

Camera minorile di Lecce

## **Il difensore dei genitori e del minore nei procedimenti dinanzi al T.M.**

Il presente documento esprime la posizione della Camera Minorile di Lecce in ordine ad alcune delle problematiche applicative scaturite a seguito della piena entrata in vigore della legge 28/03/2001 n. 149, come delineatasi a seguito di un approfondito dibattito fra i propri soci.

L'associazione intende, in tal modo, apportare il proprio contributo al lavoro di esegesi che sta impegnando in questi mesi gli interpreti e gli operatori della giustizia minorile.

### **I procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità**

#### **➤ Assistenza legale del minore**

Art. 8 L. 184/83: *Il procedimento di adottabilità deve svolgersi sin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al comma 2 dell'art. 10.*

L'assistenza tecnica del minore non è richiamata, al contrario di quella dei genitori e parenti, nel successivo art. 10. Non si parla più, nei successivi articoli della legge, di difesa d'ufficio del minore, anche se appare indiscutibile che il minore sia parte del giudizio.

Infatti il procedimento di adottabilità concerne direttamente il "diritto del minore ad una famiglia", conseguentemente la previsione normativa, la cui ratio è quella di "assicurare la effettività della difesa sia nei confronti dei genitori che dei minori" (cfr. Rel. Gov. Al D.L. 150/01) va intesa nel senso che il minore debba partecipare al procedimento e debba esservi rappresentato

L'art. 15 nell'individuare le persone a cui la sentenza deve essere notificata, indica anche il curatore speciale.

L'assistenza tecnica si può, conseguentemente, interpretare come assistenza di un curatore speciale la cui nomina, per le considerazioni innanzi esposte, non può che essere obbligatoria (ex art. 8 c. 4° e ex art. 78 c.p.c.; art. 9 convenzione di Strasburgo).

La norma tace del tutto sulle modalità di nomina del curatore: dovrebbe essere demandata al presedente del T.M. ed appare opportuno che questi possa provvedervi anche indipendentemente da una richiesta del P.M. o delle altre parti (cfr art. 78 e ss cpc), al fine assicurare la partecipazione del minore anche in caso di inerzia delle parti; probabilmente la nomina del curatore speciale sarà contemporanea a quella del difensore d'ufficio per i maggiorenni (in alcuni casi il curatore del minore sarà già stato nominato nella procedura ex art. 330 cc che ha condotto all'apertura del procedimento di adottabilità: ci sono casi in cui quindi la nomina del curatore speciale del minore può essere precedente rispetto al ricorso del PM).

➤ ***Curatore - avvocato***

Il curatore non deve essere necessariamente un avvocato, ma sarebbe preferibile affidare le curatele a figure professionali adeguatamente formate.

Tale esigenza si giustifica poiché: 1) il curatore deve avere una specifica formazione che preveda competenze multidisciplinari ed in particolare psicopedagogiche; 2) può sorgere un conflitto di interessi tra le funzioni di difesa e quelle proprie del curatore che ha il compito di rappresentanza ma anche di assistenza intesa quale “cura” del minore; 3) il conflitto di interessi può sorgere anche tra la funzione gratuita del curatore e quella invece retribuita del difensore; 4) il difensore, per sua stessa natura, può solo esplicitare il mandato ricevuto e non farsi interprete delle volontà di un minore; 5) l’elenco dei curatori dovrebbe essere tenuto dagli enti locali o da agenzie per gli enti locali (per es. dal Garante per l’infanzia che già se ne occupa nelle regioni in cui è stato istituito) e non dall’ordine forense che non avrebbe nemmeno potere disciplinare nei confronti dei curatori speciali.

Tuttavia, per un contemperamento di più esigenze e in assenza di una normativa specifica, appare più giusto e corrispondente al dato normativo, allo stato, individuare il curatore del minore (ex art. 78 cpc) in un avvocato che abbia idonea specializzazione e che ai sensi dell’art. 86 cpc possa stare in giudizio (anche in relazione agli artt. 2, 3, 9, 14 della Convenzione di Strasburgo ratificata in Italia con L. 20 marzo 2003 n. 77).

E’ opportuno prevedere almeno un indennizzo per il curatore anche lì dove non vi sia una vera e propria costituzione in giudizio (non può sorgere dubbio che nel caso di partecipazione al giudizio, dovrà necessariamente essere retribuito secondo le tabelle in base all’attività processuale svolta); si segnala, tuttavia, che in alcuni Tribunali è già invalsa la prassi di riconoscere un compenso al curatore.

➤ ***Specializzazione del curatore e del difensore d’ufficio***

In assenza di una norma che imponga la specializzazione del difensore d’ufficio e, soprattutto del curatore, sarebbe comunque auspicabile che ciascun Ordine forense si preoccupi della formazione di elenchi di curatori e separati elenchi di avvocati d’ufficio precipuamente in base alla specializzazione (che sia anche multidisciplinare).

Alcuni dei criteri per tali elenchi potrebbero essere

- Anzianità di iscrizione all’albo degli avvocati di almeno tre anni;

- Esercizio continuativo per almeno tre anni innanzi alle magistrature minorili;
- Partecipazione a corsi di formazione specialistica in diritto familiare e minorile di almeno 30 ore, anche con riferimento al dovere di competenza di cui all'art. 12 del codice deontologico, nonché del dovere di aggiornamento previsto dall'art. 13 del codice deontologico;
- assenza di sanzioni disciplinari o di possibili incompatibilità.

E' opportuno che difensori iscritti in tale elenco curino la propria iscrizione anche nelle liste dei difensori abilitati al patrocinio a spese dello stato.

*De iure condendo* si auspica che venga estesa al difensore di ufficio civile la norma dell'art. 116 T.U. delle spese di Giustizia;

Il codice deontologico deve prevedere opportune e specifiche norme relative al comportamento del curatore speciale in queste procedure: la delicatezza del ruolo impone delle regole di disciplina maggiormente rigide e comunque specifiche previsioni che garantiscano la dovuta riservatezza e tutela del minore; in tal modo l'ordine forense dovrebbe avere un controllo costante e severo verso la condotta dei curatori speciali.

#### ➤ ***Difensore del minore***

La nomina del curatore rappresenta lo strumento processuale attraverso cui giungere alla nomina di un difensore del minore.

Il curatore valuterà l'opportunità di costituirsi formalmente nel procedimento al fine di proporre autonome domande e/o eccezioni, ovvero di restare contumace.

Nel primo caso, nominerà un difensore ovvero, se è un avvocato legalmente esercente, potrà assumere egli stesso la difesa.

Il difensore del minore dovrà poter svolgere tutte le attività inerenti alla tutela dell'interesse del minore e alla sua difesa tecnico-giudiziale; in tal senso non dovranno essere a lui precluse le attività elencate all'art. 10 per i difensori d'ufficio degli adulti, sebbene la previsione normativa non lo dica esplicitamente: in tal modo si assicura al minore anche la difesa tecnica.

#### ➤ ***Difensore d'ufficio degli irreperibili***

In base all'art. 84 cpc il difensore non può compire atti che dispongano del diritto in contesa se non ne ha ricevuto espressamente il potere. C'è da chiedersi, dunque, come si debba comportare il difensore d'ufficio di un adulto il quale sia irreperibile o che rifiuti una "collaborazione" con il difensore nominato d'ufficio e che quindi non conferisca la procura alle liti ex art. 83 cpc. L'avvocato non potrà assumere iniziative autonome non avendo nemmeno le basi su cui costruire la

difesa del proprio assistito e si troverà quindi nell'impossibilità di svolgere il proprio compito difensivo. Allo stato, in situazioni siffatte, il difensore d'ufficio parteciperebbe solo alla prima udienza per rappresentare l'impossibilità di svolgere le proprie funzioni; a sua volta il Giudice non potrebbe che prendere atto della situazione e dichiarare la contumacia; si noti: a differenza di quanto accade per il processo penale il difensore d'ufficio può non partecipare alle udienze poiché non può parlarsi in questo campo di violazione del diritto di difesa; non a caso manca nella previsione normativa della difesa d'ufficio nei procedimenti minorili, una norma analoga al quinto comma dell'art. 97 cpp secondo cui il difensore d'ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio. Tuttavia è bene che il difensore senza mandato sia comunque presente alla prima udienza per far presente al giudice di aver fatto il possibile per prendere contatti con il proprio assistito. La contumacia potrebbe infatti essere anche una scelta difensiva ed è invece importante, anche alla luce dell'art.116 cpc verificare quale sia il comportamento processuale delle parti coinvolte nel giudizio: la posizione del genitore che si disinteressa della procedura di adottabilità è diversa da quella del genitore che consultatosi con il difensore "scelga" di non partecipare al giudizio, magari per ragioni strettamente procedurali.

°§°§°§°§

Sarebbe auspicabile che tutto il procedimento si svolgesse davanti ad un giudice togato: la preferenza per il magistrato togato, anche per l'ascolto delle parti e del curatore (attività che dovranno comunque svolgersi nel più breve tempo possibile nel rispetto della celerità imposta al procedimento dall'interesse superiore del minore) nasce dalla natura contenziosa del procedimento. Nulla vieta che il magistrato togato sia coadiuvato da un giudice onorario.

## **I procedimenti ex art. 336 c.c.**

### **➤ *Il difensore delle parti***

Art. 336 c.c. comma 4: "*per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore*".

La norma non prevede la nomina di un difensore d'ufficio nel caso che le parti non vi provvedano.

La preclusione appare insormontabile, alla luce dei comuni criteri interpretativi (*ubi lex voluit, dixit*).

Per altro verso, l'uso dell'indicativo presente ("*i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore*") vale a rendere obbligatoria ed indefettibile la previsione della difesa tecnica.

Appare pertanto corretto l'orientamento giurisprudenziale volto ad escludere la partecipazione al giudizio della parte senza il ministero di un difensore e, conseguentemente, a dichiarare irricevibile un ricorso ovvero una memoria di costituzione che non siano sottoscritti dal procuratore *ad litem*.

Non appare, invece, condivisibile la prassi di procedere comunque all'ascolto delle parti che non siano assistite da un difensore

Si rischia, infatti, in tal modo, di vanificare la portata innovativa del comma 4, laddove, lo si ribadisce, prevede la necessaria assistenza del difensore nei procedimenti disciplinati dall'art. 336 c.c.

Se si considera che l'"ascolto" della parte costituisce, in realtà, il momento più saliente del procedimento, nell'ambito del quale essa è chiamata ad esporre la propria rappresentazione dei fatti ed, in molti casi, anche ad esprimere le proprie istanze all'autorità giudiziaria, si comprende come anche e soprattutto in questo delicato momento occorra assicurare alla parte la difesa tecnica.

Peraltro, nessuno dubita che la parte, escluse le ipotesi eccezionali in cui sia autorizzata a stare in giudizio personalmente, debba stare in giudizio "*col ministero o con l'assistenza di un difensore*" essendo altrimenti sprovvista della "capacità di chiedere in giudizio" (Comoglio, *Procura, Enc. D., Agg., IV*, 1044) ossia dello *ius postulandi*; conseguentemente, qualunque atto privo della sottoscrizione del procuratore *ad litem* risulterebbe affetto da nullità. Nessuno dubita, altresì, che la assistenza del difensore sia obbligatoria in qualsiasi momento processuale in cui la parte debba essere personalmente sentita dal giudice, come in sede di interrogatorio libero o formale, ovvero nelle altre ipotesi di comparizione personale (ad esempio nei giudizi di separazione e divorzio).

Orbene, ritenere che le parti possano essere ascoltate dinanzi al Tribunale per i Minorenni senza l'assistenza di un difensore pare contraddire lo spirito della novella, volto ad estendere ai procedimenti in parola le garanzie costituzionali. (cfr. Corte cost., 16/03/1971, n.47 "*Il diritto di difesa deve essere inteso come potestà effettiva dell'assistenza tecnica e professionale in qualsiasi processo; e il compito del difensore è di importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto che esso può considerarsi esercizio di funzione pubblica*").

Né riesce a comprendersi la *ratio* della sperequazione tra i procedimenti ex art. 336 c.c. ed i procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità, posto che in entrambi si discute di questioni delicatissime come l'esercizio della funzione genitoriale e la configurabilità di un pregiudizio per il minore.

Appare pertanto opportuno che i Tribunali per i Minorenni si conformino ad una prassi volta a rendere effettivo il diritto di difesa, rilevando anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 182 comma 2 c.p.c. il difetto di rappresentanza o di assistenza della parte ogni qual volta debba procedersi all'ascolto

della medesima o a qualunque altra forma di comparizione personale dinanzi al Giudice, ed assegnando un termine per sanare il difetto.

### ➤ **Curatore del minore**

Il comma 4 dell'art. 336 prevede, anche per il minore, la necessaria assistenza del difensore, ma anche in questo caso non contiene alcun chiarimento sul modo in cui debba assicurarsi il diritto di difesa.

Occorre muovere dalla considerazione che il minore, in quanto incapace, non può in ogni caso stare in giudizio personalmente e quindi sarà necessario che intervenga in giudizio il suo rappresentante.

Ma nei procedimenti *de potestate*, nei quali si discute della adeguatezza dei genitori ad assolvere ai propri doveri di cura ed educazione nei confronti dei figli e conseguentemente della eventuale restrizione o decadenza dalla potestà, non pare dubitabile che sussista una contrapposizione di interessi fra la posizione dei figli e quella dei genitori, sicché questi ultimi non potranno esercitare, come di norma, la rappresentanza dei figli.

Per altro verso, appare altrettanto evidente la necessità che siano garantiti al minore i diritti riconosciuti dalla Convenzione di New York e dalla Convenzione di Strasburgo, attraverso la sua partecipazione consapevole ad un procedimento che indubbiamente lo riguarda. Sotto questo profilo, assume rilevanza la nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 1/2002, secondo la quale il minore deve senz'altro essere considerato “*«parte» del procedimento, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti se del caso previa nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c.*”

Si può obiettare che la nomina del curatore potrebbe non essere necessaria nei procedimenti in cui si discute della capacità genitoriale di un solo genitore, sul presupposto che l'altro possa adeguatamente rappresentare gli interessi del fanciullo. E tuttavia, anche in questi casi può delinearsi un conflitto almeno potenziale. Non appare opportuno, in tali casi, demandare al giudice la verifica della sussistenza del conflitto di interessi, perché tale valutazione si riduce, in buona sostanza, ad una anticipazione del giudizio. Appare preferibile, invece, ritenerlo sempre sussistente, nominando in ogni caso il curatore, il quale poi, alla luce della conoscenza degli atti processuali, potrà anche ritenere che l'interesse del minore sia adeguatamente rappresentato da una delle altre parti e quindi decidere di non costituirsi in giudizio, o di spiegare esclusivamente un intervento adesivo, oppure, se del caso, formulare nell'interesse del minore richieste distinte da quelle di entrambi i genitori.

Pertanto, pur nel silenzio nella norma, non sembra potersi prescindere dalla nomina di un curatore speciale del minore nei procedimenti *de potestate*.

Si rinvia, per il resto, a quanto osservato a proposito del curatore / avvocato del minore con riferimento ai procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità.

### **Procedimenti ex art. 316 e 317 bis**

L'art. 336 c.c. fa riferimento ai “provvedimenti indicati negli articoli precedenti” e non è chiaro se la norma intenda riferirsi esclusivamente a quelli di limitazione o decadenza della potestà genitoriale ovvero anche ai procedimenti ex art. 316 e 317 *bis*.

Gli interpreti sono per lo più orientati ad escludere la nomina del curatore speciale del minore; si osserva, infatti, che tali procedure sono assimilabili a quelle aventi per oggetto la separazione delle coppie coniugate, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della L. 54/06 che ha disciplinato unitariamente entrambe le azioni: orbene, posto che la Corte Costituzionale ha sempre dichiarato che il minore non è parte nei procedimenti che riguardano la separazione della coppia genitoriale (C. Cost. 14/07/1986 n.185 ) e che non è pertanto legittimato a partecipare ai predetti giudizi, gli interpreti concludono nel senso di escludere la partecipazione del minore ai procedimenti ex art. 316 e 317 *bis*, al fine di non attuare una disparità di trattamento di situazioni analoghe, in ossequio al principio di uguaglianza stabilito dall'art. 3 Cost.

E tuttavia, l'argomento della disparità di trattamento potrebbe, a nostro avviso, essere utilizzato in senso contrario; vale a dire, considerato che un'attenta interpretazione del novellato art. 336, letto anche alla luce della Convenzione di Strasburgo, induce a ritenere possibile la nomina del curatore speciale anche nei procedimenti ex art. 316 e 317 *bis* riguardanti la separazione della coppia non coniugata, il rispetto dell'art. 3 Cost. impone di estendere la previsione ai giudizi aventi per oggetto la separazione della coppia coniugata. Si giungerebbe, per detta via, al superamento dell'orientamento espresso dalla citata sentenza n.185/86 C.Cost. la quale, peraltro, è stata oggetto di numerosi commenti in senso negativo da parte di autorevole dottrina.

È vero, infatti, che in moltissimi giudizi concernenti la separazione dei genitori, la nomina di un curatore speciale del minore appare più che opportuna, allorquando, per l'elevata conflittualità ed il rischio di strumentalizzazioni da parte dei coniugi, ricorrono gli estremi del conflitto di interessi.

**A cura di:**

**Avv. Agnese Caprioli**

**Avv. Rita Perchiazzi**