

Dossier

Diritti e interessi nei procedimenti minorili di adottabilità e di limitazione della potestà dei genitori

di Paolo Morozzo della Rocca*

1. Le forme del giusto processo e la tutela dei minori

La riforma dell'art. 111 della Costituzione sul "giusto processo" costituisce la musa ispiratrice di ogni discorso che oggi si intraprenda riguardo alla tutela dei minori nei procedimenti che li riguardano.

Questo importante – ed anzi epocale - evento normativo, compiutosi con legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, non avrebbe tuttavia avuto la rilevanza che universalmente oggi gli è attribuita, come "pietra d'angolo" del nuovo processo minorile, se già precedentemente ad esso non si fosse diffusa una volontà riformatrice ben motivata dalla sperimentazione dei guasti e degli abusi resi possibili dalle regole del "vecchio" processo, gestito da una giurisdizione talvolta stanca e priva di pungoli al miglioramento. Determinante, nello spirito della riforma, è anche stata l'osservazione di esperienze straniere ed il moltiplicarsi di linee guida disseminate via via nelle carte internazionali di diversa provenienza, natura ed efficacia, dedicate ai diritti di partecipazione del bambino in tutti i procedimenti che lo concernono.

Queste le ragioni per le quali quello del processo minorile - sebbene non specificamente nominato e forse nemmeno pensato dal legislatore costituente, prevalentemente preoccupato delle garanzie da assicurare in sede penale all'imputato - sia stato invece subito segnalato dagli operatori come uno dei luoghi della giurisdizione dove più urgente fosse l'adeguamento al dettato costituzionale sul giusto processo e, naturalmente, più macroscopica la distanza da esso.

Come s'è osservato, ben prima della riforma costituzionale del 1999 (e del resto anche successivamente ad essa), una serie di disposizioni contenenti i grandi principi internazionali del diritto minorile avevano dettato linee guida *ex professo* dedicate al processo minorile, le quali si mostrano però aperte a una molteplicità di soluzioni, lasciando ai legislatori dei singoli Stati di stabilire quali misure, in concreto, consentano di adeguare l'ordinamento nazionale a tali principi.

L'impressione, a fronte del procedere aperto di tali clausole, è che ottemperare ad esse potrebbe non coincidere con l'applicazione, *tout court*, dell'intero *corpus* di regole sul "giusto processo", pensate per altre giurisdizioni ma ipostatizzate a modello unico valido, in tutto e per tutto, anche nei procedimenti civili minorili; ed infatti non sono mancate, tra molte voci di diverso orientamento, opinioni assai caute

* Professore ordinario di diritto privato presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università 'Carlo Bo' di Urbino.

al proposito, specie riguardo alle possibili eterogenesi dei fini scaturibili dall'accentuato protagonismo della classe forense nei procedimenti in parola¹.

Tuttavia il disposto di cui all'art. 111 Cost. e le disposizioni del diritto internazionale minorile sono stati letti, in tutt'altra prospettiva, l'uno alla luce delle altre e viceversa, secondo uno sviluppo di reciproca implementazione di significato che ha condotto ad un modello auspicato di processo minorile perfettamente articolato tra i soggetti, incluso il minore, tutti portatori di diritti soggettivi sostanziali e di identici diritti processuali².

Ma, come è stato osservato, tipizzare in schemi preconfezionati le regole del "giusto processo", adattandole poi a tutte le tipologie di controversie in maniera indifferenziata e senza una ponderata valutazione degli interessi sostanziali, può facilmente condurre ad effetti opposti da quelli auspicati dalla norma costituzionale³. Non è un caso, del resto, che ben prima del costituirsi dell'ordinamento minorile e del suo giudice specializzato, tutto scorresse nell'ambito del rito contenzioso ordinario, come se il giudice fosse chiamato a dirimere un qualsiasi conflitto tra le parti e non a tutelare un interesse che non è propriamente in funzione della lite stessa⁴.

È dunque con preoccupazioni di segno diverso che gli interpreti ed in particolare i giudici minorili hanno affrontato questi primissimi tempi di applicazione delle nuove norme sui procedimenti minorili in materia di adottabilità e di limitazione della potestà dei genitori, tracciate senza molta precisione dal legislatore, individuando le regole sottostanti ed ancora inesprese dai nuovi modelli normativi, nonché le esigenze irrisolte e gli aggiustamenti da proporre al legislatore futuro; ammesso che di aggiustamenti e non di una nuova riforma si debba trattare.

Lungi - per esigenze di spazio, ma anche per la scarsa capacità dell'autore - dal potere tracciare un panorama completo delle questioni poste da questo primo periodo di "rodaggio" iniziato dal 1 luglio 2007, nelle righe che seguono intendo semplicemente segnalare alcuni problemi emersi nella prassi ed alcune possibili frizioni con il dettato legislativo delle soluzioni di volta in volta individuate, specie in materia di rappresentanza e difesa del fanciullo, di consueto definito "parte" nel nuovo processo minorile, ma secondo una pluralità di accezioni tra loro spesso non coincidenti.

2. I procedimenti per l'adottabilità del minore

¹ Emblematico in tal senso, L. Sacchetti, "La difesa nei procedimenti minorili", in *Fam. e dir.*, 2001, pp. 567 ss.; ID, "La nuova legge dell'adozione interna: problemi e prospettive", in P. Morozzo della Rocca, *Le nuove regole delle adozioni*, Napoli, 2002, pp. 65 ss.

² In questa diversa prospettiva, tra i più netti mi pare essere G. Sergio, "La tutela civile del minore", in *Trattato dir. fam. diretto da Zatti*, vol. VI, a cura di L. Lenti, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, Giuffrè; Milano, 2002, 53 ss.

³ Annunziata, *Il processo nel diritto di famiglia*, Padova, 2006, p. 256; Pricoco, "L'obbligo del patrocinio non porta allo stravolgimento del rito camerale", in *Famiglia e minori*, 2007, 9, p. 14.

⁴ Cfr. G. Campanato, in G. Campanato, V. Rossi, S. Rossi, *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale*, Cedam, Padova, 2005, pp. 168 e 231; A. Vaccaro, "La necessità di adeguare il procedimento civile minorile ai principi del giusto processo", in *Minorigiustizia*, 2003, 2, p. 275.

Come è noto, nel nuovo processo per l'adottabilità del minore è caduta la procedibilità di ufficio e si è attribuito al procuratore della Repubblica il monopolio dell'azione davanti al tribunale per i minorenni, presso il quale si svolge ora un procedimento a cognizione piena, con l'instaurazione sin dall'inizio del contraddittorio tra le parti, assistite obbligatoriamente da un difensore tecnico; ciò che ha comportato, dunque, l'ingresso nella giurisdizione civile minorile del difensore d'ufficio, pur senza ben delineare, dal punto di vista ordinamentale e disciplinare, quali debbano essere i requisiti e le funzioni di questo protagonista del processo minorile, sia di adottabilità che di limitazione della potestà.⁵

Ma il rispetto del contraddittorio è tema che si sarebbe potuto anche porre nella fase prodromica al processo, quella in cui, come recita il nuovo testo dell'art. 9 della legge n. 184/1983, il procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni assume le necessarie informazioni ed eventualmente presenta il ricorso per l'adottabilità del minore al tribunale. Come è stato osservato, se davvero si vogliono rispettare i principi del giusto processo, in questa fase prodromica il procuratore dovrà limitarsi a svolgere indagini di mero fatto, "*non estese ad accertamenti che, nella nuova procedura, dovranno essere svolti nel contraddittorio fra le parti*"⁶.

V'è il rischio, ovviamente, di una qualche lentezza delle procure minorili, dall'esile muscolatura civile, nell'assumere informazioni e nel proporre ricorso⁷. Un rischio fortemente amplificato dalla inopportuna esclusività del potere di azione, la quale conduce ad una almeno teorica irrimediabilità delle eventuali omissioni dell'ufficio. Infatti, nei casi in cui il procuratore della Repubblica decida, a torto o a ragione, di non promuovere l'azione, egli si sarà già trasformato in giudice dell'adottabilità, senza che sia stata offerta alcuna garanzia processuale alle parti interessate ed in particolare al minore, che nemmeno potrà essere ascoltato⁸. Solo con la proposizione del ricorso, infatti, si apre tecnicamente il procedimento presso il tribunale e si rende dunque necessaria l'applicazione delle garanzie processuali previste dalla riforma.

In primo luogo (vale a dire: prima di ogni ulteriore e necessaria attività di accertamento) il giudice - ai sensi dell'art. 10, nuovo testo, della legge n. 184/1983 - avvisa "*i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore. Con lo stesso atto il presidente del tribunale per i minorenni li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano. Tali soggetti, assistiti dal difensore, possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice.*"

⁵ Al riguardo, G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civile e penali*, Torino, 2005, passim.

⁶ L. Fadiga, "L'adozione dei minori - Il procedimento", in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, vol. III, Bologna-Roma, 2007, p. 668. G. Calcagno, "Il ruolo del pubblico ministero nel procedimento civile e nel procedimento penale minorili", in *Dir. fam. pers.*, 2006, 3, p. 1357, definisce l'attività conoscitiva del pubblico ministero minorile, in questa fase, come atti di pre-indagine.

⁷ L'ipotesi più probabile di lavoro, nelle attuali condizioni, è che il pubblico ministero, preso dai procedimenti penali, faccia ricorsi ben poco articolati sui quali penserà il giudice a fare la vera istruttoria. In tal senso G. Calcagno, *op. cit.*, p. 1358.

⁸ L. Fadiga, *op. cit.*, p. 669.

Con l'avviso dovrà essere notificato ai genitori o parenti del minore il ricorso del procuratore della Repubblica minorile, fissando celermente l'udienza di comparizione delle parti⁹.

Ma è sulla posizione formale del minore nel processo che la legge palesa le sue maggiori e più gravi ambiguità. Ad iniziare dall'art. 8, comma 4, come riformulato dalla legge n. 149/2001, a termini del quale “*il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori ...*” interpretato da molti nel senso della predisposizione di un “*procedimento multilaterale*” nel quale il minore sarebbe divenuto parte sia in senso sostanziale che formale, con la conseguente necessità di nominargli un rappresentante *ad hoc* nel processo e di assicurargli una difesa legale propria¹⁰; ma interpretabile anche nel senso di “*un'unica assistenza legale per il minore e per i genitori*”¹¹. Del resto, l'art. 10, comma 2, prevede la nomina di un difensore di ufficio per i genitori, ma non dice nulla riguardo al minore; ed infine gli artt. 15, comma 3, e 16, comma 2, della legge danno solo come eventuale l'esistenza del tutore e del curatore speciale del minore al momento in cui occorra notificare alle parti la sentenza sull'adottabilità, senza nulla dire circa le ragioni ed i casi nei quali detta esistenza debba o non debba verificarsi¹².

Di fronte alle ambiguità espressive del legislatore buona parte della dottrina e alcuni giudici minorili sono tuttavia convinti della irrinunciabilità della immediata nomina di un curatore speciale (ove non esista già un tutore) che a sua volta indichi un difensore. Va da sé, poi, che nel momento in cui interviene pronuncia di sospensione o decadenza dalla potestà dei genitori, al minore dovrà essere comunque nominato un tutore provvisorio per la cura complessiva della sua persona, figura incompatibile con quella del curatore speciale; e si porrà anche a questo riguardo l'interrogativo circa l'obbligatorietà della difesa tecnica su nomina di quest'ultimo oppure d'ufficio.¹³

Gli argomenti principali di tale esegesi, oltre al testo stesso della legge - che di per sé, come abbiamo visto, è poco affidabile; e forse addirittura sfavorevole - sono stati colti proprio nell'inderogabilità del principio del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost.; ed ancora nell'art. 4 della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori¹⁴; nonché, secondo due diverse opzioni, nell'art. 9 oppure nell'art. 12 della Convenzione O.N.U. sui diritti del fanciullo¹⁵, considerata direttamente

⁹ Ancora L. Fadiga, *op. cit.*, 672.

¹⁰ In tal senso, tra molti, C. Marcucci, “Le garanzie che occorre rendere effettive: l'avvocato del bambino e l'ascolto del bambino”, in *Minorigiustizia*, 2003, 2, pp. 293 ss.

¹¹ Nel primo senso, ma segnalando come conforme all'intenzione del legislatore storico la seconda opzione interpretativa: L. Fadiga, “Minore, famiglia, processo: esigenze di tutela, esigenze di garanzia”, in *Dir. fam. pers.*, 2006, 3, pp. 1251 s.

¹² Se ne lamenta, giustamente, M.G. Ruo, “La volontà del minore: sua rappresentanza e difesa nel processo civile”, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1373.

¹³ Cfr., ad esempio, il documento fatto circolare da Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, sintesi della riunione di ufficio del 18 ottobre 2007 sull'applicazione della legge n. 149/2001, dal quale risulta che, avvenendo immediatamente la sospensione della potestà genitoriale e la nomina del tutore provvisorio, cui segue, nella prassi di quel Tribunale, anche la nomina del difensore, non si dà mai luogo alla nomina di curatori speciali.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, G. Sergio, *op. cit.*, p. 60.

¹⁵ Privilegia questa prima opzione ermeneutica S. Ruffini, “Il processo civile di famiglia e le parti: la posizione del minore”, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1262.

applicabile nell'ordinamento nazionale¹⁶, da cui la Corte costituzionale, con la sentenza n. 1 del 30 gennaio 2002, ha ritenuto di potere affermare la posizione di parte, almeno in senso sostanziale, del minore in ogni processo che lo riguardi.

Ma in effetti in quella occasione il Giudice delle leggi si è pronunciato con una sentenza interpretativa di rigetto su un procedimento relativo alla limitazione della potestà e non di adottabilità; ed anzi, uno dei vizi di incostituzionalità segnalati dal rimettente derivava proprio dalla lamentata deteriore disparità di trattamento del procedimento relativo alla potestà rispetto alla procedura per l'accertamento dell'adottabilità, in quanto in essa, a differenza che in quello, l'ascolto del minore risultava, secondo il rimettente, già garantito. Ed è proprio sull'obbligo giuridico dell'ascolto del minore nel procedimento - non, in effetti, sulla necessità di attribuirgli sempre e comunque un rappresentante ed un difensore - che la Consulta si pronuncia, segnalando la vigenza all'interno del nostro ordinamento dell'art. 12 della Convenzione dell'O.N.U., idoneo *“ad integrare - ove necessario - la disciplina dell'art. 336, secondo comma, cod. civ., nel senso di configurare il minore come «parte» del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ.”*¹⁷

Vero è che la legge n. 149/2001 viene richiamata dal Giudice delle leggi e riconosciuta come generalmente attributiva *“al minore (nonché ai genitori) della qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni”* nei procedimenti che lo riguardano. Ma è anche evidente, dal contesto dell'intera pronuncia e dal richiamo fatto in essa all'art. 12 della Convenzione O.N.U., che la qualità di “parte” è tradotta nell'obbligo della sua partecipazione (diretta o, quando ne sia il caso, tramite rappresentanti) secondo corrette modalità di ascolto.

Se invece (come però credo non sia il caso) il Giudice delle leggi e la stessa Convenzione O.N.U. avessero davvero inteso l'attribuzione della qualità di “parte” in senso formale e con completezza di effettività, allora non vi sarebbe dubbio che l'adesione alla pronuncia della Consulta implicherebbe che al minore stesso debba essere sempre ed in ogni caso nominato un rappresentante, in ragione della sua posizione processuale differenziata rispetto a quella dei genitori; ed il rappresentante dovrebbe, poi, stare in giudizio con l'assistenza di un difensore in ragione delle nuove regole di cui all'art.10 della legge n. 149/2001.

Diversamente, la qualità di parte mi pare riferita alla sfera, tutta sostanziale, dell'ascolto e della presa in considerazione della volontà del minore, mentre la nomina del curatore speciale del minore nel processo è lasciata alla valutazione del giudice.

Cosa dire, allora, dell'opportunità o meno di nominare un curatore speciale al minore nel procedimento di adottabilità? Può forse osservarsi che l'apertura di detto procedimento è l'esito di un ricorso del procuratore della Repubblica minorile e

¹⁶ Nel dibattito sulla efficacia diretta di singole norme della Convenzione o del suo intero disposto sembrano imporsi esigenze di coerenza del sistema e di certezza del diritto, in ragione delle quali, piuttosto che affrontare una puntigliosa ricerca delle disposizioni applicabili e di quelle non applicabili converrebbe muovere dalla generale applicabilità della Convenzione, nel suo insieme. In tal senso, Courbe, *“L'application directe de la Convention des Nations unies sur les droits de l'enfant”*, in *Dall., Chr.*, 2006, pp. 1487 ss.

¹⁷ Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Giust. Civ.*, 2002, I, pp. 551 ss.

richiede certamente un ampio riconoscimento delle garanzie processuali a tutela delle ragioni dei genitori, in contraddittorio con la parte pubblica che chiede la cancellazione del rapporto di filiazione biologica nell'interesse del minore.

Il procuratore della Repubblica minorile porta in processo l'interesse del minore, invero tutto da verificare, consistente, in senso finalistico, nel diritto di quest'ultimo a poter crescere in una famiglia idonea alla sua educazione. Nel portare tale interesse egli è, nel contempo, attore dell'interesse pubblico al rispetto di un diritto fondamentale della personalità del minore che trova qui tutela in via oggettiva; e cioè anche a prescindere dalla volontà di esercizio del diritto da parte del suo titolare.

Il minore sembra dunque poter trovare, in linea tendenziale, adeguata difesa nel contraddittorio conseguente all'azione del procuratore della Repubblica minorile, che è funzionalizzata, ex art. 73 ord. giud., alla tutela dei suoi interessi, cui si oppongono i suoi genitori o parenti, ai quali l'attuale disciplina riformata garantisce la possibilità di costituirsi sin dall'inizio del procedimento; ed anzi, l'art. 10, comma 2, sembra configurare la possibilità piuttosto anomala e forse solo apparente che, persino nel pieno disinteresse dei genitori per il processo, questi siano comunque difesi d'ufficio. Non di meno il giudice, specie se percepisce una qualche anomalia nel contraddittorio riferibile alla posizione dei genitori o del procuratore della Repubblica minorile, potrà provvedere alla nomina del curatore speciale; e quest'ultimo alla nomina del difensore.

Diverso sarebbe se anche al minore fosse stata riconosciuta dal legislatore la facoltà di chiedere per se stesso la pronuncia di adottabilità a causa dell'inidoneità dei genitori, eventualmente esprimendo una volontà dissenziente rispetto alla decisione del procuratore minorile di non ricorrere al tribunale; ma una volta instaurato il processo il suo interesse finale viene in effetti a coincidere con la posizione dell'una o dell'altra delle parti che affermano o negano la sua adottabilità. Il minore non è, dunque, una terza parte in senso stretto, sebbene sia il soggetto nel cui unico interesse è stato avviato il procedimento; interesse ad essere allontanato dai genitori in modo definitivo o, viceversa, a rimanere inserito in quella stessa famiglia di cui il procuratore abbia segnalato la possibile definitiva inidoneità ad allevarlo.

Il minore è invece "parte" nel senso, più circoscritto, del suo diritto di partecipazione al procedimento, con un diritto intangibile all'ascolto¹⁸. Ciò lascia impregiudicata la possibilità per il giudice minorile di nominargli, se del caso, un curatore speciale che lo rappresenti in luogo dei genitori, non essendovi od essendo revocato il tutore; e comunque sino alla nomina di una figura tutoria nuova e non specialmente limitata alla rappresentanza processuale. In tal senso, il fatto che la

¹⁸ Al riguardo, potrebbe parlarsi di una posizione "intermedia tra la qualità formale di parte e la qualità di soggetto protagonista, ma inerte, del procedimento". Così J. Long, "Le garanzie processuali dell'affidamento extrafamiliare: un esempio di adeguamento, per via giurisdizionale, dei procedimenti camerale minorili al giusto processo", in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1109. Tra i diritti derivanti da tale posizione processuale intermedia l'autrice indica anche il diritto alla nomina di un curatore speciale ed il diritto alla difesa tecnica, ma riterrei che l'affermazione sia corretta solo riguardo ai provvedimenti *de potestate* e non nel diverso ambito del procedimento di adottabilità, dove la nomina del curatore speciale (e la conseguente individuazione di un difensore) può essere lasciata alla discrezionalità del giudicante in ragione dell'attività del procuratore minorile, già nettamente in contraddittorio con i genitori del minore.

sentenza conclusiva del giudizio di adottabilità debba essere notificata, ai sensi dell'art. 15, comma 3, al curatore speciale (solo) se esiste, sembra in effetti indicare la facoltatività della sua nomina da parte del giudice del procedimento¹⁹.

Questa soluzione permette, tra l'altro, di scongiurare il formarsi di una "economia di proseguimento" del processo che sia sollecitata dall'interesse professionale più che dall'interesse minorile. Una cosa è, infatti, attribuire al minore un rappresentante e l'assistenza di un legale quando particolari esigenze rilevate dal giudice lo richiedano; altro è, invece, creare un pur piccolo mercato di nicchia, con i suoi interessi di corpo da contemperare di volta in volta con il concreto interesse del minore; specie ove fosse confermata la prassi, ad oggi consueta in varie sedi giudiziarie, che vede coincidere la persona del rappresentante (ufficio per legge gratuito) e quella del difensore (ufficio per legge retribuito).

3. I procedimenti di limitazione della potestà

I provvedimenti incidenti sulla potestà genitoriale "*sono adottati su ricorso dell'altro genitore, dei parenti o del pubblico ministero e, quando si tratta di revocare deliberazioni anteriori, anche del genitore interessato*"²⁰. Il minore, dunque, non è contemplato tra i possibili ricorrenti; e ciò pare sintomatico di una più complessiva questione di sistema sulla quale occorre soffermarsi un poco. Il nostro ordinamento pare infatti orientato a riconoscere la legittimazione del minore a proporre ricorso o ad intervenire spontaneamente nel processo, quando non sia il giudice stesso a chiamarlo in causa, solo in casi specifici²¹.

Non pare purtroppo sufficiente, al fine di affermare una più generale legittimazione ad causam del minore, il solo fatto che l'art. 336, comma 4 cod. civ. disponga per la necessaria assistenza legale dei genitori e del minore²². Infatti, anche a voler ignorare l'oggettiva ambiguità della norma, questa presuppone comunque l'apertura già avvenuta del procedimento, secondo quanto disposto dal comma 1 del medesimo art. 336 cod. civ. Il problema che ci poniamo non è, infatti, quello della capacità del minore di stare nel processo, ma quello della sua legittimazione ad instaurarlo al fine di fare valere un proprio interesse.

Sul punto è tuttavia evidente la contraddizione, se non la dimenticanza, nella quale è incorso il legislatore, anche a fronte del fatto che invece, sul piano dei suoi diritti patrimoniali, l'art. 321 cod. civ. consente al minore di chiedere personalmente al giudice la nomina di un curatore speciale per il compimento degli atti di

¹⁹ Così P. Pazè, "Tutela e curatela dei minori", in *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, vol. VI, cit., p. 275. In senso opposto L. Fadiga, *L'adozione dei minori, cit.*, p. 673, ritiene che la nomina del curatore speciale, ex art. 78, comma 2 cod. proc. civ., sia comunque necessaria perché altrimenti il minore dovrebbe partecipare al processo tramite il suo rappresentante legale, che è ancora il genitore ma che si trova palesemente in conflitto di interessi.

²⁰ Nonostante il difettoso raccordo tra il comma 1 ed il comma 2 dell'art. 336 cod. civ., dovrebbe risultare chiaro all'interprete che entrambi i genitori devono comunque essere sentiti, anche per effetto dell'art. 9 della Convenzione O.N.U., assolutamente inderogabile.

²¹ È quanto osserva P. Pazé, "L'ascolto del bambino nel procedimento civile minorile", in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1338.

²² Come sostenuto da Secondo Ruffini, *op. cit.*, p. 1262,

straordinaria amministrazione, conformi al proprio interesse, che i genitori o il tutore si rifiutino di compiere o ne siano impediti²³.

Vero è, comunque, che il minore potrà rivolgersi al procuratore della Repubblica minorile, direttamente o attraverso i servizi sociali; come forse è vero, pure, che egli potrà rivolgersi informalmente direttamente al tribunale minorile in quei casi nei quali siano configurabili le condizioni per l'adozione dei provvedimenti di urgenza ed a carattere ufficioso di cui all'art. 336, comma 3, cod. civ.

Esistono due soluzioni opposte al dilemma sulla legittimazione all'azione del minore: la sua negazione, salvo i casi previsti dalla legge oppure, all'opposto, la sua generalizzata affermazione, asserendo come regola di principio generale la sua legittimazione ad agire, seppure mediante la nomina di un curatore speciale, ai sensi dell'art. 78 cod. proc. civ.

Quest'ultima norma potrebbe però avallare una soluzione mediana, suggerendo all'interprete due classi aperte di situazioni nelle quali, attraverso la nomina di un curatore speciale, il minore può fare valere i suoi diritti in giudizio, anche promovendo l'azione: quando vi sia una situazione di urgenza (che si profila nei casi in cui sarebbe altrimenti soggetto a rischio irreparabile un suo diritto fondamentale) e quando vi sia un conflitto di interessi con il suo rappresentante legale, rimasto inerte riguardo ad un'azione opportuna, quale potrebbe essere la limitazione o sospensione della potestà dell'altro genitore, dell'unico genitore o di entrambi. Ecco perché, esclusa l'ipotesi di legittimazione del minore a proporre l'azione per la dichiarazione della sua propria adottabilità (essendo questa riservata espressamente dal legislatore, con norma speciale e dunque prevalente al solo pubblico ministero) una diversa azione potrebbe invece essere ammessa, in via interpretativa, riguardo a procedimenti che per definizione riguardano i diritti della personalità del minore, soprattutto se si tratti di "grandi minori", capaci di elaborare proprie valutazioni sul comportamento genitoriale.

A questo riguardo va ricordato che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo - capace di giurisdizione diretta a tutela dei diritti fondamentali della persona e con efficacia nel nostro ordinamento - ha riconosciuto la legittimazione ad agire del minore contro atti di esercizio della potestà genitoriale che siano lesivi del suo diritto alla salute e della sua libertà²⁴. V'è dunque la concreta possibilità che, in casi particolarmente significativi, il diniego di azione al minore possa subito aprirgli la strada ad un fondato ricorso presso la Corte di Strasburgo.

4. La rappresentanza degli interessi nei procedimenti di potestà

Nella nuova formulazione dell'art. 336 cod. civ. la novità di maggior rilievo è data sicuramente dall'aggiunta dell'ultimo comma ad opera dell'art. 37 della legge n. 149/2001, ove è prevista l'assistenza del difensore per i genitori ed il minore, ma non per gli altri parenti che tuttavia potrebbero avere introdotto l'azione. Per quanto ciò

²³ Contraddizione che non sfugge agli interpreti. Cfr., ad esempio, G. Campanato, *La tutela giuridica, cit.*, p. 166.

²⁴ In argomento, F. Tommaseo, "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", in *Fam. dir.*, 2007, p. 410.

possa apparire incongruente, ne deriva l'incapacità solo per i genitori e il minore di stare in giudizio personalmente, con la conseguente impossibilità di sottoscrivere personalmente il ricorso e gli altri atti difensivi; ma questo può forse spiegarsi per il fatto che il procedimento non inciderà sulla sfera giuridica dei parenti, se non nell'eventualità che taluno di essi possa essere successivamente onerato dell'ufficio tutorio a causa della decadenza dalla potestà dei genitori.

Peraltro, questa importante novità legislativa pone un enorme interrogativo di politica giudiziaria sul senso del ministero del difensore nel processo; ammesso che di ministero si tratti e non della sola assistenza tecnica²⁵. Se l'orientamento già oggi prevalente rimarrà quello di considerare l'assistenza del legale nei procedimenti di volontaria giurisdizione un patrocinio in senso stretto, con conseguente impossibilità della parte di compiere personalmente gli atti del giudizio²⁶, ci si dovrà porre più seriamente il problema della difesa legale dei soggetti più fragili e più marginali (quelli, proprio, nei cui confronti più facilmente vengono avviati procedimenti relativi alla potestà). Sono questi ultimi, infatti, ad avere le maggiori difficoltà nel trovare un legale di fiducia, nonostante il formale avviso di doverlo procurare.

Invero, una volta affermata per condivisibili ragioni la necessità dell'assistenza legale in giudizio²⁷, la preoccupazione per l'effettività dei diritti dovrebbe anche spingersi sino ad assicurare - d'ufficio e quando necessario col patrocinio a spese dello Stato - una difesa legale a tutti i soggetti nei cui riguardi sono stati instaurati, per iniziativa del pubblico ministero o di terzi legittimati, procedimenti volti a incidere sulle loro situazioni giuridiche soggettive di relazione familiare.

Ma non pare che questa sia, ad oggi, la situazione dei procedimenti minorili civili di cui alla legge n. 184/1983, come riformata dalla legge n. 149/2001.

Infatti l'art. 143 del D.P.R. n. 115/2002, (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia) nel disciplinare l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in detti procedimenti fa genericamente salve le altre norme previste dal testo unico stesso, riguardo ai limiti di reddito, nonché "*per la documentazione e per ogni altra regola procedimentale relativa alla richiesta del beneficio*". Ne consegue, sostanzialmente, l'esclusione dal beneficio dei cittadini extracomunitari non regolari, mentre permangono alcune difficoltà, sotto il profilo documentale, per il riconoscimento in concreto di questo diritto a chi pure, in astratto, ne avrebbe titolo²⁸. Ed è seriamente da chiedersi se una disposizione che impone la difesa legale al soggetto che voglia difendersi in giudizio (pur non avendo i mezzi per pagarsi un avvocato e pur essendo escluso dal gratuito patrocinio) sia compatibile con l'art. 24 Cost. e con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti

²⁵ Il problema si pone anche per i procedimenti di adottabilità. L. Fadiga, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, Zanichelli, Bologna-Roma, 2007, p. 674, nt.36, ritiene che, in ossequio alla lettera della norma, l'art. 10 introduca l'assistenza e non il ministero del difensore, sicché i genitori potrebbero stare in giudizio personalmente, purché "assistiti" da un legale. In senso contrario Pricoco, "L'obbligo del patrocinio non porta allo stravolgimento del rito camerale", in *Famiglia e minori*, 2007, 9, 14, che ritiene ministero quello del difensore legale in entrambi i tipi procedurali.

²⁶ Cfr. Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, sintesi, cit., 4.

²⁷ Cfr., al riguardo, G. Sergio, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ Su questo: Trib. min. Piemonte, Sintesi cit., 5; L. Fadiga, in *Trattato dir. fam.* diretto da P. Zatti, vol. VII, *Aggiornamenti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 377.

dell'uomo: due norme apicali entrambe invocabili dal privato e giustiziabili, in ultima istanza, da due Alte Corti; la seconda delle quali ben poco sensibile ai condizionamenti di politica interna provenienti dagli Stati membri.

Essendo rimasti regolati dal rito camerale, si pone per i procedimenti relativi alla potestà un serio interrogativo circa le regole del giusto processo ivi applicabili. E non di poco conto, in argomento, sono le indicazioni provenienti prima dalla già commentata decisione della Corte costituzionale, n. 1/2002 e, più di recente, dall'ordinanza del Supremo Collegio, n. 8362/2007²⁹.

Nel decidere su di un regolamento di giurisdizione riguardante la competenza in materia di statuizioni patrimoniali connesse all'affidamento ai genitori naturali, la Cassazione ha infatti richiamato, in una con l'esigenza di concentrazione del giudizio presso un unico giudice, ai fini della ragionevole durata del procedimento, anche quella di rispettare il principio costituzionale di eguaglianza tra figli legittimi e naturali, assicurando a questi ultimi idonee garanzie processuali nel procedimento camerale presso il giudice minorile.

In effetti, il procedimento minorile ha risentito e a tutt'oggi risente negativamente dell'idea per cui, trattandosi di volontaria giurisdizione, le ragioni processuali delle parti possono essere sminuite, trovando così nella presunzione di sufficiente cura dell'interesse del fanciullo da parte del giudice pericolose vie di fuga. È quindi accaduto, nella prassi, che siano state spesso sottovalutate o semplicemente eluse doverose attività procedimentali, con ripercussioni tragiche sia sui tempi delle decisioni che sulla loro avvedutezza³⁰.

Di qui il convincimento da parte di molti che non basti più affermare l'inderogabile diritto del minore ad essere ascoltato e quindi a contraddire personalmente ma occorra, ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 2 cod. civ. e 78 cod. proc. civ. che egli sia rappresentato nel processo da un curatore speciale ogni qual volta si configuri un conflitto di interessi con il legale rappresentante, piuttosto probabile in questo tipo di procedimenti.

Il curatore speciale del minore potrà quindi essere nominato dal giudice minorile; e non dal pubblico ministero, egli stesso parte ed eventuale ricorrente. In tal modo si evita di favorire sin dall'inizio collateralismi tra il rappresentante processuale del minore e una delle parti, rimanendo la sua nomina espressione della terzietà del giudice.

²⁹ Cass. civ., 3 aprile 2007, n. 8362, in *Fam. Pers. Succ.*, 2007, p. 509, con nota di F. Danovi, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile*; nonché in *Fam. dir.*, 2007, 446, con nota di F. Tommaseo, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la Cassazione conferma (ed amplia) la competenza del tribunale minorile*. Cfr. anche Marino, "Provvedimenti riguardanti i figli naturali e competenza del tribunale minorile", in *Fam. dir.*, 2007, pp. 889 ss.

³⁰ Per una esemplificazione eloquente di tali prassi: decr. Trib. min. Roma, 12 ottobre 2004, ampiamente e criticamente vagliato dalla Corte d'Appello di Roma, 27 giugno 2006 la cui difforme decisione è pubblicata in *Dir. fam. pers.*, 2006, pp. 1084 ss. (ovviamente errata l'epigrafe riferita alla Corte torinese) con meditata nota adesiva di J. Long, *op. cit.*, pp. 1092 ss. Emerge dal dispositivo della decisione di appello la sciatta e lenta proceduralità del tribunale, con il *pendant* della ben poco affidabile attività del servizio sociale, pretesi padroni assoluti di un procedimento tendente a svilire il ruolo delle parti e del difensore: affidamenti improvvisamente falliti dopo anni che tutto sembrava andare bene, in curiosa coincidenza con l'azione della madre per ricongiungersi con i figli; istanze dei difensori per potere visionare i fascicoli prive per mesi e mesi di risposta; il mancato ascolto di minori ormai in età e dei loro fratelli maggiorenni.

Vero è che, secondo la lettera dell'art. 79 cod. proc. civ., l'istanza volta alla nomina del curatore speciale potrebbe essere presentata dal pubblico ministero minorile o da un'altra delle parti del procedimento (incluso il minore stesso), ma ciò non esime il tribunale minorile dal nominarlo d'ufficio quando sia il caso, conformemente allo spirito dell'art.111 Cost. e della Convenzione di Strasburgo del 1996; anche perché sarebbe ben curioso che il giudice, unico legittimato a valutare l'esistenza o meno del conflitto di interessi tra il minore ed il legale rappresentante, di cui la nomina del curatore costituisce l'atto conseguente e necessario, non possa tenere autonomamente conto di detto conflitto quando abbia avuto modo di constatarlo a seguito dell'instaurarsi del procedimento.

Ed infatti, sulla base di simili considerazioni, la giurisprudenza di legittimità ha da tempo ammesso la procedibilità di ufficio alla nomina del curatore del minore di cui al diverso caso contemplato dell'art. 320 cod. civ. in presenza di un conflitto di interessi di ordine patrimoniale con il rappresentante legale³¹.

In un clima culturalmente molto frastagliato - nel quale vi sono giudici minorili che continuano ad utilizzare ampiamente ed abusivamente le potenzialità procedurali di urgenza di cui all'art. 336, comma 3 cod. civ.³², negligendo gravemente i diritti di difesa dei genitori mentre altri, invece, si interrogano assai più virtuosamente sul perfetto modello di contenzioso - si collocano gli interrogativi sulla rilevanza e sulla possibile consistenza del conflitto di interessi tra il minore ed i genitori.

Ragionando in astratto, si potrebbe osservare che una situazione di conflitto di interessi è sempre e previamente sussistente nei procedimenti relativi alla potestà genitoriale.³³ In tal senso, anzi, è non di rado richiamata la giurisprudenza di legittimità, secondo cui è ravvisabile *“un conflitto d'interessi (...) 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, anziché 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”*³⁴.

L'esattezza di questa linea interpretativa - la quale, se accolta, realizzerebbe un procedimento sempre formalmente trilatero - va però valutata con attenzione.

Essa si fonda, infatti, sulla trasposizione, nell'ambito dei procedimenti civili relativi alla potestà genitoriale, di considerazioni attinenti a profili di conflitto di interesse d'ordine meramente patrimoniale, disciplinati, come è noto, dall'art. 320 cod. civ., su cui è intervenuta la richiamata pronuncia del Supremo Collegio. Ed affermare che nell'uno come nell'altro caso sono in gioco i diritti soggettivi del

³¹ Così Cass., 9 aprile 1975, n. 1294, in *Dir. Fall.*, 1975, 2, pp. 674 s.

³² Su cui le allarmate riflessioni di F. Proto Pisani, “Su alcuni problemi attuali del processo familiare”, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 2535 ss.

³³ M.G. Ruo, *La volontà del minore, cit.*, parla di un conflitto immanente e strutturale; nello stesso senso Paladino, “La Convenzione di Strasburgo rende ‘implicita’ la valutazione sul conflitto di interessi”, in *Famiglia e minori*, 2007, 9, pp. 20 ss.

³⁴ Cass., 16 settembre 2002, n. 13507.

minore costituisce un esercizio di astrazione che può nuocere alla tutela dei minori stessi, fraintendendone gli interessi ed infragilendo ancor più la parte debole del procedimento. Anche perché, una volta stabilito il principio della necessità a priori del curatore, nonché difensore patrocinante del minore, l'interesse indiretto del curatore stesso alla prosecuzione del procedimento potrebbe non coincidere con l'interesse del minore.

Ma pure a tenere più prudentemente separate le funzioni e le persone del curatore speciale e del difensore del minore, la nomina del primo sembra avere senso solo se il minore, raggiunta la capacità di rendersi conto di ciò che gli sta accadendo, chieda di essere aiutato a difendere il proprio punto di vista o palesi altrimenti questa necessità, specie se vi sia contrasto con la posizione in concreto assunta dai genitori. Tali considerazioni - seppure opinabili, anche a fronte dell'ambigua formulazione legislativa di cui all'art. 336, comma 4 cod. civ. - ben si conciliano con le disposizioni di diritto internazionale riguardanti la partecipazione del minore nei procedimenti di suo interesse.

L'art. 9 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, dispone, ad esempio, che gli Stati prevedano la facoltà dell'autorità giudiziaria - e non l'obbligo - di nominare un rappresentante speciale al fanciullo nelle procedure che lo riguardano "*se, in virtù del diritto interno, coloro che hanno responsabilità di genitore si vedono privati della facoltà di rappresentarlo.*", mentre all'art. 4 invita gli Stati a consentire alla nomina del rappresentante speciale del minore su richiesta di quest'ultimo, qualora abbia sufficiente discernimento.

5. Rappresentanza nel processo e difesa legale

Già al momento dell'approvazione della legge n. 149/2001, ma soprattutto all'indomani della differita entrata in vigore delle disposizioni processuali al 1 luglio 2007, è stata espressa soddisfazione da una parte degli interpreti per quello che è stato visto come un sostanziale superamento della figura del curatore speciale per effetto dell'introduzione dell'avvocato del minore, figura nobilmente specializzata e deputata, ad un tempo, alla rappresentanza e alla difesa tecnica del fanciullo³⁵.

Attribuendo alle espressioni del legislatore la volontà, niente affatto certa, di rendere necessaria la presenza di un legale del minore in ogni procedimento che lo riguardi, e dando per scontata l'incompatibilità tra la difesa del genitore e quella del figlio, si è dunque supposto che il profilo tecnico del difensore, specializzandosi ulteriormente, potesse fagocitare quella del sostituto processuale, evitando l'affollamento delle figure lato sensu tutorie dell'interesse del minore nel processo. Operazione ermeneutica, questa, che parrebbe in effetti consentita, anche se non obbligata, dal combinato disposto degli artt. 8 e 10 della legge n. 184/1983 e 336 cod. civ. con l'art 86 cod. proc. civ., ove è ammesso che "*la parte o la persona che la*

³⁵ G. Dosi, "Una svolta nei giudizi de potestate e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minore", in *Famiglia e diritto*, 2007, 10, p. 954; Pascasi, "Nel "bagaglio" del legale abilità tecnica e capacità relazionali", in *Famiglia e minori*, 2007, 9, p. 28.

rappresenta o assiste, quando ha la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore", inducendo il giudice minorile a scegliere il curatore speciale del minore tra gli avvocati esperti in materia minorile e dunque in grado di stare in giudizio personalmente una volta nominati³⁶.

In senso contrario, altri hanno invece opposto la necessità di mantenere distinte le due funzioni di rappresentanza e di assistenza tecnica nei riguardi del soggetto altrimenti incapace di "stare" nel processo.

Il curatore speciale, sostituto del minore nel processo, è tenuto ad ascoltare e comprendere la volontà del minore, supplendo eventualmente alla incapacità di intendere e di volere di quest'ultimo, curandone comunque il migliore interesse sotto il profilo esistenziale, ciò che implica sicuramente un'attività di orientamento e l'onere di determinare una linea processuale. Al contrario, il ruolo e la figura istituzionale dell'avvocato impedirebbero, normalmente, la sua intromissione nella sfera esistenziale dell'assistito, sulla quale egli influisce limitatamente e dall'esterno, con un'attività di consulenza tecnico-giuridica che rappresenti le opportunità procedurali rispetto al fine perseguito dall'assistito. Diversamente dal curatore/rappresentante del minore, che è onerato di un ufficio imposto e non rinunziabile, quello dell'avvocato è un ministero sempre revocabile e rinunziabile, al fine di garantire coerenza tra il centro sostanziale del volere ed il suo esercizio tecnico-giuridico³⁷.

È piuttosto evidente quale siano i rischi paventati da questa seconda schiera di interpreti: quello, in primo luogo, che l'avvocato del minore, assunta la funzione anomala di decisore degli interessi sostanziali e processuali del suo assistito, non sappia farsene interprete in ragione del suo abito professionale naturale. Ancor più pessimisticamente, si potrebbe temere che col cumulo di due funzioni fisiologicamente distinte nella stessa persona si determini un conflitto di interessi, con prevalenza della convenienza professionale del difensore sull'interesse dell'assistito. Tanto più che, mentre al curatore speciale è impedito di percepire compensi per l'ufficio svolto, la regola opposta vale per il difensore del minore, sia egli difensore di fiducia o d'ufficio, applicandosi senza dubbio le norme sul patrocinio a spese dello Stato.

Mi pare, dunque, che il senso di questo dibattito debba essere portato sul terreno realistico delle possibilità di funzionamento del sistema, considerando le risorse disponibili o reperibili alla luce della disciplina che ne regola l'utilizzo.

Se infatti dovesse prevalere l'opinione estrema - a mio parere non condivisibile - che in tutti i procedimenti di adottabilità e relativi alla potestà il minore sia parte formale necessaria cui dovrà essere assicurata anche d'ufficio la difesa legale, sarebbe certamente opportuno nominare i curatori tra gli avvocati, sperando in una

³⁶ Così L. Fadiga, in *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, vol. VII, *Aggiornamenti*, Milano, 2006, p. 371; ID, *Minore, famiglia, processo, cit.*, p. 1255. In tal senso è la prassi di alcuni tribunali. Vedi ad esempio: Trib. min. Piemonte e Valle d'Aosta, sintesi della riunione di ufficio del 18 ottobre 2007 sull'applicazione della legge n. 149/2001.

³⁷ In tal senso, mi pare, le osservazioni critiche di M.G. Ruo, *La volontà del minore, cit.*, pp. 1380 s.; nonché A. Vaccaro, "La necessità di adeguare il procedimento civile minorile ai principi del giusto processo", in *Minorigiustizia*, 2003, 2, p. 281.

loro effettiva specializzazione. Il pur concreto rischio del conflitto di interessi è infatti meno temibile della sicura mancanza di risorse umane motivate e dell'eccessivo affollamento procedimentale. In questo modo, almeno, la teorica coercibilità dell'ufficio di curatore, a tutt'oggi esperibile solo a titolo gratuito, si coniugherebbe, almeno, con l'effettivo interesse professionale ad assumere la difesa legale del rappresentato, acquisendo così il diritto agli onorari derivanti da questa seconda attività.

Di certo, però, i costi per l'Amministrazione rimarrebbero ingenti a causa dell'aumentata attività forense in ogni procedimento, anche quando ciò sarebbe del tutto superfluo. Lo Stato dovrebbe infatti trovare le risorse per gli onorari degli avvocati, dato che i minori accedrebbero in gran parte al patrocinio a spese dello Stato.

Sotto questo punto di vista la situazione sarebbe tuttavia peggiore se l'avvocato del minore fosse ugualmente necessario ma venisse scelto dal curatore anziché essere nominato dal giudice nella persona del curatore stesso, se non altro perché ciò comporterebbe una maggiore oscillazione delle tariffe fuori dai casi del patrocinio a spese dello Stato, quando il minore disponga di propri redditi.

A diverse e migliori conclusioni si potrebbe giungere solo nel caso in cui prevalga nei tribunali l'idea che il giusto processo minorile si realizzi compiutamente, in primo luogo, garantendo il diritto di difesa ai genitori in procedimenti nei quali essi sono convenuti, subendo dunque l'azione già avviata da altri nel presunto interesse del minore. E questo, sia consentito segnalarlo almeno per inciso, in diversi tribunali non sempre avviene.

In questa prospettiva, la nomina del curatore del minore entro una cerchia di soggetti idonei (nota al giudice e distinta da quella dei difensori) rimane pur sempre possibile, ma andrebbe operata nei soli casi considerati opportuni dal giudice.