

LA RAPPRESENTANZA DEL MINORE NEI PROCEDIMENTI MINORILI

Antonina Scolaro

Avvocato del Foro di Torino e presidente AIAF Piemonte



Dalla legislazione europea alla legge 149/01

La tutela dei diritti della persona minore di età è stata enunciata attraverso i principi universali contenuti nella Convenzione sui diritti dei fanciulli ONU di New York del 20 novembre 1989, tra i quali il diritto del minore di età ad essere “parte” del processo che lo riguarda e a stare in giudizio con il ministero di un difensore.

L’art. 12 di detta Convenzione prevede tra l’altro, che gli Stati parti garantiscano al fanciullo, capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, opinione che dovrà essere tenuta in considerazione in relazione all’età e al suo grado di maturità; tale finalità sarà conseguita dando la possibilità al fanciullo di essere ascoltato in ogni procedura che lo riguardi, sia direttamente, che tramite un rappresentante, con modalità compatibili con le regole processuali della legislazione nazionale.

Successivamente, il Parlamento europeo, con la Risoluzione A3-0172/92, con la finalità di individuare quale figura potesse rappresentare tecnicamente il minore di età, ha invitato gli Stati membri a designare un “*difensore dei diritti dell’infanzia*” allo scopo di tutelarne i diritti e gli interessi superiori, di riceverne le richieste e le lamentele e di vigilare sull’applicazione delle leggi che lo proteggono, nonché di informare e orientare l’azione dei pubblici poteri a favore dei diritti del fanciullo.

Successivamente, con la raccomandazione n. 1286 del 24.01.1996, il Consiglio d’Europa, aderendo alle direttive contenute nel preambolo della Convenzione di New York, che pongono l’accento sul diritto dell’infanzia ad un aiuto e ad un’assistenza particolare al fine di educarla nello spirito di pace, di dignità, di tolleranza, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà, ha richiesto al Comitato dei Ministri di invitare gli Stati membri a nominare un incaricato, il difensore civico per l’infanzia, o un’altra struttura in grado di offrire garanzie di indipendenza, competenze specifiche per migliorare la vita dei bambini e che sia accessibile attraverso uffici locali.

Un significativo passo avanti nell’attuazione dei principi affermati dalla Convenzione delle Nazioni Unite è stato realizzato con la Convenzione di Strasburgo del 25 settembre 1996, ratificata dall’Italia con legge 20.03.2003 n. 77, attraverso il riconoscimento al minore di età di diritti azionabili ed esercitabili, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che lo riguardano e il potere dell’autorità giudiziaria di designare “un rappresentante”, un avvocato che processualmente rappresenti il minore che abbia sufficiente capacità di discernimento.

Da quanto suesposto, risulta evidente come l’espressione “*interesse del minore*” nella sua accezione riduttiva e ambigua, in quanto sottolineante la mera discrezionalità sottratta a qualsiasi verifica, e paternalistica, sia divenuta rafforzativa dei diritti soggettivi di cui il minore è titolare.

Tale riconoscimento ha costituito il presupposto per avviare e mettere in atto una tutela sempre più incisiva dei soggetti minori di età.

Il termine “*interesse del minore*” è oggi utilizzato per indicare la necessità che ogni decisione che riguardi un individuo minorenne sia adottata tenendo conto “*del suo prioritario interesse*”, ossia di come “i diritti del fanciullo” abbiano una effettiva tutela quando siano coniugati con la considerazione anche del suo interesse.

Al riconoscimento della titolarità in capo alla persona minore di età di diritti soggettivi, e conseguentemente della tutela giudiziaria di tali diritti, non può non essere attribuita una valenza etica; il soggetto e il destinatario dell'agire etico e del diritto è fondamentalmente l'uomo con la dignità della sua persona e della sua identità culturale, religiosa e sociale: anticipare ciò alla persona minore di età non può che essere un segnale dell'affermazione di un rispetto di diritti e doveri reciproci tra gli adulti e i bambini.

Tuttavia, nonostante i principi contenuti nella Convenzione di New York siano stati accolti dalle organizzazioni internazionali europee, non vi è stata da parte degli Stati membri, e in particolare dell'Italia, una particolare e incisiva elaborazione degli stessi funzionale alla loro piena tutela; è ancora del tutto da precisare e da definire nei contenuti il criterio dell'interesse del minore, quale criterio preminente di giudizio nei procedimenti che lo riguardano.

La legge 28 marzo 2001 n. 149 sancisce il diritto di difesa del minore

Sono stati numerosi i disegni di legge presentati nel nostro Parlamento per adeguare la nostra legislazione in tema di tutela processuale dei diritti dei minori di età nelle procedure di famiglia, così come previsto nelle convenzioni ratificate.

Il 28.03.2001 è stata promulgata la legge n. 149 che ha introdotto importanti modifiche alla l. 4.05.1983 n. 184 [Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori], nonché agli articoli del codice civile in tema di decadenza e limitazione della potestà genitoriale; l'entrata in vigore di tale legge è stata parcellizzata nel tempo ed ulteriormente differita.

Il 1° luglio 2007 sono entrate in vigore anche le norme processuali, ormai quasi dimenticate dopo un differimento di oltre sei anni, tanto che è mancato, e manca tuttora, un regolamento per l'attuazione della stessa.

La legge riconosce il diritto del minore capace di discernimento di esprimere un'opinione su questioni che lo interessano e prevede la possibilità che il minore di età sia assistito da un difensore in ogni ordine e grado del procedimento.

L'innovazione è di particolare rilevanza, atteso che la normativa dà applicazione ai principi del giusto processo (art. 111 Cost.) riconoscendo il principio del contraddittorio e il diritto alla difesa e all'assistenza legale del minore e dei suoi genitori in ogni giudizio e in ogni suo grado¹.

La normativa riguarda i procedimenti *ex art.* 336 c.c. aventi ad oggetto la decadenza o la limitazione della potestà genitoriale e i procedimenti dichiarativi dello stato di adattabilità, fin dall'apertura del fascicolo per l'eventuale dichiarazione.

L'art. 37 u.c. della l. 149/2001, che integra l'art. 336 c.c., prevede l'assistenza di un difensore del minore nei procedimenti disciplinati da tale articolo, ovvero in tutti i procedimenti di competenza del Tribunale per i Minorenni.

Nei procedimenti dichiarativi dello stato di adottabilità l'art. 8 della l. 149/2001 prevede come obbligatoria l'assistenza legale del minore; il successivo art. 10, prescrivendo la difesa tecnica per le parti maggiorenni, non prevede la nomina del curatore o di un difensore d'ufficio del minore; tuttavia, in ragione del riferimento che tale norma fa all'art. 330 ss. c.c., si deve ritenere che, anche nelle procedure di dichiarazione di adottabilità, il minore di età debba essere assistito da un avvocato.

Molti Tribunali per i Minorenni, nella fase contenziosa di impugnazione della dichiarazione giudiziale-

¹ Non sono concordi le opinioni nel ritenere la bontà della legge 149/2001: si ricorda ad esempio l'intervento del dott. Cristoforo Turri (in *Minorigiustizia*, 2/2008) "... si era recriminato che il minore fosse lasciato solo, senza rappresentanza nel processo. Come se non fosse stato sempre reso presente, quanto meno nel procedimento camerale, dal pubblico ministero... sembra a qualcuno che il minore sia stato fino ad oggi trascurato e che solo ora... con difensori, rappresentanti e curatori speciali il minore possa essere finalmente rappresentato sulla scena del processo. Non è così. Ciò che è rimasto alle soglie o fuori dalla porta della civiltà giuridica nel processo civile minorilenon è stata la posizione di sua maestà il minore... Ma la dignità umana e processuale dei genitori o dei parenti... È così che il minore diventa 'parte del processo'. Dovrebbe esserne il re, stando alla regola del miglior interesse del minore. Da 'tutto' che era, retrocede a parte, a misero pezzettino, di cui tutti parlano e la cui voce -quando si ha il buon cuore o il coraggio di ascoltarla- è interpretata, stravolta, soffocata da quella di chi parla per lui".

le di adottabilità, hanno continuato a seguire la prassi di nominare un curatore come sostituto processuale del minore: la l. 149/2001 non prescrive però tale nomina, tuttavia l'art. 10, commi 3 e 4, attribuisce al Tribunale per i Minorenni una notevole discrezionalità nell'adottare provvedimenti a tutela del minore e la nomina di un curatore speciale potrebbe rientrare in tale discrezionalità.

Nell'ipotesi, però, in cui sia sospesa la potestà dei genitori e si nomini un tutore, questi può a sua volta nominare un suo difensore: come si concilia la contestuale presenza dell'avvocato del minore nominato dal tutore e quella del curatore speciale nominato dal Tribunale?

Secondo alcuni autori² la nomina di un avvocato del minore non può che assorbire in sé le funzioni di rappresentanza sostanziale attribuite dalla legge al curatore speciale, se invece la nomina a curatore cade su soggetti diversi dalla figura professionale dell'avvocato, il curatore nominato dovrà a sua volta nominare un avvocato; mentre la nomina di un avvocato alla funzione di curatore speciale non comporterà l'esigenza di nominare un curatore speciale per la rappresentanza sostanziale del minore. Quale sarà nei due casi la fonte della rappresentanza processuale del minore? Nel caso di curatore non avvocato sarà la procura alle liti che rilascerà all'avvocato designato e nel caso di curatore-avvocato la procura sarà costituita dal decreto di nomina.

La nomina dell'avvocato del minore nelle procedure di controllo della potestà genitoriale o in quelle di adattabilità deve essere sempre d'ufficio?

Le possibili risposte non sono immuni dal sollevare ulteriori problematiche, quali ad esempio se sia ipotizzabile che l'avvocato debba dare conto del suo operato non alla parte privata che assiste, ma al giudice che lo ha nominato.

I diritti processuali del minore

I diritti del minore di età possono essere concretamente esercitati con il riconoscimento di diritti processuali in capo allo stesso, con la conseguenza della necessaria nomina di un rappresentante processuale.

L'art. 24 della Costituzione afferma che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi e che la difesa è un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento⁴.

Gli artt. 82, 83 e 84 c.p.c. prevedono che le parti non possano stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore, fatti salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, che al difensore deve essere conferito il mandato dalla parte che assiste e che il difensore può compiere e ricevere nell'interesse della parte tutti gli atti del processo.

Le problematiche che, alla luce della normativa vigente, si pongono con riferimento alla difesa tecnica del minore di età sono molte e di non facile soluzione, atteso che mancano specifiche norme processuali:

- il minore di età è parte processuale nelle cause relative alla titolarità della potestà genitoriale e di dichiarazione di adottabilità?
- in quale ambito si deve e si può esercitare la difesa di diritti indisponibili, quali quelli del minore di età e come si applica il divieto di compiere atti che importano la disposizione di tali diritti?
- chi è legittimato a nominare l'avvocato per il minore e a conferirgli il mandato? Quali le conseguenze in ragione del soggetto individuato?
- la storica figura del curatore del minore è sovrapponibile alla figura dell'avvocato?

Non vi è dubbio che, essendo la persona minore di età priva della capacità di agire, ossia della capacità di proporre una domanda giudiziaria a tutela dei propri diritti, la legittimazione processuale

² Dosi, *L'avvocato del minore: quali modelli*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 6, 668.

³ Dosi, in senso positivo.

⁴ La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 160/95, aveva respinto l'eccezione di illegittimità degli artt. da 11 a 16 della l. 184/83 con riferimento all'art. 24 Cost. in quanto il generale diritto di difesa in senso ampio non si identifica con la indefettibile assistenza del difensore potendo essere sufficiente la possibilità di interloquirvi.

spetti ai suoi genitori o, ove vi sia conflitto di interesse, al curatore speciale e, ove i genitori siano privati della potestà genitoriale, al suo legale rappresentante.

Così i genitori, titolari della potestà genitoriale, oltre ad essere i legali rappresentanti ad esempio di una richiesta giudiziale di risarcimento dei danni patiti dal loro figlio, sono anche titolari del diritto di nomina di un difensore.

A chi compete, invece, la nomina del difensore del minore nelle ipotesi di una procedura nella quale si tratta della loro decadenza o limitazione della potestà genitoriale o della dichiarazione di adottabilità del loro figlio?

È evidente che in tali casi è presupposta una situazione di conflitto di interessi tra il minore e i genitori.

Storicamente il modello al quale è assimilabile quello di difensore del minore è quello del curatore speciale nominato in relazione ad un processo, anche se tale figura non deve essere necessariamente essere un avvocato, con la conseguenza che per poter stare in giudizio dovrebbe necessariamente farsi assistere e rappresentare processualmente da un avvocato; proprio per evitare ciò, si è consolidata la prassi di nominare come curatore speciale un avvocato.

Ciò che è possibile constatare, a pochi mesi dall'entrata in vigore della legge, è il formarsi di diverse prassi e orientamenti, sintetizzabili in due filoni: l'uno che prevede la nomina di un curatore speciale-avvocato in tutte le procedure nelle quali si ravvisi un conflitto di interessi tra i genitori e il figlio, sia nelle procedure sulla potestà che di dichiarazione dello stato di adottabilità; l'altro che prevede, oltre la nomina di un curatore speciale-avvocato nei giudizi sulla potestà, la nomina dell'avvocato del minore nelle procedure di adottabilità, nomina effettuata dal tutore, secondo l'orientamento di alcuni Tribunali, o direttamente dal giudice, secondo altri.

Ammissione del patrocinio a spese dello Stato

La difesa tecnica del minore di età pone un ulteriore problema con riferimento al pagamento delle spese per il patrocinio.

La l. 29.03.2001 n. 134 ha generalizzato il beneficio del patrocinio a carico dello Stato a tutte le procedure civili e la parte che si trova nelle condizioni reddituali previste da tale legge può richiedere di essere ammessa al beneficio presentando istanza al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

La norma non contiene alcun riferimento esplicito alla difesa del minore; gli Ordini degli Avvocati, tuttavia, esaminano la richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato facendo riferimento ai redditi del minore.

Profilo ben più interessante è quello relativo ai requisiti che la l. 134/2001 prevede per l'iscrizione all'elenco degli avvocati per la difesa a spese dello Stato, attesa la mancanza di un regolamento di attuazione della l. 149/2001.

Alla lacuna legislativa hanno ancora ovviato i Consigli degli Ordini degli Avvocati predisponendo un apposito elenco nel quale sono stati iscritti gli avvocati che, oltre ad essere in possesso dei requisiti previsti in generale dalla l. 134/2001 (attitudine ed esperienza professionale, assenza di sanzioni disciplinari, anzianità professionale non inferiore ai sei anni), avessero seguito corsi organizzati dagli Ordini in materia minorile, avessero un'esperienza specifica per aver patrocinato cause di decadenza dalla potestà genitoriale, di opposizione alla dichiarazione di adottabilità, ovvero assistito con funzione di curatore speciale.

La formazione dell'avvocato del minore

Il codice deontologico forense prevede per l'avvocato la doverosità di competenza e aggiornamento attraverso la formazione continua e l'aggiornamento professionale affidati al regolamento del CNF agli Ordini e alle associazioni maggiormente rappresentative.

Tra queste associazioni l'AIAF (Associazione Italiana degli Avvocati per la Famiglia e per i Minori)

fin dalla sua costituzione, avvenuta nel 1993, ha svolto un'importante e continua attività di stimolo e di confronto con le istituzioni, proponendo, attraverso corsi di formazione e convegni, una cultura del rispetto dei diritti della persona minore di età in linea con le convenzioni internazionali, cultura dalla quale traggono fondamento le considerazioni che seguono.

L'assunzione del ruolo dell'avvocato del minore richiede attitudini e competenze specifiche, oltre che un bagaglio di esperienza professionale nel settore della tutela, in senso lato, dei diritti dei minori di età, per cui non può ritenersi sufficiente un esercizio saltuario della professione davanti all'autorità giudiziaria minorile, come richiede il d.l. 28.07.1989 n. 272 nel processo penale minorile, ma sarà opportuno individuare professionisti specializzati che esercitino con continuità la professione nel settore minorile.

L'avvocato è tenuto al dovere di fedeltà e lealtà verso la parte che assiste, tali doveri assumono una valenza ulteriore ove la parte sia un minore di età il cui interesse va collocato all'interno di un interesse più generale che è quello dei suoi legami familiari, con i quali occorre far i conti per le problematiche che sono all'esame del giudice.

Un fare i conti che richiede, nell'espletamento di tale particolare ruolo, la capacità di mettere in atto particolari modalità interattive e non contrappositive.

Come si può realizzare tra il minore e il suo avvocato l'espletamento di un mandato difensivo che faccia realmente conseguire all'assistito "bambino" la realizzazione dei suoi bisogni, dei suoi desideri, delle sue aspirazioni, del suo stare bene?

La Convenzione di Strasburgo, agli artt. 3, 4 e 9, ha disposto che i minori di età aventi la capacità di discernimento hanno diritto di ricevere informazioni pertinenti relative ai procedimenti che li riguardano, di essere consultati, di esprimere la loro opinione, di essere informati delle eventuali conseguenze che tali opinioni comporterebbero nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione.

Per l'avvocato, specularmente, tali doveri nei confronti del cliente adulto sono enunciati dal codice deontologico e sintetizzabili nel concetto di alleanza difensiva; che tipo di rapporto dovrà instaurare con il cliente bambino? Il dovere di informazione e di comprensione delle richieste che l'avvocato ha nei suoi confronti potrà ritenersi adempiuto attraverso il confronto con il legale rappresentante (tutore provvisorio), con i servizi di territorio o non si potrà prescindere da un contatto diretto? È evidente come a questo punto debba introdursi, seppur marginalmente, il tema dell'ascolto del minore.

Il bambino è il protagonista principale del processo che lo riguarda perché in tale modo lo connota la legislazione vigente; per molto tempo, in convegni e dibattiti, sono state espresse opinioni contrarie ad un ascolto diretto del bambino da parte dei giudici e degli avvocati e favorevoli ad un ascolto unicamente legato a competenze professionali specifiche, ovvero da parte di psicologi o assistenti sociali.

Tali argomentazioni mi erano apparse molto convincenti per il timore che veniva paventato un ulteriore trauma che avrebbe subito il minore di età, sebbene avessero una connotazione prevalentemente paternalistica.

Le iniziative assunte da alcuni giudici di ascoltare i minori di età capaci di discernimento e la verifica di come "l'ascolto giuridico" sia un ascolto diverso e complementare all'ascolto praticato da altre professionalità mi hanno indotto ad un mutamento di opinione.

L'assunzione del ruolo di "avvocato del minore" è questione di estrema delicatezza che richiede una competenza specialistica, conoscenze interdisciplinari e un comportamento deontologico ancora più attento di quanto il codice deontologico forense attualmente preveda.

L'avvocato del minore è una figura nuova nel nostro ordinamento e ci mancano quella tradizione e quell'esperienza storica che caratterizzano altri ordinamenti; in difetto di una normativa chiara e precisa al riguardo dovranno, ancora una volta, gli operatori del diritto direttamente coinvolti, gli avvocati e i magistrati, fornire risposte alle problematiche attuative al fine di individuare la corretta modalità perché la funzione di difesa tecnica possa coniugarsi con la particolare attenzione che la legge richiede nei confronti della persona minore di età, che vede tra i suoi diritti fondamentali quello della relazione con i genitori e con gli altri familiari.