

Rappresentanza e assistenza del minore

L'impatto della legge n.149/2001 nel procedimento di potestà e di adottabilità

I. Premessa. II. I due diversi significati della partecipazione del minore al procedimento: a) il diritto all'ascolto; b) il minore come parte. III. La funzione di rappresentanza e quella difensiva. IV. Il procedimento di potestà e l'introduzione della difesa tecnica: a) la valutazione del conflitto di interessi in concreto; b) la giurisprudenza della Cassazione e il conflitto ex ante; c) le ragioni sostanziali della tesi del conflitto in concreto; d) considerazioni sul minore come parte nel procedimento di potestà; e) una possibile ricostruzione: il minore come parte eventuale. V. La trasformazione del procedimento di adottabilità: a) rappresentanza e difesa del minore nel regime abrogato; b) la rappresentanza del minore dopo la riforma: l'ipotesi in cui non sia stato nominato un tutore; l'ipotesi in cui vi sia il tutore; c) la difesa di ufficio.

I. Premessa

Le modifiche introdotte dalla legge 28 marzo 2001 n.149 – che ha trasformato la “cornice” processuale entro cui i giudici minorili svolgono le loro funzioni – comportano numerosi e gravi problemi interpretativi.

Lo stesso iter legislativo conferma, del resto, la lacunosità della normativa approvata.

La riforma processuale era destinata ad entrare in vigore, come il resto della legge, lo stesso giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, eppure, quello stesso giorno, venne pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il primo di sei decreti legge, con cui l'entrata in vigore della riforma è stata prorogata, di anno in anno, fino al 30 giugno 2007.

Queste proroghe furono giustificate con la duplice necessità di “garantire il completamento dell’iter parlamentare del disegno di legge relativo alla disciplina della difesa d’ufficio e sul patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili minorili”, e di procedere alla “revisione del procedimento di cui all’art.336 del codice civile”.¹

Inaspettatamente – senza che fossero varate le due riforme che per anni ne avevano giustificato il rinvio – non vi è stata la settima proroga, e le riforme processuali introdotte dalla legge n. 149 sono entrate in vigore il 1° luglio del 2007.

In questa condizione, l’opera di ricostruzione del sistema è molto difficoltosa e ha sinora portato a risultati tutt’altro che omogenei, specialmente riguardo alle novità introdotte in materia di rappresentanza e assistenza del minore.²

II. I due diversi significati della partecipazione del minore al procedimento

La legge n.149 interviene mentre la giustizia minorile è attraversata da due tendenze dirette a valorizzare la partecipazione del minore al processo, che, pur non ponendosi in contrasto fra loro, attingono a ragioni diverse e si esprimono in modo differente.

a. Il diritto all’ascolto

Una prima tendenza sottolinea la necessità che il minore possa esprimere liberamente la propria opinione in ogni procedimento che lo riguarda.

Al minore capace di discernimento, pur “incapace di agire”, è riconosciuta una soggettività processualmente rilevante: la sua opinione dev’essere conosciuta e presa in considerazione dal giudice.

E’ la tematica dell’ascolto, che riguarda non tutti i minorenni, ma soltanto quelli che hanno raggiunto una certa età e sono pertanto “capaci di discernimento”.

Si è parlato di un “bivio culturale” per la giustizia minorile: da una parte la tradizione nazionale, che “ama molto parlare di minori ma poco che siano i minori a parlare”, e dall’altra uno sguardo

¹ Relazione al decreto legge n.150/01, reperibile in www.giustizia.it/misc/dl150_01rel.htm e pubblicata in Guida al diritto, 5 maggio 2002, n.17

² L’Unione delle camere minorili ha raccolto, attraverso questionari strutturati, le diverse prassi che i Tribunali seguivano dopo un anno dall’entrata in vigore della legge, i cui risultati (riferiti a 17 Tribunali per i Minorenni), possono leggersi in “*Famiglia e Minori*” n. 9/2008, pagina 97.

innovativo che prende le mosse dalla cultura europea, ben più orientata a dare voce ai minori”:³ la tutela riguarda un soggetto che, pur incapace, ha una volontà, delle aspettative, dei desideri, che vanno conosciuti e considerati nelle decisioni e negli interventi attuati in suo favore.

Com'è noto, oltre a diverse norme interne che prevedono l'ascolto in singoli tipi di procedimento, esiste un principio di portata generale, recepito nel nostro ordinamento, fissato dall'art. 12 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989, resa esecutiva nel nostro paese con legge 27 maggio 1991 n.176.⁴

Non è mai superfluo sottolineare che, per non frustrare in concreto il significato e il valore del principio stabilito dalla Convenzione di New York, si impone che gli uffici giudiziari prevedano modalità, tempi e luoghi adatti, destinati all'incontro del minore con il suo giudice.

Peraltro, l'art.12, nel perseguire l'obiettivo di consentire al minore di “esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa”, stabilisce che l'ascolto possa avvenire, oltre che direttamente, anche tramite un “rappresentante” o un “organo appropriato”.

In questo contesto, è chiaro che il riferimento non è ad un soggetto che esprima la sua opinione *al posto* del minore, bensì a una persona che, dopo aver raccolto il punto di vista del minore, si faccia da tramite con il giudice per consentirne “indirettamente” l'ascolto.⁵

b. Il minore come parte

L'obbligo di procedere all'ascolto del minore capace di

³ Così Martinelli, Mazza Galanti “*L'ascolto del minore*” in “Affidamento condiviso e diritti dei minori” 2008, pag.233

⁴ Sull'efficacia diretta dell'art.12 della convenzione, oltre alla nota Corte Cost. 1/02, vedi, successivamente, fra le altre, Cass. n.22350 del 26 novembre 2004, n.12168 del 9 giugno 2005, Cass. n.6081 del 18 marzo 2006.

⁵ Così, ad esempio, nell'ordinamento inglese esiste uno specifico organo, il *guardian*, che ha principalmente il compito di accertare la volontà del minore e di comunicarla al Tribunale; vedi Agnello Hornby “*Ascolto del minore, sua rappresentanza e sua difesa nel processo in Gran Bretagna*” in *Minori* giustizia n. 2/2008, pagg.167 segg., ove peraltro l'autrice lamenta che l'eccessivo ricorso a tale forma di ascolto indiretto ha reso rarissimo l'ascolto diretto da parte del giudice inglese. In Italia il riferimento contenuto nell'art.12 è stato utilizzato per prevedere la possibilità, in materia di separazione, di procedere all'ascolto del minore tramite un ausiliario del giudice, psicologo esperto di età evolutiva o pedagogista, in modo da allargare la fascia di età dei minori ascoltati ad età sensibilmente inferiore ai dodici anni (così Martinelli, Mazza Galanti “*L'ascolto del minore*” cit. pag.254)

discernimento non presuppone (né esclude) che il minore sia parte del procedimento.

La questione se il minore sia o meno parte riguarda tutti i minori – e non solo quelli capaci di discernimento – e attiene alla diversa esigenza che la sua posizione sia “rappresentata” nel processo, in contraddittorio con quella degli altri soggetti coinvolti nel processo.⁶

La tendenza che sottolinea la necessità che il minore sia considerato parte del procedimento – in particolare nel procedimento di potestà – si colloca nel solco di chi chiede da tempo regole più definite e strutturate nel processo civile minorile, e ha preso particolare vigore dopo le modifiche introdotte con la legge costituzionale 2/1999 all’art.111 della Costituzione, che al suo secondo comma prevede, oggi, che ogni processo si svolga “nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale”.

Ulteriore riferimento è costituito dalla Convenzione europea dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996,⁷ che, fra l’altro, prevede che gli stati esaminino l’opportunità di riconoscere ai minori il “diritto di esercitare, completamente o parzialmente, le prerogative di una parte” nei procedimenti che li riguardano (art.5).

Poiché, nel nostro ordinamento, è pacifico che al minore non sia stato riconosciuto il diritto di agire in giudizio personalmente, nel caso in cui al minore si riconosca la qualità di parte si pone, diversamente che per la tematica dell’ascolto, la questione di chi, in suo nome, sia legittimato a rappresentarne la posizione nel processo.

Già nel regime previgente, il minore era parte nel giudizio di opposizione all’adottabilità, ove, per l’evidente conflitto di interesse con i genitori, era sempre prevista la nomina di un curatore speciale.

Oggi molti sostengono che, dopo la riforma, il minore debba considerarsi parte anche nel procedimento di potestà – come

⁶ La differenza tra diritto all’ascolto e diritto di costituirsi come parte nel procedimento è chiaramente delineata da Cass. n. 15145 del 10 ottobre 2003, che ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità della mancata previsione della partecipazione del minore, quale parte, nel procedimento previsto dalla Convenzione dell’Aja in materia di sottrazione internazionale dei minori.

⁷ La Convenzione è stata ratificata con legge 20 marzo 2003 n.77, ma non si applica ai procedimenti di potestà e di adottabilità (né a quelli di cui all’art.317 bis c.c.), perché, al momento del deposito dello strumento di ratifica, lo stato italiano, esercitando il diritto di designare “almeno tre categorie di controversie familiari dinanzi all’autorità giudiziaria” cui applicare la convenzione, non ha indicato alcuno di tali procedimenti. Per la Cassazione, tuttavia, i principi della Convenzione “sono suscettibili di influenzare l’attività interpretativa” anche con riferimento ai procedimenti non inseriti al momento del deposito dello strumento di ratifica (Cass. 27 luglio 2007 n.16753, Cass. 27 luglio 2007 n.9094).

espressamente affermato nella nota sentenza della Corte Costituzionale n.1/2002 – e vi sia quindi la necessità, anche per il procedimento di potestà, di individuare chi lo rappresenti.

C'è chi ha salutato le novità che sono state introdotte come un dato positivo, che costituisce “un'occasione preziosa per far crescere sempre di più la cultura delle garanzie anche nei Tribunali per i Minorenni”.⁸

C'è chi, al contrario, ha denunciato con forza che, mentre il diritto di parola riconosciuto dalla Convenzione di New York valorizza la soggettività del minore, l'istituzione di rappresentanze e l'attribuzione di un difensore comporta invece lo “spodestamento” dalla sua posizione di centralità nel processo.⁹

Tutti, giustamente, sottolineano le esigenze di un'adeguata specializzazione della classe forense.

Prescindendo dai punti di vista che ciascuno può avere su questa tematica, occorre in ogni caso prendere atto che la giustizia minorile si avvia verso un modello più strutturato e che, com'è stato detto, “il tempo dirà se questa trasformazione è sempre positiva”, nella consapevolezza che, in effetti, “in un eccesso di formalizzazione c'è il pericolo che il processo celebri se stesso, perdendo di vista la centralità del minore”.¹⁰

Nella ricostruzione ermeneutica del mutato impianto normativo, due dimensioni di fondo occorre comunque tenere ben presenti.

Poiché l'esercizio del potere giudiziario deriva dall'assetto istituzionale e normativo che ne costituisce il presupposto fondante, occorre, da una parte, mantenersi fedeli ai principi normativi introdotti, sfuggendo alla tentazione di adottare soluzioni forzate che finiscano, nella sostanza, per eludere innovazioni che non corrispondano ai propri convincimenti.

Nello stesso tempo, consapevoli che l'interpretazione non è mai un'operazione meramente neutra, è necessario porre altrettanta attenzione alle conseguenze concrete che l'una o l'altra possibile opzione interpretativa determina nel concreto svolgersi della giurisdizione minorile, ov'è massima l'importanza della posta in gioco.

In questa duplice tensione, del resto tipica dell'esercizio della

⁸ Dosi, “Una svolta nei giudizi de potestate e di adottabilità: in vigore dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minore”, in *Famiglia e diritto* n.10/2007 pag. 951

⁹ Turri “Ascolto, rappresentanza, difesa del minore in giudizio in quanto parte”, in www.minoriefamiglia.it

¹⁰ Pazé, “L'avvocato del minore”, in *Famiglia e Minori*, n.1/09

giurisdizione minorile, si impone dunque la faticosa ricerca di una sintesi.

III. La funzione di rappresentanza e quella difensiva

Dal punto di vista concettuale e terminologico, è necessario distinguere la funzione di rappresentanza del minore (o di altro soggetto incapace) dall'attività difensiva dell'avvocato.

Una cosa è rappresentare il minore nel senso di assumere delle decisioni in suo nome, anche con riferimento ad un processo in cui il minore stesso è coinvolto, altra cosa è esercitare l'attività di difensore e concretamente "rappresentare" in giudizio la relativa posizione.

Nel primo caso, si tratta di rimediare all'incapacità di agire: il minore, a differenza dell'adulto, non può incaricare un difensore di far valere concretamente in giudizio i suoi interessi, non può decidere quale posizione assumere nel processo e, conseguentemente, non può dare direttive vincolanti a un avvocato.

Poiché l'ordinamento considera il minore "incapace di agire", occorre che altri al suo posto supplisca a tale sua incapacità.

Se questa è la funzione del rappresentante, diversa è quella del difensore, che, in generale, pone le sue capacità tecniche professionali a servizio di chi lo ha incaricato, ed ha l'obbligo di fedeltà al mandato ricevuto.

Le due funzioni devono dunque, concettualmente, essere tenute distinte, per evitare fraintendimenti indotti da imprecisioni terminologiche contenute pure in alcune sentenze della Cassazione, che ha talora usato, per le due diverse situazioni, la medesima espressione *rappresentanza processuale*.

La stessa Cassazione ha segnalato questo errore di linguaggio, precisando che l'espressione *rappresentanza processuale* riguarda solo il rapporto tra la parte e il difensore ex artt.82 segg c.p.c, mentre la prima funzione, quella con cui si rimedia alla incapacità di agire di un soggetto, va piuttosto definita *rappresentanza sostanziale nel processo*.¹¹

Gli equivoci, sul punto, possono trarre origine anche dalla prassi, già largamente diffusa in materia di opposizione all'adottabilità, secondo cui la *rappresentanza sostanziale nel processo* (tramite la nomina del curatore) viene conferita a chi ha già la qualifica di avvocato, con la conseguenza che nel medesimo soggetto si concentrano, in concreto, le due funzioni: il

¹¹ Così, in motivazione, Cass. n.14886 del 16 novembre 2000 e Cass. n.10822 del 2001

rappresentante (curatore) potrà, infatti, esercitare direttamente lo *ius postulandi* ai sensi dell'art. 86 c.p.c., costituendosi in giudizio senza ricorrere ad un (altro) difensore.¹²

Lo si vedrà meglio quando affronteremo alcune questioni che si pongono per l'attuale procedimento di adottabilità.

IV. Procedimento di potestà e introduzione della difesa tecnica per il minore

Per il procedimento di potestà, l'unica novità della riforma è data dall'art. 37, comma 3, della legge 26 aprile 2001, n. 149, che ha aggiunto all'art. 336 cod. civ. un quarto comma: *“Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore”*.¹³

Secondo l'interpretazione largamente prevalente, la norma non prevede che il Tribunale debba procedere alla nomina di un difensore d'ufficio né ai genitori, né al minore.¹⁴

Il tenore della disposizione introdotta in materia di potestà è infatti molto differente dalle norme dettate per il procedimento di adottabilità, secondo cui, all'atto dell'apertura del procedimento, il Presidente del Tribunale invita i genitori o i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi a nominare un difensore e li informa della nomina del difensore d'ufficio nel caso non vi provvedano (art.10, 4° comma) e ove è stabilito che il procedimento debba 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 (art.8, ultimo comma).

D'altra parte, la difesa d'ufficio in ambito civile costituisce una novità assoluta nel nostro ordinamento, e le norme che la prevedono vanno considerate eccezionali, e quindi di stretta interpretazione.

¹² Per una critica di questa prassi, attesa la diversità di ruoli, v. Ruo *“I procedimenti civili minorili: ovvero alla ricerca della riforma perduta”*, in *Minorigiustizia* n.1/2008, p.111

¹³ Il testo originario della legge prevedeva l'ulteriore specificazione *“anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge”*, ma l'espressione è stata abrogata dall'art.299 del testo unico delle disposizioni in materia di spese di giustizia (D.P.R. n.115/02).

¹⁴ La tesi contraria è, nella sostanza, sostenuta da Dosi in *“L'avvocato del minore dopo la legge 28 marzo 2001 n.149”*, disponibile in www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode_full/id_838/, secondo cui la legge avrebbe introdotto la figura dell'avvocato del minore, perché sarebbe ragionevole ipotizzare *“che la funzione di rappresentante sostanziale (curatore speciale) resti assorbita dalla nomina di un curatore speciale-difensore, appunto un avvocato del minore”*. Si consideri, anche a confronto del diritto processuale penale, la novità che sarebbe rappresentata da una difesa di ufficio *“in prima battuta”* e non di tipo non sussidiario, quale rimedio al caso in cui la parte interessata non scelga un proprio difensore di fiducia.

La stessa relazione al decreto legge n.150 / 2001, che indicava le ragioni per differire l'entrata in vigore della normativa, distingueva nettamente quelle relative alla difesa di ufficio, riferite solo alla procedura di adottabilità, da quelle legate alla necessità di rivedere il procedimento camerale di potestà.¹⁵

Il quarto comma dell'art.336 c.p.c., dunque, accomunando in un'unica espressione il minore e i genitori, si è limitato ad introdurre la previsione della difesa tecnica, cioè la necessità che la partecipazione ai procedimenti di potestà – sempre che gli interessati intendano “stare in giudizio” – sia caratterizzata dall'assistenza di un difensore.¹⁶

Con la previsione della difesa tecnica, la legge sembra avere implicitamente riconosciuto al minore la qualità di parte del procedimento, secondo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n.1/02, ma di ciò ci si occuperà più avanti, soffermandoci innanzi tutto sulle modalità attraverso le quali in concreto si è data attuazione al quarto comma dell'art.336 c.c.

a. La valutazione del conflitto di interessi “in concreto”

L'assistenza del difensore va garantita al minore, dunque, non dal giudice, attraverso la nomina d'ufficio, ma da un curatore speciale cui conferire la rappresentanza sostanziale del minore nel processo: sarà il curatore a decidere se partecipare o meno al processo, nominando il difensore, in modo analogo a quanto accade per i genitori.

La nomina del curatore speciale è giustificata dalla situazione di conflitto di interessi fra genitori e figli, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art.78 c.p.c. (“*Si procede ... alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante*”).¹⁷

¹⁵ Vedi nota 1

¹⁶ La necessità della difesa tecnica nei procedimenti civili è stata individuata, in generale, talora nel tecnicismo del processo e nell'animosità delle parti, che rendono opportuna la presenza di un mediatore fornito di particolari conoscenze tecniche (Calamandrei “*Studi di dir. proc. civ.*”, 27,319), talora, anche, nell'esigenza di potenziare la garanzia di imparzialità del giudice (Nicoletti “*Profili istituzionali del processo civile*” 3, 179)

Pur se non è previsto dalla legge, anche nel procedimento di potestà è particolarmente opportuno avvisare i genitori della necessità dell'assistenza legale; per un esempio, vedi Tribunale per i Minorenni di Milano, decr. del 6 luglio 2007, in *Famiglia e Minori* n.9/07, pag.15

¹⁷ La competenza (art.80 c.p.c.) è del “presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa”. Non è applicabile invece l'art.320 c.c., che prevede, per il diverso caso di conflitto di interessi patrimoniali, la competenza del giudice tutelare. Un'isolata sentenza della Cassazione penale (Cass. n.13977 del 15 febbraio 2004), nell'escludere che il pubblico ministero

Secondo l'interpretazione più diffusa nei Tribunali minorili, il curatore, però, va nominato solo se il conflitto di interessi si manifesti in concreto, mentre, negli altri casi, i genitori, nell'esercizio della potestà, possono rappresentare il figlio e garantirgli l'assistenza legale, nominando eventualmente essi stessi, in suo nome, un difensore.

Soltanto pochi Tribunali, invece, nominano sempre il curatore, ritenendo che nel procedimento di potestà il conflitto di interessi fra i genitori e i figli è *in re ipsa*,¹⁸ con il conforto della maggior parte dei commentatori¹⁹ e della giurisprudenza della Cassazione formatasi in materia di controversie patrimoniali.

La tesi del conflitto di interessi *in concreto* riconosce ai genitori un generale potere di rappresentare i figli anche nei procedimenti di potestà, salva la possibilità che il Tribunale, con una valutazione ampiamente discrezionale, ritenga che il comportamento tenuto nel caso specifico e la gravità del pregiudizio recato al figlio siano tali da far ritenere sussistente *in concreto* il conflitto di interessi che giustifica la nomina del curatore.

In linea con questa impostazione (la nomina del curatore finisce per rivestire i caratteri di un provvedimento di limitazione della potestà), si ritiene in misura prevalente che il presupposto sia la richiesta del pubblico ministero, e che il Tribunale non possa, invece, provvedere d'ufficio.²⁰

Secondo una parte minoritaria della giurisprudenza, invece, il giudice avrebbe il potere di nominare d'ufficio il curatore.²¹

possa direttamente nominare il curatore, ha invece ritenuto la competenza del giudice tutelare anche per i casi "residuali di conflitti ad oggetto diritti non patrimoniali", senza però affrontare la questione dell'applicabilità dell'art.78 c.p.c., cui, più correttamente ha fatto riferimento la Corte Costituzionale nella nota sentenza n.1/2002

¹⁸ Vedi le prassi raccolte dall'Unione delle camere minorili citate alla nota 2

¹⁹ Fra gli altri, Tommaseo, quanto meno con riferimento al genitore nei cui confronti è stata avanzata la richiesta, in "*Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*", Famiglia e Diritto n.4/07 pag.414, Dosi in "*L'avvocato del minore dopo la legge 28 marzo 2001 n. 149*", cit., Padalino, in "*La Convenzione di Strasburgo rende implicita la valutazione sul conflitto di interessi*" in Famiglia e Minori, n.9/07 pag.20, e gli altri autori ivi citati, Ruo "*La volontà del minore: sua rappresentanza e difesa nel processo civile*" in Dir.fam.pers. 2006, p.1262

²⁰ Trib. Min. Milano, decr. 6 luglio 2007, in Famiglia e Minori, n.9/07, pag.15, con commento di Ruo "*Un potere-dovere che scaturisce da norme sopranazionali*", secondo cui, ai sensi dell'art.79 c.p.c., il pubblico ministero non è l'unico soggetto a poter chiedere la nomina di un curatore, e per la quale il sistema complesso e integrato, scaturente dalla normativa interna e internazionale (art.9 della convenzione di Strasburgo), conferisce al giudice il potere di provvedere d'ufficio. Anche alla Convenzione di Strasburgo fa riferimento Padalino, in "*La Convenzione di Strasburgo rende implicita la valutazione sul conflitto di interessi*", ivi

²¹ Vedi le prassi citate alla nota 2

b. La giurisprudenza della Cassazione e il conflitto “ex ante”

La Cassazione, quando si è occupata di rappresentanza sostanziale nel processo con riferimento a controversie di tipo patrimoniale, ha affrontato più volte la questione del conflitto di interessi fra genitore e figlio – e più in generale fra rappresentante e rappresentato – optando decisamente per la necessità di nominare il curatore speciale anche quando il conflitto di interessi sia solo potenziale.

Per la Suprema Corte, il conflitto di interessi sussiste quando il rappresentante può essere indotto, a causa dell'oggetto della controversia, a chiedere un provvedimento che sia vantaggioso per sé e pregiudizievole per l'interesse del rappresentato *“non essendo necessaria l'evidente ricorrenza di sintomi indicativi dell'effettività del conflitto”* in quanto questa condizione *“va egualmente rimossa a titolo precauzionale giusta la ratio dell'art. 78 c.p.c., 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 e la cui attività giuridica debba svolgersi, quindi, per il tramite di persone fisiche diverse dagli stessi”*.²²

Per la Cassazione, la verifica va dunque compiuta in astratto ed “ex ante”, secondo l'oggettiva consistenza della materia del contendere, anziché in concreto e “a posteriori”, sulla base degli atteggiamenti assunti dal rappresentante nella causa, con la conseguenza che, nel caso di conflitto potenziale e omessa nomina di un curatore speciale, il giudizio è nullo per vizio di costituzione del rapporto processuale e violazione del principio del contraddittorio.²³

E' difficile sostenere che in materia di potestà si possa accedere a principi diversi da quelli affermati dalla Cassazione, e ravvisare il conflitto di interessi solo se in concreto il genitore tenga un comportamento da cui emerga la concreta sussistenza di un tale conflitto.

In primo luogo, appare incongruo far dipendere la regolarità del processo da una valutazione discrezionale del giudice sul comportamento di una delle parti, senza che, per di più, siano

²² Così, in motivazione, Cass. n.10822 del 6 agosto 2001; vedi anche Cass. n.13507 del 16 settembre 2002, Cass. n. 14866 del 16 novembre 2000, nonché, in materia diversa dalla rappresentanza di un minore, Cass. n.8803 del 30 maggio 2003

²³ Cass. n.13507 del 16 settembre 2002, Cass. n.8803 del 30 maggio 2003

definibili, in via generale, i criteri da utilizzare per ravvisare o meno il conflitto.²⁴

In ogni caso, le esigenze di tutela del minorenni – cui la Cassazione si è riferita in cause di tipo patrimoniale – non sono certo inferiori nel procedimento di potestà, ove l'oggetto del procedimento colloca “strutturalmente” la posizione del genitore, accusato di esercitare la potestà in modo inadeguato e di aver cagionato un pregiudizio al figlio, in contrasto con l'interesse del minore.

Deve anzi considerarsi che nel procedimento di potestà il conflitto è molto più netto e marcato rispetto alle situazioni nelle quali la Cassazione si è pronunciata.

In quelle cause, gli interessi in gioco vedevano il genitore e il figlio partecipare al processo in contrapposizione ad altri soggetti, che facevano valere interessi propri.

Le posizioni del genitore e del figlio erano dunque *lato sensu* da una stessa “parte” (erano, insieme, attori o convenuti), ma per le caratteristiche specifiche dell'oggetto della causa – delle domande e delle eccezioni prospettate – vi era il rischio che il genitore, nel contrastare le pretese dei terzi, potesse adottare un comportamento processuale che favorisse se stesso, danneggiando la sfera giuridica del figlio.

Nel procedimento di potestà, la posizione del genitore accusato di esercitare la potestà in modo inadeguato è invece “frontalmente” in contrapposizione con l'interesse del figlio.

Il provvedimento di decadenza o di limitazione – che si ripercuote negativamente nella sfera giuridica del genitore – non trova fondamento in interessi diversi da quello del minore, perché la potestà genitoriale è funzionale solo a tale interesse, e solo in funzione di tale interesse può essere rimossa o limitata.

Nel procedimento di potestà l'accusa mossa al genitore è sempre di avere cagionato un pregiudizio al figlio, e non si vede come

²⁴ Si consideri che, quando la Cassazione ipotizza il conflitto di interessi “in concreto”, si riferisce al modo in cui il genitore ha rappresentato il figlio nel processo, mentre nel procedimento di potestà, ove in genere non accade mai che il genitore nomini un difensore anche al figlio, il comportamento esaminato per valutare la sussistenza del conflitto riguarderebbe le sue generali competenze genitoriali. Il conflitto si manifesterebbe, cioè, non perché il genitore abbia già mal rappresentato il figlio, ma perché ritenuto non sufficientemente adeguato a rappresentarne la posizione: anche quando si parla di conflitto “in concreto”, ci si riferisce così ad un conflitto potenziale, perché la “rappresentanza infedele” non è ancora avvenuta. Il provvedimento, che si basa su di una valutazione discrezionale eseguita in corso di causa, assume così i caratteri di una limitazione della potestà che pospone il piano della regolarità del processo (cui attiene la rappresentanza e la difesa tecnica del minore) al piano sostanziale della valutazione del comportamento del genitore. Ma chi rappresenta il minore nel momento in cui il giudice deve valutare il comportamento del genitore, per verificare se è idoneo a rappresentarlo?

il genitore possa avere titolo a interloquire nel processo, oltre che in nome proprio, anche in nome del figlio.

Com'è stato osservato, la difesa tecnica per il minore ha un senso in quanto il minore sia rappresentato da un curatore speciale.²⁵

L'unico caso in cui potrebbe non essere necessaria la nomina del curatore speciale è quello in cui sia chiesta la decadenza o la limitazione della potestà di uno solo dei genitori, e non sia in discussione anche la condotta dell'altro.

L'assistenza del difensore potrebbe infatti essere assicurata dal secondo genitore, il cui comportamento non costituisce oggetto del procedimento e che, nel rappresentare il figlio nel processo, eserciterebbe la potestà in via esclusiva, secondo quanto previsto, in materia patrimoniale, dall'ultimo comma dell'art.320 c.c. (*"Se il conflitto sorge tra i figli e uno solo dei genitori esercenti la potestà, la rappresentanza dei figli spetta esclusivamente all'altro genitore"*).

Un'analisi più rigorosa – e realistica – porta tuttavia a ritenere che il conflitto esiste anche nei confronti del genitore la cui potestà non è direttamente posta in discussione nel procedimento.

Il potere giuridico che ogni genitore esercita sul figlio è infatti limitato dalla concorrente potestà esercitata dall'altro, con la conseguenza che l'esito del processo refluisce, sia pure indirettamente, nella sfera giuridica del genitore nei cui confronti non è stata avanzata alcuna richiesta, perché l'eventuale provvedimento ablativo o limitativo comporterebbe un'espansione della concreta possibilità di esercizio della sua potestà genitoriale.

Ben diverso è, infatti, esercitare in via esclusiva la potestà piuttosto che dividerne l'esercizio con l'altro genitore.

Anche ove il provvedimento sia stato chiesto nei confronti di uno solo dei genitori, ritengo dunque preferibile la tesi che nega all'altro genitore la legittimazione a partecipare al giudizio, oltre che in proprio, anche in nome del figlio.

La tesi contraria, del resto, porterebbe il genitore nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento ad avanzare a sua volta richieste strumentali dirette a limitare o a rimuovere la potestà dell'altro, che sarebbero da sole sufficienti a creare la situazione di conflitto e a esautorarlo dalla possibilità di rappresentare il figlio.

²⁵ Tommaseo, "Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile", cit. pag. 415

c. Le ragioni sostanziali della tesi del “conflitto in concreto”

Come mai sembra prevalere nella giurisprudenza dei Tribunali minorili una tesi – quella del conflitto di interessi in concreto – che, in assenza di precisi agganci normativi, si pone in contrasto con la Cassazione ed è, per di più, apparentemente meno attenta all'interesse dei minori rispetto alla tesi, alternativa, cioè quella del conflitto meramente potenziale?

Il motivo va individuato in un'esigenza effettiva – di tipo sostanziale, ma tutt'altro che trascurabile – che è quella di evitare che, nominando il curatore in tutte le procedure di potestà, si consolidi e si alimenti una dannosa contrapposizione fra la posizione dei genitori e quella dei figli, e di riservare soltanto ai casi più gravi la possibilità di una rappresentazione autonoma della posizione dei minori.

E in effetti nei procedimenti di potestà – il cui numero, relevantissimo, è di gran lunga superiore alle procedure di adottabilità – molto spesso l'intervento del Tribunale tende a individuare percorsi che sono di sostegno alla responsabilità genitoriale, per i quali è importantissimo favorire, nel corso del procedimento, una presa di coscienza, da parte dei genitori, dei meccanismi disfunzionali che recano pregiudizio ai figli, e, conseguentemente, il loro necessario coinvolgimento e la loro costruttiva collaborazione.

Non sono poche le procedure che, pur concluse con un “non luogo a provvedere”, in realtà hanno visto, attraverso l'audizione dei genitori e l'intervento dei servizi, l'attivazione di “circoli virtuosi”, grazie ai quali i delicati meccanismi del funzionamento delle realtà familiari si sono positivamente evoluti, fino a risolvere le problematiche che avevano determinato l'apertura della procedura.

Il procedimento di potestà “non si basa su uno schema processuale impostato sulla dicotomia parte vittoriosa – parte soccombente”²⁶ e se dovesse sempre prevedere, oltre alla presenza del pubblico ministero e dei difensori dei genitori, anche l'attiva partecipazione di un rappresentante del minore, assistito da un difensore, l'effetto – oltre a un esborso smisurato per le casse dell'Esercizio – sarebbe in molti casi l'accentuazione degli aspetti conflittuali, con il rischio che le disfunzioni dell'assetto familiare si incancreniscano e si aggravino, anziché risolversi.

²⁶ Pricoco “L'obbligo del patrocinio non porta allo stravolgimento del rito camerale” in *Famiglia e Minori* n.9/87 pag.14

Introdurre elementi ulteriori di conflittualità finirebbe spesso per ostacolare, anziché favorire l'evoluzione positiva della complessiva situazione familiare.

In definitiva, dunque, la tesi del conflitto in concreto risponde ad una esigenza di tipo sostanziale, che è quella di consentire che nei procedimenti di potestà più delicati – e soltanto in questi – vi sia una rappresentanza autonoma del minore.

Di contro, non si può negare l'opportunità della presenza del curatore nei procedimenti più delicati e complessi.

E' vero, come molti hanno sottolineato, che nel procedimento vi è già una parte pubblica, il pubblico ministero, che promuove e tutela specificatamente l'interesse del minore.

Tuttavia, l'esperienza maturata nel campo delle opposizioni alle dichiarazioni di adottabilità ci dice che, in quel tipo di procedimenti, la costituzione in giudizio del curatore speciale si è rivelata spesso fondamentale, non foss'altro per il fatto che, a differenza del pubblico ministero, il curatore speciale può continuare ad esercitare personalmente le sue funzioni anche nei gradi successivi del procedimento, garantendo al minore una continuità nella rappresentanza non di rado determinante per l'effettiva tutela dei suoi interessi.

d. Considerazioni sul minore come parte nel procedimento di potestà

Dopo aver esposto le critiche alla linea interpretativa del "conflitto di interessi in concreto" – e averne però anche sottolineato le ragioni sostanziali sottostanti – pare opportuno, per proporre una diversa lettura della normativa in vigore, partire dalla questione se la novella abbia inteso configurare il minore quale parte del procedimento di potestà.

Come si è detto, la Corte Costituzionale, con la sentenza n.1/02, ha affermato che il minore è parte del procedimento – pur con una decisione interpretativa di rigetto, per sua natura non vincolante ²⁷ – ed è questa la linea seguita dalla maggior parte di coloro che hanno commentato la novità introdotta dalla legge, anche se non mancano quelli che, di avviso contrario, sottolineano che l'interesse del minore é, in ogni caso, preminente, e lo pone in una posizione *super partes*.

²⁷ Per di più l'affermazione è stata fatta con riferimento a ordinanze che avevano sollevato la questione di illegittimità della differente questione dell'obbligo di ascolto del minore, di per sé estranea alla configurazione del minore quale parte processuale, come ha chiaramente spiegato Cass. n.15145 del 10 ottobre 2003

Per la verità, la questione, dal punto di vista strettamente processuale, non sembra opinabile, perché non è possibile dare significato alla previsione dell'assistenza di un difensore al minore che prescinda dal riconoscimento della sua qualità di parte processuale.²⁸

La considerazione secondo cui la legge parla di “assistenza” e non di “ministero” del difensore ²⁹ può comportare delle conseguenze in alcuni aspetti tutto sommato secondari, ³⁰ ma non può valere per negare al minore la qualità di parte, perché l'art. 82 del codice di procedura civile dice che (oltre al ministero) anche l'assistenza di un difensore costituisce una delle modalità attraverso cui *le parti stanno in giudizio*.

²⁸ Il diritto minorile consentirebbe forse una sola interpretazione alternativa, che è quella di ritenere che, nel prevedere l'assistenza del difensore, la legge, anziché presupporre il riconoscimento del minore come parte, abbia inteso prevedere tale assistenza nell'ambito dei “diritti processuali” riconosciuti dalla Convenzione di New York, che impone al giudice di procedere all'ascolto del minore che sia capace di discernimento. Si potrebbe cioè sostenere che la legge del 2001 abbia inteso fornire l'assistenza legale non al minore intesa come parte processuale (e quindi al curatore speciale che lo rappresenta), bensì al minore capace di discernimento che ha diritto di essere ascoltato dal giudice (cui il curatore speciale nominato dal giudice potrebbe offrire assistenza legale tramite la nomina del difensore). Non sorprende, peraltro, che una tale interpretazione non sia stata prospettata perché – riducendo la necessità di nominare il curatore speciale ai casi di minori capaci di discernimento e circoscrivendo le funzioni del difensore alle occasioni in cui detti minori “partecipano” al processo (fondamentalmente in occasione dell'ascolto) – andrebbe in direzione di una precoce e inopportuna adultizzazione del minorenne, poiché il vincolo professionale del difensore sarebbe riferito non al curatore speciale, la cui posizione può spesso non coincidere con quella del minore, ma al minore stesso cui il difensore farebbe da eco. In definitiva, non è di assistenza legale che ha bisogno il minore che dev'essere ascoltato dal giudice.

²⁹ Gli artt. 82, 86 e 87 c.p.c. distinguono tra “ministero” e “assistenza” del difensore, individuando cause nelle quali si può stare in giudizio personalmente, senza ministero e senza assistenza del difensore (1° comma dell'art.82), casi nei quali si può stare anche solo con l'assistenza del difensore (2° comma) e casi in cui non è sufficiente stare in giudizio con l'assistenza, ma occorre stare in giudizio con il ministero del difensore (3° comma)

³⁰ Il “ministero” viene definito anche come difesa “attiva”, e si riferisce alla rappresentanza nel giudizio della parte, conferita con la procura prevista dall'art.83 c.p.c., mentre l' “assistenza”, definita come “difesa consultiva” concerne “l'ausilio che l'avvocato, quale esperto qualificato, fornisce al cliente, ovviamente già costituito in giudizio, in esecuzione dell'obbligazione assunta con il contratto di prestazione di opera intellettuale” (Cass. n.11759 del 6 settembre 2000) e il relativo incarico può essere conferito informalmente con dichiarazione resa in udienza (Cass. n.630 del 22 gennaio 1994). La distinzione ha perso parte della sua importanza a seguito della scomparsa dei limiti territoriali nell'esercizio della professione forense e dell'albo dei procuratori legali, ma continua a mantenere una sua rilevanza sotto altri profili. Ad esempio, nel giudizio di Cassazione, ove si può stare con la sola assistenza del difensore, non è necessaria la procura ma è sufficiente la nomina del difensore (Cass. n.1141 del 2 febbraio 2000) e non spettano al difensore le competenze procuratorie (Cass. n.19295 dell'8 settembre 2006), ciò che dovrebbe valere anche nell'ipotesi di comparizione personale delle parti dinanzi al Presidente nel giudizio di separazione, per la quale l'art.707 c.p.c. , modificato dal d.l. 35/05, prevede oggi espressamente che i coniugi compiano personalmente con “l'assistenza” del difensore.

E d'altra parte, poiché nessuno contesta che il curatore speciale possa, con l'assistenza di un difensore, costituirsi in giudizio in nome del minore, il dibattito è sostanzialmente privo di significato, perché la parte è proprio il soggetto che può "stare in giudizio".³¹

Oggi, la costituzione in nome di un minore in un procedimento di potestà è ammissibile, le relative difese vanno considerate ai fini della decisione, e questo si traduce nel fatto che il legislatore lo ha considerato parte del processo.

Può non piacere, ma occorre prenderne atto.

Ogni questione sulla natura del procedimento di potestà cede di fronte al dato positivo, ben potendo il legislatore conferire la qualità di parte processuale ai soggetti che ritiene titolari di interessi "al giudizio o nel giudizio".³²

E' vero che il giudice adotterà il provvedimento ispirandosi soltanto al criterio dall'interesse del minore – interesse che è dunque preminente su quello delle altre "parti" – ma questo attiene alla sostanza della decisione e non agli aspetti processuali, ben potendo il legislatore, come ha fatto, prevedere che, a fianco della presenza del pubblico ministero, qualcuno rappresenti il minore e, in nome suo, offra al giudice un punto di vista autonomo, una "decisione possibile", in ausilio al complesso compito cui il Tribunale è chiamato.

D'altra parte, neanche è chiaro quali sarebbero gli effetti della tesi che, pur ammettendo la presenza del difensore, neghi al minore la qualità di parte.

Forse, l'unica conseguenza sarebbe quella di negare al curatore speciale il potere di reclamare il provvedimento finale, con il discutibile risultato di configurare un'anomala presenza processuale che non ha tutte le prerogative delle altre parti, una presenza processuale che è "un po' meno di una parte".

Ma se il legislatore ha inteso conferire al minore la qualità di parte, l'attenzione deve spostarsi sulla domanda cruciale, che costituisce il nodo fondamentale da sciogliere: se, in base alla nuova normativa, il minore sia da considerarsi parte anche *prima e indipendentemente dalla sua partecipazione al giudizio*.

³¹ Il motivo per il quale, ad esempio, il Tribunale ordinario deve dichiarare inammissibile e non tenere conto dell'eventuale costituzione del curatore speciale di un minore in un procedimento di separazione, è che il legislatore non lo considera parte in quel tipo di procedimento, così come accadeva prima della riforma nel procedimento di potestà.

³² Così la Corte Costituzionale nella sentenza 185/86, con cui è stata respinta la questione di illegittimità costituzionale della mancata previsione della nomina del curatore speciale al minore nel giudizio di separazione.

Se, cioè, il minore sia divenuto una parte *necessaria* (litisconsorte necessario) del procedimento di potestà, o se sia una parte *eventuale*, che assume tale qualità soltanto al momento in cui interviene nel procedimento.

La questione è decisiva, perché nel primo caso sarebbe sempre necessario che il contraddittorio si instauri anche nei suoi confronti fin dall'inizio del procedimento, sotto pena di nullità dell'intero giudizio, e occorrerebbe quindi, all'avvio di ogni procedimento, procedere alla nomina del curatore speciale per dare al minore un rappresentante nei cui confronti instaurare il contraddittorio.³³

Diversamente, la legge si sarebbe limitata a prevedere la *possibilità* che il minore partecipi al procedimento con una sua autonoma rappresentanza, assumendo la qualità di parte solo nel caso in cui si costituisca in giudizio, in modo analogo a quanto accade nel caso – i cui presupposti sono ovviamente del tutto diversi – di chi interviene volontariamente in un processo.³⁴

Se il minore fosse parte solo eventuale, la decisione se costituirsi o meno, dato il conflitto di interessi, dovrebbe essere valutata sempre da un curatore speciale, ma nominarlo non sarebbe necessario, proprio perché il minore non è parte necessaria e la sua mancata partecipazione non sarebbe di impedimento alla trattazione del processo.

Secondo la disciplina generale, la nomina del curatore presupporrebbe la (eventuale) richiesta di uno qualsiasi dei soggetti indicati nell'art.79 c.p.c. (il pubblico ministero, i genitori, lo stesso minore, i suoi “prossimi congiunti” e “qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse”), richiesta che – se, come ritengo, debba sempre ravvisarsi un conflitto di interesse con i genitori – imporrebbe al Tribunale la nomina del curatore speciale, il quale a sua volta sarebbe chiamato a decidere se partecipare o meno al giudizio.

e. Una possibile ricostruzione: il minore come parte eventuale

La tesi che vede il minore come parte eventuale sembra senz'altro preferibile per una pluralità di ragioni.

Il quarto comma dell'art. 336 c.c., nel prevedere la difesa tecnica obbligatoria anche per lui, si limita ad indicare le modalità con cui il minore sta in giudizio, ma non afferma, né presuppone, che

³³ Così si regolano alcuni Tribunali minorili, che però non sempre nominano quale curatore speciale un avvocato, probabilmente per attenuare il rischio di una radicalizzazione del conflitto; vedi la raccolta delle prassi citata alla nota 2.

³⁴ Cfr. Cass. n. 7541 del 23 maggio 2002

fin dall'inizio del procedimento debba necessariamente instaurarsi il contraddittorio nei suoi confronti.

E' ragionevole ritenere che il legislatore avrebbe detto ben altro se avesse inteso innovare in modo così radicale l'intera struttura del procedimento di potestà, piuttosto che limitarsi a introdurre un unico comma che attiene genericamente all'assistenza del difensore, alla modalità, cioè, dello stare in giudizio del minore.

L'art.336 c.c. non fa il minimo riferimento al curatore speciale, la cui nomina, se il minore fosse parte necessaria, costituirebbe invece un passaggio indispensabile in tutte le procedure per garantire la regolarità del procedimento.

Si pensi alle difficoltà ermeneutiche, pressoché insormontabili, per individuare una norma di diritto positivo che consenta al giudice di nominare d'ufficio il curatore.³⁵

Fra le ragioni del rinvio dell'entrata in vigore vi era anche la necessità di rivedere il procedimento di potestà,³⁶ ma tale revisione non è stata attuata, e, a legislazione vigente, non vi sono elementi per dire che le intenzioni del legislatore siano state, oltre a quelle di prevedere la possibilità della costituzione in giudizio del minore, anche quelle di imporre la nomina di un curatore speciale in tutte le procedure, per integrare il contraddittorio nei suoi confronti.

Ulteriore significativa conferma è data dal fatto che, essendo rimasto inalterato il primo comma dell'art. 336 c.c., il minore continua a non essere legittimato a promuovere il procedimento.

Sarebbe difficile dare una spiegazione a questa limitazione, che si pone in contrasto con l'asserita equiparazione del minore alle altre parti, equiparazione che costituisce il cardine della tesi che configura il minore quale parte necessaria del procedimento.

Dal punto di vista sistematico, la tesi del minore come parte eventuale presenta, inoltre, una sua precisa coerenza interna e può rappresentare un punto di equilibrio ispirato a criteri di garanzia, perché, da una parte, considera che la presenza del pubblico ministero non rende in linea di principio indispensabile una rappresentazione autonoma della posizione del minore, dall'altra consente liberamente sia al pubblico ministero, sia ai genitori, sia ai

³⁵ Ruò *"Un potere-dovere che scaturisce da norme sopranazionali"*, cit. e Padalino in *"La Convenzione di Strasburgo rende implicita la valutazione sul conflitto di interessi"*, cit, sono costretti a richiamare l'art.9 della convenzione di Strasburgo, che da una parte prevede il potere, ma non l'obbligo della nomina del curatore speciale, dall'altra, com'è noto, non è applicabile al procedimento di potestà, non incluso al momento del deposito dello strumento di ratifica, e può dunque offrire soltanto dei criteri ermeneutici meramente orientativi.

³⁶ Vedi la relazione al decreto legge n.150 /01, già citata alla nota 1

suoi prossimi congiunti – sia anche al minore stesso – di ottenere la nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 79 c.p.c.

Le ragioni che possono spingere questi soggetti a chiedere la nomina di un curatore (la delicatezza del procedimento, la preoccupazione che la parte pubblica rappresenti in modo insufficiente o inadeguato gli interessi del minore) paiono in effetti meritevoli di tutela.

Se uno dei soggetti legittimati avanza una tale richiesta, il Tribunale, escluso ogni potere di valutazione, dovrebbe quindi limitarsi, “*assunte le opportune informazioni e sentite possibilmente le persone interessate*” (art.80 c.p.c.), a scegliere il curatore, il quale poi deciderà autonomamente se costituirsi in giudizio, con l'assistenza di un difensore, e quale posizione assumere nel procedimento.³⁷

In definitiva, questa ricostruzione, più aderente al dettato normativo, perverrebbe all'esito di “restituire” a tutti i soggetti indicati dall'art. 79 c.p.c. il pieno potere di ottenere la nomina di un curatore speciale, evitando, al contempo, quella paventata radicalizzazione di tutte le procedure che potrebbe conseguire nel caso in cui il minore venisse inteso come parte necessaria del procedimento.

Considerata la pluralità dei soggetti che, ai sensi dell'art.79, possono chiedere la nomina del curatore speciale (anche il minore stesso³⁸) dovrebbe inoltre essere esente da possibili censure di illegittimità ex art.111 Cost.

V. La trasformazione del procedimento di adottabilità

Prima dell'entrata in vigore delle modifiche, la legge 184 del 1983 prevedeva due diversi procedimenti, di cui uno, necessario, a carattere sommario, con rito camerale, che si concludeva con decreto.

L'altro, solo eventuale – il giudizio di opposizione – era configurato come procedimento a cognizione piena, si concludeva con una sentenza e prevedeva la garanzia finale del ricorso per Cassazione.

³⁷ A legislazione vigente, il Tribunale non avrebbe invece la possibilità di nominare il curatore d'ufficio. Questo potere (non l'obbligo) deriverebbe invece dalla eventuale estensione alle procedure di potestà della Convenzione di Strasburgo (art. 9).

³⁸ Il diritto del minore di chiedere la nomina di un “rappresentante speciale” in caso di conflitto di interessi con i genitori è espressamente riconosciuto anche dall'art.4 della Convenzione di Strasburgo.

La natura non contenziosa del procedimento sommario è stata sempre affermata dalla Cassazione, che ha escluso ogni dubbio di costituzionalità circa la mancata previsione dell'assistenza obbligatoria di un difensore e il mancato rispetto del contraddittorio, affermando che il procedimento era volto a tutelare un interesse sottratto all'autonomia privata e non a dirimere un conflitto tra parti contrapposte.³⁹

Il giudizio di opposizione, al contrario, aveva sicura natura contenziosa e si svolgeva in contraddittorio fra le parti; si applicava, quindi, il terzo comma dell'art.82 c.p.c., relativo all'obbligo di stare in giudizio con il ministero di un procuratore, con la conseguenza che non poteva essere introdotto da un'opposizione sottoscritta personalmente dai genitori.⁴⁰

Oggi, com'è noto, è previsto un unico procedimento, nel quale, per quanto riguarda la rappresentanza del minore, due sono i punti di partenza sicuri: il minore è parte necessaria del giudizio e non può essere rappresentato dai genitori, sempre in conflitto di interessi con lui.

Quanto alla considerazione che il minore sia parte necessaria, basti dire che – a differenza che nelle potestà – l'art. 8 prevede che il procedimento deve svolgersi *fin dall'inizio* con l'assistenza legale del minore.

Il legislatore, del resto, ha optato per un giudizio che, pur svolgendosi nella forma camerale propria dei procedimenti di competenza del Tribunale per i Minorenni,⁴¹ è un giudizio a cognizione piena, per le conseguenze sullo *status* del minore,⁴² com'è chiaro dal fatto che il provvedimento con cui viene assunta la decisione ha la forma di sentenza, impugnabile nelle forme ordinarie.⁴³

³⁹ Cass. n.4151 del 7 aprile 1993 e, da recente, Cass. n. 10645 del 24 aprile 2008; con la sentenza n.351 del 1989 la Corte Costituzionale ha escluso l'illegittimità della normativa nella parte in cui escludeva l'obbligo dell'assistenza del difensore e non prevedeva l'obbligo del giudice di avvisare i genitori della possibilità di avvalersene.

⁴⁰ Cass. n. 2316 del 16 marzo 1999, Cass. n. 5929 del 13 giugno 1998; la diversa natura dei due procedimenti ha portato la Cassazione ad escludere che la procura rilasciata nel procedimento non contenzioso, ancorché “per ogni grado del giudizio” potesse estendere i suoi effetti nel giudizio di opposizione: Cass. n.12160 del 29 ottobre 1999 e, da recente, Cass. n. 5952 del 5 marzo 2008.

⁴¹ Tommaseo “*La disciplina processuale dell'adozione di minori*” in *Famiglia e Diritto* n.2/2008, 200, nota che la legge dice espressamente che il Tribunale provvede “in camera di consiglio” sia per i provvedimenti urgenti che con riferimento alla sentenza con cui è dichiarato lo stato di adattabilità.

⁴² Se è vero che solo il provvedimento di adozione fa venir meno lo status di figlio, lo stato di adottabilità ne costituisce comunque il presupposto necessario.

⁴³ Tommaseo, in “*La disciplina processuale dell'adozione di minori*” cit, 199, osserva che le incertezze sulla situazione soggettiva dedotta in giudizio – se integri un interesse del minore, ovvero

Tutti concordano, inoltre, sul fatto che i genitori non possano mai rappresentare i figli, essendo sempre in conflitto con loro (viene dato per scontato, così, che nelle procedure di adottabilità il conflitto di interessi va valutato “in astratto”, cioè in ragione dell’oggetto del contendere e a prescindere dalla concreta valutazione del comportamento tenuto dai genitori).

a. Rappresentanza e difesa del minore nel regime abrogato

Nel regime abrogato, non si poneva alcuna questione sulla rappresentanza del minore nel giudizio sommario, poiché la natura del procedimento escludeva la possibilità, e a maggior ragione la necessità, di una sua partecipazione al giudizio.

Nel successivo giudizio a cognizione piena, la legge era invece molto chiara: l’art.17 prevedeva che, una volta proposta l’opposizione, il Presidente del Tribunale doveva nominare al minore un curatore speciale.

Al curatore spettava la “rappresentanza sostanziale nel processo”, e quindi il potere di decidere se costituirsi in giudizio in nome del minore e, in caso positivo, quale posizione assumere.

Come si è detto, la prassi largamente diffusa nei Tribunali per i Minorenni era quella di scegliere un curatore speciale che avesse la qualifica di avvocato e quindi potesse, anziché rilasciare la procura ad un terzo, stare in giudizio personalmente ai sensi dell’art.86 c.p.c., costituendosi senza ricorrere ad un altro difensore.

Il meccanismo consentiva il cumulo delle due funzioni (la rappresentanza sostanziale del processo e la difesa tecnica), che pure restavano formalmente distinte, ed era ispirato all’intento di evitare uno sdoppiamento ritenuto superfluo.

A questa scelta non era estranea la circostanza che la funzione del curatore speciale costituisce un ufficio a titolo gratuito, mentre il difensore può ottenere, in nome del minore, l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

un suo diritto soggettivo – hanno alimentato discussioni poco fruttuose, e fa riferimento al *genus* della “giurisdizione a contenuto oggettivo”, ossia di quei processi finalizzati alla tutela di interessi di rilevanza pubblicistica, senza azione, attuativi di norme d’ordine pubblico, che, nella specie, danno sostanza all’interesse del minore “a vivere crescere ed essere educato nell’ambito di una famiglia”, interesse qualificato dal legislatore come “diritto” ma che diritto soggettivo non è, com’è dimostrato dal fatto che, non essendo azionabile, si sottrae all’applicazione dell’art.24 della Costituzione. L’autore finisce quindi per definire irrisolvibile l’alternativa diritto / interesse del minore.

Il meccanismo finiva per somigliare, per molti versi, alla difesa di ufficio.

Come nella difesa di ufficio, era il giudice, infatti a individuare in concreto chi avrebbe svolto le funzioni di difensore (anche se teoricamente nulla impediva al curatore di dare mandato ad un altro avvocato), e il difensore così individuato, come quello d'ufficio, poteva scegliere autonomamente la linea processuale da seguire, non avendo vincoli di mandato da rispettare, poiché rivestiva anche la qualifica di curatore speciale.

Nei fatti, era poi molto rara l'evenienza che il curatore non si costituisse all'udienza fissata dal Presidente del Tribunale, per cui il giudizio non si celebrava pressoché mai nella contumacia del curatore, cioè senza che al minore fosse garantita la difesa.

b. La rappresentanza del minore dopo la riforma

Così come per le potestà, anche nel procedimento di adottabilità, purtroppo, la riforma lascia spazi a dubbi e a incertezze sulla rappresentanza e la difesa del minore.

In primo luogo, il nuovo testo non prevede che nel procedimento di adottabilità debba essere nominato sempre il curatore speciale, la cui presenza, anzi, risulta essere divenuta solo eventuale.

Gli artt. 15 e 16, nella nuova formulazione, nell'elencare i soggetti cui notificare la sentenza dichiarativa di adottabilità o di non luogo a provvedere, indicano infatti anche il tutore e il curatore speciale, ma aggiungono l'espressione "ove esistano".

Occorre dunque verificare chi, al posto dei genitori, rappresenti il minore nel giudizio.

b1. l'ipotesi in cui non sia stato nominato un tutore

La pendenza del procedimento di adottabilità non esclude che i genitori continuino ad esercitare la potestà sul figlio, sia pure con le limitazioni che derivano dai provvedimenti del Tribunale, non essendo obbligatoria la nomina di un tutore, se non al momento della decisione con cui il minore è dichiarato in stato di adottabilità (art. 19).

Può accadere, peraltro, che il tutore fosse già stato nominato prima dell'apertura del procedimento (perché, ad esempio, i genitori erano morti o ne era stata dichiarata la decadenza), ovvero che lo

stesso Tribunale per i Minorenni, all'inizio della procedura, sospenda la potestà dei genitori (o anche l'esercizio delle funzioni del tutore) e nomini un tutore "provvisorio", secondo quanto previsto dal terzo comma dell'art.10.

La decisione di sospendere i genitori dalla potestà – e nominare un tutore provvisorio – dipende, ovviamente, dalla valutazione che il Tribunale dà del comportamento dei genitori, talora irreperibili o, comunque, ritenuti inidonei ad assumere qualsiasi decisione nell'interesse dei figli.

Nell'ipotesi in cui il minore non abbia un tutore, e che il Tribunale non ritenga di nominarne uno provvisorio, la soluzione obbligata, per garantire la rappresentanza al minore, non può che essere che quella di nominare, all'avvio della procedura, un curatore speciale, cioè un soggetto che ne abbia la rappresentanza sostanziale con esclusivo riferimento al giudizio di adottabilità.

La legge stessa, come si è visto, presuppone l'esistenza del curatore speciale – indicandolo, agli articoli 15 e 16, fra i destinatari della notifica della sentenza e dell'avviso del diritto di proporre impugnazione – e non si vede, altrimenti, quali siano i diversi presupposti che ne determinino la nomina.

E' vero che non vi è una norma che stabilisce espressamente che il Tribunale nomini il curatore d'ufficio, ma l'art.10, com'è stato osservato, prevede che il Tribunale adotti "ogni opportuno provvedimento nell'interesse del minore".⁴⁴

Sarebbe davvero incongruo negare al Tribunale – cui il medesimo art.10 riconosce il potere di nominare un tutore provvisorio – la possibilità di rimuovere la situazione di conflitto di interessi fra i genitori e il minore, nominando un curatore speciale, le cui funzioni, ben più limitate di quelle del tutore, sono circoscritte alla rappresentanza del minore nel giudizio.

b2. l'ipotesi in cui vi sia il tutore

Nel precedente regime, dopo l'opposizione all'adottabilità, veniva sempre nominato un curatore speciale che rappresentava il minore nel conseguente giudizio, anche se al minore era stato in precedenza nominato un tutore.

Al tutore, legittimato a impugnare il decreto di adottabilità, veniva invece riconosciuta la qualità di parte nel giudizio di

⁴⁴ Tommaseo "La disciplina processuale dell'adozione di minori" in Famiglia e Diritto n.2/2008, pag.199

opposizione (accanto al curatore speciale e al pubblico ministero) solo se egli avesse effettivamente proposto l'opposizione, così come accadeva per gli altri soggetti legittimati a impugnare il decreto (cioè i genitori e i parenti indicati nell'art.12, primo comma).⁴⁵

Dopo la riforma, l'ipotesi in cui vi sia un tutore (o perché vi fosse già prima dell'avvio del procedimento, o perché il Tribunale ne nomini uno provvisorio in virtù dell'art. 10) costituisce il caso più controverso, in ordine al quale non si hanno ancora pronunzie della Cassazione.

Una più diffusa interpretazione esclude che, in presenza del tutore (o di quello provvisorio nominato dal Tribunale), debba essere nominato un curatore speciale – o altre figure che rappresentino il minore nel giudizio – e ciò perché, come si è visto, la nomina del curatore speciale è prevista dalla legge solo come eventuale.

Sarà lo stesso tutore, quindi, a rappresentare il minore nel giudizio di adottabilità e a nominargli un difensore.

Secondo una diversa ricostruzione recentemente proposta,⁴⁶ il tutore configura, invece, una parte processuale a sé stante, cui il terzo comma dell'art. 15 riconosce un diritto di impugnazione autonomo e che non può rappresentare il minore perché in conflitto di interessi con lui.

Secondo questa lettura, ritenere che il tutore sia in conflitto di interessi con il minore è imposto dall'esigenza di una maggiore protezione che dev'esserli assicurata e dalla conseguente necessità che il difensore rappresenti l'interesse del minore "senza essere influenzato dagli interventi finora attuati e dalle ragioni agli stessi sottesi".

Tale situazione di conflitto – "particolarmente attuale" nel caso in cui il tutore sia un ente pubblico, portatore di propri interessi patrimoniali – risulta confermata, indirettamente, dal precedente

⁴⁵ Per la Cassazione, i soggetti titolari del diritto di proporre l'opposizione che non l'avevano proposta non assumevano la qualità di parte nel giudizio, perché l'art.17 non riconosceva loro la legittimazione ad appellare, limitandosi a prevederne la convocazione "a fini istruttori". Così Cass. n.4151 del 7 aprile 1993; vedi, fra le altre, anche Cass. n.17897 del 4 settembre 2004; Cass. n.21054 del 2 novembre 2004 (che ha ritenuto infondato la questione di illegittimità costituzionale della preclusione per il genitore non opponente di proporre appello avverso la sentenza di rigetto dell'opposizione proposta da altri); l'orientamento è divenuto pacifico da Cass. sez. un 27 gennaio 1995 n.1006. La conseguenza era che tali soggetti non potevano appellare la sentenza (Cass. n. 21054 del 2 novembre 2004) e che l'omessa notifica a taluno di loro non integrava un'ipotesi di violazione del contraddittorio (Cass. n. 16707 del 7 novembre 2003).

⁴⁶ Corte Appello Milano 3 novembre 2008, pubblicata in *Famiglia e Minori*, n.1/09, pag.14, e in *Famiglia e diritto* n.3/09, pag.251.

regime, nel quale il conflitto era sempre ipotizzato, tant'è che era prevista come obbligatoria la nomina del curatore speciale.

La conseguenza è che, in ossequio all'art. 8, secondo cui il procedimento deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore, è necessario procedere alla nomina di un soggetto diverso dal tutore, in condizione di rappresentare gli interessi del minore in modo imparziale.

Tale soggetto, però, non può essere il curatore – previsto dalla legge come figura non necessaria – bensì, con una valorizzazione delle fonti sopranazionali, il “difensore del minore”, che cumula in sé il ruolo di curatore e di difensore tecnico.

Questa innovativa figura non deve limitarsi a svolgere un ruolo esclusivamente tecnico ma, in completa autonomia e indipendenza, “ricoprire quei più ampi compiti di rappresentanza che, secondo la definizione data dall'art. 2 lett. c) della Convenzione Strasburgo, sono quelli propri di una persona, come un avvocato, o un organo designato ad agire presso un'autorità giudiziaria a nome di un fanciullo”; il giudice, in particolare, deve nominarlo secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 9 della Convenzione, per il quale l'autorità giudiziaria procede alla nomina di un rappresentante del minore “distinto”, cioè diverso dal soggetto cui compete la rappresentanza legale del minore, incaricando di tale ruolo un “avvocato”.

A questa impostazione è stato obiettato che il tutore non può considerarsi parte autonoma, perché il diritto di impugnazione che gli viene riconosciuto non è in proprio, ma quale rappresentante del minore, tant'è che l'art.15 non menziona il minore tra i soggetti titolari del diritto di impugnare il provvedimento; a differenza dei genitori, il tutore, quale mero rappresentante del minore, non risente inoltre di effetti nella propria sfera giuridica, poiché il provvedimento conclusivo produce effetti unicamente riferibili al minore.⁴⁷

Il conflitto di interessi con il tutore sarebbe, così, meramente eventuale (ad esempio nel caso in cui tutore sia un parente), e la legge interna già prevederebbe il rimedio della nomina del curatore speciale, ovvero della sospensione dell'esercizio delle funzioni e della nomina di un tutore provvisorio ex art.10.⁴⁸

⁴⁷ Trib. Min. Catania 2 febbraio 2009, in www.affidamentocondiviso.it

⁴⁸ Per quest'ultima soluzione Tommaseo, in “*Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*” *Famiglia e diritto* n.3/09, pag.254, il quale, inoltre, nota che la nomina di un rappresentante ad hoc in tanto è possibile in quanto sia prevista dal diritto interno, perché il secondo comma dell'art.9 della Convenzione di Strasburgo si limita a raccomandare tale soluzione ai legislatori nazionali.

Va osservato, inoltre, che la tesi della nomina del “difensore del minore” – curatore e difensore tecnico insieme – se ha il pregio di risolvere in un sol colpo la questione della rappresentanza del minore e dell’assistenza legale imposta dall’art.8, incontra un limite di “coerenza sistematica”, dovuta al fatto che il principio affermato non varrebbe nel caso in cui manchi il tutore, perché la legge continua a prevedere la figura del curatore speciale come soggetto, distinto dal difensore, che assume la rappresentanza sostanziale del minore (e se invece, menzionando il curatore speciale, avesse inteso riferirsi al “difensore del minore”, non si comprenderebbe perché la sua nomina non è stata prevista come obbligatoria).

Resta, in effetti, il parallelo con la disciplina anteriore alla riforma, ove, in presenza del tutore, era sempre nominato il curatore speciale; è stato peraltro osservato che, in passato, il giudizio di opposizione presupponeva la pronuncia del decreto dichiarativo di adottabilità, e, con ciò stesso, una radicale modifica dei poteri del tutore che prescindeva dalla verifica di un conflitto di interessi.⁴⁹

In definitiva, pur con le cautele dovute al fatto che sul punto non vi sono ancora decisioni del giudice di legittimità, a me sembra preferibile ritenere che il curatore speciale e il tutore (eventualmente provvisorio) costituiscano oggi due figure, fra loro alternative, che hanno la funzione di rappresentare il minore nel procedimento di adottabilità.⁵⁰

Il punto critico, a mio avviso, è dato dalla prassi di nominare quale tutore provvisorio l’ente pubblico territoriale, che ha funzioni istituzionali di segnalazione delle situazioni di pregiudizio e di assistenza in favore del minore, e potrebbe non essere obiettivo (o anche soltanto essere sospettato di non esserlo), perché indotto a

⁴⁹ Tommaseo, “*Rappresentanza e difesa del minore nei giudizi di adottabilità*”, cit.

Nel precedente regime, la separazione della rappresentanza sostanziale nel giudizio di opposizione dalla responsabilità gestoria del tutore può essere ricondotta all’esigenza di preservare la riservatezza del minore, potenzialmente destinato all’adozione, salva tuttavia la facoltà del tutore di proporre opposizione al decreto.

⁵⁰ In tal senso, è stato osservato che il nuovo regime ha riequilibrato la struttura del procedimento, rispetto al precedente giudizio di opposizione, ov’era possibile, se il tutore avesse opposto il decreto di adottabilità, che “coesistessero” due diversi rappresentanti del minore. Trib. Min. Catania 2 febbraio 2009, cit.

Caso dubbio di una possibile “coesistenza” del curatore e del tutore, ove si aderisca alla tesi che il tutore non è parte autonoma ma è in giudizio quale rappresentante del minore, resterebbe quello in cui il Tribunale, nel corso del procedimento e *dopo* la nomina del curatore speciale, sospenda la potestà dei genitori e nomini un tutore provvisorio. Anche in tale evenienza, peraltro, mi sembrerebbe preferibile ritenere che le funzioni del curatore vengano meno e sia il tutore a rappresentare il minore; diversamente opinando, resterebbe dubbio che il tutore possa rappresentare il minore nel corso del giudizio e avere titolo per appellare la sentenza.

difendere quanto è stato rappresentato dai servizi o a preferire “la soluzione meno onerosa per le proprie (esauste) casse”.⁵¹

Ove al tutore provvisorio si riconosca, a differenza che nel passato, il potere di rappresentare il minore in via esclusiva nel procedimento di adottabilità, la scelta dell’ente pubblico mi sembra dunque inopportuna, non essendovi ostacoli, del resto, a nominare tutore un avvocato, come accade in genere per la nomina del curatore speciale.

c. la difesa di ufficio

Così affrontata la questione della rappresentanza, resta da verificare se dev’essere nominato un difensore d’ufficio, per il caso in cui colui che rappresenta il minore – curatore speciale o tutore provvisorio – non lo nomini.

Il secondo comma dell’art.10 prevede, infatti, che all’atto dell’apertura del procedimento i genitori (o in mancanza i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore) sono invitati dal Presidente a nominare un difensore e sono informati “della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano”, ma non dice nulla in merito al difensore di ufficio del minore, ancorché il precedente art. 8 stabilisca, al suo ultimo comma, che il procedimento deve svolgersi fin dall’inizio con l’assistenza legale del minore (oltre che dei genitori e dei detti parenti).

L’opinione prevalente di chi ha commentato la legge va nella direzione di colmare la lacuna e ritenere che il Presidente debba nominare un difensore d’ufficio, che eserciterà le funzioni fino a quando il rappresentante del minore non ne designi uno di fiducia.

Le prassi rilevate ad un anno dell’entrata in vigore della riforma non sono omogenee, anche se sembra prevalere la tesi che esclude la necessità di nominare un difensore d’ufficio.⁵²

La lettura della normativa non è semplice, perché, se è vero che la nomina del difensore di ufficio al minore non è espressamente prevista come passo obbligato da compiere all’inizio della procedura (e per di più la legge non indica il difensore di ufficio tra i destinatari della notifica della sentenza, titolari del diritto di impugnazione), bisogna pur dare un significato alla disposizione di cui all’art.8, il cui inciso “fin dall’inizio” impone la necessità che vi sia sempre un

⁵¹ Così Magno, in “*Rappresentanza e difesa del minorenne nel giudizio per la dichiarazione dello stato di adottabilità*”, in corso di pubblicazione

⁵² Vedi le prassi rilevate dall’Unione Camere Minorili, citate alla nota 2

difensore che tuteli gli interessi del minore, ed esclude che possano compiersi atti del procedimento mentre il minore è privo di assistenza legale.

Una via possibile è quella di ritenere esclusa la necessità di nominare il difensore di ufficio quando il Tribunale, seguendo la prassi già diffusa per il giudizio di opposizione all'adottabilità, scelga all'inizio della procedura un rappresentante del minore (curatore o tutore provvisorio) che, quale avvocato, sia in grado di stare in giudizio personalmente.

Il procedimento di adottabilità segue, infatti, il rito camerale, caratterizzato da una libertà formale che consente la partecipazione processuale prescindendo dalla "costituzione in giudizio" – tant'è che è esclusa l'ipotesi stessa di dichiarare la contumacia – con la conseguenza che il rappresentante del minore, in tal caso, è in grado di garantire liberamente, "fin dall'inizio del procedimento", l'assistenza legale imposta dall'art.8.⁵³

La prassi, in passato consolidata, di nominare quale curatore un avvocato costituisce, con ogni probabilità, la ragione per la quale la legge, pur imponendo che al minore sia assicurata la difesa tecnica fin dall'inizio del procedimento, non ha previsto la necessità di nominare il difensore di ufficio.

La scelta di un avvocato, quale curatore speciale o tutore provvisorio, sembra dunque essere decisamente consigliata – oltre che per l'opportunità di evitare interferenze con i compiti istituzionali del comune – anche per la necessità di garantire immediatamente al minore l'assistenza legale, secondo quanto previsto dall'art. 8.

In caso contrario, sembra invece dovuta la nomina di un difensore d'ufficio, che svolgerebbe le sue funzioni in ausilio al rappresentante del minore fino a quando quest'ultimo non provveda a nominarne uno di fiducia.

Francesco Micela

⁵³ Per chiarezza, nello stesso provvedimento di nomina di un curatore o un tutore provvisorio che sia avvocato, potrebbe specificarsi che il curatore, o il tutore provvisorio, "anche prima della formale costituzione in giudizio, potrà immediatamente assicurare al minore l'assistenza legale, in considerazione della libertà di forme propria del rito camerale".

Solo entro questi limiti, per effetto della natura camerale del rito e della scelta del tribunale di scegliere quale curatore o tutore un avvocato, verrebbe a realizzarsi nei fatti, per le procedure di adottabilità, la figura dell' "avvocato del minore" auspicata da Dosi in "*L'avvocato del minore dopo la legge 28 marzo 2001 n.149*", cit.; poiché, come si è detto, la legge continua a distinguere le funzioni di curatore speciale e di difensore, v. Tommaseo in "*Rappresentanza e difesa del minore nel processo civile*" cit., pag.414