

La difesa tecnica nei giudizi minorili alla luce dell'entrata in vigore delle norme processuali della legge 149/01

di Maria Francesca Pricoco*

La materia che mi è stata assegnata in occasione di questo primo incontro di formazione nonché di presentazione della camera minorile catanese è complessa in quanto si configura come un argomento che, per la novità e, purtroppo, la mancanza di una apposita disciplina, è un argomento“ in formazione “, in itinere, perché fondato prevalentemente su una interpretazione della legislazione vigente che, nei vari tribunali per i minorenni, sta dando luogo a prassi oggetto di confronto, stesura di protocolli e chiarimenti anche con la classe forense.

Quello che oggi proporrò è quindi una riflessione su alcune questioni fondamentali e non delle risposte certe o già acquisite tenuto conto che anche presso il nostro t.m. stiamo ancora studiando e valutando le soluzioni possibili.

Proprio qualche giorno addietro anche l' AIMMF ha inviato alcune proposte redatte il 2 e 3 febbraio scorso dal consiglio direttivo a seguito dell'esame di alcune buone prassi avviate presso i tribunali per i minorenni italiani invitando gli iscritti ad ulteriori riflessioni e comunicazioni di interpretazioni ed applicazioni diverse.

Il meccanismo che ha condotto a questa situazione ha origine nell'entrata in vigore dal 1° luglio 2007 delle c.d. norme processuali, tra cui quelle riguardanti la difesa tecnica nei procedimenti minorili, introdotte dalla legge n. 149 del 2001 ma subito sospese vista l'inapplicabilità in mancanza d'una disciplina organica di questo istituto sul versante della giustizia civile ed in particolare nei procedimenti per la dichiarazione di adottabilità ed il termine di sospensione è stato di volta in volta prorogato mediante d.l. con indicazione dell'ultimo fino al 30 giugno 2007, la sospensione non è stata ulteriormente prorogata dopo tale data.

Quindi dal 1 luglio 2007 il principio della difesa tecnica deve essere applicato nelle procedure per adottabilità e de potestate pur senza la relativa disciplina d'attuazione.

Per l'applicazione del principio in questione dovrà farsi riferimento ad una interpretazione delle norme vigenti in materia di giustizia minorile e delle regole processuali applicabili.

Nel tentativo di dare un'interpretazione che risponda ai principi sistematici dovrà anzitutto guardarsi all'esegesi di una tale innovazione.

Due sono state le spinte normative che hanno determinato l'introduzione del principio della difesa tecnica nei procedimenti minorili:

A) da un lato

La convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (resa esecutiva in Italia con la legge n.77 del 2003) che all'art. 9 ha previsto che *“ nelle procedure riguardanti i fanciulli, allorché secondo la legge interna i titolari delle responsabilità parentali siano privati della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto d'interessi con lui, l'autorità giudiziaria ha il potere di nominargli un rappresentante speciale. Le parti esaminano la possibilità di*

* Giudice presso il Tribunale per i minorenni di Catania, Autrice insieme a C. Padalino e L. Spina del volume *La tutela sommaria e camerale nel diritto di famiglia e nel diritto minorile*, Giappichelli, Torino, 2007 - Relazione presentata in data 8 febbraio 2008 in occasione della costituzione a Catania della Camera Minorile.

prevedere che, nelle procedure riguardanti i fanciulli, l'autorità giudiziaria abbia il potere di nominare un rappresentante diverso per il fanciullo e nei casi appropriati un avvocato .

B) dall'altro lato

La riforma dell'art. 111 Cost. prevista dalla legge costituzionale del 23 novembre 1999 n. 2 che ha introdotto il principio secondo il quale la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge ; nonché il principio secondo il quale ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale ed in tempi ragionevoli indicati dalla legge.

In applicazione della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, la legge 28 marzo 2001, n. 149, ha previsto l'assistenza legale del minore nelle procedure di controllo della potestà genitoriale .

Con tale legge, tuttavia, in ottemperanza dell'innovazione costituzionale è stato pienamente introdotto nel nostro ordinamento il principio della difesa tecnica di tutte le parti in causa sia nei procedimenti *de potestate* (riguardanti la decadenza o la reintegrazione nella potestà genitoriale, la condotta pregiudizievole ai figli, la rimozione e riammissione all'esercizio dei beni del figlio), che in quelli per l'adottabilità dei minori.

Vedremo successivamente come tale principio possa ritenersi applicabile anche riguardo alle procedure ai sensi dell'art. 317 bis c.c. nella nuova formulazione introdotta dalla legge n. 54 del 2006 che, all'art. 4, 2° comma, ha sancito per la materia dell'affidamento della prole naturale nel caso di disgregazione del nucleo familiare la piena equiparazione tra figli legittimi e figli naturali.

L'art. 37 della legge n. 149 prevede che *«all'art. 336 del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente comma: “Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore”»*, mentre l'art. 10 della medesima legge n. 149/2001 (sostituendo l'art. 10 della legge n. 184 del 1983) ha previsto, al secondo comma, che, fin dall'atto dell'apertura della procedura per la dichiarazione di adottabilità, i genitori ed i parenti del minore, che abbiano mantenuto rapporti significativi con quest'ultimo, siano invitati dal Presidente del Tribunale per i minorenni *«a nominare un difensore»*, e, al contempo, siano informati *«della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano»*, con la successiva precisazione che: *«Tali soggetti assistiti da un difensore possono partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale, possono presentare istanze anche istruttorie e prendere visione ed estrarre copia degli atti contenuti nel fascicolo previa autorizzazione del giudice»*, e, all'art. 8, 4° comma, stessa legge, viene ribadito e precisato che: *«il procedimento per l'adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti di cui al 2° comma dell'art. 10»*.

Prima di addentrarci nell'analisi delle procedure appena indicate e di quella dell'art. 317 bis c.c. credo che, comunque, non possa tralasciarsi di considerare che il principio della difesa tecnica nelle procedure minorili debba essere interpretato avuto riguardo alla funzione della giustizia minorile e all'individuazione del rito processuale applicabile

Riguardo al primo aspetto non può non rilevarsi, infatti, che nell'evoluzione della giustizia minorile le istanze di cura del minore sono transitate da un'esigenza di tutela della collettività ad una progressiva attenzione e salvaguardia del bene minore età, quale momento di formazione della personalità dell'individuo in crescita .

Dalla giurisprudenza di merito ed in particolare di quella relativa alla materia della dichiarazione giudiziale di paternità e quella di adottabilità dei minori sono state elaborate categorie di diritti soggettivi riferibili alla persona minore di età che hanno ulteriormente modificato la prospettiva della funzione o della risposta giudiziaria con conseguente necessità di individuare un iter entro il quale conoscere le posizioni soggettive e risolvere il conflitto pur nella finalistica attenzione all'interesse superiore del minore del minore da salvaguardare .

A questo proposito un orientamento interpretativo ineliminabile è quello introdotto con la Convenzione dell' ONU fatta a New York il 20-11-1989 ove all'art. 3 è stato sancito oltre che il principio che in tutte le decisioni relative a fanciulli l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente e da ciò il riconoscimento di un'autonoma capacità del minorenne a stare in giudizio, di esprimere un'opinione personalmente o a mezzo di idonei rappresentanti e a far valere i propri diritti .

Nella ricostruzione e contrapposizione di tali posizioni di diritto dei soggetti coinvolti nelle procedure minorili assume, altresì, importanza il “ principio della responsabilità genitoriale “ previsto dall'art. 30 della Cost. , richiamato in diverse sentenze della Suprema Corte e a livello internazionale contenuto nella raccomandazione del Consiglio d'Europa del 28 febbraio del 1984 (*l'insieme dei poteri –doveri destinati ad assicurare il benessere morale e materiale del bambino, segnatamente prendendosi cura della persona del bambino, mantenendo le relazioni personali con lui, assicurando la sua educazione, il suo mantenimento, la sua rappresentanza legale e l'amministrazione dei suoi beni* “ .

Di recente il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale ..ha definito la locuzione “ responsabilità genitoriale “ come *quell'insieme di diritti e doveri di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, dalla legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di un minore .*

Nel rapporto tra la funzione e la elaborazione di categorie giuridiche soggettive riferibili al minore occorre rilevare, da un lato, che pur ricercandosi nel giudice un organo di garanzia, la materia minorile, comprendendo aspetti prevalentemente pratici e richieste fondate sulla conoscenza dei fatti, delle persone, delle relazioni tra le persone, dei comportamenti e l'individuazione dei bisogni, non può tralasciare il dovuto pragmatismo ed il compito di risoluzione delle questioni, anche, in base a scelte dettate dalla mera opportunità e convenienza, attuate mediante strumenti che favoriscano l'immediatezza e la celerità delle decisioni .

Ma dall'altro lato, poiché l'intervento in favore dei minori incide su posizioni soggettive a cui spetta riconoscimento e salvaguardia, il ricorso ad un organo neutrale ed a regole preventivamente individuate assume una rilevanza di tutela complessiva e costituzionalmente prevista delle persone e dei diritti della personalità considerati in ogni singola fattispecie .

L'iter processuale di riferimento appare peculiare in quanto dovrebbe consentire, in sostanza, sia “ di amministrare “ i poteri-doveri genitoriali e nello stesso tempo di applicare i diritti in contrasto e riconoscere l'interesse superiore del minore in contrasto con altre pretese soggettive , per cui il giudice dovrà decidere sempre in vista della realizzazione dell'interesse generale.

Al fine di individuare il rito applicabile l'art. 38 , 3° comma, delle disposizioni di attuazione al codice civile prevede che il tribunale per i minorenni provvede in camera di consiglio sentito il pubblico ministero e l'art. 336 c.c. fa riferimento al procedimento , indica i soggetti legittimati a proporre l'azione e ribadisce che il tribunale provvede in camera di consiglio, assunte sommarie informazioni e sentito il Pubblico Ministero. Nei casi in cui il provvedimento è richiesto contro il genitore questo deve essere sentito . Anche nella legge n. 184 del 1983 vi è il medesimo richiamo al rito camerale .

Tale richiamo è stato ribadito nella recentissima pronuncia della Corte di cassazione, prima sezione civile, del 3 aprile 2007 n. 8362 ove è stato affermato che “ la legge n. 54 del 2006 è priva di una valenza unificante sulla scansione dei procedimenti relativi alla coppia in crisi e nel richiamare – all'art. 4 comma 2° - i procedimenti relativi ai figli di genitori non

coniugati, ha inteso far salve anche le regole processuali che li governano e i diversi presupposti applicativi dell'intervento del giudice, senza creare un modello unico per i giudizi relativi all'affidamento “ .

Per le materie attribuite alla competenza funzionale del T.M. la disciplina, quindi, a cui si fa riferimento è quella prevista dagli artt. 737 ss. c.p.c.

Il rito camerale – d'altra parte- come affermato dalla Corte Costituzionale (v. tra le altre sent. n. 202 del 1975) non è contrastante con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Cost. e ciò che è essenziale è che “ vengano assicurati lo scopo e la funzione, cioè la garanzia del contraddittorio in modo che sia escluso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti “ .

Ma soprattutto la Corte di Cass. con la sent. delle sez. unite n. 5629 del 1996 rel Carbone ha prospettato un superamento della distinzione che classificava, da un lato volontaria giurisdizione e rito camerale e dall'altro contenzioso e rito di cognizione ordinaria, nella tendenza a ricercare un *contenitore neutro* prevedendosi che il procedimento in camera di consiglio sia integrato con opportuni adattamenti dei diritti delle parti con riferimento alle regole proprie del procedimento contenzioso nelle ipotesi in cui fossero controversi diritti soggettivi e status.

Per la funzione imprescindibile di tutela della persona minore di età che da un iter farraginoso riceverebbe ulteriore pregiudizio con la medesima sentenza è stato affermato che *ufficiosità, immediatezza, snellezza* in ordine alle modalità di acquisizione delle circostanze di fatto e *celerità* della decisione sono regole irrinunciabili nello svolgimento di tale procedimento

L'introduzione del principio della difesa tecnica nel rito minorile implica scelte applicative peculiari in ragione della natura della procedura in cui opera ritenuto che in generale l'obbligatorietà dell'assistenza non comporta che il provvedimento sia emesso per regolare un conflitto d'interessi.

In altri termini fermo restando che il principio della difesa tecnica è ormai entrato nella disciplina dei procedimenti dinanzi ai t.m. occorre valutare secondo quali regole processuali dovrà essere interpretato a seconda della natura contenziosa o non contenziosa, e cioè delle regole sostanziali che costituiscono l'oggetto della procedura camerale a cui si riferisce.

In sostanza, **nelle procedure per la declaratoria di adottabilità**, ove la difesa è oramai obbligatoria (anche mediante la nomina di un difensore d'ufficio), la legge ha previsto che i genitori ed i parenti del minore siano assistiti nel compimento degli atti processuali.

Unico soggetto legittimato a proporla è la parte pubblica e a questa **forte legittimazione** la legge ha voluto dare **una risposta processuale altrettanto forte** prevedendo la difesa obbligatoria e d'ufficio allo scopo di non lasciare privati i soggetti interessati del diritto di difendersi .

Tale procedura con riferimento all'oggetto trattato riguardante sostanzialmente decisioni inerenti lo status del figlio che a seguito della declaratoria di adottabilità potrebbe essere avviato all'adozione legittimante con conseguente perdita in capo ai genitori della titolarità dei rapporti giuridici con il figlio e da parte di questo il rapporto di filiazione con i genitori d'origine concerne evidentemente posizioni giuridiche in conflitto qualificandosi come procedura di natura contenziosa.

Cosicché lo schema processuale, pur mantenendo i caratteri del rito camerale, necessita che fin dal primo momento il minore sia opportunamente rappresentato in giudizio. A questo scopo, chiarito che la legge non prevede espressamente la nomina di un difensore d'ufficio per il minore, possono prospettarsi due soluzioni : la nomina di un curatore speciale ovvero di un

tutore (a seconda che si voglia conservare in capo al genitore una parte della potestà genitoriale) che, integrando la capacità di agire del minore, potranno compiere le scelte opportune per la sua difesa. Alcuni ritengono che si tratti però di due figure distinte e che la funzione di rappresentanza processuale possa essere assegnata soltanto al curatore speciale.

In ottemperanza ad un principio di economia processuale appare conveniente fare ricadere la nomina su un avvocato che avendo la qualifica professionale potrà anche esperire la difesa personalmente ai sensi dell'art. 86 c.p.c.

Tale possibilità è, peraltro, esplicitamente prevista nell'art. 9 della Conv. di Strasburgo sopra citata.

La concentrazione nella stessa persona fisica del curatore speciale/tutore –avvocato del minore consente l'eventuale ammissione al patrocinio a spese dello Stato con conseguente liquidazione di un compenso per l'attività professionale non previsto invece per il curatore speciale o il tutore.

Alcuni ritengono, tuttavia, che tale concentrazione sia inopportuna e il mandato conferito al curatore o tutore sia in un certo senso conflittuale con quello del difensore . Necessario appare comunque un invito al curatore speciale o tutore di nominare un difensore .

La nomina di un tutore o curatore speciale determina l'ingresso del minore quale parte processuale fermo restando la valutazione super partes della sua posizione soggettiva sostanziale.

Si ritiene che l'introduzione del principio della difesa tecnica obbligatoria in tali procedure comporti la necessità di una rappresentanza processuale così superandosi l'incertezza del termine “ assistenza” usato dalla legge.

E' necessario che anche i genitori fin dall' inizio siano muniti di difensore di fiducia ed in mancanza d'ufficio . Alcuni T.M. invitano i genitori ed in mancanza i parenti che abbiano avuto rapporti significativi a nominare il difensore di fiducia entro un termine breve e con il medesimo decreto di apertura nominano anche un difensore d'ufficio che verrà avvisato nel caso in cui i genitori non provvedano alla nomina di quello di fiducia .

Da ciò la necessità che vengano predisposti elenchi di

avvocati disponibili alla funzione di tutore e di curatore speciale da predisporre anche presso gli stessi T.M. che già nella precedente formulazione della legge provvedevano alla nomina nel corso della procedura per adottabilità ,

avvocati disponibili alla nomina di difensori d'ufficio in base ad elenchi questi esclusivamente presso i Consigli dell'ordine .

In entrambi i casi tuttavia è necessario che i Consigli ed i T.M. valutino l'esperienza e la formazione in materia di famiglia e minorile e gli avvocati dovranno dare la loro disponibilità al patrocinio a spese dello Stato .

Sul punto è molto interessante il contenuto del provvedimento di apertura della procedura come prospettato dall'AIMMF nel documento sopra richiamato reperibile nel sito www.minoriefamiglia.it

I difensori di tutte le parti sono destinatari della notificazione per esteso dei provvedimenti sia presidenziali che collegiali assunti d'urgenza al fine anche di conoscere il materiale di indagine che è stato posto a sostegno dei provvedimenti .

I medesimi provvedimenti dovranno essere comunicati al P.M.

La nomina del relatore comporta l'assunzione di atti istruttori ma sulle istanze istruttorie delle parti il collegio dovrà pronunciarsi con ordinanza motivata (come già previsto per la materia della dichiarazione giudiziale di paternità)_.

Si pone il problema della partecipazione di tutte le parti agli accertamenti disposti dal Tribunale (visto che la legge dice possono partecipare a tutti) . A proposito occorre chiedersi se tale dizione sta a significare che le parti debbono effettivamente essere presenti ovvero devono essere soltanto avvisati potendo tuttavia il giudice, nel superiore interesse del minore, stabilire modalità di compimento degli accertamenti che salvaguardino la sua serenità e tutela_.

(v. ad esempio audizione degli affidatari , o audizione del minore)

Per quanto riguarda la copia degli atti testualmente la legge prevede una autorizzazione del giudice .(v. fatti di rilevanza penale ..).

In quest'ambito, resta da chiedersi se anche per gli accertamenti predisposti in sede extragiudiziaria (quali, ad es., le indagini dei servizi sociali ovvero socio-sanitarie, a cui frequentemente il giudice minorile fa ricorso per introdurre informazioni sulla situazione del nucleo familiare e sulla condizione dei minori), le parti debbano essere assistite da un difensore, ovvero se il diritto alla difesa venga efficacemente garantito attraverso la controdeduzione mediante produzione di note o memorie alla relazione socio-ambientale o psicologica acquisita agli atti . Propenderei per questa seconda soluzione anche perché l'attività a cui si riferisce il principio della difesa tecnica è quella processuale in senso proprio.

D'altra parte al fine di non precludere il diritto alla difesa di tutte le parti processuali alcuni T.M. ed anche l'AIMMF ritengono che a conclusione delle indagini il giudice delegato depositi gli atti, conceda alle parti termine per il deposito di eventuali memorie e fissi udienza dinanzi al Collegio in camera di consiglio disponendo la convocazione delle persone di cui all'art. 15 comma 2 nonché dei genitori e del curatore speciale .

Tale prassi consentirebbe al collegio di vedere ed ascoltare direttamente le parti (v. art. 15 a),b) e c)) per le valutazioni dello stato di abbandono.

La sentenza sarà notificata integralmente ai difensori costituiti e non alle parti personalmente .

Per le procedure *de potestate*, e, segnatamente, per quelle relative ai provvedimenti «convenienti» di cui all'art. 333 c.c., la qualificazione della natura contenziosa appare più difficoltosa, visto che anche la Suprema Corte ha affermato l'appartenenza di tali provvedimenti alla categoria delle procedure camerali «non contenziose» ed , anche nella più recente giurisprudenza, continua ad escludere la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti adottati ai sensi degli artt. 330, 332, 333 e 317 *bis* c.c. in quanto tali procedure non risolverebbero “ una controversia su diritti o status “ ed il provvedimento conclusivo non avrebbe il carattere della definitività “ intesa come mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare con l'efficacia propria del giudicato quei diritti o questi status “(così Cass. 1 agosto 2007, n. 16989) Si tratterebbe infatti di provvedimenti sempre revocabili che hanno fondamento nella struttura non contenziosa del procedimento “ il quale non assicura completamente il contraddittorio e confacente agli interessi tutelati che , pur facendo capo in modo esclusivo al minore, non tanto devono essere accertati e modificati con efficacia di giudicato, quanto controllati e governati di fronte all'incessante mutamento delle condizioni di fatto e dei problemi esistenziali che esigono una pronta e duttile risposta “ (v. da ultimo Cass. 3357/2007 e n. 6220/2007) .

Tuttavia riguardo alla materia di cui all'art. 317 bis c.c., a mio modo di vedere, non sembra univoca l'assimilazione a quelle riguardanti i provvedimenti *de potestate*.

Sul punto, occorre rilevare che una interpretazione sistematica non consentirebbe di includerla in tali provvedimenti, atteso che l'art. 336, ultimo comma, c.c., per un verso, fa riferimento «*ai precedenti provvedimenti*», e, per altro verso, delinea un *iter* processuale comune ai detti procedimenti che attiene non soltanto alla legittimazione ad agire in capo ai genitori, ai parenti ed al Pubblico Ministero (mentre una possibilità analoga non è prevista per l'art. 317 bis c.c.), ma riguarda, anche, una diversa *causa petendi* fondata sul pregiudizio (non indicato nella procedura *ex art. 317 bis c.c.*), ed un *petitum* volto ad una ablazione, limitazione o rimozione della potestà genitoriale e non ad una mera modulazione del potere-dovere genitoriale prevista, invece, dal citato art. 317 bis c.c. (in base al quale il giudice dispone «diversamente» circa l'esercizio della potestà in capo ai genitori), e, infine, dà puntuali indicazioni circa il «procedimento» da seguire, lasciato, viceversa, più deformatizzato nella procedura *ex art. 317 bis c.c.*

Al riguardo peraltro all'atto di deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Strasburgo il governo italiano ha previsto che la Convenzione si applica ai procedimenti previsti dagli art. 322 e segg. c.c. non includendovi neppure l'art. 320 c.c.

Da ciò la questione interpretativa se, nella materia disciplinata dalla disposizione normativa di cui all'art. 317 bis c.c., la difesa tecnica sia necessaria ovvero facoltativa (e se possa mantenersi la difesa personale).

Non tanto per l'innovazione della legge n. 149 quanto, a mio modo di vedere, per l'introduzione del principio di uguaglianza tra figli legittimi e figli naturali e l'assegnazione al t.m. non soltanto della materia dell'affidamento dei figli naturali e conseguentemente quella del loro mantenimento che potrà essere decisa anche d'ufficio con disposizioni in ordine al patrimonio dei genitori propenderei per la natura contenziosa della procedura *ex art. 317 bis c.c.* e quindi per la necessità della difesa tecnica con le conseguenze del caso che cercherò di notare successivamente.

Le procedure *de potestate* strettamente intese hanno connotati più pubblicistici ove la posizione soggettiva assorbente pare sia rappresentata dall'interesse o diritto del minore ad un adeguato esercizio della responsabilità genitoriale e l'effetto del provvedimento tende ad affermare esclusivamente tale diritto al punto che la legittimazione è attribuita a coloro (p.m. e parenti entro il sesto grado) che non sono portatori di una posizione soggettiva corrispondente a quella che si intende limitare o far decadere rilevandosi, in sostanza, che la vera contrapposizione non è tra le due posizioni dei genitori ma tra il genitore ed il minore che dal comportamento di questo trae pregiudizio anche gravissimo.

Tuttavia nell'ipotesi di ricorso presentato ai sensi dell'art. 330 c.c. da un genitore contro l'altro potendosi prospettare effetti determinanti sulla titolarità ed esercizio della potestà spettante ad entrambi lo schema del procedimento assume il carattere della controversia con conseguente possibile qualificazione della relativa procedura come contenziosa.

Cosicché nelle procedure *de potestate* la domanda se proposta personalmente da un genitore contro l'altro dovrebbe ritenersi inammissibile mentre se proposta dai parenti potrebbe ritenersi ammissibile anche se presentata personalmente in quanto potrebbe essere considerata una richiesta di tutela al pari di quella del p.m.

La domanda del genitore contro l'altro dovrebbe dunque essere presentata con ricorso nelle forme dell'art. 125 c.p.c. da un difensore munito di procura alle liti *ex art. 82 c.p.c.*

Dovrà comunque munirsi di difensore tecnico il genitore contro il quale il provvedimento è domandato .

Il problema si pone nel caso in cui il genitore contro il quale viene proposta la domanda decida di non nominare un difensore ovvero compaia personalmente per essere sentito .

In questo caso dovrebbe operare il principio *della disponibilità della parte della tutela giurisdizionale* (v.Mandrioli) a stare in giudizio ovvero della disponibilità di far ricorso alle regole del processo e non essendo in queste materie stata prevista la difesa obbligatoria non potrebbe procedersi alla nomina di un difensore d'ufficio .

Per la verità alcuni interpreti ritengono che la disciplina prevista dalla legge n. 149 in materia di adottabilità sia estensibile anche alla materia delle procedure de potestate ma tale impostazione lascia perplessi atteso che la difesa d'ufficio in materia civile deve ritenersi una regola eccezionale che potrà essere applicata soltanto nei casi previsti dalla legge con conseguente impossibilità di una interpretazione analogica tenuto conto anche della diversa ratio e finalità che caratterizza la procedura per adottabilità rispetto a quelle de potestate.

Il ricorso dovrà essere notificato all'altra parte dal ricorrente anche se p.m. ed il relatore nominato dal Presidente procederà alla fissazione dell'udienza entro un congruo termine e provvederà alla assunzione delle prove richieste dalla parte ovvero disposte d'ufficio e alle audizioni necessarie (v. anche quella del minore con modalità protette).

Al termine dell'istruttoria secondo una prassi già in atto presso il t.m. di Catania il giudice relatore avvisa le parti del deposito degli atti ovvero convoca le parti per un'udienza di precisazione delle conclusioni e, se richiesto, li invita a depositare memorie difensive entro un breve termine prima di ritrasmettere gli atti al p.m. per il parere conclusivo .

L' AIMMF nel documento citato ha lasciato alle parti la facoltà di chiedere la discussione dinanzi al Collegio entro 5 giorni prima della data della camera di consiglio .

Nelle procedure ex art. 317 bis c.c. in ragione della natura contenziosa della procedura – come sopra prospettato- il ricorso (con le forme dell'art. 125 c.p.c.) dovrà essere presentato dalla parte munito di difensore e l'altra parte dovrà resistere con l'assistenza di un difensore secondo la disciplina dell'art. 82 e ss. c.p.c. altrimenti non potrà rendere attuale il dovere del giudice di provvedere.

Sono escluse altre parti private e non ha legittimazione il p.m. (a meno che nel corso della procedura intenda richiedere provvedimenti ex art. 333 o 330 c.c.) .

Il procedimento si configura pertanto tra parti contrapposte anche se finalisticamente rivolto all'adozione di provvedimenti nell'interesse del minore .

Il ricorso presentato dalla parte personalmente dovrà essere dichiarato inammissibile .

Nel caso in cui il resistente non si costituisce a mezzo di difensore ovvero non compaia non potrà essere dichiarata la contumacia incompatibile con le norme del rito camerale ed il processo continuerà il suo corso .

Anche in questo caso, d'altra parte, opererà il principio della disponibilità della tutela giurisdizionale che attribuisce soltanto al titolare della facoltà processuale la decisione di volerne fare uso ed in sostanza della disponibilità del processo così come peraltro avviene nel caso di rinuncia agli atti .

Con il decreto che fissa l'udienza di comparizione personale delle parti il giudice potrà richiedere ai servizi del territorio e socio-sanitari le informazioni che riterrà utili per

l'affidamento dei minori e potrà invitare le parti a produrre documenti da cui evincere la capacità di contribuire al mantenimento dei figli (v. dichiarazioni dei redditi)

Le parti dovranno essere messe nella condizione di controdedurre riguardo agli accertamenti compiuti e nel caso di c.t.u. di nominare consulenti di parte e presentare memorie difensive .

Anche in questa procedura una udienza conclusiva ovvero l'avviso del deposito degli atti prima della trasmissione del fascicolo al p.m. per il parere potrebbe garantire alle parti non soltanto di conoscere tutti gli atti sui quali sarà fondata la decisione ma di apprestare un puntuale e motivata difesa tecnica.

D'altra parte nelle procedure in questione la possibile applicazione dell'art. 155 sexies c.c. con conseguente rinvio dei provvedimenti all'attività di mediazione consentita dalle parti stesse comporta un necessario momento ricognitivo e di verifica successiva.

Nelle procedure de potestate, stante la previsione dell'art. 336 c.c. sulla assistenza del minore, si pone la questione di quale sia la disciplina applicabile al fine di garantire tale assistenza .

Sul punto possono evidenziarsi tre posizioni :

- nominare sempre ed in ogni caso anche d'ufficio un curatore speciale
- ovvero nominarlo anche d'ufficio quando vi è conflitto d'interessi
- ovvero fare ricorso all'art. 78-79 c.p.c. e , dunque, nominare un curatore speciale nel caso di richiesta del p.m. ovvero dalla persona che deve essere rappresentata o assistita, dai suoi prossimi congiunti ed in caso di conflitto d'interessi dal rappresentante o da qualunque altra parte che vi abbia interesse

Tenuto conto della lettera dell'art. 9 Convenzione di Strasburgo (che testualmente recita “ *allorché secondo la legge interna i titolari delle responsabilità parentali siano privati della facoltà di rappresentare il fanciullo ...*) io propenderei per la terza soluzione considerato che è quella che meglio garantisce anche la funzione di terzietà del giudice .

D'altra parte secondo questa interpretazione la difesa del minore potrebbe riguardare anche le procedure per separazione e divorzio ove non è stata introdotta una corrispondente disciplina sulla assistenza legale del minore.

Peraltro, a mio modo di vedere, la possibilità di valutare caso per caso l'esistenza di un conflitto di interessi tra i genitori ed il minore anche nel corso dello svolgimento della procedura potrebbe consentire, in alcune ipotesi, il dovuto recupero della funzione genitoriale, della responsabilità e della funzione di rappresentanza dei figli .

Se pure sono già stati espressi orientamenti secondo i quali, ad esempio, nel caso di evasione scolastica la nomina di curatore speciale appaia sempre dovuta e necessaria così come, in sostanza, quando viene segnalata una situazione di pregiudizio per il minore il conflitto con i genitori sarebbe in re ipsa ritengo che il fondamentale “ *diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia* “ (v. art. 1 della legge n. 184 del 1983 come novellata dalla legge n. 149 del 2001) ed il diritto del figlio a “ *mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno* “ dei genitori (v. art. 155 , 1° comma c.c. come novellato dalla legge n. 54 del 2006) faccia propendere, escluse le ipotesi gravi di comportamenti fortemente lesivi dell'integrità psico fisica del minore, per una interpretazione di tale disciplina dell'assistenza legale del minore che tenga in considerazione la possibilità, in concreto, di un recupero e di un cambiamento del comportamento genitoriale.

In particolare nelle procedura ai sensi dell'art. 333 c.c. ed anche nei casi di evasione scolastica, a volte, puntuali prescrizioni ai genitori , l'audizione personale degli stessi e del minore ha condotto anche ad una quasi immediata presa di coscienza dei bisogni del figlio ed ha determinato modifiche apprezzabili dei comportamenti ritenuti pregiudizievoli .

Anche nelle procedure per decadenza della potestà genitoriale a volte al fine di evitare la frantumazione dell'identità del minore e nel suo esclusivo interesse, pur in presenza di fatti oggettivamente di grave pregiudizio per la prole (trascuratezza e disinteresse durato molti anni , azioni di allontanamento arbitrario dall'altro genitore ..) è stata mantenuta e non annullata "la responsabilità genitoriale " perchè il minore stesso temeva di veder irrimediabilmente "cadere " ai suoi occhi la figura genitoriale e tale eventualità è stata ritenuta per lui una perdita ancor più pregiudizievole.

Ciò perché le procedure minorili, intendendo tutte quelle in cui è coinvolto un minore, riguardando le relazioni di questo con il suo ambiente familiare e, dunque, con la formazione primaria in cui svolge la sua personalità, non possono tendere ad un istituzionalizzazione del conflitto bensì devono doverosamente orientarsi verso la composizione del conflitto medesimo, verso la mediazione o mediabilità delle relazioni familiari.

E' forse questa la materia in cui, nei casi possibili, l'applicazione di un diritto mite, quale individuazione di una regola preferibilmente condivisa dalle parti, è quella più corrispondente all'interesse del minore .

D'altra parte anche dopo le innovazioni processuali apportate dalla legge n. 149 del 2001 resta da chiedersi quale sia la qualificazione della partecipazione processuale del minore.

Nel caso di nomina di un curatore speciale e comunque di un suo rappresentante e di un suo difensore questo assumerà la veste di parte processuale ma da un punto di vista sostanziale rimane incerto se effettivamente il minore sia " parte " e cioè assuma una posizione paritetica con le altre parti del procedimento atteso che, secondo una interpretazione sistematica fondata sulle norme nazionali ed internazionali, la decisione nella materia minorile deve tenere conto, come detto, sempre del *preminente interesse del minore*, che ricopre, quindi, una posizione di «*super partes*» tale da affievolire i diritti contrapposti pretesi dagli adulti nei cui confronti viene adottato il provvedimento.

In conclusione pur nella tendenza a giurisdizionalizzare la materia minorile è fondamentale non perdere di vista le prerogative sostanziali, ma anche processuali, di una *giustizia che svolge essenzialmente una funzione di garanzia e di salvaguardia dei soggetti deboli* e non si basa su uno schema processuale impostato sulla dicotomia parte vittoriosa - parte soccombente, ma esclusivamente sul riconoscimento dei diritti del minore.

La tutela del soggetto sostanzialmente debole è resa ancora più forte e stabile dal rispetto e dalla compiuta attuazione del diritto di difesa e del contraddittorio dei soggetti interessati o obbligati a riconoscerne i diritti in quanto la possibilità di recepire e di discutere tutti i diversi punti di vista e di volta in volta osservare la situazione dalla finestra di fronte consente al giudice di assumere decisioni più consapevoli e certe perché spesso il silenzio, l'assenza o la trascuratezza anche delle relazioni processuali insinua insanabili dubbi ed incertezze che possono , nel tempo, anche raggiungere "emotivamente " lo stesso minore e farne vacillare il suo regolare percorso di crescita e rendere difficoltosa una risposta debitamente motivata e convincente che il minore ha invece il diritto di avere.