

La Convenzione di Strasburgo rende «implicita» la valutazione sul conflitto di interessi

Il Sole 24 Ore - Famiglia e Minori Numero 9 del 01/10/2007 Pagina 20

Il giudizio è da considerare in re ipsa in seguito alla qualificazione del minore come parte processuale distinta e autonoma rispetto ai genitori

di Carmelo Padalino

Inammissibilità

Procedimento civile - Procedimento di volontaria giurisdizione - Famiglia - Provvedimenti per la prole limitativi della potestà dei genitori - Mancata previsione della nomina di un curatore in rappresentanza del minore - Asserita violazione del principio della preminente tutela dell'interesse del minore - Carenza di motivazione in ordine alla rilevanza della questione - Manifesta inammissibilità. (Costituzione, articoli 2, 3, 24, 30 e 31; Cc, articoli 333 e 336; Cpc, articoli 738 e 739)

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 333 e 336 del Cc e degli articoli 738 e 739 del Cpc, in riferimento agli articoli 2, 3, comma 2, 24, comma 2, 30 e 31 della Costituzione, nella parte in cui nel procedimento camerale limitativo della potestà genitoriale non prevedono la nomina di un curatore in rappresentanza del minore, sul rilievo che il giudice a quo, in punto di rilevanza, non ha motivato in modo completo sull'effettiva mancanza nel vigente ordinamento di norme, speciali o generali, che consentano tale nomina.

- Corte costituzionale, ordinanza 22 novembre 2000 n. 528

Urgenza e provvisorietà

Potestà dei genitori - Sottrazione internazionale di minori - Procedimento - Minorenne - Qualità di parte - Esclusione - Fondamento - Mancanza di un'apposita disposizione normativa - Procedimenti de potestate - Differenze. (Cc, articoli 330, 333 e 336; legge 15 gennaio 1994 n. 64, articolo 7)

Nei procedimenti di sottrazione internazionale di minori, in difetto di una disposizione normativa, esplicita o implicita, il minore non è legittimato a intervenire come parte; difetto giustificato, in questo caso, anche da ragioni d'incompatibilità con l'urgenza e la provvisorietà del provvedimento cautelare concernente l'immediato rimpatrio del minore illecitamente sottratto. Ciò a differenza di quanto previsto nelle procedure giudiziarie cui si riferisce l'articolo 336 del Cc, ove la legge ha attribuito la qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni, anche al figlio minorenne.

- Cassazione, sezione I civile, sentenza 10 ottobre 2003 n. 15145

Capacità di discernimento

Adozione - Adozione dei minori d'età - Adottandi - Adottabilità - Opposizione - Procedimento - In genere - Giudizio di opposizione - Fase di appello - Audizione del minore infradodicesenne - Obbligo - Esclusione - Facoltà - Valutazione riservata al prudente apprezzamento del giudice del merito - Contrasto della legge nazionale con la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo - Esclusione.

Nel procedimento di adozione dei minorenni in casi particolari ex lege n. 184 del 1983, l'audizione del minorenne da parte della Corte di appello, in sede di gravame, è riservata

all'apprezzamento del giudice del merito, in virtù di una disciplina conforme ai principi recati dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo di New York, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge n. 176 del 1991, che stabilisce l'obbligo di tenere conto delle opinioni del minore in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi soltanto se si tratti di «fanciullo capace di discernimento» e «tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità».

- Cassazione, sezione I civile, sentenza 26 novembre 2004 n. 22350

Rilevabilità

Procedimento civile - Capacità processuale - Curatore speciale - Conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato - Disciplina ex articolo 78 del Cpc - Omessa nomina del curatore - Vizio di costituzione del contraddittorio - Conseguenze - Rilevabilità d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio - Sussistenza - Rappresentanza sostanziale nel processo e rappresentanza sostanziale - Rilevanza - Differenze.

In caso di omessa nomina di un curatore speciale previsto dall'articolo 78 del Cpc quando vi sia conflitto d'interessi con il rappresentante, il vizio di costituzione del rapporto processuale, determinando la nullità dell'intero giudizio per violazione della garanzia costituzionale del diritto di difesa di cui all'articolo 24 della Costituzione, deve essere rilevato dal giudice d'ufficio in qualsiasi stato e grado del giudizio e anche in sede di legittimità, sempre che sulla questione non si sia formato il giudicato interno, atteso che si verte in tema di rappresentanza sostanziale nel processo e non di rappresentanza sostanziale, essendo invece in quest'ultima ipotesi rimessa all'apprezzamento del giudice di merito - come tale non deducibile per la prima volta né rilevabile d'ufficio in sede di legittimità - l'indagine sulla compatibilità o meno dell'interesse del rappresentante con quello del rappresentato.

- Cassazione, sezione II civile, sentenza 30 maggio 2003 n. 8803

L'entrata in vigore delle disposizioni di carattere processuale della legge 28 marzo 2001 n. 149 ha segnato un ulteriore, fondamentale, passo verso la considerazione del minore non più come «oggetto di proprietà» dei genitori ma quale soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi e azionabili anche nei confronti degli stessi esercenti la potestà parentale (del resto, già la giurisprudenza di legittimità aveva sostenuto che, a seguito dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale avutasi in materia, «la posizione del fanciullo - non più mero oggetto di tutela, ma titolare di diritti soggettivi - deve essere considerata anche sul piano dei diritti processuali», così Cassazione 10 ottobre 2003, n. 15145, in «Il Foro italiano», 2004, I, 2167).

L'allineamento - Il legislatore italiano ha riconosciuto al minore, in alcune procedure familiari che lo riguardano (ossia, in quelle relative all'accertamento del suo stato di abbandono e alla decadenza, limitazione e modulazione della potestà dei suoi genitori), il diritto di essere assistito da un difensore.

A tal proposito, l'articolo 8 comma 4, della legge 149/2001, ha previsto 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», mentre il successivo articolo 37, comma 3, della stessa legge, aggiungendo un ultimo comma all'articolo 336 del Cc, ha statuito che «per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore».

In tal modo, il legislatore italiano ha adeguato la normativa interna ai principi espressi, già da tempo, a livello internazionale, che hanno riconosciuto la titolarità, in capo al minore, di diritti sia sostanziali che processuali (sotto il primo profilo, si veda la Convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989, nonché l'articolo 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata a Nizza in data 7 dicembre 2000, sotto il secondo profilo, si veda la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, stipulata a

Strasburgo il 25 gennaio 1996, che all'articolo 5, lettera d), ha imposto agli Stati contraenti l'opportunità di riconoscere ai fanciulli «il diritto di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative delle parti in simili procedure»).

I nodi interpretativi - Ciò premesso, i richiamati articoli 8 e 37 della legge 149/2001 pongono, principalmente, due nodi interpretativi:

a) se la difesa tecnica del minore debba considerarsi obbligatoria nelle procedure familiari ivi richiamate;

b) se, prima della nomina del difensore del minore, sia necessario nominare un curatore speciale dello stesso.

Ai fini che qui rilevano, deve evidenziarsi che, secondo il tribunale per i minorenni di Milano, nei procedimenti di cui agli articoli 316, 317 bis, 330 e 333 del Cc, sussiste l'obbligo della difesa tecnica per i soli genitori, che rappresentano anche il minore in giudizio (e che, pertanto, potranno costituirsi in nome e per conto dello stesso), fino all'eventuale nomina di un curatore speciale se, in concreto, il Pm ravvisi un conflitto di interessi tra genitori e minore (ovvero nell'ipotesi di allontanamento di entrambi i genitori); mentre, nei procedimenti di adozione, il pubblico ministero dovrà sempre chiedere la nomina del curatore speciale per conflitto di interessi tra minore e genitori, da ritenersi in re ipsa (in tal senso, il documento redatto in data 10 luglio 2007).

Minore «parte» processuale - Limitatamente ai procedimenti di controllo della potestà genitoriale, in senso contrario all'interpretazione sopra riportata, giova premettere che, con riferimento alle richiamate disposizioni processuali della legge n. 149 del 2001 la Corte costituzionale e la Corte di cassazione hanno espresso il principio di diritto in base al quale al figlio minore deve essere riconosciuta la qualità di «parte».

A tal proposito, la Corte costituzionale, nella sentenza interpretativa di rigetto 30 gennaio 2002 n. 1 (in «Guida al Diritto», 2002, 9, 24, con nota di Finocchiaro), rileggendo l'articolo 336, alla luce dell'articolo 12 della citata Convenzione di New York del 1989 e delle modifiche introdotte dall'articolo 37 comma 3, della legge 149/2001, ha ritenuto che, nelle procedure giudiziarie cui si riferisce lo stesso articolo 336, «chiaramente si evince l'attribuzione al minore (nonché ai genitori) della qualità di parte, con tutte le conseguenti implicazioni», prima fra tutte la necessità di instaurare il contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 78 del Cpc (in precedenza, la Corte costituzionale 22 novembre 2000 n. 528, in «Famiglia e diritto», 2001, 121, con nota di Giangaspero, aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli articoli 333 e 336 del Cc, in riferimento agli articoli 2, 3, 24, 30 e 31 della Costituzione, nella parte in cui non prevedevano la nomina di un curatore in rappresentanza del minore, sul rilievo che il giudice remittente non aveva motivato, in modo completo, sull'effettiva mancanza nel vigente ordinamento di norme, speciali o generali, che consentissero tale nomina).

Successivamente, la suddetta interpretazione del giudice delle leggi è stata avallata dalla Corte di cassazione che, nella citata sentenza n. 15145 del 2003, ha ribadito che il «nuovo» comma 4 dell'articolo 336 del Cc «presuppone la qualità di parte del minore».

Ne discende che, nei procedimenti di potestà, le implicazioni di maggiore rilevanza legate all'attribuzione al minore della qualità di «parte» processuale sono costituite, per un verso, dall'obbligatoria nomina di un curatore speciale dello stesso, e, per altro verso, dalla successiva, e altrettanto obbligatoria, assistenza legale del figlio minore.

Presupposti per la nomina del curatore - Secondo un autorevole interprete, «la possibilità del minore di assumere la qualità di parte nei giudizi relativi all'esercizio della potestà dei genitori è confermata dall'articolo 336 del Cc, novellato dall'articolo 37 della legge 149/2001, mediante la nomina di un curatore speciale, stante la sussistenza almeno potenziale del conflitto d'interessi» con i suoi genitori (così Magno, «L'affidamento condiviso», in

«www.giustizia.lazio.it», 8). Tale autore ha rilevato, al contempo, che la mancata nomina del curatore del minore comporterebbe la nullità dell'intero processo per insanabile violazione del principio del contraddittorio (in tal senso, tra le altre, Cassazione 30 maggio 2003 n. 8803, in «Diritto e giustizia», 2003, 25, 108).

Risulta evidente che tale interpretazione comporta una sensibile dilatazione del concetto di «conflitto d'interessi», tale da farvi rientrare tutte le situazioni patologiche degli istituti familiari, anche là dove tale conflitto risulti meramente potenziale, e, quindi, da considerarsi in re ipsa (si veda, in chiave sistematica, Magno, «Il minore come soggetto processuale», Milano, 2001, 140).

A tal proposito, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che non è necessaria l'evidente ricorrenza di sintomi indicativi dell'effettività del conflitto d'interessi, in quanto anche una situazione di conflitto potenziale va egualmente rimossa a titolo precauzionale «giusta la ratio dell'articolo 78 del Cpc, che mira a prevenire il verificarsi dell'eventuale danno in ragione della più pregnante salvaguardia che l'ordinamento ritiene di dover apprestare in favore dei soggetti impediti, per incapacità legale o funzionale, ad agire personalmente» (così Cassazione 8803/2003, citato).

Secondo altra parte della dottrina, «la difesa del minore significa, a prescindere dalla gravità della pronuncia richiesta al giudice, presunzione legale d'un suo conflitto d'interesse con i genitori» (Sacchetti, «La difesa nei procedimenti minorili», in «Famiglia e diritto», 2001, 5, 567).

Nello stesso senso, si veda Dosi («L'avvocato del minore dopo la legge 28 marzo 2001, n. 149», «www.giustizia.catania.it»), secondo cui «in tutti i casi in cui la riforma prevede la nomina di un difensore al minore, si verifica una situazione di conflitto di interessi tra il minore i suoi genitori».

Ne discende che, per gli autori citati, se è vero che la nomina del curatore speciale del minore presuppone la sussistenza di un conflitto d'interessi con i suoi genitori, deve ritenersi parimenti vero che tale conflitto va considerato immanente in tali giudizi (anche se solo a livello potenziale), e, quindi, in re ipsa.

Tale soluzione interpretativa, pienamente da condividere non fosse altro perché faciliterebbe l'applicazione di una prassi giurisprudenziale uniforme riguardante la nomina del curatore speciale del minore nei procedimenti de potestate, trova ulteriore conferma nei principi espressi, in argomento, dalla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli.

Valenza di principio e significato della Convenzione di Strasburgo del 1996 - Ai fini che qui rilevano, giova evidenziare che la Corte di cassazione, con riferimento al tema dell'ascolto del minore nei procedimenti di sottrazione internazionale di minori, ha sostenuto che, sebbene lo Stato italiano, al momento dello strumento di ratifica, non abbia elencato come campo di applicazione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, i procedimenti di sottrazione internazionale di minori e, in genere, di controllo della potestà genitoriale, nondimeno le disposizioni di detta Convenzione «per la valenza di principio e per il loro significato promozionale, sono suscettibili di influenzare l'attività interpretativa anche nei procedimenti che si collocano al di fuori dell'elenco delle categorie di controversie formulato dallo Stato italiano al momento del deposito dello strumento di ratifica, orientando il senso delle disposizioni di cui il giudice è chiamato a fare diretta applicazione» (Cassazione 27 luglio 2007 n. 16753; si veda, inoltre, Cassazione 16 aprile 2007 n. 9094, in «Famiglia e minori», 2007, 7, 14, con nota di Saccucci; nonché, in tema di adozione in casi particolari, Cassazione 26 novembre 2004 n. 22350, in «Famiglia e diritto», 2005, 399, con nota di Tommaseo).

Applicando tale principio di diritto anche alla fattispecie in esame, avente a oggetto la nomina di un rappresentante (curatore) speciale del minore nei procedimenti di controllo della potestà genitoriale, si evince che le disposizioni della Convenzione di Strasburgo (segnatamente, gli

articoli 5 e 9) devono orientare - per la valenza di principio e per il loro significato promozionale - il senso delle norme di cui agli articoli 78 e 79 del Cpc che il giudice minorile è chiamato ad applicare.

Se ne trae che l'aver previsto l'assistenza legale a favore del minore (che presuppone - come detto - la sua qualificazione come «parte» processuale), intesa come strumento per dare forma al diritto dello stesso di partecipare alla sua tutela attraverso un proprio difensore, postula che, nelle procedure de potestate, il tribunale per i minorenni abbia il potere di nominare, anche d'ufficio, un curatore in rappresentanza del minore, sul rilievo che, in questi casi, il conflitto di interessi tra minore e genitori è in re ipsa, ai sensi degli articoli 5, lettera d), e 9, comma 2, della Convenzione di Strasburgo.

Segnatamente, tale ultima disposizione normativa prevede che «le parti esaminano la possibilità di prevedere che, nelle procedure riguardanti i fanciulli, l'autorità giudiziaria abbia il potere di nominare un rappresentante diverso per il fanciullo e, nei casi appropriati, un avvocato».

A tal proposito, deve osservarsi che il punto 53 del Rapporto esplicativo allegato alla Convenzione di Strasburgo, recita che, in base al comma 2 dell'articolo 9, «le parti alla Convenzione debbono esaminare la possibilità di dare alle autorità giudiziarie il potere di nominare un rappresentante distinto per il fanciullo in un processo (distinto, cioè, dal rappresentante dei detentori delle responsabilità genitoriali), anche in assenza di un conflitto d'interessi».

Come è stato autorevolmente sostenuto, il senso della clausola convenzionale contenuta nell'articolo 9, comma 2, «è recuperabile, pertanto, dall'interprete facendo riferimento non alla mancanza del conflitto d'interessi, inteso in senso tecnico-giuridico, bensì alla possibilità della nomina del rappresentante del minore anche nei casi in cui quel conflitto risulti meramente potenziale, immanente a qualunque controversia tra parti distinte» (così Magno, opera citata, 139).

Nella specie, lo Stato italiano, con le modifiche introdotte dalla legge 149/2001 e l'attribuzione della qualità di parte al figlio minorenne, ha dato attuazione all'invito contenuto nell'articolo 9, comma 2, della Convenzione.

Ciò significa che, ai fini della nomina del curatore del minore, diventerebbe del tutto superflua la valutazione della sussistenza del conflitto di interessi tra minore e genitori, da considerarsi in re ipsa a seguito della qualificazione del minore come parte processuale distinta e autonoma rispetto a quella assunta dai suoi genitori («il fanciullo acquisirebbe così una poltrona in prima fila nel processo, avrebbe una vox in capitulo», così Magno, opera citata, 123).

Pertanto, tale soluzione interpretativa è pienamente coerente:

da un lato, con la ratio sottesa all'introduzione, a opera della novella del 2001, dell'onere del patrocinio nei confronti del minore, consistente nel rispetto delle garanzie dirette a realizzare la pienezza del diritto difesa anche in relazione ai procedimenti ivi considerati (si veda Cassazione 29 novembre 2006 n. 25366, in motivazione, in «www.affidamentocondiviso.it»);

dall'altro lato, con il fondamento costituzionale dei procedimenti volti al controllo della potestà genitoriale, in base al quale il minore non è più assoggettato a un potere assoluto e incontrollato da parte dei genitori ma è titolare del diritto a un pieno sviluppo della sua personalità, collegandosi a ciò i doveri che ineriscono all'esercizio della potestà parentale (così Corte costituzionale 27 marzo 1992, n. 132 in «Giustizia civile», 1992, I, c. 1670).

