

Le parti: il minore, la sua audizione e il suo difensore

Carla Marcucci¹

In tema di posizione processuale della persona minorenni e di sua rappresentanza in giudizio nell'anno 2010 si sono succedute una serie di sentenze della Corte di Cassazione che a buon diritto possiamo considerare rappresentare il più recente arresto in argomento della stessa Corte di legittimità. Mi riferisco alle sentenze "gemelle" del 17 febbraio, n. 8304 e n. 8305, alla sentenza del 26 marzo, n. 7281, alla sentenza n. 12290 del 19 maggio, alla sentenza n. 14216 del 14 giugno e alle sentenze n. 16553 del 14 luglio e n. 16870 del 19 luglio.

Tutte queste pronunce risolvono, senza alcun sforzo interpretativo evolutivo nel senso indicato dalle molte convenzioni internazionali ma sulla base di un'interpretazione meramente ricognitiva delle norme codicistiche, gli interrogativi posti da una produzione normativa di qualche anno anteriore, da collocarsi più esattamente nell'arco temporale 1999/2003, che, unitamente alla decisione n. 1 dell'anno 2002 della Corte Costituzionale, aveva fatto sperare in una vera e propria rivoluzione copernicana quanto alla individuazione della posizione sostanziale e processuale del minore nei giudizi che lo riguardano.

¹ Estratto dalla Relazione presentata al Convegno "Il punto della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di famiglia e minori" organizzato dalla Fondazione per la Formazione Forense dell'Ordine degli Avvocati di Firenze il 28 novembre 2011

L'arresto interpretativo conseguente alla copiosa elaborazione della Corte di Cassazione prodotta nel 2010 m'indurrebbe ad usare per la mia relazione il sottotitolo "L'avvocato del minore, ovvero tanto rumore per nulla" perché, come vedremo, e come la collega Micccoli ha già evidenziato in una sua nota ad una delle sentenze citate, dalla Suprema Corte é giunto un segnale chiaro: non esiste il "difensore del minore".

Come purtroppo succede spesso in Italia, le rivoluzioni si annunciano sempre e non si fanno mai e, come direbbe il buon Tomasi di Lampedusa, tutto cambia per restare uguale.

Ma per dare ragione di questa amara conclusione anticipata a premessa della mia relazione é necessario ripercorrere, sia pure a grandi linee, da un lato il quadro normativo di riferimento, tenuto ben presente nell'interpretazione della Corte di legittimità, e dall'altro il *novum* che in argomento aveva alimentato speranze ed aspettative all'inizio del terzo millennio.

Alla base del quadro normativo di riferimento troviamo il **dogma dell'incapacità legale di agire del minore** affermato in apertura dal codice civile **all'art. 2** (Maggiore età- Capacità di agire) secondo il quale "Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa", principio questo affermato in via generale, fatta eccezione per le richiamate leggi speciali, senza alcuna distinzione fra profili economici, a protezione dei quali l'affermata incapacità é stata originariamente disposta, e profili relativi alle scelte di carattere esistenziale. Il principio dell'incapacità legale di agire é affermato anche senza alcuna graduazione

nell'ampia e variegata sfera dei minori di età che quindi va a ricomprendere le persone dalla nascita ai diciotto anni, coprendo così, con un'unica pennellata incapacitante, allo stesso modo l'infante, nel senso letterale della parola, ossia colui che non può esprimersi perché non parla, ed anche il giovane ormai prossimo al compimento della maggiore età.

Sul presupposto di tale assoluta incapacità del minore la rappresentanza sostanziale dello stesso è assicurata, in via principale, dal genitore; in mancanza, o se questi è privato della potestà, dal tutore; in caso di conflitto d'interessi con l'uno e/o con l'altro, ed in vista del compimento di un atto giuridico o della costituzione del minore stesso in giudizio, da un curatore speciale appositamente nominato secondo le regole generali.

A quella delle predette figure che esercita le funzioni di rappresentante sostanziale del minore compete, fra l'altro, di compiere le attività necessarie per la costituzione in giudizio del rappresentato e fra esse anche la nomina del difensore e il conferimento della procura *ad litem*.²

² I genitori esercitano la potestà sui figli ai sensi dell'**art. 316 c.c.** sino alla maggiore età o alla loro emancipazione, li rappresentano in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni ai sensi dell'**art. 320 c.c.** In caso di conflitto d'interessi patrimoniali tra il figlio ed uno dei genitori, la rappresentanza spetta esclusivamente all'altro genitore mentre se il conflitto sorge nei confronti di entrambi i genitori viene nominato un curatore speciale (art. 320, 6 comma c.c.) , curatore che viene nominato anche nell'ipotesi d'inerzia dei genitori nel compimento di atti nell'interesse del figlio minore (**art. 321 c.c.**).

Se un genitore muore l'altro continuerà a esercitare, in via esclusiva, la potestà sul figlio minore mentre se entrambi i genitori sono morti o non possono esercitare la potestà per altri motivi viene nominato un tutore (**art. 343 c.c.**) che, oltre a rappresentare il minore in tutti gli atti civili e ad amministrarne il patrimonio, ha la cura della sua persona (**art. 357 c.c.**). Il giudice, in tale caso, nomina anche un protutore che rappresenta il minore in caso di conflitto

In ogni caso la rappresentanza legale é una nozione di diritto sostanziale e sia il genitore (o il tutore) che il curatore speciale sono rappresentanti sostanziali del minore . In tutti questi i casi la nozione di rappresentanza appartiene cioè al diritto civile sostanziale, come pure appartiene al diritto sostanziale la nozione di rappresentanza alla quale fa riferimento il comma 2 dell'art. 75 c.p.c. “Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentatesecondo le norme che regolano la loro capacità”

In questa prospettiva nella maggior parte dei giudizi di **status in tema di filiazione** al figlio minore é attribuita la qualità di parte e gli viene nominato un curatore speciale che lo rappresenta ritenendo sussistere un conflitto di interessi, almeno potenziale, con l'altro genitore, salvi casi, come ad esempio quelli ex art. 250 c.c. , per i quale la Corte di Cassazione ha affermato, invece, che il minore infrasedicenne non assume la qualità di parte se non all'esito della nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 78 comma 2 c.p.c.

d'interessi con il tutore. Se il conflitto si estende al protutore verrà nominato un curatore speciale (**art. 360 c.c.**). La tutela può anche essere affidata a un ente di assistenza che delegherà uno dei suoi membri per il concreto esercizio della funzione (**art. 354 c.c.**). In tal caso non viene nominato un protutore sul presupposto che non si possa configurare un conflitto d'interessi con il minore considerata la funzione pubblica dell'ente. Ai sensi dell' **art. 78 c.p.c.**, infine, se manca la persona cui spetta la rappresentanza del minore può essere sempre nominato un curatore speciale all'incapace, nomina che può essere richiesta sia dal P.M. che dall'incapace, dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto d'interessi, anche dal rappresentante legale.

Quindi un curatore speciale viene nominato quando non vi sia un rappresentante legale o sussista conflitto d'interessi tra il minore e il rappresentante legale.

determinandosi in tal caso una sorta di intervento “iussu iudicis” del minore stesso a mezzo del suddetto curatore (Cass. 04.08.04 n. 14934).³

Nei giudizi di **separazione e di divorzio** il minore non é parte e la **Corte Costituzionale, con sentenza n. 185/1986**, ha ritenuto infondata la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Genova, in riferimento agli art. 24, 2 comma, 30 e 3, 1 e 2 comma Cost, degli artt. 5, 1 comma (in relazione all’art. 6, 2 c.) della L. 1.12.1970 n. 898 e 708 c.p.c. (in relazione all’art. 155 c.c.) nella parte in cui non prevedono – rispettivamente nel giudizio di cessazione degli effetti civili di matrimonio e in quello di separazione personale dei coniugi – la nomina di un curatore speciale che rappresenti il minore, figlio delle parti, in ordine alla pronuncia di affidamento e ad ogni altro provvedimento a lui pertinente.

I motivi posti a base della dichiarata infondatezza della questione sono stati individuati nelle misure che, a parere della Corte, garantiscono comunque i figli e che il legislatore ha ritenute sufficienti, ossia:

1. Intervento obbligatorio in giudizio del P.M. che, anche se non agisce quale sostituto processuale dei minori, deve preoccuparsi della tutela degli interessi degli stessi
2. Amplissime facoltà istruttorie del giudice

³ E’ stato anche affermato che la mancata previsione della necessità di tale nomina non si pone in contrasto con gli artt. 3, 31 e 111 Cost. “*atteso che il minore risulta adeguatamente protetto dalla verifica che il tribunale per i minorenni è chiamato a compiere circa l’effettiva rispondenza all’interesse del minore medesimo del secondo riconoscimento*” (Cass. 10.05.01 n. 6470).

3. Potere del collegio di decidere *ultra petitem*, in ordine ai provvedimenti relativi alla prole

La Corte Costituzionale in tale occasione ha osservato che “*La valutazione relativa al modo ed al grado di effettiva tutela, in giudizio, di determinati interessi spetta al legislatore e non a questa Corte*”. Separazione e divorzio non sono giudizi che attengono allo stato dei figli per i quali invece il legislatore ha previsto la nomina di un rappresentante del minore o sull'amministrazione dei beni dei figli in presenza di un conflitto d'interessi con una scelta che non può considerarsi irrazionale e quindi lesiva dell'art. 3 Cost.

Nella fattispecie la Corte Costituzionale ha ritenuto che il legislatore non abbia voluto istituzionalizzare un conflitto fra genitori e figli, cosa che avverrebbe certamente con l'attribuzione della qualità di parte ai figli minori e con la nomina di un loro curatore.

Secondo la Corte per le ipotesi di concreta conflittualità tra genitori e figli minorenni rimangono i normali strumenti previsti in via generale dal codice civile (320 c.c. 321, 330, 333).

Le stesse argomentazioni possono valere anche per i procedimenti **ex art. 317 bis c.c.** in riferimento ai quali il minore non é mai stato considerato parte.

Nei **procedimenti de potestate** il minore per molti anni non é stato considerato parte e nei **giudizi per la dichiarazione dello stato di adottabilità** lo diveniva solo nella seconda ed eventuale fase di opposizione

alla pronuncia dichiarativa dello stato di adottabilità durante la quale egli veniva necessariamente rappresentato da un curatore speciale.

In questa cornice di riferimento normativo e giurisprudenziale tra il 1999 e il 2003 vengono promulgate: la **legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 di riforma dell'art. 111 della Costituzione**, la **legge 28 marzo 2001 n. 149**, la legge **legge 20 marzo 2003, n. 77 di ratifica della Convenzione di Strasburgo** e viene pronunciata la sentenza della **Corte Costituzionale 30.01.2002**, n. 1.

Tutta questa produzione normativa e giurisprudenziale aveva fatto ben sperare che anche in Italia fosse finalmente maturata e accolta l'idea che la persona minorenni debba avere voce nei giudizi nei quali si discute e decida della sua esistenza, ad esempio delle sue relazioni più importanti.

La **riforma dell'art. 111 della Costituzione**, infatti, imponeva di garantire il contraddittorio in ogni processo e quindi anche in quello minorile ove non doveva più essere il solo conflitto di interessi tra minore e genitori a giustificare la nomina di un curatore speciale al primo quanto il fatto che ormai anche il minore doveva considerarsi parte processuale dei giudizi che lo riguardano, con i diritti e le prerogative delle altre parti, e quindi anche alla difesa.

La **legge 28 marzo 2001, n. 149** Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 recante "disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori" nonché al

titolo VIII del libro primo del codice civile, ha introdotto la figura dell' "avvocato del minore" -. almeno allora si pensò che di quello si trattasse - nei procedimenti aventi ad oggetto la dichiarazione dello stato di adottabilità ed in quelli di controllo della potestà.

La **legge 20 marzo 2003, n. 77** autorizzò la "Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996" a seguito della quale, il 04 luglio 2003, è stata ratificata dall'Italia questa convenzione.

La legge di riforma dell'adozione è in vigore, per la parte relativa agli aspetti processuali che qui interessano, solo dal 1 luglio 2007, a causa dei reiterati rinvii che ha subito per ben sei anni, mentre la Convenzione di Strasburgo per l'Italia è in vigore il 1 novembre 2003.

Con tali normative abbiamo creduto che fossero stati introdotti elementi di novità assoluta rappresentati da concetti quali la difesa tecnica del bambino, la nomina d'ufficio del difensore, in genere il riconoscimento di diritti processuali ai minorenni, quello di essere informato, consultato, di esprimere la propria opinione, di esercitare in tutto o in parte le prerogative proprie della parte, ecc. ecc.

Ma l'illusione della consumazione di un così importante passaggio, direi epocale, da un bambino "parlato" ad uno "ascoltato" é durata solo il tempo necessario per rendersi conto di cosa ne è successo di queste norme piene di buone intenzioni.

Mi spiegherò meglio.

In primo luogo é a tutti nota l'incoerenza interna della legge 149 che all'art. 8 afferma ciò che al successivo articolo 10 già dimentica laddove, nel primo, prevede al comma 4 che ***“Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'articolo 10”*** e nel secondo, al comma 2, recita ***“All'atto dell'apertura del procedimento, sono avvertiti 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”***.

L'avvocato del minore, nel passaggio dall'art. 8 all'art. 10, dunque è già sparito e niente viene indicato nel complesso della L. 149 circa le modalità di nomina dell'avvocato del minore, il suo specifico ruolo, la sua formazione, la sua retribuzione.

Quanto alla ratifica della Convenzione di Strasburgo non é andata meglio.

Al momento del deposito dello strumento di ratifica, il 04 luglio 2003, nel dichiarare, come richiede la convenzione, a quale tipo di giudizi verranno applicati i principi contenuti nella convenzione, l'Italia non ha, infatti,

compreso tra essi quelli di divorzio, separazione, affidamento dei figli, adozione, esercizio della potestà, come invece hanno fatto gli altri paesi ratificanti, ma solo quei giudizi in riferimento ai quali il nostro ordinamento aveva già previsto che il sedicenne avesse pieno titolo a parteciparvi o perché legittimato all'azione o perché chiamato ad esprimere un consenso all'attività dell'adulto e, quindi, in definitiva casi rispetto ai quali non si presentano rilevanti difficoltà in ordine alla interpretazione della volontà di tale soggetto (disconoscimento della paternità, impugnazione per difetto di veridicità del proprio riconoscimento, dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, giudizi relativi all'intervento del giudice laddove sorga tra i genitori conflitto sull'indirizzo familiare e sulla fissazione della residenza familiare).

Infine, la Convenzione dovrà applicarsi a quei giudizi che hanno ad oggetto l'annullamento ad istanza del figlio di atti relativi al patrimonio compiuti dai genitori (Artt. 322 e 323 cod. civ.) e quindi in riferimento a questioni meramente patrimoniali per le quali era già prevista la nomina di un curatore speciale in caso di conflitto di interessi tra genitori e figli di qualsiasi età (artt. 320 e 321 cod. civ.).

Mi pare dunque di poter affermare che siamo abbastanza fuori tema rispetto all'oggetto della Convenzione di Strasburgo che, nello specificare quali fossero i procedimenti giudiziari che riguardano i bambini, si riferisce espressamente a *“i procedimenti familiari, segnatamente quelli che*

riguardano l'esercizio delle responsabilità dei genitori ed in particolare, la residenza ed il diritto di visita ai bambini”.

Come anticipato, anche la **Corte Costituzionale** con la nota sentenza del **n. 1 del 30.01.2002**, creò in quell'inizio del terzo millennio l'aspettativa di un reale cambiamento di rotta effettuando un'innovativa operazione di interpretazione ricostruttiva del rito celebrato nei procedimenti civili minorili che un giudice minorile attento alle esigenze del giusto processo, quale è Gustavo Sergio, definì di “restauro costituzionale”.

Con tale decisione la Corte, dichiarando non fondata la questione di legittimità dell'art. 336, comma 2 c.c., ritenne che la prescrizione dell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20.11.1989 ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 176/1991 è idonea ad integrare la disciplina dell'articolo 336 “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 c.p.c.” La Corte Costituzionale non mancò di rafforzare l'interpretazione data richiamando anche la L. 149/2001 dalla quale affermò *“chiaramente si evince l'attribuzione al minore (nonché ai genitori) della qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni”*. Più recentemente La **Corte Costituzionale, con sentenza 12.06.2009 n. 179**, ha ribadito la portata di “disciplina integrativa rispetto alla previsione dell'art. 336 c.c.” delle Convenzioni di New York e di Strasburgo più volte richiamate ed ha nuovamente affermato che nei procedimenti di cui all'art. 336 c.c. *“... sono*

parti non solo entrambi i genitori ma anche il minore, con la necessità di contraddittorio nei suoi confronti, previa nomina, se del caso, di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. (sentenza n. 1 del 2002)".⁴

A seguito dell'introduzione in Italia dell' "avvocato del minore" ad opera della L. 149/2001 il dibattito si è fundamentalmente incentrato sulla questione se, con la previsione della nuova figura, per i procedimenti che da tale legge sono regolati, sopravviva o meno anche quella del curatore speciale del minore e, in ipotesi di risposta positiva, quali siano le differenze di ruoli ed i rispettivi campi di operatività dei due soggetti. In ogni caso si è molto discusso sul ruolo che avrebbe dovuto svolgere l'avvocato del minore, sul conferimento del suo incarico o sulla sua nomina, sui suoi doveri di carattere deontologico, sul compenso della sua attività.

Il problema è stato affrontato soprattutto dall'avvocatura, impegnata a formarsi per questo nuovo ruolo di avvocato del minore e interessata a capire a fondo le nuove, complesse, funzioni che il legislatore, incurante

⁴ Nella fattispecie la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336 c.c. nella parte in cui non prevede che il tribunale, in caso di urgente necessità di tutela del minore e di mancato esercizio di azione di potestà da parte dei genitori, dei parenti entro il quarto grado o del Pubblico Ministero, possa d'ufficio nominare un curatore al minore affinché tale organo valuti la proposizione di azione a tutela di quest'ultimo. Il rimettente, infatti, non avrebbe verificato l'incidenza della normativa convenzionale e quella contenuta nella L. 149/2001 sulla fattispecie concreta al suo esame e non avrebbe spiegato le ragioni che, ad onta di essa, determinerebbero l'asserito vuoto di tutela.

e distratto circa le conseguenze che sarebbero derivate dall'introduzione di una figura tanto importante, le ha attribuito.

Nell'ambito di questo dibattito c'è chi ha sostenuto che le due figure – del curatore speciale e dell'avvocato - non si sovrappongono, limitandosi l'attività dell'avvocato alla mera difesa tecnica e mai estendendosi a scelte di carattere esistenziale, che dovrebbero rimanere attribuite al soggetto direttamente interessato, o al suo sostituto sostanziale in caso d'incapacità. Da ciò conseguirebbe la necessaria coesistenza delle due figure.

In questa ottica il curatore speciale deciderà il bene da tutelare in giudizio nell'interesse del minore e l'avvocato porrà in atto le scelte difensive più opportune per il raggiungimento di tale obiettivo, e ciò farà quale difensore nominato dal curatore speciale.

Sempre secondo questa tesi il curatore speciale, se nominato fra gli avvocati potrà stare in giudizio senza avvalersi del patrocinio legale di altri, riunendo così in se stesso il doppio ruolo di curatore speciale e di difensore.⁵

C'è chi, al contrario, ha sostenuto che, con l'introduzione nel nostro ordinamento della figura dell'avvocato del minore, non vi sarebbe più spazio per la figura del curatore speciale poiché il difensore svolge il

⁵ Ruo M.G., La rappresentanza del minore: il curatore speciale. Relazione presentata al Convegno dal titolo La parola ai bambini – La presenza dei bambini nei procedimenti giudiziari organizzato da Unicef a Firenze il 29.04.2004

ruolo fondamentale di garante, prima ancora che di rappresentante processuale, del minore, a differenza del curatore speciale che svolge solo compiti di rappresentanza del minore in funzione sostitutiva dei genitori in conflitto d'interessi.⁶

C'è stato infine chi ha manifestato dubbi per le due opposte soluzioni appena prospettate indicando una terza soluzione che tenesse conto alle reali necessità del caso concreto.

Considerato il netto distinguo di funzioni da attribuire al curatore speciale del minore (o al tutore) rispetto a quelle dell'avvocato del minore vi possono essere casi in cui l'avvocato non sia assolutamente in grado di rappresentare una qualsiasi posizione del minore assistito a causa della totale incapacità di quest'ultimo di contribuire alla sua rappresentanza.

Pensiamo, ad esempio, al caso della rappresentanza di un neonato.

Potremmo ipotizzare che in un caso del genere continui ad essere necessaria un'interfaccia, ossia quel curatore speciale che si farà carico delle scelte esistenziali che poi un avvocato – del curatore speciale in questo caso, non del neonato – sosterrà in giudizio.

Il concetto che dovrebbe essere chiaro è che in questo caso questo professionista – che ben potrà essere comunque un avvocato - è altro rispetto all'avvocato del minore e svolge tutt'altra attività.

⁶ Dosi G., L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali Giappichelli, Torino, 2005

Un problema analogo a quello posto per il minorenne non capace di discernimento potrebbe porsi, anche se per ragioni opposte, nell'ipotesi in cui il rappresentato minorenne non fosse incapace di esprimere una propria idea all'avvocato circa le domande da sostenere in giudizio ma, anzi, avesse una posizione molto chiara, in netto contrasto con quella dell'avvocato, circa il suo miglior interesse.

Come dovrebbe comportarsi l'avvocato in giudizio se davvero pensasse che le idee del minorenne non sono solo diverse dalle sue ma che, sostenendole, rischierà di ottenere un risultato pregiudizievole al minore stesso?

L'avvocato dovrebbe limitarsi a riportare la volontà del rappresentato?

Dovrebbe fare questo e nel contempo esporre le proprie perplessità, con ciò incorrendo possibilmente nella violazione deontologica dell'infedele patrocinio? O dovrebbe rinunciare al mandato? O, ancora, dovrebbe chiedere la nomina di altro soggetto, ad esempio un curatore speciale, che, diversamente da lui, potrà valutare l'interesse del minorenne e comportarsi in giudizio conformemente a ciò mentre nello stesso giudizio l'avvocato continuerà a sostenere la posizione del suo assistito?

E' significativo che ordinamenti, come quelli degli stati del Nord America, ad oltre trenta anni di operatività della rappresentanza dei minorenni nei giudizi civili "familiari", continuino a discutere sulla questione dell'individuazione del ruolo dell'avvocato del minore, se questi debba rappresentare in giudizio la volontà espressa dal cliente/minore (*the child's*

expressed wishes) o se debba perseguire il miglior interesse del minore, non affatto vincolato dai desideri manifestati da quest'ultimo (*the child's best interests*).

Il dibattito sorto dal confronto tra queste diverse concezioni ha dato vita a quello che è stato significativamente chiamato il dilemma dell'avvocato del minore (*dilemma of the child's attorney*) e alla proliferazione di figure diverse: *the Child's Attorney, the Lawyer Appointed as Guardian ad Litem, the Best Interest Attorney*, a seconda del tipo di giudizio in cui il rappresentante deve muoversi e del suo ruolo.⁷

Ecco il senso della terza ipotesi che lasciava aperta la possibilità a varie soluzioni a seconda dei diversi casi.

Nell'ottica prospettata non sarebbe impossibile riconoscere al minorene "capace di discernimento" il potere di conferire mandato ad un proprio difensore per l'assistenza e la rappresentanza non solo nei giudizi previsti dalla legge 149 ma anche nelle azioni di stato o, quanto meno, il potere di rifiutare, con adeguata motivazione, quello nominatogli dal Presidente del Tribunale per i Minorenni.⁸

Non dobbiamo sottovalutare, infatti, il carattere fiduciario che caratterizza il rapporto avvocato/cliente, qualunque sia l'età dei soggetti coinvolti, tanto

⁷ Marcucci C., "Il dilemma dell'avvocato del minore nell'esperienza americana" in L'avvocato del minore Quaderno Aiaf numero 2004/1

⁸ Sulla questione della nomina dell'avvocato del minore cfr. Giardina F., La capacità del minore in relazione all'esercizio dei suoi diritti in L'avvocato del minore Quaderno Aiaf numero 2004/1; Marino M., La non facile armonizzazione tra la legge 28 marzo 2001 ed il corpo legislativo vigente in Aiaf Osservatorio 2002.4/2003.1

più in situazioni come quelle in esame nelle quali il professionista dovrà farsi interprete presso il giudice della volontà di un giovane, non facilmente individuabile nella sua vera essenza se non nell'ambito di un positivo rapporto fra i due.

In questo vivace dibattito seguito alla promulgazione della L.149/2001 si collocano le pronunce della Corte di Cassazione dal febbraio al luglio 2010 citate all'inizio del mio intervento.

Si tratta in tutti i casi di procedimenti di adottabilità giunti all'esame della Corte di Cassazione in alcuni casi su ricorso del Tutore o del Procuratore Generale della Repubblica e, in altri, su ricorso di uno dei genitori a seconda che il giudice di secondo grado avesse o non avesse accolto le censure sollevate in ordine alla lesione del principio del contraddittorio per non essere stato nominato al minore un suo proprio avvocato, diverso da quello nominato dal tutore.

Esaminiamo ad esempio le fattispecie simili decise con le **due sentenze del 17 febbraio 2010, nn. 8304 e 8305**: il Tribunale per i minorenni di Milano aveva sospeso la potestà dei genitori e nominato un tutore ai minori nella persona del sindaco del comune di residenza, senza provvedere alla nomina di un curatore ed il tutore aveva nominato un avvocato che si era costituito in giudizio. Entrambi i procedimenti di primo grado erano giunti alla dichiarazione di adottabilità e le relative sentenze erano state impugnate per violazione del contraddittorio per non essere stati i minori difesi nel primo grado del giudizio.

La Corte d'Appello di Milano ravvisò un potenziale conflitto d'interessi tra tutore ente pubblico e minori e nominò un curatore speciale che costituendosi chiese il rigetto dell'appello facendo proprie le difese già svolte dall'avvocato nominato dal tutore.

La Corte d'Appello di Milano, invece, ritenne nulli il procedimento e la sentenza di primo grado per violazione del contraddittorio e rimise gli atti al primo giudice, rilevando che i minori non avrebbero dovuto essere difesi dal medesimo avvocato del tutore per conflitto di interesse tra questi e i minori.

La questione é stata sottoposta al vaglio di legittimità dal curatore speciale e dal Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Milano e accolta dalla Corte che ha ritenuto:

1. che il minore é parte a tutti gli effetti del procedimento sin dall'inizio;
2. ma secondo le regole generali, e in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo del rappresentante, e questi sarà il suo rappresentante legale ovvero, in mancanza o in caso di conflitto d'interessi, un curatore speciale;
3. nell'ipotesi in cui i genitori non siano stati sospesi dalla potestà il conflitto con il minore deve considerarsi *in re ipsa* e deve essere sempre nominato un curatore speciale del minore che lo rappresenterà in giudizio;
4. nell'ipotesi in cui invece sia già stata aperta una tutela anteriormente all'instaurazione del procedimento deve distinguersi

- a. se l'ufficio di tutore é rivestito da un parente il conflitto va considerato *in re ipsa*, con intervento del protutore ed eventualmente, se sussistessero i medesimi motivi di conflitto di interesse, con nomina del curatore speciale;
- b. se l'ufficio di tutore é rivestito da un tutore "neutro", non coinvolto nei rapporti familiari (un professionista, avvocato, assistente sociale), per il quale, salvo accertamenti specifici, non sussiste conflitto di interessi con il minore, egli rappresenta il minore e nomina il difensore (se il tutore é un avvocato, ai sensi dell'art. 86 c.p.c., potrebbe stare in giudizio personalmente senza patrocinio di altro difensore, in rappresentanza del minore);
- c. nell'ipotesi che sia nominato un tutore provvisorio (quindi senza la nomina anche di un protutore) nell'ambito del procedimento di adottabilità si esclude anche potenzialmente un conflitto di interessi col minore. Il tutore provvisorio sta in giudizio quale rappresentante del minore; in tale qualità gli è notificata la sentenza che dichiara l'adottabilità o il non luogo a provvedere; in tale qualità può anche proporre impugnazione.

La Corte di Cassazione afferma che una tale interpretazione delle norme é in linea anche con la Convenzione di Strasburgo alla quale attribuisce, nella gerarchia delle fonti anche maggior forza rispetto alle leggi ordinarie.

Secondo la Corte, infatti, l' art. 4 della predetta Convenzione si limita a prevedere il diritto del minore di chiedere nelle procedure che lo riguardano la

designazione di un rappresentante speciale ove il diritto interno privi chi ha responsabilità genitoriale della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto di interessi.

Le maggiori e diverse prerogative enunciate all'art. 5 della Convenzione di Strasburgo, e fra queste il diritto del minore di chiedere l'assistenza da parte di una persona appropriata, di sua scelta, per aiutarlo ad esprimere la propria opinione; di chiedere la designazione di un rappresentante speciale, se del caso un avvocato, di designare un suo rappresentante; di esercitare in tutto o in parte le prerogative di una parte nei procedimenti che lo riguardano, sono previsioni soltanto "raccomandate" ai legislatori nazionali e richiederebbero una disciplina ad hoc dell'ordinamento interno.

La Corte paventa inoltre che, non avendo il minore la capacità di rapportarsi a quel difensore che il giudice a quo vorrebbe attribuirgli in via esclusiva ed autonoma, referente dell'avvocato non potrebbe che essere il giudice che l'ha nominato il quale quindi diventerebbe in buona sostanza il rappresentante di fatto del minore in palese violazione dell'art. 111 Cost. e dei principi del giusto processo che impongono terzietà e imparzialità del giudice.

Infine la Corte richiama l'attenzione sugli ulteriori strumenti che il minore ha per fare sentire la sua voce nel procedimento:

- attraverso la sua audizione obbligatoria, se ultradodicesime e pure di età inferiore se capace di discernimento

- attraverso la richiesta di nomina di un rappresentante non ancora nominato ovvero la nomina di un difensore se il tutore o lo stesso curatore speciale che non rivesta la qualità di avvocato non vi provvedano tempestivamente e sempreché il minore sia ritenuto capace di discernimento
- attraverso la richiesta di essere ascoltato dal giudice o di conferire con l'avvocato nominato dal tutore o dal curatore
- attraverso il consenso all'adozione che è richiesto obbligatoriamente al minore ultraquattordicenne

La sentenza della Corte di Cassazione del **26 marzo 2010, n. 7281** giunge, invece, all'esito di un procedimento instaurato da una madre che aveva dedotto la nullità della sentenza della Corte di Appello di Trento dichiarativa, come quella di primo grado, dello stato di adottabilità della figlia, per non essere stato nominato un difensore d'ufficio alla minore; per non essere stato nominato un curatore alla minore che era stata rappresentata da un tutore astrattamente in conflitto d'interessi con la stessa; per essere stato il difensore nominato non all'inizio ma del procedimento ma solo nel corso dell'istruttoria.

La Corte rigetta il ricorso della madre ribadendo che compete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica e che i due ruoli restano distinti pur quando siano cumulati nel medesimo soggetto che abbia il titolo richiesto dall'art. 82 c.p.c. per esercitare la difesa tecnica.

La Corte afferma esplicitamente di non condividere quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale di merito secondo il quale il legislatore del

2001 nei procedimenti di adozione avrebbe inteso sostituire il difensore d'ufficio nominato dal Presidente del Tribunale al tutore o al curatore speciale del minore e non cumularlo eventualmente con esso onde evitare la presenza di più soggetti contestualmente interpreti della volontà del minore. Afferma pure che nel caso di nomina di tutore neutro non può presumersi il conflitto d'interessi e quindi è onere della parte dimostrare la situazione di conflitto effettivo tra gli interessi del tutore e quelli della figlia nonché evidenziare le ragioni non appena tale situazione si fosse delineata, perché tale denuncia dovrebbe tendere alla rimozione preventiva del conflitto di interessi sicché, se non dedotto nel primo grado del giudizio tale da consentire immediata sostituzione del rappresentante legale con il curatore speciale, non potrebbe più essere efficacemente dedotta nelle ulteriori gradi del giudizio. La Corte afferma anche esplicitamente che, se il rappresentante legale del minore non provvede alla nomina del difensore, sarà il giudice **“a nominare al minore un difensore”**.

Le sentenze del 19 maggio 2010 e del 14 giugno 2010 n. 14216 definiscono giudizi promossi sempre deducendo da parte del genitore ricorrente l'omessa nomina di un difensore del minore in primo grado, censura questa che la Corte dichiara infondata.

La sentenza del **14 luglio 2010 n. 16553** definisce un giudizio promosso dal P. G. presso la Corte d'Appello di Milano avverso la sentenza di questa che aveva dichiarato la nullità del procedimento per difetto di integrità del contraddittorio in quanto il nominato tutore (Sindaco del luogo di residenza) si era costituito in

giudizio a mezzo di difensore nella duplice veste di avvocato del minore e del suo tutore.

La Corte accoglie il ricorso affermando che *“Tuttavia la previsione di un’ “assistenza legale” del minore, fin dall’inizio del procedimento, senza, come si è visto, indicazione di modalità alcuna al riguardo (a differenza della posizione dei genitori o dei parenti), non significa affatto, come sostiene il giudice a quo, che debba nominarsi un difensore d’ufficio al minore stesso, all’atto dell’apertura del procedimento. Il minore è dunque parte a tutti gli effetti del procedimento, fin dall’inizio, ma, secondo le regole generali, e in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo del rappresentante, e questi sarà il rappresentante legale, ovvero, in mancanza, o in caso di conflitto di interessi, un curatore speciale”*.

Infine la sentenza del **19 luglio 2010 n. 16870** riguarda un minore il cui tutore provvisorio in primo grado, conclusosi con sentenza dichiarativa di adottabilità, aveva nominato un difensore che si era costituito in giudizio ancora una volta nella duplice veste di difensore del tutore e del minore. La sentenza di primo grado era stata appellata dalla madre contestando l’insussistenza dei presupposti dello stato di abbandono ma la Corte d’Appello di Milano aveva rilevato d’ufficio motivi di nullità nella nomina del difensore del minore in quanto effettuata dal tutore anziché dall’autorità giudiziaria e nella invalidità della costituzione del difensore nella predetta duplice veste per l’impossibilità di svolgere contemporaneamente attività difensive per conto di soggetti portatori di pretese virtualmente collidenti. Per tali motivi la Corte d’Appello di Milano

aveva dichiarato la nullità del giudizio di primo grado e dell'impugnata sentenza e rimesso gli atti al giudice di primo grado.

La Suprema Corte accoglie il ricorso presentato dal tutore del minore nella persona del sindaco per difetto di motivazione dei giudici di secondo grado sul punto che sussistesse nel caso di specie un reale conflitto d'interessi tra tutore e minore; perché l'art. 10 L. 149 prevede la nomina del difensore d'ufficio solo per i genitori e non anche per il minore con la conseguenza che nel sistema attuale la parte in grado di nominare il difensore è solo il tutore, ovvero, nel dimostrato caso di conflitto di interessi il curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c. e perché è da escludere che, nei casi in cui venga nominato tutore del minore un ente pubblico territoriale possa presumersi un conflitto di interessi anche solo potenziale tra tutore e minore. La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso presentato dal tutore ribadendo tutti i principi affermati dalla stessa Corte nelle già esaminate sentenze del 2010.

Considerato che è grazie alle pronunce, ricorse in Cassazione, della Corte d'Appello di Milano che nella maggior parte dei casi sono seguite le sentenze della Suprema Corte tali da configurare in materia un arresto della sua giurisprudenza conviene dare meglio conto della tesi, non accolta dalla Suprema Corte, di quel giudice di merito.

La Corte d'Appello di Milano, infatti, non si limita a ribadire che *“oggi il minore acquista a tutti gli effetti la qualità di parte fin dall'apertura del procedimento in cui viene posto in discussione il suo stato parentale”*; che si tratta di una *“parte processuale distinta ed autonoma”* poiché *“con l'entrata in*

vigore dell'innovativa disciplina del procedimento di adozione ...il riconoscimento della titolarità di diritti direttamente in capo al minore lo rende titolare del connesso diritto di agire e difendersi nel giudizio” ma afferma altresì che l’avvocato del minore, in quanto suo rappresentante nominato d’ufficio sin dall’inizio del procedimento dal Presidente del Tribunale per i minorenni , sostituisce ed elimina la figura del curatore speciale , in un “quadro normativo ... in cui , a fronte dell’ingresso della nuova figura del difensore d’ufficio del minore, si registra l’uscita della nomina obbligatoria del curatore speciale”.

La Corte d’Appello di Milano individua un supporto a tale sua tesi nella Convenzione di Strasburgo del 1996 affermando che il difensore del minore “ *non deve limitarsi a svolgere un ruolo esclusivamente tecnico ma deve ricoprire quei più ampi compiti di rappresentanza che, secondo la definizione data dall’art. 2 lettera c) Convenzione di Strasburgo, sono quelli propri di <una persona , come un avvocato, o un organo designato ad agire presso un autorità giudiziaria a nome di un fanciullo>”.*

Con ciò pare che la Corte d’Appello di Milano attribuisca all’avvocato del minore funzioni e compiti che tradizionalmente appartengono alcuni – di carattere sostanziale - al rappresentante legale ed altri - di carattere squisitamente tecnico- al difensore.

Se la tesi sostenuta dalla Cassazione comporta per l’avvocato problemi di possibile conflitto d’ interesse nell’attribuirgli la difesa tecnica di due soggetti – il rappresentante legale e il minore – potenzialmente in conflitto di interessi tra

loro, la tesi sostenuta dalla Corte d'Appello di Milano pone altro problema di carattere non solo deontologico laddove pare attribuire al difensore il potere di effettuare anche scelte di carattere esistenziale non indicate né dal minore stesso né dal suo legale rappresentante.

In buona sostanza mi pare che la via seguita dalla Corte d'Appello di Milano, sia pur nell'apprezzabilissimo sforzo di individuare una soluzione che mantenesse autentico significato alla nuova figura dell'avvocato del minore, si esponga a facili critiche⁹ laddove cumula in questa nuova figura funzioni che non possono essere svolte dal difensore.

Un giudice così attento avrebbe forse potuto con più forza sostenere la sua tesi – della necessità di un autonomo e vero e proprio avvocato del minore – valorizzando la possibilità, limitatamente a certe ipotesi, che la persona minorenni sia capace di rapportarsi al proprio difensore in modo simile alla persona maggiorenne dando indicazioni per la propria difesa.

Inoltre, in qualche misura, e per motivi opposti, entrambe le interpretazioni – quella della Corte di Cassazione e quella della Corte d'Appello di Milano – sminuiscono di fatto moltissimo la portata innovativa dell'introduzione della figura dell'avvocato del minore.

Mi chiedo, infatti, che cosa resta dell'avvocato del minore se, da un lato, tale avvocato viene confuso con l'avvocato del curatore speciale, come nell'interpretazione data dalla Corte Suprema, e, dall'altro lato, se

⁹ Critiche che, infatti, non sono mancate da parte di Giuseppe Magno nella nota a sentenza dal titolo "Rappresentanza e difesa del minorenni nel giudizio per la dichiarazione dello stato di adottabilità" in Dir. Famiglia 2009, 2, 652

l'avvocato del minore, liberatosi di questo filtro intermedio, dovesse poi riunire in sé due funzioni, innegabilmente molto diverse, quali quella tradizionalmente assegnata al curatore speciale e quella tipica del difensore., come nella ricostruzione della sua figura data sostanzialmente dal citato giudice di merito.

Detto in altri termini, che differenza vi sarà in pratica se in un caso le scelte esistenziali di un ragazzino verranno decise dal suo curatore speciale che a sua volta le farà valere in giudizio attraverso la difesa tecnica di un difensore (sempre che lo stesso curatore non sia egli stesso avvocato) e se, nell'altro caso, le stesse scelte verranno effettuate dall'avvocato di quel ragazzino, che prima le decide e poi le sostiene anche in giudizio?

C'è da chiedersi che ne rimane di quel ragazzino o, meglio, cosa ne giunge al giudice?

Rappresentanza e difesa della persona minorenni (oltre che il suo ascolto) dovrebbero oggi essere ulteriormente pensate anche alla luce delle **Nuove linee Guida del Consiglio d'Europa per una giustizia adatta ai bambini (CHILD FRIENDLY JUSTICE) adottate a Strasburgo il 17 novembre 2010** con le quali il Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa ha fornito una guida pratica ai governi europei per l'applicazione di norme obbligatorie internazionali sia nell'ambito dei procedimenti giudiziari che nelle procedure alternative ad esse.

Con riferimento al tema trattato l'art. 2 delle "Linee" intitolato Legal Counsel and Representation afferma il diritto dei minori "ad una propria consulenza legale e rappresentanza" ("their own legal counsel and representation, in their own name"), ad un patrocinio legale gratuito, ad essere rappresentati da un avvocato del minore formato e costantemente aggiornato specificamente ed approfonditamente in materia di diritti del fanciullo e questioni correlate e capace di comunicare con i minori in modo tale da essere da loro capito ("Lawyers representing children should be trained in and knowledgeable on children's rights and related issues, receive ongoing and in-depth training and be capable of communicating with children at their level of understanding"),.

Ed é rilevante che lo stesso articolo riconosca che i minorenni devono essere considerati come clienti maturi con i loro propri diritti e che gli avvocati che li rappresentano devono sostenere la loro opinione ("Children should be considered as fully-fledged clients with their own rights and lawyers representing children should bring forward the opinion of the children") dove lo stesso termine "CLIENTE" ci fa capire quanto il rapporto debba essere diretto tra l'avvocato ed il minorenne anche se le "Linee" non escludono in alcuni casi la possibilità della nomina di un curatore ("In cases where there are conflicting interests between parents and children, the competent authority should appoint either a guardian ad litem or another

independent representative to represent the views and interests of the child”).

Tutto questo sempre sul presupposto, affermato fra i “Principi Fondamentali” delle “Linee”, che i minorenni devono essere considerati e trattati come titolari a pieno titolo di diritti e legittimati ad esercitare tutti i loro diritti in un modo che tenga conto della loro capacità di formarsi una propria opinione e di tutte le circostanze del caso (“Children should be considered and treated as full bearers of rights and should be entitled to exercise all their rights in a manner that takes into account their capacity to form their own views as well as the circumstances of the case”).

Sempre fra i “Principi Fondamentali” delle “Linee” viene affermato sotto il titolo “Ruolo della legge” che gli elementi del giusto processo, come il principio di legalità e di proporzionalità, la presunzione di innocenza, il diritto ad un processo giusto (fair) , il diritto alla consulenza legale, il diritto di accesso alla giustizia e di impugnazione, devono essere garantiti ai minorenni come agli adulti e non devono essere minimizzati o negati col pretesto del miglior interesse del minore. Tale principio si applica a tutti i tipi di procedimenti, giudiziale e non ed anche amministrativo.

Segue la parte relativa all’ascolto che viene omessa perché non oggetto della lezione