



19 ~~\_\_\_\_\_~~ ~~\_\_\_\_\_~~  
2  
3  
4  
5  
6  
7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100  
101  
102  
103  
104  
105  
106  
107  
108  
109  
110  
111  
112  
113  
114  
115  
116  
117  
118  
119  
120  
121  
122  
123  
124  
125  
126  
127  
128  
129  
130  
131  
132  
133  
134  
135  
136  
137  
138  
139  
140  
141  
142  
143  
144  
145  
146  
147  
148  
149  
150  
151  
152  
153  
154  
155  
156  
157  
158  
159  
160  
161  
162  
163  
164  
165  
166  
167  
168  
169  
170  
171  
172  
173  
174  
175  
176  
177  
178  
179  
180  
181  
182  
183  
184  
185  
186  
187  
188  
189  
190  
191  
192  
193  
194  
195  
196  
197  
198  
199  
200  
201  
202  
203  
204  
205  
206  
207  
208  
209  
210  
211  
212  
213  
214  
215  
216  
217  
218  
219  
220  
221  
222  
223  
224  
225  
226  
227  
228  
229  
230  
231  
232  
233  
234  
235  
236  
237  
238  
239  
240  
241  
242  
243  
244  
245  
246  
247  
248  
249  
250  
251  
252  
253  
254  
255  
256  
257  
258  
259  
260  
261  
262  
263  
264  
265  
266  
267  
268  
269  
270  
271  
272  
273  
274  
275  
276  
277  
278  
279  
280  
281  
282  
283  
284  
285  
286  
287  
288  
289  
290  
291  
292  
293  
294  
295  
296  
297  
298  
299  
300  
301  
302  
303  
304  
305  
306  
307  
308  
309  
310  
311  
312  
313  
314  
315  
316  
317  
318  
319  
320  
321  
322  
323  
324  
325  
326  
327  
328  
329  
330  
331  
332  
333  
334  
335  
336  
337  
338  
339  
340  
341  
342  
343  
344  
345  
346  
347  
348  
349  
350  
351  
352  
353  
354  
355  
356  
357  
358  
359  
360  
361  
362  
363  
364  
365  
366  
367  
368  
369  
370  
371  
372  
373  
374  
375  
376  
377  
378  
379  
380  
381  
382  
383  
384  
385  
386  
387  
388  
389  
390  
391  
392  
393  
394  
395  
396  
397  
398  
399  
400  
401  
402  
403  
404  
405  
406  
407  
408  
409  
410  
411  
412  
413  
414  
415  
416  
417  
418  
419  
420  
421  
422  
423  
424  
425  
426  
427  
428  
429  
430  
431  
432  
433  
434  
435  
436  
437  
438  
439  
440  
441  
442  
443  
444  
445  
446  
447  
448  
449  
450  
451  
452  
453  
454  
455  
456  
457  
458  
459  
460  
461  
462  
463  
464  
465  
466  
467  
468  
469  
470  
471  
472  
473  
474  
475  
476  
477  
478  
479  
480  
481  
482  
483  
484  
485  
486  
487  
488  
489  
490  
491  
492  
493  
494  
495  
496  
497  
498  
499  
500  
501  
502  
503  
504  
505  
506  
507  
508  
509  
510  
511  
512  
513  
514  
515  
516  
517  
518  
519  
520  
521  
522  
523  
524  
525  
526  
527  
528  
529  
530  
531  
532  
533  
534  
535  
536  
537  
538  
539  
540  
541  
542  
543  
544  
545  
546  
547  
548  
549  
550  
551  
552  
553  
554  
555  
556  
557  
558  
559  
560  
561  
562  
563  
564  
565  
566  
567  
568  
569  
570  
571  
572  
573  
574  
575  
576  
577  
578  
579  
580  
581  
582  
583  
584  
585  
586  
587  
588  
589  
590  
591  
592  
593  
594  
595  
596  
597  
598  
599  
600  
601  
602  
603  
604  
605  
606  
607  
608  
609  
610  
611  
612  
613  
614  
615  
616  
617  
618  
619  
620  
621  
622  
623  
624  
625  
626  
627  
628  
629  
630  
631  
632  
633  
634  
635  
636  
637  
638  
639  
640  
641  
642  
643  
644  
645  
646  
647  
648  
649  
650  
651  
652  
653  
654  
655  
656  
657  
658  
659  
660  
661  
662  
663  
664  
665  
666  
667  
668  
669  
670  
671  
672  
673  
674  
675  
676  
677  
678  
679  
680  
681  
682  
683  
684  
685  
686  
687  
688  
689  
690  
691  
692  
693  
694  
695  
696  
697  
698  
699  
700  
701  
702  
703  
704  
705  
706  
707  
708  
709  
710  
711  
712  
713  
714  
715  
716  
717  
718  
719  
720  
721  
722  
723  
724  
725  
726  
727  
728  
729  
730  
731  
732  
733  
734  
735  
736  
737  
738  
739  
740  
741  
742  
743  
744  
745  
746  
747  
748  
749  
750  
751  
752  
753  
754  
755  
756  
757  
758  
759  
760  
761  
762  
763  
764  
765  
766  
767  
768  
769  
770  
771  
772  
773  
774  
775  
776  
777  
778  
779  
780  
781  
782  
783  
784  
785  
786  
787  
788  
789  
790  
791  
792  
793  
794  
795  
796  
797  
798  
799  
800  
801  
802  
803  
804  
805  
806  
807  
808  
809  
810  
811  
812  
813  
814  
815  
816  
817  
818  
819  
820  
821  
822  
823  
824  
825  
826  
827  
828  
829  
830  
831  
832  
833  
834  
835  
836  
837  
838  
839  
840  
841  
842  
843  
844  
845  
846  
847  
848  
849  
850  
851  
852  
853  
854  
855  
856  
857  
858  
859  
860  
861  
862  
863  
864  
865  
866  
867  
868  
869  
870  
871  
872  
873  
874  
875  
876  
877  
878  
879  
880  
881  
882  
883  
884  
885  
886  
887  
888  
889  
890  
891  
892  
893  
894  
895  
896  
897  
898  
899  
900  
901  
902  
903  
904  
905  
906  
907  
908  
909  
910  
911  
912  
913  
914  
915  
916  
917  
918  
919  
920  
921  
922  
923  
924  
925  
926  
927  
928  
929  
930  
931  
932  
933  
934  
935  
936  
937  
938  
939  
940  
941  
942  
943  
944  
945  
946  
947  
948  
949  
950  
951  
952  
953  
954  
955  
956  
957  
958  
959  
960  
961  
962  
963  
964  
965  
966  
967  
968  
969  
970  
971  
972  
973  
974  
975  
976  
977  
978  
979  
980  
981  
982  
983  
984  
985  
986  
987  
988  
989  
990  
991  
992  
993  
994  
995  
996  
997  
998  
999  
1000

persona e Promozione sociale - delegato dal Sindaco  
pro tempore del COMUNE DI ~~\_\_\_\_\_~~ -, e di  
tutore provvisorio e legale rappresentante del minore  
~~\_\_\_\_\_~~, elettivamente domiciliato  
in ROMA, ~~\_\_\_\_\_~~, presso l'avvocato  
~~\_\_\_\_\_~~, rappresentato e difeso  
dall'avvocato ~~\_\_\_\_\_~~, giusta procura in  
calce al controricorso e ricorso incidentale adesivo;

**- controricorrente e ricorrente incidentale -**

**contro**

~~\_\_\_\_\_~~, ~~\_\_\_\_\_~~  
~~\_\_\_\_\_~~  
~~\_\_\_\_\_~~;  
~~\_\_\_\_\_~~;

(u)

**- intimati -**

avverso la sentenza n. 47/2008 della CORTE D'APPELLO  
di MILANO, del 27/11/2008;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 21/10/2009 dal Consigliere Dott. MASSIMO  
DOGLIOTTI;

udito, per il controricorrente e ricorrente  
incidentale adesivo, l'Avvocato ~~\_\_\_\_\_~~  
che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. RAFFAELE CENICCOLA che ha concluso per  
l'accoglimento dei ricorsi.

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il P.M. presso il Tribunale per i Minorenni di Milano chiedeva l'apertura del procedimento di adottabilità relativo alla minore ~~XXXXXXXXXX~~. Il Tribunale per i Minorenni disponeva la sospensione della potestà della madre della minore, ~~XXXXXXXXXX~~ ~~Cristina~~, e la nomina di un tutore provvisorio, il Comune di ~~Sesto S. Giovanni~~, in persona del Sindaco, che invitava a nominare un difensore nell'interesse dei minori. Il Comune deliberava la nomina di un difensore che si costituiva in giudizio. Il Tribunale per i Minorenni di Milano, con sentenza 4-9/4-2008, dichiarava lo stato di adottabilità della predetta minore.

La ~~XXXXXXXXXX~~ proponeva appello avverso tale sentenza. Si costituiva il tutore dei minori, chiedendo il rigetto del gravame. La Corte di Appello di Milano, sezione per i minorenni, con sentenza del 27/1/2008, dichiarava la nullità del procedimento e dell'impugnata sentenza, per difetto di integrità del contraddittorio, non essendo stato nominato un difensore - curatore della minore (e sussistendo conflitto potenziale di interessi tra tutore e minore), e rimetteva gli atti al primo giudice.

La sentenza impugnata prende le mosse dall'affermazione di uno stretto collegamento tra l'ultimo comma dell'art. 8 L. 184/1983, sull'adozione dei minori, che prevede,



tra l'altro, " l'assistenza legale del minore ", fin dall'inizio del procedimento, con alcune previsioni della Convenzione di New York, sui diritti del bambino, e di Strasburgo, sui diritti processuali del minore, cui si farà più ampio riferimento in motivazione. Si afferma che il minore è parte processuale fin dall'inizio, e che non è necessario nominare un curatore speciale, ma, invece, un " difensore del minore ", che non svolgerebbe un ruolo esclusivamente tecnico, ma pure di rappresentanza legale.

Stigmatizza la pronuncia impugnata l'" affollamento " di più soggetti contestualmente nel procedimento di adottabilità, e ritiene inammissibile che il ruolo di difensore del minore venga esercitato dallo stesso soggetto che rappresenta pure interessi del tutore, configurandosi, anche soltanto potenzialmente, un conflitto di interessi.

Consegue dunque - secondo la sentenza impugnata - il vizio di nomina del difensore del minore, effettuata dal tutore, nella duplice veste di difensore del tutore e della minore; consegue altresì che la mancata partecipazione della minore al giudizio di primo grado comporta un vizio nella costituzione del rapporto processuale, che non potrebbe essere sanato neppure con la nomina di un difensore nel grado di appello. Si

configura una mancata partecipazione all'intero giudizio di un litisconsorte necessario, integrante una ipotesi di violazione del contraddittorio, che, ai sensi dell'art. 354 c.p.c., richiede la rimessione della causa al primo giudice.

Propone ricorso il P.G. presso la Corte d'Appello di Milano, sulla base di due motivi. Propone ricorso incidentale adesivo il tutore.

Non ha svolto attività difensiva la madre della minore.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Vanno riuniti i ricorsi principale ed incidentale adesivo, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Con il primo motivo del ricorso principale, il P.G. di Milano lamenta violazione degli artt. 8 e 10 L. N. 184 del 1983, nonché insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata, in punto conflitto di interessi tra minore e tutore. Si esclude in particolare che il Tribunale possa nominare direttamente un difensore del minore.

Con il secondo motivo, lamenta il P.G. violazione e falsa applicazione degli artt. 156, 157 e 354 c.p.c., nonché contraddittoria e illogica motivazione, sostenendo che comunque non potrebbe comportare nullità della procedura del giudizio di primo grado, la nomina da parte del tutore del difensore dei minori, in assenza



di eccezioni sollevate dalle parti, e precisando che il difensore, nominato dal tutore, si è costituito fin dall'inizio del procedimento, partecipando ad ogni attività e garantendo al minore una difesa piena e sostanziale.

Con il primo motivo del ricorso incidentale adesivo, il tutore del minore lamenta violazione e falsa applicazione degli artt. 8 e 10 L. n. 184, sostenendo che debba essere il tutore, rappresentante legale del minore, a nominarne il difensore.

Con il secondo, il ricorrente incidentale, lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 78 c.p.c.; 354, 355, 360 c.c., nonché contraddittoria e/o illogica motivazione della sentenza impugnata, escludendo la sussistenza di un conflitto di interessi, ancorché potenziale, tra minore e tutore nominato ad hoc, soprattutto quando, come nella specie, si tratti di ente territoriale.

Per una migliore intelligenza delle questioni prospettate, pare opportuno richiamare il quadro normativo di riferimento .

Ai sensi degli artt. 316, 2° comma e 320, 1° comma c.c., la potestà è esercitata da entrambi i genitori e questi rappresentano i figli minori in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. In caso di conflitto di

interessi tra il figlio ed uno dei genitori, la rappresentanza spetta esclusivamente all'altro genitore; se il conflitto sorge tra il figlio ed entrambi i genitori, il giudice tutelare nomina un curatore speciale ( art. 320, comma 6° c.c. ); parimenti viene nominato un curatore speciale, quando i genitori non possono o non vogliono compiere uno o più atti nell'interesse del figlio (art. 321 c.c.); ancora, viene nominato un curatore al minore, emancipato di diritto con il matrimonio (art. 390 c.c.): sarà il coniuge, e, se entrambi gli sposi sono minori, il giudice tutelare nominerà un curatore, che potrebbe essere unico, scelto preferibilmente tra i genitori (art. 392 c.c.).

Nelle azioni di stato (disconoscimento di paternità, contestazione e reclamo di legittimità, impugnazione del riconoscimento di figlio naturale, e, in via soltanto eventuale, ricerca di paternità e maternità) nonché in relazione alla domanda di mantenimento da parte del figlio naturale (quando non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità e maternità) è prevista la nomina di un curatore speciale : il conflitto di interessi è evidentemente considerato in re ipsa.

Se entrambi i genitori sono morti o non possono esercitare la potestà, viene nominato un tutore ( art.

343 c.c. ) che ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra il patrimonio ( art. 357 c.c. ). Il giudice tutelare nomina anche un protutore (art. 346 c.c.) che rappresenta il minore nei casi in cui vi è conflitto di interessi con il tutore. Se il conflitto si estende anche al protutore, si nomina un curatore speciale (art. 360 c.c.).


La tutela dei minori può essere affidata ad un ente di assistenza: l'amministrazione delega uno dei propri membri ad esercitare la funzione di tutela (art. 354 c.c.). In tal caso non si nomina il protutore (art. 355 c.c.). Si ritiene quindi che di regola non sussista conflitto di interessi con il minore, considerata la funzione pubblica dell'ente.

Va infine ricordata una norma di chiusura attinente al profilo processuale: ai sensi dell'art. 78 ss c.p.c., se manca la persona cui spetta la rappresentanza (ad es. non vi sono i genitori, ma non si è ancora provveduto alla nomina di un tutore), può essere nominato un curatore speciale all'incapace; la nomina può essere richiesta dal P.M., ma pure dall'incapace, dai suoi prossimi congiunti e , in caso di conflitto di interessi, dal rappresentante legale.



Può dunque affermarsi che un curatore speciale viene di regola nominato quando non vi sia un rappresentante legale o sussista conflitto di interessi tra il minore e il rappresentante legale.

Venendo alla L. n. 184 del 1983, sull'adozione dei minori, come riformata dalla L. n. 149 del 2001, va considerato l'ultimo comma dell'art. 8, aggiunto dalla L. 149: il procedimento si svolge fin dall'inizio " con l'assistenza legale del minore, dei genitori e degli altri parenti ( che abbiano mantenuto un rapporto significativo con il minore)". Ai sensi dell'art. 10, commi 1° e 2°, L. 184, il Presidente del Tribunale per i Minorenni o un giudice da lui delegato, provvede all'apertura del procedimento, avverte i genitori o, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, li invita a nominare un difensore e li informa della nomina di uno d'ufficio, ove essi non vi provvedano. Come si vede, nessun riferimento contiene la norma alla posizione del minore.



L'art. 17 l. 184, nella formulazione originaria, prevedeva la nomina di un curatore speciale del minore, all'atto della apertura del procedimento di opposizione al decreto di adottabilità; tale previsione non è stata mantenuta dalla L. 149 del 2001. L'unico riferimento al

curatore speciale, contenuto nella disciplina vigente, si rinviene negli artt. 15 e 16 L. 184: la sentenza che pronuncia lo stato di adottabilità ( o dichiara non luogo a provvedere ) viene notificata, tra l'altro, al tutore e al curatore speciale del minore, "ove esistano".

Va ancora ricordato che, ai sensi dell'art. 10 comma 3<sup>o</sup> L. 184, il tribunale può disporre in ogni momento e fino all'affidamento preadottivo ogni opportuno provvedimento provvisorio nell'interesse del minore, ivi comprese, tra l'altro, la sospensione della potestà dei genitori, nonché dell'esercizio dell'ufficio di tutore , e la nomina di un tutore provvisorio.

La previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 8 L. 184, che introduce l'"assistenza legale" del minore fin dall'inizio del procedimento, ha notevolissima rilevanza, ed assai significativamente è stata inserita proprio nella disposizione che costituisce il nucleo fondamentale della normativa, con l'introduzione della nozione di abbandono. Essa acquista un' indubbia rilevanza generale, tale da incidere su natura e funzione dell'intera procedura: si realizza, fin dall'inizio, il principio del contraddittorio, ed esso si estende pure alla posizione del minore; se si considera che viene pure esclusa l'officiosità della procedura (

art. 9), muta profondamente il carattere della procedura stessa, che dovrebbe considerarsi contenziosa (le parti private contro il P.M.), seppur sui generis, fin dall'inizio (laddove, anteriormente alla riforma del 2001, solo il procedimento di opposizione al decreto di adottabilità presentava profili contenziosi).

E' un punto di arrivo importante per un dibattito, assai vivace, che ha interessato in questi anni dottrina e giurisprudenza, sul ruolo dell'organo specializzato, spesso ad un tempo giudice e "difensore" dei diritti del minore e sui modi di una sua possibile "terzietà", nonché (altra questione strettamente legata alla prima) sulla opportunità della rappresentanza del minore stesso nei procedimenti che lo riguardano: dibattito reso ancor più attuale da alcuni interventi del legislatore (la novella dell'art. 111 Cost. sul giusto processo; la ratifica di convenzioni internazionali sui diritti - anche processuali - del minore ).

Tuttavia la previsione di un' "assistenza legale " del minore, fin dall'inizio del procedimento, senza, come si è visto, indicazione di modalità alcuna al riguardo (a differenza della posizione dei genitori o dei parenti ), non significa affatto, come sostiene il giudice a quo, che debba nominarsi un difensore d'ufficio al minore stesso, all'atto della apertura del procedimento. Il

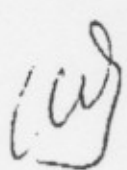
minore è dunque parte a tutti gli effetti del procedimento, fin dall'inizio, ma, secondo le regole generali e in mancanza di una disposizione specifica, sta in giudizio a mezzo del rappresentante, e questi sarà il rappresentante legale, ovvero, in mancanza o in caso di conflitto di interessi, un curatore speciale.

Anche se una prassi diffusa conduce il giudice, all'atto di apertura della procedura ( ai sensi dell'art. 10, comma 3<sup>o</sup> L. 184 ), a sospendere la potestà in capo ai genitori e a revocare una tutela già esistente, si tratta, in ogni caso, di provvedimento a carattere discrezionale ( e infatti il giudice " può " assumere ogni opportuno provvedimento nell'interesse del minore, dettato dall'esigenza di contrastare eventuali comportamenti idonei a determinare ed aggravare la situazione di abbandono). Dunque parrebbe potersi ipotizzare lo svolgimento di una procedura di adottabilità senza sospensione della potestà genitoriale, anche se in questo caso, il conflitto di interessi con il minore dovrebbe considerarsi in re ipsa: il procedimento trova infatti il suo presupposto proprio nell'inadempimento dei doveri genitoriali , ed è volto, seppur indirettamente, ove si accerti la sussistenza dell'abbandono, a sciogliere ogni legame del minore con la famiglia di origine, inserendolo in una



nuova famiglia, quale figlio legittimo dei coniugi adottanti.

Potrebbe essere stata aperta, anteriormente all'instaurazione del procedimento, una tutela, in mancanza dei genitori o perché essi non erano in grado di esercitare la potestà. Trattandosi di parenti ( non si deve dimenticare che se questi avessero accudito adeguatamente il minore, magari contrastando la posizione negativa dei genitori, mancherebbe il presupposto dell'abbandono e dell'apertura stessa della procedura di adottabilità), il conflitto di interessi potrebbe parimenti ravvisarsi, come per i genitori e per le medesime ragioni, in re ipsa. Rappresenterebbe allora il minore il protutore, e nel caso che il conflitto di interessi si estendesse a lui, si nominerebbe un curatore speciale.



Tuttavia potrebbe essere stato nominato, pur anteriormente, un tutore "neutro", non coinvolto nei rapporti familiari (un professionista, avvocato, assistente sociale, ecc.), per il quale dunque, salvo accertamenti specifici, non sussisterebbe conflitto di interessi con il minore, e allora egli potrebbe rappresentare il minore stesso e nominare un difensore; se si trattasse di un avvocato, ai sensi dell'art. 86 c.p.c., potrebbe stare in giudizio personalmente, senza



il patrocinio di altro difensore, in rappresentanza del minore.

Ma, come è noto, assai più frequentemente, il giudice sospende la potestà genitoriale ovvero l'esercizio della tutela e nomina un tutore provvisorio (dunque, senza la presenza di un protutore). Alla luce della vigente normativa, riformata dalla L. n. 149, il tutore può essere nominato ad hoc nell'ambito della procedura per la dichiarazione di adottabilità, con il compito di rappresentare il minore. E' vero che la sua funzione non si esaurisce nella rappresentanza nel procedimento, egli dovrà pure rapportarsi alla comunità in cui è collocato il minore, ovvero ai coniugi richiedenti cui il minore sia stato provvisoriamente affidato, e mantiene le sue funzioni, anche dopo la conclusione del procedimento di adottabilità, finchè gli adottanti non diventino, a tutti gli effetti, genitori del minore. Ma è altrettanto vero che la rappresentanza nel procedimento costituisce il profilo di gran lunga più rilevante: il giudice nomina un tutore e lo sceglierà necessariamente tra soggetti privi di conflitto di interessi con il minore. Ancor di più, se nomina un ente territoriale: in tal caso, come si è visto, non è prevista la nomina di un protutore, perché

si esclude anche potenzialmente un conflitto di interessi con il minore.

Non può quindi condividersi l'affermazione del giudice a quo per cui il tutore, pur se nominato nel corso del procedimento, quale ente territoriale, sarebbe, anche soltanto potenzialmente, sempre e comunque in conflitto di interessi con il minore.

Certo, in concreto, un conflitto potrebbe verificarsi: si pensi ad una Comune la cui politica assistenziale privilegi l'affidamento familiare, come alternativa all'adozione, e quindi sia tendenzialmente contrario alla dichiarazione di adottabilità. Ma si dovrebbero fornire indicazioni specifiche e concrete al riguardo. Ciò, sulla base dell'orientamento di questa Corte (al riguardo, Cass. N. 13507 del 2002) per cui la verifica del conflitto va fatta ex ante, e non a posteriori, in relazione agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa.

Né può condividersi altra affermazione, contenuta nella sentenza impugnata, circa la sussistenza di un conflitto ( ancorché potenziale ) sempre e comunque tra tutore e minore, in quanto, nella disciplina previgente, era obbligatoria la nomina di un curatore speciale, pur in presenza del tutore nel procedimento. Già il richiamo alla disciplina previgente, e non a quella attuale,

indica l'erroneità dell'argomentazione. Come si è detto, nella disciplina anteriore, il principio del contraddittorio e l'assistenza del difensore operavano soltanto in quel particolare (ed eventuale) segmento del procedimento, costituito dal giudizio di opposizione al decreto di adottabilità. Il tutore provvisorio (quando ritenuto opportuno) veniva in genere nominato anteriormente, durante la procedura che conduceva alla dichiarazione di adottabilità: con l'emissione del decreto relativo, che veniva opposto, mutavano radicalmente la posizione del tutore ed i suoi poteri: ciò giustificava evidentemente la nomina di un curatore nel procedimento, nonostante la presenza del tutore. La riforma del 2001, come si diceva, non ha conservato la previsione di nomina di un curatore speciale, perché il procedimento è unico (ed è soppressa la fase di opposizione), e il tutore, se nominato, è investito fin dall'inizio della rappresentanza del minore.

Il tutore dunque sta in giudizio non in proprio, ma esclusivamente in quanto rappresentante del minore; in tale qualità, gli viene notificata la sentenza che dichiara l'adottabilità o il non luogo a provvedere, e, in tale qualità, egli è legittimato alla impugnazione ex art. 15 ss. L. n. 184.



E' appena il caso di precisare che il curatore speciale, ove sia comunque nominato (quando il tutore non provvede alla nomina di un difensore, e non esiste il protutore, ovvero sorge conflitto di interessi tra tutore e minore), non riveste necessariamente la qualità di difensore (anche se nella prassi prevalente, a fini di semplificazione, si nomina un curatore, rappresentante del minore che, quale difensore, possa stare in giudizio senza il ministero di altro difensore, ai sensi dell'art. 86 c.p.c.) e in tal caso provvederà alla nomina di un difensore.

Va altresì considerato, che il giudice a quo, come già indicato in parte narrativa, collega strettamente la previsione di cui all'art. 8, ultimo comma, L. 184 (l'assistenza legale del minore fin dall'inizio del procedimento) al contenuto di vari documenti internazionali, e segnatamente alla convenzione di New York sui diritti del bambino, del 1989, ratificata e resa esecutiva con L. n. 176 del 1991, e alla convenzione europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore, del 1996, ratificata e resa esecutiva con L. n. 77 del 2003; si giustificherebbe così la nomina di un "difensore del minore" da parte del giudice, un soggetto distinto rispetto al difensore, nominato dal tutore, e al curatore speciale.

E' indubbio che tali norme convenzionali siano entrate nel nostro diritto interno, e, anzi, nell'ambito della gerarchia delle fonti, esse abbiano maggior forza rispetto alle leggi ordinarie che non dovrebbero prescindere, e, ancora, che una norma ordinaria, di fronte alla possibilità di diverse interpretazioni, dovrebbe interpretarsi nel senso maggiormente conforme alla norma convenzionale. Tali principi sicuramente valgono anche per la convenzione di Strasburgo (nonostante il Governo italiano abbia limitato notevolmente la sua operatività, al momento del deposito degli strumenti di ratifica) che ha rafforzato il fondamento della Convenzione di New York: il minore è titolare di diritti azionabili, attinenti specificatamente alla sua dignità di essere umano e allo sviluppo della personalità.

Considerando peraltro la predetta convenzione di Strasburgo (quella di New York afferma la preminenza dell'interesse del minore nei procedimenti che lo riguardano e la necessità del suo ascolto), va evidenziata l'estrema cautela, con cui sono formulate le sue disposizioni, dovendo le norme convenzionali, come spesso accade, indirizzarsi ad ordinamenti talora assai differenti, per tradizione, caratteri, organizzazione. Dunque la convenzione di Strasburgo, all'art. 4, si





limita a prevedere il diritto del minore di chiedere, personalmente o per il tramite di altre persone od organi, nelle procedure che lo riguardano, la designazione di un rappresentante speciale, ove il diritto interno privi chi ha la responsabilità genitoriale (e dunque, per il nostro diritto, i genitori, ma pure il tutore) della facoltà di rappresentare il fanciullo, per via di un conflitto di interessi ( tutto ciò in piena aderenza al nostro ordinamento).

E' vero che il successivo art. 5 enuncia il diritto del minore di chiedere l'assistenza da parte di una persona appropriata, di sua scelta, per aiutarlo ad esprimere la sua opinione; di chiedere, personalmente o per il tramite di persone od organi, la designazione di un rappresentante speciale, se del caso un avvocato; di designare un suo rappresentante; di esercitare in tutto o in parte le prerogative di una parte, nei procedimenti che lo riguardano. Va peraltro precisato che le previsioni dell'art. 5 sono soltanto " raccomandate " ai legislatori nazionali ( les parties examinent la possibilité...) e richiederebbero dunque una disciplina ad hoc nell'ordinamento interno.

Non contrasta con le indicazioni dell'art. 4 della convenzione la rappresentanza legale del tutore, che



nomina un difensore al minore e, nel caso di conflitto di interessi, la nomina di un curatore speciale. Il " difensore " del minore, come indicato dal giudice a quo, il quale peraltro finisce per ammettere che dovrebbe pure essere il suo rappresentante speciale - e dunque ambiguamente parla di difensore, curatore dei minori - sarebbe forse astrattamente in linea con le indicazioni dell'art. 5 della convenzione, ma, come si è detto, in assenza, finora, di una normativa ad hoc, ne deriverebbero ulteriori contraddizioni: non avendo il minore capacità piena di rapportarsi al " suo " difensore, referente di questo non potrebbe che essere il giudice che l'ha nominato , il quale quindi diventerebbe in sostanza rappresentante di fatto del minore, in palese violazione dell'art. 111 Cost. e dei principi del giusto processo, che impongono la terzietà e l'imparzialità del giudice.

Quanto finora osservato non esclude la rilevanza della posizione del minore, dei suoi intendimenti, delle sue aspirazioni nel procedimento di adottabilità. E' prevista obbligatoriamente in vari momenti della procedura ( e si tratta di uno dei profili più significativi, introdotti dalla L. n. 149 del 2001 ) l'audizione del minore che abbia compiuto gli anni dodici e pure di età inferiore, in considerazione della

sua capacità di discernimento. Ma il minore, dotato del necessario discernimento, pure potrebbe chiedere la nomina di un rappresentante ( tutore, curatore speciale) non ancora nominato, ovvero la nomina di un difensore, se il tutore o lo stesso curatore speciale, che non rivesta la qualità di avvocato, non vi provvedano tempestivamente. Ciò in piena aderenza al nostro diritto ( art. 78 c.p.c. ) e alla convenzione di Strasburgo ( art. 4).

Potrebbe chiedere il minore di essere sentito dal giudice o magari di conferire con il difensore, nominato dal tutore o dal curatore speciale. Né va sottaciuto che il minore che abbia compiuto i quattordici anni, deve manifestare espresso consenso alla adozione e potrebbe ben rifiutarlo, ove ritenesse di non essere stato adeguatamente rappresentato e difeso nel procedimento.

Sulla base delle considerazioni suesposte, vanno accolti entrambi i ricorsi. Resta assorbita la censura <sup>(? motivo in p. r. v.)</sup> relativa alla rimessione della causa al primo giudice.

Va dunque cassata la sentenza impugnata, nei termini di cui in motivazione, con rinvio alla Corte di Appello di Milano, in diversa composizione, che deciderà, adeguandosi ai principi sopra enunciati.

Sussistono giusti motivi, considerate le novità introdotte dalla riforma della disciplina dell'adozione,

per dichiarare compensate tra le parti le spese del presente giudizio di legittimità.

P. Q. M.

La Corte accoglie entrambi i ricorsi nei termini di cui in motivazione; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa per la decisione alla Corte di Appello di Milano in diversa composizione; dichiara compensate le spese del presente giudizio di legittimità; a norma dell'art. 52, decreto legislativo 196/03, in caso di diffusione del presente provvedimento omettere le generalità e gli altri atti identificativi delle parti e della minore.

Roma, 21 ottobre 2009

Il Consigliere Estensore

*Marino Joppi*

Il Presidente

*[Signature]*

Depositato in Cancelleria

■ 17 FEB 2010

IL CANCELLIERE  
Alfonso Madaleni

*[Signature]*

Copia conforme all'originale che si rilascia a richiesta del Sig. Avv. Bartolomeo Paladelli in forma legale.

Roma, il 18 FEB 2010



IL CANCELLIERE  
Antonella Fontana

*[Signature]*