

STUDIO LEGALE INTERNAZIONALE

AVV. ALFONSO MARRA

GIURISTA LINGUISTA

ABILITATO AL BILINGUISMO TEDESCO - ITALIANO

DALLA PROVINCIA AUTONOMA DI BOLZANO

IDONEO ALL' ESAME DI STATO DI COMPETENZA LINGUISTICA CINESE HSK DI PECHINO

SPECIALISTA IN DIRITTO CIVILE PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAMERINO

SPECIALIZZATO IN PROFESSIONI LEGALI PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

PERFEZIONATO IN DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA APPLICATO PRESSO L'UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SALERNO

CORSISTA DI LINGUA OLANDESE PRESSO L'UNIVERSITA' DI UTRECHT

INTERPRETE E TRADUTTORE PRESSO LA CAMERA DI COMMERCIO DI NAPOLI

CONSULENTE TECNICO D'UFFICIO E PERITO IN MATERIA PENALE IN QUALITA' DI

INTERPRETE E TRADUTTORE DI LINGUA **TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE**

PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI

INTERPRETE E TRADUTTORE DI LINGUA **TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE**

PRESSO LA PROCURA DELLA REPUBBLICA DI NAPOLI

ASSISTENZA LEGALE ANCHE IN LINGUA TEDESCA, CINESE, GRECA, INGLESE

TELEFONO: 335 69 48 594

E - MAIL : avvalfonso.marra@yahoo.it

SITO INTERNET: www.studiolegaleinternazionaleavvocatoalfonso.marra.it

Caso pratico in tema di azione di rivendica della proprietà:

nullità dell'atto di riassunzione fatto dal genitore legale rappresentante in via esclusiva

(per morte dell'altro genitore) dei minori chiamati all'eredità

che non abbiano ancora accettato con il beneficio d'inventario

Si ricorda che la S.C. di Cassazione con la sentenza n. 3044/2009 ha affermato che non rientrano nel novero degli atti conservativi le azioni a carattere reale, cioè le azioni che incidono sulla condizione giuridica dei beni cui gli atti stessi si riferiscono.

Quindi il processo non può proseguire, essendo pregiudiziale il difetto di legittimazione passiva dei minori Tizietto, Caietta e Sempronietta, difetto di legittimazione che il giudice di merito deve rilevare anche di ufficio e che è denunciabile in ogni stato e grado del processo.

Del resto, trattandosi di riassunzione del processo, l'onere della prova della qualità di successore universale della parte deceduta spetta al riassuntore; infatti la successione nel processo di altri soggetti alla parte originaria è fatto costitutivo del diritto processuale di far proseguire il processo medesimo, che deve essere provato dalla parte che lo esercita.

Nel caso di morte di una delle parti in corso di causa, la legittimazione a stare in giudizio si trasmette – salvo che nelle particolari ipotesi degli artt. 460 e 486 c.c. - non al chiamato all'eredità, bensì in via esclusiva all'erede, qualità che si acquista, con efficacia retroattiva, soltanto con l'accettazione espressa o tacita dell'eredità, dal momento che la delazione

conseguente all'apertura della successione, pur costituendone un presupposto, non è sufficiente per l'acquisto dell'eredità medesima ("ex plurimis", Cass. 9782/95, 1692/76; 2408/72; 1859/71: nel senso che soltanto l'erede che abbia accettato, espressamente o tacitamente, l'eredità non può considerarsi terzo rispetto al "de cuius", conforme Cass. 5875/97).

Perchè il processo possa validamente proseguire, quindi, non è sufficiente che la persona nei cui confronti viene riassunto, sulla base di asserita successione universale ex art. 110 c.p.c., rivesta la qualità di erede necessario della parte originaria, occorrendo che essa abbia proceduto all'accettazione dell'eredità mediante una dichiarazione espressa di volontà, ovvero compiendo atti che tale volontà necessariamente presuppongono (Cass. n. 8391 del 24/08/1998).

Orbene, le azioni giudiziarie intese alla revindica o alla difesa della proprietà o ai danni per la mancata disponibilità di beni ereditari non rientrano negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti dall'art. 460 c.c., trattandosi di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente al momento dell'apertura della successione e, quindi, il chiamato non ha il diritto di proporle. Di conseguenza, nel caso de quo la riassunzione fatta dal padre in nome e per conto dei figli minori quale legale rappresentante dei figli stessi è un atto nullo, non essendo egli legittimato in quanto genitore esercente la potestà sui minori che al momento della riassunzione erano chiamati all'eredità non avendo ancora accettato l'eredità stessa con il beneficio di inventario.

Pertanto il giudizio de quo non può proseguire e si è estinto. Comunque una eventuale emananda sentenza sarebbe nulla perchè resa nei confronti di soggetti non legittimati a stare in giudizio in luogo della parte deceduta.

Si ricorda quanto ha affermato la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 8314 del 01/09/1997, secondo la quale: << *La mancata notificazione nel termine ordinario stabilito dal giudice, dell'istanza di riassunzione di un processo interrotto, unita all'impossibilità di richiedere un nuovo termine per la notificazione del ricorso a causa della scadenza del termine perentorio di sei mesi dalla conoscenza legale della causa dell'interruzione, fonda l'eccezione di estinzione del processo* >>.

Ancora, la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 13738 del 27/06/2005 ha stabilito che:

<< ... Mentre, per quel che attiene alla prova dell'accettazione, questa è da considerare implicita nell'aver gli odierni ricorrenti agito in revindica di beni ereditari - nell'atto di citazione espressamente allegando la qualità d'eredi ed in base ad essa dichiarandosi proprietari del bene rivendicato - dacché l'accettazione tacita dell'eredità può appunto desumersi, ex art. 476 CC, dall'esplicazione d'un'attività personale del chiamato con la quale venga posto in essere un atto di gestione incompatibile con la volontà di rinunciare all'eredità e non altrimenti giustificabile se non nell'assunzione della qualità d'erede, id est un comportamento tale da presupporre necessariamente la volontà d'accettare l'eredità, secondo una valutazione obiettiva condotta alla stregua del comune modo d'agire d'una persona normale (Cass. 17.11.99 n. 12753, 16.9.95 n. 9782, 5.11.87 n. 8123). Sì che in tal senso univocamente significativa è, in particolare, la proposizione d'azioni giudiziarie intese alla revindica od alla difesa della proprietà o ai danni per la mancata disponibilità dei beni ereditari, dato che al semplice chiamato è solo consentito, ex art. 460 CC, esperire le azioni possessorie e compiere gli atti conservativi, di vigilanza e di temporanea amministrazione, mentre l'esperimento delle azioni intese al reclamo od alla tutela della proprietà sui beni ereditari ed al risarcimento per la loro mancata disponibilità necessariamente presuppone l'accettazione dell'eredità stessa, in quanto, trattandosi di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente all'atto dell'apertura della successione e la mera gestione conservativa dei beni compresi nell'asse, il chiamato come tale non avrebbe il diritto di proporle eppertanto, proponendole, implicitamente dimostra d'aver accettato la qualità d'erede (Cass. 12.11.98 n. 11408, 16.9.95 n. 9782, 28.6.93 n. 7125, 19.10.88 n. 5688, 15.11.76 n. 4229) >>.

Dunque, come già detto, le azioni giudiziarie intese alla revindica o alla difesa della proprietà o ai danni per la mancata disponibilità di beni ereditari non rientrano negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti dall'art. 460 c.c., trattandosi di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente al momento dell'apertura della successione e quindi il chiamato non ha il diritto di proporle. Di conseguenza, nel caso de quo, la riassunzione fatta dal padre in nome e per conto dei figli minori quale legale rappresentante dei figli stessi è un atto nullo, non essendo egli legittimato in quanto genitore esercente la potestà sui minori che al momento della riassunzione erano chiamati all'eredità non avendo ancora accettato l'eredità stessa con il beneficio di inventario.

Si ricorda quanto ha affermato la Suprema Corte di Cassazione fin dal 1971 con la sentenza n. 1673 del 05/06/1971:

*<< Dichiarata l'interruzione del processo per morte di una delle parti e riassunta l'istanza nei confronti degli eredi della parte defunta, collettivamente ed impersonalmente, **in tale formula può comprendersi anche il chiamato all'eredità che non abbia ancora accettato**, e la cui legittimazione deriva sia dall'art. 460 cod. civ., che come norma di carattere generale contenente la disciplina del potere del chiamato all'eredità prima dell'accettazione, autorizzando il chiamato, che si trovi o non nel possesso dei beni ereditari, a compiere atti conservativi lo legittima alla difesa processuale del patrimonio ereditario sia trattandosi di eredità devoluta a minori dall'art. 486 cod. civ. che prevede esplicitamente la legittimazione del chiamato, prima dell'accettazione, a stare in giudizio quale convenuto per rappresentare l'eredità. (Nella specie, la parte, poi defunta, aveva proposto opposizione ad ingiunzione fiscale) >>.*

Dunque, atteso che per il combinato disposto degli artt. 460 e 486 c.c. relativamente alla difesa processuale del patrimonio ereditario, il minore chiamato all'eredità, prima dell'accettazione, può stare in giudizio quale convenuto per rappresentare l'eredità, nel caso in esame i minori non potevano agire come attori per la redazione dell'atto di riassunzione tramite il padre che ha agito in proprio e quale rappresentante legale dei suoi figli minori.

Infatti, è vietata per i minori l'accettazione tacita dell'eredità, mentre l'accettazione dell'eredità è implicita (e quindi vietata ai minori) nell'esperimento da parte del chiamato di azioni giudiziarie che – essendo intese alla rivendica o alla difesa della proprietà o ai danni per la mancata disponibilità di beni ereditari – **non rientrano negli atti conservativi e di gestione dei beni ereditari consentiti dall'art. 460 c.c.**, sicchè trattandosi di azioni che travalicano il semplice mantenimento dello stato di fatto quale esistente al momento dell'apertura della successione, il chiamato non avrebbe diritto di proporle e proponendole dimostra di aver accettato la qualità di erede (Cass. n. 13738/2005).

Si precisa che **non rientrano nel novero degli atti conservativi le azioni a carattere reale**. Si ricorda che per quanto riguarda gli atti conservativi, la giurisprudenza, sia relativamente ai poteri dell'amministratore di condominio ex art. 1130 comma 1 n. 4 c.c., sia relativamente ai poteri del chiamato all'eredità ex art. 460 c.c., è costante nell'affermare che l'amministratore non è legittimato all'esperimento di azioni reali contro i singoli condomini o contro terzi dirette ad ottenere statuizioni relative alla titolarità, al contenuto o alla tutela di diritti reali dei condomini su cose o parti dell'edificio condominiale che esulino dal novero degli atti meramente conservativi (al cui compimento l'amministratore è autonomamente legittimato ex art. 1130 n. 4 cod. civ.) (sent. 3 aprile 2003 n. 5147), come è confermato da quelle norme (come, ad es. l'art. 460 c.c.) che, nel menzionare gli atti conservativi, escludono che fra di essi siano comprese le azioni che incidono sulla condizione giuridica dei beni cui gli atti stessi si riferiscono (sent. 24 novembre 2005 n. 24764)" (così Cass. 6 febbraio 2009 n. 3044).

Come giustamente ha affermato la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 14081/2005: << *Secondo l'ormai consolidato e più recente orientamento della Cassazione, colui che prende l'iniziativa di proseguire il processo ai sensi dell'art. 110 c.p.c. assumendo la sua qualità di erede deve provare (oltre al verificarsi del decesso della parte cui assume di essere succeduto, anche) la sua qualità di erede. Pertanto bisogna distinguere tra vocazione che è necessaria e l'acquisto che è eventuale e non automatico, dovendosi, pertanto, ritenere che nell'ipotesi di morte di una delle parti in corso di giudizio, la relativa legitimatio ad causam si trasmette*

(salvo i casi di cui agli artt. 460 e 486 c.c.) non al semplice chiamato all'eredità, bensì (ed in via esclusiva) all'erede, tale per effetto di accettazione, espressa o tacita, del compendio ereditario, non essendo la semplice delazione (conseguente alla successione) presupposto sufficiente per l'acquisto di tale qualità nemmeno nell'ipotesi in cui il destinatario della riassunzione del procedimento rivesta la qualifica di erede necessario del de cuius, occorrendone, pur sempre la materiale accettazione (Cassazione n. 8391/98, che ebbe a scrutinare un caso di specie in cui veniva in rilievo – ma ciò non toglie la validità del principio anche per quella attiva – la legittimazione passiva alla riassunzione, che era avvenuta nei confronti della madre del de cuius; in senso conforme Cassazione n. 11677/98) >>.

Come ha affermato la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 5111 del 03/03/2009, *<< L'art. 471 c.c. disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con beneficio d'inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso da quello prescritto dall'art. 484 c.c. . Deriva da quanto precede, pertanto, che l'accettazione tacita fatta con il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 del codice civile, non rientra nel potere del rappresentante legale e perciò non produce effetti giuridici nei confronti dell'incapace >>.*

Ancora, la Cassazione con la sentenza n. 7417/99 ha stabilito che:

<< L'eredità devoluta ai minori può essere accettata solo con beneficio d'inventario, mentre ogni altra forma di accettazione, espressa o tacita, è nulla ed improduttiva di effetti, non conferendo al minore la qualità di erede. Conseguentemente gli atti di conservazione del patrimonio ereditario posti in essere dal rappresentante legale del minore chiamato all'eredità non possono dar luogo ad alcuna accettazione implicita dell'eredità medesima >>.

Come ha affermato la S.C. di Cassazione fin dal 1967, con la sentenza n° 881/1967, l'eredità devoluta ai minori non può essere accettata se non con il beneficio d'inventario ed ogni altra forma di aditio è improduttiva di effetti giuridici in quanto non vale a conferire al minore la qualità di erede e a fargli acquistare la titolarità dei beni relitti dal

de cuius. Inoltre l'eredità devoluta ai minori può essere accettata solamente con il beneficio d'inventario, mentre ogni altra forma di accettazione, espressa o tacita, è nulla ed improduttiva di effetti, non conferendo al minore la qualità di erede. Conseguentemente gli atti di conservazione del patrimonio ereditario posti in essere dal rappresentante legale del minore chiamato all'eredità non possono dar luogo ad alcuna accettazione implicita dell'eredità medesima (Cass. n° 7417/99).

Come ha affermato la Cassazione, quando la parte viene meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore universale o nei suoi confronti.

La legittimazione alla chiamata in giudizio di un soggetto al posto di quello venuto meno per morte discende dalla qualità di erede del chiamato, non già dalla presenza di un interesse che potrebbe giustificare un suo intervento (Cassazione n. 2414 del 06/04/1983).

Si ricorda che la S.C. di Cassazione con la sentenza n° 2276/95 e confermata da Cass. n° 2211/2007 ha affermato che l'art. 471 c.c. disponendo che le eredità devolute ai minori e agli interdetti non si possono accettare se non con il beneficio d'inventario, esclude che il rappresentante legale dell'incapace possa accettare l'eredità in modo diverso da quello prescritto dall'art. 484 c.c. che consiste in una dichiarazione espressa di volontà volta a far acquistare all'incapace la qualità di erede con limitazione della responsabilità ai debiti e ai pesi intra vires hereditatis. Ne consegue che l'accettazione tacita, fatta con il compimento di uno degli atti previsti dall'art. 476 c.c. (nella specie, trattavasi di una divisione amichevole dei beni ereditari) non rientra nel potere del rappresentante legale e perciò non produce alcun effetto giuridico nei confronti dell'incapace, che resta nella posizione di chiamato all'eredità fino a quando egli stesso o il suo rappresentante eserciti il diritto di accettare e di rinunciare all'eredità entro il termine della prescrizione. Inoltre, in caso di morte della parte dichiarata dal procuratore, si costituisce tra gli eredi, indipendentemente dalla natura del rapporto sostanziale controverso, una situazione di litisconsorzio necessario di carattere processuale, sicchè il contraddittorio deve essere integrato nei confronti di tutti loro sempre che non sia decorso il semestre dell'interruzione (Cass. n° 256/82 - n° 5548/94 - n° 9504/2002).

Ancora, la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 5311 del 15/05/1995 ha affermato che: << I successori a titolo universale della parte deceduta in corso del processo debbono tutti partecipare al giudizio come litisconsorti necessari di natura processuale >>.

Si osserva che la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 8492 del 26/09/1996 ha affermato che: << *Nel caso di morte di una delle parti nel corso del giudizio di primo grado, la sua legittimazione attiva e passiva si trasmette ai suoi **eredi**, i quali, succedendo al soggetto originario, vengono a trovarsi, per tutta la durata del giudizio, in una situazione di litisconsorzio necessario per ragioni processuali, che, a prescindere delle scindibilità o meno del rapporto sostanziale, impone la riassunzione del processo nei confronti di tutti gli eredi, anche quando manchi la successione nel diritto posto a fondamento del rapporto sostanziale controverso* >>.

La Suprema Corte di Cassazione ha affermato fin dal 1981 con la sentenza n. 5427/1981 che, poichè nel caso di morte di una delle parti nel corso del giudizio, la legittimazione a stare in giudizio si trasmette, in base alla regola generale dell'art. 110 c.p.c. ed eccettuate le ipotesi di cui agli artt. 460 e 486 c.c. – non al chiamato all'eredità, bensì, in via esclusiva, all'erede, non si realizza il contraddittorio secondo la previsione dell'art. 110 c.p.c. quando, essendo minori i successibili della parte deceduta, il processo è proseguito dal loro rappresentante legale previa accettazione dell'eredità non in conformità del dettato dell'art. 471 c.c., ma nella forma dell'accettazione tacita, che non è giuridicamente configurabile in ipotesi di eredità devoluta a minori.

Se per pura ipotesi di scuola l'atto di riassunzione di un'azione di rivendica della proprietà rientrasse nei poteri del chiamato (e ciò non è), comunque, nel caso di specie, esso sarebbe nullo relativamente ai figli minori in quanto, trattandosi senza alcun dubbio di un **atto di straordinaria amministrazione**.

Nel caso di specie, il genitore esercente in via esclusiva la potestà per morte dell'altro genitore avrebbe dovuto chiedere l'autorizzazione al Giudice Tutelare ex artt. 320, disp. att. 43, 45; c.p.c. 747 per poter intervenire nell'atto di riassunzione.

Infatti, si ricorda, che l'autorizzazione è un atto autonomo e strutturalmente distinto

dall'atto autorizzato, rispetto al quale è funzionalmente collegato (per la dottrina Donati, Forti, Carnelutti, Sandulli).

L'autorizzazione si atteggia come presupposto di validità dell'atto che, specificatamente, attiene al soggetto ed incide sulla legittimazione a compiere l'atto stesso.

2) La riassunzione fatta dal padre a nome proprio è nulla ai sensi e per gli effetti degli artt. 75 e ss., 486 c.c., 110 e 303 c.p.c., non essendo stata notificata anche ai suoi figli minori, chiamati all'eredità e nel possesso dei beni ereditari, non essendo egli erede esclusivo.

Ovviamente, non potendo notificare a se stesso nella qualità (cosa che comunque non è avvenuta) egli avrebbe dovuto promuovere la nomina di un **curatore speciale ex art. 320, sesto comma c.c.**, stante il palese conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà ed il genitore che nel caso in esame esercita in via esclusiva la potestà.

Meglio specificando, si fa presente che l'atto di riassunzione non può essere considerato valido neppure per quanto riguarda la posizione giuridica del padre Sig. Tizio che ha agito, oltrechè nella qualità di rappresentante legale dei figli minori, **anche in proprio**; in quanto, per sua stessa ammissione, egli non è **erede esclusivo** e pertanto quest'ultimo, ai sensi e per gli effetti degli artt. 75 e ss., 486 c.c., 110 e 303 c.p.c., doveva notificare il ricorso ed il decreto del giudice a coloro che devono costituirsi per proseguire il giudizio e quindi anche al figlio maggiorenne Caio ed **ai suoi figli minori**, chiamati all'eredità e nel possesso dei beni ereditari.

Ovviamente, come già detto, non potendo notificare a se stesso nella qualità, avrebbe dovuto promuovere la **nomina di un curatore speciale ex art. 320, 6° comma c.c.**, **stante il palese conflitto d'interessi tra lui ed i figli minori**, atteso che alla data dell'atto di riassunzione il padre Tizio non aveva ancora chiesto l'autorizzazione al giudice tutelare ex art. 320, 3° comma c.c. per accettare l'eredità con beneficio d'inventario, in rappresentanza dei figli minori. Infatti l'eventuale esito vittorioso del giudizio di rivendica della proprietà (se fosse stato regolarmente riassunto) avrebbe comportato un'assunzione di responsabilità anche a carico dei suddetti figli minori della defunta Filana, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2051 c.c. .

Del resto la responsabilità ex art. 2051 c.c. è basata sulla presunzione di colpa nei confronti di

colui che ha il dovere di custodia sulla cosa, sia esso proprietario, usufruttuario, enfiteuta, conduttore etc. e può riguardare anche i danni che dipendono dall'insorgere nella cosa in custodia di un agente dannoso, come nel caso di infiltrazione di acqua da un immobile ad un altro (Cassazione n. 5925/93).

A questo punto il Legislatore a tutela dei minori è intervenuto ed ha sancito l'obbligatorietà dell'acquisto dell'eredità da parte dei figli minori in modo espresso e con beneficio d'inventario, previa autorizzazione del giudice tutelare. **La ratio della norma si comprende agevolmente: il Legislatore vuole che sia il giudice tutelare a valutare la necessità o l'utilità evidente del figlio di accettare l'eredità.**

Orbene, nel caso di specie, se l'eventuale sentenza favorevole spiegasse effetti anche nei confronti dei figli minori, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2051 e 2055 c.c., stante la solidarietà tra custodi, i figli minori pur senza essere ancora eredi, potrebbero rispondere di inadempienze e responsabilità addebitabili al padre il quale, a sua volta, sarebbe legato dal vincolo di solidarietà ai figli ex artt. 2051 e 2055 c.c. con palese conflitto d'interesse attuale e potenziale, tra padre e figli minori, relativamente al terrazzo per cui è causa. Nell'ipotesi di obbligazione risarcitoria derivante da illecito, la prestazione si divide tra i corresponsabili, ai sensi dell'art. 2055 c.c., in proporzione alla gravità delle colpe ed all'entità delle conseguenze dannose (Cassazione n. 13180/2007).

Quando il fatto lesivo è imputabile a più persone, la solidarietà ex art. 2055 c.c., non è impedita dalla diversità delle condotte lesive nè dalla diversità dei titoli, allorché tra di essi sussista uno stretto vincolo d'interdipendenza (Cassazione n. 5024/2002).

In particolare, il conflitto d'interessi tra padre e figli minori si evince anche dall'art. 2055, 2° comma c.c., che attribuisce a chi ha risarcito, il **diritto di regresso** nei confronti dei coobbligati.

Come ha affermato la Cassazione (Cassazione n. 2869/88, n. 1793/65, n. 3020/85 e n. 2489/92) perchè si configuri conflitto d'interessi ai sensi dell'art. 320 c.c., è necessario che l'interesse di cui è portatore il genitore sia contrastante con quello del figlio minore.

Nel caso di specie per la solidarietà ex artt. 2051 e 2055 c.c., il padre nell'ipotesi di responsabilità in qualità di comproprietario e cocustode del terrazzo (a seguito di eventuale

esito vittorioso del giudizio de quo di rivendica della proprietà), avrebbe azione di regresso nei confronti dei figli minori a cui non ha provveduto però a nominare un curatore speciale ex art. 320 6° comma c.c. .

Di qui l'esistenza di un conflitto d'interessi, a tacer d'altro, potenziale.

Come ha affermato la Cassazione con la sentenza n. 13507/2002:

<< E' ravvisabile un conflitto d'interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente ed il suo rappresentante legale (nella specie, figlio minore e rispettivi genitori), ogni volta che l'incompatibilità delle rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività; ne consegue che la relativa verifica va compiuta in astratto ed ex ante secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio, anzichè in concreto ed "a posteriori" alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa.

Pertanto, in caso di omessa nomina di un curatore speciale, il giudizio è nullo per vizio di costituzione del rapporto processuale e per violazione del principio del contraddittorio >>.

Si ricorda inoltre che la responsabilità del custode è responsabilità oggettiva che prescinde dalla colpa.

Pertanto i minori, senza essere ancora eredi, potrebbero essere chiamati, in caso di esito vittorioso del presente giudizio, a rispondere ex art. 2051 c.c. a prescindere da una loro eventuale colpa, per il solo fatto di essere eventualmente proprietari e quindi custodi.

3) La necessaria notifica della riassunzione e del decreto del giudice da parte del Sig. Tizio al proprio figlio maggiorenne ed ai propri figli minorenni andava fatta comunque entro il termine perentorio dei 6 mesi dalla conoscenza dell'interruzione del giudizio.

Scaduto inutilmente il suddetto termine dei 6 mesi (come nel caso in esame) si determina l'estinzione del giudizio, essendo il suddetto termine semestrale assolutamente perentorio, con conseguente preclusione al giudice di ogni potere di riattivazione del processo, eventualmente mediante la concessione di un nuovo termine per la riassunzione o per il rinnovo della notificazione (Cassazione n. 15948 del 29/07/2005).

Infatti la Cassazione ha affermato testualmente con la suddetta sentenza n. 15948/2005:

<< Per realizzare la tempestiva riassunzione del processo interrotto è sufficiente che nel termine perentorio di 6 mesi sia presentata l'istanza per la fissazione dell'udienza, non essendo altresì necessario che entro quel termine siano notificati l'istanza stessa ed il decreto del giudice: il termine fissato dal giudice nel decreto, per la notifica dell'atto di riassunzione da parte dell'istante alla controparte, ha carattere meramente ordinatorio, sicchè, di quest'ultimo, non è preclusa la proroga prima della sua scadenza, nè tantomeno è preclusa, in caso di sua scadenza, la concessione di un nuovo termine, sempre che non siano decorsi 6 mesi dalla conoscenza dell'interruzione del giudizio; in tal caso, infatti, si determina la estinzione del giudizio, per essere inutilmente spirato il suddetto termine semestrale perentorio, con conseguente preclusione al giudice di ogni potere di riattivazione del processo, eventualmente mediante la concessione di un nuovo termine per la riassunzione o per il rinnovo della notificazione >>.

Si ricorda quanto ha affermato la Cassazione con la sentenza n. 14371 dell' 08/07/2005 secondo la quale: *<< L'eventuale termine per la riassunzione in concreto assegnato dal giudice per la notifica dell'atto di riassunzione da parte dell'istante alla controparte, è meramente ordinatorio; ne consegue che non è preclusa la proroga di detto ultimo termine, nè, in caso di sua scadenza, nè in caso di mancata notifica, la concessione di altro termine per la notifica dell'atto riassuntivo, sempre che non sia decorso il semestre dall'interruzione >>.*

La legge cerca di evitare la prosecuzione del processo nel caso di inattività delle parti ovvero quando queste con un comportamento oggettivo omettono il compimento nel termine perentorio stabilito dalla legge di taluni atti.

Nei casi previsti, da considerarsi tassativi, l'estinzione opera di diritto anche se è richiesta la proposizione dell'eccezione al fine di evitare la reviviscenza del processo.

4) Esaminando, poi, l'atto di riassunzione dal punto di vista della sottoscrizione congiunta del padre Tizio e del figlio maggiorenne, ci dobbiamo chiedere se esso possa essere comunque ritenuto valido dal punto di vista giuridico.

La risposta è negativa, in quanto il suddetto atto di riassunzione è un atto inscindibile, essendo un atto proveniente da una unica parte processuale e sostanziale.

Infatti si ricorda che si ha litisconsorzio necessario oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, allorché la decisione richiesta, indipendentemente dalla sua natura (di condanna, di accertamento o costitutiva), sia di per sé idonea a spiegare i suoi effetti, cioè a produrre un risultato utile e pratico, anche nei riguardi delle sole parti presenti, stante la natura plurisoggettiva e concettualmente unica ed inscindibile, sia in senso sostanziale, sia, alle volte, in senso solo processuale, del rapporto dedotto in giudizio, nel quale i nessi fra i diversi soggetti e tra questi e l'oggetto comune, costituiscono un insieme unitario, con conseguente immutabilità del rapporto medesimo ove non vi sia la partecipazione di tutti i suoi titolari (da ultimo, Cass. 07/03/2006 n. 4890, Cass. 06/07/2004 n. 12313, Cass. 23/09/2003 n. 14102, Cass. 05/07/2001 n. 9083, Cass. 11/04/2000 n. 4593, Cass. a Sezioni Unite 01/07/1997 n. 5895, Cass. a Sezioni Unite 17952/2007).

Se anche per pura ipotesi di scuola lo si ritenesse un atto scindibile, vi è da dire che l'atto di riassunzione **doveva essere notificato anche ai minorenni, chiamati nel possesso dei beni ereditari, litisconsorti necessari in persona del legale rappresentante che nel caso specifico non poteva essere il padre, stante il palese conflitto d'interessi e quindi doveva essere promossa la nomina di un curatore speciale.**

5) Analogo discorso vale per la riassunzione fatta dal figlio maggiorenne, la cui riassunzione non è stata notificata ai minori entro 6 mesi dalla conoscenza dell'interruzione del giudizio ed al padre Tizio in proprio e nella qualità.

Riassumendo: nel caso in esame sono trascorsi diversi anni da quando si è verificata l'interruzione del processo per la morte di Mevio dichiarata in udienza dal loro procuratore costituito ed ancora oggi non vi è stata la notifica dell'atto di riassunzione ai minori da parte nè del padre, nè del loro fratello maggiore.

Si ricorda che la S.C. di Cassazione ha affermato che in tema di interruzione del processo, ha natura perentoria il termine di sei mesi per la relativa riassunzione di cui all'art. 305 c.p.c., mentre ha carattere meramente ordinatorio quello in concreto assegnato dal giudice, ex art. 303 stesso codice, per la notifica dell'atto di riassunzione da parte dell'istante alla controparte

(Cass. n. 2322/1987), sicchè di quest'ultimo, non è preclusa la proroga prima della sua scadenza, nè tantomeno è preclusa – in caso di sua scadenza – la concessione di un nuovo termine, sempre che non siano decorsi sei mesi dalla conoscenza dell'interruzione del giudizio (Cass. n. 14371/2005, Cass. n. 9504/2002, Cass. n. 5625/2002, Cass. n. 8314/1997, Cass. n. 5548/1994).

Dunque il termine per la notifica del ricorso per la riassunzione del processo interrotto e del decreto di fissazione dell'udienza apposto ai sensi dell'art. 303 può essere prorogato dopo la scadenza, salvo che non sia già decorso il semestre dalla dichiarazione di interruzione (Cass. n. 1364/2000).

6) A tacer d'altro, se si ritenesse valida la riassunzione fatta dal figlio maggiorenne e dal padre Tizio in nome proprio, ci sarebbe un ulteriore palese conflitto d'interessi tra padre e figli minori, atteso che per il principio ex art. 2909 c.c., la sentenza passata in giudicato produce effetti solo tra le parti e quindi, non avendo i figli minori mai partecipato al giudizio, l'eventuale esito vittorioso dell'azione di rivendica, produrrebbe effetti solo nel patrimonio del padre e del figlio maggiorenne.

Tale conflitto d'interessi, rilevabile d'ufficio ed in sede di legittimità, affonda le sue radici anche nel **vantaggio** che deriverebbe al padre dall'eventuale accoglimento della domanda, **con un incremento del suo patrimonio personale.**

Si ricorda che il curatore speciale ai figli minori, come già detto, doveva essere nominato ex art. 320 6° comma c.c. .

Infatti la Cassazione ha affermato con sentenza n. 5591/81 e n. 4491/82 che:

<< L'art. 78, 2° comma c.p.c. – che prevede la nomina di un curatore speciale processuale al legalmente incapace, nel caso di conflitto d'interessi tra lo stesso ed il suo rappresentante – trova applicazione, avendo carattere sussidiario, solo se manchi in sede propria una norma particolare diretta all'eliminazione del conflitto, mentre, quando in una determinata materia l'ordinamento giuridico appresti un rimedio diverso o diversamente disciplinato per l'ipotesi di conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato, deve farsi richiamo a tale rimedio speciale (nella specie: art. 320 ultimo comma c.c.) in maniera esclusiva o concorrente a seconda dei

casi >>.

Inoltre si ricorda che la Cassazione con sentenza n. 1357/85, n. 5073/85, n. 4178/78 ha affermato che: << *Il **curatore speciale** nominato al minore nell'ipotesi di conflitto d'interessi tra il medesimo e il genitore esercente la potestà (art. 320 ultimo comma, c.c.) **sostituisce**, nel ristretto ambito del rapporto da cui scaturisce o in cui si profila il conflitto d'interessi, il **genitore stesso**: conseguentemente, i suoi poteri non sono limitati alla rappresentanza legale del minore sul piano dei rapporti sostanziali, ma si estendono **anche** alla **rappresentanza processuale** del minore nei giudizi che possano sorgere in ordine al rapporto predetto, giudizi per i quali, pertanto, non occorre promuovere la nomina di un ulteriore curatore speciale, con istanza rivolta al giudice dinanzi al quale si intende proporre la causa, a norma degli artt. 78 e 80 c.p.c. >>.*

7) Dunque, nel caso in esame, il padre per compiere in proprio valido atto di riassunzione del giudizio de quo avrebbe dovuto:

a) notificare al figlio maggiorenne;

b) chiedere la nomina di un curatore speciale ai figli minori ex art. 320 6° comma c.c., cui notificare l'atto di riassunzione ed il decreto nei 6 mesi (termine perentorio);

in via subordinata, relativamente alla posizione giuridica dei figli minori, chiedere al Tribunale del circondario in cui si è aperta la successione, la nomina di un curatore dell'eredità giacente per le quote dei figli minori, chiamati all'eredità della madre e non ancora eredi per mancanza di accettazione con beneficio d'inventario, cui notificare nei suddetti 6 mesi (termine perentorio) l'atto di riassunzione ed il decreto.

8) Come già detto, nel caso di morte della parte, dichiarata dal procuratore, si costituisce tra gli eredi una situazione di **litisconsorzio necessario di carattere processuale. Non essendo ammissibile un'interruzione parziale e di conseguenza non essendo ammissibile una riassunzione parziale e pro quota, a pena di nullità dell'intero giudizio, era necessaria l'integrazione del contraddittorio anche nei confronti dei chiamati all'eredità, atteso che, come ha affermato la Cassazione con la suddetta sentenza n. 2331/84, la parte che esegue la riassunzione non è tenuta ad accertarsi preventivamente che i chiamati all'eredità non vi**

abbiano rinunciato, dovendo, invece, la prova della rinuncia essere fornita dai soggetti evocati in giudizio in qualità di eredi, con la conseguenza che il processo è legittimamente riassunto nei loro confronti e che, una volta fornita dai medesimi la prova dell'avvenuta rinuncia all'eredità, è possibile integrare il contraddittorio nei confronti dei successori rinuncianti.

Stante il palese conflitto d'interessi tra il suddetto padre ed i suoi figli minori, come già detto, la notifica dell'atto e del decreto andava fatta da parte del padre al curatore speciale ex art. 320 6° comma c.c. .

Poichè, invece, l'atto di riassunzione è stato posto in essere dal padre in proprio ed in rappresentanza dei figli minori e dal figlio maggiorenne, per tutto quanto sopra scritto, **esso è nullo ed il relativo giudizio si è ormai estinto.**