

## L'avvocato del minore dopo la legge 28 marzo 2001, n. 149

La legge 28 marzo 2001, n. 149, che ha previsto l'obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure di limitazione e di decadenza della potestà e in quelle per la dichiarazione di adottabilità, ha costituito per il nostro sistema processuale un evento di straordinaria importanza.

Il significato rilevante di questa riforma<sup>1</sup> non è affatto sminuito dalla circostanza che da tempo nella prassi giudiziaria si attribuiscono ad avvocati le funzioni di *curatore speciale* del minore e che di conseguenza la figura dell'*avvocato del minore* era in qualche modo già presente, prima della riforma, nel sistema processuale. Infatti la nomina del *curatore speciale* per ovviare a situazioni di *conflitto di interessi* tra il minore e i suoi genitori, è quasi sempre il risultato di una valutazione tipica ma pur sempre discrezionale del giudice<sup>2</sup>, mentre la legge 149 del 2001 ha previsto come obbligatoria l'assistenza legale per il minore e (ulteriore significativa novità) per i genitori, in taluni casi anche d'ufficio, come risultato di una valorizzazione piena e necessaria del contraddittorio nei procedimenti civili minorili in base alla previsione generale dell'art. 111 della Costituzione sul *giusto processo* nella formulazione introdotta dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 e secondo i principi che la stessa Corte costituzionale ha fatto discendere in sede minorile da questa importante riforma della Costituzione<sup>3</sup>.

Un momento importante di ulteriore valorizzazione dell'esigenza di una tutela forte dei diritti del minore è costituito dall'intervenuta ratifica ad opera della legge 20 marzo 2003, n. 77 della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori la quale ultima – come si dirà oltre - dando attuazione ai principi della Convenzione internazionale di New York del 1989 sui diritti dei minori, ha indicato le modalità e i principi attraverso cui realizzare compiutamente il diritto del minore ad esprimere la propria opinione nei procedimenti che lo riguardano e ad essere affiancato da un proprio autonomo rappresentante quando i genitori non sono in grado di rappresentarlo a causa di un *conflitto di interessi* o di una limitazione della potestà.

L'ordinamento giuridico attribuisce ai genitori che esercitano la potestà le funzioni di rappresentanza giuridica del minore (art. 320 c.c.) e prevede in talune circostanze – le più significative delle quali sono il *conflitto di interessi* tra il minore e i suoi genitori o il loro *disinteresse* – che l'autorità giudiziaria nomini al minore un *curatore speciale* che lo possa

---

<sup>1</sup> La legge 28 marzo 2001, n. 149 (pubblicata nella G.U. n. 96 del 26 aprile 2001) in realtà si è occupata di un tema più ampio, modificando in molte parti la legge 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione e sull'affidamento dei minori, a cominciare dal titolo che ora è *diritto del minore ad una famiglia*. All'interno di questa riforma è stato introdotto anche l'obbligo di assistenza legale da parte di un difensore per i genitori e per i minori nelle procedure di adottabilità (nuovo testo degli articoli 8 ultimo comma e 10 comma 2 della legge 184 del 1983 come modificati rispettivamente dall'art. 8 e dall'art. 10 della legge 149 del 2001) e nei procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale (art. 336 ultimo comma c.c. come introdotto dall'art. 37 della legge 149 del 2001).

<sup>2</sup> Uno dei pochissimi casi in cui è prevista come obbligatoria la nomina del *curatore speciale* del minore è la fase contenziosa di opposizione alla dichiarazione di adottabilità davanti al tribunale per i minorenni (art. 17 legge 4 maggio 1983 n. 184). Un'altra ipotesi in cui il giudice è tenuto a nominare il *curatore speciale* si ha quando il minore è convenuto nel giudizio di disconoscimento della paternità (art. 247 comma 2 c.c.).

<sup>3</sup> Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di PROTO PISANI, in *Giust. civ.*, 2002, I, 551, in *Fam. e dir.*, 2002, 229, con nota di TOMMASEO e ODINO, PASCHETTI.

rappresentare in sostituzione dei genitori (art. 320, 321 c.c. e art. 78, 79 e 80 c.p.c. in sede civile nonché art. 120 e 121 c.p. e 90 comma 2 c.p.p. in sede penale).

Nelle intenzioni del legislatore le funzioni di *curatore speciale* non erano, né necessariamente avrebbero dovuto essere, attribuite ad un avvocato ed infatti la norma che in sede processuale civile prevede la nomina del *curatore speciale* è collocata tra quelle riferite alle parti (art. 75 ss c.p.c.) e non ai difensori (art. 82 ss c.p.c.). Come si vedrà, la rappresentanza del minore da parte del *curatore speciale* è pur sempre rappresentanza legale di carattere sostanziale. Poiché, però, nei casi più significativi, le funzioni di *curatore speciale* finiscono per doversi esercitare anche processualmente, nella prassi giudiziaria si attribuiscono, in genere, soprattutto ad avvocati le funzioni di *curatore speciale* nel ragionevole intendimento di evitare al *curatore speciale* di dover nominare egli, a sua volta, un avvocato per agire o resistere in giudizio.

La legge 28 marzo 2001, n. 149 - che riforma i procedimenti per la dichiarazione di adottabilità e le procedure di limitazione e decadenza della potestà genitoriale - sposta, appunto, l'attenzione dalla rappresentanza sostanziale alla difesa processuale e prevede l'obbligo della nomina di un difensore, nella prospettiva di un processo civile più *giusto* di fronte ad un tribunale per i minorenni più *terzo*. Ed è proprio questa prospettiva che mette bene in evidenza come la riforma abbia un'importanza il cui significato e la cui portata storica vanno ben oltre la disciplina che viene introdotta. Si riconosce, infatti, al minore, nei casi toccati dalla riforma, la qualità di parte processuale e si colloca con determinazione la difesa dei suoi diritti nel contesto della giurisdizione all'interno delle regole del processo.

Considerato che in tutti i casi in cui la riforma prevede la nomina di un difensore al minore, si verifica una situazione di *conflitto di interessi* tra il minore i suoi genitori, si tratterà di verificare se la nomina del difensore – al quale indubbiamente sono attribuite funzioni di assistenza e di rappresentanza (art. 82 c.p.c.) – potrà considerarsi sostitutiva della nomina di un rappresentante legale speciale o se anche nei casi in cui il giudice è chiamato a nominare al minore un difensore sia comunque sempre necessaria la nomina di un *curatore speciale*. Da un punto di vista strettamente normativo (art. 320 ultimo comma c.c., art. 78 cpv c.p.c.) potrebbe ritenersi che la nomina di un rappresentante speciale, cioè sostitutivo dei genitori, debba rimanere un onere del giudice. Tuttavia è del tutto ragionevole ipotizzare che la funzione di rappresentante sostanziale (*curatore speciale*) resti assorbita dalla nomina di un *curatore speciale*-difensore, appunto un *avvocato del minore*. Proprio in questa prospettiva la riforma apre inedite prospettive di tutela del minore valorizzando le funzioni di sostituzione nella rappresentanza da parte di quel *curatore speciale* che ha le caratteristiche per assolvere anche in sede processuale (art. 82 c.p.c.) le funzioni di tutela del minore. Mentre cioè, come si è già detto, quando la nomina di un *curatore speciale* si indirizza verso soggetti diversi dall'avvocato, il curatore nominato, se richiesto dalla legge, dovrà nominare a sua volta un avvocato, quando il giudice dovesse nominare direttamente un avvocato alle funzioni di *curatore speciale*, è evidente che non servirà la nomina di un *curatore speciale* per la rappresentanza sostanziale del minore.

Per la dichiarazione di adottabilità, il legislatore del 2001, nello scegliere tra il modello tradizionale camerale a contraddittorio posticipato (come quello previsto dal testo originale della legge 4 maggio 1983, n. 184, che prevedeva una prima fase camerale e un eventuale giudizio di opposizione di tipo contenzioso davanti allo stesso tribunale per i minorenni) e un modello procedimentale più vicino a quello a cognizione piena, sia pure garantito dal principio dell'iniziativa anche pubblica dell'azione, ha optato per questo secondo tipo, introducendo una procedura per la dichiarazione di adottabilità che valorizza il contraddittorio nella prospettiva di maggiori garanzie per tutte le parti coinvolte nel processo. In particolare, nella formulazione

introdotta dalla legge di riforma, l'ultimo comma dell'art. 8 della legge 184 del 1983 stabilisce ora il principio che “*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'art. 10*” (cioè i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore) mentre il secondo comma dell'art. 10 della medesima legge prevede che, all'atto dell'apertura del procedimento, i genitori e i parenti devono essere espressamente invitati a nominare un difensore; in difetto deve essere loro nominato un difensore di ufficio. Con questa norma fa, quindi, anche ingresso nel processo civile la figura del difensore di ufficio.

Per i procedimenti di limitazione e decadenza della potestà genitoriale l'art. 37 della legge 149 del 2001 ha modificato l'art. 336 c.c. aggiungendovi un ultimo comma nel quale si prevede che “*per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori e il minore sono assistiti da un difensore, anche a spese dello Stato nei casi previsti dalle legge*”. Quindi la nuova legge introduce l'obbligo dell'assistenza del difensore per i genitori e per il minore nei procedimenti di controllo della potestà dei genitori interessando, così, la quasi totalità degli affari civili attribuiti attualmente alla competenza del tribunale per i minorenni.

Si tratta di una rivoluzione copernicana nella giustizia civile minorile<sup>4</sup> perché la colloca, come detto, all'interno dei principi generali della giurisdizione sollevando il tribunale per i minorenni dall'imbarazzante e spesso contestato ruolo di protagonista unico della tutela dei diritti del minore e assegnandogli la funzione di giudice *terzo* garante del contraddittorio tra il pubblico ministero, i genitori e il minore stesso. Ed è opportuno osservare come la riforma varata dal legislatore renda ormai del tutto improponibili altri modelli di garanzia processuale dei diritti del minore quali emersi nel recente passato in alcune proposte di legge sul *difensore civico* per l'infanzia e l'adolescenza al quale si sarebbe voluto assegnare anche un ruolo di difesa processuale dei minori in tutte le procedure giudiziarie (come prevedono il disegno di legge del Governo n. 7388 presentato alla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000 e il progetto di legge n. 315 presentato alla Camera il 30 maggio 2001 per iniziativa del deputato Mazzucca).

Considerata la natura primaria del diritto di difesa e l'importanza della funzione processuale assoluta, quindi dal difensore, il legislatore – come si è accennato - ha anche previsto nella riforma introdotta con la legge 149 del 2001 la nomina per i genitori e i parenti del minore di un difensore di ufficio nell'ipotesi in cui siano privi di quello di fiducia, sia pure, ma del tutto irragionevolmente, non per i procedimenti di limitazione o decadenza della potestà genitoriale ma soltanto per le procedure di adottabilità (art. 10 comma 2 legge 184 del 1983 nel testo riformato, norma da considerarsi eccezionale e di per sé non direttamente applicabile analogicamente all'art. 336 c.c.). A differenza, però, del difensore dei genitori o dei parenti nei

---

<sup>4</sup> Inaccettabile è, quindi, la tesi apertamente riduzionistica avanzata da SACCHETTI, *La difesa nei procedimenti minorili*, in *Fam. e dir.*, 2001, 5, 567 ss, il quale ritiene che l'espressione “assistenza del minore e dei genitori” (nuovo art. 8 della legge 184 del 1983) debba essere riferita alla sola funzione di assistenza e non di difesa tecnica del minore e dei genitori. Il concetto di assistenza del difensore è, invece, espressione sintetica riferibile a tutte le funzioni del difensore e soprattutto a quelle di rappresentanza processuale. Una qualunque altra interpretazione urterebbe contro la logica che vede il sistema processuale negli ultimi anni – anche sotto la spinta del nuovo testo dell'art. 111 Cost. e di una importante giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost. 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di PROTO PISANI, in *Giust. civ.*, 2002, I, 551 e 1467, con nota di CIANCI e TOTA, in *Fam. e dir.*, 2002, 229, con nota di TOMMASEO e ODINO, PASCHETTI) – orientato verso una progressiva estensione del contraddittorio nelle procedure in cui i minori sono parti processuali. E i minori, come tutte le altre parti, sono appunto assistite da un difensore al quale nessuno ha mai ipotizzato di attribuire funzioni soltanto di assistenza e non anche di rappresentanza processuale.

procedimenti di adottabilità, la cui nomina d'ufficio è condizionata alla mancata nomina di un difensore di fiducia, la nomina del difensore del minore è sempre effettuata d'ufficio dal tribunale sia nel caso delle procedure di adottabilità (art. 8 ultimo comma della legge 4 maggio 1983 n. 184 nel testo riformato), sia nelle procedure di limitazione e decadenza della potestà genitoriale (art. 336 ultimo comma c.c. nel testo riformato). Non è, infatti, ipotizzabile che il minore nomini un proprio difensore di fiducia. D'altra parte, il *conflitto di interessi* tra minore e suoi genitori, in entrambe le situazioni, rende del tutto inimmaginabile – come avviene invece nel processo penale minorile - che in tali circostanze i genitori possano nominare essi stessi al figlio minore un difensore di fiducia.

Tuttavia nel nostro ordinamento processuale civile – in cui la nomina del difensore di ufficio è sostanzialmente nel processo civile un istituto sconosciuto - non esiste né una disciplina dei criteri e dei requisiti per la nomina e per la retribuzione di tale difensore (a differenza di quanto avviene nel processo penale dove la legge di riforma 6 marzo 2001, n. 60 ha disciplinato la difesa d'ufficio prevedendo specifiche modalità per la nomina dei difensori e per la loro retribuzione), né una disciplina processuale soddisfacente per l'emanazione dei provvedimenti di limitazione o decadenza della potestà genitoriale.

Il legislatore avrebbe, quindi, dovuto anche introdurre una specifica normativa di attuazione. Viceversa la legge 149/2001 non contiene nulla in più delle scarse indicazioni relative alla nomina del difensore che sono state illustrate.

Per questi motivi il Governo è intervenuto, finora, per ben sei volte rinviando l'entrata in vigore della riforma.

La prossima proroga scadrà il 1° luglio 2007 data in cui la normativa dovrebbe entrare in vigore, salvo nuove proroghe.

Nelle *Relazioni* ai decreti di proroga dell'entrata in vigore della riforma<sup>5</sup> si legge che “*si reputa necessaria la proroga per garantire il completamento dell'iter parlamentare del disegno di legge relativo alla disciplina della difesa d'ufficio e sul patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili minorili, nonché della revisione del procedimento di cui all'art. 336 del codice civile*”.

Alla Camera dei deputati, in effetti, è in discussione il disegno di legge n. 4294 presentato il 19 settembre 2003 dal Ministro della Giustizia sul tema della “*Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni*”<sup>6</sup>.

Le esigenze alle quali il disegno di legge in questione – che sarà esaminato tra breve - cerca di rispondere e che, nelle intenzioni del Governo, hanno finora reso necessaria una proroga così lunga, sono sostanzialmente legate all'operatività della legge 30 luglio 1990 n. 217, così come modificata dalla legge 29 marzo 2001 n. 134, recante la riforma istitutiva del patrocinio a spese dello stato per i non abbienti. L'entrata a regime della riforma del patrocinio a spese dello Stato era stata fissata al 1° luglio 2002 e per i giudizi civili e amministrativi, ha elevato a euro 9.296,22 (lire 18.000.000) il livello massimo del reddito ai fini dell'ammissione al beneficio dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Questa normativa è stata sostanzialmente riprodotta nel decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002 n. 115, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia.

Ebbene, mentre la legge 6 marzo 2001, n. 60 ha disciplinato la difesa d'ufficio nei procedimenti penali, prevedendo specifiche modalità per la nomina dei difensori d'ufficio, con

---

<sup>5</sup> La *Relazione* al primo decreto di proroga è pubblicata anche in *Guida al diritto*, 5 maggio 2002, n.17, 35; le successive sono sostanzialmente di identico tenore.

<sup>6</sup> Il testo del disegno di legge è in *Fam. e dir.*, 2003, 491.

la corresponsione di un compenso nella misura e secondo le modalità previste dalla normativa sul patrocinio a spese dello Stato, qualora il difensore dimostri di aver inutilmente esperito la procedura per il recupero dei crediti professionali, la legge 28 marzo 2001, n. 149 di riforma in materia di adozione, invece, non contiene alcuna previsione in ordine alle modalità per la nomina del difensore d'ufficio in favore dei genitori e del minore, nei confronti del quale sia stato aperto il procedimento, né in ordine alla corresponsione dei compensi professionali all'avvocato. *“In tale situazione – si legge testualmente nella Relazione ai decreti di proroga della riforma – il principio di effettività della difesa, cui la riforma in materia di procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità ha inteso ispirarsi, incontra forti limiti, ove si tenga conto da un lato della necessità di affidare l'incarico a professionisti in possesso di competenze qualificate in considerazione della delicatezza della funzione da assolvere (così come già avviene per il settore penale ai sensi dell'art. 11 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e dell'art. 15 del D. Lgs 28 luglio 1989, n. 272) e, dall'altro, della sostanziale inadeguatezza dell'attuale legge sul gratuito patrocinio nei giudizi civili, avuto riguardo alle condizioni di povertà necessarie per l'ammissione. E ciò sia che, per quanto attiene ai requisiti soggettivi, si vogliano ritenere applicabili le disposizioni di cui alla legge 533/1973, in conformità all'orientamento di una parte della dottrina, sia che si ritengano invece applicabili le disposizioni sul gratuito patrocinio nei procedimenti civili, secondo l'orientamento prevalente dei giudici minorili. Di conseguenza – continua la Relazione – uno strumento di maggior tutela, come la difesa d'ufficio, viene a tradursi in un maggior onere a carico di soggetti i quali, pur appartenendo di norma alle fasce economicamente più deboli, non potranno accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato. Una riconsiderazione di tali aspetti appare, quindi necessaria al fine di assicurare la effettività della difesa sia nei confronti dei genitori che dei minori per i quali sia stato aperto un procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità, anche attraverso un collegamento tra la difesa d'ufficio e l'onere delle spese a carico dello Stato, così come previsto dalla citata legge 60 del 2001”.*

Per quanto riguarda il procedimento di cui all'art. 336 c.c. in cui non è stato introdotto il principio della difesa d'ufficio ma solo l'obbligo per le parti di munirsi di difensore, la Relazione motivava la necessità della proroga dell'entrata in vigore della riforma sul presupposto che *“la previsione della difesa tecnica contenuta nella legge di riforma necessita di una revisione del procedimento che si svolge davanti al tribunale per i minorenni nelle forme del procedimento in camera di consiglio e cioè secondo norme procedurali che necessitano di una modifica, anche a seguito della novellazione dell'art. 111 della Costituzione. E' quindi necessario regolare le modalità e i tempi attraverso i quali deve esercitarsi l'attività difensiva; comunque la inadeguatezza dell'attuale legge sul gratuito patrocinio pone seri ostacoli ad un effettivo esercizio del diritto di difesa, non potendosi porre l'onere delle spese a carico dello Stato se non nelle ipotesi previste dalla attuale normativa in materia di gratuito patrocinio, nei giudizi civili, ancorate a condizioni di povertà del richiedente”.*

La riforma è stata, quindi, prorogata sia per la mancanza di norme sui criteri di nomina e di qualificazione dei difensori nei procedimenti civili di adottabilità e di limitazione e decadenza della potestà - a differenza di quanto avviene nel settore della difesa penale dei minorenni dove sono previste specifiche norme di nomina e di qualificazione (cfr art. 11 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e art. 15 del D. Lgs 28 luglio 1989, n. 272) - sia per la mancanza di norme sulle modalità di retribuzione dell'avvocato (modalità, invece, previste dalla legge 60/2001 per la difesa dei minorenni nei procedimenti penali). Come si vede, quindi, il settore penale ha fatto da battistrada in questi ultimi anni rispetto al tema delle garanzie difensive e a quello della nomina, della qualificazione e della retribuzione dei difensori.

Al di là dello slittamento determinato dalle numerose proroghe all'entrata in vigore della riforma contenuta nella legge 28 marzo 2001 n. 149, è chiaro, però, che il principio dell'obbligo dell'assistenza del difensore per tutte le parti, ivi compreso il minore, nei procedimenti per la dichiarazione di adottabilità e in quelli di limitazione e decadenza della potestà genitoriale è stato acquisito a pieno titolo tra i principi generali dell'ordinamento processuale con una valorizzazione piena del diritto di difesa garantito dall'art. 24 e dall'art. 111 della costituzione oltre che dalla norma processuale di cui all'art. 82 comma 2 c.p.c. secondo cui “*le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore*”. Sotto l'angolo visuale del diritto di difesa, perciò, il processo civile minorile è ora equiparato al processo a cognizione piena a prescindere dalla conservazione della forma camerale nei procedimenti previsti nell'art. 336 c.c.

\* \*

Restano fuori dal campo di applicazione della riforma introdotta dalla legge 149 del 2001 - e quindi dall'obbligo di nominare un difensore al minore - sia le procedure di separazione e di divorzio sia quelle per la regolamentazione dell'affidamento dei figli naturali previste nell'art. 317 *bis* c.c.

Per i procedimenti di separazione e di divorzio – secondo una nota pronuncia della Corte costituzionale<sup>7</sup> (applicabile per medesima *ratio* alle procedure di regolamentazione dell'affidamento di figli naturali ai sensi dell'art. 317 *bis* c.c.) - il minore non è considerato parte processuale e non ha, pertanto, diritto all'avvocato. La Corte, premesso che spetta al legislatore la valutazione relativa al modo e al grado di effettiva tutela dell'interesse del minore, ha ritenuto che i giudizi di separazione e di divorzio non attengono né si riflettono, quale che sia l'esito di tali giudizi, sullo stato dei figli. Il legislatore non ha, quindi, ravvisato nella separazione e nel divorzio l'opportunità di istituzionalizzare un conflitto tra genitori e figli cosa che avverrebbe certamente con l'attribuzione della qualità di parte ai figli minori. Anche la Corte di cassazione aveva espresso il medesimo convincimento<sup>8</sup>.

Nella condivisione delle conclusioni cui sono giunte la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione si tratterà, però, di approfondire quali meccanismi processuali siano ipotizzabili per dare voce diretta alle esigenze e ai diritti del minore nel processo di separazione e di divorzio – anche alla luce delle vigenti convenzioni internazionali - senza deresponsabilizzare i genitori rispetto alla loro funzione primaria di garantire l'interesse dei loro figli minori, anche in queste procedure.

## CAPITOLO 2. DIRITTI DEL MINORE E GIUSTO PROCESSO

La legge 28 marzo 2001, n. 149 che, sia pure ancora senza norme di attuazione, ha previsto l'assistenza legale obbligatoria nei procedimenti di adottabilità e in quelli *de potestate*, è anche

---

<sup>7</sup> Corte cost. 14 luglio 1986, n. 185, in *Foro it.*, 1986, I, 2679, in *Dir. fam. e pers.*, 1986, 883, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2321, ha dichiarato in particolare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 e dell'art. 708 c.p.c. nella parte in cui non prevedono la nomina di un *curatore speciale* che rappresenti il figlio minore delle parti nel giudizio di divorzio e di separazione.

<sup>8</sup> Cass. sez. I, 4 dicembre 1985 n. 6063 in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 118 e in *Giust. civ.*, 1986, I, 3159 secondo cui nel procedimento di separazione personale dei coniugi, l'affidamento dei figli minori è rimesso alla decisione del giudice e non è configurabile né un diritto dei genitori all'affidamento stesso, né un diritto dei figli alla scelta del genitore; conseguentemente i figli non hanno veste di litisconsorti e non deve essere loro nominato un *curatore speciale*.

il punto di arrivo di una riflessione che negli ultimi anni è stata fatta – anche dall'avvocatura impegnata nel diritto di famiglia<sup>9</sup> – sul tema dei diritti del minore e sul processo civile minorile per reclamare la fuoriuscita del sistema della giustizia civile minorile dal terreno della discrezionalità dell'amministrazione degli interessi a quello delle garanzie giurisdizionali del *giusto processo* sulla base anche delle opportunità offerte dal testo dell'art. 111 della costituzione nella nuova formulazione introdotta dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2.

## 1. Dall'interesse del minore ai diritti del minore

All'espressione *interesse del minore* si possono attribuire due significati. Ci si può riferire alla necessità che ogni decisione che riguardi una persona minore di età sia adottata tenendo di vista il suo esclusivo benessere; ed è questo il senso che l'espressione ha nell'art. 3 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti dei minori (in tutte le decisioni relative ai minori l'*interesse superiore del minore* deve avere una considerazione prevalente)<sup>10</sup>. In questo primo significato l'espressione *interesse del minore* ha una pregnanza e una validità che non può essere messa in discussione e l'*interesse del minore* conserva la dignità di una categoria giuridica.

Può esservi, però, un secondo significato, riduttivo e per molti versi ambiguo, teso a sottolineare la duplice circostanza che la valutazione di ciò che è bene o male per un minore appartiene all'area della pura discrezionalità e che si tratta di una valutazione sottratta a qualunque onere di verifica dialettica e di confronto. In questo secondo significato l'espressione *interesse del minore* non ha alcuna connotazione giuridica ma è una espressione paternalistica ad alto rischio di approssimazione e di falsificazione. Una categoria insufficiente e inadeguata - rispetto alla stessa necessaria funzione di orientamento assegnatale dalla giurisprudenza - che ha subito una ormai definitiva erosione dei suoi primitivi significati di tutela.

E' convinzione di molti che la plausibilità giuridica e la coerenza sistematica della categoria *interesse del minore* siano ormai ridotte al minimo e che vi siano, invece, numerosi indizi che rendono necessario ormai assumere il *diritto soggettivo* come categoria centrale per una diversa e nuova strategia di protezione e di tutela della minore età<sup>11</sup>.

Questa convinzione è tratta da una riflessione sistematica intorno ai principali settori nei quali al giudice (ordinario o minorile) si chiede di adottare decisioni nell'interesse del minore: 1) la separazione e il divorzio (articoli 155 e 158 del codice civile, art.6 della legge sul divorzio); 2) gli interventi di controllo della potestà genitoriale di competenza dei tribunali per i minorenni (articoli 330 e seguenti del codice civile); 3) l'accertamento della situazione di abbandono e la dichiarazione di adottabilità (articoli 1 e 8 della legge 4 maggio 1983, n.184);

---

<sup>9</sup> FANNI (a cura di) *Quale processo per la famiglia e i minori*, Giuffrè, Milano 1999; DOSI, *L'avvocato per la famiglia e per i minori*, in *Dir. fam. e pers.*, 1994, 1127; DOSI, *L'avvocato per la famiglia e per i minori dalla contrapposizione all'interazione*, in *Fam. e dir.* 1995, 2, 178;; MARCUCCI, *Il ruolo dell'avvocato nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, 2, 188; AAVV, *L'avvocatura e i problemi attuali del diritto di famiglia*, Guerini, Milano, 1995, 51; GALIZIA DANONI, *L'avvocato europeo e il diritto di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, 417.

<sup>10</sup> Si usa il termine *minore* – il cui lessico è più vicino alla cultura giuridica - al posto di quello di *fanciullo* usualmente adoperato nelle traduzioni in italiano del testo della Convenzione di New York..

<sup>11</sup> Si rinvia ad alcune riflessioni in proposito già abbozzate in DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore. Alcune riflessioni*, in *Dir. fam. e pers.*, 1995, 1604.

4) il riconoscimento della filiazione naturale e la dichiarazione giudiziale di paternità naturale (art.250 nonché articoli 269 - 279 del codice civile)<sup>12</sup>.

Gli studi che fino agli inizi degli anni novanta erano rinvenibili sul tema dell'interesse del minore<sup>13</sup> non si occupavano dell'attendibilità giuridica di questa categoria ma ne fornivano soltanto i criteri di valutazione. La stessa giurisprudenza è sempre stata sul punto piuttosto evasiva e largamente stereotipata<sup>14</sup>. In questa situazione di approssimazione giuridica l'interesse del minore ha assolto finora ad una funzione cuscinetto; una sorta di *passepertout* discrezionale in nome del quale da un capo all'altro della penisola sono prese quotidianamente, attingendo al soggettivismo e alla discrezionalità, decisioni una diversa dall'altra. La stessa esperienza quotidiana degli avvocati impegnati nel diritto di famiglia conduce a questa conclusione<sup>15</sup>.

Il legislatore quando si riferisce alla protezione della minore età usa sia la parola "diritti" (es. l'art. 30 della Costituzione, l'art. 147 codice civile, la Convenzione sui diritti del minore, ratificata con legge 27 maggio 1991, n. 176 e così via) sia l'espressione "interesse del minore", esplicitamente o con espressioni equivalenti (es.l' art. 155 del codice civile; l'art. 6 della legge sul divorzio; gli articoli 11, 15, 19, 34, 46 della legge 4 maggio 1983, n. 184 sull'affidamento e l'adozione dei minori; l'art. 1 del DPR 22 settembre 1988 n. 448 sul processo penale minorile e così via).Tra l'area dei *diritti* e l'area dell'*interesse* c'è, quindi, da un punto di vista strutturale e normativo, differenza: altrimenti questa diversa terminologia non avrebbe senso. Sappiamo che l'esercizio della funzione giurisdizionale in materia minorile e familiare comporta non soltanto l'accertamento dell'esistenza di un certo diritto (per esempio il diritto del figlio ad essere mantenuto, educato ed istruito o il diritto del genitore ad esercitare la potestà sul figlio) ma anche l'indicazione di come concretamente tutelarlo, tenendo conto di criteri che la legge non può definire una volta per tutti ma che lascia all'apprezzamento del giudice. Nei settori sopra richiamati la funzione, quindi, dell'*interesse del minore* è quella di dare un'indicazione precisa sul criterio attraverso cui tutelare i diritti del minore. Ma non quella di sostituire la categoria dei "diritti soggettivi" del minore. Diritto e interesse sono due categorie strutturalmente e funzionalmente diverse. Il diritto soggettivo, costituisce il *prius* dell'interesse e non s'identifica con esso.

E' abbastanza frequente, viceversa, nel dibattito sull'interesse del minore l'affermazione più o meno esplicita, che diritto e interesse del minore siano la stessa cosa. Molto espressiva a questo proposito è l'affermazione ripetuta nella prassi secondo cui l'interesse del minore sarebbe la situazione giuridica soggettiva particolarmente qualificata posta a fondamento del diritto minorile; si tratta di un errore giacché il diritto soggettivo è certamente un interesse particolarmente qualificato ma l'interesse del minore non ha nulla a che vedere con questo tipo

---

<sup>12</sup> Per una valutazione d'insieme della categoria nel diritto civile si può fare riferimento al saggio su "l'interesse del minore nel sistema della legge civile" in QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, II ed, Giappichelli, Torino, 1999, 63.

<sup>13</sup> DELL'ANTONIO, *Il bambino conteso. Il disagio infantile nella conflittualità dei genitori separati*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 1993; DOGLIOTTI, *Che cosa è l'interesse del minore?*, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, 1086; DOGLIOTTI., *L'interesse del minore nella separazione dei coniugi*, in DELL'ANTONIO, DE LEO (a cura di), *Il bambino, l'adolescente, la legge*, Giuffrè, Milano, 1986, 81. LA GRECA, *Evoluzione del concetto di interesse del minore nella legislazione italiana*, in DELL'ANTONIO, DE LEO (a cura di) *Il bambino, l'adolescente, la legge*, Giuffrè, Milano, 1986, 29.

<sup>14</sup> DELL'ANTONIO, VINCENZI AMATO, *L'affidamento dei minori nelle separazioni giudiziali*, Giuffrè, Milano, 1992.

<sup>15</sup> DOSI, *L'avvocato per la famiglia e per i minori dalla contrapposizione all'interazione*, in *Fam. e dir.*, 1995, 2, 178.



di interesse qualificato; indica, invece, soltanto la direzione di tutela di un certo diritto. Sia da un punto di vista strutturale, che da un punto di vista funzionale, l'interesse del minore non può sostituire il diritto soggettivo ma indica la direzione nella quale tutelare e garantire i diritti soggettivi. Si tratta di due categorie che vengono, invece, con disinvoltura confuse tra loro o sovrapposte, con la conseguenza di sacrificare alcune tra le più indicative conseguenze di una corretta impostazione giuridica, prima fra tutte che il diritto soggettivo (a differenza dell'interesse) è garantito solo dalla giurisdizione. Se invece il punto di riferimento è costituito non dal diritto ma solo dall'interesse del minore lo stabilire che cosa sia più o meno bene per un minore rimane una funzione di mera amministrazione dipendente solo dalla sensibilità dei singoli giudici, dalle loro personali esperienze, dai valori condivisi.

La distinzione tra interesse e diritto è nota anche nel diritto amministrativo. Se una situazione giuridica è definita di diritto soggettivo essa troverà di fronte la giurisdizione con le sue regole, i suoi principi, le sue garanzie. L'interesse invece, quando assume la qualifica di interesse legittimo può configurarsi unicamente come pretesa al corretto esercizio del potere, sia pure a pena della risarcibilità delle lesioni eventualmente cagionate per comportamento illegittimo<sup>16</sup>.

La questione centrale che la giustizia minorile deve ancora risolvere è proprio questa: il passaggio da una giustizia intesa come amministrazione dell'interesse del minore ad una giustizia che si configuri come giurisdizione sui diritti del minore. Condizione che si potrà verificare soltanto con l'allocatione della giurisdizione minorile e familiare all'interno delle principali regole processuali della giurisdizione ordinaria.

Indizi molto evidenti del passaggio dalla valutazione dell'*interesse* del minore a quella dei suoi *diritti*, possono essere colti nella Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti dell'infanzia (legge 27 maggio 1991, n. 176) e nella Convenzione europea sull'esercizio dei diritti del minore del 25 gennaio 1996<sup>17</sup> ratificata soltanto di recente con la legge 20 marzo 2003, n. 77. Quest'ultima Convenzione attribuisce al minore che abbia sufficiente capacità di discernimento specifiche capacità processuali. Si tratta di una attribuzione molto significativa. Se il diritto è, infatti, la facoltà di agire per il soddisfacimento di un interesse, non ha senso attribuire diritti ad un minore se non gli si garantisce anche la capacità, nelle procedure in cui il suo interesse è necessariamente in conflitto quello dei suoi genitori, di stare autonomamente in giudizio con un proprio rappresentante.

Proprio in questa prospettiva la Corte d'appello di Genova, prima della riforma operata con la legge 28 marzo 2001, n. 149, aveva sollevato due volte la questione di legittimità costituzionale degli art. 333 e 336 c.c. e 738 e 739 c.p.c. nella parte in cui nel procedimento limitativo della potestà genitoriale - e cioè nel più tipico dei giudizi in cui è evidente il *conflitto di interessi* tra genitori e figli minori - non prevedono la nomina di un *curatore speciale* in rappresentanza del minore. E ciò sulla base del fatto che è ormai ampiamente consolidata la "*considerazione della posizione del minore quale soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi azionabili*" e che peraltro "*queste enunciazioni rischiano di tramutarsi in vuote clausole di stile, prive di contenuto concreto ove non trovino precisi riscontri in sede processuale*"<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Cass. sez. unite 22 luglio 1999, n. 500 in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

<sup>17</sup> FADIGA, *Dall'interesse al diritto del minore*, in MESTITZ (a cura di), *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, Giuffrè, Milano, 1997; DOSI, *Dall'interesse ai diritti del minore. Alcune riflessioni*, in *Dir. fam.*, 1995, 1604.

<sup>18</sup> Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 333, 336 c.c. nonché degli art. 738, 739 c.p.c. in relazione agli art. 24 co 3, 3, 29, 30, 31 cost. nella parte in cui non prevedono la nomina di un *curatore speciale* in rappresentanza del minore, nei procedimenti di

La Corte costituzionale ha dichiarato la questione inammissibile sotto il profilo che il giudice remittente non avrebbe adeguatamente motivato sulla rilevanza<sup>19</sup> e quindi la questione di costituzionalità è ancora aperta, anche se la legge 28 marzo 2001, n. 149, introducendo l'obbligo dell'assistenza del minore da parte di un difensore in queste procedure, ha reso di fatto la questione in parte superata. Soprattutto in seguito alle più recenti precisazioni della stessa Corte costituzionale – sulle quali si tornerà tra breve – circa il fatto che nelle procedure *de potestate* certamente il minore è da considerare parte del procedimento<sup>20</sup>.

Si profila, quindi, soprattutto per l'avvocato uno spazio di intervento di grandissimo rilievo. La possibilità, infatti, che i diritti di cui il minore è titolare possano essere azionati e fatti diventare reali, deve passare necessariamente attraverso l'intervento dell'avvocato.

Non è un caso, in questa prospettiva, che gran parte del dibattito e del confronto negli ultimi anni sui diritti dei minori e sulla giustizia minorile – sia pure, come è stato sottolineato, con non poche contraddizioni ed esitazioni<sup>21</sup> - abbia interessato il tema di come il sistema processuale minorile nel suo complesso possa attuare e rispettare pienamente i diritti del minore.

## LA DIFESA DEL MINORE NEL PROCESSO

### 1. Rappresentanza processuale e difesa processuale del minore. Precisazioni terminologiche.

Il concetto di rappresentanza in senso moderno si è formato, nell'esperienza giuridica italiana, con la codificazione del 1942. Il codice civile del 1865 – che inquadrava l'istituto all'interno del mandato – non ne prevedeva una disciplina autonoma, mentre il codice civile vigente omette di darne una definizione, indicandone, però, il meccanismo di operatività all'interno dell'art. 1388, in un capo autonomo all'interno della disciplina generale dei contratti, ove è stabilito che “*il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse*

---

limitazione della potestà (Appello Genova, 11 febbraio 2000 in *Fam. dir.*, 2000, 479 con nota di BET). Non è manifestamente infondata, con riferimento agli art. 2, 3 comma 2, 24, 30 e 31 cost. la questione di legittimità costituzionale degli art. 330, 333 e 336 c.c. e degli art. 738 e 739 c.p.c., nella parte in cui non è prevista, nei procedimenti ablativi o limitativi della potestà parentale, la nomina di un *curatore speciale* che rappresenti il minore (Appello Genova, 28 ottobre 1999 in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 907)

<sup>19</sup> E' manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale degli art. 333 e 336 c.c. e degli art. 738 e 739 c.p.c. sollevata dalla sezione per i minori della Corte d'appello di Genova – per violazione degli art. 2 terzo cpv, 24, 30 e 31 cost., nella parte in cui non prevedono la nomina di un *curatore speciale* per il minore nel procedimento Camerale limitativo della potestà genitoriale, in quanto il giudice ha sollevato la questione senza dare completa motivazione sull'effettiva mancanza nel vigente ordinamento di norme speciali o generali che consentano di effettuare tale nomina e, ancora, senza motivare sulla rilevanza della questione nel giudizio di reclamo davanti a lui proposto, di cui prospetta l'inammissibilità per carenza di legittimazione dei reclamanti (Corte cost., 22 novembre 2000, n. 528, in *Fam. dir.*, 2001, 121, con nota di GIANGASPERO; in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 914, con nota di PICCALUGA).

<sup>20</sup> Corte cost., 30 gennaio 2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302, con nota di PROTO PISANI, in *Giust. civ.*, 2002, I, 551 e 1467, con nota di CIANCI e TOTA, in *Fam. e dir.*, 2002, 229, con nota di TOMMASEO e ODINO, PASCHETTI.

<sup>21</sup> POCAR, RONFANI, *Il giudice e i diritti del minore*, Laterza, Bari, 2004.

*del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitigli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato*<sup>22</sup>.

La cura dell'interesse del rappresentato è, quindi, causa giustificativa dell'attribuzione del potere rappresentativo.

Le fonti della rappresentanza sono la legge o la volontà delle parti (art. 1387 c.c.). Nel primo caso è la legge stessa che crea l'ufficio al quale è collegata la legittimazione rappresentativa<sup>23</sup>. L'applicazione più importante è proprio riferita alla condizione di incapacità di agire, in cui la rappresentanza dell'incapace è attribuita ai genitori (art. 320 c.c.) o al tutore (articoli 357 e 424 c.c.) oppure, nei casi di *conflitto di interessi*, al *curatore speciale*. In tutti questi casi – e negli altri tipicamente indicati dalla legge – viene consentito lo svolgimento di un'attività giuridica a determinati soggetti che altrimenti non potrebbero svolgerla.

La funzione specifica della rappresentanza, quindi, è quella di sostituire l'interessato con un altro soggetto che agisce in sua vece per un'esigenza superiore di tutela dei soggetti che per vari motivi si trovano, potremmo dire, in una condizione di debolezza.

La nozione di rappresentanza legale è una nozione di diritto sostanziale.

Il potere sostitutivo di rappresentanza dei figli minori nei confronti dei terzi da parte dei genitori non è considerato dalla legge – come si avrà modo di vedere - del tutto libero. Infatti per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, tra i quali il promovimento di azioni giudiziarie, per conto dei figli minori, i genitori devono munirsi dell'autorizzazione del giudice tutelare (art. 320 c.c.) il quale deve valutare se quell'atto o quella iniziativa risponde all'interesse del minore.

Nel concedere l'autorizzazione il giudice tutelare è chiamato anche a nominare eventualmente al minore un *curatore speciale*, se riscontra l'esistenza di un "*conflitto di interessi patrimoniali tra i figli soggetti alla stessa potestà, o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà*". Il *curatore speciale* agisce, in tale evenienza, in sostituzione dei genitori (che altrimenti sarebbero pienamente legittimati) ed è chiamato a compiere, nell'interesse del minore, quel determinato atto giuridico a contenuto patrimoniale eccedente l'ordinaria amministrazione che i genitori non è opportuno che compiano essendosi evidenziata, appunto, una situazione di *conflitto di interessi*. Tra gli atti in questione, come detto, vengono espressamente annoverati gli atti con i quali si promuove (o si transige) in nome e nell'interesse di un minore una determinata azione giudiziaria concernente un affare eccedente l'ordinaria amministrazione.

Si può dire, quindi, che sia il genitore che il *curatore speciale* (quando vi è *conflitto di interessi*) si presentano con una doppia possibile veste. Di rappresentante *ad acta*, se devono compiere un determinato atto giuridico in nome e per conto del minore, e di rappresentante *ad processum* se devono agire in una causa.

In entrambe le evenienze descritte il genitore e il *curatore speciale* non perdono la loro caratteristica di rappresentanti sostanziali del minore. In entrambi i casi la nozione di rappresentanza appartiene, cioè, al diritto civile sostanziale.

---

<sup>22</sup> Oltre ai manuali istituzionali cfr D'AMICO, voce *Rappresentanza (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1988; NATOLI, voce *La rappresentanza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Giuffrè, Milano, 1987, 463, NATOLI, *La rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1977; DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, X, tomo 2, Utet, Torino, 1982; D'AVANZO, voce *Rappresentanza*, in *N.ss Dig. it. XIV*, Utet, Torino, 1967, 800; PAPANTI PELLETTIER, *Rappresentanza e cooperazione rappresentativa*, Milano, 1984;

<sup>23</sup> BRUSCUGLIA, *La rappresentanza legale*, in NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1977, Appendice, 137.

Ugualmente sempre al diritto sostanziale appartiene la nozione di rappresentanza alla quale fa riferimento il secondo comma dell'art. 75 c.p.c. (“*Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate... secondo le norme che regolano la loro capacità*”). La rappresentanza che si esercita in sede processuale da parte dei genitori è sempre la stessa rappresentanza legale loro attribuita dall'art. 320 c.c. e la sua fonte è sempre rinvenibile nel diritto civile sostanziale. Il rappresentante nel processo (*ad processum*) compie gli atti nel processo in nome e per conto del rappresentato; il soggetto rappresentato sta in giudizio per mezzo di chi lo rappresenta<sup>24</sup>.

Analogamente è nozione di diritto sostanziale la rappresentanza esercitata dal *curatore speciale* nominato in base all'art. 78 ultimo comma c.p.c. per porre riparo nel processo al *conflitto di interessi* con i genitori agenti in rappresentanza del figlio.

Tutte le volte, insomma, in cui il genitore o il *curatore speciale* agiscono nel processo in nome e per conto del minore, si può parlare di rappresentanza processuale, tenendo presente che si tratta di nozione di diritto sostanziale, sebbene se nel lessico e nella prassi giudiziaria questa espressione viene spesso riferita alla difesa tecnica (art. 82 c.p.c.) e cioè alla rappresentanza da parte del difensore nel processo<sup>25</sup>.

In sede penale, in dottrina, per riferirsi alla persona offesa incapace viene utilizzata l'espressione *rappresentanza processuale* per indicare l'attribuzione di facoltà, poteri, diritti, oneri ed obblighi ad un soggetto diverso dal titolare sul presupposto della incapacità del titolare stesso a stare in giudizio ed in supplenza del vuoto di rappresentanza legale di diritto civile (art. 77, 338 c.p.p.), precisandosi correttamente che in entrambi i casi il fondamento della rappresentanza va ricercato in una situazione di diritto privato<sup>26</sup>.

Lo stesso non può dirsi, naturalmente, per l'imputato, pienamente capace penalmente dal compimento dei quattordici anni (art. 97 c.p.), per il quale, quindi, non si può porre un problema di rappresentanza sostanziale da parte di terzi, anche in virtù della clausola personale di responsabilità penale (art. 27 Cost.). In tal caso quando si parla di rappresentante dell'imputato il riferimento non può che essere ai poteri di rappresentanza del difensore tecnico<sup>27</sup>.

Possono, perciò essere condivise le precisazioni terminologiche della dottrina processualistica<sup>28</sup> e si può riservare a quella che viene definita impropriamente rappresentanza processuale l'espressione meno equivoca di *difesa processuale* (difesa tecnica).

Si deve avere presente, in proposito, che per agire in giudizio in nome e per conto del minore non sempre i genitori o il *curatore speciale* hanno bisogno di ricorrere ad un avvocato. Se il procedimento è, per esempio, di volontaria giurisdizione, il minore - e in sua rappresentanza, quindi, il genitore ovvero il *curatore speciale* - può stare in giudizio personalmente. Negli altri casi - come ricorda l'art. 82 c.p.c. non sarà possibile “*stare in giudizio se con il ministero o con l'assistenza di un difensore*” il che, avviene in tutti i processi

---

<sup>24</sup> TOMMASEO, voce *Rappresentanza processuale*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1987, 9.

<sup>25</sup> Usano, per esempio, l'espressione *rappresentanza processuale*, per riferirsi all'art. 82 c.p.c. e cioè alla rappresentanza da parte del difensore, Cass. sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir e giust.*, 2003, 25, 108; Cass. sez. II, 6 agosto 2001, n. 10822, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1551; Cass. sez. II, 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.*, 2001, I, 695. Una volta chiarito, però, il significato dell'espressione la questione terminologica può essere considerata scarsamente rilevante.

<sup>26</sup> RICCIO, voce *Rappresentanza processuale (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1987, 11.

<sup>27</sup> RICCIO, voce *Rappresentanza processuale (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1987, 11; KOSTORIS, *La rappresentanza dell'imputato*, Milano, Giuffrè, 1986.

<sup>28</sup> TOMMASEO, voce *Rappresentanza processuale*, in *Enc. giur.*, XXV, Treccani, Roma, 1987.

civili a cognizione piena. Ugualmente l'imputato nell'ambito del processo penale, ha bisogno per stare in giudizio di un difensore (articoli 96 e 97 c.p.p.).

Il concetto di rappresentanza sostanziale nel processo può essere ben chiarito facendo riferimento al concetto di *legitimatio ad processum*, come titolarità di un potere e quindi di una situazione giuridica che abilita il soggetto al compimento di un atto<sup>29</sup>. Benché il concetto si presenti in termini piuttosto controversi, non c'è dubbio che è il rappresentante e non il rappresentato ad avere *legitimatio ad processum*, cioè legittimazione processuale. Lo chiarisce l'art. 75 c.p.c. secondo cui il minore non può stare in giudizio se non rappresentato secondo le norme del codice civile. Il minore che resti vittima di un incidente ha bensì la legittimazione ad agire (cosiddetta *legitimatio ad causam*: art. 100 c.p.c.) cioè è certamente titolare del diritto a chiedere il risarcimento dei danni, ma il potere di proporre la causa, cioè la legittimazione processuale (cosiddetta *legitimatio ad processum*: art. 75 c.p.c.), appartiene ai suoi genitori. Il potere di proporre la domanda, cioè di agire e stare in giudizio, costituisce un presupposto processuale, un requisito anteriore al processo, la cui mancanza determina la radicale nullità del processo<sup>30</sup>. Il giudice che, in ogni caso, rileva un difetto di rappresentanza può assegnare alle parti un termine per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza salvo che si sia verificata una decadenza (art. 182, comma 2 c.p.c.)<sup>31</sup>.

Il soggetto che sta in giudizio, quindi, è la parte o il suo rappresentante legale.

Il rapporto che, invece, lega la parte al proprio difensore può essere indicato come *difesa tecnica* processuale che può esplicarsi anche attraverso forme di rappresentanza da parte del difensore della parte ma qui il concetto si svolge su un piano diverso ed attiene ai poteri processuali del difensore<sup>32</sup>.

Tutte le volte in cui il genitore o il curatore nelle rispettive qualità hanno bisogno, per stare in giudizio, del ministero (art. 82 c.p.c.) di un difensore, dovranno nominare un avvocato. Così come dovranno nominarlo quando il difensore è previsto come obbligatorio.

L'*avvocato del minore* è, quindi, in questa prospettiva, l'avvocato che difende (cioè assiste e rappresenta) in sede processuale il minore *direttamente* – si pensi al difensore nel processo penale o all'avvocato nominato *curatore speciale* nel procedimento di adottabilità – o *indirettamente* attraverso la difesa (assistenza e rappresentanza) del genitore o, più spesso, del *curatore speciale*, non in proprio ma nella loro qualità di rappresentanti del minore anche eventualmente ammessi al patrocinio a spese dello Stato.

E' necessaria una precisazione conclusiva sul punto. In tutti i casi in cui si prevede la nomina di un difensore al minore, è presupposta di fatto una situazione di *conflitto di interessi*

---

<sup>29</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, XIII ed., Giappichelli, Torino, 2000, 283; TOMMASEO, voce *Legittimazione processuale (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XV, Treccani, Roma, 1987.

<sup>30</sup> SATTA, *Diritto processuale civile*, IX ed., a cura di Punzi, 1981, 94. Cfr anche Cass., sez. II, 5 giugno 1987, n. 4893, in *Giust., civ. Mass.*, 1987, 6, secondo cui la *legitimatio ad processum*, riferita alla capacità delle parti di stare in giudizio in proprio o con la debita rappresentanza, costituisce un presupposto processuale che attiene alla regolare costituzione del rapporto processuale e l'accertamento della sua esistenza o della sua mancanza può essere compiuto in ogni stato e grado del processo col solo limite della formazione del giudicato.

<sup>31</sup> Il dubbio di costituzionalità sollevato su questa disposizione venne ritenuto infondato da Corte cost. 19 giugno 1974, n. 179.

<sup>32</sup> CRISTIANI, *Commento agli articoli 96 e 97 c.p.p.*, in CHIAVARIO (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1989, 451; Frigo, *Difensore*, in AMODIO, DOMINIONI (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1989, 567; MANDRIOLI, *Dei difensori*, in *Comm. Allorio*, Torino, 1983, articoli 82-89; PUNZI, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi in onore di A. Segni*, IV, Giuffrè, Milano, 1967, 145.

tra il minore i suoi genitori. In tutti questi casi la nomina del difensore – al quale sono attribuite funzioni di assistenza e di rappresentanza (art. 82 c.p.c.) – potrà considerarsi sostitutiva della nomina di un rappresentante legale speciale. Nel senso che quando al *conflitto di interessi* si pone riparo mediante la nomina di un difensore (l'*avvocato del minore*, appunto) non è necessario nominare al minore un *curatore speciale*. Se da un punto di vista strettamente normativo (art. 320 ultimo comma c.c., art. 78 cpv c.p.c.) potrebbe ritenersi che la nomina di un rappresentante speciale, cioè sostitutivo dei genitori, debba rimanere un onere del giudice, tuttavia è del tutto ragionevole ipotizzare che la funzione di rappresentante sostanziale (*curatore speciale*) resti assorbita dalla nomina di un *curatore speciale*-difensore, appunto un *avvocato del minore*.

La stessa prassi dei tribunali per i minorenni e ordinari è decisamente orientata verso questa prospettiva. In nessun tribunale si nominano al minore insieme – quando previsto - un *curatore speciale avvocato* e un *curatore speciale non avvocato*; il primo assorbe evidentemente, nello stesso pensiero dei giudici, anche le funzioni di rappresentante sostanziale sostitutivo dei genitori.

La situazione merita, come ci si accinge a fare, ulteriori approfondimenti.

## 2. I modelli di riferimento per la rappresentanza e la difesa del minore nel processo

La figura dell'*avvocato del minore* attinge le proprie caratteristiche a tre diversi modelli di rappresentanza nel processo già presenti nell'ordinamento. In particolare al *curatore speciale* del minore, al difensore di ufficio del minore imputato nel processo penale e al difensore previsto nella legge sul patrocinio a spese dello Stato. A ciascuno di questi modelli è opportuno fare riferimento per una verifica della complessità dei problemi che convergono sulla nuova figura di *avvocato del minore*<sup>33</sup>.

### a) Il *curatore speciale* del minore

Il primo e principale modello al quale possono essere riferite le funzioni per così dire storiche dell'*avvocato del minore* è senz'altro quello del *curatore speciale* del minore.

Con l'espressione *curatore speciale* ci si riferisce nel sistema vigente alla funzione di rappresentanza di un incapace di agire affidata a soggetti determinati in particolari situazioni di disfunzionalità nel rapporto dell'incapace con chi lo rappresenta legalmente. Il *curatore speciale* del minore è, in particolare, il rappresentante del minore nominato nelle situazioni di *conflitto di interessi* con i genitori (o tra più figli minori) ovvero in caso di mancanza, inerzia o disinteresse da parte dei genitori stessi.

E' bene ribadire subito che il *curatore speciale* non è, nel sistema vigente, necessariamente un avvocato (anche se nella prassi, come si dirà, lo è ormai quasi sempre) e che le sue funzioni possono esplicarsi sia in relazione ad un atto (*curatore speciale ad acta*) sia in relazione ad un processo (*curatore speciale ad processum*). In entrambi i casi siamo in presenza di una funzione sostitutiva nella rappresentanza sostanziale dell'incapace di agire. Anche nell'ipotesi in cui la nomina sia *ad processum* è improprio parlare di rappresentanza processuale se con

---

<sup>33</sup> Si rinvia per un approfondimento a DOSI, *L'avvocato del minore: quali modelli?* in *Fam. e dir.*, 2001, 6, 668.

questa espressione si intende riferirsi al rapporto tra la parte e il suo difensore (art. 82 c.p.c.)<sup>34</sup>. Se il *curatore speciale* non è un avvocato, per agire o resistere in giudizio dovrà necessariamente rilasciare procura speciale ad un avvocato. Proprio la circostanza che l'attività del *curatore speciale* si esplica con maggiore frequenza in sede processuale (cioè come *curatore speciale ad processum* piuttosto che *ad acta*) ha fatto sì che la prassi si sia orientata nel corso degli ultimi anni verso l'attribuzione ad avvocati delle funzioni di *curatore speciale*.

Nell'ipotesi in cui al minore, rimasto privo dei genitori, sia stato nominato un tutore (art. 343 c.c.) – e in tutti i casi di tutela dell'interdetto (in virtù del rinvio operato dall'art. 424 c.c.) - il *conflitto di interessi* tra il tutore e il minore è preventivamente risolto attraverso la nomina di un protutore il quale “*rappresenta il minore nei casi in cui l'interesse di questo è in opposizione con l'interesse del tutore*” (art. 360 comma 1). Anche in questo caso residua, però, la possibilità di nomina di un *curatore speciale* al minore ogni qualvolta il protutore sia in *conflitto di interessi* con lui (art. 360 comma 2).

Nel diritto di famiglia si parla anche di *curatore* con riferimento a soggetti investiti di un ufficio di diritto privato, con funzioni di assistenza ad un singolo atto. Si tratta di soggetti ai quali viene affidato il compito di integrare con il proprio consenso la volontà dell'interessato - in particolare di un minore emancipato (art. 392 c.c.)<sup>35</sup> o di un maggiorenne inabilitato (art. 424 c.c.) - nel compimento di atti giuridici eccedenti l'ordinaria amministrazione (art. 394 c.c.). Il *curatore speciale* chiamato, invece, a rappresentare l'incapace per determinati atti (*curatore ad acta*) o anche in sede processuale (*curatore ad processum*)<sup>36</sup> non svolge né una funzione di mera assistenza, né compiti generali di protezione del soggetto incapace ma ha poteri di rappresentanza – cioè di sostituzione all'incapace - che gli sono conferiti con il provvedimento di nomina e che cessano con l'espletamento dell'incarico. Questa è la caratteristica e, insieme, il limite della funzione del *curatore speciale* del minore che lo contraddistinguono non solo dal curatore dell'emancipato o dell'inabilitato<sup>37</sup> ma anche da altre figure, quali il tutore o l'affidatario ai quali sono attribuite funzioni generali e continuative di protezione di un minore di età.

Il sistema civile vigente in tema di *curatore speciale* del minore è costruito intorno a tre nuclei di norme: a) innanzitutto in alcune specifiche norme del codice civile che prevedono la nomina di un *curatore speciale* quando si evidenzia un *conflitto di interessi* in occasione o per il compimento da parte dei genitori e per conto del minore di atti di natura patrimoniale di straordinaria amministrazione che la legge vuole che siano autorizzati dal giudice tutelare (art. 320 c.c.), oppure quando si riscontra l'inerzia o il disinteresse dei genitori sempre in relazione ad atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che appaiono di interesse per i figli minori (art.

---

<sup>34</sup> L'espressione *rappresentanza processuale* riferita a quanto prevede l'art. 82 c.p.c. è utilizzata da Cass. sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir e giust.*, 2003, 25, 108; Cass. sez. II, 6 agosto 2001, n. 10822, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1551; Cass. sez. II, 16 novembre 2000, n. 14866, in *Giust. civ.*, 2001, I, 695.

<sup>35</sup> Rientra in questa ipotesi la nomina di un *curatore speciale* per l'assistenza ad un minore autorizzato a contrarre matrimonio nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali (art. 90 c.c.).

<sup>36</sup> Non si rinviene in nessun testo o in nessuna sentenza la distinzione espressa tra *curatore speciale ad acta* e *curatore speciale ad processum* che può molto bene sintetizzare le funzioni principali affidate al *curatore speciale* nell'ordinamento vigente.

<sup>37</sup> Anche il *curatore speciale* nominato all'emancipato e all'inabilitato in caso di conflitti di interessi tra l'interessato e il curatore già nominatogli (art. 394, ult.comma c.c.) o in caso di rifiuto di quest'ultimo ad esprimere il proprio consenso all'atto (art. 395 c.c.) svolge funzioni di assistenza e non di rappresentanza.

321 c.c.)<sup>38</sup>; b) in secondo luogo una normativa applicabile al *conflitto di interessi* anche non patrimoniale tra incapace e rappresentante – e quindi anche tra minore e genitori esercenti la potestà – che si dovesse evidenziare in sede processuale (art. 78, 79 e 80 c.p.c.); c) infine, una normativa tassativa e tipica prevista nei codici e nelle leggi speciali, da considerare speciale rispetto alla precedente (art. 244 ultimo comma, 247 ultimo comma, 264 comma 2, 274 ultimo comma c.c. – ipotesi questa che va ricondotta, però, non tanto alla rappresentanza, quanto alla sostituzione processuale - e le norme della legge 4 maggio 1983 n. 184 per la dichiarazione di adottabilità).

Simmetricamente il sistema penale vigente prevede la nomina di un *curatore speciale* per i minori di quattordici anni (e per le persone interdette) in caso di mancanza del loro rappresentante legale o in presenza di un *conflitto di interessi* con i genitori (art. 120 e 121 c.p.) anche per l'esercizio dei diritti attribuiti agli stessi soggetti nel processo penale, nella qualità di persone offese (art. 90 c.p.p.).

E' opportuno soffermarsi in via preliminare e sintetica su tutte queste ipotesi di nomina del *curatore speciale* del minore e fare qualche ulteriore osservazione generale.

a) L'art. 320 c.c. prevede la nomina al minore di un *curatore speciale* in genere *ad acta* per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che il giudice tutelare è chiamato ad autorizzare - per ovviare ad una situazione di *conflitto di interessi* di natura patrimoniale tra figli soggetti alla stessa potestà o tra essi e i genitori o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà. L'art. 320 c.c. include espressamente nella categoria degli atti che il giudice è chiamato ad autorizzare anche il promovimento di una causa relativa ad atti eccedenti l'ordinaria amministrazione. In tale ultimo caso si può parlare di *curatore speciale ad processum* in quanto il compito attribuito al *curatore speciale* non si esaurisce nel compimento dell'atto autorizzato ma si esplica nella promozione e nella gestione della causa. Naturalmente se il *curatore speciale* non è un avvocato dovrà nominarne uno rilasciandogli regolare procura per agire in giudizio, sempre che la difesa tecnica sia processualmente necessaria (art. 82 c.p.c.). L'art. 320 c.c. attribuisce espressamente al giudice tutelare la competenza a nominare il *curatore speciale* nei casi ivi indicati<sup>39</sup>. Anche per i minori e gli interdetti sotto tutela il giudice tutelare è chiamato ad autorizzare il promovimento di azioni giudiziarie (art. 374).

b) L'art. 321 c.c. in caso di inerzia o disinteresse da parte dei genitori nel compimento di uno o più atti di interesse del figlio sempre eccedenti l'ordinaria amministrazione prevede che il giudice nomini al minore un *curatore speciale - ad acta o ad processum* a seconda dell'attività da svolgere – su richiesta degli interessati, dei congiunti o del pubblico ministero. La competenza alla nomina in difetto di una univoca indicazione nell'art. 321 c.c. viene attribuita dalla giurisprudenza al tribunale<sup>40</sup>.

c) Gli art. 78, 79 e 80 c.p.c. prevedono la nomina di un *curatore speciale* per la rappresentanza – sempre intesa in senso sostanziale - in sede processuale dell'incapace (e, quindi anche del minore) in caso di *conflitto di interessi* con il suo rappresentante legale.

---

<sup>38</sup> L'art. 321 c.c. pur facendo riferimento ad una situazione di disfunzionalità nel rapporto tra genitori e figli non configura tecnicamente una situazione di *conflitto di interessi*; cfr FERRI, Potestà dei genitori, in *Commentario c.c. a cura di Scialoja – Branca*, Libro I, persone e famiglia, art. 315-342, Zanichelli – Il Foro italiano, Bologna - Roma, 1988, 106.

<sup>39</sup> La giurisprudenza ha precisato che il *curatore speciale ad acta* nominato dal giudice tutelare può rappresentare il minore anche nei giudizi sorti in seguito ed in relazione a quell'atto (Cass. sez. unite, 16 ottobre 1985 n. 5073, in *Foro it.*, 1985, I, 2550).

<sup>40</sup> Cass. sez. I, 13 marzo 1992, n. 3079, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 3, e in *Vita notar.*, 1992, 1146.



Contrariamente a quanto una parte della giurisprudenza aveva in passato ritenuto<sup>41</sup> le norme indicate non sono generali rispetto a quelle asseritamente speciali previste nel codice civile, ma trovano applicazione in via generale anche per i minori ogni qualvolta in sede processuale si ravvisa un *conflitto di interessi* tra il rappresentante e l'incapace. L'art. 78 c.p.c. individua, in verità, due ipotesi di nomina del *curatore speciale*. Al primo comma si prevede il caso di nomina del *curatore speciale* in via urgente e provvisoria quando manca il rappresentante al soggetto incapace che deve eseguire un determinato atto o esercitare una determinata azione; in tal caso la nomina è destinata a venir meno quando subentrerà colui al quale spetta la rappresentanza; il secondo comma dell'art. 78 c.p.c. prevede, invece, come si è detto, l'ipotesi generale della nomina di un *curatore speciale* per i casi di *conflitto di interessi* tra rappresentante e rappresentato. Come si è già detto il *curatore speciale* non è necessariamente un avvocato e quindi dovrà necessariamente nominare un difensore se intende costituirsi nel processo. La nomina è attribuita alla competenza del presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa (art. 80 primo comma c.p.c.).

d) In via tipica e tassativa, ma in applicazione pur sempre della medesima esigenza di ovviare ad un *conflitto di interessi*, la nomina del *curatore speciale* è prevista, poi, in talune situazioni da considerare speciali rispetto al contesto normativo da ultimo richiamato. La caratteristica comune di queste situazioni va individuata nella circostanza che il minore in esse – salvo il caso di cui all'art. 274 c.c. in cui si realizza una ipotesi di sostituzione processuale – è considerato *litisconsorte* necessario. La nomina è un atto generalmente dovuto (art. 247 ultimo comma c.c. in caso di azione di disconoscimento azionato dalla madre o dal padre nei confronti di un minore; art. 264 comma 2 c.c. in caso di autorizzazione per l'impugnazione da parte del minore del riconoscimento per difetto di veridicità<sup>42</sup> e art. 17 comma 2 della legge 4 maggio 1983 n. 184 per il giudizio di opposizione all'adottabilità) mentre solo in una ipotesi costituisce un atto subordinato ad una valutazione di corrispondenza della causa all'interesse del minore (art. 244 ultimo comma c.c., per il disconoscimento della filiazione legittima, su istanza del pubblico ministero o dello stesso minore che ha compiuto i sedici anni). In un caso, invece – in cui c'è sostituzione processuale del genitore al figlio minore (cioè esercizio dell'azione in nome proprio e nell'interesse altrui: art. 81 c.p.c.) - la nomina è discrezionale (art. 274 ultimo comma c.c. per l'azione di dichiarazione della paternità o della maternità naturale di un minore).

e) Sul versante penale una distinzione analoga a quella indicata nell'art. 78 c.p.c. è prevista nell'art. 121 del codice penale (diritto di querela esercitato da un *curatore speciale*) dove si prevede – come si è sopra accennato - che, nei casi di persona offesa interdetta o minore di quattordici anni, la querela possa essere proposta da un *curatore speciale* quando manchi il rappresentante legale oppure quando l'incapace si trovi con il suo rappresentante legale in situazione di *conflitto di interessi*. In entrambi i casi – richiamati dall'art. 90 c.p. per l'esercizio dei diritti attribuiti alla persona offesa dal reato - alla nomina provvede il giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero e il *curatore speciale* nominato ha anche la facoltà di costituirsi parte civile (art. 338 del codice di procedura penale), nominando

---

<sup>41</sup> L'orientamento interpretativo è stato condiviso in passato tra l'altro da Cass. sez. II, 10 agosto 1982, n. 4491, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 8 e da Cass. sez. I, 10 marzo 1995, n. 2800, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 573 ed è poi stato ripudiato espressamente a partire da Cass. sez. II, 6 agosto 2001, n. 10822, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1551 seguita da Cass. sez. II, 30 maggio 2003, n. 8803, in *Dir e giust.*, 2003, 25, 108.

<sup>42</sup> La dottrina riferisce queste ipotesi alla sostituzione processuale (agire in giudizio in nome proprio per la tutela di un interesse altrui) piuttosto che alla rappresentanza processuale (agire in nome altrui), ma la distinzione non ha ricadute pratiche particolari

s'intende, all'uopo, un avvocato (art. 82 c.p.c.). Un identico meccanismo è previsto per l'accettazione della remissione di querela (art. 155 del codice penale e art. 340 del codice di procedura penale). E' veramente singolare, e costituisce certamente una lacuna da eliminare, che la legge penale sembri prevedere espressamente per i casi di *conflitto di interessi* la nomina di un *curatore speciale* soltanto in ipotesi di reati perseguibili a querela e non per le ipotesi più gravi perseguibili d'ufficio. E, inoltre, soltanto quando il minore abbia meno di quattordici anni. E' evidente, quindi, che bisognerà tendere ad una interpretazione estensiva e verificare se anche in sede penale non sia possibile ipotizzare un generale potere di nomina di un *avvocato del minore* per ogni evenienza di *conflitto di interessi* tra il minore parte offesa e il suo rappresentante legale.

Il modello del *curatore speciale* è, perciò, il primo e principale modello che può definire le caratteristiche funzionali dell'*avvocato del minore*. La situazione, infatti, dalla quale trae origine il procedimento per la limitazione o la decadenza della potestà genitoriale (art. 336 c.c.) e il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 8 della legge 4 maggio 1983 n. 184) – oggetto specifico della riforma introdotta dalla legge 149 del 2001 – costituiscono ipotesi di oggettivo *conflitto di interessi* tra il genitore e il minore abusato o abbandonato. Questa è anche l'opinione espressa nel vigore del precedente testo dell'art. 336 c.c., da una parte sensibile della giurisprudenza che si era posta il problema della compatibilità costituzionale delle norme che non prevedono l'obbligatoria nomina di un *curatore speciale* in quei procedimenti.<sup>43</sup> La questione è ora naturalmente superata dalla previsione legislativa di cui alla richiamata legge 28 marzo 2001 n. 149 che, prendendo atto dell'esistenza nei casi di abuso di un evidente *conflitto di interessi* tra minore e genitori e in attuazione del principio del necessario contraddittorio nel processo civile minorile, ha introdotto anche nel procedimento regolato dall'art. 336 ultimo comma c.c. l'obbligo della nomina di un *avvocato del minore*.

Va anche in questa sede ribadito come la nomina di un *avvocato del minore* (*curatore speciale* avvocato) non può che assorbire in sé le funzioni di rappresentanza sostanziale attribuite dalla legge al *curatore speciale*. Mentre cioè quando la nomina di un *curatore speciale* si indirizza verso soggetti diversi dall'avvocato, il curatore nominato, se richiesto dalla legge, dovrà nominare a sua volta un avvocato, quando il giudice dovesse nominare direttamente un avvocato alle funzioni di *curatore speciale*, è evidente che non servirà la nomina di un *curatore speciale* per la rappresentanza sostanziale del minore.

Tra i casi di *conflitto di interessi* che potrebbero legittimare la nomina di un *curatore speciale del minore* è stato ipotizzato in passato anche il giudizio di separazione o di divorzio. La Corte costituzionale con la sentenza 14 luglio 1986, n. 185 non ha ritenuto incostituzionale il fatto che in tali procedimenti non sia previsto l'obbligo di nomina di un *curatore speciale* al minore sulla base della considerazione che il minore non è considerato parte nei procedimenti in questione. L'affermazione è da condividere pienamente. Nella stessa decisione la Corte ha avuto anche modo di indicare le differenze tra le situazioni di nomina obbligatoria di un rappresentante sostitutivo dei genitori (casi in cui il giudizio attiene allo status del minore, come nei giudizi di disconoscimento e di opposizione all'adottabilità in cui il minore è parte processuale) e le situazioni in cui la nomina è solamente facoltativa, come potrebbe avvenire in tutti i casi di conflitto di interesse, ivi compresa in casi estremi, anche la separazione quando fosse rilevata una conflittualità molto alta tra i genitori del minore.

---

<sup>43</sup> In proposito la Corte d'appello di Genova (una prima volta con ordinanza in data 28 ottobre 1999, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 907 e una seconda volta con ordinanza in data 11 febbraio 2000, in *Fam. e dir.*, 2000, 5, 479) aveva proprio sollevato una questione di costituzionalità dichiarata, però, inammissibile per difetto di rilevanza (Corte cost. 15 novembre 2000, n. 528, in *Fam. e dir.*, 2001, 2, 121).

Si comprende bene, quindi, come tra la figura del *curatore speciale* (nominato per risolvere per lo più situazioni di *conflitto di interessi*) e quella del *curatore speciale /avvocato* (nominato per assistere il minore che sia parte processuale) non vi è affatto né continuità né contiguità, potendo il *curatore speciale* essere nominato anche quando non ricorrono i presupposti per la nomina dell'avvocato ed essendo quest'ultimo destinato, invece, ad operare soltanto nei casi in cui al minore si riconosca la qualità di parte processuale.

Nella prassi vigente il *curatore speciale* è, come si è detto, un avvocato anche se si assiste a casi – che non sono, però, frequenti - di nomina alla funzione di *curatore speciale* anche di persone (spesso assistenti sociali) che non esercitano la professione di avvocato. Tutte le volte in cui l'incarico di *curatore speciale* è attribuito ad un soggetto che non esercita la professione legale, per le attività processuali il soggetto nominato dovrà necessariamente nominare un avvocato<sup>44</sup>. In tal caso la fonte del potere di rappresentanza è, come avviene in via ordinaria, la *procura ad litem*. In tutti i casi in cui, invece, il *curatore speciale* è un avvocato (come avviene nella maggioranza dei casi) la fonte del potere di rappresentanza è costituita dal decreto di nomina. Come si diceva all'inizio, la nomina dell'*avvocato del minore* nelle procedure di controllo della potestà genitoriale o in quelle di adottabilità non può che essere sempre d'ufficio.

Per quanto concerne la retribuzione del *curatore speciale* avvocato allo stato della normativa ben poco dice la legge. La prassi ha per molto tempo fatto riferimento alle (non più vigenti) norme sul gratuito patrocinio (Regio decreto 30 dicembre 1923 n. 3282) applicabili in quanto il minore secondo un orientamento che non può essere, però, condiviso, si dovrebbe trovare per definizione, in quanto minore, nella condizione per essere ammesso al beneficio. Una strada esplorata dalla prassi giudiziaria è stata quella indicata in tema di retribuzione del difensore dall'art. 75 della legge 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione il quale prevede, con espressione lessicale non felice, che “*l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato comporta l'assistenza legale alle procedure previste ai sensi della presente legge*”. Si tratta, in sostanza, di una estensione alle procedure di adottabilità del patrocinio a spese dello Stato che era stato introdotto per il processo del lavoro dalla legge n. 533 del 1973. Questa estensione andava anche oltre i casi che successivamente vennero previsti dalla legge 30 luglio 1990 n. 217 la quale, fino alla recente modifica di cui alla legge 29 marzo 2001 n. 134 (ora Testo unico approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115) non interessava che marginalmente il processo civile. In base all'art. 75 della legge 4 maggio 1983 n. 184 la parte privata (per esempio il genitore nei cui confronti inizia la procedura di adottabilità) può richiedere al presidente del tribunale per i minorenni di essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato e in tal caso “*la liquidazione delle spese, delle competenze e degli onorari viene effettuata dal giudice, con apposita ordinanza, a richiesta del difensore allorché l'attività di assistenza di quest'ultimo è da ritenersi cessata*”. La prassi minorile ha riconosciuto questa opportunità anche al *curatore*

---

<sup>44</sup> La prassi conosce anche casi in cui l'avvocato nominato *curatore speciale* si trova nella necessità di nominare a sua volta un altro avvocato per l'esercizio dei diritti spettanti al proprio rappresentato in sede processuale. Se, però, il *curatore speciale* ha, come avvocato, lo *ius postulandi* non si vede per quale motivo debba rilasciare procura ad un altro avvocato; a meno che, dovendo agire davanti alla Corte di cassazione e non essendo iscritto all'albo degli avvocati cassazionisti, non ne sia costretto per garantire la rappresentanza in giudizio del rappresentato. Nella prassi si verifica anche che il *curatore speciale* avvocato – non iscritto, per esempio, nell'elenco dei difensori per il patrocinio a spese dello Stato - debba nominare a sua volta un avvocato iscritto in tale elenco, per consentire al proprio assistito di giovare delle norme sul patrocinio a spese dello Stato. A questa situazione, come si dirà, si potrà ovviare con l'indicazione dei medesimi requisiti per gli elenchi sia dei difensori per il patrocinio a spese dello Stato che per quelli idonei e disponibili per la difesa dei minori.

*speciale* nominato in sede di opposizione all'adottabilità. A condizione, però, ha aggiunto la Corte di cassazione recentemente, che il *curatore speciale* sia stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato<sup>45</sup>. L'orientamento è stato fatto proprio dall'art. 143 del Testo unico sulle spese di giustizia (approvato, come sopra detto, con il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115) il quale prevede che le spese nei processi previsti dalla legge in materia di adozione “*per effetto dell'ammissione al patrocinio sono pagate dall'erario*”.

## b) Il difensore di ufficio del minore nel procedimento penale

Il secondo modello vigente che fa da sfondo alla figura dell'*avvocato del minore* è costituito dal difensore di ufficio nei procedimenti penali.

La fonte del potere di rappresentanza, in questi casi, è costituita senz'altro dal decreto di nomina (art. 97 del codice di procedura penale e art. 28 delle norme di attuazione del codice di procedura penale)

A differenza di quanto avviene per il *curatore speciale* (per il quale le norme civili non approfondiscono né i requisiti né i criteri di nomina) le norme processuali vigenti contengono in relazione alla nomina del difensore di ufficio una normativa specifica di attuazione recentemente riformata (art. 29 delle norme di attuazione del codice di procedura penale nel testo modificato dalla legge 6 marzo 2001, n. 60). In particolare si prevede che il consiglio dell'ordine degli avvocati sia tenuto a predisporre e aggiornare ogni tre mesi l'elenco degli avvocati “*idonei e disponibili*” ad assumere l'incarico. Si prevede, in particolare, che per l'iscrizione è necessario il conseguimento di un attestato di idoneità rilasciato dall'ordine forense di appartenenza al termine della frequenza di corsi di aggiornamento professionale organizzati dai medesimi ordini e dalle camere penali ove costituite. In alternativa, ed anche, quindi, senza attestato di idoneità, possono essere iscritti nell'albo dei difensori di ufficio gli avvocati che documentano di aver esercitato la professione in sede penale per almeno due anni. Il sistema previsto deve garantire la rotazione automatica e, per il caso di procedimenti a carico di detenuti, la reperibilità.

Nel caso di imputati minorenni il consiglio dell'ordine forense deve predisporre elenchi di avvocati che abbiano specifica preparazione nel diritto minorile (art. 11 DPR 22 settembre 1988, n. 448 contenente disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni) e all'uopo aggiorna almeno ogni tre mesi l'elenco degli avvocati disponibili (art. 15 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272 contenente le norme di attuazione del DPR citato). Il medesimo articolo 15 al secondo comma chiarisce che “*Ai fini dell'art. 11 del DPR 22 settembre 1988 n. 448 si considera in possesso di specifica preparazione chi abbia svolto non saltuariamente la professione forense davanti alle autorità giudiziarie minorili o abbia frequentato corsi di perfezionamento e aggiornamento per avvocati nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell'età evolutiva*”. Per l'organizzazione dei Corsi il terzo comma dell'art. 15 del D. Lgs 272 prevede che “*Il consiglio dell'ordine forense dove ha sede il*

---

<sup>45</sup> Cass. sez. I, 29 ottobre 2001, n. 13358, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1807: nel giudizio conseguente alla opposizione allo stato di adottabilità, la liquidazione da parte del giudice degli onorari in favore del difensore del *curatore speciale* del minore – ai sensi dell'art. 75 della legge 184 del 1983 (il quale rinvia espressamente all'art. 14 della legge n. 533 del 1973) – presuppone la previa avvenuta ammissione del minore medesimo al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, non operando tale ultimo beneficio *ope legis* essendo lo stesso subordinato sia al possesso di specifici requisiti che attengono alla non abbenza, sia alla previa presentazione di una specifica istanza.

*tribunale per i minorenni, d'intesa con il presidente del tribunale per i minorenni e con il procuratore della repubblica per i minorenni, organizza annualmente corsi di aggiornamento per avvocati nelle materie attinenti il diritto minorile e le problematiche dell'età evolutiva".* Molto appropriata, in relazione a quanto si è detto circa le competenze non solo tecnico professionali ma anche connesse alla formazione in senso ampio di una sensibilità sulla minore età, è la circostanza che i corsi di aggiornamento debbano avere ad oggetto anche le problematiche dell'età evolutiva. Negli ultimi anni i corsi si sono svolti un po' ovunque e sono stati estesi all'approfondimento anche delle problematiche giuridiche di carattere civile, tanto che nella prassi di alcuni tribunali dagli elenchi di difensori di ufficio vengono tratti anche i nominativi degli avvocati nominati alle funzioni di *curatore speciale*.

Come più approfonditamente si dirà nella parte dedicata all'avvocato nel sistema penale, la predisposizione delle tabelle dei turni giornalieri dei difensori d'ufficio per garantire la reperibilità è materialmente curata dal consiglio dell'ordine distrettuale - dove ha sede, cioè, il tribunale per i minorenni - al quale compete anche, come si è detto, l'organizzazione dei corsi di aggiornamento. Alla predisposizione delle tabelle è dedicato il terzo comma dell'art. 15 del D. Lgs 272 stabilisce che *"Il consiglio dell'ordine forense dove ha sede il tribunale per i minorenni provvede alla formazione della tabella a norma dell'art. 29 commi 3, 4 e 5 del decreto del Presidente della Repubblica (in verità è un decreto legislativo) contenente le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, d'intesa con il presidente del tribunale per i minorenni, che ne cura la trasmissione alle autorità giudiziarie minorili del distretto"*.

A proposito dell'art. 29 delle norme di attuazione del processo penale ordinario (D. Lgs 28 luglio 1989, n. 271), non può che essere apprezzato l'intervento di modifica operato su tale norma dalla legge 1° marzo 2001, n. 63 (Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di formazione e valutazione della prova in attuazione della legge costituzionale di riforma dell'art. 111 della Costituzione)<sup>46</sup> che ha rafforzato, con la previsione di una procedura informatizzata, sostitutiva del sistema delle tabelle, l'automatismo nella nomina del difensore di ufficio nell'intento di limitare scelte discrezionali degli organi che procedono alla nomina del difensore<sup>47</sup>. All'art. 29 in questione fa riferimento, come si è visto, il terzo comma dell'art. 15 del D. Lgs 272 del 1989 ma si discute se l'informatizzazione debba

---

<sup>46</sup> Sulla riforma cfr DELLA CASA, *Nuove norme sulla difesa d'ufficio e sull'ammissione dei non abbienti al patrocinio a spese dello Stato*, in CONSO - GREVI, *Compendio di procedura penale. Appendice di aggiornamento*, Cedam, 2001; RUGGIERI, *La difesa d'ufficio*, in FILIPPI (a cura di) *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Cedam, 2001, 569.

<sup>47</sup> Il nuovo testo dell'art.29 delle norme di attuazione del processo penale ordinario prevede in proposito l'istituzione, presso il consiglio dell'ordine forense di ciascun capoluogo del distretto di corte d'appello, di un apposito ufficio con recapito centralizzato che, mediante linee telefoniche dedicate, fornisce i nominativi dei difensori d'ufficio a richiesta dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria. L'ufficio in questione gestisce separatamente gli elenchi dei difensori d'ufficio di ciascun ordine forense esistente nel distretto di corte d'appello. Il sistema informatizzato deve garantire: a) che l'indicazione dei nominativi rispetti un criterio di rotazione automatico tra gli iscritti nell'elenco; b) che sia evitata l'attribuzione contestuale di nomine, ad un unico difensore, per procedimenti pendenti innanzi ad un'autorità giudiziaria e di polizia distanti tra di loro e, comunque, dislocate in modo da non permettere l'effettività della difesa; c) l'istituzione di un turno differenziato, per gli indagati e gli imputati detenuti, che assicurati, attraverso un criterio di rotazione giornaliera dei nominativi, la reperibilità di un numero di difensori d'ufficio corrispondente alle esigenze. Il presidente del consiglio dell'ordine forense o un componente da lui delegato vigila sul rispetto dei criteri per l'individuazione e la designazione del difensore d'ufficio.

o meno riguardare anche gli elenchi per i difensori d'ufficio dei minorenni in quanto il rinvio va letto come riferito ai commi 3, 4 e 5 dell'originario testo dell'art. 29 che si limitava a prescrivere la formazione delle tabelle dei turni con le precedenti modalità. D'altro lato l'istituzione del sistema informatizzato è espressamente escluso "se il procedimento concerne materie che riguardano competenze specifiche" (vigente art. 29 comma 2 ultima parte) ed appare forse eccessivamente laborioso per le dimensioni delle tabelle minorili. L'opinione della dottrina è favorevole all'estensione del nuovo sistema anche ai difensori d'ufficio nel settore penale minorile<sup>48</sup> ritenendo che il meccanismo di nomina automatica dei difensori debba anche in sede minorile insistere sull'ufficio centralizzato istituito presso l'ordine forense dove ha sede il tribunale per i minorenni, sulla base della considerazione che il nuovo sistema depone per un rafforzamento delle garanzie anche in relazione alla circostanza che alla nomina consegue l'ammissione automatica al patrocinio a spese dello Stato.

In relazione a quanto sopra, appare, in ogni caso, del tutto incomprensibile il mancato riferimento nell'art. 15 anche all'originario ottavo (attuale sesto) comma del nuovo art. 29 (secondo cui "Il presidente del consiglio dell'ordine forense o un componente da lui delegato vigila sul rispetto dei criteri per l'individuazione e la designazione dei difensori d'ufficio") che avrebbe consentito un controllo sulle designazioni dei difensori d'ufficio nei tribunali per i minorenni.

Il difensore di ufficio ha l'obbligo di prestare il patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo (art. 98 comma 5 del codice di procedura penale) e cessa dalle sue funzioni se viene nominato un difensore di fiducia (art. 98 comma 6 del codice di procedura penale).

L'attività del difensore di ufficio nel processo penale – salva l'applicazione, che è stata consentita fino al luglio 2002, delle norme sul gratuito patrocinio qualora applicabili - è in ogni caso retribuita dall'interessato (art. 31 delle norme di attuazione del codice di procedura penale) il quale potrà anche richiedere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato in base alla legge 30 luglio 1990, n. 217 (art. 98 codice di procedura penale), sussistendone i presupposti che dal 1° luglio 2001 sono costituiti dalla titolarità di un reddito familiare non superiore ai 18 milioni annui elevati di due milioni per ognuno dei familiari conviventi che conseguono redditi (art. 3 legge 29 marzo n. 2001 n. 134). Come meglio si dirà, trattando il tema della retribuzione del difensore, sia la legge 217 del 1990 che la riforma del 2001 sono poi stati trasfusi nel Testo unico sulle spese di giustizia approvato con il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 dove i limiti di reddito sono indicati, naturalmente in euro, e precisamente in euro 9.296,22 annui.

Per gli imputati minorenni l'art. 1 comma 5 della legge 30 luglio 1990 n. 217 (ora art. 118 del citato Testo unico sulle spese di giustizia) prevede in ogni caso la corresponsione degli onorari a carico dello Stato per i difensori di ufficio salvo il diritto dello Stato di ripetere le somme corrisposte nei confronti del minorenne e dei suoi familiari che superano gli indicati limiti di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

### c) Il difensore nella legge sul patrocinio a spese dello Stato

---

<sup>48</sup> PRESUTTI, *La posizione del minore*, in PALERMO FABRIS E PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, vol. V, Milano, Giuffrè, 2002, 347; SFRAPPINI, *Art. 11 del DPR 448/88* in GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile*, Giuffrè, Milano, 2001, 111. Esprime opinione contraria, invece, PANSINI, *Lo svolgimento del processo ordinario*, in PALERMO FABRIS E PRESUTTI (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, vol. V, Giuffrè, Milano, 2002, 483.

Il terzo modello esistente è il modello di difensore previsto nella normativa sul patrocinio a spese dello Stato sia in sede penale che civile.

In sede civile si deve fare riferimento, in particolare, alle modifiche introdotte in tema di patrocinio a spese dello Stato dalla legge 29 marzo 2001, n. 134 nella parte in cui ha generalizzato il beneficio a tutte le procedure civili. Come detto, sia la legge 217 del 1990 che la riforma del 2001 sono poi stati trasfusi nel Testo unico sulle spese di giustizia approvato con il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. Prima della riforma il patrocinio a spese dello Stato in sede civile era assicurato nelle sole cause di risarcimento dei danni cagionati da reato. L'attuale sistema lo garantisce in tutti i giudizi civili (o amministrativi) nonché nelle procedure di volontaria giurisdizione (art. 15 *bis* legge 30 luglio 1990 n. 217 nel testo modificato dalla citata legge 134 del 2001, ora art. 74 Testo unico sulle spese di giustizia).

I limiti di reddito per essere ammessi al beneficio in sede civile sono inferiori a quelli previsti per i procedimenti penali (sempre 9.296,22 euro all'anno – come previsto in via generale dall'art. 76 del Testo unico, tenendo conto di tutti i redditi percepiti dai familiari conviventi, ma senza aumento di euro 1.032,92 per ognuno dei familiari percettori come previsto per il patrocinio in sede penale: art. 92 Testo unico). La parte che si trova in queste condizioni può chiedere di essere ammessa al beneficio con istanza personale autenticata dal difensore designato e presentata per il patrocinio in sede penale direttamente al magistrato e per il patrocinio in sede civile al consiglio dell'ordine degli avvocati contenente, in quest'ultima ipotesi, anche *“le enunciazioni in fatto e in diritto utili a valutare la fondatezza della pretesa che si intende far valere con la specifica indicazione delle prove la cui ammissione si intende chiedere”*(art. 15-*quinquies* comma 4). Il magistrato o il consiglio dell'ordine, nei dieci giorni successivi, verificata l'ammissibilità dell'istanza, ammettono l'interessato al patrocinio a spese dello Stato. I compensi sono liquidati al difensore e all'eventuale consulente tecnico dall'autorità giudiziaria contestualmente alla decisione di merito, previo parere del consiglio dell'ordine degli avvocati.

L'intera normativa sul patrocinio a spese dello Stato non è direttamente riferibile alla difesa del minore in quanto, essendo la nomina del difensore del minore effettuata necessariamente d'ufficio dal giudice, l'unica disposizione di cui si può ipotizzare l'applicazione è, allo stato della normativa, quella che prevede le modalità di liquidazione dei compensi. Come si è visto provvede a questa estensione il disegno di legge n. 4294 del 19 settembre 2003 intitolato *“Disciplina della difesa d'ufficio nei giudizi civili minorili e modifica degli articoli 336 e 337 del codice civile in materia di procedimenti davanti al tribunale per i minorenni”*<sup>49</sup>.

Interessa qui mettere in risalto, però, soprattutto il profilo relativo ai requisiti che la legge prevede per l'iscrizione all'elenco degli avvocati per la difesa a spese dello Stato. Questi requisiti possono essere senz'altro riferibili anche all'*avvocato del minore*. La parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato nomina un difensore scegliendolo dall'apposito elenco predisposto dal consiglio dell'ordine degli avvocati e formato dagli avvocati che ne fanno domanda e che siano in possesso dei seguenti requisiti: a) attitudini ed esperienza professionale, b) assenza di sanzioni disciplinari, c) anzianità professionale non inferiore a sei anni; l'inserimento nell'elenco è revocato in caso di intervenuta sanzione disciplinare e l'elenco è rinnovato ogni anno ed è pubblico (art. 17 *bis* legge 30 luglio 1990 n. 217 così come introdotto dalla legge 134 del 2001, ora art. 81 del Testo unico sulle spese di giustizia).

---

<sup>49</sup> Il testo del disegno di legge è in *Fam. e dir.*, 2003, 491 ed è riportato in Appendice.

### 3. Un modello unitario di *avvocato del minore*

I tre modelli normativi di difesa processuale richiamati (*curatore speciale*, difensore d'ufficio nel procedimento penale e difensore nei procedimenti civili con patrocinio a spese dello Stato) contengono i riferimenti necessari per definire le caratteristiche minime ordinamentali, professionali e di formazione che l'*avvocato del minore* deve possedere.

Dall'esame dei tre modelli sopra indicati emergono le seguenti caratteristiche della figura dell'*avvocato del minore*:

a) All'*avvocato del minore* sono attribuite in sede civile le funzioni di rappresentanza ad *processum* attualmente attribuite al *curatore speciale del minore* e in sede penale le funzioni di rappresentanza attribuite al difensore dell'imputato minore e della persona offesa minore. Con la conseguenza che il difensore del minore assorbe in sé le funzioni di rappresentanza sostitutiva dei genitori già precedentemente attribuite al *curatore speciale*. Nulla è innovato rispetto alle funzioni civili attualmente attribuite al *curatore speciale ad acta* che rimangono disciplinate dal procedimento di autorizzazione previsto negli art. 320 e 321 del codice civile.

b) In sede civile la nomina dell'*avvocato del minore* è effettuata - d'ufficio ovvero su richiesta degli interessati o, nei casi previsti, di chiunque vi abbia interesse - dal presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale deve svolgersi o si svolge la causa, in tutti i casi in cui, essendo il minore parte processuale, il giudice ne ravvisi un *conflitto di interessi* con il suo rappresentante legale. Fanno eccezione a questa regola le ipotesi tassative previste per l'esercizio della azione di *status* in materia di filiazione in cui non è data azione al di fuori dei casi previsti<sup>50</sup>. In sede penale la nomina è effettuata dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero, della persona offesa e di chiunque vi abbia interesse. È auspicabile, a tale proposito, che il legislatore estenda espressamente la possibilità di nomina - attualmente prevista nell'art. 121 c.p. per il caso di presentazione della querela - al *conflitto di interessi* tra minore e rappresentanti legali per tutto l'arco della minore età, riformulando in proposito l'art. 338 c.p.p. il quale, nel testo vigente, limita *expressis verbis* la nomina di un *curatore speciale* al solo *conflitto di interessi* con il minore infraquattordicenne.

c) La formazione dell'*avvocato del minore* è garantita non soltanto dal suo dovere di competenza e di aggiornamento (art. 12 e art. 13 del vigente codice deontologico forense) ma da specifiche iniziative di formazione e di aggiornamento professionale affidate ai consigli dell'ordine degli avvocati con modalità analoghe a quelle previste per i difensori di ufficio nel settore penale (art. 29 disp. att. c.p.p. nel testo modificato dalla legge 6 marzo 2001, n. 60 anche con le particolari modalità di interazione con l'autorità giudiziaria previste nell'art. 15 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272).

d) Trattandosi di difesa per la quale sono necessarie attitudini e competenze molto specifiche, per l'inserimento negli elenchi di avvocati disponibili ad assumere l'incarico di *avvocato del minore*, è richiesto, in alternativa alla partecipazione alle attività di formazione promosse dai consigli dell'ordine degli avvocati, l'esercizio della professione per almeno sei anni (come previsto nell'art. 81 del Testo unico sulle spese di giustizia, già art. 17 *bis* delle legge 30 luglio 1990, n. 217 sul patrocinio a spese dello Stato nel testo introdotto dalla legge 29 marzo 2001, n. 134) non potendosi ritenere sufficiente né il semplice "*esercizio non saltuario della professione davanti all'autorità giudiziaria minorile*" come attualmente richiesto per il

---

<sup>50</sup> Cass. sez. I, 2 marzo 1993, n. 2576, in *Foro it.*, 1996, I, 254; in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 997; in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 418



difensore d'ufficio nel processo penale minorile dall'art. 15 comma 2 del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272, né “*l'esercizio della professione per due anni*” come previsto per la difesa d'ufficio nel processo penale ordinario dall'art. 29 disp. att. c.p.p. nel testo modificato dalla legge 6 marzo 2001, n. 60.

e) L'iscrizione all'elenco degli avvocati disponibili ad assumere l'incarico di *avvocato del minore* è revocata in caso di gravi sanzioni disciplinari connesse all'esercizio di tali funzioni.

f) Il difensore iscritto nell'elenco degli avvocati disponibili ad assumere l'incarico di *avvocato del minore* ha l'obbligo di esercitare il suo patrocinio e può essere sostituito solo per giustificato motivo (cfr art. 97 comma 5 del c.p.p.) fatto sempre salvo l'obbligo, nel caso di impossibilità di adempiere l'incarico, di avvertire l'autorità giudiziaria indicandone le ragioni, affinché si possa provvedere alla sostituzione (art. 30 comma 3 disp. att. c.p.p.).

g) L'*avvocato del minore* è retribuito con le modalità di cui alla legge 30 luglio 1990 n. 217 sul patrocinio a spese dello Stato nel testo modificato dalla legge 29 marzo 2001 n. 134 con rivalsa da parte dello Stato sugli esercenti la potestà che superano i limiti di reddito previsti. La rivalsa non è prevista nei procedimenti di adattabilità e in quelli di limitazione e decadenza della potestà in cui la natura pubblicistica del procedimento non rende opportuna la rivalsa.

### **3. L'avvocato specializzato nel diritto di famiglia**

E' auspicabile che tutto il tema della difesa processuale nelle cause di diritto di famiglia – non soltanto del minore ma di tutte le parti - venga toccato dallo spirito della riforma introdotta con la legge 28 marzo 2001, n. 149, nel senso di avviare a soluzione il problema di quali siano i livelli di professionalità e di formazione che l'avvocato deve garantire in questo settore al proprio assistito.

Il tema è quello della *specializzazione* dell'avvocato. In particolare, per quanto qui rileva, dell'avvocato che tratta il diritto di famiglia.

E' un tema che si colloca ad un livello ulteriore e diverso rispetto a quello dei criteri di nomina dell'*avvocato del minore*. Una cosa, infatti, è definire i requisiti per la nomina alle funzioni di *avvocato del minore* o di avvocato di ufficio dei genitori e dei parenti nelle procedure di adottabilità e in quelle *de potestate* e altra cosa è indicare le caratteristiche dell'avvocato che intenda definirsi *specializzato* in diritto di famiglia. Non necessariamente il primo deve essere *specializzato*; benché sia auspicabile che lo sia. Potrà trattarsi di un avvocato (con le caratteristiche *forti* di cui si è sopra detto) che intende avviarsi verso la *specializzazione*. Non si può pensare di affidare le migliaia di cause civili minorili solo ad avvocati già *specializzati*. L'acquisizione di competenze specifiche può essere un primo passo verso la *specializzazione*.

Chi potrà, quindi, dirsi *specializzato*? Questo interrogativo non può che porsi nel contesto di una riflessione più generale sulla riforma della legge professionale<sup>51</sup>.

Non esistono allo stato criteri per potersi parlare di *specializzazione*. Con la conseguenza che la normativa vigente consente all'avvocato di esplicitare nella comunicazione con terzi soltanto le materie che tratta ma non di attribuirsi il titolo di “*specializzato*” (l'art. 17 del codice deontologico forense nel testo modificato il 16 ottobre 1999 prevede che “è consentito

---

<sup>51</sup> Una riflessione sulla *specializzazione* si è svolta alcuni anni fa nel corso del XXV congresso nazionale forense di Napoli, nel settembre del 1999, in connessione con l'approvazione da parte del Governo del disegno di legge n. 5211 del 1998 per la riforma della professione e del disegno di legge n. 5092 del 1998 sul riordino delle professioni intellettuali proposto dalla Commissione presieduta dall'allora sottosegretario Mirone.

all'avvocato dare informazioni sulla propria attività professionale, secondo correttezza e verità, nel rispetto della dignità e del decoro della professione e degli obblighi di segretezza e di riservatezza"). Il progetto di riforma dell'articolato previgente prevedeva che "l'avvocato può indicare soltanto il proprio titolo e i settori di attività nei quali svolge la sua opera" e che soltanto "gli avvocati docenti universitari e quelli che hanno conseguito titoli specialistici possono far precedere alla indicazione del settore di attività quella di specialista in...". Sostanzialmente identico era il punto di vista del consiglio nazionale forense e dell'organizzazione unitaria dell'avvocatura italiana anche se entrambi questi organismi prevedevano nei loro progetti emendativi programmi e iniziative di formazione permanente per assicurare una migliore qualità della professione<sup>52</sup>.

Non si può, però, continuare a leggere la tematica della *specializzazione* con la riserva del rischio dell'accaparramento della clientela (vietata dall'art. 19 del codice deontologico)<sup>53</sup>. E', invece, l'interesse dei fruitori delle prestazioni professionali, cioè dei potenziali assistiti, che va collocato come interesse centrale al quale fare riferimento in questa riflessione. In questa prospettiva la *specializzazione* costituisce uno strumento di tutela dei cittadini per la soluzione adeguata delle loro controversie.

La *specializzazione* – la cui attestazione potrebbe essere di competenza del consiglio nazionale forense su parere del competente consiglio dell'ordine - non potrà che essere determinata da due fattori in sovrapposizione tra di loro: il tempo e l'esercizio continuativo (anche se non esclusivo) della professione nel settore particolare del quale si vuole dichiararsi *specializzati*. Per il tempo non vedo come si possa considerare plausibile un periodo inferiore a quello richiesto per il patrocinio davanti alle giurisdizioni superiori. Per la certificazione dell'esercizio continuativo della professione si potrà fare riferimento ai titoli posseduti (pubblicazioni) nonché al numero di cause trattate nel corso degli anni, eventualmente surrogato dal parere delle associazioni forensi rappresentative di cui l'avvocato sia socio.

Tornando, però, alla sostanza del problema, ci si deve interrogare su quali possano essere le coordinate di riferimento della *specializzazione*, cioè quali siano ragionevolmente i percorsi formativi e professionali che possono far ritenere un avvocato *specializzato* in diritto di famiglia e dei minori.

Il tema della *specializzazione* è stato affrontato finora pressoché unicamente con riguardo alla magistratura minorile.

A tale proposito si è detto che mentre in linea generale il termine *specializzazione* rimanda all'idea di una competenza in un settore specifico di una più ampia professionalità, un settore parzialmente autonomo al quale ci si dedica in modo tendenzialmente esclusivo (come avviene nel settore medico per esempio per l'oculistica, la cardiologia, la dermatologia o in quello giuridico nel diritto del lavoro), nel diritto minorile, dove vi è una tendenziale comprensibile indeterminatezza delle norme, in quanto ogni singola situazione sottoposta all'attenzione del giudice ha una sua irriducibile particolarità, il significato del termine *specializzazione* è diverso e consiste nella possibilità che il giudice possa garantire una comprensione adeguata e l'individuazione corretta dei rimedi più adatti. La *specializzazione* rimanda quindi, nella giustizia minorile, alla composizione del tribunale. E' *specializzato*, perciò, il tribunale in quanto organo collegiale con magistrati competenti in ordine agli istituti giuridici che si applicano alla materia e composto da una pluralità di professionalità e competenze diverse. La

---

<sup>52</sup> La riforma della professione di avvocato e la modernizzazione della società italiana, supplemento a *Guida al Diritto* n. 35 del settembre 1999.

<sup>53</sup> L'art. 19 del codice deontologico prevede al primo comma che "è vietata l'offerta di prestazioni professionali a terzi e in genere ogni attività diretta all'acquisizione di rapporti di clientela..." tra cui potrebbe rientrare anche la pubblicizzazione della *specializzazione*.

*specializzazione* è garantita, in sostanza, dalla composizione mista (giudici togati e giudici onorari esperti)<sup>54</sup>. La difesa di questa componente è la difesa della *specializzazione*<sup>55</sup>.

Le valutazioni dei giudici onorari su questo tema sono, naturalmente, influenzate dalla funzione ricoperta ed è quindi comprensibile il dissenso radicale espresso sui progetti del Governo che ne intendevano eliminare o ridurre drasticamente la presenza nella giustizia minorile<sup>56</sup>.

Il dibattito sulla *specializzazione* nella giustizia minorile è largamente centrato soprattutto sui compiti e sulle funzioni assegnate storicamente alla giustizia minorile. Compiti e funzioni che la magistratura togata – si afferma – non potrebbe più svolgere se venisse privata del supporto dei giudici onorari. Così, di fronte alla relazione del Governo al disegno di legge n. 2501 del 2002 che proponeva la riduzione del numero dei componenti privati nei collegi penali del tribunale per i minorenni sul presupposto dell'esigenza di un maggior profilo giurisdizionale del tribunale minorile, viene detto che “*così amputati di maggiori competenze umane, gli uffici giudiziari minorili saranno più poveri di attenzione e comprensione per la persona e la storia del minore e di capacità di diagnosi e di proposte*”<sup>57</sup>. E ancora che “*tutto il diritto di famiglia e minorile va ad attingere i soggetti nei loro più profondi rapporti interpersonali e nei loro stessi vissuti e modi di essere, e tali punti sensibili non possono essere trattati da un magistrato che non può avere competenze psicologiche, pedagogiche, psichiatriche... giudice specializzato è quello nel cui collegio si incontrano e si confrontano diverse competenze che si interessano professionalmente sia delle persone che della norma da applicare*”<sup>58</sup>.

Questo modo di intendere la *specializzazione* è pienamente comprensibile solo se si assume il punto di vista degli autori di queste riflessioni sulla giustizia minorile. Una giustizia che “*deve continuare ad esser ambivalente, nel senso che non può ridursi ad una partita tra Stato e indagato/imputato, al confronto tra potere punitivo del primo e diritto di difesa del secondo, ma che è, e deve essere, un contesto in cui va garantito il diritto all'educazione*”<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> MICELA, *La specializzazione dei giudici nella giustizia familiare e minorile*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 101.

<sup>55</sup> PAZÈ, *Profili ordinamentali*, in AAVV, *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, 15; DEL CONTE, *Brevi appunti in materia di riforma della giustizia minorile*, in AAVV, *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, 181; PULITANÒ, *Quale futuro per la giustizia penale minorile?*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 80; VACCARO, *Processo minorile, un grave errore la soppressione del giudice laico*, in *Dir. e giust.*, 2002, 11, 60.

<sup>56</sup> VITOLO, *Alcune considerazioni sul ruolo del giudice onorario all'interno del tribunale per i minorenni*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 110; SERRA, *Dal giudice onorario minorile al consulente tecnico d'ufficio: la dialettica tra la giurisprudenza e le scienze umane*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 113; BOMMASSAR, *Giudici onorari, consulenze tecniche e psicologia nella giustizia minorile*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 117; MAURIZIO, *I giudici onorari nel processo civile minorile*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 133; ABBRUZZESE, *I giudici onorari come specie in via di estinzione*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 136; ROSSINI, *Sezioni specializzate senza giudici onorari?*, in *Minorigiustizia*, 2002, 1-2, 141.

<sup>57</sup> PAZÈ, *Profili ordinamentali*, in AAVV, *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, 27.

<sup>58</sup> DEL CONTE, *Brevi appunti in materia di riforma della giustizia minorile*, in AAVV, *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, 183.

<sup>59</sup> TURRI, *Il processo*, in AAVV, *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, 33.

Le osservazioni riportate rimandano, quindi, ad una precisa idea di giustizia minorile che giustifica quel punto di vista sulla *specializzazione*.

Per l'avvocato, è evidente, invece, che il concetto di *specializzazione* non può essere il medesimo. Qui la *specializzazione* rimanda soprattutto alla continuità dell'esercizio delle funzioni nell'ambito del diritto di famiglia, all'anzianità, alla competenza, all'aggiornamento professionale.

Un avvocato *specializzato* è un avvocato *a)* che alla formazione generalista unisce una formazione specifica sui temi del diritto di famiglia e minorile; *b)* che esercita, perciò, la professione con continuità, anche se non in via esclusiva, in questa area; *c)* che, di conseguenza, è capace di interagire con le altre professionalità coinvolte in questo ambito di lavoro; *d)* che sa garantire la propria autonomia rispetto al giudice della famiglia o dei minori.

Va, però, soprattutto sottolineata l'esigenza di una specifica consapevolezza da parte dell'avvocato circa il fatto che la difesa nel processo e attraverso il processo dei diritti delle persone – in cui consiste il compito primario del difensore - non può prescindere, nel diritto di famiglia, dalla collocazione dell'interesse del proprio assistito all'interno di un interesse più generale costituito dalla considerazione per i suoi legami familiari. Con questi legami, sia che li si voglia mantenere, sia che li si voglia superare, l'interessato deve fare i conti<sup>60</sup>. Non esiste, infatti, un interesse che sia svincolato da altri interessi con cui è in relazione<sup>61</sup>. La precisazione vale per la difesa degli adulti e per la difesa dei minori; in campo civile e in campo penale. In nessun altro campo dell'agire giuridico l'avvocato si trova a dover tener presente un interesse ulteriore di questo tipo.

Questa consapevolezza deve tradursi in una corretta interazione dell'avvocato all'interno di un sistema complesso quale è quello delle relazioni nella famiglia e all'interno del sistema istituzionale che si occupa di queste relazioni<sup>62</sup>.

La formazione dell'avvocato, però, si svolge, nella logica della contrapposizione e non dell'interazione. Nella maggior parte degli studi legali il praticantato si svolge ancora all'interno di un paradigma contrappositivo e il praticante si considera formato quando ha una discreta capacità di governare da solo la contrapposizione.

In questa prospettiva è ormai improcrastinabile interrogarsi sul futuro della professione forense nel settore del diritto di famiglia e minorile nel quale la logica della contrapposizione (cioè dell'uno contro l'altro), anziché quella dell'interazione (cioè dell'uno di fronte all'altro), non può che produrre risultati devastanti su chiunque ne resti coinvolto.

Interazione significa cogliere per intero non solo la complessità del sistema famiglia, ma anche la complessità del contesto specifico in cui si lavora mantenendo integre le caratteristiche del proprio ruolo nel contatto con l'altro (avvocato, giudice, consulente, operatore dei servizi). Non si tratta, quindi, di una questione terminologica (sostituire la locuzione *interazione*, all'altra di *contrapposizione*) ma dell'assunzione di un nuovo paradigma professionale. Un cambiamento che può avere uno straordinario significato innovativo.

La famiglia – è stato detto per esprimere la complessità del compito dell'avvocato<sup>63</sup> - è e deve essere un luogo di interazione, dove si soddisfano i bisogni affettivi e relazionali di ciascuno, dove si forma la personalità del minore. Il diritto alla famiglia si presenta pertanto come uno dei diritti primari, che la difesa di altri diritti individuali non può di norma negare;

<sup>60</sup> SCABINI, IAFRATE, *Psicologia dei legami familiari*, Il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>61</sup> GULOTTA, *La famiglia come sistema e il ruolo dell'avvocato*, in *Fam. e dir.*, 1995, 1, 84.

<sup>62</sup> DOSI, *L'avvocato per la famiglia e per i minori dalla contrapposizione all'interazione*, in *Fam. e dir.*, 1995, 2, 178.

<sup>63</sup> VINCENZI AMATO, *Interesse del minore, tutela della famiglia e ruolo dell'avvocato*, in *Fam. e dir.*, 1995, 1, 94.

sicché si dovrebbe escludere che gli interventi in materia vengano finalizzati all'affermazione del diritto dell'uno contro l'altro e non, invece, volti ad una ragionevole composizione di interessi.

Interagire anziché contrapporsi non comporta però l'annullamento delle caratteristiche funzionali della professione forense. Né sul versante della rinuncia all'azione a tutela dei diritti individuali, personali o patrimoniali, eventualmente lesi dal comportamento di una parte, né sul versante della rinuncia alla difesa in giudizio. Quest'ultima precisazione va fatta perché nel settore del diritto di famiglia e, soprattutto, in quello della giustizia minorile, è piuttosto diffusa la convinzione che la presenza dell'avvocato sia sostanzialmente secondaria e in molti casi addirittura fastidiosa<sup>64</sup>. E' invece necessario ribadire e rivendicare il ruolo dell'avvocato, la sua irrinunciabile funzione di controllo e di garanzia nella tutela dei diritti delle persone.

La capacità di interazione non si risolve in un atteggiamento di maggiore attenzione e di maggiore sensibilità. La differenza non è quantitativa (cioè non consiste in una minore contrapposizione). Un paradigma interattivo comporta invece qualcosa di qualitativamente diverso.

Pensando alle specificità della professione legale, alla gamma delle opportunità e delle possibilità che le procedure propongono e riflettendo sui principi deontologici, è possibile costruire una specie di carta dei poteri e dei doveri dell'avvocato che si occupa di diritto di famiglia e minorile. L'interazione si realizza nell'equilibrio tra i poteri e i doveri.

Tra i poteri principali dell'avvocato in primo luogo va considerato proprio il potere che qualifica l'esercizio della professione, cioè il *potere di azione* (o di reazione), il potere di attivare un procedimento, di coinvolgere altri, di influire su una vicenda umana agendo in giudizio. Un potere che l'avvocato riceve direttamente dalla legge e che nessun'altra professione possiede. L'abuso di questo potere, oltre che fonte di responsabilità (art. 98 c.p.c.), può essere distruttivo per gli altri e devastante per il proprio assistito.

In secondo luogo il *potere di transazione*, cioè il potere di mediazione, di persuasione, di orientamento che l'avvocato esercita nei confronti del proprio assistito. Un potere che gli deriva dalla competenza e dall'autorità che lo stesso assistito gli riconosce. Tentare la strada dell'incontro e della soluzione concordata – prima di quella dello scontro - costituisce nel diritto di famiglia un vero e proprio impegno professionale prima ancora che un'utile strategia compositiva<sup>65</sup>. Il potere di ridefinizione delle pretese, di aiutare la persona che si assiste a rivedere le proprie strategie, a ripensare i propri obiettivi, a saperli misurare con la realtà più che con le proprie esclusive aspirazioni. In questa direzione saper mettere l'interesse del minore anche al centro dell'interesse del proprio assistito, costituisce uno dei principali successi dell'agire professionale nel diritto di famiglia.

Tra i doveri più significativi dell'avvocato va ricordato in primo luogo il *dovere di competenza* (art.12 del codice deontologico) inteso nel significato di competenza giuridica (che richiama il *dovere di aggiornamento professionale* di cui all'art. 13 del codice deontologico) ma anche di competenza relazionale nei contesti in cui si affrontano le questioni della famiglia e dei minori. In secondo luogo il *dovere di agire in conformità alla legge*. Poi, il *dovere di lealtà e di fedeltà* verso la parte assistita (articoli 6 e 7 del codice deontologico). Di tutto ciò si parlerà diffusamente nell'ultima parte di questo lavoro relativa agli aspetti deontologici della professione nel settore del diritto minorile e di famiglia.

---

<sup>64</sup> Esplicitamente su questo punto cfr l'intervento di GALIZIA DANОВI al Convegno di Milano del 25 e 26 febbraio 1994 in ricordo dell'avv. Giuliana Fuà, riportato in *L'avvocatura e i problemi attuali del diritto di famiglia*, Guerini, Milano, 1995, 51.

<sup>65</sup> MARCUCCI, *Il ruolo dell'avvocato nella separazione e nel divorzio*, in *Fam. e dir.*, 1995, 2, 188.

Nell'equilibrio tra questi poteri e doveri sta la *specializzazione* dell'avvocato nel diritto di famiglia.

