

***** STUDIO LEGALE *****
AVVOCATO CARLO PIAZZA

GALLARATE - Viale Carlo Noè, 43/A
MILANO - P.zza Santa Francesca Romana, 3
Tel. 0331/77.38.62 - Fax 0331/77.18.22
E-mail: avvocatopiazza@libero.it
E-mail PEC: carlo.piazza@busto.pecavvocati.it

* * *

Parere tecnico ai PDL 2102 e collegati in materia di affidamento dei minori e modifiche alla L.184/83 e L.54/06 per la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati

Lo scrivente, ringrazia innanzitutto per l'opportunità di fornire un parere tecnico sui Progetti di legge relativi alla modifica della **Legge 184/83** sull'affidamento dei minori, sull'ascolto dei minori come attualmente disciplinato dall'**art 336bis c.c.** e sulla modifica dell'**art. 403 c.c.** nonché sulla disposizione relativa alla modifica dell'**art. 38 disp. Att. C.c.**

Ritiene utile ai fini di una migliore valutazione comparativa delle modifiche normative proposte nei PDL di cui in epigrafe, evidenziare quelli che dovrebbero essere tenuti quali principi cardine atti a guidare le riforme della materia, trascogliendo o sintetizzando nei vari PDL le più precise esplicazioni di tali principi:

A)adozione delle proposte di modifica normativa che privilegino l'instaurazione e la piena applicazione del **diritto al contraddittorio** in piena conformità alle regole del corrente rito civile. Infatti il grado maggiore di verità e il miglior controllo dei dati che affluiscono al processo ai fini di una migliore decisione - si raggiunge attraverso il confronto tra opposte o diverse prospettazioni di realtà. Pertanto appare pienamente condivisibile la necessità di immediato vaglio giurisdizionale sulle procedure d'urgenza per la tutela di minori in stato di derelizione o bisognosi di protezione disposte ex art. 403 c.c. , nonché delle relative impugnazioni avverso provvedimenti dell'Autorità preposta al controllo. Benchè sia nei vari PDL lodevolmente attribuito agli interessati un diritto

all'impugnazione e al ricorso all'autorità giurisdizionale da esercitarsi in tempi brevi, ciò pare poco attuabile, specialmente con riferimento al ricorso alla Corte di legittimità di cui all'art. 4 del PDL 2264. Il depotenziamento dei Tribunali per i Minorenni *de facto* conseguente all'introduzione dell'art. 3 L.219/12 che sottraeva loro la competenza relativa all'affidamento dei minori ex art. 337 bis c.c. e la possibilità reale che le famiglie oggetto di tali provvedimenti versino in condizioni socio-economiche disagiate che le rende poco inclini alla ricerca di un Legale per un ricorso a breve termine, fa ritenere poco fruibile tale, pur apprezzabile, intervento normativo. Inoltre è empiricamente consolidato il fatto che una maggiore attenzione all'esercizio del diritto al contraddittorio tra le parti processuali sia propria dell'ambito e delle forme del processo civile. Appare dunque più conforme all'evoluzione normativa determinata dall'introduzione nell'Ordinamento della L.219/12 e del D Lgs. 154/13, che il primo ricorso avverso tali procedure di protezione disposte d'ufficio ex art. 403 c.c. venga attribuito per competenza al Tribunale ordinario nel quale auspicabilmente venga costituita o individuata una Sezione specializzata per i minori e la famiglia, con successiva ammissibilità normativamente garantita del reclamo in Corte d'Appello, sezione minori e famiglia, e *in extremis* eventuale ricorso per legittimità.

B)Indispensabilità per la tutela e interesse dei minori nel definire la durata, eventualmente prorogabile, dei provvedimenti ablativi o limitativi *de potestate* nei confronti dei genitori o di uno di essi. Ciò vieppiù a seguito della recente pronuncia della Suprema Corte (Ordinanza 16.12.2020 n°28724 **per cui è** inammissibile il ricorso per Cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. avverso i provvedimenti provvisori “*de potestate*” (nella specie: il decreto con il quale il tribunale autorizza i servizi sociali a sospendere gli incontri tra il genitore ed il figlio), trattandosi di provvedimenti privi dei caratteri della decisorietà, sprovvisti di attitudine al giudicato “*rebus sic stantibus*”, nonché della definitività, in quanto non emessi a conclusione di un procedimento e dunque revocabili, modificabili riformabili dallo stesso Giudice che li ha emessi anche in assenza di nuovi elementi sopravvenuti. Ciò onde evitare che tali provvedimenti, come attualmente accade presso varie Corti minorili, vengano mantenuti in vigore *ad libitum* e senza possibilità effettiva di

reclamo o modifica stante la insussistenza di norme che impongano la trattazione entro determinato termine dalla presentazione del relativo ricorso. In tal senso gli artt. 1-2 dell PDL 2937 andrebbero ad esempio integrati ai fini della revoca di provvedimenti ablativi/limitativi *de potestate*, indicando che la stessa DOVRA' essere disposta non soltanto con l'allegazione di fatti nuovi idonei a far ritenere cessata la necessità di protezione e messa in tutela del minore, evenienza non certo agevole, ma altresì con la possibilità per i genitori di una "messa alla prova" nel senso di aver profittevolmente seguito un corso volontario di educazione alla genitorialità ovvero di aver assunto un sostegno domiciliare che consenta prognosticamente di ritenere che gli stessi abbiano raggiunto una sufficiente capacità e responsabilità per il ruolo e non presentino (più) criticità degne di nota nell'interesse della crescita e della sana educazione della prole minorenni.

C)Necessità di una completa disciplina dell'istituto **dell'avvocato del minore**, in piena recezione dell'art. 5 della Convenzione di Strasburgo (1996) ratificata nell'Ordinamento nazionale dalla L.77/03 e definizione dei compiti del medesimo soprattutto in rapporto alla figura del Curatore speciale. La natura di parte processuale oltre che sostanziale del minore è pacificamente ammessa con riferimento ai procedimenti *de potestate*, in quanto, l'art. 37, comma 3, l. n. 149/2001, ha introdotto nell'ultimo comma dell'art. 336 c.c. la seguente frase "*per i provvedimenti di cui ai commi precedenti i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore*".

Tale criterio ha già superato il vaglio di costituzionalità (Consulta n.1/2002) nel senso di configurare il minore capace di discernimento come "parte" del procedimento che lo riguarda, con la necessità del contraddittorio nei suoi confronti, se del caso previa nomina di un curatore speciale, così confermando, nella sostanza, la necessità/dovere di nominare un difensore per il minore. Si rileva qui la necessità di **superare la duplicazione curatore(tutore)/avvocato del minore**, considerando in particolare che la nomina di un difensore al minore è presupposta di fatto per quelle situazioni di conflitto di interessi tra il minore e i suoi genitori. La prima prospettiva di attuazione del tutto ragionevole da ipotizzare è che la rappresentanza sostanziale del minore venga attribuita al

difensore, appunto all'avvocato del minore, senza che sia necessario passare attraverso la nomina del curatore o del tutore. In tal senso appare apprezzabile il dettato dell'art 2 PDL 2796.

Con sanzione di nullità del procedimento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 354, comma 1°, c.p.c.. in caso di violazione del diritto al contraddittorio.

C)Rafforzamento del controllo sull'Ente territoriale con poteri di vigilanza di monitoraggio e d'iniziativa ai sensi dell'art. 403 c.c., profili di responsabilità deontologica e in tal senso appare altamente opportuno il richiamo alla necessità che l'operatore sia iscritto a un Ordine Professionale e responsabilità penale aggravata nel caso tali attività - che ordinariamente vengono svolte senza il contraddittorio – diano luogo alla commissione di reati in danno del minore spesso per ragioni di interesse economico diretto o indiretto conseguente all'invio del minore in comunità. Dunque è apprezzabile la proposta di introduzione degli artt. 368 II comma c.p., 373bis c.p. e 380 bis c.p. con riferimento ai reati eventualmente commessi dall'operatore del Servizio Sociale stante la delicata funzione svolta e relativa alta responsabilità attribuita dall'ordinamento a tale figura cui è in prima linea affidato il compito di tutela e protezione dei minori (art. 3 PDL 2264).

D)Riforma e chiarimento delle prerogative e ripartizione delle competenze tra Tribunali Ordinari e dei Minorenni in subjecta materia. In particolare riforma dell'art. 38 disp. Att. c.c. , chiarendo che la competenza in relazione al controllo sull'applicazione dell'art. 403 c.c. appartiene al Tribunale Ordinario nell'eventuale sezione specializzata per la famiglia, con l'intervento necessario del Pubblico Ministero. I provvedimenti *de potestate* dovranno altresì, per le ragioni sopra indicate al punto 1) e indipendentemente dalla pendenza o meno di procedimenti in materia di separazione, divorzio o affidamento di figli nati fuori dal matrimonio, essere attribuiti definitivamente alla competenza del Tribunale Ordinario nell'eventuale Sezione specializzata per Famiglia e Minori.

E)Necessità di stabilire un chiaro criterio di determinazione e non sovrapposizione dell'ascolto del minore da parte dell'Organo Giudicante o eventualmente da parte dell'ausiliario psicologo. In

particolare la riforma dell'art. 336 bis c.c così come introdotto dal D.Lgs 154/13 per come realizzata nel dettato dell'art. 5 PDL 2937 appare poco chiara: innanzitutto affinché il Giudicante “*ravvisi la mancanza di discernimento e l'incapacità a esprimere la propria volontà*” da parte del minore, è necessario che l'audizione sia disposta e almeno iniziata. In secondo luogo, la norma relativa all'audizione ha generato una pleora di protocolli d'ascolto per poi esitare in una sempre più frequente delega ad un esperto psicologo. Nel caso di specie, - le misure di tutela disposte dalla L.184/83 – a differenza dalla fattispecie in cui l'ascolto può essere condizionato dalla lite genitoriale, appare opportuno:

1) che il minore interessato dal provvedimento di tutela e protezione che preveda la possibilità di adozione di provvedimenti *de potestate* riguardo ai genitori e trasferimento del minore in altra famiglia ovvero comunità debba necessariamente interloquire con il magistrato giudicante, essere adeguatamente informato ex art 3 della Convenzione di Strasburgo (1996) affinché possa esercitare i propri diritti, fornire un'opinione consapevole e partecipare come soggetto nel giudizio, esprimendo il suo parere, le sue preferenze e i suoi desideri;

2) che *in subjecta materna* il Giudicante esperto nel diritto della Famiglia, dall'interlocuzione con il minore senza l'ausilio di intermediari, possa rendersi direttamente conto del suo stato psico-fisico e delle suo condizioni generali, verificando direttamente uno stato di realtà che lo aiuti a formare con la massima accuratezza possibile il proprio convincimento e il proprio giudizio.

Roma, 18.05.2021

Avv. Carlo Piazza