

II

**Osservazioni sul disegno di legge S/3048
concernente la difesa d'ufficio nei giudizi civili
minorili e la modifica degli art. 336 e 337 c.c.
in materia di procedimenti
davanti al tribunale per i minorenni**

1. - La necessità della difesa tecnica nei procedimenti civili davanti al tribunale per i minorenni. Il d.d.l. S/3048, il cui testo è stato già approvato dalla camera dei deputati, introduce per la prima volta nel rito civile minorile la necessità della difesa tecnica.

L'inviolabilità dei diritti della personalità, che la Costituzione riconosce tra i principi fondamentali, richiede infatti che sia assicurata la difesa anche d'ufficio delle parti private coinvolte nei procedimenti civili che si svolgono davanti al tribunale per i minorenni.

Perciò il testo, posto il principio che le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o l'assistenza di un avvocato, stabilisce (art. 1) che nell'avviso previsto nei procedimenti di dichiarazione di adottabilità (art. 10 l. 4 maggio 1983 n. 184 modificato dalla l. 28 marzo 2001 n. 149) e nel decreto di fissazione della comparizione delle parti davanti al giudice istruttore nei procedimenti de potestate contemplato dal novellando art. 336 c.c. il presidente del tribunale per i minorenni, qualora una parte privata non abbia nominato il difensore di fiducia debba nominargliene uno di ufficio scelto tra gli avvocati iscritti in uno specifico elenco predisposto dal consiglio dell'ordine degli avvocati.

Tale nomina, valida per ogni grado e fase del giudizio e per tutte le eventuali procedure comunque connesse, deve essere accompagnata da informazioni in ordine alle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, con l'avvertenza che ove esse non ricorrano le parti hanno l'obbligo di retribuire il difensore nominato d'ufficio.

Eguale comune ai due procedimenti — di adottabilità disciplinato dalla l. n. 184 del 1983 e de potestate disciplinato dagli art. 336 e 337 c.c. — è la nomina al minore interessato di un curatore speciale che lo rappresenta a titolo gratuito per ogni fase e grado del giudizio e per tutte le eventuali procedure connesse (art. 1 e 2).

Anche il fanciullo infatti, per quanto minorenni, è titolare dei diritti della personalità e dunque anche per lui vale il diritto inviolabile alla difesa riconosciuto dall'art. 24 Cost. che tuttavia nel 3° comma stabilisce pure che sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

Il fatto che il d.d.l. S/3048 allo stato non preveda per il minorenni garanzie equivalenti a quelle assicurate agli adulti denuncia incertezze e sfocature del progetto, che si evidenziano ancora di più se si confronta la scarna previsione della nomina a titolo gratuito del curatore speciale con i principi internazionali in tema di assistenza e rappresentanza del fanciullo nei procedimenti di diritto di famiglia che li riguardano.

La recente ratifica della convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 (l. 20 marzo 2003 n. 77) ha infatti introdotto nel nostro ordinamento importanti novità (1).

Nei procedimenti giudiziari che riguardano i suoi rapporti familiari, «in particolare quelle relative all'esercizio della responsabilità parentale» (art. 1, 3° comma, della convenzione di Strasburgo), è attribuito al fanciullo capace di discernimento il diritto processuale — di cui egli stesso direttamente può chiedere di beneficiare — di ricevere ogni informazione pertinente, di essere consultato ed esprimere la propria opinione, di

essere informato delle eventuali conseguenze pratiche dell'accoglimento della sua opinione, come di ogni altra decisione (art. 3).

L'art. 4, poi, stabilisce il diritto del fanciullo di richiedere al giudice, direttamente o attraverso altre persone o istituzioni, la nomina di un rappresentante speciale quando il diritto interno privi i titolari delle responsabilità parentali della facoltà di rappresentarlo a causa di un conflitto d'interessi. Tale diritto potrà essere riconosciuto anche ai soli fanciulli capaci di discernimento.

La corrispondente disposizione prevista dall'art. 9 contempla il potere del giudice di nominare il rappresentante (eventualmente un avvocato) in caso di conflitto d'interessi. La nomina potrà essere prevista dagli Stati anche per realizzare, comunque, una rappresentanza distinta del bambino nei procedimenti che lo riguardano (2° comma). Si tratta di un'opzione che attribuisce al minore, in ogni caso, la possibilità di avere accanto nei procedimenti che lo riguardano, un soggetto («se del caso un avvocato») con funzioni di rappresentanza o di mera assistenza se egli è dotato di capacità di discernimento. In tal modo la posizione del minore nel processo resterà comunque distinta da quella dei genitori anche in mancanza di un conflitto d'interesse (cfr. punto 53 della relazione esplicativa). Secondo l'art. 13 quando il diritto interno prevede l'assistenza giudiziaria o la consulenza giuridica tali disposizioni vengono applicate ai casi di cui agli art. 4 e 9.

L'art. 5 prevede la possibilità per gli Stati di riconoscere al bambino «altri eventuali diritti processuali». E cioè il diritto: di chiedere di essere assistito da una persona di sua scelta che l'aiuti a esprimere un'opinione; di chiedere, lui stesso o tramite altre persone o istituzioni, la nomina di un rappresentante distinto, se del caso un avvocato; di nominare il proprio rappresentante; di esercitare in tutto o parzialmente le prerogative proprie della parte.

In definitiva la convenzione tende ad assicurare al minore coinvolto nei procedimenti di diritto di famiglia una posizione distinta rispetto a quella dei genitori (cioè assolutamente quando si determina un conflitto d'interesse), a privilegiare l'esercizio diretto dei diritti da parte del bambino e dunque a ridurre, se possibile, la funzione del rappresentante a quella di un'assistenza finalizzata ad aiutare il fanciullo a farsi un'opinione informata da portare a conoscenza dell'autorità giudiziaria.

I rilievi che precedono evidenziano dunque un'importante lacuna del d.d.I. S/3048. L'art. 3 precisa che al minore spetta la legittimazione passiva insieme ai genitori, ai parenti entro il quarto grado, alle persone che hanno rapporti significativi con i minori ed al pubblico ministero. Se dunque il riformatore intende attribuire al minore il diritto di esercitare parzialmente (legittimazione passiva) le prerogative delle parti (2) nei procedimenti di famiglia relativi all'esercizio delle responsabilità parentali — si tratta di diritti processuali eventuali secondo la previsione del ricordato art. 5 della convenzione di Strasburgo — non si comprende perché il curatore speciale non debba essere scelto tra i legali iscritti nello specifico elenco predisposto dal consiglio dell'ordine degli avvocati e perché non debba ricevere una retribuzione. Non si comprendono neppure le ragioni per le quali non debbono essere precisati tra i compiti del curatore speciale quelli specifici di assistenza stabiliti dall'art. 10 della convenzione che qui si ricordano per sottolinearne la novità e l'importanza.

Recita la suddetta disposizione: «... il rappresentante deve, a meno che ciò non sia contrario agli interessi preminenti del minore: a) fornire ogni informazione pertinente al minore se quest'ultimo è ritenuto dal diritto interno possedere una capacità di giudizio sufficiente; b) fornire spiegazioni al minore, se quest'ultimo è ritenuto dal diritto interno possedere una capacità di giudizio sufficiente, relative alle eventuali conseguenze dell'accoglimento della sua opinione e alle eventuali conseguenze di ogni atto del

rappresentante; c) precisare l'opinione del minore e portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria ...».

2. - Rapporti del giudice con i servizi socio-sanitari. Profili di incostituzionalità. La funzione tutelare dell'autorità giudiziaria minorile nel sistema originario del codice civile comprendeva in modo indistinto profili amministrativi e giurisdizionali che l'evoluzione dell'ordinamento ha poi separato.

Oggi dopo la modifica del titolo V della Costituzione (l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3) la competenza esclusiva dello Stato in materia di giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale, giustizia amministrativa è distinta da quella altrettanto esclusiva delle regioni in tema d'interventi e servizi sociali (art. 117, 2° comma, lett. l, e 4° comma, Cost.).

Del resto l'art. 1 l. 8 novembre 2000 n. 328 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) aveva già stabilito che per «interventi e servizi sociali» si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e dal sistema sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia.

Questa la distinzione di piani che in armonia con il modello processuale previsto dal testo novellato dell'art. 111 Cost. sembra caratterizzare il nuovo sistema di protezione dei soggetti deboli o incapaci e di tutela giurisdizionale dei loro diritti.

Tale evoluzione ha trovato conferma nella l. 9 gennaio 2004 n. 6 che ha innovato profondamente il titolo XII del libro I del codice civile, istituendo una nuova figura, «l'amministratore di sostegno» (capo I) e modificando significato e funzione dell'interdizione e dell'inabilitazione (capo II). La nomina dell'amministratore di sostegno avviene oltre che su ricorso dello stesso eventuale beneficiario e degli altri soggetti indicati dall'art. 406 c.c., anche su ricorso del pubblico ministero e dei responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura ed assistenza della persona. Questi ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso ... o a fornirne notizia al pubblico ministero.

Dunque i servizi oggi per la prima volta sono legittimati dalla legge a rivolgersi al giudice quali interlocutori nell'ambito di un rapporto processuale, e non nella posizione di ausiliari di cui l'autorità giudiziaria si avvale anche al di fuori del processo per svolgere funzioni tutelari.

Muta perciò il ruolo del giudice tutelare che da protagonista attivo della tutela si converte in garante dei diritti della personalità del soggetto debole maggiorenne (3), a ciò sollecitato da vari privati, primo dei quali lo stesso interessato, e sul versante pubblico dai responsabili dei servizi pubblici direttamente impegnati nella cura e nella protezione di quest'ultimo e dal pubblico ministero (4).

Il progetto di riforma del processo civile minorile in esame pare invece avviato su binari diversi che, nonostante le novità introdotte in tema di difesa tecnica, sembrano confermare i caratteri essenziali della volontaria giurisdizione, di per sé incompatibili con il giusto processo.

Ci si riferisce al rapporto del tribunale per i minorenni con i servizi socio-sanitari che il disegno di legge — in dissonanza dalle scelte adottate dalla ricordata l. n. 6 del 2004 in tema di protezione giuridica dei soggetti deboli maggiorenni — ripropone nei termini tradizionali della volontaria giurisdizione. Perciò il tribunale autoattivandosi quale

autorità tutelare su sollecitazione dei servizi sociali (ed avvalendosi degli stessi) adotta misure discrezionali di protezione nell'interesse del minore in quanto incapace.

Nell'art. 2, 6° comma, infatti si legge: «In caso di urgenza, anche anteriormente alla proposizione del ricorso, il presidente può adottare provvedimenti temporanei, immediatamente esecutivi tenuto conto dell'interesse del minore». La disposizione si riferisce, pur senza nominarli, ai servizi socio-sanitari, cui peraltro compete la presa in carico dei soggetti in situazione di pericolo per la loro integrità psico fisica, posto che il pubblico ministero, o i privati non possono rivolgersi al giudice se non proponendo un ricorso.

La norma a) vulnera i principî del giusto processo coinvolgendo il giudice, che dovrebbe essere terzo e imparziale, nelle scelte protettive individuate dai servizi socio-sanitari prima dell'eventuale instaurazione del processo; b) vulnera le attribuzioni generali del pubblico ministero stabilite dall'art. 73 ord. giud. secondo cui egli veglia alla tutela dei diritti degli incapaci, ed interferisce con la legittimazione processuale conferita alla parte pubblica sia dall'art. 9 ricordata l. n. 149 del 2001 che stabilisce che «i pubblici ufficiali, gli incaricati di un pubblico servizio, gli esercenti un servizio di pubblica necessità devono riferire al più presto al procuratore della repubblica presso il tribunale per i minorenni del luogo in cui il minorenne si trova, sulle condizioni di ogni minore in situazione di abbandono di cui vengano a conoscenza per ragioni del proprio ufficio», sia dal nuovo testo dell'art. 337 c.c. per i procedimenti de potestate (5); c) lede l'autonoma responsabilità dei servizi, cui corrisponde il dovere, già previsto dall'art. 403 c.c., di intervento a favore dei minori, — sanzionato anche penalmente dagli art. 591 e 593 c.p. — di collocare, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione, in luogo sicuro il bambino «moralmente o materialmente abbandonato o allevato in locali insalubri oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere all'educazione di lui».

La disposizione suddetta è comunque anche inutile dal punto di vista pratico. Da tempo la dottrina ha distinto gli interventi di emergenza che riguardano il soccorso e la protezione che deve essere assicurata ai minori soprattutto infraquattordicenni e/o a chiunque è incapace per malattia di mente o di corpo o per altra causa di provvedere a sé stesso (art. 591 c.p.) dai provvedimenti giudiziari urgenti.

Per i primi, i tempi dell'intervento sono strettamente funzionali all'efficacia del soccorso, per i secondi — che incidono sul regime giuridico e sui diritti anche processuali delle persone interessate — i tempi, per quanto accelerati rispetto a quelli ordinari, devono rispettare i principî processuali, in primo luogo quello del contraddittorio (art. 669 sexies c.p.c.).

La prassi minorile conforme a tale assunto teorico è descritta nella circolare del 21 giugno 2000 che il Tribunale e la procura per i minorenni di Venezia hanno inviato ai servizi socio-sanitari della regione Veneto, ed è praticata da più di quattro anni.

Nei casi in cui l'intervento di emergenza previsto dall'art. 403 c.c. incide sulle responsabilità giuridiche degli adulti nei confronti del bambino soccorso — e ciò avviene quando per soccorrere il bambino (per esempio, maltrattato o abusato) è necessario allontanarlo da familiari che ne hanno la responsabilità educativa — l'intervento del servizio deve essere convalidato da un provvedimento urgente di allontanamento disposto dal tribunale per i minorenni.

Il magistrato di turno della procura per i minorenni tramite il 112 o il 113 è a disposizione per consultazioni telefoniche ventiquattro ore su ventiquattro e sette giorni su sette. Ciò gli consentirà, se del caso, di formulare tempestive richieste al tribunale per i minorenni per la pronuncia del provvedimento urgente di allontanamento del bambino in questione.

La consultazione degli operatori dei servizi con il pubblico ministero di turno assicura non solo la correttezza dell'intervento di soccorso nel rispetto della competenza giurisdizionale del tribunale e dell'imparzialità del giudice, ma anche la possibilità di un effettivo coordinamento tra la tutela civile del minore e la repressione dei reati eventualmente emergenti di competenza della procura presso il tribunale ordinario (per esempio, maltrattamenti, abusi sessuali, lesioni) secondo le previsioni del protocollo del 22 aprile 2002 patrocinato dalla procura generale di Venezia e sottoscritto da tutte le procure del distretto veneto.

I rilievi che precedono confermano che solo il rafforzamento del ruolo del pubblico ministero minorile — in condizione di parità con le parti private secondo quanto già stabilito dall'art. 72 c.p.c. — consentirà di coniugare l'efficienza delle iniziative pubblicistiche dirette a realizzare la protezione giuridica dei soggetti deboli e l'accertamento dei reati con i principî del giusto processo.

3. - L'acquisizione della prova. Non è possibile approfondire in questa sede le numerose questioni che il d.d.l. S/3048 pone in relazione al tema della prova. Ci si limita pertanto a segnalare le disposizioni che appaiono maggiormente dissonanti dai principî del giusto processo.

Secondo l'art. 4 che detta le disposizioni sul procedimento da inserire in un nuovo articolo del codice civile (l'art. 337 ter) il giudice procede di ufficio nella ricerca delle prove e decide di ufficio anche indipendentemente e in difformità rispetto alle richieste formulate dalle parti. Se ammette delle prove di ufficio, avverte sotto pena di nullità le parti della loro assunzione, salvo che in relazione all'oggetto della prova o alla personalità del soggetto da escutere il giudice ritenga che la presenza delle parti possa influire sulla genuinità della prova. Per gli stessi motivi il giudice può disporre l'allontanamento delle parti precedentemente ammesse (2° comma).

Le disposizioni in questione oltre a denunciare una chiara concezione inquisitoria differiscono significativamente dalle audizioni protette già sperimentate nel processo penale. Queste ultime sono dirette a proteggere il testimone infrasedicenne (in genere presunta vittima di violenze sessuali ed altri gravissimi reati), dall'invasività della prova, dalle inevitabili tensioni che si sviluppano nel processo penale. Tali modalità protettive tuttavia non incidono sul principio del contraddittorio che è rispettato nell'ambito dell'azione pubblicistica per eccellenza, l'azione penale, nonostante la drammaticità delle decisioni in gioco. Nel nostro caso invece — in sede civile — pare che la funzionalità della disposizione sia quella della difesa della discrezionalità del giudice dal contraddittorio delle parti (6). Del resto se al giudice è riservata in ogni momento — persino prima dell'instaurazione del rapporto processuale — ogni iniziativa e decisione, comprese quelle sulla ricerca della prova, è fatale che il contraddittorio non si svolgerà — secondo il modello costituzionale — tra le parti in condizioni di parità davanti a giudice terzo ed imparziale, ma contro un giudice onnipotente in un contesto processuale ove i privati possono persino «allearsi» con il pubblico ministero. Quest'ultimo esautorato di ogni potere di iniziativa pubblicistica, talvolta persino quella dell'esercizio dell'azione, è ridotto in un ruolo minore, quello tradizionalmente svolto nella volontaria giurisdizione.

4. - Conclusioni. Il disegno di legge in questione nonostante l'introduzione della difesa tecnica necessaria non trasforma il rito minorile in un processo contenzioso. Tuttavia la presenza di alcune forme più rigide e la ricorribilità per cassazione della sentenza pronunciata in appello (prevista dal nuovo art. 337 quinquies c.c.) favoriranno

inevitabilmente lo sviluppo di una giurisprudenza più sensibile alla cultura dei diritti anche in materia di famiglia.

A tal proposito va ricordato che la Costituzione non contempla l'istituto della potestà e concepisce la relazione educativa in un rapporto dialettico, ove al dovere-diritto dei genitori fondato sulla filiazione corrisponde il diritto inviolabile del bambino allo sviluppo della personalità.

Questa concezione tuttavia è messa in ombra da quella tradizionale mantenuta in vigore dal codice civile. La regolazione dei conflitti familiari in Italia è ancora condizionata dall'istituto della potestà che altrove da tempo è stato trasformato nella c.d. responsabilità parentale.

In Francia la legge di riforma del code civil del 4 giugno 1970 (n. 70-459) sostituì il termine *puissance*, corrispondente all'antica *potestas*, con quello *autorité* (art. 371.2 code civil) derivante dal latino *augere* (che fa crescere) che indica il complesso dei caratteri riconosciuti ad una istituzione o ad una persona cui ci si assoggetta consensualmente per la realizzazione di determinati scopi (7). In Germania con la legge di riforma del 18 luglio 1979 il legislatore sostituì nel § 1626 del BGB l'istituto del *Gewalt* (potere), con quello di *Sorge* (cura).

Nel nostro paese i diritti umani del bambino e dei genitori faticano ad emergere in sede giudiziaria perché il c.d. intervento del giudice è concepito come governo discrezionale di interessi che non possono essere lasciati all'autonomia privata (8). Così mentre la Costituzione e le convenzioni internazionali riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo e dunque anche quelli del fanciullo, l'intervento del giudice minorile è ancora concepito come un controllo pubblicistico discrezionale dell'esercizio della potestà (9).

L'introduzione della difesa tecnica nei procedimenti civili minorili è un passo importante ma non ancora decisivo per il rinnovamento anche culturale della giustizia amministrata dai tribunali per i minorenni.

GUSTAVO SERGIO

(1) Cfr. G. SERGIO, La ratifica della convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, in STRUMENDO-DE STEFANI (a cura di), I diritti del bambino tra protezione e garanzia, Cleup, 2004, 46-50.

(2) Va ricordato che già l'art. 17 l. n. 184 del 1983 (testo originale) attribuiva al curatore speciale del minore nominato nel giudizio di opposizione al provvedimento sullo stato di adottabilità la facoltà d'impugnare davanti alla sezione per i minorenni della corte d'appello e di ricorrere per cassazione avverso la sentenza pronunciata sullo stato di adottabilità.

(3) Secondo la l. n. 6 del 2004 il decreto della corte d'appello pronunciato sul reclamo avverso il decreto del giudice tutelare in tema di amministrazione di sostegno è impugnabile per cassazione (art. 720 bis c.p.c.).

(4) Sul rapporto giustizia minorile e servizi sociali, cfr. L. LENTI, Prefazione, in Trattato di diritto di famiglia diretto da ZATTI, VI. Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia a cura di LENTI, Milano, 2002, XVIII.

(5) Sul ruolo del pubblico ministero cfr., in particolare, A. PROTO PISANI, Ancora sul processo e sul giudice minorile (linee di una possibile legge delega di riforma del processo minorile), in Foro it., 2003, V, 217-220. Si veda anche G. SERGIO, La tutela giurisdizionale dei minorenni e dei soggetti deboli: il ruolo del pubblico ministero, in Giustizia minore? a cura di M. CINQUE, in Nuova giur. civ., 2004, suppl. al fasc. 3, 187-210.

(6) Nella bozza di articolato redatto da M.G. Civinini sulle linee tracciate da A. Proto Pisani nel 1997 per la riforma del processo civile minorile si legge (art. 21) che al giudice, ferme le regole del codice di procedura civile in tema di deduzione e assunzione dei mezzi di prova, è affidato il compito di assicurare che i mezzi di prova non pregiudichino la libertà morale della persona, dando disposizioni sulle modalità di assunzione: L. FANNI, *Quale processo per la famiglia ed i minori*, Milano, 1999, 191.

(7) Cfr. GALIMBERTI, *Autorità*, voce de *Le Garzantine - Enciclopedia di psicologia*, Milano, 1999, 132.

(8) Cfr. Cass., sez. un., 23 ottobre 1986, n. 6220, *Foro it.*, 1987, I, 3278. Si tratta di un indirizzo consolidato: Cass. 23 febbraio 1999, n. 1493, *id.*, 1999, I, 1462; sez. un. 25 gennaio 2002, n. 911, *id.*, 2002, I, 1007, con nota di D. MALTESE, *Decreti camerale incidenti sulla «patria potestas». Regime attuale di revoca e proposte di riforma, e Famiglia e dir.*, 2002, 367, con nota di PORCARI, *Provvedimenti «de potestate» e inammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost.: le sezioni unite confermano il proprio tradizionale orientamento; cfr. anche Cass., sez. un., 9 gennaio 2001, n. 1/SU, Foro it., Rep. 2001, voce Potestà dei genitori, n. 13, e Famiglia e dir.*, 2001, 282, con commento di M.G. CIVININI.

(9) Da ultimo, cfr. M. FINOCCHIARO, *La responsabilità genitoriale: dal 1° marzo 2005 va «in soffitta» l'istituto della patria potestà*, in *Guida al dir. - Diritto comunitario e internaz.*, 2005, fasc. 1, 9 ss.