

CORSO DI FORMAZIONE PER CURATORE SPECIALE E AVVOCATO
DEL MINORE NEL PROCESSO CIVILE

Ordine degli Avvocati di Firenze – Fondazione per la Formazione Forense
degli Avvocati di Firenze – Fondazione Avvocatura Toscana

L'ESPERIENZA DELL'AVVOCATO DEL MINORE
Inquadramento normativo, giurisprudenza e prassi

Webinar 21 maggio 2021

Relatrice Avv. Giuseppina Abbate

INQUADRAMENTO NORMATIVO

- Art. 24 Costituzione
- Art. 111 Costituzione
- Convenzione internazionale del 20 novembre 1989 di New York sui diritti del fanciullo ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176
- Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25 gennaio 1996 firmata a Strasburgo e ratificata dall'Italia con L. 20 marzo 2003 n. 77
- L. n. 184 del 04 maggio 1983 - *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*
- L. n. 149 del 28 marzo 2001 - *Diritto del minore ad una famiglia*
- Art. 316 c.c. (Responsabilità genitoriale)
- Art. 330 c.c. (Decadenza dalla responsabilità genitoriale)
- Art. 333 c.c. (Condotta del genitore pregiudizievole ai figli)
- Art. 336 c.c. (Procedimento)
- Art. 38 disp. att. c. c. (competenza del T. M. e del T. O., provvedimenti e rito)
- Art. 75 c.p.c. (capacità processuale)
- Artt. 78-86 c.p.c. (curatore speciale-difesa personale della parte)
- Art. 738 e ss. c.p.c. (Proc. in camera di consiglio)

INTRODUZIONE

L'argomento che è mi è stato affidato è, per quanto mi riguarda, estremamente interessante oltre che sotto il profilo giuridico, che è quello che qui ci interessa, anche sotto il profilo dell'evoluzione sociale e della necessità di adeguamento delle norme ai cambiamenti della società.

A parlare oggi di "avvocato del minore" e guardarsi indietro, nei decenni precedenti, ci si rende conto di come sia cambiata la nostra società ma anche di quale passo avanti debbano fare ancora le norme per rendere effettiva la tutela del minore attraverso il difensore.

Una società che rispetta e tutela il minore è una società che costruisce il futuro delle nuove generazioni con persone tutelate e tutelanti.

E qui mi fermo perché non è questo il tema benché, tuttavia, sono convinta che questa sia la base del tema.

La legge 04 maggio 1983 n. 184 relativa alla "*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*", che abrogò la L. 431 del 1967, regolò in modo nuovo ed autonomo l'adozione dei minorenni.

Era già intervenuta la riforma del diritto di famiglia con la L. 151 del 1975 e la ratifica della Convenzione di Strasburgo in materia di adozione di minori n. 357/1974 ed era molto sentita la necessità di dare **una sistemazione organica alle norme** in materia ma anche la necessità di coordinare le norme interne con quelle della Convenzione.

Non meno importante era quello di regolare **l'adozione internazionale** che vide la sua introduzione, per la prima volta nel nostro ordinamento, proprio con la legge 184/1983.

Alcuni anni dopo intervennero la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (20.11.1989) e quella di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori (25.01.1996) che nel nostro paese vennero ratificate, rispettivamente, con la legge n. 176 del 27 maggio 1991 e con la legge n. 77 del 20 marzo 2003.

Le due convenzioni hanno avuto il merito di **introdurre il diritto del minore a partecipare ai procedimenti** che lo riguardano nonché **quello di essere ascoltato come diritto fondamentale della persona minore d'età**.

La legge 184/1983 non era più adeguata, bisognava guardare oltre ovvero ad una tutela maggiore per i minori d'età.

La Convenzione di Strasburgo, all'art. 4 stabiliva che, in caso di conflitto di interessi, *“il minore ha diritto di richiedere, personalmente o tramite altre persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale nei procedimenti che lo riguardano”* mentre l'art. 9, invece, prevedeva il potere dell'autorità giudiziaria di *“designare un rappresentante speciale che lo rappresenti in tali procedimenti”*.

Le norme della Convenzione di Strasburgo in Italia non sono state, invece, rese operanti nei giudizi di separazione e divorzio in quanto il nostro legislatore ritiene, e la giurisprudenza anche di legittimità ancora oggi lo conferma, che nei procedimenti di separazione e divorzio gli interessi del minore sono tutelati sia dall'intervento obbligatorio del P.M. che dai poteri istruttori del giudice (che risultano accresciuti dalla legge n. 54/2006) e del Collegio.

LA RIFORMA DELLA LEGGE 184/83 E L'INTERVENTO DEL MINORE NEL PROCESSO

La riforma della legge sull'adozione viene quindi attuata con la legge n.149/2001, denominata **“Diritto del minore ad una famiglia”** che ha apportato alcune modifiche anche al titolo VIII del Libro primo del c.c. ed in particolare all'art. 336 c.c. inserendo un quarto comma.

Ulteriori motivi di necessità della riforma, derivavano dalla realizzazione del **principio del giusto processo**, che richiamava la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, di cui all'**art. 111 della Cost.** (come modificato con la legge

Cost. del 23.11.1999 n. 2) ovvero **rispetto del contraddittorio**, parità delle parti davanti ad un **giudice terzo e imparziale** e **ragionevole durata del processo**, principi che sono stati recepiti non solo per i procedimenti penali ma anche per tutti i processi in cui si discute di diritti soggettivi, quali quelli familiari e, quindi, anche per i procedimenti relativi al minore d'età.

La necessità dell'intervento del minore nel processo, quindi, era stata da più parti rilevata, richiesta e contemplata come ad es. con la Carta dei Diritti Fondamentali UE – Carta di Nizza del 07.12.2000 – che all'art. 24 aveva previsto che *“il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse”*.

Quindi, da più parti si sentiva l'esigenza di una riforma che ponesse il minore al centro del processo che lo riguarda, attribuendogli la qualità di **“parte” con piena attuazione dell'art. 24 Cost.** - *“tutti possono agire in giudizio per la difesa dei propri diritti”*- benché abbia necessità di essere rappresentato.

La legge 149/2001 introduce per la prima volta nel nostro Paese la figura dell'avvocato del minore e del difensore d'ufficio nei procedimenti civili.

Ovvero, viene previsto **l'obbligo dell'assistenza legale** per il minore e per i genitori nei procedimenti di limitazione e decadenza della responsabilità genitoriale (potestà) e in quelle per la dichiarazione di adottabilità.

Fu un intervento questo di straordinaria importanza.

Fu modificato il titolo che divenne *“Diritto del minore ad una famiglia”* e furono modificati, tra gli altri, gli artt. 8 e 10 della legge n. 184/1983 e l'art. 336 c.c. cui è stato aggiunto l'ultimo comma.

L'art. 8, al comma 4, come modificato, prevede 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 secondo comma dell'art. 10”*.

Il comma 2 dell'art. 10 prevede, invece, che *“all'atto dell'apertura del procedimento [...] il Presidente del Tribunale per i Minorenni”* invita i genitori ed i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi

con il minore *“a nominare un difensore e li informa della nomina di un difensore d’ufficio per il caso che essi non vi provvedano”*.

L’art. 37, invece, ha modificato l’art. 336 c.c. al quale venne aggiunto il quarto comma che prevedeva *“per i provvedimenti di cui ai commi precedenti i genitori e il minore sono assistiti da un difensore anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge”*.

La norma attuale si ferma all’assistenza del difensore in quanto l’art. 299 del Dpr n. 115/2002 ha abrogato l’ultima locuzione che fa riferimento alle spese a carico dello Stato ma di questo parleremo nell’ultimo incontro.

La riforma, con la previsione del difensore del minore, rendeva possibile non più solo la rappresentanza sostanziale ma anche quella della difesa nel processo con il riconoscimento del minore quale parte processuale, con il potere e la possibilità di difendere i suoi diritti all’interno delle regole del processo, nel rispetto del principio del contraddittorio, con il perseguimento dell’interesse primario dello stesso nella prospettiva di un processo civile più giusto di fronte ad un Tribunale per i Minorenni più terzo.

Noi sappiamo che il minore è titolare del diritto (*legitimatatio ad causam*) ma il potere di iniziare un giudizio per la tutela del suo diritto (*legitimatatio ad processum*) spetta ai suoi genitori.

A seguito della riforma era ragionevole pensare che nei procedimenti di adottabilità e in quelli *de potestate* la rappresentanza sostanziale potesse essere assorbita dalla nomina del difensore che assumesse nel processo anche la funzione di rappresentante sostanziale del minore.

In questa situazione, la prassi che si è instaurata, invece, è stata un’altra.

Nonostante l’art. 8, l. 149/2001 abbia introdotto **“l’assistenza legale” del minore, tuttavia, la prassi dei tribunali** è stata, ed è ancora quella che, con l’ordinanza con la quale vengono presi, in via provvisoria cautelare ed urgente, i primi provvedimenti, si provvede alla nomina, **nell’interesse del minore**, di un curatore speciale che quasi sempre è anche avvocato.

Ciò si verifica sia nei **procedimenti ex art. 10, 3° comma L. 184/1983** (registro ads adozioni) che **nei procedimenti ex artt. 330, 333 e 336 c.c.**, dove nel decreto di nomina del curatore speciale si legge *“con facoltà per il medesimo curatore a stare in giudizio senza ministero di altro difensore, alle condizioni di cui all'art. 86 c.p.c.”*

Nei procedimenti di adottabilità, quindi, il Presidente del Tribunale per i minorenni o un giudice da lui delegato, **ai sensi dell'art. 10 L. 149/2001**, all'apertura del procedimento, avverte i genitori o, in loro mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, li invita a nominare un difensore che li informa della nomina di uno d'ufficio ove essi non vi provvedano ma poiché nella norma non si rinviene alcun riferimento alla posizione del minore, dobbiamo arrivare agli artt. 15 e 16 della l. 184/1983 per trovare la figura del curatore speciale.

La giurisprudenza, in effetti, ritiene che la previsione di una **“assistenza legale”** del minore, fin dall'inizio del procedimento, non significa, che si debba nominare un difensore d'ufficio al minore all'atto dell'apertura del procedimento.

Il minore è parte del procedimento ma, in mancanza di una disposizione specifica, **sta in giudizio a mezzo del rappresentante**, secondo le regole generali, ovvero a mezzo del genitore, del tutore o del curatore speciale.

La prassi dei tribunali è quella di nominare, quale curatore speciale, un avvocato il quale assume in sé entrambe le posizioni, e che rappresenta il minore in sostituzione dei suoi genitori ma non quella di nominare l'avvocato del minore.

Quindi curatore speciale e avvocato del minore sono la stessa persona fisica benché i due ruoli siano nettamente diversi.

Il curatore/avvocato, visto l'art. 86 c.p.c., ha, quindi, **facoltà di costituirsi anche personalmente.**

Nella **giurisprudenza, pertanto**, è prevalso l'orientamento – **riduttivo** – che l'assistenza del minore (art. 8 legge 184/1983 e art. 336 c.c. entrambi novellati) non comporta il dovere del giudice di nominargli un difensore, con la conseguenza che **l'avvocato del minore altro non è se non l'avvocato del curatore speciale e/o del tutore.**

Il difensore, si ribadisce, non è nominato dal giudice che interviene solo se tutore o curatore speciale non lo nominano.

Eppure la portata innovativa della legge n. 149/2001 era di precisa indicazione circa l'obbligo della nomina dell'avvocato del minore.

La Suprema **Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10228/2009**, avverso una sentenza della Corte d'Appello di Firenze, stabilì il principio che il procedimento di adottabilità, che si svolge sin dall'inizio in forma camerale contenziosa, impone "la nomina di un curatore speciale al minore".

Con tale sentenza, la Corte dichiarò la nullità assoluta dell'intero giudizio di merito (insanabile e rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado di esso) conseguente al vizio di costituzione del rapporto processuale (art. 75, comma 2 c.p.c.) ed alla violazione del principio del contraddittorio (art. 101 c.p.c.).

La giurisprudenza successiva ha introdotto, rispetto alla 10228/09, la necessità che il minore sia assistito da un difensore, tuttavia, ha privilegiato l'interpretazione che "*competete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica ...*" (Cass. Civ. 17.02.2010, n. 3804).

Nello stesso senso la Corte di Cassazione si espresse con la sentenza del 19 maggio 2010 n. 12290 allorché affermò che "*competete esclusivamente al rappresentante legale del minore la nomina di un avvocato per la difesa tecnica.....l'avvocato del minore non può che assumerne, come di consueto, la difesa tecnica e perseguire gli interessi sostanziali e processuali del suo assistito*".

Quindi, questo è il principio che è stato poi applicato e seguito dalla giurisprudenza di merito.

Nella quasi totalità dei casi, il Tribunale per i Minorenni nomina, quindi, un curatore speciale che sia un avvocato che si può costituire in giudizio assumendo anche la difesa del minore senza bisogno di conferire mandato ad un altro difensore.

Nei procedimenti *de potestate*, la legge 149/2001 ha modificato l'art. 336 c.c. aggiungendo un ultimo comma il quale prevede che *“i genitori e il minore sono assistiti da un difensore”*.

Anche in questi procedimenti, il minore ed i genitori sono considerati parti del processo ma, secondo la giurisprudenza, l'obbligo della difesa tecnica non è previsto né per i genitori né per i minori.

La prassi, fino ad oggi, attuata è quella di nominare un difensore al minore attraverso la nomina di un curatore speciale in caso di conflitto con i genitori, conflitto che non è considerato sempre *in re ipsa*, come nei procedimenti di adottabilità, ma che viene valutato in concreto e caso per caso e, pertanto, in alcuni casi, il curatore speciale/difensore del minore non viene nominato.

Il conflitto di interessi, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, è ravvisabile ogni volta che la posizione del minore sia potenzialmente incompatibile con quella dei suoi genitori con valutazione, ovviamente, *ex ante*.

Il conflitto di interessi deve essere dedotto dal P.M. ovvero da uno dei soggetti indicati dall'art. 10 L. 149/2001.

In questi casi, l'omissione della nomina del difensore del minore (curatore speciale) comporta la nullità del procedimento per violazione del principio del contraddittorio ma non in tutti i casi.

Come abbiamo visto, il quarto comma dell'art. 336 c.c. prevede l'assistenza di un difensore per i genitori e per il minore che (vista anche la sentenza della Corte Cost. n. 1/2002) sono ritenuti, quindi, parti processuali necessarie ma la giurisprudenza non li ritiene obbligatori.

Il principio applicato dai tribunali, nei procedimenti de potestate, è, quindi, quello affermato dalla Suprema Corte con la **sentenza n. 8100 del 21 aprile 2015** con la quale si è stabilito che la norma è rispettata e non vi è nullità se si provvede all'ascolto del minore tranne il caso in cui vi sia conflitto di interessi con i genitori.

Sostanzialmente, mentre nel procedimento di adottabilità la difesa del minore è prevista dalla norma con effetto vincolante ed imprescindibile, nei procedimenti *de potestate* questo non avviene a meno che non vi sia un conflitto di interessi.

Recentemente, la Corte di Cassazione, con **l'Ordinanza n. 1471 del 25 gennaio 2021**, ha affermato il principio che nei procedimenti *de potestate*, *in caso di conflitto*, “è necessario che il giudice di merito provveda alla nomina di un curatore speciale al minore.....che provvederà a sua volta, a munire il minore medesimo di un difensore.....” e che “la violazione di tale disposizione determina la nullità del procedimento di secondo grado, ex art. 354 c.p.c., comma 1, con rimessione della causa al primo giudice, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., comma 3, perché provveda all'integrazione del contraddittorio” e che “Negli altri giudizi che riguardano i minori, la tutela di questi ultimi si realizza mediante l'ascolto del minore nei casi previsti dalla legge....”.

Questa ordinanza è estremamente interessante per vari aspetti in quanto pone l'attenzione **sull'ammissibilità del ricorso straordinario ex art. 111 Cost., sulla natura del procedimento ex art. 336 c.c.** che, pur se non tipicamente contenzioso, ha pur sempre ad oggetto un'attività di controllo del giudice sull'esercizio della responsabilità genitoriale qualora tra le parti vi sia un conflitto di interessi; sulla posizione del minore quale vera e propria parte del giudizio – in quanto titolare di diritti personalissimi di rilievo costituzionale- e come tale avente, al pari dei genitori, diritto ad una difesa tecnica ovvero natura di parte sostanziale e formale anche per i procedimenti di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale; sulla necessità del

minore di prendere posizione in maniera qualificata, mediante l'assistenza di un difensore, in ordine a decisioni di particolare rilievo ed incisive sulla sua vita futura; 5) sulla qualità di parte del minore ex lege; 6) sul conflitto tra la posizione del figlio con quella dei genitori che nei giudizi de potestate è sempre contrapposta.

NATURA DEL PROCEDIMENTO DI ADOTTABILITA'

Il procedimento è, sin dall'inizio, contenzioso ed a cognizione piena e si conclude con una sentenza che va notificata alle parti.

L'art. 10 comma 2 della legge 159/01 prevede **il diritto di tutte le parti di accedere a tutti gli accertamenti disposti dal Tribunale** ovvero di ricevere preventiva comunicazione di qualsiasi accertamento disposto dal giudice, nominare un consulente di parte, presentare le proprie difese, ecc...diversamente, l'atto d'indagine non può essere utilizzato per la decisione.

In alcuni casi, è ammissibile, in via provvisoria ed eccezionale, la secretazione degli atti ma, superata la ragione della secretazione, andranno messi a disposizione delle parti.

Entrambi i procedimenti, si instaurano su ricorso del P.M. (quelli di adottabilità sempre, quelli relativi alla decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale o su ricorso P.M. o dall'altro genitore).

Il P.M.M., infatti, ha la funzione di proporre l'azione ovvero gli compete l'esercizio dell'azione civile, è un "giudice" imparziale, ha il potere di impugnare così come ha il potere di esprimere pareri, di formulare le conclusioni, dedurre, produrre ma può anche archiviare la segnalazione pervenuta qualora infondata.

Il giudizio di adottabilità è, quindi, un **processo governato dal principio della domanda** e la dichiarazione dello stato di adottabilità è disposta in

Camera di Consiglio con sentenza, sentito il P.M. nonché il tutore, ove esista, e anche il minore che ha compiuto i dodici anni o se di età inferiore qualora abbia discernimento.

ATTIVITA' DIFENSIVA

A noi avvocati interessa sapere cosa dobbiamo fare allorché riceviamo una nomina quale curatore/difensore del minore.

Diritto/dovere dell'avvocato è quello di costituirsi in giudizio (tramite il proprio o altrui patrocinio), redigere gli atti difensivi, allegare fatti e circostanze, partecipare a tutte le udienze e svolgere tutta l'attività difensiva che gli compete.

La sentenza è notificata per esteso al P.M., ai genitori, ai parenti indicati nel primo comma dell'art. 12, al tutore o curatore speciale con contestuale avviso che è loro diritto proporre impugnazione nelle forme e nei termini di cui all'art. 17 l. 184/83 ovvero entro 30 gg dalla notifica.

L'impugnazione si propone dinanzi alla Corte d'Appello mentre avverso quella della Corte d'appello è ammesso ricorso per Cassazione entro i soliti 30 gg dalla notificazione per i motivi di cui ai numeri 3, 4 e 5 del I comma dell'art. 360 c.p.c.

IL RICORSO STRAORDINARIO EX ART. 111 COSTITUZIONE NEI PROCEDIMENTI SULLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE

Un'attenzione particolare merita la questione relativa al ricorso straordinario per Cassazione avverso i provvedimenti sulla responsabilità genitoriale in quanto, per lungo tempo, il ricorso ex art. 111 della Costituzione è stato ritenuto inammissibile perché si riteneva che detti provvedimenti non

avessero il carattere decisorio e definitivo, in senso sostanziale, richiesto dalla norma.

Con la Sentenza n. 5256 del 06.03.2018, (ripresa anche dall'ultima ordinanza di cui sopra) la Suprema Corte ha così deciso *“il provvedimento ablativo della responsabilità genitoriale, emesso dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c., ha attitudine al giudicato “rebus sic stantibus”, in quanto non revocabile o modificabile salvo la sopravvenienza di fatti nuovi; **il decreto della corte di appello** che, in sede di reclamo, lo conferma, lo revoca o lo modifica è pertanto impugnabile con ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7 (Cass. n. 26633/2016).*

Con la stessa sentenza (5256/2018) la Corte afferma, altresì, che in caso di conflitto di interessi, nei giudizi riguardanti i provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, il procedimento deve ritenersi nullo ex art. 354 primo comma c.p.c con rimessione della causa al primo giudice perché provveda all'integrazione del contraddittorio.

DECISIONI DA SEGNALARE

Vi segnalo, infine, l'Ordinanza n. 11786 del 5 maggio 2021, con la quale la I Sezione Civile della Suprema Corte ha disposto che *“Il tutore provvisorio, se nominato, assume la veste di litisconsorte necessario in luogo del minore”* e l'Ordinanza n. 3159 del 09.02.2021 con la quale la Suprema Corte, Sezione VI, in un giudizio per l'affidamento e il collocamento della minore presso uno dei genitori, ha così disposto *“se pure in generale i minori, nei procedimenti giudiziari che li riguardano, non possono essere considerati parti formali del giudizio, perché la legittimazione processuale non risulta attribuita loro da alcuna disposizione di legge, essi sono, tuttavia, parti sostanziali, in quanto portatori di interessi comunque diversi, quando non contrapposti, rispetto ai loro genitori; pertanto la*

tutela del minore, in questi giudizi, si realizza mediante la previsione che il minore stesso deve essere ascoltato, e costituisce pertanto, violazione del principio del contraddittorio e dei diritti del primo il suo mancato ascolto, quando non sia sorretta da un'espressa motivazione sull'assenza di discernimento, tale da giustificarne l'omissione".

CASI DI MANCATA NOMINA DEL CURATORE SPECIALE/ DIFENSORE DEL MINORE

Nei casi in cui, in primo grado, non venga nominato il curatore e/o avvocato del minore, più recentemente la **Corte di Cassazione con la sentenza n. 6020 del 09.03.2017**, ha stabilito che *"in base al principio secondo il quale le ipotesi di rimessione al primo giudice sono quelle tassativamente indicate nell'art. 354 c.p.c. comma 1 e 2 (oltre a quelle di cui al precedente art. 353 c.p.c.) il giudice d'appello, in difetto della suddetta nomina in primo grado per la risoluzione dell'indicato conflitto, deve decidere la causa nel merito, rinnovando eventualmente gli atti nulli"* ed ancora con la sentenza n. **12020 del 07.05.2019** ha stabilito che *"in tema di adozione, ai sensi della L. 184 del 1983, art. 8 u.c., e art. 10, comma 2, come novellati dalla L. n. 149 del 2001, il procedimento volto all'accertamento dello stato di adottabilità deve svolgersi, fin dalla sua apertura, con l'assistenza legale del minore, il quale ne è parte, e, in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo di un rappresentante legale ovvero, se sussista conflitto di interessi, di un curatore speciale, soggetti cui compete la nomina di un difensore tecnico; ne deriva, in caso di omessa nomina di quest'ultimo cui non segua la designazione di un difensore d'ufficio, la nullità del procedimento de quo, non avendo potuto il minore esercitare il contraddittorio su tutti gli atti processuali che hanno costituito il presupposto per la decisione del giudice di merito; in tal caso, va, peraltro, esclusa la rimessione del giudizio in primo grado, giacché tale rimessione, comunque contraria alle esigenze di speditezza del procedimento diretto*

all'accertamento dello stato di adottabilità, risulta preclusa dalla natura tassativa delle ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c. e il giudice di appello deve procedere, a norma dell'art. 354 c.p.c., comma 4, alla rinnovazione degli atti del procedimento che risultano viziati per il loro compimento in assenza della costituzione, a mezzo di difensore, del rappresentante legale o del curatore speciale del minore".

In tale decisione la Suprema Corte ha riaffermato il principio nei "***c.d. giudizi de potestate la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori***, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore" e dovendo pertanto trovare applicazione il principio, più volte enunciato in materia, secondo cui ***è ravvisabile il conflitto di interessi*** tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale che rappresenti ed assista l'incapace (art. 78 c.p.c, comma 2)_ogni volta che l'incompatibilità delle loro rispettive posizioni è anche solo potenziale, a prescindere dalla sua effettività (Cass. nn. 1957/16, 16533/10, 12290/10)."

FUNZIONE E DISTINZIONE DEI RUOLI CURATORE / AVVOCATO ED EVENTUALE CONFLITTO SULLA STRATEGIA DIFENSIVA

Un ulteriore problema che si pone è se l'avvocato del minore, in quanto tale, ha il dovere o la facoltà di intrattenere rapporti con tutti i soggetti che interagiscono a diverso titolo e o chiedere informazioni ai servizi sociali, agli insegnanti, al pediatra, ecc...

A mio avviso, bisogna distinguere i casi in cui il difensore sia anche curatore speciale del minore da quelli nei quali, invece, riceve il mandato dal curatore o dal tutore.

In tali ultimi casi, infatti, l'avvocato del minore deve rispondere del suo operato a chi lo ha nominato e non ha, in quanto avvocato, il potere di rappresentanza sostanziale del minore dovendo assolvere alla funzione propria del difensore seguendo le indicazioni del rappresentante del minore. Il difensore, ricevuta la nomina, quindi, accederà, in primo luogo, al fascicolo e chiederà le copie degli atti e dei documenti ivi contenuti e se avrà un curatore speciale che lo ha nominato conferirà con il medesimo sulle scelte processuali e sulla eventuale strategia da seguire a tutela del minore.

All'esito, dell'esame degli atti del fascicolo, valuterà se prendere contatto con i servizi, la scuola, l'eventuale comunità o istituto dove il minore è collocato e il pediatra, nonché, in base all'età del minore, deciderà se incontrarlo o meno e se è necessario farsi affiancare dagli operatori sociali che hanno già avuto contatto con lui, oppure anche attraverso uno psicologo se ha necessità di essere coadiuvato nell'osservazione del minore.

Se il minore è collocato in una comunità o in una famiglia è opportuno che l'incontro avvenga con i responsabili della struttura o con lo psicologo.

Se, invece, **vive con i genitori o presso parenti o famiglia affidataria** è sicuramente preferibile che l'incontro avvenga in un luogo neutro (presso i servizi o presso lo studio).

Il difensore fornirà al minore – in base all'età del medesimo - ogni informazione al fine di conoscere la sua opinione e di portarla a conoscenza del giudice e gli rappresenterà anche la circostanza che può esprimere i suoi desideri ma che non necessariamente saranno accolti.

Qualora, tuttavia, il difensore ha ricevuto mandato dal rappresentante del minore, ci si chiede cosa possa o debba fare in caso di contrasto sulla strategia processuale.

A me pare che, in siffatte situazioni, non rimane altro che rinunciare all'incarico.

Quindi, a mio avviso, questo è il punto nodale del vuoto legislativo della L. 149/01 in quanto fino a che il minore è rappresentato da un tutore o curatore speciale che ha la duplice funzione del rappresentante e del difensore non esiste alcun problema di conflitto, benché le due funzioni siano diverse ed appaiano confliggenti - ma il conflitto vero e proprio si può verificare nei casi in cui il difensore debba concordare la linea difensiva con chi rappresenta il minore le cui rispettive finalità possono divergere.

Sarebbe, quindi, auspicabile quella disciplina che sin dall'inizio veniva richiesta e che fu motivo di tanti rinvii per l'entrata in vigore.

Tuttavia, credo che, visti gli anni trascorsi, sia più facile attendere una riforma vera e propria.

GRAZIE!

Avv. Giuseppina Abbate