

ASCOLTO, RAPPRESENTANZA, DIFESA DEL MINORE IN GIUDIZIO IN QUANTO PARTE

di Gian Cristoforo Turri

1. Prima questione: la parola al minore e la parola a rappresentanti e organi appropriati...

La prima questione si pone nei seguenti termini: cosa significa dare la parola al minore (capace di discernimento: è solo di costui che parliamo) affinché possa esprimere le sue opinioni e darla, nel contempo, a qualcun altro, perché parli al posto suo?

La questione si pone, e si complica progressivamente, esaminando i tre quadri di riferimento normativi che la riguardano: la Convenzione di New York, la Convenzione di Strasburgo, la legge 149/2001.

1.1 Nella Convenzione di New York

La Convenzione di New York, che pure ha dato la parola al minore istituendo il rivoluzionario principio dell'ascolto, è alla base della questione.

Dice l'art. 12: "1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità.

2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

Fonte della criticità è l'aver previsto come alternativa all'ascolto diretto l'ascolto tramite un rappresentante o un organo appropriato.

Che senso ha, data la parola al minore capace di discernimento, assegnarla in alternativa a qualcun altro che si esprima al suo posto? Una cosa è dare la parola al minore stesso, cosa del tutto diversa è darla ad un altro per lui.

Si sarebbe potuto superare l'ambiguità, prevedendo nella Convenzione stessa o in successive determinazioni normative (internazionali o interne) che il rappresentante o organo deputato a parlare al posto del minore non potesse essere designato che dal minore stesso.

Oppure, ma non sembra un'interpretazione compatibile con il testo della Convenzione, attribuire all'Autorità che deve ascoltare il minore il potere di delegare l'audizione ad un rappresentante (dell'Autorità?) o ad un organo appropriato.

1.2. Nella Convenzione di Strasburgo

La Convenzione di Strasburgo, pur introducendo la possibilità indicata da ultimo¹, non risolve la criticità, ed anzi l'accentua, perché rende del tutto

¹ Vedi nota 4.

residuale e opzionale la facoltà del minore di designare il proprio rappresentante².

Recita, infatti, l'art. 5: "Le Parti esaminano l'opportunità di riconoscere ai minori ulteriori diritti azionabili nei procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria...: c) il diritto di designare il proprio rappresentante...". Essa non fa parte del contenuto vincolante della Convenzione, ma configura una mera possibilità di ampliamento dei diritti del minore, rimessa alla discrezionalità degli Stati-parte.

Di regola, invece, la Convenzione introduce il "rappresentante" come soggetto processuale, se non come legittimo contraddittore, designato su richiesta del minore (art. 4) o per iniziativa del giudice (art. 9), al fine di "parlare" per il minore e di esercitare i suoi diritti processuali.

Tale rappresentante può essere un avvocato.

Così, la rivoluzionaria innovazione del principio dell'ascolto del minore capace di discernimento regredisce nettamente con la riconsegna della parola agli adulti "rappresentanti", neanche designati dal minore (ancora una volta la cultura del mondo adulto che sale in cattedra e prevale), e devia verso la costruzione di un assetto processuale, in cui si prospetta il possibile contraddittorio con il minore stesso, che può diventarne "parte"³ e stare in giudizio con il ministero di un rappresentante-avvocato⁴. Prospettiva che da vita alla seconda questione che affronterò tra poco.

Stravolgimento, dunque, del diritto del minore di esprimere la propria opinione nel processo che lo riguarda. Perché che importanza avrà più la parola diretta del minore⁵, se in giudizio c'è qualcun altro che parla al suo posto ed esercita i suoi diritti nel processo?

E' vero che, in base all'art. 10, il rappresentante è tenuto a "rendersi edotto dell'opinione del minore e portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria", ma non si limiterà certamente a questo⁶. Dirà la sua con la "voce grossa" di adulto, sopraffacendo quella flebile del minore, ammesso che questi venga ammesso all'ascolto⁷.

² L'art. 2 definisce "rappresentante", una persona, come un avvocato, o un organo designato ad agire presso un'autorità giudiziaria a nome di un minore.

³ Ciò anche se la Convenzione sembra configurare come meramente eventuale tale esito. L'art. 5, infatti, prevede come possibilità per gli Stati- Parte di riconoscere al minore il "(d) il diritto di esercitare completamente o parzialmente le prerogative di una parte in tali procedimenti".

⁴ Artt. 4,1 e 9,1 Conv. Strasburgo.

⁵ Art. 6 "Nei procedimenti che riguardano un minore, l'autorità giudiziaria, prima di giungere a qualunque decisione, deve:... b) quando il diritto interno ritiene che il minore abbia una capacità di discernimento sufficiente... nei casi che lo richiedono, consultare il minore personalmente, se necessario in privato, direttamente o tramite altre persone od organi, con una forma adeguata alla sua maturità, a meno che ciò non sia manifestamente contrario agli interessi superiori del minore, permettere al minore di esprimere la propria opinione;"

⁶ Come è, invece, il caso del rappresentante del minore coinvolto in procedure di sperimentazione clinica, di cui alla Direttiva europea 2001/20/CE, recepita con Decreto Legislativo 24 giugno 2003, n. 211, che, all'art. 4, dispone che: a) sia stato ottenuto il consenso informato dei genitori o dell'altro genitore poter essere ritirato in qualsiasi momento senza che ciò comprometta il proseguimento dell'assistenza necessaria...". in mancanza di uno di essi o del rappresentante legale nel rispetto delle disposizioni normative vigenti in materia; il consenso deve comunque rispecchiare la volontà del minore e deve poter essere ritirato in qualsiasi momento senza che ciò comprometta il proseguimento dell'assistenza necessaria".

⁷ La Convenzione all'art.6, prevede un'ulteriore limitazione del diritto all'ascolto, in quanto consente di escluderlo "nel superiore interesse del minore".

1.3. Nell'ordinamento italiano

Il secondo atto della regressione del principio dell'ascolto del minore e della svolta verso il rito contenzioso del processo che vede il minore come parte si svolge nel nostro Paese con la legge 149/2001.

Dove riscontriamo: l'assenza di qualsiasi riferimento al principio dell'ascolto nei procedimenti di potestà e un'implementazione minima delle ipotesi di audizione già previste nella procedura di adottabilità e adozione⁸; pasticci sulla rappresentanza; introduzione della difesa tecnica obbligatoria per il minore⁹.

La parabola, nel senso di declino, del principio dell'ascolto del minore si conclude con la sentenza n. 1/2002 della Corte costituzionale. Sentenza assolutamente mirabile per avere definito di immediata applicazione in alcune parti la Convenzione di New York, ma che sul punto che interessa è sconvolgente. Osserva la Corte: "L'art. 12 della citata Convenzione - disposto al comma 1 che il fanciullo capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa - soggiunge al comma 2 che <<A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale>>". Tale prescrizione, ormai entrata nell'ordinamento, è idonea 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. (cfr. ordinanza n. 528 del 2000). E' questa una seria argomentazione dell'assunzione della qualità di parte in capo al minore?

2. Seconda questione: il minore "parte" del processo

Proprio sulla prospettiva che il minore diventi "parte", in senso tecnico, del processo s'innesta la seconda questione, che come abbiamo appena visto, è in qualche modo connessa alla prima. E all'assunzione del ruolo di parte consegue l'imposizione della difesa tecnica, che da luogo alla terza questione. La questione che si affronta ora è complessa, perché l'art. 111 Cost., modificato dalla L.cost. 2/1999, così si esprime: "1. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. 2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale...".

2.1 Nel procedimento penale e in quelli di *status*

Ho il massimo rispetto per l'art. 111 Cost. e ne condivido l'ispirazione.

⁸ La legge non contiene alcuna innovazione rispetto a quanto già previsto in tema di audizione del minore, a parte la precisazione che il minore deve essere "sentito" quando abbia raggiunto l'età di 12 anni ovvero risulti capace di discernimento.

⁹ Difesa tecnica di un avvocato che la Convenzione di Strasburgo prevedeva come meramente eventuale (si vedano gli artt. 2 e 9).

Bisogna, però, intendersi non tanto sul significato, che è chiaro, ma sull'ambito di operatività.

E' pacifico e non v'è nulla da recriminare sul fatto che il minore assuma il ruolo di parte nel procedimento penale e in quelli di *status*.

Nel penale, il processo s'innesta sul conflitto Stato-individuo, che s'impersona nel pubblico ministero e nell'indagato/imputato. Il diritto del minore all'educazione nel e attraverso il processo penale si aggiunge al diritto alla libertà di ogni persona indagata/imputata, ma non prevale sul diritto punitivo della Stato nell'interesse della società, con cui si confronta.

Nelle azioni di *status*, si controverte in ordine alla costituzione, modificazione, estinzione di uno *status* che riguarda e il minore e il "genitore" (o presunto tale) coinvolto e, più latamente, la famiglia, talchè è conseguente l'assunzione della qualità da parte in capo al minore ed ai soggetti contrapposti in una relazione, in un rapporto in cui sono connesse reciprocamente due o più identità ed i conseguenti diritti. Il rilievo che le più recenti riforme del diritto di famiglia hanno assegnato all'interesse del minore nella composizione della regola di giudizio in base alla quale va risolta la controversia non è tale da assurgere a esclusiva regola di giudizio, nella quale continuano ad occupare un posto importante i valori di veridicità e certezza degli *status*.

2.2 Nei procedimenti di separazione e divorzio

Nei procedimenti di separazione (di coppie coniugate e non) e di divorzio, il processo si svolge nel contraddittorio tra i componenti della coppia, che sono le parti del rapporto dedotto in giudizio, con intervento obbligatorio del pubblico ministero, che non è parte, e con importantissimi riflessi per i figli, quando ci sono, per quanto riguarda non solo l'affidamento e le modalità di relazione con i genitori, ma anche gli assetti abitativi ed economici.

Il fatto che le decisioni del giudice riguardo ai figli vengono assunte nel processo rende i figli parti del processo, anche se non sono parti del rapporto controverso? L'art. 111 Cost., che attiene esclusivamente al processo, trasforma le caratteristiche, l'area soggettiva del rapporto sostanziale dedotto in giudizio?

Penso di no. I rapporti sono quelli che sono e intercorrono tra i soggetti che ne sono sostanzialmente parti. Non diventano parti, neanche meramente processuali¹⁰, soggetti che, come i figli nella cause di separazione, sono

¹⁰ Con sentenza n. 528/2000, dichiarò inammissibile la questione di illegittimità costituzionale delle norme processuali relative al procedimento di potestà che la Corte d'appello di Genova - sezione specializzata per i minorenni - aveva sollevato in relazione agli artt. 24, secondo comma, 2, 3, secondo comma, 30 e 31 della Costituzione, in quanto non prevedevano la nomina di un curatore speciale che rappresentasse in giudizio il minore.

In precedenza, analoga questione e per gli stessi motivi era stata sollevata dal Tribunale di Genova con riguardo agli artt. 5, primo comma (in relazione all'art. 6 secondo comma) della legge 1 dicembre 1970 n. 898 ("Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio") e 708 codice procedura civile (in relazione all'art. 155 codice civile), ossia con riferimento alla pronuncia sull'affidamento e ad ogni altro provvedimento relativo al minore coinvolto. Con sentenza n. 185/1986, la Corte affermò che la scelta tra la nomina d'un curatore in giudizio dei figli minori e gli strumenti già previsti dal sistema, per la difesa degli interessi dei predetti, spettava al legislatore. Aggiunse che l'opzione operata da questi nei procedimenti di cui si

coinvolti, interessati, considerati nella decisione giudiziaria, ma di riflesso alla definizione delle posizioni delle “vere” parti.

Si potrebbe, in contrario, ritenere che, attribuendo ai figli la posizione di parte nel processo tra i genitori, essi vengano maggiormente garantiti. Ovvero, che siccome la decisione giudiziaria riguarda comunque i figli, in virtù dell’art. 111 Cost. il processo debba svolgersi in contraddittorio anche con loro (e il giudice debba essere terzo).

Esporrò tra poco le ragioni per cui, a mio avviso, la prima opinione è infondata e non veritiera.

Quanto alla seconda, ho già preso posizione contro l’ipotesi che chi non è parte in senso sostanziale di un rapporto giuridico, possa diventare parte in senso processuale per effetto del dettato costituzionale. Se così non fosse, ci sarebbe da chiedersi se tale effetto non si ponga in contrasto con l’art. 31 Cost. Ma anche su ciò, più avanti.

Concludo, ricordando che, in questi procedimenti, interviene obbligatoriamente il pubblico ministero, precipuamente allo scopo è di garantire la tutela della famiglia e dei figli¹¹. Non mi nascondo che, di fatto, l’efficacia di tale garanzia è debole, ma se il rimedio è la costituzione dei figli come parti, allora il rimedio è peggiore del male.

2.3. Nei procedimenti di potestà

Tanto meno il minore deve esser parte nelle procedure di potestà. Come nei procedimenti di separazione e divorzio, la decisione è data nei confronti dei genitori, anche se allo scopo di regolarne i rapporti ed i poteri nei confronti dei figli.

Si configuri dunque, com’è giusto, il procedimento come contenzioso tra genitori e Stato, s’introduca pure, riguardo ai primi, la difesa tecnica (non obbligatoria, per favore, ma agevolata ex art. 24, 3 Cost.: v. *infra*), ma non sia il minore “parte in causa”¹².

Non può e non deve esserlo, perché il minore è, per così dire, la “causa” stessa, in senso giuridico, del processo: la sua tutela dal “pregiudizio” al diritto all’educazione ne è il fine, lo scopo tipico.

In altri termini, in tali procedure il minore non può essere “parte”, perché è “tutto”, perché è il titolare del bene giuridico sovraordinato agli altri interessi in causa.

Oppure l’art. 111 Cost., come ci siamo già chiesti con riferimento ai procedimenti di separazione e divorzio ed abbiamo risposto negativamente, trasforma la natura sostanziale delle posizioni soggettive sostanziali coinvolte nel processo? Ancora una volta, no.

Oltre a quanto già osservato, si può aggiungere che se si seguisse questa tesi, dovrebbero considerarsi parti del processo anche i Servizi o gli Enti tenuti ad

discuteva non era da ritenersi irrazionale, in relazione alle *certamente diverse ipotesi in cui era prevista la nomina del predetto curatore.*

¹¹ Così, p.es., Cass. I, 8475/1992.

¹² Sino ad oggi ciò che è rimasto alle soglie o fuori della porta della civiltà giuridica nel processo civile minorile non è stata la posizione processuale di “sua Maestà” il minore –titolare dell’interesse sovrastante quello degli altri soggetti del processo, beneficiario della regola di giudizio, per la quale deve sempre prevalere il suo migliore interesse- ma la dignità umana e processuale dei genitori o dei parenti.

attuare, affrontando talora costi notevoli e subendo comunque un'interferenza notevole nella loro autonomia operativa, i provvedimenti del TM. Perché la decisione non dovrebbe essere presa, garantendo anche ad essi il contraddittorio?

Ma poi qual è il senso di istituzionalizzare la contesa, il conflitto tra minori e genitori?

Può esservi, sì, ma non sempre e necessariamente, conflitto di interessi tra genitori e figli, ma non vi è contesa in senso giuridico, non c'è quel conflitto paritario di diritti, che sta alla base del rito contenzioso e che giustifica lo scontro "alla pari" tra i contendenti. Infatti, continua ad essere vero che le posizioni giuridiche soggettive dei genitori coinvolte nei procedimenti di potestà se sono diritti nei confronti dei terzi, Stato compreso (versante esterno), non lo sono nel versante interno del rapporto genitori-figli, in cui si definiscono come funzioni, ossia doveri-poteri funzionali all'attuazione del diritto all'educazione.

Si dice: ma, ormai, ovunque nel mondo o, quanto meno, in quello occidentale il minore è parte in causa ed è munito di difensore.

Non so se sia vero. Certamente si tratta di argomento di peso relativo. Se in Italia abbiamo un procedimento che evita i rischi che ho indicato, teniamocelo, miglioriamolo, garantiamo i diritti che non sono sufficientemente garantiti (mi riferisco alla posizione dei genitori), ma non buttiamo via il bambino –è proprio il caso di dirlo- con l'acqua sporca!

E, in verità, una volta che fosse stato attuato pienamente e senza alternative –e non lo è stato!- il diritto del minore di essere ascoltato, di che altro ci sarebbe bisogno? Perché costituire il minore come parte del processo e appioppargli un difensore tecnico, oltre che un rappresentante?

Il minore è già non solo "rappresentato", ma anche "difeso" dal pubblico ministero. L'imparzialità di questo organo non preclude la finalità di difesa del minore, perché tale ministero deriva dalla legge, alla cui attuazione la figura del pubblico ministero è deputata; legge che designa l'interesse superiore del minore come essenza o finalità del precetto normativo da attuare attraverso il processo. Vi è, dunque, una notevole coincidenza tra la funzione istituzionale del pubblico ministero ed il suo ruolo di difensore del minore¹³.

Questo, sul piano astratto. Che, poi, in concreto la pratica giudiziaria non abbia corrisposto al modello e che non sempre i pubblici ministeri minorili abbiano avuto chiara consapevolezza di ciò è altra cosa. Così come sarà altra cosa dall'ideologia del giusto processo e della difesa tecnica tramite avvocato la

¹³ Proprio in una delle decisioni citate nella nota 9 (sentenza n. 185/1986), la Corte costituzionale sottolineò che: "*L'intervento obbligatorio in giudizio del P. M. che, se certamente non agisce in veste di sostituto processuale dei minori, deve, nell'assicurare la legalità della decisione della controversia, preoccuparsi della tutela degli interessi dei predetti, nell'esercizio di tutte le attività processuali a lui consentite (ad esempio: deduzione di prove, conclusioni ed impugnazioni della sentenza, ai sensi del terzo comma dell'art. 5 della legge 1 dicembre 1970 n. 898)*".

pratica di una difesa a patrocinio gratuito o di una difesa d'ufficio o di una difesa di fiducia incompetente¹⁴.

Non resta altro argomento che l'art. 111 Costituzione.

L'ho già anticipato. Se non è accettabile la lettura che propongo, allora si osi affermare che la mortificazione del minore nel ruolo di parte del processo viola l'art. 31 Cost., che impone la protezione della gioventù.

Non sarebbe la prima volta che l'art. 31 è invocato per proteggere il minore "dal" processo e, in questo caso, sarebbe, a mio avviso, sacrosanto.

Si tratta, infatti, di proteggere il minore dallo "spodestamento" che, dall'indomani della Convenzione di New York, è stato progressivamente attuato a suo danno. A danno dell'affermazione della sua soggettività, che il diritto di parola aveva sottolineato e che sottrazione della parola, istituzione di rappresentanze, ridimensionamento della posizione nel processo, attribuzione di un difensore privatistico hanno, a mio avviso, hanno umiliato.

2.4. Nei procedimenti di adottabilità

Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte riguardo al procedimento di adottabilità. Il quale, benché possa arrivare a costituire la premessa indispensabile di un mutamento di *status*, non lo produce esso stesso. Mutamento di *status* si avrà soltanto quando e se verrà dichiarata l'adozione legittimante¹⁵. Pertanto, da un lato, non può essere equiparato a causa di *status*, dall'altro, le posizioni sostanziali per cui è causa sono le stesse che nei procedimenti di potestà.

Senonché, l'unificazione del procedimento di dichiarazione dello stato di adottabilità con quello di opposizione alla dichiarazione stessa, già strutturato secondo il rito contenzioso, non consente una credibile riproposizione degli argomenti esposti con riferimento al procedimento di potestà.

In occasione della indifferibile normativa di attuazione della legge 149, potrebbe anche riproporsi una modifica che reintroduca il precedente regime. Nulla lo vieta.

Che nulla lo vieti va affermato con forza, perché la legge 149 non è una legge costituzionale ed è quindi tranquillamente modificabile con norma di pari rango. Anzi, se le riflessioni proposte in questo intervento avessero qualche probabilità di essere accolte, a una modifica del genere occorrerebbe attendere. E che radicali modifiche della 149 siano indispensabili mi pare indubitabile. Se sono passati sei anni senza che la normativa di attuazione sia stata varata è soprattutto effetto della sua inattuabilità così com'è.

¹⁴ Si dirà: è l'elogio funebre del pubblico ministero minorile. Anzi un autoelogio, perché ho fatto questo mestiere per 22 anni della mia vita e l'ho fatto nel segno di quanto ho appena detto.

¹⁵ Tanto è vero che: 1) la dichiarazione definitiva dello stato di adottabilità è trascritta, a cura del cancelliere del tribunale per i minorenni, su apposito registro conservato presso la cancelleria del tribunale stesso e non nei registri dello stato civile (art. 18 L. 184/1983); 2) lo stato di adottabilità cessa non solo per adozione, ma anche per il raggiungimento della maggiore età da parte dell'adottando (art. 20); 3) lo stato di adottabilità può cessare per revoca, nell'interesse del minore, in quanto siano venute meno le condizioni di cui all'art. 8.

Ma pensare che possa essere rivista la unificazione delle procedure di adattabilità, mi sembra francamente azzardato, anche se personalmente lo auspico.

3. L'origine delle improvide innovazioni

Da che cosa sono state generate le confuse e censurabili innovazioni che ho commentato? Dai “grandi principi” e dalle “grandi regole” elaborati prima a New York, poi a Strasburgo da Consiglio di Europa e CEDU (Convenzione e Corte)? Dalla scalcinata legge 149? Dall'improvvido passaggio della, peraltro straordinaria, sentenza n 1/2002, dove, senza alcuna necessità, si slancia nel desumere la posizione di parte che avrebbe il minore in conseguenza della necessità che venga ascoltato? Dai mutamenti di ceto (non sta più bene dire “classe”) degli utenti della giustizia minorile, più agguerriti dei sottoproletari degli anni '60 e '70? Dall'implicita rivincita degli adulti, camuffata sotto le inappuntabili vesti della rivendicazione delle garanzie giurisdizionali, sulla non infrequente arbitrarietà pro-minori delle corti minorili italiane?

O non piuttosto, con più specifico riferimento ai soggetti autorizzati a parlare nel processo al posto dei minori (capaci di discernimento), dall'obiettivo di contenere, ridimensionare, se non annullare il principio davvero nuovo del rilievo dell'opinione del minore da acquisire attraverso il suo ascolto diretto o, ahimè, indiretto. Come abbiamo già visto, il pasticcio, il fondamento della contraddizione l'ha posto la Convenzione di New York, quando, dopo avere ragionevolmente circoscritto il principio dell'opinione/ascolto ai minori capaci di discernimento, ha ammesso che l'ascolto possa essere effettuato “tramite un rappresentante o un organo appropriato”.

La Convenzione di Strasburgo ci ha aggiunto la derogabilità dell'ascolto “nel superiore interesse del minore” ed ha sciorinato le rappresentanze (bella differenza fra il rappresentante scelto dal minore e quello scelto dal giudice). Così, il minore assunto per un attimo nell'empireo dei soggetti con diritto di parola e di opinione, viene subito riprecipitato ad oggetto delle altrui determinazioni, filtrato da quelli che per lui saranno strani signori che parlano al posto suo.

Dov'è il progresso, la civiltà giuridica, dal punto di vista del minore?

3. Postilla sulla difesa tecnica nei procedimenti minorili

Ho già accennato al mio dissenso circa l'obbligatorietà della difesa tecnica e al mio deciso favore per una difesa assolutamente volontaria, ma agevolatissima dal punto di vista dell'accesso –soprattutto sotto l'aspetto dei costi- per l'interessato .

Se confrontiamo l'art. 24 della nostra Costituzione con l'art. 32 , rileviamo che diritto di difesa e diritto alla salute sono definiti entrambi diritti inviolabili.

Poi, il primo è corredato da una disposizione che dice: “Sono assicurati ai non abbienti con appositi istituti i mezzi per agire e difendersi in giudizio davanti a ogni giurisdizione”. Non c'è l'ombra di un obbligo nell'art. 24.

Al contrario, l'art. 32 consente di derogare al pur inviolabile diritto alla salute attraverso l'imposizione legislativa di obblighi, ricorrendone determinati presupposti. Qui l'ombra dell'obbligo che investe il diritto c'è, eppure sono

ormai pochi coloro che sostengono l'obbligo di curarsi e di curare anche in certe situazioni.

Per il diritto di difesa, invece, nessuno scrupolo. Al contrario di quanto accaduto in seguito alla straordinaria evoluzione del diritto alla salute, nel campo del diritto di difesa il principio di beneficialità impera e l'autodeterminazione è là da venire.

Perché?

C'è una logica nel fatto che uno è libero di non curarsi, anche se è molto ammalato e rischia di morire, ma non è libero di stare da solo in giudizio e rischiare così di perdere la causa, se lo preferisce?

Forse la presenza di un ceto professionale che si sostiene, se non vive dell'obbligatorietà della difesa tecnica, è una delle spiegazioni. Ricordo un convegno dell'AIAF a Roma nei primi anni '90. Dal palco un'avvocata rivendicò ad alta voce l'introduzione della difesa obbligatoria nei procedimenti minorili. Io mi permisi di chiederle perché e la sua risposta fu: "Perché sì".

Ora dico, è ancora giustificabile, nel terzo millennio, onerare o, meglio, contraddire il diritto di difesa con l'obbligo corrispondente, quando, con estrema chiarezza, la Costituzione indica la strada della promozione del diritto di difesa: gli istituti che offrano mezzi per agire e difendersi in giudizio davanti ad ogni giurisdizione?

Secondo elemento di perplessità. Chi assumerà la difesa tecnica nei procedimenti minorili? Con quale preparazione, competenza, formazione? Si replicherà: vi si provvederà. Ma come si provvederà, se non si ha la minima idea di come si attua la difesa tecnica in un procedimento minorile e a favore dei genitori e, ancora di più, favore del minore.

In America sono trent'anni che discutono per capire chi e come e con quale rapporto con i rappresentanti legali del minore deve muoversi l'avvocato del minore. Da noi, ci ha riflettuto qualche illuminato, ma la classe forense è lungi dal rendersi conto del problema. E, forse, anche noi magistrati.

Trento, 21 febbraio 2008