

2.

RELAZIONE di accompagnamento alla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli

1. INTRODUZIONE

1. Nel 1990, l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (1) adottava la Raccomandazione n. 1121, relativa ai diritti dei fanciulli, il cui testo insisteva sulla necessità di accordare ai fanciulli aiuto, protezione e cure particolari e rammentava che la relativa responsabilità, pur spettante in primo luogo ai genitori, costituisce nondimeno un obbligo per la società e per lo Stato.

2. A questo proposito, l'Assemblea esprimeva soddisfazione per l'avvenuta adozione, nel 1989, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e raccomandava al Comitato dei Ministri d'invitare gli Stati membri a fare tutto il possibile per ratificarla ed attuarla senza indugio. Raccomandava, inoltre, al medesimo Comitato di affidare ai Comitati direttori competenti l'incarico particolare di porre in esame la possibilità di elaborare uno strumento giuridico adeguato del Consiglio d'Europa, al fine di completare la suddetta Convenzione.

3. Nel 1988, i Ministri europei della giustizia, riuniti in occasione della loro 15^a Conferenza (Lisbona, giugno 1988), avevano raccomandato al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa — Risoluzione n. 2, sulla priorità dell'interesse del fanciullo nel campo del diritto privato — di conferire al Comitato europeo di cooperazione giuridica (CDCJ) l'incarico di dedicare una particolare attenzione all'interesse del fanciullo, nel quadro delle attività concernenti il diritto di famiglia. I Ministri avevano concordato sull'opportunità di prendere in considerazione concetti come il miglioramento e l'accelerazione delle procedure davanti ai tribunali ordinari, allorché esse comportino disposizione degli interessi del fanciullo, ascolto e rappresentanza appropriata del fanciullo.

4. Nel 1990, il Comitato d'esperti sui diritti di famiglia (CJ-FA) studiò l'opportunità di predisporre un progetto di Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Il CJ-FA insisteva sulla necessità di evitare qualunque ripetizione della Convenzione delle Nazioni Unite. Veniva sottolineata la complementarietà dei due testi, giacché l'articolo 4 della Convenzione delle Nazioni Unite prevede che gli Stati Parti alla Convenzione adottano tutte le misure legislative, amministrative e di altro genere, necessarie per attuare praticamente i diritti riconosciuti nella Convenzione. Si è ritenuto che la Convenzione europea po-

(1) Gli Stati che formano attualmente il Consiglio d'Europa sono indicati nella Parte Generale, alla nota 6.

trebbe essere d'aiuto agli Stati membri del Consiglio d'Europa e ad altri Stati. Parti alla Convenzione delle Nazioni Unite, nell'adeguarsi all'articolo 4 di quest'ultima.

5. Il progetto di Convenzione e la Relazione di accompagnamento sono stati approvati dal Comitato d'esperti sul diritto di famiglia (CJ-F-A) durante la sua 27ª riunione, dal 7 al 10 novembre 1994, e dal Comitato europeo di cooperazione giuridica (CDCJ) durante la sua 63ª riunione, dal 30 maggio al 2 giugno 1995.

6. In seguito, il Comitato europeo di cooperazione giuridica (CDCJ) ha sottoposto il progetto di Convenzione al Comitato dei Ministri che ne ha approvato il testo ed ha deciso di proporlo alla firma il 25 gennaio 1996.

II. COMMENTO ALLE DISPOSIZIONI DELLA CONVENZIONE.

Osservazioni generali.

7. La presente Convenzione agevola l'esercizio dei diritti sostanziali dei fanciulli, rinforzando o creando diritti processuali che possono essere esercitati dai fanciulli personalmente o per il tramite di altre persone od organi. Viene accennata l'idea di promozione dei diritti dei fanciulli, in quanto il termine « promozione » ha un significato più ampio del termine « protezione ».

8. La Convenzione si occupa delle procedure di diritto familiare concernenti i fanciulli, le quali si svolgono davanti all'autorità giudiziaria, ossia i tribunali ed anche autorità amministrative aventi competenze giurisdizionali. La Convenzione riconosce il ruolo primario dei genitori. In caso di controversia è auspicabile che le famiglie tendino innanzitutto di trovare un accordo al loro interno, prima di portare la questione davanti all'autorità giudiziaria. Pertanto lo Stato ha dei compiti da svolgere, non soltanto allorché i genitori non esercitano le loro responsabilità in modo adeguato, ma anche in conseguenza del fatto che il fanciullo vive in una società che gli ha conferito un certo numero di diritti, dei quali egli può, dunque, fare uso. I diritti processuali, peraltro, possono essere assicurati anche da altre persone od organi, come un ente di protezione dei fanciulli.

9. Già attualmente un fanciullo può esercitare, in certi casi, diritti simili davanti ad un tribunale nazionale o ad altre autorità giudiziarie. Egli può agire per la tutela dei suoi diritti non solo davanti a tali autorità, ma anche davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, e può presentare da solo una domanda, ai sensi della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, nei confronti di uno Stato Parte a detta Convenzione.

CAPITOLO I

CAMPO DI APPLICAZIONE E OGGETTO DELLA CONVENZIONE E DEFINIZIONI

Articolo 1. *Campo d'applicazione e oggetto della Convenzione*

10. Questo articolo definisce, innanzitutto, il campo d'applicazione della Convenzione, che concerne tutti i fanciulli di età inferiore a 18 anni.

11. È utile ricordare che, nella Risoluzione (72) 29 sull'abbassamento dell'età per il conseguimento della piena capacità d'agire, il Comitato dei Ministri, fin dal

1972, aveva raccomandato agli Stati, se lo ritenevano opportuno, di fissare a 18 anni il limite minimo della maggiore età. A partire da quel momento, nella quasi totalità degli Stati membri del Consiglio d'Europa, la maggiore età si raggiunge a 18 anni.

12. La Convenzione può risultare utile anche a fanciulli di età inferiore a 18 anni, che però godano di una piena capacità d'agire, eventualmente conferita loro in certi settori (per esempio, a causa del matrimonio o dell'emancipazione), se essi sono interessati a procedure contemplate da questo testo, in quanto garantisce loro informazione ed assistenza nel corso del processo.

13. Da notare che un piccolo numero di paesi ha stabilito la maggiore età oltre i 18 anni. Sebbene la Convenzione si applichi soltanto ai fanciulli di età inferiore a 18 anni, gli ultradiciottenni che non siano considerati ancora maggiorenni possono continuare a beneficiare delle disposizioni della Convenzione fino al raggiungimento dell'età maggiore.

14. Secondo il comma 2 dell'articolo 1, lo scopo della presente Convenzione è di promuovere, nell'interesse superiore dei fanciulli, i loro diritti, di attribuire loro dei diritti processuali e di agevolare l'esercizio, informandoli ed autorizzandoli ad esprimere la propria opinione nelle procedure che li riguardano davanti ad un'autorità giudiziaria. L'opinione dei fanciulli può essere determinata e presentata al tribunale in diversi modi e da diverse persone. Spetta al diritto interno stabilire se un fanciullo dev'essere rappresentato formalmente e se deve partecipare al procedimento in qualità di parte o in forma diversa. L'opinione del fanciullo dev'essere portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria direttamente oppure, in certi casi, per mezzo di altre persone od organi, per esempio, quando si tratta di bambini, per mezzo di un assistente sociale o attraverso una relazione.

15. Il comma 3 stabilisce chiaramente che la Convenzione riguarda in modo specifico le procedure di diritto familiare. Peraltro, gli Stati sono liberi di estendere l'applicazione ad altre procedure, se vogliono. Questo comma cita in particolare tra le procedure di diritto familiare, a titolo d'esempio, quelle relative all'esercizio delle responsabilità genitoriali, con speciale riguardo alla residenza ed al diritto di visita nei confronti dei fanciulli. Si fa menzione della residenza e del diritto di visita a causa della loro grande importanza nella vita di un fanciullo.

16. Ai sensi del comma 4, gli Stati hanno l'obbligo di dichiarare le categorie di controversie familiari, interessanti i fanciulli davanti ad un'autorità giudiziaria, cui intendono applicare la Convenzione. La dichiarazione deve riguardare almeno tre categorie di controversie.

17. Le categorie di controversie cui la Convenzione è applicabile possono essere esemplificate nel modo seguente:

- l'affidamento,
- la residenza,
- il diritto di visita,
- la dichiarazione e la contestazione dello stato di figlio,
- la legittimazione e la contestazione dello stato di figlio legittimo,
- l'adozione,
- la tutela,
- l'amministrazione dei beni dei fanciulli,
- l'educazione,
- la decadenza e la limitazione dell'autorità dei genitori.

— la protezione dei fanciulli contro i trattamenti crudeli o degradanti.
 — il trattamento sanitario.
 Gli Stati possono indicare altri casi di controversie familiari, in quanto la lista che precede non è tassativa.

Sarebbe meglio, ovviamente, che gli Stati inclinino, se possibile, più di tre categorie di controversie familiari, cui applicare la Convenzione.

18. Ai fini della presente Convenzione, non è affatto necessario che le questioni sopra elencate costituiscano l'oggetto principale del procedimento. Le domande « accessorie » in una procedura, per esempio quelle relative all'affidamento dei fanciulli, alla residenza o al diritto di visita, nell'ambito di una causa di divorzio o di separazione dei genitori, rientrano ugualmente nel campo di applicazione della Convenzione.

19. Gli Stati possono, in un secondo tempo, fare una dichiarazione addizionale per completare la lista delle categorie di controversie familiari cui si applica la Convenzione (articolo 1, comma 5). Gli Stati possono anche fare, eventualmente, dichiarazioni relative agli articoli 5, 9, 10 e 11, per informare il Consiglio d'Europa sull'estensione del campo d'applicazione di tali articoli.

20. Ai sensi del comma 6 di questo articolo, le Parti possono applicare ai fanciulli regole più favorevoli di quelle previste dalla Convenzione. In altre parole, il testo stabilisce un dispositivo minimo che gli Stati debbono rispettare. Essi, tuttavia, possono promuovere con maggiore larghezza l'esercizio dei diritti dei fanciulli.

21. Inoltre, la Risoluzione (72) 29 raccomanda pure ai Governi « di valutare l'opportunità di concedere ad alcuni minorenni la capacità di compiere gli atti ordinari della vita quotidiana e di agire da soli in altri settori determinati ». Questa raccomandazione è rivolta, in particolare, agli Stati in cui la maggiore età è fissata oltre i 18 anni.

22. La Convenzione non contempla esplicitamente i doveri dei titolari delle responsabilità genitoriali. Sebbene queste persone non siano rappresentanti nell'accezione accolta dalla Convenzione (nel senso che non hanno ricevuto una nomina allo scopo preciso di agire davanti ad un'autorità giudiziaria a nome del fanciullo), esse possono nondimeno aiutare i loro figli, allorché sono coinvolti nel procedimento:

- consultandoli in modo adeguato alla loro capacità di comprensione.
- fornendo loro ogni informazione adeguata, per metterli in grado di esprimere la loro opinione.
- spiegando le eventuali conseguenze della volontà espressa dai fanciulli, se fosse accolta, ed ogni decisione dell'autorità giudiziaria.
- tenendo debitamente in conto l'opinione espressa dai fanciulli.

Articolo 2. Definizioni

a) Autorità giudiziaria

23. Secondo la presente Convenzione, dev'essere considerata « autorità giudiziaria », oltre ai tribunali ed al pubblico ministero (negli Stati in cui questo esercita competenze giurisdizionali in materia civile), ogni autorità amministrativa avente poteri giudiziari nelle procedure di diritto familiare. Le autorità amministrative sono state citate in quanto, in alcuni Stati, le competenze tipiche dei

tribunali sono esercitate anche da autorità amministrative per certe categorie di affari familiari.

b) I detentori di responsabilità genitoriali

24. La definizione « detentori di responsabilità genitoriali » non si riferisce soltanto ai genitori esercenti, in tutto o in parte, le relative responsabilità, ma anche alle persone ed agli organi, comprese le autorità locali, autorizzati ad esercitare tali responsabilità in tutto o in parte. Può dunque trattarsi, a seconda dei casi, di genitori affidatari o di un istituto in cui il fanciullo si trova ricoverato. Da notare che la Raccomandazione R (84) 4 del Comitato dei Ministri, concernente le responsabilità genitoriali, le definisce come un « insieme di poteri e di doveri diretti ad assicurare il benessere morale e materiale del fanciullo, specialmente mediante la cura della sua persona, il mantenimento delle relazioni personali con lui, la garanzia della sua educazione, il suo allevamento, la rappresentanza legale e l'amministrazione dei suoi beni ». L'esposizione dei motivi (par. 6) di questa Raccomandazione mostra che la nozione di « responsabilità genitoriali » traduceva « la moderna concezione in base alla quale i genitori, su un piano di uguaglianza fra loro ed in accordo coi loro figli, sono investiti di una missione di educazione, di rappresentanza legale, di allevamento, ecc. A questo fine, essi gestiscono dei poteri in vista del compimento di doveri nell'interesse del fanciullo, non come portato di un'autorità che sarebbe loro conferita nell'interesse proprio ».

c) Il rappresentante

25. Per la presente Convenzione, il termine « rappresentante » si riferisce non solo ad una persona fisica, come un avvocato, specificamente nominato per agire in nome dei fanciulli presso un'autorità giudiziaria, ma anche ad un ente, quale un c.d. servizio di protezione dei fanciulli.

26. I detentori di responsabilità genitoriali possono pure essere considerati rappresentanti del fanciullo, ai sensi dell'articolo 2, allorché sono stati specificamente nominati per agire a nome di lui davanti ad un'autorità giudiziaria. Per conseguenza, essi sono obbligati, in questo caso, a rispettare le disposizioni dell'articolo 10, concernente i doveri dei rappresentanti d'informare il fanciullo, di spiegarli alcune questioni e di definire la sua opinione.

27. Nel caso in cui i detentori delle responsabilità genitoriali non siano specificamente nominati (rappresentanti del fanciullo), non rientrano nella categoria dei « rappresentanti » nell'accezione accolta dalla Convenzione. L'autorità giudiziaria ha comunque il compito di assicurarsi, ai sensi della lett. b) dell'articolo 6, che anche in questa ipotesi il fanciullo abbia ricevuto ogni informazione pertinente e che la sua opinione sia stata presa in considerazione.

d) Le informazioni pertinenti

28. La Convenzione usa l'espressione « informazioni pertinenti » per chiarire che non tutte le informazioni debbono essere necessariamente date ai fanciulli, a prescindere cioè dalla loro età e capacità di comprensione, giacché alcune di esse potrebbero nuocere alla loro serenità. Oltre a ciò, l'informazione che si è deciso di fornire ai fanciulli (in forma scritta od orale, secondo le circostanze) dev'essere adattata, nel contenuto e nel modo, all'età ed al grado di discernimento dei fanciulli.

CAPITOLO II

MISURE PROCESSUALI PER PROMUOVERE L'ESERCIZIO
DEI DIRITTI DEI FANCIULLI

29. Oltre ai diritti processuali riconosciuti ai fanciulli nella parte A del capitolo II, le parti B e C precisano i compiti delle autorità giudiziarie e dei rappresentanti, allo scopo di garantire questi diritti. La struttura del capitolo II consiste dunque nello stabilire la complementarità e l'equilibrio fra diritti processuali da un lato e doveri e responsabilità dall'altro.

A. Diritti processuali del fanciullo

Articolo 3. *Diritto di essere informato e di esprimere
la propria opinione nel procedimento*

30. Questo articolo conferisce ai fanciulli, considerati dal diritto interno come aventi un discernimento sufficiente, il diritto di chiedere e di ricevere ogni informazione pertinente, di essere consultati, di esprimere la loro opinione ed anche di essere informati sulle eventuali conseguenze della loro opinione, qualora fosse accolta, e di ogni decisione. L'encicrazione di tali diritti non corrisponde necessariamente all'ordine cronologico in cui possono essere esercitati né alla loro diversa importanza.

31. L'articolo 3 prevede l'esercizio di un certo numero di diritti processuali da conferire ai fanciulli, salvo che un fanciullo non sia ritenuto capace di sufficiente discernimento in relazione ad uno o più di tali diritti. L'esercizio di uno di tali diritti processuali non esclude l'esercizio di altri diritti contenuti dalla presente Convenzione (per esempio, se un fanciullo non chiede di essere informato, potrebbe essere necessario peraltro fornirgli delle informazioni ed indicargli le eventuali conseguenze della sua opinione, se fosse accolta, e di ogni decisione).

32. Le disposizioni dell'articolo 3 debbono esser lette alla luce degli altri articoli della Convenzione che vi sono collegati, come gli articoli 6 e 10.

33. Il testo costituisce dunque un progresso nel riconoscimento dei diritti dei fanciulli nell'ambito delle procedure di diritto familiare che li interessano. I fanciulli non rappresentano più soltanto l'oggetto di tali procedure, ma possono anche parteciparvi. Infatti, quand'anche non sia loro riconosciuta la qualità di parte, essi possono ugualmente esercitare un certo numero di diritti. A questo proposito, il diritto di chiedere ed ottenere ogni informazione pertinente ed il diritto di essere consultato danno al fanciullo in questione l'effettiva possibilità di esprimere la sua opinione. Inoltre, è importante che i fanciulli ricevano ogni informazione pertinente, prima di qualsiasi decisione su questioni di grande importanza, come quella relativa alla loro residenza.

34. Altri strumenti internazionali hanno riconosciuto il diritto del fanciullo ad essere informato e ad esprimere la propria opinione nelle procedure che lo riguardano (2).

(2) Il principio 3 della Raccomandazione n. R (84)4 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle responsabilità dei genitori dispone che « Quando l'autorità competente è chiamata a prendere una decisione in materia di attribuzione o di esercizio delle

35. L'articolo 3 della presente Convenzione non ha riconosciuto il diritto del fanciullo di consentire o di opporre il veto ad una possibile decisione, giacché il testo si adatta a situazioni differenti, mentre l'esercizio di questa prerogativa non sempre è conforme all'interesse superiore del fanciullo, con riferimento a certe decisioni. Nondimeno, gli Stati sono liberi di stabilire regole più favorevoli, ai sensi del comma 6 dell'articolo 1, e di riconoscere ai fanciulli, in taluni casi, il diritto di consentire o di opporre il veto alla decisione programmata (per esempio, in materia di adozione) (3).

36. Spetta agli Stati definire i criteri di apprezzamento della capacità dei fanciulli a forgiare ed esprimere il proprio giudizio. Essi sono liberi di utilizzare l'età dei fanciulli come criterio. Quando il diritto interno non stabilisce un'età particolare, a partire dalla quale i fanciulli si considerano dotati di discernimento sufficiente, l'autorità giudiziaria o amministrativa determina, in ragione della natura dell'affare, il grado di discernimento richiesto perché i fanciulli siano considerati capaci di forgiare e di esprimere il loro giudizio.

37. Agli effetti della Convenzione, il diritto interno comprende non solo le leggi formali, i regolamenti e la giurisprudenza, ma anche gli strumenti internazionali integrati nell'ordinamento giuridico interno.

Articolo 4. *Diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale*

38. Quando si verifica un conflitto d'interessi tra un fanciullo ed i detentori delle responsabilità genitoriali, questi possono essere privati, secondo il diritto interno, della capacità di rappresentare il figlio. Spetta al diritto interno determinare i casi in cui sussiste il conflitto d'interessi.

39. In conseguenza, il fanciullo può, personalmente o tramite altre persone od organi, esercitare il diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale. Tuttavia gli Stati possono limitare questo diritto ai soli fanciulli considerati capaci di sufficiente discernimento. Inoltre, il diritto di chiedere la nomina di un rappresentante speciale in base a questo articolo è subordinato all'articolo 9, in quanto l'autorità giudiziaria può aver già designato o può voler designare essa stessa un rappresentante speciale (per esempio, quando il diritto interno prevede che l'autorità giudiziaria designi d'ufficio un rappresentante, in caso di conflitto d'interessi).

responsabilità genitoriali, la quale tocca gli interessi essenziali del fanciullo, questo sarà consultato se il suo grado di maturità, in rapporto alla decisione, lo permette». Il principio 7 della Raccomandazione n. R (87)6 sulle famiglie affidatarie dispone che prima di ogni decisione, da parte dell'autorità competente, sul trasferimento di certe responsabilità genitoriali agli affidatari, « il bambino dovrebbe essere consultato, se il suo grado di maturità in rapporto alla decisione lo permette ». La Risoluzione (77) 33 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul ricovero dei minori raccomanda ai Governi degli Stati membri d'incoraggiare la partecipazione del fanciullo alla gestione del ricovero e di dargli la possibilità di discutere della sua situazione in funzione del suo grado di maturità.

(3) L'articolo 9 della Convenzione europea in materia di adozione dei minori dispone che l'autorità competente non può pronunciare l'adozione se non dopo un'appropriata indagine concernente l'adottante, il fanciullo e la sua famiglia. L'articolo prevede pure che l'inchiesta deve riguardare in particolare, nella misura opportuna secondo il caso, l'opinione del fanciullo riguardo all'adozione proposta.

40. Questo articolo riguarda le procedure di diritto familiare che si svolgono davanti alle autorità giudiziarie di uno Stato Parte. Tali procedure vanno indicate dalla Parte come categorie di controversie familiari, in conformità al comma 4 dell'articolo 1. Questo articolo interessa le procedure in cui il fanciullo, secondo il diritto interno, dev'essere rappresentato. La designazione del rappresentante può avere una durata limitata oppure oggetti specifici.

Articolo 5.

Altri diritti processuali concedibili.

41. Questo articolo, diversamente dall'articolo 4, non obbliga gli Stati a concedere diritti specifici ai fanciulli. Tuttavia, essi debbono valutare l'opportunità di concedere loro diritti processuali supplementari. Il Comitato permanente può verificare se l'obbligo di prendere in esame questa materia è stato soddisfatto (v. articolo 16). Se gli Stati concedono diritti processuali supplementari, ne debbono avvertire il Segretario Generale del Consiglio d'Europa per mezzo di una dichiarazione (v. articolo 1, comma 5).

42. I diritti processuali supplementari che possono essere concessi ai fanciulli comprendono il diritto di essere assistiti da una persona determinata o di essere rappresentati da un rappresentante a parte, che agisca esclusivamente in loro nome, ovvero anche il diritto di designare un proprio rappresentante o di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative di una parte processuale. Anche quando i fanciulli hanno il diritto di scegliere un rappresentante, l'autorità giudiziaria non ha l'obbligo di accettare come rappresentante una persona idonea.

B. Compiti dell'autorità giudiziaria

Articolo 6. Formazione della decisione

43. Il paragrafo a) del presente articolo impone all'autorità giudiziaria, nelle procedure concernenti un fanciullo, di assicurarsi che dispone di informazioni sufficienti, prima di prendere qualunque decisione. Si tratta di sapere, in effetti, se l'autorità giudiziaria dispone di informazioni sufficienti per prendere una decisione nell'interesse superiore del fanciullo. Le informazioni vanno chieste, per esempio, al fanciullo stesso, ai detentori delle responsabilità genitoriali, al rappresentante od a qualunque altra persona od ente che sia a conoscenza del problema in causa.

44. L'autorità giudiziaria deve pure assicurarsi che il fanciullo dotato di discernimento sufficiente abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti. Questa precisazione può risultare di particolare importanza quando il bambino non ha un rappresentante cui siano imposti i doveri descritti dall'articolo 10 e quando l'autorità giudiziaria ha ragione di ritenere che i detentori delle responsabilità genitoriali non hanno fornito al figlio tali informazioni. Se il bambino non ha ricevuto queste informazioni, spetta all'autorità giudiziaria, eventualmente, di fornirglile ovvero di fare in modo che egli sia informato.

45. L'autorità giudiziaria deve consultare il fanciullo, a meno che ciò non sia manifestamente contrario al suo superiore interesse. Spetta all'autorità giudiziaria stabilire se è opportuno sentire il fanciullo personalmente. Per quanto è possibile, l'autorità giudiziaria acquisisce direttamente il punto di vista del fanciullo, ma può

anche decidere di affidare ad un'altra persona (per esempio, ad un assistente sociale minorile) o ad un ente idoneo il compito di acclarare l'opinione del fanciullo e di portarla a sua conoscenza.

46. Quantunque il fanciullo debba essere consultato, se necessario, in privato, ciò non significa che il suo pensiero debba rimanere, in ogni caso, segreto. Per conseguenza, le parti processuali potranno avere accesso alle informazioni pertinenti, se così dispone il diritto interno.

47. Il fanciullo dev'essere consultato in modo adeguato al suo discernimento, tenuto conto del grado di comprensione in relazione alla natura del procedimento.

Articolo 7. Obbligo di procedere sollecitamente

48. L'obbligo dell'autorità giudiziaria di procedere sollecitamente, evitando ogni ritardo inutile, dipende dalla convinzione che la lungaggine può essere di pregiudizio al benessere dei fanciulli e perciò contraria ai loro superiori interessi.

49. Le autorità giudiziarie non sempre sono in grado di agire con sollecitudine come desidererebbero, per esempio allorché non abbiano ricevuto informazioni sufficienti per prendere una decisione definitiva nell'interesse del fanciullo. In tal caso, può essere opportuno prendere misure provvisorie.

50. Peraltro, la Raccomandazione n. R(91)9 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri, sui provvedimenti d'urgenza in materia di famiglia, contiene dei principi sulle misure da adottare per mettere gli uffici giudiziari e le altre autorità competenti che si occupano di affari familiari in grado di pronunciare provvedimenti d'urgenza efficaci per la protezione dei fanciulli e delle altre persone bisognose di tutela e di assistenza particolari, i cui interessi siano gravemente in pericolo. Questa Raccomandazione dispone pure che, allorché occorre una cooperazione internazionale fra uffici giudiziari o altre autorità competenti « nel caso in cui è chiesta la restituzione di un bambino, gli uffici giudiziari e le altre autorità competenti dovrebbero: ... decidere la restituzione entro sei settimane dall'arrivo del fascicolo completo presso l'autorità richiesta... » (principio 4, paragrafo 6).

Articolo 8. Possibilità di procedere d'ufficio.

51. Questo articolo consente all'autorità giudiziaria di procedere d'ufficio, vale a dire senza bisogno di ricevere una domanda formale, allorché il benessere del fanciullo è seriamente minacciato (4). Tale tipo di intervento dev'essere strettamente circoscritto ai casi determinati dal diritto interno, in quanto può rappresentare un'ingerenza nella vita familiare.

Articolo 9. Designazione di un rappresentante

52. L'articolo 9, comma 1, dà facoltà all'autorità giudiziaria di designare un

(4) Il principio 4 della Raccomandazione n. R(84)4, sulle responsabilità genitoriali, dispone: « Allorché le persone investite delle responsabilità genitoriali le esercitano a danno degli interessi essenziali del fanciullo, l'autorità competente assume, d'ufficio o su domanda, i provvedimenti appropriati ».

rappresentante speciale del fanciullo, quale che sia la sua capacità di discernimento, in caso di conflitto d'interessi tra il medesimo ed i detentori delle responsabilità genitoriali, nei procedimenti in cui, secondo il diritto interno, questi ultimi non possono rappresentare il figlio (v. pure l'articolo 4 che, fermo restando quanto disposto dall'articolo 9, conferisce al fanciullo il diritto di chiedere un rappresentante speciale).

53. Peraltro, in base al comma 2 di questo articolo, le Parti alla Convenzione debbono esaminare la possibilità di dare alle autorità giudiziarie il potere di nominare un rappresentante disinformato per il fanciullo in un processo (distinto, cioè, dal rappresentante dei detentori delle responsabilità genitoriali), anche in assenza di un conflitto d'interessi. Il rappresentante diverso considerato dal comma 2 non corrisponde al rappresentante speciale indicato al comma 1. Il detentore di responsabilità genitoriali può essere egli stesso rappresentante, se è stato nominato per agire davanti all'autorità giudiziaria.

C. Compiti dei rappresentanti

Articolo 10.

54. Le funzioni del rappresentante sono elencate al comma 1 dell'articolo 10. Spetta al diritto interno stabilire se i rappresentanti nominati ai sensi degli articoli 4 e 9 debbono avere funzioni supplementari. Questo comma rispecchia i tre diritti considerati dall'articolo 3. La norma impone al rappresentante del fanciullo di agire in modo adeguato, fornendogli in particolare informazioni e spiegazioni, mettendo in luce la sua opinione e portandola a conoscenza dell'autorità giudiziaria. Il rappresentante può essere una persona, come un avvocato, nominata per agire davanti ad un'autorità giudiziaria a nome del fanciullo — v. l'articolo 2, paragrafo c), ed il relativo commento.

55. Le obbligazioni debbono essere soddisfatte, a meno che ciò non risulti manifestamente contrario agli interessi superiori del fanciullo. Esse possono anche rivelarsi impossibili, a cagione della tenera età del fanciullo. « Mettere in luce l'opinione del fanciullo » non significa soltanto parlare al fanciullo e chiedergli di esprimere verbalmente il suo parere, ma comprende anche « l'osservazione » del fanciullo da parte di un rappresentante o, eventualmente, di un sanitario esperto. In ogni caso, il fanciullo è libero di rifiutarsi di esprimere la propria opinione. I rappresentanti possono, peraltro, esprimere la loro opinione circa gli interessi superiori del fanciullo.

56. In un gran numero di casi e di sistemi giuridici, il diritto interno prevede che i detentori delle responsabilità genitoriali rappresentano di diritto i figli nei procedimenti giudiziari. In queste ipotesi, i detentori delle responsabilità genitoriali possono agire in nome del figlio anche senza essere stati designati specificamente. Quando agiscono in questo contesto, i detentori delle responsabilità genitoriali non sono vincolati, per effetto della Convenzione, dagli obblighi che incombono ai rappresentanti menzionati dall'articolo 2, paragrafo c). Tuttavia, le Parti alla Convenzione debbono esaminare la possibilità di estendere gli obblighi dei rappresentanti fissati dal comma 1 ai detentori delle responsabilità genitoriali che rappresentano il figlio senza essere stati specificamente designati.

D. Estensione di certe disposizioni

Articolo 11

57. L'articolo 11 obbliga gli Stati ad esaminare la possibilità di estendere le disposizioni degli articoli 3, 4 e 9 alle procedure che si svolgono davanti ad altri organi, come quelle davanti ad un organo amministrativo non giurisdizionale, ed alle questioni riguardanti i fanciulli fuori da qualsiasi procedura. Si può citare come esempio di queste ultime, la vendita d'un bene del fanciullo o dei suoi genitori. In altre parole, benché gli Stati siano liberi di mettersi su questa strada oppure no e di applicare regole più favorevoli all'esercizio di questi diritti, sono però tenuti a valutare la possibilità dell'estensione.

58. Il Comitato permanente creato dalla Convenzione potrà, in base all'articolo 16, che prevede l'esame delle questioni relative all'attuazione della Convenzione, verificare se le Parti hanno effettivamente adempiuto quest'obbligo.

E. Organi nazionali

Articolo 12

59. Questo articolo auspica la creazione, in ogni Stato contraente, di un sistema finalizzato a promuovere l'esercizio dei diritti dei fanciulli. Il sostegno che uno Stato può dare a tali organi può consistere, per esempio, nell'informazione sulla loro esistenza, nel dialogo con essi ed anche in un aiuto materiale.

60. Ogni Stato, in ragione delle sue specificità, è libero di scegliere la formula più appropriata. Gli organi incaricati del funzionamento di questo sistema possono essere pubblici o privati. Essi potranno cooperare tra loro a livello sia nazionale sia internazionale (v. pure l'articolo 16). È possibile, per esempio, utilizzare organi già esistenti. Può essere opportuno, inoltre, creare un organo specifico allo scopo, come un *ombudsman*.

61. Il secondo comma contiene un elenco non tassativo di funzioni da adempiere nel quadro del sistema nazionale creato per promuovere l'esercizio dei diritti dei fanciulli. Non è necessario che le funzioni degli organi nazionali siano svolte tutte insieme o con lo stesso grado d'intensità. Gli organi summenzionati possono, per esempio, incoraggiare l'impiego della mediazione o di altri metodi per risolvere i conflitti, com'è indicato all'articolo 13. Importa poco che queste funzioni siano svolte da uno o più organi, pubblici o privati. Però, se nessun organismo vi è deputato, dovrebbero essere adottate misure o per incaricare un organismo pubblico o per intervenire a sostegno di un organismo privato intenzionato a svolgerle. Uno Stato non può imporre ad un organismo privato di adempiere queste funzioni.

62. Gli alinea a) e b) del secondo comma tendono a migliorare la condizione dei fanciulli attraverso proposte e pareri che hanno per scopo di rafforzare il dispositivo legislativo concernente l'esercizio dei diritti dei fanciulli. Simili proposte possono avere, per esempio, l'obiettivo di adeguare la legislazione nazionale agli strumenti internazionali. E possono, se del caso, prendere le mosse da inchieste svolte tra i fanciulli, con particolare riguardo a quelli che hanno specifici bisogni. Non viene qui stabilito se gli organismi nazionali debbano avere il potere

di presentare proposte direttamente al Parlamento. Compete al diritto interno di concedere, eventualmente, simile potere a detti organismi.

63. L'alinea c) conferisce agli organismi un compito d'informazione. Le informazioni sono definite come generali, per indicare che gli organismi non sono obbligati a dare consigli nei casi particolari.

64. L'alinea d) consente che gli organismi nazionali provvedano ad informarsi sull'opinione dei fanciulli e forniscano loro informazioni adeguate.

F. Altri provvedimenti

Articolo 13. *Mediazione e altri metodi di risoluzione dei conflitti.*

65. Può essere necessario, negli opportuni casi determinati dal diritto interno, favorire la soluzione bonaria dei conflitti concernenti l'esercizio dei diritti dei fanciulli. Dovrebbe essere possibile fare ricorso alla mediazione, senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, prima dell'inizio di una procedura o durante il corso della stessa o anche dopo, se sorge controversia in sede di esecuzione del provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria. Gli altri metodi cui si fa riferimento in questo articolo sono modalità informali di risoluzione delle controversie, tendenti a consentire alle persone interessate di raggiungere un accordo amichevole.

66. Gli accordi raggiunti grazie alla mediazione od alle altre modalità di risoluzione delle controversie non debbono essere contrari agli interessi superiori dei fanciulli. Se tali accordi sono contrari agli interessi superiori dei fanciulli, l'autorità giudiziaria cui si riferisce l'articolo 2, lettera a), può agire e prendere una decisione.

67. È evidente, secondo quanto indicato nella Convenzione ed al precedente punto 8, che, in caso di controversie, le famiglie cerchino preferibilmente di trovare un accordo prima di portare la questione davanti ad un'autorità giudiziaria.

Articolo 14. *Assistenza giudiziaria e consulenza legale.*

68. Lo scopo di questo articolo consiste nel garantire ai fanciulli l'assistenza giudiziaria e la consulenza legale, quando è stato loro nominato un rappresentante giudiziario (articoli 4 e 9), salvo quanto disposto dall'ordinamento giuridico interno. Si tratta quindi di evitare, in un certo numero di casi, che si faccia eventualmente questione riguardo a chi debba pagare gli onori del rappresentante. Nulla impedisce, peraltro, che lo Stato recuperi poi le spese di assistenza giudiziaria e consulenza legale rivolgendosi ai genitori, negli appropriati casi e se l'ordinamento interno dispone conformemente.

Articolo 15. *Riferimenti ad altri strumenti internazionali*

69. Questo articolo consacra il principio di non esclusività della Convenzione europea, in rapporto agli accordi internazionali in materia di diritto di famiglia e dei minori, cui sono vincolate le Parti contraenti della presente Convenzione. Così, per esempio, la presente Convenzione non impedirebbe l'applicazione di un trattato che abbia per scopo di consentire il rientro di un fanciullo trasferito o

trattenuto illecitamente oppure quello di organizzare o di attuare l'esercizio del diritto di visita.

CAPITOLO III

COMITATO PERMANENTE

Articoli 16, 17 e 18. *Ammissione e funzioni del Comitato permanente Membri Riunioni*

70. È sembrato che gli obiettivi della Convenzione ed il suo progressivo adattamento sarebbero stati raggiunti più facilmente se i rappresentanti delle Parti avessero avuto la possibilità d'incontrarsi per fare delle valutazioni in ordine all'applicazione della Convenzione e per proporre gli interventi ritenuti utili allo scopo di migliorare il funzionamento.

71. Peraltro, al fine di garantire la massima partecipazione possibile alla discussione e stante la volontà di proporre la Convenzione all'adesione del maggior numero possibile di Stati, è sembrato necessario, nel rispetto di alcune condizioni, associare gli Stati non membri del Consiglio d'Europa alla discussione ed anche, ricorrendone il caso, gli organismi nazionali o internazionali, governativi o non governativi (per esempio, l'*ombudsman*).

72. Le principali regole di funzionamento del Comitato permanente sono stabilite dalla presente Convenzione e saranno integrate dal regolamento interno.

73. La funzione del Comitato permanente è di provvedere a risolvere i problemi che sorgono nell'applicazione della Convenzione.

74. In questa veste, esso può dare pareri su ogni questione pertinente, in materia d'interpretazione o di attuazione della Convenzione.

75. Il Comitato permanente può, con la maggioranza richiesta (vale a dire i tre quarti dei voti espressi), adottare raccomandazioni sull'attuazione della Convenzione. Sebbene non dotate di efficacia giuridica autonoma, tali raccomandazioni sono suscettibili di grande considerazione sul piano morale.

76. Il Comitato permanente, inoltre, potrà ottenere informazioni presso le Parti allo scopo di verificare se esse abbiano soddisfatto gli obblighi previsti dagli articoli 5, 9, comma 2, 10, comma 2, e 11, in ordine alla valutazione della possibilità di estendere le disposizioni di detti articoli alle procedure che si svolgono davanti ad altri organi o ad altre questioni e di concedere diritti processuali supplementari. Peraltro, le Parti hanno la facoltà d'informare il Comitato permanente riguardo all'esercizio di qualsiasi norma maggiormente favorevole alla promozione ed all'applicazione dei diritti dei fanciulli, ai sensi dell'articolo 1, comma 6.

77. Il Comitato permanente è incaricato, inoltre, di rappresentare al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'opportunità d'invitare alcuni Stati ad aderire alla Convenzione (articolo 22, comma 1) ed anche di proporre emendamenti a quest'ultima (articolo 20, comma 1).

Articolo 19. *Relazioni del Comitato permanente*

78. Le relazioni del Comitato permanente al Comitato dei Ministri possono comprendere informazioni supplementari, al fine di aiutare gli Stati nell'applica-

zione delle disposizioni della Convenzione (per esempio, in materia d'interpretazione della Convenzione).

CAPITOLO IV EMENDAMENTI ALLA CONVENZIONE

Articolo 20.

79. Le Parti o il Comitato permanente possono proporre emendamenti agli articoli della presente Convenzione. Tali proposte sono trasmesse a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, ad ogni Firmatario, ad ogni Parte e ad ogni Stato, ed anche alla Comunità Europea, invitato a sottoscrivere la Convenzione o ad aderirvi.

80. Il Comitato permanente deve esaminare ogni emendamento proposto e decidere, con la maggioranza richiesta, di sottoporlo al Comitato dei Ministri. Dopo la relativa approvazione da parte del Comitato dei Ministri, gli emendamenti sono presentati alle Parti per l'accettazione.

CAPITOLO V

CLAUSOLE FINALI

Articolo 21.

81. La presente Convenzione è aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa, ma anche alla firma dei seguenti Stati non membri, che hanno partecipato alla sua elaborazione: Albania, Croazia, Russia e Santa Sede.

Articolo 22. *Stati non membri e Comunità europea*

82. Il Comitato dei Ministri può, di sua iniziativa o su proposta del Comitato permanente, previa consultazione delle Parti, invitare ogni altro Stato non membro o la Comunità europea ad aderire alla Convenzione.

Articolo 23. *Applicazione territoriale*

83. Questa disposizione concerne essenzialmente i territori d'oltremare. In effetti, sarebbe contrario allo spirito della Convenzione il fatto che una Parte ne escluda l'applicazione a porzioni del suo territorio metropolitano.

Articolo 24. *Riserva*

84. Ai sensi dell'articolo 24 della presente Convenzione, non è ammessa alcuna riserva. Ciò significa che le Parti sono vincolate da tutte le clausole del testo e che esse non possono quindi escludere l'applicazione di alcune di esse.

3.

RECOMMANDATION N° R (98)1 DU COMITÉ DES MINISTRES AUX ÉTATS MEMBRES SUR LA MÉDIATION FAMILIALE

(Adoptée par le Comité des Ministres le 21 janvier 1998, lors de la 616^e réunion des Délégués des Ministres)

1. Le Comité des Ministres, vu l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe,
2. Reconnaissant le nombre croissant de litiges familiaux, particulièrement ceux qui résultent d'une séparation ou d'un divorce, et notant les conséquences préjudiciables des conflits pour les familles et le coût social et économique élevé pour les États;

3. Considérant le besoin d'assurer la protection des intérêts supérieurs de l'enfant et de son bien-être, telle que consacrée dans les instruments internationaux, compte tenu, notamment, des problèmes qu'entraîne en matière de garde et de droit de visite une séparation ou un divorce;

4. Tenant compte du développement de voies de règlement amiable des litiges et de la reconnaissance de la nécessité qu'il y a à réduire les conflits dans l'intérêt de tous les membres de la famille;

5. Reconnaissant les caractéristiques spécifiques des litiges familiaux, à savoir:

— le fait que les litiges familiaux impliquent des personnes qui, par définition, sont amenées à avoir des relations interdépendantes et qui vont se poursuivre dans le temps;

— le fait que les litiges familiaux surgissent dans un contexte émotionnel pénible qui exacerbe ceux-ci;

— le fait que la séparation et le divorce ont des impacts sur tous les membres de la famille, spécialement sur les enfants;

6. Se référant à la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, et en particulier à l'article 13 de cette Convention qui traite de la mise à disposition de la médiation ou d'autres méthodes de résolution des conflits concernant les enfants;

7. Tenant compte des résultats de la recherche en ce qui concerne l'usage de la médiation et des expériences menées dans ce domaine dans plusieurs pays, qui montrent que le recours à la médiation familiale peut le cas échéant:

— améliorer la communication entre les membres de la famille;

— réduire les conflits entre les parties au litige;

— donner lieu à des règlements amiables;

— assurer le maintien de relations personnelles entre les parents et les enfants;

di relazioni da conservare. In questo senso, è effettivamente possibile una graduazione di capacità, con riferimento ai differenti diritti attribuiti dalla C. (v. sopra, punto 31 R.E. e punto 10 delle Osservazioni).

15. Punto 37. — La precisazione (anche gli strumenti internazionali, « integrati » nell'ordinamento interno, fanno parte del diritto interno) sembra inutile; tanto più che la C. lascia al legislatore nazionale ampio margine di manovra per stabilire la capacità di discernimento del minore.

Articolo 4

Diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale

1. *Ferma restando l'applicazione dell'articolo 9, il fanciullo ha diritto di chiedere, personalmente o per mezzo di altre persone od organismi, la designazione di un rappresentante speciale nelle procedure giudiziarie che lo riguardano, allorché il diritto interno priva i detentori di responsabilità parentali della facoltà di rappresentarlo a causa dell'esistenza di un conflitto d'interessi.*

2. *Gli Stati sono liberi di stabilire che il diritto previsto al paragrafo 1 si applica soltanto ai fanciulli che, secondo la legge interna, sono da ritenere dotati di sufficiente capacità di comprensione.*

RELAZIONE

Articolo 4. Diritto di chiedere la designazione di un rappresentante speciale.

38. Quando si verifica un conflitto d'interessi tra un fanciullo ed i detentori delle responsabilità genitoriali, questi possono essere privati, secondo il diritto interno, della capacità di rappresentare il figlio. Spetta al diritto interno determinare i casi in cui sussiste il conflitto d'interessi.

39. In conseguenza, il fanciullo può, personalmente o tramite altre persone od organi, esercitare il diritto di chiedere la designazione di

un rappresentante speciale. Tuttavia gli Stati possono limitare questo diritto ai soli fanciulli considerati capaci di sufficiente discernimento. Inoltre, il diritto di chiedere la nomina di un rappresentante speciale in base a questo articolo è subordinato all'articolo 9, in quanto l'autorità giudiziaria può aver già designato o può voler designare essa stessa un rappresentante speciale (per esempio, quando il diritto interno prevede che l'autorità giudiziaria designi d'ufficio un rappresentante, in caso di conflitto d'interessi).

40. Questo articolo riguarda le

procedure di diritto familiare che si svolgono davanti alle autorità giudiziarie di uno Stato Parte. Tali procedure vanno indicate dalla Parte come categorie di controversie familiari, in conformità al comma 4 dell'articolo oppure oggetti specifici.

OSSERVAZIONI

16. Punti 38-40. — Il richiamo all'articolo 9, posto all'inizio dell'articolo 4, permette di definire con chiarezza il sistema creato dalla C. per la rappresentanza del minore nelle procedure che lo riguardano. Le diverse ipotesi sono distinguibili come segue:

— se i genitori non possono, secondo il diritto interno, rappresentare il figlio, a causa di un conflitto d'interessi con lui, un rappresentante speciale può essergli nominato dall'autorità giudiziaria, d'ufficio (articolo 9, comma 1) o su richiesta dello stesso minore (articolo 4, comma 1); la richiesta può essere fatta dal fanciullo personalmente o attraverso altre persone od organi (ibid.);

— l'ordinamento interno degli Stati contraenti può stabilire che il diritto di chiedere la nomina di un rappresentante speciale appartiene soltanto al fanciullo considerato, dallo stesso ordinamento, capace di discernimento (articolo 4, comma 2);

— gli Stati contraenti sono invitati ad esaminare la possibilità di concedere all'autorità giudiziaria il potere di nominare un rappresentante del minore, eventualmente un avvocato, anche al di fuori dei casi di conflitto d'interessi coi genitori (articolo 9, comma 2).

Dal combinato disposto delle clausole convenzionali sopra richiamate derivano le seguenti regole giuridiche:

— i rappresentanti naturali del minore sono i suoi genitori; infatti, l'articolo 4 ed il comma 1 dell'articolo 9 prevedono la nomina di un rappresentante speciale solo se i genitori, in base alla normativa interna, sono impediti dal rappresentare il figlio;

— la C. non impone agli Stati la nomina di un rappresentante speciale del minore, fuori dai casi di conflitto d'interessi coi genitori: il comma 2 dell'articolo 9 reca un semplice invito in tal senso, chiaramente in corrispondenza con l'analoga facoltà di riconoscere al minore le prerogative di una vera e propria parte processuale (articolo 5, lett. d);

— ogni fanciullo, a prescindere dalla circostanza che gli sia riconosciuta una sufficiente capacità di discernimento, ha il diritto di chiedere all'autorità giudiziaria la nomina di un rappresentante speciale, ma solo nel caso di conflitto d'interessi coi genitori: questa facoltà può essere esercitata tramite un intermediario qualificato (persona od organo) e può essere ridotta, se gli Stati si avvalgono della possibilità (concessa dal comma 2 dell'articolo 4) di stabilire nel loro diritto interno che essa sia esercitabile solo dai fanciulli cui il diritto interno riconosce una sufficiente capacità di discernimento; può essere altresì ampliata, a discrezione degli Stati contraenti, sia nel senso di attribuire ai fanciulli la facoltà di chiedere la nomina del rappresentante fuori dai casi di conflitto d'interessi coi genitori (articolo 5, lett. b) sia nel senso di abilitarli alla designazione diretta del rappresentante (ibid., lett. c);

— il rappresentante cui si riferiscono gli articoli 4 e 9, comma 1, è sempre un « rappresentante speciale »: ciò significa che la relativa nomina dipende unicamente dalla sussistenza di un conflitto d'interessi con entrambi i genitori (se il conflitto riguardasse uno solo di loro, l'altro rappresenterebbe « naturalmente » il figlio, e non ci sarebbe ragione di nominare alcun altro rappresentante), che la rappresentanza speciale si esplica soltanto in rapporto alle materie cui si riferisce il conflitto (limitazione materiale) e che il relativo potere, conferito in virtù di queste clausole, è circoscritto alla controversia in atto (limitazione processuale) ed alla sua durata (limitazione temporale). Proprio in virtù di queste limitazioni, il tipo di rappresentanza di cui si parla si pone in termini di specialità rispetto a quella dei genitori o del tutore che, al contrario, è di carattere generale e permanente e, ovviamente, comprende anche il potere di rappresentare l'incapace in giudizio, salvo appunto il caso di conflitto d'interessi.

Così definiti i termini della questione, il rappresentante speciale ravvisato dalla C. corrisponde esattamente alla figura del « curatore speciale » prevista dalla nostra legge (v., ad es., articolo 79 c.p.c.), la cui nomina può essere chiesta anche dallo stesso interessato, senza limitazioni (v. anche Parte Generale, nota 17).

La C. prevede l'eventuale presenza di altre due figure assimilabili a quella del rappresentante: il rappresentante « distinto » del minore, nei casi in cui manchi un conflitto d'interessi coi genitori (articoli 5, lett. b, e 9, comma 2), e l'« assistente » (articolo 5, lett. a): di queste due figure si tratterà più diffusamente a suo luogo; al

momento, è sufficiente notare che la prima di esse svolgerebbe un ruolo molto vicino a quello della rappresentanza (o difesa) « tecnica » di una parte in giudizio (e, per questa ragione, il testo convenzionale suggerisce che esso sia svolto, negli opportuni casi, da un avvocato); la seconda non ha, per vero, molti punti in comune con la rappresentanza in senso tecnico-giuridico, ma piuttosto ha tratto con l'attività fattuale dell'interprete e del *nunciatus*, magari professionalmente qualificato, della volontà del minore.

La nomina di un rappresentante speciale e, ancor più, come si è notato, quella di un rappresentante « distinto », non si pone in relazione diretta e strumentale col godimento dei diritti attribuiti indefettibilmente a tutti i fanciulli dall'articolo 3. Invero, il diritto di essere informato, consultato e guidato nelle scelte è di carattere strettamente personale: è il minore in quanto persona che deve ricevere le necessarie informazioni e che può esprimere la sua opinione, sicché questi diritti (processuali) personali, per loro natura *indisponibili*, non sono esercitabili tramite rappresentante; proprio per questa ragione, la C. esige — a nostro modo di vedere, finanche al di là di una reale necessità pratica (v. Parte Gen., par. 2 e 4.1) — che il minore, per esserne considerato titolare, sia dotato di sufficiente capacità di discernimento « secondo il diritto interno » (articolo 3: dovrebbe bastare, invece, la *naturale* capacità di comprensione, accertabile dal giudice caso per caso).

La necessità di provvedere alla nomina di un rappresentante si pone, al contrario, quando il soggetto legalmente privo di autonoma capacità di agire, a prescindere dal suo grado effettivo di discernimento, debba compiere un atto incidente sui propri diritti *disponibili*; in termini processuali, necessita di rappresentante soltanto l'incapace che può proporre autonome domande al giudice, con la conseguente possibilità di vederle accolte o respinte; la rappresentanza in giudizio, in altre parole, è sempre legata al concetto di parte processuale. Nulla impedisce, ovviamente, che una parte, regolarmente rappresentata in giudizio, abbia poteri limitati, stabiliti dal diritto processuale interno: la C. nulla dispone a questo proposito, ma è chiaro che il diritto di avere un proprio rappresentante — « speciale », « distinto » o di altro genere, in relazione ad un conflitto d'interessi o al di fuori di tale ipotesi — non può essere fine a se stesso; se l'incapace ha diritto, almeno in certi casi, di essere rappresentato in giudizio, ciò vuol dire che gli dev'essere riconosciuta almeno qualcuna delle tipiche facoltà pro-