capuano (R.O. n. 33, 1974; G.U. n. 69, 1974).

Prove - Prova testimoniale civile - Incapacità a testimoniare e divieto di testimoniare - Artt. 246 e 247 c.p.c. - Preteso contrasto con artt. 3 e 24 Cost. - Questione incidentale di legittimità costituzionale.
(Cost., artt. 3 e 24; cod. proc. civ., artt. 246 e 247)

Non è manifestamente infondata — in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost. — la questione di legittimità costituzionale degli artt. 246 e 247 c.p.c. (1).

RILEVATO IN FATTO. — Che l'attore ebbe a chiedere di provare le modalità del sinistro stradale per il quale è causa indicando come testimoni, tra gli altri, la figlia Ciacci Corinna, trasportata nella sua autovettura, e la signora Olga Katzemberger, rimasta ferita nell'incidente;

che con ordinanza del 24 novembre 1972 questo Pretore, a seguito di opposizione del convenuto, escluse le suddette testimoni perché incapaci di testimoniare rispettivamente in forza dell'art. 247 e dell'art. 246 c.p.c.;

che nella comparsa conclusionale l'attore ha sollevato questione di incostituzionalità delle succitate norme perché in contrasto con gli artt. 3, comma 1 e 24 Cost.

Ritenuto che la questione è rilevante ai fini del presente giudizio per gli effetti che potrebbero derivare sul piano probatorio dall'assunzione delle due testimoni osserva in diritto:

Il divieto di testimoniare per il coniuge, i parenti o affini in linea retta e coloro che sono legati ad una delle parti da vincoli di affiliazione, sancito dall'art. 247 c.p.c., limita sostanzialmente, sino talvolta ad eliminarla, la possibilità di dimostrare i fatti addotti a sostegno della domanda o delle eccezioni e quindi di agire in giudizio per la tutela del proprio diritto. Nel contempo esso crea una discriminazione tra quei cittadini che, per avere conoscenza di

(1) Cfr. la recente sentenza n. 248 del 1974.

un fatto processualmente rilevante, possono essere chiamati ad esercitare il diritto-dovere di renderne testimonianza. Tali effetti, che appaiono contrastanti con quanto disposto dagli artt. 24 e 3 Cost., non sembra invero che possano trovare giustificazione nella presunzione di parzialità che sta alla base del divieto di testimoniare.

Pare, infatti, contrastante con il principio del rispetto della dignità e della personalità morale dei cittadini, del quale è permeata la Costituzione, e con l'applicazione di esso contenuta nel comma 2 dell'art. 27 della Carta costituzionale stessa, il ritenere aprioristicamente inattendibili le testimonianze che potrebbero essere rese da determinate persone, presumendo quindi in sostanza la loro falsità.

Ciò che più fa dubitare della legittimità costituzionale del divieto contenuto nell'art. 247 c.p.c. è poi il fatto che esso non è operante per le cause relative a questioni di stato, separazione personale, rapporti di famiglia e non trova applicazione nel giudizio penale, dove è consentito di testimoniare sin al coniuge che alle altre persone indicate nella norma in esame.

Tale diversità non appare giustificata, tanto più che l'interesse pubblico e quelli privati coinvolti nel processo penale non sono inferiori a quelli in gioco nel giudizio civile e conferiscono un'importanza certamente non minore alla ricerca della verità attraverso le prove testimoniali.

Né, d'altronde, la differenza tra il processo penale e quello civile, per quanto attiene al divieto di testimoniare del coniuge e dei parenti o affini in linea retta, può giustificarsi con l'obbligo che il giudice ha in quest'ultimo di giudicare *iuxta allegata et probata*, perché ciò rende semmai più acuta la necessità di non limitare la facoltà delle parti di addurre prove testimoniali.

Deve poi rilevarsi l'incongruità del fatto che, mentre il danneggiato costituito parte civile nel processo penale può avvalersi della deposizione del coniuge e dei parenti od affini in linea retta, ciò gli è precluso qualora l'accertamento del suo diritto al risarcimento avvenga in un processo civile.

Le stesse argomentazioni valgono per il divieto posto dall'art. 246 c.p.c. Anche l'incapacità a testimoniare di chi ha un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio è basata, infatti, su una presunzione di parzialità che non appare giustificata per quanto sopra esposto, tanto che essa:

a) non trova applicazione nel processo penale dove possono essere ammessi a deporre, oltre la stessa parte civile, quanti avrebbero potuto costituirsi in giudizio per far valere una pretesa risarcitoria o potrebbero esercitare tale facoltà in un successivo giudizio;

b) prescinde dall'accertamento di un effettivo interesse a rendere una falsa testimonianza in rapporto alla pretesa che potrebbe eventualmente essere fatta valere in giudizio dal teste.

D'altronde non va trascurato che nei casi previsti dall'art. 233 e ss c.p.c. la risoluzione della causa è rimessa alle dichiarazioni rese sotto giuramento dalla parte stessa.

P. Q. M., ordina che la causa venga rimessa sul ruolo;
visti l'art. 134 Cost., l'art. 1 della l. 9 febbraio 1948 n. 1 e l'art. 23 della l. 11 marzo 1953 n. 87:

SENTENZA — (10 luglio) 23 luglio 1974 n. 248 — Pres. Bonifacio —
Rel. Gionfrida — Pavone — Vescovo — Pascazio e Poliseno (avv.
Luisi) — Semeraro — Chimenti — Casavola — Delfini — Ciacci —
Capuano.

RIEPIANTO IN FATTO. — 1. Nel corso di un giudizio civile vertente
tra Ulisse Ciacci e Franco Capuano,
il pretore di Portoferraio, con ordinanza 11 ottobre 1973, ha sollevato
dubbio di legittimità, per contrasto con gli artt. 24 e 3 Cost., oltre che
della norma dell'art. 247 innanzi citata, anche di quella del precedente
art. 246 c.p.c., secondo cui «non possono essere assunte come testimoni
le persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la
loro partecipazione al giudizio».

Anche tale ultima sancita incapacità a testimoniare sarebbe,
infatti, secondo il giudice a quo «basata su una presunzione di par-
zialità che non appare giustificata», in quanto, tra l'altro:

a) non trova applicazione nel processo penale dove possono essere
ammessi a deporre, oltre la stessa parte civile, quanti avrebbero potuto
costituirsi in giudizio per far valere una pretesa risarcitoria o potreb-
bero esercitare tale facoltà in un successivo giudizio;

b) prescinde dall'accertamento di un effettivo interesse a rendere
una falsa testimonianza in rapporto alla pretesa che potrebbe eventual-
mente essere fatta valere in giudizio dal teste.

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. La questione di legittimità costituzio-
nale dell'art. 247 c.p.c., secondo cui non possono deporre il coniuge
ancorché separato, i parenti o affini in linea retta e coloro che sono
legati a una delle parti da vincoli di affiliazione, salvo che la causa
verta su questioni di stato, di separazione personale, o relative a rap-
porti di famiglia, appare fondata, in quanto si risolve in una ingi-
ustificata compressione del diritto di azione e di quello di difesa ga-
rantiti dall'art. 24 Cost.

Questa Corte ha avuto più volte occasione di affermare che il potere
di agire in giudizio per la tutela del proprio diritto, così come il diritto
di difesa, deve, al pari di ogni altro diritto garantito dalla Costitu-
zione, essere regolato dalla legge ordinaria in modo da assicurarne la
effettività, e che — mentre non contrastano con la predetta norma
costituzionale le leggi che, circoscrivendo in modo più o meno ampio
la sfera delle situazioni sostanziali, si limitano a determinare l'oggetto
della garanzia giurisdizionale (v. sentenze n. 8 e n. 57 del 1962 e n. 138
del 1968), o quelle che comunque incidono sulla disponibilità della si-
tuazione sostanziale (sentenza n. 45 del 1963) — la garanzia della tu-
tela giurisdizionale viene compromessa, «se si nega o si limita alla
parte il potere processuale di rappresentare al giudice la realtà dei
fatti ad essa favorevoli, se le si nega o le si restringe il diritto di
esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà (sent. n. 53 del 1966).

È ben vero che l'esclusione o la limitazione della disponibilità di un
mezzo probatorio e in particolare del ricorso alla prova per testi sono

state dalla Corte ritenute costituzionalmente legittime, se giustificate dalla esigenza di «salvaguardia di altri diritti o altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento» (sent. del 1963 n. 45; del 1966 citata; del 1970 n. 112), ma ciò non può dirsi per il divieto, sancito dalla norma denunciata, di assumere come testi alcuni, più stretti, congiunti delle parti, salvo che nelle cause relative a determinati rapporti ivi indicati.

Il divieto non ha alcun riferimento all'oggetto specifico del giudizio, né alla rilevanza degli interessi in giuoco, ma, pur ammettendo in genere il mezzo della prova per testi, discrimina la capacità, o legittimazione, di questi secondo che siano o non siano in un dato rapporto personale con le parti.

Ricorre qui un giudizio preventivo, da parte del legislatore, di inattendibilità della deposizione testimoniale di chi è legato alla parte da stretto vincolo familiare.

A giustificare siffatto regime di aprioristica valutazione negativa di credibilità non basta addurre criteri di probabilità. Esso — come già rilevato dalla dottrina (e specialmente, fin dal secolo scorso, da quella francese, con riguardo alle limitazioni delle prove testimoniali dettate dagli artt. 268 e 283 del *code de procédure civile* del 1806) — reca l'impronta di antichi istituti del processo canonico e comune e in particolare del metodo di valutazione quantitativa dei testi; e non ha valida ragione d'essere nei moderni sistemi, che in conformità dell'evoluzione giuridica universale in tema di prove tendono in misura sempre più larga, pur con alcune limitazioni inerenti alle così dette prove legali, al principio del libero convincimento del giudice. È perciò che la maggior parte delle più moderne legislazioni straniere respingono il criterio di una aprioristica esclusione del valore probatorio della testimonianza di alcuni soggetti fondata soltanto su motivi di sospetto di non sincerità secondo indici di probabilità, affidandone invece la valutazione al prudente apprezzamento del giudice da compiersi *a posteriori*, caso per caso.

L'art. 247 del nostro c.p.c., non solo contrasta con siffatta evoluzione giuridica, ma viola, per quanto sopra si è detto, l'art. 24 Cost., limitando ingiustificatamente il diritto alla prova, che costituisce nucleo essenziale del diritto di azione e di difesa.

La norma va, pertanto, dichiarata illegittima, restando assorbito il profilo concernente il contrasto con l'art. 3 Cost.

2. Non fondata appare invece la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dal pretore di Portoferraio.

La norma non vieta l'assunzione come testi di coloro che abbiano un qualsiasi interesse, il quale possa indurre a far sospettare della loro sincerità, ma riguarda soltanto le persone «aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio». Essa ha quindi una portata e una *ratio* ben diverse da quelle che erano proprie della allegazione a sospetto già prevista dall'art. 237 c.p.c. del 1865

e della ricusabilità dei cosiddetti *témoins reprochables* elencati nell'art. 283 del codice francese del 1806 (ora soppresso dalla legge di riforma del 22 dicembre 1958), il quale vi comprendeva, tra gli altri, gli eredi presuntivi delle parti, i loro commensali, i dipendenti e domestici.

Il riferimento a un interesse tale da legittimare la partecipazione al giudizio dimostra, come rilevato (sia pure non senza contrasti) in dottrina, che il divieto dell'art. 246 è dettato in funzione del principio, proprio del nostro ordinamento processuale civile, di incompatibilità delle posizioni di teste e di parte nel giudizio.

Questa antitesi non è stata vista dal legislatore soltanto con riguardo a colui che sia già parte formale nel giudizio ovvero parte in senso sostanziale, cioè quella in nome della quale o contro la quale viene chiesta l'attuazione della legge, ma anche rispetto al titolare o contitolare della situazione giuridica dedotta in giudizio da altro soggetto, il quale ultimo sia legittimato a farla valere in nome proprio, e rispetto al titolare di una situazione giuridica dipendente, sotto il profilo sostanziale, da quella dedotta in giudizio.

Tali soggetti possono, secondo i casi, spiegare intervento in giudizio, o ai sensi del secondo capoverso dell'art. 111 c.p.c. (il quale, peraltro, non configura un intervento di terzo in senso proprio) o sotto forma di intervento litisconsortile (come nella ipotesi di pluralità di legittimati di cui si trovano esempi nell'art. 117 e nell'art. 2377, c.p.v., c.c., rispettivamente in tema di annullamento di matrimonio e di impugnazione di deliberazioni assembleari delle società) o adesivo autonomo (come è quello del concreditore solidale), ovvero, infine, sotto forma di intervento adesivo dipendente, di cui al capoverso dell'art. 105 c.p.c. (intervento del subconduttore, del fideiussore, dell'obbligato in via di regresso, ecc.).

Anche se chi versa in una delle predette situazioni sostanziali non intervenga in giudizio, il legislatore lo ha, ai fini della capacità di testimoniare, assimilato alla parte. E ciò non può dirsi irrazionale. Se l'intervento è avvenuto, la incapacità ad essere successivamente escusato come teste discende dalla qualità di parte che assume l'interventore, mentre, nella ipotesi di intervento posteriore alla testimonianza, questa perderebbe il suo valore probatorio, anche se non esistesse la norma dell'art. 246 c.p.c. Questa appare quindi dettata con riguardo alla prospettiva di chi si mantenga estraneo al giudizio, e ciò nonostante, per la particolare situazione giuridica che a lui fa capo, è in condizione, secondo le regole di diritto sostanziale, di potere poi invocare a proprio favore l'efficacia diretta o riflessa del giudicato, formatosi col contributo della propria testimonianza.

La Corte non intende con ciò far propria l'interpretazione restrittiva dell'art. 246 sostenuta da una parte della dottrina, la quale ne limita l'applicabilità all'intervento adesivo dipendente.

Prendendosi atto dell'orientamento giurisprudenziale, che è nel senso di una larga interpretazione, comprensiva di qualsiasi forma di possibilità di intervento, basta considerare che, rispetto all'ipotesi di chi

potrebbe spiegare intervento principale per far valere un diritto nei confronti di tutte le parti, appare pertinente l'osservazione mossa in dottrina che in fatto nessuna delle parti avrà interesse ad addurlo come teste; e, per quanto attiene all'intervento adesivo dipendente, pur discutendosi, in qualche caso, se il giudicato spieghi efficacia nei confronti di chi non è intervenuto, trattasi comunque di casi marginali e trascurabili nella valutazione della legittimità costituzionale della norma denunciata.

Questa, essendo fondata sulla efficacia estensiva del giudicato, quanto meno *in utilibus* rispetto alle persone che dichiara incapaci di testimoniare, s'inquadra, per una razionale assimilazione di esse alle parti, nello stesso principio vigente nel nostro ordinamento processuale civile che esclude la testimonianza delle parti in causa.

Non sussiste perciò il contrasto con l'art. 24 Cost., così come ad esempio non viola tale disposizione la disciplina per cui uno dei litisconsorti, pur potendosi giovare per la difesa del proprio diritto dell'apporto delle argomentazioni e difese degli altri, non può pretendere di farli escutere come testi, per attribuire alle loro dichiarazioni il valore delle deposizioni testimoniali.

Né la questione può dirsi fondata, in riferimento all'art. 3 Cost., per le differenze prospettate nell'ordinanza rispetto al processo penale, in cui l'offeso dal reato, anche se costituito parte civile, può essere chiamato a deporre come testimone, perché la diversità di trattamento è in funzione della diversa rilevanza degli interessi che sono in giuoco nel processo penale.

P. Q. M. LA CORTE COSTITUZIONALE

*Dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 247 c.p.c.;
dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c. sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., dal pretore di Portoferraio, con l'ordinanza 11 ottobre 1973.*

Pubblicazione in Gazzetta Ufficiale

CORTE DI CASSAZIONE; Sezione I civile; sentenza 11 dicembre 1980, n. 6400; Pres. MARCHETTI, Est. SANTOSUOSSO, P.M. CANTAGALLI (concl. diff.); Pettinari (Avv. E. BOSCHI) c. Trovaioli (Avv. DI GIACOMO, CLEMENTI). Cassa App. Roma 15 maggio 1978.

Filiazione — Filiazione naturale — Dichiarazione giudiziale di paternità — Mezzi di prova — Prove tecnico-scientifiche — Ammissibilità — Fattispecie (Cod. civ., art. 269).

La Corte, ecc. — *Svolgimento del processo.* — Mirella Pettinari, esercente la patria potestà sul figlio minore Maurizio, otteneva il 14 ottobre 1968 il decreto di ammissibilità dell'azione per far dichiarare giudizialmente che Armando Trovaioli è il padre naturale del predetto minore. A seguito dell'esercizio di detta azione, il convenuto si costituiva contestando che tra lui e la Pettinari fosse intercorsa una vera e propria relazione *more uxorio*; eccepiva che, comunque, nel periodo del presunto concepimento (dicembre 1959), mentre egli aveva cambiato allog-

(1) In senso contrario alla prima parte della massima è la costante giurisprudenza in tema di prova ematologica. Per esplicite affermazioni in tal senso v. Cass. 11 marzo 1976, n. 852, *Foro it.*, 1976, I, 951 (in motivazione), annotata da A. FINOCCHIARO, in *Giust. civ.*, 1976, I, 1469; 22 giugno 1974, n. 1895, *Foro it.*, Rep. 1974, voce *Filiazione*, n. 18; App. Lecce 7 maggio 1965, *id.*, Rep. 1966, voce *cit.*, n. 62; Trib. Venezia 11 maggio 1965, *id.*, Rep. 1968, voce *cit.*, n. 40; Trib. La Spezia-20 settembre 1961, *id.*, Rep. 1961, voce *cit.*, n. 25; Cass. 6 maggio 1959, n. 1344, *id.*, 1959, I, 1119, con nota di richiami Analogo orientamento era stato espresso sulla prova cosiddetta genetica in senso stretto, diretta cioè ad acquisire elementi di giudizio dalla comparazione di alcune caratteristiche bio-antropologiche: Cass. n. 852/1976, *cit.*; 31 gennaio 1968, n. 317, *id.*, Rep. 1968, voce *cit.*, n. 36; n. 1344/1959, *cit.* e per la giurisprudenza francese Trib. grande istanza Senna 14 dicembre 1964, *id.*, 1965, IV, 166, con nota di richiami anche della giurisprudenza nazionale.

Una posizione particolare deve riconoscersi a Trib. Perugia 7 novembre 1978, *id.*, 1978, I, 2330, con osservazioni di A. LENER, la quale in un'ipotesi in cui erano state contestualmente proposte domande di disconoscimento di paternità e di dichiarazione giudiziale di paternità, dispose consulenza tecnica immunoematologica non solo riguardo alla madre, al figlio e al padre legale di cui si voleva escludere la paternità, ma anche nei confronti del preteso padre naturale e aveva utilizzato la comparazione tra tutti i dati raccolti per giungere alla esclusione della paternità legale e per ritenere ammissibile una più approfondita indagine istruttoria sull'accertamento della paternità naturale di colui che nella consulenza tecnica era indicato come il maggiore indiziato.

Esplicitamente per la possibilità di desumere argomenti di prova dal rifiuto a sottoporsi al prelievo necessario per l'esame immunoematologico v. Cass. 27 luglio 1965, n. 1785, *id.*, 1965, I, 1871, con osservazioni di R. ZACCARIA.

In dottrina in senso conforme alla massima che si riporta: G. Rossi, *La ricerca della paternità*, Vicenza, 1978 (sugli aspetti medico-legali, pag. 34-223); COMPORTI-MARTINI, *Le prove del sangue e quelle genetiche dopo la riforma della filiazione legittima e naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 367; BENCIOLETTI-CORTIVO, *L'indagine biologica nella ricerca della paternità; prospettive di applicazione nel nuovo diritto di famiglia*, *ibid.*, 388; A. e M. FINOCCHIARO, *La riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975, II, 1, 65; GERIN, *Medicina legale e delle assicurazioni*, Roma, 1977, II, 503-522, 616-626 e *Appendice di aggiornamento*, 197-204.

In senso contrario, da ultimo: TRABUCCHI, *Presupposti e prove biologiche del rapporto di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, 404.

Sulla possibilità di disporre prove tecnico-scientifiche anche nella fase pregiudiziale di cui all'art. 274 cod. civ., in giurisprudenza v. Cass. 26 luglio 1978, n. 3752, *Foro it.*, Rep. 1979, voce *cit.*, n. 56, e in dottrina, COMPORTI-MARTINI, *op. cit.*, 382; contrario è invece TRABUCCHI, *op. cit.*, 408.

Contrari all'orientamento di giurisprudenza e dottrina che inquadrano la prova ematologica nel disposto dell'art. 118 cod. proc. civ., ritenendo trattarsi piuttosto di un esperimento giudiziario sono CARNELUTTI, *Prova del sangue*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 129; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 667.

Sulla seconda affermazione della massima, v., in senso conforme, Cass. 13 dicembre 1978, n. 5917, *Foro it.*, Rep. 1978, voce *cit.*, n. 73, secondo cui ove risultino incertezze istruttorie in ordine alla precisa collocazione temporale dei rapporti sessuali rispetto al periodo di concepimento non possono essere ritenute superflue le richieste di prove tecnico-scientifiche. Non possono invece ritenersi contrarie quelle decisioni che ritenendo le prove raccolte già sufficienti per accogliere la domanda giudiziale superflua la prova ematologica e genetica; in tal senso nel vigore del nuovo diritto di famiglia v. Cass. 14 gennaio 1980, n. 332 e 12 giugno 1980, n. 3741, *id.*, Mass., 66, 745; 15 novembre 1977, n. 4980, *id.*, Rep. 1978, voce *cit.*, n. 74; 17 ottobre 1977, n. 4424, *id.*, Rep. 1977, voce *cit.*, n. 50.

Sul carattere non eccezionale della prova ematologica alla stregua del nuovo diritto di famiglia v. Trib. Roma 27 settembre 1979, *id.*, 1980, I, 2027, con nota di richiami, cui *adde* Cass. 25 ottobre 1979, n. 5593, *id.*, Rep. 1979, voce *cit.*, n. 20.

gio; la Pettinari aveva intrattenuto rapporti intimi con altri uomini.

Il Tribunale di Roma, istruita la causa, respingeva la domanda. Tale conclusione veniva condivisa dai giudici di appello, ai quali il riesame della controversia era stato portato dal gravame della soccombente.

La corte di merito, pur considerando che il Trovaioli riconosceva di aver convissuto « saltuariamente » con la Pettinari e di averla presentata « come fidanzata », osservava che tali circostanze non erano decisive, poiché « nella consuetudine di vita in comune tra la Pettinari ed il Trovaioli è mancata, sia nei rapporti interni che nei rapporti esterni, la componente di una vera e propria comunione spirituale », dovendosi escludere che « l'ipotesi di una mera unione possa porre il rapporto in analogia rispetto alla convivenza matrimoniale ».

Soggiungeva la corte che « la dimostrazione che la Pettinari ha avuto, nel periodo in cui deve farsi risalire il concepimento, rapporti intimi con altri uomini serve a neutralizzare la presunzione di paternità conseguente alla pretesa notoria convivenza *more uxorio* del padre e della madre nel tempo compreso fra il centottantesimo ed il trecentesimo giorno anteriori alla nascita del figlio ».

Circa la rinnovata richiesta di espletamento di consulenza sui gruppi sanguigni e sui caratteri bio-antropologici, la corte d'appello confermando il diniego dei primi giudici osservava che « la cosiddetta prova ematologica consente solo di escludere con certezza la paternità qualora risulti l'incompatibilità tra i gruppi sanguigni del presunto padre e quelli del soggetto che si assume come figlio, mentre nel caso di compatibilità si può avere un mero giudizio di probabilità che lascia solo ipotizzare il rapporto di filiazione ». Pertanto, concludeva la corte, una volta che « numerose, concordi ed inequivocche circostanze portano a far seriamente dubitare della effettiva paternità del Trovaioli nei confronti del Pettinari Maurizio, non si vede quale apporto possa dare alla decisione della causa il risultato di prove ematologiche e genetiche che servono soltanto ad escludere la paternità ».

La soccombente propone ora ricorso per cassazione sulla base di un unico motivo, illustrato da memoria. Resiste il Trovaioli con controricorso.

Motivi della decisione. — Nell'unico mezzo di ricorso sono formulate una serie di censure: a) vizio logico della motivazione nell'escludere la prova (ematologica) in costanza di un dubbio; b) altro vizio consistente nel ritenere che le prove ematologiche servono solo ad escludere la paternità, laddove sarebbe ormai universalmente accertato che lo studio dei fattori genetici e l'analisi comparativa dei caratteri bio-antropologici (colore della pelle, dei capelli, colore e struttura dell'iride, taglio degli occhi, del naso, del mento, della bocca, impronta del palato, forma della testa, del padiglione auricolare, impronte digitali e palmari, test del P.T.C. e così via) conducono a probabilità di altissimo grado, in senso positivo e non soltanto negativo; c) la corte d'appello ha motivato solo sulla richiesta della prova ematologica e non anche su quella di accertamento dei caratteri bio-antropologici e comportamentali, pure avanzata dalla ricorrente; d) i giudici di merito sarebbero rimasti ancorati, nella loro motivazione, alla formulazione dell'art. 269 prevista prima della riforma del 1975, quando si contemplavano quattro casi per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, tra i quali quello della convivenza come coniugi nel tempo in cui risale il concepimento; mentre il nuovo testo della norma consente tale dichiarazione in tutti i casi in cui il riconoscimento è ammesso, e la relativa prova può essere data con ogni mezzo.

Nell'ampia memoria scritta e nell'odierna discussione orale la difesa della ricorrente ha particolarmente insistito, riferendo numerosi pareri scientifici, sulla considerazione che, in base ai vari sistemi di accertamento ed al calcolo biostatistico, si possono oggi raggiungere valori di probabilità del 99,7 % nell'affermazione positiva della paternità.

Le censure sopraesposte appaiono a questo collegio in gran parte fondate e comunque tali da condurre all'accoglimento del ricorso.

Va anzitutto rilevato che la parte della sentenza impugnata relativa all'esclusione nella specie di una vera e propria convivenza *more uxorio* può anche essere intesa come uno degli elementi normativi del convincimento del giudice, superandosi così il dubbio che essa sia ancorata alla normativa precedente alla riforma del 1975. È noto, infatti, che, nella vigente normativa, la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturale non è più limitata ai quattro casi tassativamente previsti dalla precedente formula dell'art. 269 cod. civ. (il primo dei quali era appunto quello della convivenza *more uxorio*), ma è consentita in

tutti i casi in cui il riconoscimento è ammesso, e quindi con le poche limitazioni stabilite negli attuali art. 250 e 251 cod. civile.

Questa latitudine normativa è poi rafforzata dalla disposizione del 2° comma dell'art. 269, secondo il quale la prova della paternità e della maternità può essere data « con ogni mezzo », in tal modo privilegiando la ricerca della verità biologica dei rapporti di discendenza e consentendo strumenti probatori anche complessi o in contrasto con altri elementi acquisiti agli atti.

La sentenza impugnata non ha accolto le richieste relative alla prova ematologica ed a quelle genetiche sia perché già risultavano provate circostanze che facevano « seriamente dubitare dell'effettiva paternità del Trovatioli », sia perché dette prove scientifiche « servono soltanto ad escludere la paternità ».

Tale orientamento riflette quello della giurisprudenza, anche di questa corte, secondo cui non è necessario ammettere la prova ematologica quando risultino già acquisite altre risultanze processuali, ed anche perché detta prova è rilevante solo « in negativo », e cioè per la non paternità.

Questo collegio ritiene possibile un superamento di detto indirizzo giurisprudenziale, alla luce dello stato attuale degli sviluppi scientifici in materia.

Va premesso, in linea generale, che il nostro ordinamento, con l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, non ricerca solo, come altri paesi, il soggetto o i soggetti che debbano provvedere economicamente alle esigenze del minore il cui genitore sia incerto, ma è inteso a stabilire un pieno rapporto interpersonale, con diritti e doveri, morali, giuridici e patrimoniali.

In ordine a tale prospettiva, era la stessa legge che limitava l'esercizio dell'azione a tassativi casi assistiti da forti presunzioni e ancor oggi ne condiziona la proposizione al risultato di una previa indagine su circostanze specifiche che la facciano apparire giustificata.

Questo più complesso sistema processuale — che, anche per la delicatezza della materia, è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (sent. n. 70 del 1965, *Foro it.*, 1965, I, 1369, e n. 140 del 1974, *id.*, 1974, I, 1545) — è stato perfezionato nell'ultimo decennio attraverso due interventi legislativi (legge 23 novembre 1971 n. 1047 e art. 111 della riforma n. 151 del 1975), i quali, pur non modificando la natura sommaria e provvisoria della preliminare indagine, ha voluto « sottolineare, anche per questa prima fase del giudizio, l'esigenza della specificità degli elementi di valutazione e la necessità di circostanze concrete e non di meri indizi che facciano apparire giustificata l'azione » (Cass. 3027/78, *id.*, Rep. 1978, voce *Filiazione*, n. 57), nonché « introdurre l'esigenza di una indispensabile correlazione fra le concrete circostanze enunciate e gli eventi assunti, in funzione di attendibilità della sostenuta responsabilità del concepimento della prole naturale » (Cass. 1942/79, *id.*, Rep. 1979, voce cit., n. 53).

Invero, al venire meno dell'elencazione tassativa delle ipotesi in cui l'azione era consentita ed alla illimitata ammissibilità dei mezzi di prova, deve corrispondere, ancor più in sede di cognizione piena dell'azione, l'opportunità di acquisire il maggior numero di dati possibili, specie di quelli che offrono un riscontro obiettivo, fermo restando che la loro attendibilità rimane sottoposta alla valutazione del giudice.

Sul piano scientifico è poi da rilevare che autorevoli studiosi, italiani e stranieri, hanno recentemente dimostrato che a una serie di indagini tecnico-scientifiche (sulla base genetica dei caratteri rilevabili con indagini ematologiche e immunogenetiche), svolte in un certo numero, in combinazione fra loro e dando a ciascuna il rispettivo valore ponderato, debba attribuirsi la possibilità di pervenire a risultati di elevato grado di probabilità, anche « in positivo », nel concorrere, cioè, a formare il convincimento di affermazione del rapporto biologico di paternità o di maternità; risultati che potranno raggiungere livelli di ancor maggiore attendibilità quando sarà realizzata una banca di dati anche nel nostro paese.

Queste probabilità probative (derivanti cioè da riscontri tecnico-obiettivi valutati nel loro insieme secondo i metodi offerti dalla scienza e che allo stato attuale possono ravvisarsi soprattutto nell'applicazione del teorema di Bajes), per quanto presenti ancora margini di errore e quindi non siano da sole sufficienti a fornire la certezza, sono indubbiamente utili a corroborare gli elementi extrascientifici previamente acquisiti attraverso prove testimoniali o documentali nel procedimento selettivo (specie tra fratelli e — ipotesi più grave — tra gemelli) del soggetto responsabile (probabilità *a priori*), in ordine alla conseguente formazione del convincimento definitivo (probabilità *a posteriori*). Ed è solo questa finale sintesi dei dati da parte del giudicante che resta l'operazione decisiva di tutto l'accertamento.

Le predette indagini tecniche, quindi, hanno dignità probatoria pari a quella di tutti gli altri elementi di giudizio; per cui la loro ammissibilità non può essere condizionata all'assoluta certezza, valutata *ex ante*, del loro risultato in concreto.

Tutti i dati acquisiti saranno poi valutati, singolarmente e complessivamente, nella loro pertinenza e fondatezza, dal giudice che dovrà indicare le fonti ed i motivi del suo convincimento, negativo o positivo, in ordine all'oggetto della domanda.

Né l'ammissibilità delle prove tecnico-scientifiche può essere esclusa per il solo fatto che i risultati già provata in causa *l'exceptio plurium concubentium*. Questa eccezione, che ha avuto una particolare rilevanza quando era necessario inficiare le presunzioni legali connesse agli specifici casi previsti dalla precedente formulazione dell'art. 269, può valere ancor oggi ad insinuare nel convincimento del giudice l'incertezza della derivazione biologica dal preteso padre; ma non fino al punto di impedire l'ammissibilità di altre prove, intesa ad individuare la persona, cui attribuire tale derivazione, fra quelle che hanno avuto nel periodo del concepimento rapporti intimi con la donna che ha dato alla luce il figlio.

Le stesse prove tecniche, infatti, possono dare utili risultati, sia nell'escludere con certezza il rapporto biologico rispetto ad alcuni degli uomini che hanno avuto i predetti rapporti, sia a fornire una tale differenza di dati per ciascuno di essi da far convergere univocamente tutte le probabilità verso uno degli indiziati.

Deve, infine, rilevarsi che l'ammissibilità delle predette prove tecnico-scientifiche va ovviamente coordinata alla loro compatibilità con i limiti previsti dalla legge per la disposizione del proprio corpo.

Alle indagini medesime ordinate dal giudice (con ipotesi che la legge già prevede nell'art. 118 cod. proc. civ. per le ispezioni personali) le parti sulle quali vanno effettuati i prelievi sono libere di sottrarsi, ma il giudice può dalle motivazioni del rifiuto desumere argomenti di prova, a norma dell'art. 116, 2° comma, codice di rito.

Ove si ritenga che da questa norma discenda una indiretta limitazione della libertà di determinazione, va considerato che nella previsione normativa concorrono i presupposti che, ai sensi dell'art. 13 Cost., legittimano ogni restrizione della libertà personale ossia l'espressa previsione legislativa ed il provvedimento motivato dal giudice.

Per questi motivi, ecc.

Handwritten notes:
 L'art. 116, 2° comma, codice di rito.
 L'art. 13 Cost.

PROVE GENETICHE: RIFIUTO EQUIVALE AD AMMISSIONE?

Cassazione civile, sez. I, 24 febbraio 1997, n. 1661 - Pres. Vessia - Rel. Felicetti - P.M. Carnevali (diff.)

Dichiarazione giudiziale di paternità naturale - Accertamenti tecnici biologici sulla paternità - Rifiuto ingiustificato - Prova - Ammissibilità

2.49734

Per il coordinato disposto dagli artt. 269, comma 2 c.c. e 116, comma 2 c.p.c. - il quale consente di trarre argomenti di prova dal comportamento processuale delle parti - il combinarsi delle dichiarazioni della madre con il rifiuto del preteso padre a sottoporsi agli accertamenti biologici sulla paternità, può assurgere, secondo le valutazioni del giudice di merito, a prova della paternità, tenuto anche conto che i progressi scientifici hanno reso tali accertamenti affidabili in misura vicina al cento per cento, per cui il sottrarsi agli stessi, in un contesto che lo faccia ritenere un espediente per ostacolare la dimostrazione della paternità, rende la valutazione anzidetta conforme a criteri logici.

... (Omissis) ...

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo si deduce la nullità della sentenza impugnata per violazione dell'art. 132, n. 4 c.p.c., per omesso esame analitico dei motivi d'appello proposti, essendosi il giudice d'appello limitato a riprodurre una motivazione analoga a quella della sentenza di primo grado.

Con il secondo motivo si deduce l'erroneità della motivazione per travisamento dei fatti, non essendo esatto che il M. avrebbe ammesso - come affermato nella sentenza - di avere incontrato la B., nel giorno del proprio onomastico ed in quello della Pasqua 1988.

Con il terzo motivo si deduce l'erronea applicazione degli artt. 2727 cod. civ. e 115, comma secondo, c.p.c., nonché il travisamento dei fatti, per avere la Corte d'Appello ritenuto superfluo accertare se dai registri dell'albergo dove secondo la B. erano avvenuti gli incontri risultassero le prescritte registrazioni, affermando che tali registrazioni vengono spesso eluse, «così adottando come presunzione o fatto notorio una ipotesi d'illecito, peraltro verificabile in punto di fatto ex artt. 210 o 213 c.p.c.».

Con il quarto motivo si deduce la violazione dell'art. 269, ultimo comma, cod. civ., per avere

fondato la decisione unicamente sulla base delle dichiarazioni della B., prive di idonei riscontri.

Con il quinto motivo si deduce l'erronea applicazione dell'art. 274 cod. civ., la violazione dell'art. 2697 cod. civ. e l'erronea applicazione degli artt. 116 e 117 c.p.c., per avere la Corte utilizzato ai fini del decidere il solo interrogatorio libero della B. nella fase ex art. 274, senza che la parte assolvesse nella fase di merito all'onere probatorio su di lei gravante.

Con il sesto motivo si deduce la violazione degli artt. 116 e 118, comma secondo, c.p.c., l'omessa ed erronea motivazione sul mancato espletamento della C.T. e sulla questione dei *plurium concubentium*. Detto mancato espletamento, secondo il ricorrente, non dipese da lui, ma dalla circostanza che la convocazione gli pervenne tardivamente e, comunque, lo stesso rifiuto a sottoporsi a detta C.T. non sarebbe idoneo a dimostrare la paternità in mancanza di elementi indiziari univoci e convergenti sull'esistenza di un legame tra le parti, nonché dell'ordine di cui all'art. 118, comma secondo, c.p.c.

2. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Questa Corte ha costantemente affermato che la motivazione della sentenza d'appello per *relationem*, cioè mediante richiamo della motivazione posta a sostegno della sentenza di primo grado è legittima ove il giudice di secondo grado, richiamando e facendo propri gli elementi essenziali di quella motivazione, abbia mostrato di respingere le censure contro di essa proposte, esaminandole e confutandole (Cass. 22 maggio 1996, n. 4725; Cass. 15 febbraio 1996, n. 1156; Cass. 21 novembre 1995, n. 12035; Cass. 14 ottobre 1995, n. 10768). Infatti, ai sensi dell'art. 132 c.p.c., la motivazione della sentenza deve essere «concisa»: deve cioè contenere gli elementi essenziali per dar conto della *ratio decidendi*, in applicazione dell'art. 111 Cost.; *ratio decidendi* che, ove si confermi la sentenza impugnata, emerge dal raffronto tra la motivazione di questa e le censure ritenute non fondate.

Nel caso di specie, con la concisione prevista dalla legge, la Corte ha confutato le censure proposte avverso la sentenza di primo grado, ribadendo le valutazioni probatorie che avevano condotto il Tribunale a ritenere provata la sussistenza di una relazione tra il M. e la B. ed, in conseguenza del rifiuto del M. di sottoporsi all'indagine biologica sulla paternità, a ritenere provata quest'ultima.

3. Il secondo motivo è inammissibile, denunciandosi con esso travisamenti dei fatti, che la Corte di merito avrebbe posto a fondamento del-

G

GIURISPRUDENZA

LEGITTIMITÀ

105

FAMIGLIA
E DIRITTO
n. 2/1997

la propria decisione in contrasto con le risultanze processuali, così chiedendosi in sede di legittimità un riesame delle prove che esula dall'ambito di tale giudizio.

Il terzo motivo è parimenti inammissibile per la parte in cui denuncia un preteso travisamento dei fatti per la ragione dianzi detta e, per la parte in cui censura che la Corte non abbia ritenuto di compiere accertamenti presso l'albergo nel quale la B. aveva affermato di essersi incontrata con il M.; in quanto da un lato rientra nelle valutazioni di merito il ritenere ininfluenza un mezzo istruttorio e, d'altro lato, in quanto il M., in sede di Appello, non aveva formulato in proposito alcuna specifica istanza istruttoria.

Il quarto motivo è infondato, essendo inesatto che - secondo quanto con esso dedotto - la sentenza, in violazione dell'art. 269, ultimo comma, cod. civ., si fonda unicamente sulle affermazioni della B., essendo essa motivata, oltre che su di esse, sul comportamento processuale del M., costituito da talune sue ammissioni e, soprattutto, dal suo rifiuto ingiustificato a sottoporsi agli esami biologici diretti ad accertare la paternità.

Ugualmente infondato è il quinto motivo, con il quale si censura l'utilizzazione, ai fini della decisione, dell'interrogatorio libero reso dalla B. nel giudizio di ammissibilità dell'azione prescritto dall'art. 274 cod. civ.

È *ius receptum*, infatti, che il giudice, ai fini del decidere, può utilizzare anche elementi probatori raccolti in un altro giudizio fra le stesse parti (Cass. 20 dicembre 1990, n. 12091; Cass. 26 febbraio 1983, n. 1484; Cass. 4 dicembre 1982, n. 6609) e ciò a maggior ragione può fare nel giudizio di merito di accertamento delle paternità, in relazione agli elementi raccolti nel giudizio di ammissibilità dell'azione che, ancorché autonomo (Cass. 24 agosto 1994, n. 7487) rispetto ad esso, è ad esso prodromico e correlato.

5. Infondato è, infine, il sesto motivo, con il quale si deduce che erroneamente la Corte d'Appello avrebbe ritenuto sufficiente prova della paternità il rifiuto del ricorrente a sottoporsi alla prova biologica, non tenendo conto, tra l'altro, che egli non vi si sarebbe sottratto volontariamente, bensì non avendo ricevuto tempestiva comunicazione e che, comunque, era mancato l'ordine previsto dall'art. 188, II comma, c.p.c.

In proposito va osservato che, secondo il più recente orientamento di questa Corte, nel giudizio diretto ad ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità naturale, il rifiuto ingiustificato a sottoporsi agli accertamenti tecnici biologici sulla paternità costituisce un comportamento valutabile, ai sensi dell'art. 116 comma secondo cod. proc. civ., da parte del giudice di merito, anche in assenza di prova specifica dei rapporti sessuali tra le parti e della loro esclusività, atteso che proprio la mancanza di prove oggettive assolutamente certe (e ben difficilmente acquisibili) circa la reale natura dei rapporti tra le parti, giustifica il ricorso agli accertamenti biologici, il

cui esito consente non solo di escludere in modo assoluto la contestata paternità, ma anche di confermarla con un grado di probabilità che, alla stegua delle attuali conoscenze scientifiche, supera normalmente il 99 per cento. (Cass. 9 giugno 1995, n. 6550).

Va osservato, inoltre, che l'art. 269 cod. civ., statuendo al secondo comma che «la sola dichiarazione della madre e la sola esistenza di rapporti tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento non costituiscono prova della paternità naturale», se da un lato impedisce di fondare unicamente su detta dichiarazione e detti rapporti la prova della paternità, d'altro lato autorizza implicitamente ad utilizzarli quali elementi di prova della paternità, in concorso con altri. Ne deriva che, per il coordinato disposto del suddetto art. 269, secondo comma e dell'art. 116, comma secondo, c.p.c. - il quale consente di trarre argomenti di prova del comportamento processuale delle parti - il combinarsi delle dichiarazioni della madre con il rifiuto del preteso padre a sottoporsi agli accertamenti biologici sulla paternità, può assurgere, secondo le valutazioni del giudice di merito, a prova della paternità, tenuto anche conto che i progressi scientifici hanno reso tali accertamenti affidabili in misura vicina al cento per cento, per cui il sottrarsi agli stessi, in un contesto che lo faccia ritenere un espediente per ostacolare la dimostrazione della paternità, rende la valutazione anzidetta conforme a criteri logici.

Ciò premesso, va osservato che, nel caso di specie, la Corte d'Appello, facendo esatta applicazione del principio sopra esposto, ha ritenuto che, il combinarsi delle dichiarazioni della B. sui suoi rapporti con il M., ed il comportamento processuale di quest'ultimo - «sottrattosi all'indagine biologica sulla paternità disposta dai primi giudici con giustificazioni aventi il sapore di mero espediente difensivo e comunque venute meno nell'ulteriore corso del procedimento, durante il quale il M. non ha dichiarato, come pure avrebbe potuto, la propria disponibilità per quell'accertamento» - costituiscono prova della paternità. Tale giudizio, implicando una valutazione delle prove conformi a diritto e priva di vizi logici, non è censurabile in questa sede. Né rileva che sia mancato l'ordine previsto dall'art. 118, secondo comma, c.p.c. - che riguarda le ispezioni - non essendosi il M. sottratto ad un'ispezione, bensì ad un accertamento tecnico ammesso dal giudice.

Inconferente è, poi, il richiamo alla recente sentenza n. 257 del 1996 della Corte costituzionale, fatto con la memoria e nella discussione orale, non avendo tale sentenza statuito - come erroneamente dedotto dal ricorrente - che il giudice possa disporre, in corso di causa, accertamento tecnico su persona diversa dall'istante solo ove questa vi consenta, riguardando la sentenza la legittimità costituzionale dell'art. 696 c.p.c., che non lo ammetteva prima del giudizio ed avendo la Corte, solo in relazione all'ammissibilità di tale mezzo anteriormente al giudizio,

danna del M. al pagamento delle spese di questo grado, che si liquidano nella misura di lire due milioni per onorari e lire duecentomila per spese vive.

... (Omissis) ...

statuito - con una pronuncia additiva che ha modificato il testo dell'art. 696 c.p.c. - che detto mezzo d'istruzione preventiva possa essere disposto purché la persona che deve sottoporsi vi abbia precedentemente consentito.

Ne deriva che il ricorso va rigettato, con con-



LA PROVA EMATOLOGICA NON È, DA SOLA, PROVA DELL'ADULTERIO

Cassazione - sezione prima civile - sentenza 21 giugno-22 ottobre 2002, n. 14887

Presidente Losavio - relatore Fittipaldi

Pm Russo - conforme - ricorrente Bartolotta

Nel giudizio di disconoscimento della paternità ha valore logicamente preordinato, rispetto alla prova ematologica, la prova dell'adulterio: sicché, ove quest'ultimo non sia stato adeguatamente provato, non ha rilievo la circostanza che il gruppo sanguigno del figlio non risulti geneticamente compatibile con quello del padre.

Svolgimento del processo

S. B., con atto di citazione notificato il 13 e 15 maggio 1993 conveniva davanti al tribunale di Palermo la signora M. R. e l'avvocato Maria Taormina Cresimano, curatore speciale dei minori C. e L. B., promovendo azione di disconoscimento della paternità di questi ultimi. Esponeva: a) di avere contratto matrimonio in data 6 febbraio 1982 con la M. e che costei aveva dato alla luce tre figli: D., nata il 25 settembre 1982, C., nato il 3 maggio 1986 e L., nata il 11 febbraio 1990; b) che la convivenza con la moglie si era protratta fino al 2 agosto 1990, e che in data 9 novembre 1990 era stata omologata dal tribunale di Palermo la separazione consensuale tra essi coniugi; c) di avere avuto comunicato dalla consorte, nel mese di giugno del 1992, che la piccola Luana era frutto della relazione extraconiugale che la M. aveva intrattenuto con un uomo al quale era ancora legata; d) di avere fatto sottoporre, nel mese di agosto dello stesso anno ad esame ematologico-genetico sia la figlia maggiore D. che il secondo genito C., apprendendo di non essere il padre neanche di costui.

Costituitasi, la M. eccepeva che il marito era decaduto dall'azione, per il fatto di averla esperita oltre l'anno della conoscenza dell'adulterio, del quale - a dire della stessa - ella lo aveva messo al corrente il lunedì successivo alla Pasqua del 1990; nel merito, la M. contestava inoltre il fondamento della domanda.

Veniva espletata prova testimoniale richiesta dalla M. e, costituitosi in giudizio anche il curatore speciale del minore (che aderiva alla domanda del B., sottolineando l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalla madre e l'interesse dei minori a veder rico-

nosciuto il reale rapporto di paternità), il tribunale, con sentenza del 12 giugno-26 agosto 1998, dichiarava inammissibile l'azione, essendo rimasto provato che l'attore era venuto a conoscenza della relazione adulterina intrattenuta dalla moglie, nel periodo immediatamente antecedente alla separazione, incorrendo pertanto nella decadenza prevista dall'articolo 244 Cc. Proponeva appello il B. Resisteva la M., mentre il curatore speciale dei minori C. e L. chiedeva l'accoglimento dell'appello.

La Corte di appello rigettava il gravame rilevando come: 1) l'articolo 244 Cc consenta al presunto padre l'azione di disconoscimento solo nel termine di un anno dalla nascita del figlio o, nel caso di assenza, dalla successiva data in cui egli è rientrato nella residenza familiare o, comunque - a seguito della sentenza della Corte costituzionale 134/85 - dalla data della notizia dell'adulterio consumato all'epoca del concepimento; 2) nel caso in esame l'azione risultasse proposta diversi anni dopo la nascita dei figli, e perciò potesse essere ammessa unicamente in presenza della prova che solo dopo la nascita egli fosse venuto a conoscenza dell'adulterio consumato dalla moglie con il concepimento; 3) sotto un tal riguardo addirittura non vi fosse, nella fattispecie, prova alcuna del dedotto profilo per cui la R. M. avesse coltivato una relazione extraconiugale nel periodo del concepimento del figlio C. e della figlia L., avendo i testi escussi in primo grado, riferito solo: a) di una relazio-



- **Il caso:** Un marito sottoponeva volontariamente due suoi figli a test ematologici, per accertarne l'effettiva paternità. Scoperto di non esserne il vero padre, promuoveva giudizio di disconoscimento della paternità, adducendo a prova dell'adulterio gli esami ematologici.
- **Il decisum:** La Corte, confermando il giudizio di merito, ha escluso che la prova ematologica potesse sofferire alla prova dell'adulterio, quando questa fosse mancata.
- **Norme applicate:** Articolo 235 Cc.
- **Cosa cambia:** Diventa preliminare e dirimente, nel giudizio di disconoscimento della paternità, provare *ante omnia* l'adulterio della donna.



ne extraconiugale intrattenuta pochi mesi prima della separazione della donna dal marito; separazione omologata il 9 novembre 1990, e perciò in epoca ben lontana e diversa da quella del concepimento; b) di confidenze dello stesso B. circa una confessione resa dalla moglie in ordine alla effettiva paternità della piccola Luana; il che finisce per basare la prova dell'adulterio esclusivamente su di un tipo di dichiarazione (quello della madre) al quale il penultimo comma dell'articolo 235 Cc nega invece esaustiva rilevanza probatoria; 4) non vi fosse spazio, d'altronde, per dare ingresso di rilevanza agli accertamenti ematologici fatti eseguire dal Bartolotta sui figli C. e L., posto che la loro rilevanza probatoria non potrebbe non presupporre la già riconosciuta ammissibilità della relativa azione; 5) più in generale, in tema di disconoscimento di paternità del figlio concepito durante il matrimonio, fondato sull'adulterio della moglie, l'indagine sul verificarsi di tale adulterio abbia carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza — o meno — del rapporto procreativo, e debba prescindere dalle prove a quest'ultimo inerenti, incluse quelle ematologiche (Cassazione 8087/98; 2113/92; 20/1984); 6) la sentenza di primo grado andasse semplicemente corretta nella motivazione, laddove, nella fattispecie, non fosse stata la scadenza del termine dell'azione di disconoscimento ad averne determinato l'inammissibilità, bensì la mancanza della condizione (l'adulterio della moglie) per ammettere il B. alla prova negativa sulla paternità.

Propone ricorso per cassazione il Bartolotta, sulla base di due motivi.

Non controricorre la M.

Motivi della decisione

Con il primo motivo, il ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 235 Cc, 14 delle preleggi (in rapporto al libero convincimento del giudice), e degli articoli 2727 e seguenti Cc; e omissa, e in ogni caso, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo, lamenta come la corte di merito abbia sovrapposto due fattispecie le quali, nell'azione di disconoscimento, dovrebbero essere tenute distinte: la prima concernente l'adulterio, e l'altra concernente la procreazione. Più in particolare, a dire del ricorrente, sarebbe ben vero che il secondo comma dell'articolo 235 Cc dispone che «la

sola dichiarazione della madre non esclude la paternità», ma ciò riguarderebbe il solo fatto della procreazione, la cui presunzione legale di legittimità non può essere esclusa dalla confessione della madre, ma ben diverso si porrebbe il problema in relazione al fatto dell'adulterio, il quale, pur ponendosi quale condizione preliminare che deve essere autonomamente provato rispetto al fatto procreativo in sé, non conoscerebbe alcuna limitazione probatoria, non potendo l'articolo 235 Cc essere interpretato estensivamente. Da ciò conseguirebbe che, contrariamente a quanto ritenuto dalla corte di merito, l'adulterio della moglie potrebbe essere provato in ogni mezzo e, quindi, anche per presunzioni. Con il secondo motivo il B., deducendo invece violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'articolo 235 Cc, nonché degli articoli 2729, 2730 e 2733, stesso codice, e dell'articolo 115 e 116 Cpc, lamenta come, anche a voler interpretare estensivamente la portata del secondo comma dell'articolo 235 Cc, si proporrebbero comunque i profili di vizio della sentenza, posto che quest'ultima avrebbe del tutto ommesso di esaminare le ammissioni della donna, quanto meno ai fini di una loro libera valutazione. Più in particolare le ammissioni fatte nel giugno 1992 in ordine alla sbandierata non paternità in ordine alla piccola L. pur non valendo ad escludere la detta paternità, e pur non vincolando in modo assoluto il giudice né in tal senso né in quello dell'adulterio, avrebbero dovuto costituire importante circostanza, da valutarsi, almeno, come presunzione semplice di un commesso adulterio nell'ambito di una relazione ancora in corso. Più in particolare, tale circostanza, in unione ad altre circostanze quali una certa consuetudine all'adulterio, avrebbe dovuto essere attentamente delibata e avrebbe potuto essere esclusa solo con sufficiente e con contraddittoria motivazione, la quale sarebbe invece mancata del tutto. Lamenta, inoltre, il ricorrente come, del pari, le stesse prove ematologiche volontariamente esperite dal B. prima ed al di fuori del processo, non avrebbero potuto essere né ignorate, né escluse del tutto nella complessiva valutazione delle presunzioni circa l'accadimento di un adulterio astrattamente idoneo al concepimento, rappresentando esse, prove comunque di un fatto storico realmente avvenuto. I due motivi vanno trattati congiuntamente, siccome intimamente connessi tra loro e tesi entrambi a censurare la sentenza della Corte di appello di Palermo



Sezione prima - sentenza 14887/02



nel momento in cui ha escluso che si sia raggiunta la prova di un adulterio commesso dalla M. nell'epoca del concepimento dei figli Claudio (1987) e Luana (1990), e nel momento in cui - a tal fine - ha escluso sia la rilevanza di dedotte dichiarazioni confessorie della donna, sia che gli accertamenti ematologici spontaneamente effettuati dalla parte possono acquisire rilievo ove non risulti di per sé preliminarmente ed indipendentemente raggiunta la prova dell'adulterio in questione.

Orbene, al di là di talune (peraltro ininfluenti, nella specie) asprezze del percorso logico seguito dalla Corte di appello di Palermo (percepibili nel momento in cui, avendo concluso che, nella fattispecie, il discorso della «decadenza» sviluppato dal giudice di primo grado allorché aveva ritenuto intempestiva l'azione risalendo la conoscenza dell'intercorso adulterio al 1990, andasse superato in virtù dell'assorbente profilo per cui, nella fattispecie in esame non poteva ritenersi acquisita la pregiudiziale prova dell'adulterio, finisce poi - senza alcuna apparente necessità - per indugiare essa stessa per qualche attimo sulla tematica della «decadenza»), la pronuncia in esame resiste alle censure contro di lei sollevate. Più in particolare, va premesso - innanzitutto - come dalla lettura della impugnata sentenza non trovi corrispondenza alcuna il dedotto profilo per cui la Corte di appello di Palermo avrebbe indebitamente disatteso ogni e qualsivoglia considerazione delle dedotte dichiarazioni «confessorie» della M., essendosi limitati invece i giudici di secondo grado ad escludere che - indipendentemente dalle risultanze della prova ematologia effettuata dall'attore - potesse ritenersi raggiunta la prova dell'adulterio della moglie del B., e a negare - al riguardo - carattere di «esaustività» in questione. Va altresì posto in evidenza come - pertanto - si sia di fronte ad una valutazione di pur merito insindacabile in questa sede, giacché di per sé motivata con percorso logico immune da vizi logici e non pregiudicata di certo - sotto il profilo giuridico - dall'avvenuto riferimento alla previsione di cui al secondo comma dell'articolo 235 Cc.

Ciò sottolineato e premesso, va posto più generalmente in rilievo come il tipo di censura sviluppata dal ricorrente appaia celare, in realtà, un sottile equivoco di fondo: quello secondo il quale le aree fenomeniche del rapporto adulterino della moglie - da un lato - e del difetto di paternità in testa al coniuge

legittimo - dall'altro - si sovrappongano fra di loro venendo di fatto a coincidere dal punto di vista normativo e rendendo perciò fungibili fra loro le relative prove, e ragion per cui - per un verso - la prova dell'adulterio della moglie implichi perciò stesso anche sempre quella del difetto di paternità del coniuge, e - viceversa e conseguentemente - la prova del difetto di paternità biologica eventualmente raggiunta su base ematologia, implicando perciò stesso in sé stessa un avvenuto adulterio, sia fungibile in quella relativa all'adulterio, per il che la scelta del legislatore italiano - ispirata ad un evidente disegno di tutela tendenziale della «filiazione legittima» a favore dei soggetti nati in costanza di matrimonio - di aprire la strada agli accertamenti istruttori sulla «paternità» effettiva (e perciò anche a quelli ematologici) solo ove sia stata preventivamente acquisita la prova dell'adulterio della moglie in epoca coincidente con quella dell'avvenuto concepimento, possa ritenersi soddisfatta ed appagata anche ove, nei fatti, l'ordine della sequenza storica sia stato invertito, essendosi acquistata la prova ematologica prima ed indipendentemente da quella sull'adulterio della moglie; sì che un eventuale difetto di (pregiudiziale) prova dell'adulterio possa essere superato e surrogato attraverso - appunto - l'utilizzo della prova ematologica nella sua concomitante valenza di implicita prova dell'«adulterio». È proprio un tal equivoco sottile che dà corpo - infatti - alle censure del ricorrente nel momento in cui egli si duole della mancata utilizzazione, da parte dei giudici della corte di appello, dell'implicito valore probatorio rivestito dagli accertamenti ematologici da lui effettuati sui due figli, sul piano del pregiudiziale accertamento dell'adulterio della moglie. Né un tal vizio logico dell'argomentazione risulta di certo attenuato, solo perché il B. si limita ad auspicarne una valorizzazione in termini di meri indizi piuttosto che di prova piena.

Ribadita pertanto l'ineccepibilità delle conclusioni tratte dalla corte di appello in ordine alla inutilizzabilità delle risultanze degli accertamenti ematologici ai fini dell'acquisizione della pregiudiziale prova dell'adulterio, il ricorso va rigettato.

Nessuna pronuncia va adottata in ordine alle spese, non essendosi la Mistretta costituita in questa fase.

PQM

La corte rigetta il ricorso.



Filiazione naturale

CORTE COSTITUZIONALE 6 luglio 2006, n. 266
 Pres. Marini - Rel. Finocchiaro

Filiazione naturale - Azione di disconoscimento di paternità - Valutazione della prova ematologica o genetica subordinata alla prova dell'adulterio della moglie - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 comma 1 n. 3 c.c. - Fondatezza
 (Art. 235 comma 1 n. 3 c.c.)

È costituzionalmente illegittimo l'art. 235, comma 1, n. 3, c.c. nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta "che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre", alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

...Omissis...

Considerato in diritto

1. - La Corte di cassazione, I sezione civile, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., nella parte in cui, ai fini del disconoscimento della paternità, ammette il marito a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre solo dopo aver provato che nel periodo del concepimento la moglie ha commesso adulterio. Secondo il giudice rimettente, la norma si pone in contrasto con l'art. 3 Cost., per la irragionevolezza della previsione, in presenza di un progresso scientifico che consente di ottenere direttamente - e quindi senza passare attraverso la dimostrazione dell'adulterio - una sicura prova della esclusione della paternità; nonché con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, per contrasto con il diritto di difesa, il quale non può compiutamente realizzarsi se non viene reso possibile l'accertamento dei fatti sui quali si fondano le ragioni sottoposte al giudice e se non viene consentito di fornire la prova dei fatti stessi.
2. - Il Tribunale di Rovigo dubita della legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, c.c., nella parte in cui richiede, quale presupposto dell'azione di disconoscimento della paternità, la preventiva prova dell'adulterio della moglie, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, per lesione del principio di ragionevolezza e dell'art. 24, secondo comma, Cost., che tutela il diritto di difesa.
3. - Anche la Corte d'appello di Venezia dubita della legittimità costituzionale dell'art. 235 del codice civile, che impugna genericamente per violazione degli artt. 3, 24, secondo comma, e 11 (rectius: 111) Cost., senza peraltro motivare in ordine alla lesione di quest'ultimo parametro.
4. - Le ordinanze di rimessione sollevano questioni di legittimità costituzionale della stessa disposizione di legge con motivazioni che sono in parte identiche ed in

parte analoghe, sicché i relativi giudizi devono essere riuniti per essere decisi con unico provvedimento.

5. - La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Appello di Venezia è manifestamente inammissibile per omessa descrizione della fattispecie, nonché per apodittica affermazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza, argomentata sulla base di un mero richiamo all'ordinanza della Corte di cassazione n. 10742/01 (rectius: 10742/04).

6. - Le questioni proposte dalla Corte di cassazione - in una fattispecie in cui l'azione di disconoscimento era stata fatta valere dal padre - e dal Tribunale di Rovigo - in una fattispecie in cui l'azione era stata fatta valere dal figlio - sono fondate.

6.1. - L'art. 235, primo comma, numero 3, cod. civ. - nella formulazione introdotta dall'art. 93 della legge 19 maggio 1975, n. 151 sulla riforma del diritto di famiglia - stabilisce che l'adulterio commesso nel periodo compreso tra il trecentesimo e il centottantesimo giorno precedente la nascita costituisce una delle ipotesi in cui l'azione di disconoscimento è consentita, e che in tal caso il marito - o altro dei legittimati all'azione - è ammesso a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, o ogni altro fatto tendente ad escludere la paternità.

La Corte di cassazione, in una ormai risalente pronuncia (sentenza n. 5687 del 1984), aveva affermato che l'art. 235, comma primo, c.c., il quale subordina la esperibilità delle prove cosiddette tecniche, sulle caratteristiche genetiche o sul gruppo sanguigno, alla dimostrata ricorrenza dell'adulterio della moglie, non osta a che il giudice del merito, ove ne ravvisi l'opportunità, possa ammettere ed espletare tali prove tecniche contemporaneamente a quelle inerenti all'adulterio, convalidando ed integrando il proprio convincimento sull'esistenza dello stesso con la valutazione del rifiuto (ingiustificato) opposto dai controinteressati all'espletamento della prova ematologica e ritenendo tale rifiuto come



prova della non paternità, e ciò soprattutto perché, a causa del progresso scientifico verificatosi negli ultimi tempi, detta prova ha assunto il valore di piena prova della esistenza o non esistenza del rapporto di filiazione. Tale approccio interpretativo - già all'epoca contrastato (Cass. n. 20 e n. 5419 del 1984) - è stato successivamente abbandonato, ed è ormai "diritto vivente" quello per il quale l'indagine sul verificarsi dell'adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, può essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima, e al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda (v. tra le altre, Cass. n. 2113 del 1992, n. 8087 del 1998, n. 14887 del 2002); con l'ulteriore conseguenza che, in difetto di prova dell'adulterio, anche in presenza della dimostrazione che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre, l'azione di disconoscimento della paternità deve essere respinta.

In presenza di tale "diritto vivente", questa Corte non ha la possibilità di proporre differenti soluzioni interpretative (v. sentenza n. 299 del 2005), ma deve limitarsi a stabilire se lo stesso sia o meno conforme ai principi costituzionali.

6.2. - Con la riforma del diritto di famiglia, il legislatore del 1975 ha esteso la legittimazione attiva per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità anche alla madre ed al figlio che abbia raggiunto la maggiore età in tutti i casi in cui può essere esercitata dal padre (art. 235, ultimo comma, c.c.).

Successivamente, il legislatore del 1983 ha previsto che l'azione può essere altresì promossa da un curatore speciale nominato dal giudice, assunto sommarie informa-

zioni, su istanza del figlio minore che ha compiuto i sedici anni, o dal pubblico ministero, quando si tratta di minore di età inferiore (art. 244, ultimo comma, c.c. aggiunto dall'art. 81 della legge 4 maggio 1983, n. 184). 6.3. - Ai fini della decisione della presente questione assumono rilievo:

- l'ampliamento della legittimazione attiva;
- i progressi della scienza biomedica che, ormai, attraverso le prove genetiche od ematologiche, consentono di accertare la esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione;
- la difficoltà pratica, chiaramente evidenziata dall'ordinanza della Corte di cassazione, di fornire una piena prova dell'adulterio;

- l'insufficienza di tale prova ad escludere la paternità. Il subordinare - sulla base del diritto vivente in precedenza richiamato - l'accesso alle prove tecniche, che, di sole, consentono di affermare se il figlio è nato o meno da colui che è considerato il padre legittimo, alla previa prova dell'adulterio è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrelevanza di quest'ultima prova al fine dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò per giunta in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali attinenti allo status e alla identità biologica (sentenza n. 50 del 2006).

Ciò comporta che deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma impugnata nella parte in cui ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta «che il figlio presenta caratteristiche genetiche o de gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre», alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie.

...Omissis...

▼ CORTE COST., 21.4.2000, n. 114

PROVA CIVILE - INDEBITO - INDEBITO TRIBUTARIO - MANCATO TRASFERIMENTO AD ALTRI SOGGETTI DELL'ONERE TRIBUTARIO - ONERE DI PROVA DOCUMENTALE - ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE - SUSSISTENZA (d.l. 30.9.1982, n. 688, conv. con l. 27.11.1982, n. 873, art. 19; d.l. 30.9.1989, n. 322, conv. con l. 27.11.1989, n. 384, art. 4; d.l. 28.11.1988, n. 511, conv. con l. 27.1.1989, n. 20, art. 6; d.l. 28.6.1995, n. 250, conv. con l. 8.8.1995, n. 349, art. 4; l. 29.12.1990, n. 428, art. 29)

È costituzionalmente illegittimo l'art. 19 del d.l. 30.9.1982, n. 688 (*Misure urgenti in materia di entrate fiscali*), convertito con modificazioni nella l. 27.11.1982, n. 873, nella parte in cui detta disposizione – ai fini della ripetizione di imposte indebitamente pagate – prevede che la prova del mancato trasferimento su altri soggetti dell'onere economico dell'imposta possa consistere nella sola prova documentale.

dal testo:

Il fatto. 1. Con tre ordinanze di identico contenuto, emesse le prime due il 29 giugno 1998 e la terza il 9 ottobre 1998, la Corte d'appello di Trieste ha sollevato, in riferimento agli artt. 24 e 53 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 del decreto-legge 30 settembre 1982, n. 688 (*Misure urgenti in materia di entrate fiscali*), convertito con modificazioni nella legge 27 novembre 1982, n. 873, nella parte in cui detta norma, ponendo a carico di chi agisca per la ripetizione di imposte di consumo indebitamente corrisposte l'onere di provare documentalmente il mancato trasferimento del peso di tali imposte su altri soggetti, non differenzia l'onere probatorio a seconda della specifica attività d'impresa, nel cui ambito d'esercizio le imposte siano state pagate.

1.1. In merito alla rilevanza della questione la Corte rimettente osserva che i tre giudizi hanno ad oggetto appelli proposti dall'amministrazione finanziaria avverso sentenze di condanna al rimborso di somme indebitamente dalla stessa percepite a titolo di addizionale all'imposta erariale di consumo sull'energia elettrica e che il mancato assolvimento da parte del *solvens* dell'onere probatorio di cui alla norma censurata è stato dedotto quale motivo di gravame.

1.2. La non manifesta infondatezza della questione discenderebbe poi – ad avviso del giudice rimettente – dal fatto che le parti private nei tre giudizi esercitano attività d'impresa

nel settore siderurgico ed utilizzano pertanto l'energia elettrica nel processo produttivo di un bene il cui prezzo finale è soggetto al variare dei costi di vari componenti base ed è comunque stabilito dal mercato internazionale. La prova documentale richiesta dalla norma si rivelerebbe pertanto, nella specie, praticamente impossibile e comporterebbe la violazione al tempo stesso degli artt. 24 e 53 Cost. posto che l'impedimento della difesa in giudizio del proprio diritto renderebbe irripetibile un tributo indebitamente pagato e si tradurrebbe, in definitiva, in una imposizione fiscale senza il rispetto del canone costituzionale della capacità contributiva.

2. È intervenuto nei tre giudizi, con atti di identico contenuto, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per l'infondatezza della questione.

2.1. Osserva l'Avvocatura che, riguardo alla specifica attività d'impresa svolta dalle parti private dei tre giudizi, la prova documentale richiesta dalla norma censurata può bensì presentare maggiori difficoltà che in altri casi, ma certamente non è impossibile, potendo essere assolta attraverso l'esibizione delle stesse scritture contabili dell'impresa. Mentre, infatti, la chiusura dell'esercizio in attivo renderebbe palese che tutti i costi (ivi compresi quelli relativi alle imposte di consumo) sono stati trasferiti sugli acquirenti, la chiusura dell'esercizio in passivo ben potrebbe costituire prova della mancata traslazione di alcuni oneri, tra cui eventualmente quello tributario.

3. Si sono altresì costituite nei tre giudizi le parti private G.B. Bertoli fu Giuseppe S.p.A., Acciaieria Fonderia Cividale S.p.A., FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A., Inosman S.p.A. e SAFOP S.p.A.

3.1. La sola FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A. eccepisce, quanto al giudizio promosso con ordinanza del 9 ottobre 1998 (R.O. n. 906 del 1998), il difetto di rilevanza della questione, in quanto il giudizio *a quo* avrebbe ad oggetto non l'azione di ripetizione disciplinata dalla norma censurata, ma un'azione essenzialmente diversa e precisamente l'opposizione avverso un'ingiunzione emessa dall'amministrazione finanziaria per la riscossione di tributi non versati.

3.2. Nel merito le parti private concludono, in base a difese di identico contenuto, per l'accoglimento della questione sollevata dalla Corte d'appello di Trieste con riferimento sia ai parametri di cui agli artt. 24 e 53 Cost., espressamente evocati dalla Corte rimettente, sia all'ulteriore parametro di cui all'art. 3 Cost.

Premettono le parti private di non ignorare che questa Corte ha già esaminato la questione di legittimità costituzionale della stessa norma, con riferimento ai medesimi parametri, dichiarandola manifestamente infondata con le ordinanze nn. 651 e 807 del 1988 ed altre successive. Le motivazioni di tali ordinanze, tuttavia, individuerebbero il fondamento ed il limite della legittimità costituzionale della norma impugnata nel fatto che l'onere probatorio imposto dalla stessa norma dovrebbe riguardare tributi che, per la loro particolare natura e per le dinamiche dell'economia di mercato, siano trasferiti dal *solvens* su altri soggetti, secondo l'*id quod plerumque accidit*, e che inoltre la prova documentale richiesta possa essere fornita mediante le scritture contabili.

Circostanze queste che non ricorrerebbero nelle fattispecie in giudizio, aventi ad oggetto la ripetizione di imposte addizionali all'imposta erariale di consumo sull'energia elettrica, istituite dall'art. 6, comma 2, del decreto-legge 28 novembre 1988, n. 511 (Disposizioni urgenti in materia di finanza regionale e locale), convertito nella legge 27 gennaio 1989, n. 20, e dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 1989, n. 332 (Misure fiscali urgenti), convertito nella legge 27 novembre 1989, n. 384.

L'onere tributario relativo all'energia elettrica impiegata nel processo produttivo non avrebbe infatti - secondo le parti private - caratteristiche tali da renderne agevole la diretta traslazione sul prezzo del prodotto, sia perché sarebbe praticamente impossibile determinare l'incidenza dell'imposta su ciascuna unità di prodotto, sia perché il prezzo dei prodotti siderurgici sarebbe indipendente dalla volontà dell'imprenditore, in quanto fissato dal mercato internazionale sulla base dell'andamento della curva della domanda. Poiché in tale mercato operano non soltanto gli imprenditori italiani (tutti assoggettati ad identici oneri tributari), ma anche imprenditori stranieri, la possi-

bilità di trasferire sull'acquirente un aumento dell'imposizione fiscale sarebbe preclusa dalle regole della concorrenza, così da rendere non ragionevole quella presunzione di traslazione che parrebbe costituire la ratio della norma di cui all'art. 19 del d.l. n. 688 del 1982.

Il particolare tipo di imposizione tributaria di cui si tratta, gravante sull'energia elettrica usata nel processo produttivo, renderebbe in ogni caso del tutto impossibile la prova documentale richiesta dalla norma stessa, non essendo a tal fine sufficiente l'esame della documentazione contabile dell'imprenditore, dalla quale non sarebbe dato in alcun modo evincere l'incidenza dell'imposta su ciascuna unità di prodotto.

Ne deriverebbe, perciò, in primo luogo; una disparità di trattamento, contrastante con l'art. 3 Cost., tra i contribuenti che abbiano indebitamente pagato l'addizionale in questione ed i contribuenti che abbiano indebitamente pagato altre imposte, parimenti non caratterizzate da presunzione di traslazione, per la cui ripetizione non è richiesta la prova documentale di non averne riversato su altri il peso economico. Risulterebbe, altresì, leso il diritto di difesa dei contribuenti, assoggettati all'onere di provare documentalmente un fatto negativo, nonché lo stesso principio di capacità contributiva, di cui all'art. 53 Cost., in quanto l'impossibilità di assolvere l'onere probatorio imposto dalla norma renderebbe irripetibile una prestazione tributaria non dovuta e perciò non ricollegabile alla capacità contributiva del soggetto colpito.

4. Con ordinanza emessa il 6 novembre 1999 il Tribunale di Brescia ha sollevato questione di legittimità costituzionale della stessa norma, in riferimento ai medesimi parametri costituzionali.

4.1. Anche in questo caso il giudizio *a quo* risulta promosso nei confronti dell'amministrazione finanziaria da una società esercente attività industriale siderurgica al fine di ottenere, sul presupposto dell'indebito pagamento, la restituzione di quanto pagato a titolo di imposte addizionali sul consumo di energia elettrica istituite dai decreti-legge n. 511 del 1988 e n. 332 del 1989.

La fondatezza della domanda in punto di diritto è ammessa - come rileva il rimettente - dalla stessa amministrazione convenuta, alla lu-

ce della norma interpretativa, sopravvenuta in corso di causa, di cui all'art. 4 del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 250 (Differimento di taluni termini ed altre disposizioni in materia tributaria), convertito in legge dall'art. 1 della legge 8 agosto 1995, n. 349, che ha escluso l'assoggettamento alle predette addizionali dell'energia elettrica utilizzata come materia prima nei processi industriali elettrochimici ed elettrometallurgici, ivi comprese le lavorazioni siderurgiche e delle fonderie. Cionondimeno la domanda stessa dovrebbe essere respinta, su conforme eccezione dell'amministrazione convenuta, non avendo la società attrice fornito la prova documentale, richiesta dall'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982, del mancato trasferimento su altri soggetti del peso economico di tali imposte.

È ben vero - aggiunge il rimettente - che secondo l'orientamento di una parte della giurisprudenza di merito il detto art. 19, in quanto disposizione di carattere eccezionale, non sarebbe applicabile analogicamente alle imposte addizionali, da tale norma non espressamente contemplate. Tale assunto, tuttavia, non appare al medesimo rimettente condivisibile, in quanto l'imposta addizionale sul consumo di energia elettrica, avendo per definizione il medesimo presupposto dell'imposta base, non può che considerarsi una *species* del *genus* imposte di consumo e, in quanto tale, ricompresa nell'ambito applicativo della norma censurata.

4.2. Così chiarita la rilevanza della questione, la norma, secondo il rimettente, gravando il contribuente dell'onere di fornire una prova praticamente impossibile, sarebbe lesiva sia dell'art. 24 Cost., per la violazione del diritto di agire in giudizio, sia dell'art. 53 Cost., per i riflessi, già evidenziati, di carattere sostanziale che deriverebbero, nella specie, dall'impedimento alla difesa del proprio diritto.

Non ignora il rimettente che la medesima questione è già stata risolta in senso negativo da questa Corte con l'ordinanza n. 651 del 1988: ritiene tuttavia che essa meriti di essere riproposta con ulteriori argomenti, anche in considerazione della diversità della fattispecie sottoposta al suo giudizio, rispetto a quella che aveva dato origine al precedente giudizio di legittimità costituzionale.

Nella predetta ordinanza è, infatti, affermato

che «presunzione ispiratrice della norma» è quella «secondo la quale l'operatore economico percorso da alcuni tipi di imposta, normalmente, la riversa sui soggetti che da lui acquistano beni o servizi» e che «tale presunzione ... non appare irragionevole»; ed a riprova è citata la fattispecie oggetto del giudizio *a quo*, in cui il comitato provinciale prezzi aveva consentito la maggiorazione per una certa aliquota del prezzo del prodotto, fino al totale recupero dell'imposta di cui si chiedeva il rimborso.

Nel caso sottoposto al giudizio del rimettente, invece, i beni prodotti dalla società attrice non sono soggetti a prezzi amministrati o controllati né risulta che siano stati aumentati in conseguenza dell'introduzione delle addizionali.

Ciò basterebbe – secondo il giudice *a quo* – a giustificare un nuovo esame della questione. Vi è peraltro da aggiungere – ad avviso ancora del rimettente – che l'ordinanza n. 651 del 1988 esprime una concezione «semplicitica ed autarchica» dei fenomeni economici, prescindendo totalmente da qualsiasi considerazione delle leggi di mercato. È noto infatti che ogni aumento di prezzo determina di regola, come conseguenza, una diminuzione della domanda (con possibile contrazione dei profitti) ed espone inoltre il produttore alla concorrenza di chi riesca a vendere ad un prezzo più basso. Per tale motivo, in un mercato internazionale, non sempre è possibile per il produttore aumentare il prezzo in conseguenza di un aumento degli oneri fiscali, in quanto tali oneri non gravano in egual misura sui concorrenti stranieri. È insomma il mercato, e non il singolo produttore, a stabilire il prezzo, spesso imponendo, in luogo della traslazione di un nuovo onere fiscale, una contrazione dei profitti.

L'ordinanza non potrebbe nemmeno essere condivisa – sempre secondo il rimettente – laddove assume che la lamentata difficoltà probatoria sarebbe esclusa dall'obbligo di conservazione dei libri e delle scritture contabili: la mera lettura delle scritture contabili non consentirebbe infatti di discernere le componenti economiche dei prezzi praticati né di effettuare dei validi raffronti tra i prezzi praticati prima e quelli praticati dopo un determinato evento, data la molteplicità delle possibili variabili suscettibili di incidere sui costi. La prova richie-

sta dalla norma denunciata potrebbe semmai trarsi, a tutto concedere, da una consulenza tecnica d'ufficio fondata sui dati contabili, ma in tal caso le scritture contabili sarebbero assunte – diversamente da quanto la norma stessa richiede – non come prove documentali, ma come meri elementi indiziari. In ogni caso, anche a voler ritenere ammissibile un simile strumento di indagine, il diritto del contribuente rimarrebbe comunque esposto all'alea propria di una valutazione – quella appunto peritale – avente una indiscutibile componente soggettiva.

5. È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludendo per l'infondatezza della questione.

L'Avvocatura contesta, in primo luogo, che la soluzione negativa cui la Corte è pervenuta nell'ordinanza n. 651 del 1988 sia collegata alla circostanza che, in quel caso, il prodotto fosse sottoposto a prezzi amministrati e comunque ricorda che la medesima questione è stata dichiarata manifestamente infondata, con ordinanza n. 807 del 1988, anche in riferimento ad una fattispecie nella quale non si trattava di prezzi amministrati.

Quanto agli argomenti riferiti alle leggi di mercato, l'Avvocatura osserva che essi sono stati già necessariamente esaminati e disattesi dalla Corte nelle ricordate ordinanze di manifesta infondatezza, mentre, per quanto concerne l'asserita impossibilità di fornire la prova richiesta in ragione della specifica attività produttiva esercitata dall'impresa avente diritto al rimborso, deduce che la valutazione dell'incidenza del tributo sul costo di produzione, nell'ipotesi di produzione di beni ontologicamente diversi da quelli utilizzati per ottenerli (come nel caso delle imprese siderurgiche), può presentare maggiore difficoltà rispetto ad altre ipotesi ma non può mai risultare materialmente impossibile, tanto più che nell'ordinanza n. 651 del 1988 la Corte ha chiarito che l'onere probatorio può essere soddisfatto mediante scritture «dalle quali il fatto da provare possa dedursi anche indirettamente».

6. Si è costituita in giudizio la INNSE. CILINDRI s.r.l., deducendo in via principale l'irrelevanza della questione sollevata dal Tribunale di Brescia.

-24-

Osserva infatti la parte privata che tra le imposte la cui ripetizione è subordinata all'eccezionale onere probatorio previsto dall'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982 non sono espressamente indicate le addizionali all'imposta di consumo sull'energia elettrica, cosicché taluni giudici di merito hanno ritenuto che l'azione di ripetizione delle suddette addizionali sia soggetta agli ordinari principi sull'onere della prova.

Nel merito la parte privata conclude per l'accoglimento della questione con riferimento sia ai parametri di cui agli artt. 24 e 53 Cost., espressamente evocati dal rimettente, sia all'ulteriore parametro di cui all'art. 3 Cost., sulla scorta di argomentazioni del tutto analoghe a quelle svolte dalle altre parti private costituite negli altri tre giudizi.

7. Nell'imminenza dell'udienza pubblica le parti private G.B. Bertoli fu Giuseppe S.p.A., Acciaieria Fonderia Cividale S.p.A., FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A., Inosman S.p.A. e SAFOP S.p.A. hanno depositato memorie illustrative di identico contenuto, ribadendo le difese di merito già svolte ed eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

Deducano le parti che successivamente all'ordinanza di rimessione taluni giudici di merito hanno escluso l'applicabilità della norma denunciata alle domande di ripetizione di addizionali all'imposta di consumo sull'energia elettrica. Sulla scorta di tale giurisprudenza, le parti private osservano che dette addizionali non sarebbero comprese tra i tributi espressamente indicati nella norma stessa, avente carattere sicuramente eccezionale, e che il rapporto di accessoria esistenza tra l'addizionale e l'imposta di consumo, consistendo «solamente in un rapporto tra le due imposte relativo alla coincidente base imponibile», non potrebbe di per sé consentire – in mancanza di un espresso rinvio – l'applicazione della norma anche alla fattispecie di ripetizione dell'addizionale. Lo stesso legislatore del resto avrebbe ritenuto necessario – nelle norme istitutive delle addizionali in questione – rinviare espressamente, quanto alla liquidazione e alla riscossione, alla disciplina dell'imposta erariale di consumo sull'energia elettrica (v. art. 6, comma 5, del decreto-legge n. 511 del 1988 e art. 4, comma 5, del decreto-legge n. 332 del

1989), con ciò implicitamente escludendo una generalizzata applicabilità delle disposizioni dettate per l'imposta base. Non ignorano le parti private che tale orientamento non è condiviso da altri giudici di merito, ma proprio le conclusioni a cui costoro pervengono renderebbero palese – a loro avviso – l'illegittimità costituzionale della norma in quanto interpretata nel senso della sua applicabilità all'azione di ripetizione delle addizionali *de quibus*. E ciò in quanto mentre si è ritenuto che la traslazione possa avvenire anche mediante incorporazione del tributo pagato nel prezzo di vendita del prodotto, si è escluso per altro verso che la prova documentale richiesta dall'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982 possa essere fornita mediante una consulenza tecnica sulle scritture contabili, in quanto tale consulenza tecnica avrebbe un carattere inammissibilmente esplorativo e comunque verterebbe alla dimostrazione del fatto da provare in via di presunzione e non documentalmente come richiesto dalla legge.

8. La sola FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A. ha depositato una ulteriore memoria integrativa, insistendo con nuovi argomenti per la declaratoria di inammissibilità della questione.

Premessa la tassatività dell'indicazione, contenuta nello stesso art. 19, delle imposte cui la norma è applicabile, la parte deduce che l'energia elettrica utilizzata come materia prima sarebbe del tutto estranea – per espresso disposto legislativo (art. 4 del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 250) – all'area delle imposte di consumo. La citata norma interpretativa, infatti, nel chiarire che l'energia elettrica utilizzata come materia prima «non è assoggettata» alle addizionali stesse, avrebbe implicitamente confermato la estraneità, sin dall'origine, dell'energia elettrica all'area delle imposte di consumo, con la conseguente inapplicabilità, nella specie, sempre ad avviso della parte, della disciplina di cui alla norma censurata.

La particolare natura dei beni prodotti dall'industria siderurgica, in quanto prodotti intermedi e non destinati al consumo di massa, renderebbe, poi, sotto altro aspetto, palese l'insussistenza delle condizioni stesse perché possa operare la traslazione dell'indebito.

I motivi. 1. La Corte d'appello di Trieste, con

tre ordinanze, ed il Tribunale di Brescia, con una ordinanza successiva, dubitano, in riferimento agli articoli 24 e 53 della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 19 del decreto-legge 30 settembre 1982, n. 688 (Misure urgenti in materia di entrate fiscali), convertito con modificazioni nella legge 27 novembre 1982, n. 873, nella parte in cui detta norma, senza differenziare le singole attività di impresa, pone a carico del contribuente, che agisca per la ripetizione di imposte di consumo indebitamente corrisposte, l'onere di provare documentalmente che il peso economico dell'imposta non è stato in qualsiasi modo trasferito su altri soggetti. Onere probatorio che, secondo quanto ritenuto da entrambi i rimettenti, risulterebbe nei giudizi a quibus di impossibile assolvimento.

I quattro giudizi, data la sostanziale identità delle questioni, vanno riuniti per essere decisi con unica sentenza.

2. La FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A., in riferimento al giudizio promosso dalla Corte d'appello di Trieste con ordinanza emessa il 9 ottobre 1998 (R.O. n. 906 del 1998), eccepisce, in via preliminare, l'inammissibilità della questione, per difetto di rilevanza, in quanto, non avendo il giudizio *a quo* ad oggetto un'azione di ripetizione di indebito, risulterebbe, nella specie, inapplicabile proprio la norma della cui legittimità costituzionale il rimettente dubita.

2.1. L'eccezione è fondata. Il giudizio *a quo*, infatti, come la stessa Avvocatura ha esplicitamente riconosciuto in udienza e come del resto risulta dagli atti, consiste, diversamente da quanto si legge nell'ordinanza di rimessione, nell'opposizione proposta dalla FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A. avverso l'ingiunzione emessa dall'amministrazione finanziaria per il pagamento dell'addizionale all'imposta sul consumo dell'energia elettrica. È, pertanto, evidente come la norma censurata, in quanto diretta a disciplinare la ripetizione di imposte indebitamente pagate, risulti del tutto estranea al giudizio principale sopra specificato rendendo irrilevante e, quindi, inammissibile la questione sollevata.

3. Va invece disattesa - con riferimento agli altri tre giudizi - l'eccezione di inammissibilità della questione, per difetto sempre di rilevanza, sollevata dalle parti private sull'assunto che le

addizionali istituite dall'art. 6, comma 2, del decreto-legge 28 novembre 1988, n. 511 (Disposizioni urgenti in materia di finanza regionale e locale), convertito nella legge 27 gennaio 1989, n. 20, e dall'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 settembre 1989, n. 332 (Misure fiscali urgenti), convertito nella legge 27 novembre 1989, n. 384, non avrebbero natura di imposte di consumo e che pertanto alla relativa azione di rimborso non sarebbe applicabile la norma denunciata.

In contrario, è sufficiente rilevare che il diverso presupposto interpretativo da cui muovono i rimettenti ai fini della valutazione di rilevanza - che cioè alle suddette addizionali debba riconoscersi la medesima natura, di imposta di consumo, propria della imposta-base - è sicuramente non implausibile e non può, perciò, essere censurato in questa sede.

4. Ulteriore eccezione di inammissibilità della questione è stata sollevata dalla difesa della FAREM-Fonderie Acciaio Remanzacco S.p.A., secondo cui - pur ammesso che le addizionali in questione siano assimilabili alle imposte di consumo - l'irrilevanza, rispetto ai giudizi *a quibus*, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982 discenderebbe dal fatto che la norma interpretativa di cui all'art. 4 del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 250 (Differimento di taluni termini ed altre disposizioni in materia tributaria), convertito in legge dall'art. 1 della legge 8 agosto 1995, n. 349, chiarendo che l'energia elettrica utilizzata come materia prima nelle lavorazioni siderurgiche non è assoggettata alle addizionali stesse, avrebbe sancito l'assoluta estraneità di quel bene all'area delle imposte di consumo. Estraneità alla quale conseguirebbe, sempre ad avviso della stessa parte privata, l'inapplicabilità all'azione di ripetizione delle addizionali sull'energia elettrica di una norma, quale quella denunciata, specificamente riguardante la ripetizione delle imposte di consumo.

Anche tale eccezione va disattesa. L'insussistenza dell'obbligo tributario, quali che siano le ragioni che conducano ad escludere la decenza dell'imposta, costituisce, infatti, presupposto applicativo dell'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982 e non certamente limite al suo ambito di operatività. L'indicazione dei diversi tipi di imposta contenuta nella norma denunciata va evidentemente riferita al titolo della

pretesa, indebita, esercitata dall'amministrazione finanziaria, con la conseguenza che la norma stessa deve ritenersi applicabile (per quanto qui rileva) ad ogni azione di ripetizione di somme indebitamente percepite dall'amministrazione a titolo di imposta di consumo.

5. Nel merito i rimettenti ritengono che la norma sia innanzitutto in contrasto con l'art. 24 Cost. in quanto, subordinando la ripetizione dell'indebitato alla prova documentale che l'onere economico dell'imposta non è stato trasferito su altri soggetti, renderebbe in molti casi impossibile o comunque eccessivamente difficile l'esercizio del diritto. La questione è fondata nei limiti di seguito precisati.

5.1. Va premesso che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 del decreto-legge 30 settembre 1982, n. 688, sollevata in riferimento al medesimo parametro, è già stata in passato esaminata da questa Corte, che è pervenuta a ripetute declaratorie di manifesta infondatezza (ordinanze nn. 651 e 807 del 1988 e nn. 172 e 197 del 1989).

Si afferma in buona sostanza in tali pronunce che la deroga apportata dalla norma in esame alla generale disciplina della ripetizione di indebitato stabilita dall'art. 2033 del codice civile – consistente nel porre appunto a carico del *solvens* la prova della mancata traslazione dell'onere economico dell'imposta – non sarebbe di per sé lesiva del diritto di agire in giudizio e che tale diritto non sarebbe vanificato o illegittimamente compresso nemmeno dalla previsione della sola prova documentale.

Conclusioni che devono essere parzialmente riconsiderate, anche alla luce dei mutamenti del quadro normativo successivamente intervenuti.

5.2. Giova ricordare, al riguardo, che la Corte di giustizia delle Comunità europee, in sede di ricorso pregiudiziale ex art. 177 del trattato CEE, ebbe a suo tempo a ritenere – con esclusivo riferimento ai tributi nazionali riscossi in contrasto con quanto disposto dal diritto comunitario – l'incompatibilità dell'art. 19 del decreto-legge 30 settembre 1982, n. 688, con gli obblighi che il trattato CEE impone agli Stati membri in base all'assunto che, pur essendo consentito al sistema giuridico nazionale di subordinare il rimborso di tali tributi alla loro mancata traslazione, doveva, invece, escludersi la legittimità, in sede processuale, di qualsivoglia

disciplina probatoria che, come quella sancita dalla citata norma, avesse l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (sentenza 9 novembre 1983, in causa 199/82).

La medesima Corte, con successiva sentenza del 24 marzo 1988 (in causa 104/86), ha ribadito il giudizio di contrarietà all'ordinamento comunitario della norma e ha dichiarato che la Repubblica italiana, mantenendola in vigore, è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dal trattato. In conseguenza di tali pronunce il legislatore è intervenuto con l'art. 29 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee), diversificando il regime della prova nell'azione di ripetizione dell'indebitato tributario a seconda che i tributi di cui si chiede il rimborso abbiano o meno rilevanza per l'ordinamento comunitario. Mentre per i secondi si è mantenuta ferma (art. 29, terzo comma) l'applicabilità dell'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982, per quelli riscossi in violazione di norme comunitarie (art. 29, secondo comma) l'eventuale traslazione dell'imposta è stata configurata come fatto estintivo del diritto al rimborso, la cui prova spetta – secondo i principi – all'amministrazione convenuta. Premesso che il sindacato della Corte è in questa sede limitato ai parametri costituzionali evocati dai rimettenti – tra i quali non figura l'art. 3 Cost., richiamato dalle sole parti private – la nuova disciplina dettata per il rimborso dei tributi riscossi in violazione di norme comunitarie, necessitata dalle pronunce della Corte di giustizia, risulta espressiva della necessità di garantire il diritto di agire in giudizio, per la ripetizione di imposte indebitamente corrisposte, in termini più ampi di quelli risultanti dall'art. 19 del decreto-legge n. 688 del 1982.

E se da un lato può ribadirsi che la mera inversione dell'onere della prova non è di per sé in contrasto con l'art. 24 Cost., trattandosi di materia indubbiamente rimessa alla discrezionalità del legislatore, deve per altro verso ritenersi che il prevedere che tale onere possa essere assolto solamente per mezzo della prova documentale – intesa evidentemente in senso tecnico – comporti una sicura lesione del diritto di agire in giudizio del *solvens*. Siffatta previsione viene infatti a subordinare la tutela giuri-

sdizionale ad una prova che, secondo criteri di normalità, si palesa impossibile, non potendo in via generale essere ipotizzata l'esistenza di un documento contenente la diretta rappresentazione del fatto negativo costituito dalla mancata traslazione del peso economico di un'imposta.

→ Va perciò dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma denunciata, nella parte in cui prevede che la prova del mancato trasferimento su altri soggetti dell'onere economico dell'imposta possa essere fornita solo documentalmente, restando assorbita, in tale pronuncia, ogni altra e diversa censura formulata dai rimettenti. (Omissis)

I

Corte di Cassazione

22 maggio 1997, n. 4598 - sez. I

Pres. SENOFONTE - Est. RORDORF - P.M. NARDI (diff.)

Fondazione Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza, Belluno e Ancona ed altri
c. Fallimento Boxitalia s.r.l.

Cassa App. Venezia, 5 marzo 1994

[3348/12] Procedure concorsuali - Fallimento - Curatore - Poteri - Richiesta alla banca di trasmissione della documentazione concernente i rapporti di conto corrente intestati al fallito - Obbligo di adempimento della banca - Sussistenza.

(Legge fallimentare, art. 25, n. 2; codice civile, artt. 1366, 1374, 1375).

[3348/12] Procedure concorsuali - Fallimento - Curatore - Richiesta alla banca di trasmissione della documentazione concernente i rapporti di conto corrente intestati al fallito - Onere del curatore fallimentare di fornire alla banca gli elementi per l'individuazione della documentazione.

(Legge fallimentare, art. 25, n. 2; codice civile, artt. 1366, 1374, 1375).

(Omissis). — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Il curatore del fallimento della Boxitalia s.r.l., avendo trovato traccia nella contabilità della società fallita dell'esistenza di rapporti bancari tra quest'ultima e la Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza, Belluno ed Ancona, citò detto istituto di credito in giudizio dinanzi al tribunale di Verona e chiese che fosse accertato l'obbligo della convenuta di esibire gli estratti dei conti correnti di corrispondenza di cui era titolare la Boxitalia, i contratti intercorsi tra detta società e la Cassa di Risparmio con riferimento ai suindicati conti correnti, il contratto di affidamento relativo ai rapporti in questione, i contratti di fidejussione stipulati dalla Boxitalia per debiti di terzi, i contratti di fidejussione stipulati da terzi per debiti della Boxitalia e quelli con i quali eventualmente dei terzi fossero stati autorizzati ad operare sui conti correnti intestati alla Boxitalia.

Nel contraddittorio delle parti, il tribunale, con sentenza emessa il 26 agosto 1991, accolse le anzidette domande, eccezion fatta solo per quella riguardante l'esibizione dei contratti di fidejussione stipulati da terzi con l'istituto di credito.

La Cassa di Risparmio propose appello, ma la corte d'appello di Venezia, con sentenza depositata 5 marzo 1994, rigettò il gravame.

A sostegno di tale decisione la corte veneta, dopo aver sgombrato il campo da altre questioni che ormai più non rilevano, osservò che il curatore, agendo in veste di sostituto della società fallita, aveva pieno diritto di ottenere dall'istituto di credito il rendiconto ed ogni altro documento inerente ai rapporti bancari intrattenuti dalla società con detto istituto, gravando per converso sulla Cassa di Risparmio, nella sua veste di mandataria, l'obbligo di fornire quanto richiesto. Né a ciò avrebbe potuto opporsi — sempre secondo la corte veneziana — che l'appellante aveva già a suo tempo inviato la documentazione in discorso alla Boxitalia, prima del fallimento di questa: perché sul correntista non grava alcun obbligo di conservazione dei documenti trasmessi dalla banca, la quale resta tenuta a rendere il conto del proprio operato dopo la cessazione del rapporto anche se, in pendenza dello stesso, abbia fornito le periodiche informazioni cui il cliente ha diritto. Ragion per cui la corte stimò che le prove dedotte dalla Cassa di Risparmio, per dimostrare di aver già spedito precedentemente alla Boxitalia la documentazione richiesta in giudizio dal fallimento, fossero irrilevanti.

Per la cassazione di tale sentenza ricorrono la Fondazione Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza, Belluno ed Ancona (già Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza, Belluno ed Ancona) e la società Cassa di Risparmio di Verona, Vicenza, Belluno ed Ancona s.p.a., in veste di successore a titolo particolare della prima.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — 1. Con il primo motivo d'impugnazione, la Cassa di Risparmio ricorrente denuncia la violazione degli artt. 1712, 1713, 1852, 1857, 1176, 1200, 1230 e 1259 c.c. Lamenta, in particolare, che la corte d'appello abbia erroneamente ravvisato l'esistenza di un diritto del correntista (e, per esso, in caso di fallimento, del curatore fallimentare) di richiedere l'esibizione degli estratti conto e di qualsivoglia altro documento relativo ad un pregresso rapporto di conto corrente: diritto da considerare invece estinto, una volta che tali documenti siano stati già in precedenza trasmessi e l'istituto di credito abbia quindi già regolarmente adempiuto al proprio obbligo di rendiconto verso il cliente. È tale rilievo, prospettabile per qualunque mandato, sarebbe ancor più vero per quel particolare mandato che accede ad un rapporto di conto corrente bancario, stante la disciplina degli effetti dell'approvazione tacita del conto dettata in proposito dagli artt. 1832 e 1857 c.c.

Avrebbe dunque errato il giudice d'appello nel considerare irrilevanti le prove dedotte dalla difesa della Cassa di Risparmio ai fine di dimostrare la già avvenuta consegna alla correntista Boxitalia di una copia di tutti i contratti da quest'ultima stipulati per iscritto con la banca, nonché il regolare invio alla società degli estratti conto relativi ai rapporti di conto corrente in essere tra le parti. Così come sarebbe incorsa in errore, la stessa corte, nel trascurare il principio generale — ricavabile dal disposto dell'art. 2724, n. 3, c.c. — secondo il quale solo chi abbia incolpevolmente perduto un documento da altri già consegnatogli può pretendere un nuovo invio del medesimo documento.

Il secondo mezzo d'impugnazione, con cui la ricorrente si duole della violazione dell'art. 2697 c.c., è volto a censurare l'affermazione dell'impugnata sentenza secondo cui la banca, per assolvere al suo obbligo d'informazione e di rendiconto, sarebbe tenuta ad esibire tutti i documenti in suo possesso relativi al rapporto con il cliente, indipendentemente da una specifica identificazione di tali documenti ad opera della controparte che li richieda. Affermazione, questa, cui la ricorrente contrappone il consolidato insegnamento giurisprudenziale che, in tema di esibizione documentale in corso di causa, pone invece a carico della parte richiedente l'onere di dimostrare che ciò di cui si pretende l'esibizione esiste ed è in possesso di colui al quale si vorrebbe l'esibizione fosse ordinata.

2. Conviene esaminare i due riferiti motivi di ricorso separatamente, e nell'ordine in cui sono stati proposti, giacché il secondo logicamente presuppone che già siano state risolte in un certo modo le questioni poste con il primo.

Infatti, la tesi sostenuta nel primo motivo di ricorso tende a negare radicalmente che, in un caso come quello in esame, sia configurabile un diritto del curatore fallimentare di ottenere l'esibizione di documenti relativi ai rapporti bancari precedentemente intrattenuti dal fallito con un istituto di credito. Mentre il secondo motivo, muovendo dall'implicito presupposto che un tal diritto sia (a certe condizioni) prospettabile, concerne piuttosto i limiti e gli oneri processuali gravanti sulla parte che quel diritto faccia valere in giudizio.

3. Cominciando, dunque, dall'esame del primo motivo di ricorso, giova dir subito che esso non può essere accolto. Pur dovendosi infatti convenire con la difesa della ricorrente sulla discutibilità di alcune affermazioni contenute nella motivazione della

sentenza della corte d'appello, non ne discende — per le ragioni di cui ora si dirà — che sia fondata la tesi della radicale negazione del diritto del curatore a la consegna dei suaccennati documenti. Se, pertanto, il discorso dovesse arrestarsi a quanto forma oggetto di questo solo mezzo d'impugnazione, non vi sarebbe che da correggere la motivazione dell'impugnata sentenza, ai sensi del capoverso dell'art. 384 c.p.c., ed il ricorso andrebbe senz'altro respinto.

Per intendere correttamente i termini della questione, paiono però opportune due precisazioni preliminari.

3.1. È bene chiarire, innanzitutto, che il diritto di cui si sta discutendo non può certo trovare il suo fondamento nella previsione degli artt. 210 e seguenti del codice di procedura civile. Tali norme riguardano, com'è evidente, soltanto il modo in cui ad una parte è consentito, a certe condizioni, di acquisire in giudizio prove documentali necessarie al fine di dimostrare la fondatezza delle proprie ragioni. Perciò, se a tale riguardo si vuol parlare di un diritto all'esibizione, occorre precisare che si tratta di un diritto esclusivamente processuale, espressione del più generale diritto alla prova. E quindi, come tutti i cosiddetti diritti processuali, esso è connotato dal carattere della strumentalità, nel senso che il suo esercizio è finalizzato a consentire, attraverso la mediazione del processo, l'accertamento ed il soddisfacimento di un diverso diritto, di natura sostanziale; per la cui attuazione si sia reso necessario il ricorso al giudice.

La pretesa del curatore di ottenere la documentazione riguardante i rapporti bancari intrattenuti dal fallito, viceversa, non si esplica nell'ambito di un processo avente ad oggetto l'attuazione di un diverso diritto, ma si configura, essa stessa, come oggetto del giudizio intrapreso dal curatore nei riguardi della banca in possesso di detta documentazione, e prescinde dall'eventuale uso che di questa il curatore medesimo possa eventualmente poi voler fare in altre sedi (processuali o extraprocessuali).

Perché tale pretesa sia accoglibile, occorre dunque poter identificare un diritto (non già processuale, bensì) sostanziale del curatore alla consegna dei predetti documenti; ed occorre, di conseguenza, poter individuare l'eventuale fondamento giuridico di un tale diritto sostanziale.

3.2. Tanto chiarito, è anche indispensabile sgomberare subito il campo dall'equivoco che la pretesa del curatore di ottenere dalla banca i documenti relativi ai conti correnti di cui era titolare il fallito possa fondarsi su un'ipotetica posizione di supremazia, che spetterebbe al curatore medesimo, in quanto pubblico ufficiale incaricato dall'autorità giudiziaria di svolgere compiti di rilevanza pubblicistica.

Quantunque la peculiarità della posizione del curatore possa non essere del tutto irrilevante — come si vedrà — nella risoluzione del problema, pare certo da escludere che il suo diritto all'esibizione di documenti, legittimamente detenuti da un terzo, possa avere una base così labile e generica. Non basta, infatti, che un soggetto sia portatore di un interesse venato di caratteri pubblicistici per affermare un suo diritto di supremazia nei confronti dei terzi, ove manchi un qualsiasi specifico appiglio normativo in tal senso: per l'evidente considerazione che anche l'esercizio delle pubbliche funzioni deve avvenire entro i limiti e secondo le regole al riguardo fissati dall'ordinamento, ed a maggior ragione, dunque, un tal principio è destinato a valere per l'azione del curatore fallimentare, che opera sì quale ausiliario di giustizia, ma pur sempre in un ambito essenzialmente giusprivatistico (né varrebbe obiettare che, ai sensi dell'art. 33, comma 1°, il falli, il curatore ha l'obbligo di riferire anche su quanto possa interessare ai fini penali; non sembrando che se ne possa desumere, sol per questo, che il medesimo curatore

ha veste di ufficiale o di agente di polizia giudiziaria, né comunque potendosene far discendere l'esistenza di un diritto soggettivo alla consegna di qualsiasi documento in possesso di terzi, esercitabile dal curatore nelle forme del processo civile).

3.3. Il fondamento giuridico del diritto del curatore ad ottenere la consegna dei documenti bancari di cui si discute va invece ricercato — come bene ha puntualizzato la corte d'appello — nel rapporto contrattuale a suo tempo instaurato con la banca dal fallito; rapporto nel quale (entro i limiti che di qui a breve si preciseranno) il curatore subentra in quanto amministratore del patrimonio fallimentare a norma dell'art. 31, comma 1°, l. fall.

Non occorre, in questa sede, rievocare l'annoso dibattito sull'esatta qualificazione giuridica della posizione del curatore fallimentare, e soffermarsi a discutere se (o in qual misura) egli sia qualificabile come un rappresentante o un sostituto del fallito, o piuttosto della massa dei creditori, oppure entrambe le cose a seconda degli atti che è chiamato a compiere; ovvero se nessuna di tali qualificazioni sia adeguata, e si debba preferire la definizione del curatore come organo della procedura concorsuale, incaricato dello svolgimento di compiti di giustizia. Quel che è certo è che la dichiarazione di fallimento, per l'espresso disposto dell'art. 42 l. fall., priva il fallito della possibilità di esercitare i diritti compresi nel suo patrimonio ed impone al curatore di farsene carico, sotto la sorveglianza del giudice delegato (art. 31, cit.). Di modo che al medesimo curatore è attribuita, *de iure*, la legittimazione all'esercizio di tali diritti; ma — com'è ovvio — se ed in quanto essi davvero esistevano nel patrimonio del fallito, ed entro i limiti in cui la stessa dichiarazione di fallimento non ne abbia determinato l'estinzione o, comunque, non abbia in qualche modo inciso su di essi. Ed è stato perciò giustamente osservato, in dottrina, che, sotto questo profilo, la posizione del curatore per molti versi non si discosta da quella dell'erede: trattandosi in entrambi i casi di soggetti che si trovano ad esercitare diritti in posizione derivata da quella dell'originario titolare, per effetto di un meccanismo giuridico dipendente, almeno in parte, da fatti estranei alla loro volontà.

Occorre, però, farsi carico del rilievo che il contratto di conto corrente, al pari del mandato, è di quelli che, in caso di fallimento di una delle parti, si sciolgono automaticamente (art. 78 l. fall.). Onde si potrebbe obiettare che il curatore non è affatto legittimato ad esercitare diritti che al fallito sarebbero eventualmente spettati in esecuzione del predetto contratto, appunto perché questo si è ormai sciolto. È però necessario considerare che lo scioglimento di un contratto non sempre comporta l'immediata estinzione di ogni rapporto obbligatorio tra le parti del contratto medesimo. Altro è, invero, il venir meno del programma operativo di realizzazione degli interessi che nell'atto negoziale si era espresso, che effettivamente consegue allo scioglimento, altro è la cessazione di ogni diritto ed-obbligo derivante dagli atti e dai comportamenti tenuti in esecuzione di quel programma. E tale distinzione rileva non solo nel caso dei contratti associativi — il cui scioglimento è causa di liquidazione dell'organismo nato dal contratto, che tuttavia continua ad esistere fin quando non siano esauriti gli effetti dei singoli rapporti ad esso facenti capo — ma anche, ed in termini più generali, nei contratti di scambio ed in quelli di cooperazione: tra i quali ultimi è sufficiente segnalare l'esempio del mandato, al cui scioglimento consegue la cessazione del dovere del mandatario di compiere gli atti commissionatigli dal mandante, ma non certo anche l'immediata estinzione di tutti gli obblighi gravanti sul medesimo mandatario, a cominciare da quelli d'informazione in ordine agli atti già compiuti, di rendiconto, e di custodia e rimessione di quanto ricevuto nell'interesse del mandante.

Sussistono, insomma, pur dopo lo scioglimento del contratto — e talvolta, anzi, sorgono proprio a causa di ciò — una serie di obbligazioni (pur sempre di derivazione contrattuale), cui fanno riscontro altrettante corrispondenti posizioni di diritto soggettivo dell'altro contraente. E se lo scioglimento è dipeso dal fallimento di uno dei contraenti, l'esercizio di tali diritti naturalmente compete al curatore (così come all'erede, nel caso di scioglimento del contratto per morte di una delle parti), negli stessi termini in cui competerebbe al contraente in presenza di una diversa causa di scioglimento del medesimo contratto.

3.4. Per rispondere al quesito se al curatore compete il diritto alla consegna della documentazione bancaria in discorso, occorre dunque anzitutto stabilire se un tal diritto competerebbe direttamente al cliente della banca in caso di scioglimento del rapporto di conto corrente per una causa diversa dal fallimento. Va detto subito che, a tal fine, non sembrano potersi trarre utili elementi, in via diretta, dall'art. 119 del t.u. sulle leggi in materia bancaria e creditizia, emanato con il d.lgs. n. 385 del 1993 (né dalla corrispondente disposizione della precedente l. n. 154 del 1992). Nulla consente, infatti, di considerare tale normativa applicabile — neppure per quel che riguarda i cosiddetti rapporti postcontrattuali — ai contratti già risolti al momento della sua entrata in vigore. Tuttavia, come si vedrà, la soluzione da adottare, anche per quanto concerne i rapporti originati da contratti pregressi, non si discosta granché da quella cui verosimilmente condurrebbe l'applicazione della citata normativa del nuovo testo unico (onde sembra potersi dire che tale nuova normativa è valsa probabilmente ad esplicitare regole almeno in parte già latenti nel sistema).

Ora, la Corte d'appello di Venezia, nell'impugnata sentenza, ha dato all'interrogativo cui sopra si faceva cenno una soluzione positiva, muovendo dal rilievo che la disciplina del rapporto di conto corrente bancario è improntata alle regole del mandato e che al mandante compete in ogni tempo il diritto di pretendere dal mandatario il rendiconto delle operazioni compiute, con la documentazione ad esse inerente, ancorché vi sia già stata al riguardo un'informazione periodica del cliente in corso di rapporto.

In questi precisi termini, l'affermazione da ultimo riferita non pare, però, del tutto condivisibile.

Se è vero che il rapporto di conto corrente bancario partecipa della causa del mandato (com'è testimoniato anche dal disposto dell'art. 1856, comma 1°, c.c.), è nondimeno difficilmente contestabile che, per quanto attiene al rendiconto dovuto dalla banca al correntista, esso è retto da più specifiche regole, e segnatamente dall'art. 1832 (richiamato dal successivo art. 1857) c.c. Norma alla luce della quale appare corretto ritenere che l'invio periodico degli estratti conto esaurisce, in relazione al periodo considerato, l'obbligo della banca di rendere il conto al cliente. Il quale dunque, se abbia anche solo tacitamente approvato l'estratto ricevuto, non ha più titolo alcuno per richiedere in seguito altre forme di rendiconto relative al medesimo periodo; né quindi potrebbe fondare sul diritto al rendiconto (ormai estinto per l'adempimento dell'obbligato) la pretesa alla consegna di documenti che riguardano operazioni menzionate nel conto già reso ed approvato.

Anche alla stregua dei principi vigenti in tema di mandato, del resto, non può dubitarsi che il rendiconto abbia essenzialmente la funzione di accertare se e come le operazioni di cui il mandatario è stato incaricato sono state compiute, e così di porre il mandante in condizione di far valere l'eventuale responsabilità del mandatario medesimo in caso di mancata o insoddisfacente esecuzione dell'incarico. Di modo che, in caso di

operazioni frazionate nel tempo, una volta reso ed approvato il conto per un determinato periodo, nessun obbligo di ulteriore informazione parrebbe dover gravare sul mandatario, in relazione a quel periodo, e sarebbe contrario ad ogni logica immaginare che il mandante possa reiterare indefinitamente la richiesta di un conto già reso.

In un caso come quello in esame, pertanto, la pretesa del curatore fallimentare di ottenere dalla banca il rendiconto delle operazioni compiute potrebbe avere fondamento, tutt'al più, con riguardo al solo periodo di tempo compreso tra la data cui si sia riferito l'ultimo estratto conto inviato al cliente poi fallito e la data in cui, per effetto della dichiarazione di fallimento, il contratto di conto corrente si è sciolto (o, comunque, ogni movimentazione del conto è cessata).

3.5. Ma la curatela del fallimento — come dalla stessa impugnata sentenza con estrema chiarezza si desume — non ha affatto proposto nel presente giudizio una domanda di rendiconto, bensì di esibizione (meglio forse dovrebbe dirsi: di consegna) di una serie di documenti relativi ai rapporti bancari intrattenuti dalla società fallita. E se è vero che tra tali documenti sono compresi anche gli estratti conto, riferiti ai conti correnti di corrispondenza, ciò non deve indurre in equivoco, perché gli estratti conto sono sì il mezzo con cui la banca assolve il proprio obbligo periodico di rendiconto nei confronti del cliente, ma, dopo essere stati redatti al fine di assolvere a tale obbligo, essi vengono, a loro volta, parte della complessiva documentazione inerente ai rapporti bancari in questione: onde il richiederne la consegna non implica la reiterazione della pretesa di rendiconto, e non mette in discussione gli effetti dell'approvazione del conto già reso; ma si risolve in una domanda d'informazione documentale non diversa da quella avente ad oggetto qualsiasi altro documento attinente ai rapporti in esame.

Ora, la richiesta di documenti inerenti ad operazioni svolte da un mandatario professionale (qual è una banca) nell'interesse del cliente, che lo stesso cliente rivolga al mandatario ed al cui soddisfacimento non ostino ragioni di tutela specifica di quest'ultima parte, né oneri di spesa per essa, può trovare adeguato fondamento non già nelle regole codificate in tema di rendiconto, che hanno altro oggetto ed altra finalità, bensì nel fondamentale principio buona fede, ed in quel suo particolare risvolto che è costituito dal dovere di reciproca solidarietà tra i contraenti, da cui discende l'obbligo di ciascuna parte di favorire la realizzazione dell'utilità che l'altra possa trarre dal contratto.

In termini generali, non può farsi a meno di ricordare come la buona fede operi non solo in sede d'interpretazione ed esecuzione del contratto, a norma degli artt. 1366 e 1375 c.c., ma anche quale fonte d'integrazione della stessa regolamentazione contrattuale, secondo quel che si desume dall'art. 1374 c.c., « concorrendo alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti... nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio » (così Cass., 20 aprile 1994, n. 3775). E non pare dubbio che siffatto principio debba essere applicato anche con riguardo alle obbligazioni che, come si è già detto, sopravvivono allo scioglimento del contratto, ma pur sempre da esso traggono origine.

Se dunque è vero — tornando alla specifica fattispecie in esame — che, nel rapporto con il cliente, la banca in guida di mandatario assume, dietro corrispettivo, la cura dell'interessi facenti capo al cliente medesimo, e che quindi la tenuta del conto si traduce nell'espletamento retribuito di un servizio destinato essenzialmente a soddisfare esigenze del correntista, pare del tutto evidente che la consegna dei documenti riguardanti la tenuta stessa del conto, le operazioni ivi registrate e quant'altro vi si riferisca, costituisce una naturale proiezione dell'interesse dedotto nel contratto. Pur in difetto di una specifica disposizione che lo preveda, è dunque conforme alla natura del rapporto che la banca — per parte sua tenuta alla conservazione di quei documenti — si presti alla loro consegna (in originale o in copia) quando ne sia fatta richiesta dal cliente; che è il solo soggetto nel cui interesse sono state compiute le operazioni alle quali quei documenti hanno riguardo: e ciò indipendentemente — giova ripeterlo — dal fatto che vi sia già stata l'approvazione del rendiconto relativo al periodo cui i documenti si riferiscono, pur con l'ovvio corollario dell'impegno del richiedente ad assumere a proprio carico le spese necessarie per esaudire la sua richiesta.

Resta da chiedersi se, a fronte di una siffatta richiesta del cliente, la banca, durante la fase operativa del contratto o dopo il suo scioglimento, possa opporre che i documenti richiesti sono stati già in precedenza trasmessi al cliente e che — proprio in coerenza con la matrice equitativa dell'obbligo in esame — questi non potrebbe pretendere dall'obbligato la reiterazione di atti già correttamente espletati se non dopo aver dimostrato l'incolpevole smarrimento, da parte sua, dei documenti medesimi.

Una simile obiezione, comunque la si voglia valutare in termini generali, non sembra però proponibile quando la richiesta provenga — come nel caso dell'erede o del curatore fallimentare — non già direttamente dal soggetto con cui è stato a suo tempo intrattenuto il rapporto di conto corrente bancario, bensì da altro che sia al primo subentrato e che, per ciò stesso, si trovi dunque nella condizione di dover ricostruire una situazione pregressa cui egli non ha personalmente avuto parte. Se, come si è già avuto modo di precisare, il dovere di solidarietà verso l'altro contraente si estende anche all'insieme dei rapporti perduranti tra le parti dopo lo scioglimento del contratto, e se in tali rapporti (proprio a causa o in concomitanza con lo scioglimento) all'originario contraente sia subentrato un soggetto diverso, quel medesimo dovere, nei limiti in cui ciò non aggravi ingiustificatamente la posizione dell'obbligato, non può non essere influenzato dalla particolare situazione di questo nuovo soggetto. Ragion per cui al curatore che richiede la documentazione concernente i rapporti di conto corrente intestati al fallito, sull'ovvio presupposto di non avere avuto la possibilità di procurarseli direttamente da quest'ultimo e per la necessità che la sua carica gli impone di ricostruire le vicende del patrimonio del fallito, la banca non può replicare di avere già in precedenza trasmesso i documenti in questione al fallito stesso.

4. Il secondo motivo di ricorso, nei termini di cui appresso, appare invece fondato.

L'istituto di credito ricorrente, come stè già ricordato, si duole della genericità della condanna nei suoi confronti emessa, e del fatto che non siano stati specificati i documenti di cui si pretende la consegna (alcuni dei quali neppure esisterebbero), sull'errato presupposto che sarebbe comunque onere della banca esibire tutti i documenti in suo possesso.

Ora, effettivamente, quest'ultima affermazione dell'impugnata sentenza non può essere condivisa: non in quanto vi ostino i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di ordine e esibizione: ex art. 210 c.p.c. (tema che è estraneo alla fattispecie in esame), ma perché essa si colloca nella logica di un giudizio di rendiconto, che, per le ragioni già prima chiarite, mal si attaglia al presente caso.

Solo colui che, in una determinata situazione, è tenuto a rendere ad altri il conto del proprio operato ha l'onere di fornire altresì gli elementi documentali necessari alla dimostrazione ed alla giustificazione contabile del rendiconto, senza che la controparte debba evidentemente prima precisare — né in genere lo potrebbe — di quali documenti ella ritenga necessaria a tal fine la produzione. Ma, in un giudizio avente ad oggetto unicamente e specificamente l'accertamento del diritto dell'attore ad ottenere dal convenuto la consegna di documenti, e tendente all'emanazione di una sentenza di condanna a tale consegna, discende dai principi generali sull'onere della prova nel processo che l'attore medesimo debba dimostrare l'esistenza degli elementi costitutivi (ivi compreso l'oggetto) del proprio preteso diritto; e non potrebbe del resto neppure ipotizzarsi la pronuncia di una condanna di cui non sia determinato né determinabile l'oggetto.

Non si vuole con ciò affermare che il curatore del fallimento abbia l'onere, nei proporre un'azione come quella in esame, di indicare in dettaglio gli estremi dei documenti bancari dei quali vuole ottenere la consegna. Ma non v'è dubbio che egli debba fornire gli elementi minimi indispensabili per consentire l'individuazione di tali documenti; e che, dal punto di vista della prova, ove la banca neghi l'esistenza dei documenti in questione (contestando, ad esempio, di aver intrattenuto alcun rapporto di conto corrente con il fallito, oppure che siano stati redatti contratti scritti inerenti ad ulteriori rapporti confluiti nel conto), sia pur sempre l'attore a dover dimostrare, anche se eventualmente a mezzo di presunzioni o, comunque, con tutti gli strumenti processuali al riguardo utilizzabili, che viceversa quei documenti esistono e che perciò la banca è tenuta a consegnarli.

5. L'impugnata sentenza dev'essere perciò cassata, in relazione al motivo di ricorso cui s'è appena fatto cenno, con conseguente rinvio della causa ad altra sezione della corte d'appello di Venezia, la quale si atterrà al principio di diritto che viene qui di seguito enunciato, ai sensi dell'art. 143 disp. att. c.p.c.

« In caso di fallimento di un imprenditore che abbia intrattenuto con un istituto di credito uno o più rapporti bancari in conto corrente, il curatore ha diritto di ottenere dalla banca, a spese del fallimento, qualsiasi documento (in originale o in copia) che abbia attinenza con i predetti conti e con la tenuta degli stessi; ma, a tal fine, il medesimo curatore ha l'onere di dimostrare che del documenti da lui richiesti sia certa, accertata o accertabile l'esistenza ». (Omissis).