

L'avvocato del minore

di MICHELA LABRIOLA

La Suprema Corte torna a rimarcare alcuni principi sull'importanza della presenza del minore nei giudizi che lo riguardano.

Preliminarmente esprimendosi sulla natura di “giudicato” dei provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale, la Corte ha ribadito quanto, di recente, già sancito in sede di legittimità, e cioè che queste decisioni, sempre che siano definitive, sia pure *rebus sic stantibus* – in quanto il giudice di merito se ne è definitivamente spogliato, incidendo su diritti personalissimi di rango costituzionale – sono ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.¹.

Qualche giorno dopo l'emissione della ordinanza in commento, la Suprema Corte ha ribadito il medesimo concetto deducendo che per il procedimento volto a dichiarare adottabile un minore è sempre necessaria la partecipazione di una figura di tutela dello stesso, pena la nullità del giudizio, ammettendo, inoltre, che: «il provvedimento ablativo della responsabilità genitoriale, emesso dal giudice minorile ai sensi degli artt. 330 e 336 c.c., ha attitudine al giudicato "rebus sic stantibus", in quanto non revocabile o modificabile salva la sopravvenienza di fatti nuovi, sicché, il decreto della Corte di appello che, in sede di reclamo, conferma, revoca o modifica il predetto provvedimento, è impugnabile con ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.*, comma 7» (così, Cass. civ., 21 novembre 2016, n. 23633).² In questo caso, tuttavia, gli ermellini con maggiore cautela concludono disponendo l'acquisizione di una relazione a cura dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo nei termini di cui in motivazione, rinviando la causa a nuovo ruolo. Per di più, anche i provvedimenti contenenti la regolamentazione della relazione affettiva con i nonni, qualora siano irrevocabili e definitivi, sia pure *rebus sic stantibus*, sono ricorribili per cassazione³.

A rafforzare la possibilità di reclamo avverso i provvedimenti *de potestate*, la Corte di legittimità⁴, recentemente decidendo sulla esclusione, disposta dalla Corte d'appello di Bari, della legittimazione ad agire

¹ Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2016, n. 23633.

² Cass. civ., ord. 14 marzo 2018, n. 6384.

³ Cass. civ., 29 gennaio 2016, n. 1746. La Suprema Corte, precisando che non sono impugnabili i provvedimenti che limitano la loro operatività ad un periodo predefinito, anche disponendo attività istruttorie, ha ritenuto inammissibile il ricorso in cassazione proposto avverso un provvedimento adottato dal giudice minorile nell'ambito di una procedura non conclusa di decadenza materna dalla responsabilità genitoriale, che escludeva, per un periodo limitato e ormai decorso, i rapporti del minore con la nonna materna.

⁴ Cass. civ., ord. 20 febbraio 2018, n. 4099.

del genitore sospeso dalla responsabilità, ha confermato che i provvedimenti limitativi o ablativi possono essere assunti soltanto in un giudizio nel quale alla madre ed al padre, anche se decaduti, sia riconosciuta la natura di parti necessarie, in quanto munite del pieno potere di agire, contraddire ed impugnare le decisioni che producano effetti provvisori o definitivi sulla titolarità o sull'esercizio della responsabilità genitoriale.

Il rafforzarsi della assoluta imprescindibilità di garanzie processuali nei procedimenti relativi ai minori rappresenta la pietra angolare su cui costruire le tutele di soggetti che hanno avuto minor voce sino alla riforma introdotta dalla l. n. 154/2013. Sullo stesso binario deve viaggiare, alla luce della modifica introdotta nell'art. 111 Cost, il bilanciamento tra l'interesse del minore e quello alla conservazione, ove possibile, dei rapporti parentali. D'altro canto, la natura sommaria del procedimento camerale non deve, nel processo minorile, esonerare il collegio dall'operare una valutazione approfondita circa gli interessi coinvolti; ciò sarà possibile se nel processo sono tutti presenti.

La dottrina ha sottolineato come, per un maggiore garantismo all'interno dei giudizi camerale propri del diritto minorile, non ottenendosi risposte dal legislatore, la soluzione da offrire è quella di una interpretazione costituzionalmente orientata ai principî di difesa, di contraddittorio e delle prove. La giurisprudenza, infatti, ha aperto alle garanzie del giusto processo anche il rito camerale, sia sotto il profilo della adozione di misure anticipatorie sia ammettendo la possibilità di adire la Corte di Cassazione con ricorso straordinario⁵.

La Corte ha avuto modo, con questo provvedimento, di riaffermare come il procedimento *ex art. 336 c.c.*, pur se non prettamente contenzioso, non abbia ad oggetto preminente, o addirittura esclusivo, «un'attività di controllo del giudice sull'esercizio della responsabilità genitoriale, che escluda la presenza di parti processuali fra di loro in conflitto».

La seconda questione affrontata nella sentenza n. 5256/2018 è quella che inerisce alla natura di parte processuale del minore. Dopo aver affermato l'ammissibilità del reclamo, la Cassazione risolve le criticità attinenti alla difesa del minore quale parte attiva nei procedimenti ablativi della responsabilità genitoriale.

Ciò che rileva, inizialmente, è la mancata impugnazione, ma anche la mancata partecipazione al giudizio di cassazione, da parte del P.M.M. che ha introdotto il ricorso ed ha eccepito, sin dal primo grado, l'assenza di una rappresentanza del minore. Tale ultima legittima doglianza – che non ha impedito l'accoglimento della domanda da questi formulata di decadenza dei genitori dalla responsabilità – non è stata reiterata, avendo i provvedimenti di primo e secondo grado raggiunto l'esito auspicato dalla procura.

⁵ C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna 2018.

Nel caso di specie, invero, i genitori, soggetti alla sanzione decadenziale dell'esercizio della responsabilità genitoriale, corrono il rischio di subire un giudizio di rinvio al giudice di prime cure che riaccenderebbe, quale unico esito, i riflettori sul processo adottivo.

Nell'impugnare i provvedimenti di merito, i reclamanti hanno dedotto la nullità dell'intero percorso processuale attesa l'assenza di una rappresentanza del minore sin dal primo grado ai sensi dell'art. 336, ult. co., c.c.. Censura fondata. L'art. 336 c.c., riformulato più volte nel corso di questi anni, obbliga sia all'ascolto del minore che abbia compiuto i dodici anni sia all'audizione del genitore interessato; inoltre, prescrive la difesa tecnica per questi soggetti.

Analizzando altri istituti di diritto minorile si rileva come, in tema di accertamento dello stato di adottabilità (art. 8, l. n. 184/1983)⁶, la vincolatività ed imprescindibilità della difesa del minore sia prevista normativamente. Il procedimento si svolge, sin dalla sua apertura, con l'assistenza legale del minore, il quale è parte a tutti gli effetti del procedimento e, in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo di un rappresentante secondo le regole generali e, quindi, in caso di conflitto d'interessi, di un curatore speciale, cui compete la nomina del difensore tecnico. Ne consegue, in mancanza dell'assistenza legale del minore, la nullità del relativo procedimento.

In altri ambiti processuali, ancorché non sia normativamente prevista la presenza di un avvocato per i soggetti minori di età, non vi è alcun dubbio che la natura di "parte" del minore, quantomeno in senso sostanziale, concerna anche i procedimenti con contenuto prettamente patrimoniale (tutele), oltre a quelli relativi allo *status filiationis*.

In queste ultime controversie, quando il genitore è in grado di rappresentare il minore – si pensi ai casi di riconoscimento di paternità – la presenza del figlio, quale "parte", è garantita. Nelle altre ipotesi quali, disconoscimento, contestazione, impugnazione, il litisconsorzio necessario è legislativamente previsto – sull'automatismo del presupposto del conflitto di interessi – in tal caso deve essere nominato un curatore speciale. La presenza dell'avvocato del minore, in tali situazioni è eventuale, atteso che nessuna norma obbliga alla difesa tecnica.

Ancora, sino ad una più recente giurisprudenza, vi è stata l'esclusione della presenza del minore in quei giudizi – separazione personale dei coniugi, divorzio e regolamentazione dei rapporti per i figli nati fuori dal matrimonio – che non è sembrato incidessero profondamente sul percorso identitario del minore.

⁶ Art. 8, ult. co., l. n. 149/2001: «Il procedimento di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o degli altri parenti, di cui al comma 2 dell'articolo 10».

La Corte di legittimità a Sezioni Unite ha, però, aperto un varco che ha cambiato prospettiva sulla necessità della presenza del minore in questi tipi di contenziosi sostenendo che «è necessaria l'audizione del minore dodicenne od ultradodicenne, o dotato di capacità di consapevole discernimento, se infrasedicenne, nei processi che riguardano il suo affidamento, salvo che tale ascolto sia contrario al suo superiore, poziore interesse, dovendosi motivare l'assenza di consapevole discernimento del minore che possa giustificare l'omesso ascolto. La mancanza di motivata giustificazione produce la nullità del procedimento per violazione dei principi del contraddittorio e del giusto processo ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 Cost., essendo il minore parte sostanziale del procedimento in quanto portatore di interessi contrapposti o, comunque, diversi da quelli dei genitori»⁷. Si può concludere, sul punto, che in tali ipotesi la posizione del minore nel processo sia solo “sostanziale”. Inoltre, si può agevolmente sostenere come le norme sull’ascolto del minore, recentemente implementate, confermino la qualità di “parte sostanziale” dello stesso in tutti i giudizi che lo riguardino. Questa premessa è indispensabile per comprendere la posizione processuale di quel minore che è il soggetto che patisce gli effetti di un accertamento giudiziale introdotto da altri.

Come si è mossa la giurisprudenza, invece, nel caso di provvedimenti *de potestate*, atteso che l’art. 336 c.c. novellato ha previsto espressamente la difesa tecnica a tutela del minore? Il quesito che emerge è se, in tali ipotesi, il minore possa essere considerato sempre litisconsorte necessario *ex lege*, tanto da doversi rendere obbligatoria la nomina di un avvocato.

La disciplina generale prevede che si è “parti in senso processuale” quando, ai sensi dell’art. 75 c.p.c., si è destinatari degli effetti degli atti del processo, invece, chi è titolare del rapporto sostanziale per cui è in lite e subisce gli effetti dell'accertamento giudiziale, è “parte in senso sostanziale” (art. 1 c.c.).

«Secondo un principio generale di indisponibilità del potere di stare in giudizio e di necessario collegamento tra diritto alla tutela giurisdizionale e affermazione della titolarità del diritto sostanziale, si verifica una normale coincidenza soggettiva fra la parte in senso formale e la parte in senso sostanziale; ciò non avviene unicamente allorché il titolare del rapporto controverso sia privo di capacità processuale, oppure quando venga conferita la rappresentanza processuale a colui che già sia investito di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio (art. 77 c.p.c.), casi nei quali si ha un soggetto (parte in senso formale) che sta in giudizio in nome e per conto di altri (parte in senso sostanziale)»⁸. È pleonastico ricordare come il minore “parte sostanziale” sia privo di capacità processuale, ma possa essere affiancato da un rappresentante

⁷ Cass. civ., Sez. Un., 21 ottobre 2009 n. 22238.

⁸A. SCARPA, *Art. 75 c.p.c.*, in P. Cendon (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012.

legale (artt. 75, comma 2, e 78 c.p.c.) in tutte le ipotesi in cui ciò sia previsto dalla legge. Una di queste ipotesi è quella introdotta dall'art. 336, ultimo comma, c.c..

Secondo alcuni Autori⁹, la nozione di “parte in senso sostanziale” è propria dei soggetti dell'azione, pertanto, la titolarità dell'eventuale contenzioso non attribuisce di per sé al soggetto inteso come parte un ruolo attivo nel processo. «Il concetto di parte in senso sostanziale del processo è strettamente collegato con la capacità giuridica di cui all'art. 1 c.c. (...); è al momento della nascita che ciascun individuo, divenuto soggetto giuridico, acquista anche la capacità di essere parte in senso sostanziale di una lite processuale futura».

È possibile sostenere, quindi, alla luce di quanto sopra esposto, di come non sempre vi sia coincidenza tra soggetto degli atti e soggetto degli effetti del processo.

Come si è già sottolineato, la natura di “parte processuale” oltre che “sostanziale” del minore è ammessa con riferimento ai procedimenti *de potestate*, in quanto, l'art. 37, comma 3, l. n. 149/2001, ha aggiunto all'ultimo comma dell'art. 336 c.c. la seguente frase «per i provvedimenti di cui ai commi precedenti i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore».

All'indomani della riforma introdotta dalla l. n.149/2001, la nota sentenza della Consulta n.1/2002 ha chiarito molti dubbi, nella parte in cui, rigettando la questione di legittimità costituzionale avanzata dal Tribunale per i Minorenni di Torino, ha evidenziato che, «in riferimento agli art. 2 e 31 comma 2 Cost., in relazione all'art. 12 della Convenzione sui diritti del fanciullo, resa esecutiva con l. n. 176/1991, nonché agli art. 3, commi 1 e 2 (per irragionevolezza della disciplina censurata e per disparità di trattamento rispetto alla procedura di adottabilità) e 111, commi 1 e 2, Cost. (per violazione del principio del giusto processo)., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 336, comma 2, c.c., nella parte in cui non prevede che nei procedimenti camerale concernenti la potestà dei genitori siano sentiti il minore ultradodicesimo e, se opportuno, anche quello di età inferiore, o altrimenti i suoi genitori o il tutore, in quanto trattasi di questione che muove da una premessa interpretativa erronea, dal momento che l'art. 12 della citata convenzione è idoneo ad integrare la disciplina dell'art. 336, comma 2, c.c. nel senso di configurare il minore capace di discernimento come “parte” del procedimento che lo concerne, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale» confermando, nella sostanza, la necessità ed anche il dovere di ammettere un difensore per il minore.

Pertanto, sulla base delle formulazioni di principio sancite dalla Corte, la sentenza in commento attribuisce la qualità di parti processuali necessarie, nel procedimento *de potestate*, sia ai genitori decaduti dalla

⁹ B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017.

responsabilità genitoriale sia al minore, previa, per quest'ultimo, eventuale nomina di un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c..

Si noti, però, che la conclusione cui giunge la Suprema Corte omette di valorizzare l'obbligatorietà della nomina contestuale di un avvocato. Come è stato rilevato da alcuni Autori, «considerando che in tutti i casi in cui la riforma ha previsto la nomina di un difensore al minore è presupposta di fatto una situazione di conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori, la prima prospettiva di attuazione del tutto ragionevole da ipotizzare è che la rappresentanza sostanziale del minore venga attribuita al difensore, appunto all'avvocato del minore»¹⁰ senza che sia necessario passare attraverso la nomina del curatore o del tutore.

La sentenza in commento rafforza il concetto per cui la mancata integrazione del minore nel processo, qualora non sia già rappresentato da un tutore provvisorio, nominato dal giudice in via cautelare ed urgente o all'atto di adozione di provvedimenti precedenti meramente limitativi della responsabilità genitoriale, comporterà la nullità del procedimento medesimo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 354, comma 1°, c.p.c..

In realtà la Corte nulla dice circa la presenza del difensore del minore, ma rimanda alla imprescindibilità della nomina del curatore speciale cui, si è indotti a ritenere, sia demandata la nomina di un avvocato.

Tuttavia, la vera novità del provvedimento sta nel fatto di aver chiarito che, anche nei procedimenti *de poteste*, il conflitto di interessi tra genitori e minori va sempre presunto. Si asserisce, infatti, che «nei giudizi *de potestate* la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori, anche quando il provvedimento venga richiesto nei confronti di uno solo di essi, non potendo in questo caso stabilirsi *ex ante* la coincidenza e l'omogeneità dell'interesse del minore con quello dell'altro genitore (...) e dovendo pertanto trovare applicazione il principio, più volte enunciato in materia, secondo cui è ravvisabile il conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentate legale – con conseguente necessità della nomina d'ufficio di un curatore speciale che rappresenti ed assista l'incapace».

Gli ermellini aggiungono, infine, che una integrazione del contraddittorio, disposto dalla Corte d'appello, non avrebbe sanato il vizio procedurale derivante dalla mancata partecipazione del minore nel procedimento di primo grado.

La riluttanza dei giudici all'applicabilità effettiva dell'ultimo comma dell'art. 336 c.c. – la nomina dell'avvocato del minore nei giudizi *de potestate* – ha comportato, sino ad oggi, una violazione delle garanzie fondamentali processuali a tutela del minore; il pregio del provvedimento annotato è quello di aver ribadito una interpretazione che, ancora una volta, ci avvicina alla normativa trasfrontaliera.

¹⁰ G. DOSI, *Lessico di diritto di famiglia*, Roma, 2018, fascicolo n. 1, p. 121.

Di conseguenza, l'allargamento delle ipotesi di obbligatorietà della difesa del minore, la cui violazione è sanzionabile con la nullità dell'intero procedimento, induce a riflettere sulla validità di tutti quei giudizi che, ai sensi dell'art. 38 disp. att. c.c., per *vis attractiva*, si svolgono davanti al tribunale ordinario che può decidere anche su questioni *de potestate* nei confronti di un solo genitore, benché in assenza, per prassi consolidata, del difensore del minore.

Rimangono aperte e senza soluzione, purtroppo, tutte le questioni concernenti il pagamento della attività del difensore e la possibile applicazione della normativa sulla liquidazione delle parcelle professionali a carico dello Stato.