

Questioni di attualità

Verso una piena attuazione della riforma Cartabia

Quale ruolo assume il curatore speciale nell'interesse del minore?

di Tessa Onida

Premessa

In ambito processuale il curatore speciale è la figura legittimata a rappresentare o assistere i soggetti che non hanno la possibilità di stare in giudizio personalmente (l'incapace, le persone giuridiche o le associazioni non riconosciute) al fine di evitare che tali soggetti siano temporaneamente privi di rappresentanza o assistenza. Della disciplina del curatore speciale si occupa, in primo luogo, l'articolo 78 del codice di procedura civile il quale prevede che «se manca la persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, o vi sono ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace un curatore speciale con il compito di rappresentarlo o assisterlo finché non subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza. Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato quando vi è conflitto di interessi con il rappresentante».

A rendere necessaria la nomina di un curatore speciale è quindi sufficiente – sulla base della formulazione dell'articolo 78 del codice di procedura civile¹ – che vi sia un conflitto di interessi tra chi è incapace di stare in giudizio personalmente e il suo rappresentante legale e ciò accade ogni qual volta il rappresentante e il rappresentato siano portatori di interessi tra di loro (anche solo potenzialmente) incompatibili. Nel diritto di famiglia sono diverse – a oggi – le disposizioni nelle quali è prevista la necessità di procedere alla nomina di un curatore per la persona minore di età perché ci sono diverse situazioni nelle quali si può ipotizzare – già a priori – l'esistenza di un conflitto di interessi tra la persona di minore età e l'esercente o gli esercenti la responsabilità genitoriale. Ciò vale, ad esempio, nei procedimenti di adottabilità e nei procedimenti cosiddetti *de potestate* (quelli che hanno l'attitudine a condurre alla sospensione e/o alla decadenza della responsabilità genitoriale per gravi inadempimenti dei soggetti titolari della stessa). Si tratta, infatti, di un istituto giuridico che negli ultimi anni è stato interessato da una evidente espansione a causa della crescente necessità di assicurare ai minorenni un'autonoma rappresentanza nel processo anche in ipotesi "nuove" collegate cioè a tipologie di genitorialità (affettiva, sociale, intenzionale e omogenitoriale) che si sono affiancate alle tradizionali figure di genitorialità. Non è, difatti, mai possibile – nel moderno diritto minorile – permettere che una persona minorenni possa essere rappresentata nel processo

¹ L'attuale formulazione dell'articolo 78 del codice di procedura civile è stata modificata in attuazione della cosiddetta Riforma Cartabia dal decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149.



Piazza SS. Annunziata, 12 · 50122 Firenze
tel. 055 2037363 · fax 055 2037205
biblioteca@istitutodegliinnocenti.it
minori.gov.it
minoritoscana.it
istitutodegliinnocenti.it

Il presente documento fa parte di *Rassegna giuridica infanzia e adolescenza*, periodico trimestrale già registrato presso il Tribunale di Firenze con n. 4963 del 15/05/2000.

dai genitori quando questi sono portatori di interessi propri che hanno l'attitudine di andare a confliggere con quelli del figlio. Di qui l'importanza crescente del ruolo e della figura del curatore speciale che ha la fondamentale funzione di portare nel processo la voce e gli interessi delle persone minorenni al fine di mettere il giudice nelle condizioni di perseguire, con la sua decisione, il *best interest of the child*.

Alla base della figura del curatore speciale e della sua affermazione c'è un eterogeneo complesso di norme – sovranazionali e nazionali – che hanno contribuito a delinearla² (unitamente a un diffuso orientamento giurisprudenziale³) e ad affermarne l'importanza.

2 Si va dalla Convenzione di New York del 1989 a quella di Strasburgo del 1996 (cfr. in particolare l'articolo 10 che impone di considerare la persona di minore età un soggetto di diritto autonomo), dalle Linee d'indirizzo del Consiglio d'Europa del 2010, agli articoli 336 del codice civile, 78 del codice di procedura civile e agli articoli 8 e 10 della legge 4 maggio 1983, n. 184, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. In particolare la Convenzione europea – circa l'esercizio dei diritti delle persone di minore età – richiama i procedimenti relativi alla responsabilità genitoriale che coinvolgono i minorenni prevedendo che, allorché sussista un conflitto di interessi con i genitori, o comunque, tra il minorenne e chi esercita la responsabilità genitoriale sullo stesso, il giudice possa nominare un rappresentante del minorenne (cfr. l'articolo 5 lettera (b) e l'articolo 9 della legge 20 marzo 2003, n. 77). Si tratta, peraltro, di norme che hanno immediata valenza precettiva anche al di fuori dei procedimenti espressamente contemplati nell'elenco delle controversie formulato dallo Stato italiano (cfr. Corte costituzionale 12 giugno 2009, n. 179). Sul punto, infatti, la Corte costituzionale ha precisato che il giudice può procedere, anche *ex officio*, alla nomina del curatore speciale per la persona di minore età, quando ricorrano casi di conflitto di interessi con i genitori o comunque con i soggetti che lo rappresentano e, ciò, anche senza necessità di istanza di parte o di iniziativa da parte del pubblico ministero. A livello generale, del resto, già l'articolo 12 della Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza del 20 novembre 1989 ratificata dall'Italia con la legge 27 maggio 1991, n. 176, aveva previsto il diritto del minorenne a essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguarda, o personalmente o tramite un rappresentante o un organo appropriato.

3 Infatti, sia nella giurisprudenza delle Corti di merito che in quella di legittimità (in conformità con la giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo) si era fatta strada l'idea che anche nei casi non espressamente previsti dalle norme del diritto di famiglia e, in particolare, nelle ipotesi sempre più frequenti di "recisione" del vincolo genitoriale determinato, in concreto, dal conflitto dei genitori, il giudice potesse procedere alla nomina di un curatore speciale anche d'ufficio, per conferirgli la rappresentanza processuale della persona di minore età e, in alcuni casi, anche la rappresentanza sostanziale da esercitare al di fuori del processo con attribuzione di specifici poteri e competenze, anche nel rapporto con i terzi. Ciò basandosi sul principio espresso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale che aveva affermato che allorché la persona minorenne possa essere ritenuta centro di imputazione di interessi giuridicamente rilevanti, non adeguatamente tutelati da

Tale processo nel nostro ordinamento giuridico è culminato con l'approvazione della già citata legge del 26 novembre 2021, n. 206⁴ (Riforma Cartabia) che – mediante i decreti legislativi per la sua attuazione – ha da un lato confermato buona parte di quanto era già stato codificato grazie all'opera della giurisprudenza, dall'altro, ha anche espressamente previsto diverse nuove ipotesi nelle quali la nomina del curatore speciale è necessaria al fine di rendere il processo il luogo nel quale anche la persona di minore età possa, nel modo più genuino possibile, manifestare i propri interessi. Non possiamo, infatti, dare per scontato che questi ultimi siano necessariamente coincidenti con quelli del gruppo familiare al quale la persona di minore età appartiene.

In particolare, il d.lgs. n. 149 del 2022, attuativo della legge n. 206 del 2021 ha – come sopra ricordato – modificato l'articolo 78 del codice di procedura civile e riscritto l'articolo 80 del codice di procedura civile stabilendo che «l'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa. Se la necessità di nominare un curatore speciale sorge nel corso di un procedimento, anche di natura cautelare, alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice che procede. Il giudice, assunte le opportune informazioni e sentite possibilmente le persone interessate, provvede con decreto. Questo è comunicato al pubblico ministero affinché provochi, quando occorre, i provvedimenti per la costituzione della normale rappresentanza o assistenza dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta». Inoltre, l'abrogazione dell'articolo 78, comma 3 e 4 del codice di procedura civile e dell'articolo 80, comma 3 del codice di procedura civile è stata funzionale alla trasposizione dei relativi contenuti nell'articolo 473-bis.8 del codice di procedura civile che adesso assegna al giudice – anche nella veste di giudice monocratico nominato fin dal deposito del ricorso – il potere di nominare il curatore speciale e, in alcuni casi, questo deve avvenire a pena di nullità degli atti del procedimento (cfr. articoli 473-bis.7⁵ e

parte dei genitori, alla stessa deve essere garantita una rappresentanza processuale mediante la nomina di un rappresentante (cfr. Corte costituzionale, 11 marzo 2011, n. 83).

4 *Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*.

5 Articolo 473-bis.7 del codice di procedura civile, *Nomina del tutore e del curatore del minore*: «Il giudice nomina il tutore del minore quando dispone, anche con provvedimento temporaneo, la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori. Copia del provvedimento è trasmessa al giudice tutelare per le prescritte annotazioni sul registro delle tutele. Sino alla definizione del procedimento, le funzioni del giudice tutelare sono esercitate dal giudice che procede.

473-bis.8⁶ del codice di procedura civile). Adesso la nuova disciplina prevede che il giudice provveda alla nomina del curatore speciale del minore nei seguenti casi:

- quando il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori o quando uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro (è il caso in cui la posizione della persona di minore età è parte non solo sostanziale ma anche formale del processo ed è contrapposta a quella dei genitori). Si tratta, a ben vedere, di una codificazione di

Il giudice può nominare il curatore del minore quando dispone, all'esito del procedimento, limitazioni della responsabilità genitoriale. Il provvedimento di nomina del curatore deve contenere l'indicazione:

- della persona presso cui il minore ha la residenza abituale;
 - degli atti che il curatore ha il potere di compiere nell'interesse del minore, e di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare;
 - degli atti che possono compiere i genitori, congiuntamente o disgiuntamente;
 - degli atti che può compiere la persona presso cui il minore ha la residenza abituale;
 - della periodicità con cui il curatore riferisce al giudice tutelare circa l'andamento degli interventi, i rapporti mantenuti dal minore con i genitori, l'attuazione del progetto eventualmente predisposto dal tribunale.
- Nei casi previsti dal presente articolo, all'esito del procedimento il giudice trasmette gli atti al giudice tutelare competente».

6 Articolo 473-bis.8, *Curatore speciale del minore*: «Il giudice provvede alla nomina del curatore speciale del minore, anche d'ufficio e a pena di nullità degli atti del procedimento:

- nei casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori, o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro;
- in caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'articolo 403 del Codice Civile o di affidamento del minore ai sensi degli articoli 2 e seguenti della legge 4 maggio 1983, n. 184;
- nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori;
- quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni.

In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore. Il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato. Si applicano gli articoli 78, 79 e 80.

Al curatore speciale del minore il giudice può attribuire, con il provvedimento di nomina o con provvedimento non impugnabile adottato nel corso del giudizio, specifici poteri di rappresentanza sostanziale. Il curatore speciale del minore procede al suo ascolto ai sensi dell'articolo 315 bis, terzo comma, del codice civile, nel rispetto dei limiti di cui all'articolo 473 bis 4.

Il minore che abbia compiuto quattordici anni, i genitori che esercitano la responsabilità genitoriale, il tutore o il pubblico ministero possono chiedere con istanza motivata al presidente del tribunale o al giudice che procede, che decide con decreto non impugnabile, la revoca del curatore per gravi inadempimenti o perché mancano o sono venuti meno i presupposti per la sua nomina».

quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione che, dopo aver negato a lungo la ricorribilità dei provvedimenti che definiscono i procedimenti cosiddetti *de potestate*, ne ha poi affermato l'ammissibilità ai sensi dell'articolo 111 della Costituzione e – con la sentenza n. 32358 del 2018 – ha anche precisato che in questi procedimenti il conflitto d'interesse tra figlio e genitori suoi rappresentanti si deve presumere sempre valorizzando, in questo modo, il ruolo del curatore speciale nei procedimenti ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale in quanto ipotesi nelle quali la persona di minore età è portatrice di diritti personalissimi di rilievo costituzionale che richiedono una difesa tecnica;

- nel caso di adozione di provvedimenti ai sensi dell'articolo 403 del codice civile o di affidamento del minore ai sensi degli articoli 2 e seguenti della Legge n. 184 del 1983; infatti, la nomina del curatore speciale è prevista a pena di nullità quando l'affidamento giudiziale è disposto dal tribunale in difetto dell'assenso dei genitori allorché si è in presenza di una situazione di pregiudizio. Peraltro, così facendo, in queste ipotesi, si assicura anche una giurisdizionalizzazione dell'intero procedimento che fino alla riforma aveva fondamentalmente carattere amministrativo;
- nel caso in cui dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio per la persona di minore età tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori: a tale previsione di carattere generale devono essere ricondotti quei procedimenti nei quali, all'inizio, non vi è stata richiesta di provvedimenti ablativi della responsabilità genitoriale, ma tale esigenza sorge in corso d'opera a causa del pregiudizio che possono causare i genitori alla persona di minore età con il comportamento che hanno assunto nel corso del processo (cfr. la giurisprudenza della Corte di cassazione)⁷;
- quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto 14 anni: si tratta del caso, nuovo e particolarmente significativo, in cui il minore stesso – capace di discernimento – ne faccia richiesta imponendo al giudice di valutare questa richiesta.

Naturalmente poi, oltre ai casi nei quali la nomina del curatore speciale è obbligatoria (a pena di nullità), si devono aggiungere tutte quelle ipotesi nelle quali tale nomina è una facoltà concessa al giudice alla luce del fatto che i genitori appaiono per gravi ragioni

⁷ Ormai la prassi è la nomina generalizzata del curatore speciale legittimata anche dall'ordinanza 11 maggio 2018, n. 11554 secondo cui la sussistenza di un conflitto di interessi fra il minore e i genitori deve essere valutata in concreto con un riguardo all'incapacità anche temporanea dei genitori a tutelare la posizione del figlio.

temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi della persona di minore età. In questi casi il provvedimento di nomina del curatore deve essere succintamente motivato⁸.

Il tema

Il fatto storico dal quale prende spunto la pronuncia in commento⁹ della Corte di cassazione in sé è semplice: il Tribunale per i minorenni di Milano disponeva – con decreto provvisorio – l'affidamento di una bambina ai servizi sociali limitando la responsabilità genitoriale di entrambi i genitori e disponendo un'indagine psico-socio-familiare estesa alla rete familiare allargata. Tale provvedimento veniva assunto su richiesta del pubblico ministero in seguito ai colloqui avuti con la bambina dopo un ricovero in ospedale a causa di un tentativo di suicidio per ingestione incongrua di farmaci dai quali era emersa una situazione familiare gravemente pregiudizievole per la bambina stessa che aveva riferito di essere vittima di continui maltrattamenti fisici e verbali da parte della madre e della zia. Infatti, era stata lei stessa a chiedere di essere allontanata dalla madre (anche) per timore delle possibili reazioni della donna alle sue dichiarazioni.

La bambina era quindi stata affidata al Comune e i servizi sociali furono incaricati di procedere a un'indagine relativa al suo più idoneo collocamento, alla creazione di nuove premesse per migliorare il legame tra madre e figlia, e ad avviare la madre a un percorso di consolidamento delle proprie competenze genitoriali. La Corte d'appello di Milano, intanto, rigettava il reclamo presentato dalla madre anche se, dalle relazioni dei servizi sociali, era emerso che il disagio di cui era portatrice la bambina non appariva imputabile alla madre¹⁰. Per il giudice di appello, infatti, erano comunque ravvisabili

8 A questo proposito è interessante la Relazione di accompagnamento alla proposta di modifica dell'articolo 78 del codice di procedura civile (https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf) nella quale si legge che «esistono tuttavia una serie di casi gravi, di elevatissima conflittualità tra i genitori», che assumono riflessi di forte pregiudizio per il minore di età «al punto da minare lo stesso suo sviluppo psico-fisico e, in alcuni casi più gravi, anche la sua salute, che però non necessariamente sfociano nell'avvio di un procedimento *de potestate*, integrando solo una sostanziale ma graduale recisione del vincolo genitoriale nei confronti di un solo genitore ovvero neutralizzando, nella pratica, ogni provvedimento adottato dal giudice. In questi casi, il giudice del merito è tenuto a verificare in concreto l'esistenza potenziale di una situazione d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentante e quello preminente del minore rappresentato e, sebbene non prevista normativamente, la figura del curatore speciale del minore».

9 Cfr. Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 29 novembre 2023, n. 33185.

10 Anche perché la bambina «molto lucida, sebbene emotivamente non

gli estremi di un maltrattamento psicologico e poi, dalla relazione della comunità in cui, nel frattempo, era stata collocata la bambina, emergeva chiaramente l'importanza di proseguire gli incontri tra madre e figlia con le modalità in essere e di continuare a coadiuvare la madre nell'acquisizione delle competenze genitoriali.

La questione veniva quindi presentata al vaglio della Corte di cassazione che si vedeva costretta a dichiarare la nullità dell'intero processo in quanto aveva avuto corso senza la nomina di un curatore speciale che rappresentasse la bambina (in particolare i suoi interessi). Tuttavia, in ossequio al fondamentale principio della ragionevole durata del processo contenuto nell'articolo 111, comma 2 della Costituzione¹¹ – principio questo come affermano i giudici «di particolare rilievo per i procedimenti riguardanti i minori» – la causa venne rinviata al giudice di appello (e non al Tribunale) affinché riesaminasse la questione previa nomina di un curatore speciale per la persona di minore età evitando, così, di riportare all'inizio la vicenda processuale a discapito dell'interesse di tutte le parti in causa ma, in primo luogo, proprio della persona di minore età.

Pertanto, sulla mancata nomina del curatore speciale per la bambina, non ci sono incertezze da parte dei giudici della Cassazione che si sia trattato di una mancanza da parte dei giudici di merito e – ugualmente – non ci sono incertezze sul fatto che tale mancanza sia stata di una gravità tale da comportare la cassazione dell'atto impugnato. Infatti, considerando che il provvedimento di affidamento della bambina ai servizi sociali presentava carattere limitativo della responsabilità genitoriale, il giudice avrebbe dovuto procedere alla decisione in un contraddittorio nel quale fossero rappresentati anche gli interessi della persona di minore età previa nomina – appunto – di un curatore speciale.

Tuttavia, la parte più significativa di questa ordinanza non è tanto quella nella quale si afferma il principio di diritto che abbiamo appena ricordato¹², ma quella nella quale i giudici della Corte della Cassazione – richiamando quanto affermato nella recente ordinanza n. 32290 del 2023¹³ – hanno distinto, in due categorie, le diverse ipotesi che vengono comunemente accomunate sotto la voce "Affidamento del minore ai servizi sociali".

congrua» non evidenziava segni di maltrattamenti e, infatti, il procedimento penale nei confronti della madre (la quale era, peraltro, soggetto invalido perché non vedente) era stato archiviato per mancanza di prove.

11 «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Si tratta di un principio che trova riscontro anche nell'articolo 6 della CEDU.

12 Riguardo al quale sussistono effettivamente pochi dubbi.

13 Pronunciata in seguito all'adunanza camerale del 15 novembre 2023.

Infatti, gli interventi che il giudice – mediante provvedimenti tipici e atipici – può disporre a tutela del minore nel caso in cui genitori si rivelino in tutto o in parte inadeguati devono essere distinti in:

- interventi di sostegno e supporto alla famiglia, ampliativi di quelle che sono le risorse destinate al benessere del minore, nei quali il giudice «affianca ai genitori un soggetto terzo, con la finalità di supportarli e assisterli nello svolgimento dei loro compiti¹⁴, nonché con la finalità di supportare e assistere il minore, e per esercitare una funzione di vigilanza». Queste sono ipotesi nelle quali «nulla viene tolto a quell'insieme di poteri e doveri che costituiscono la responsabilità genitoriale, e si procede per accrescimento o addizione delle risorse dirette ad assicurare *il best interest of the child*»;
- interventi in tutto o in parte ablativi della responsabilità genitoriale che ricorrono quando, rilevata l'incapacità totale o parziale del genitore ad assolvere i suoi compiti, viene dichiarata la decadenza dalla responsabilità genitoriale o le vengono imposti dei limiti e, pertanto, alla sfera delle funzioni genitoriali (poteri e doveri) vengono sottratte alcune competenze e il compito di esercitare queste funzioni (e le correlate responsabilità) viene demandato a terzi (è il caso nel quale si procede "per sottrazione").

Ecco, nella prima di queste due ipotesi, quella nella quale si procede per addizione, non è obbligatorio provvedere alla nomina di un curatore speciale alla persona di minore età; infatti, in queste ipotesi ci si limita a individuare dei compiti specifici e ad assegnarli a un soggetto terzo affinché assicuri supporto e assistenza ai genitori e ai figli – oltre a vigilare sul rispetto dell'interesse del minore – ma non si va a incidere sulla responsabilità genitoriale. Quindi, salvo che il giudice non ravvisi comunque, in concreto, un conflitto di interessi, in questi casi la nomina di un curatore speciale non è obbligatoria, ma basta che «il provvedimento del giudice sia sufficientemente dettagliato sui compiti demandati – con esclusione di poteri decisori – e che siano definiti i tempi della loro attuazione, che devono essere il più rapidi possibili».

Viceversa, nella seconda ipotesi, quella nella quale si procede per sottrazione perché viene adottato un provvedimento limitativo (anche solo in via provvisoria) della responsabilità genitoriale compiendo un'ingerenza nella vita privata e familiare¹⁵, giustificata

¹⁴ Sia pure nel rispetto del diritto di autodeterminazione, sul punto vedi la Cassazione civile con l'ordinanza 22 giugno 2023, n. 17903.

¹⁵ Sul punto vedi la Corte di cassazione nella pronuncia dell'11 giugno 2021, n. 16569 dove si sottolinea che «tali ingerenze devono essere giustificate dalla necessità di non potersi provvedere diversamente alla attuazione degli interessi morali e materiali del minore, non avendo sortito effetto i programmi di supporto e sostegno già svolti in favore della genitorialità»

dal fatto che non è possibile provvedere in altro modo all'attuazione degli interessi morali e materiali della persona di minore età, è necessario che la questione sia discussa in contraddittorio e che questo sia sempre esteso anche alla persona di minore età attraverso la nomina di un curatore speciale per garantire che i suoi interessi siano imparzialmente e adeguatamente rappresentati.

Peraltro, osservano i giudici della Cassazione, che anche prima dell'inserimento dell'articolo 5-bis¹⁶ nella legge n. 184 del 1983 da parte del d.lgs. n. 149 del 2022 il "mandato di vigilanza e di supporto" era logicamente distinto dalla diversa ipotesi di affidamento ai servizi a seguito di un provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale: in tale ipotesi era infatti sufficiente che i compiti

in seguito al fallimento dei programmi di supporto all'affidamento familiare.

¹⁶ Articolo 5-bis della legge 184 del 1983:

1. «Il minore può essere affidato al servizio sociale del luogo di residenza abituale, quando si trova nella condizione prevista dall'articolo 333 del codice civile e gli interventi di cui all'articolo 1, commi 2 e 3, si sono rivelati inefficaci o i genitori non hanno collaborato alla loro attuazione, fatto salvo quanto previsto all'articolo 2, comma 3.
2. Con il provvedimento con cui dispone la limitazione della responsabilità genitoriale e affida il minore al servizio sociale, il tribunale indica:
 - a) il soggetto presso il quale il minore è collocato;
 - b) gli atti che devono essere compiuti direttamente dal servizio sociale dell'ente locale, anche in collaborazione con il servizio sanitario, in base agli interventi previsti dall'articolo 4, comma 3;
 - c) gli atti che possono essere compiuti dal soggetto collocatario del minore;
 - d) gli atti che possono essere compiuti dai genitori;
 - e) gli atti che possono essere compiuti dal curatore nominato ai sensi dell'articolo 333, secondo comma, del codice civile;
 - f) i compiti affidati al servizio sociale ai sensi dell'articolo 5, comma 2;
 - g) la durata dell'affidamento, non superiore a ventiquattro mesi;
 - h) la periodicità, non superiore a sei mesi, con la quale il servizio sociale riferisce all'autorità giudiziaria che procede ovvero, in mancanza, al giudice tutelare sull'andamento degli interventi, sui rapporti mantenuti dal minore con i genitori, sull'attuazione del progetto predisposto dal tribunale.
- 3) Il servizio sociale, nello svolgimento dei compiti a lui affidati e nell'adozione delle scelte a lui demandate, tiene conto delle indicazioni dei genitori che non siano stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale e del minore nonché, ove vi siano, del curatore e del curatore speciale.
- 4) Entro quindici giorni dalla notifica del provvedimento il servizio sociale comunica il nominativo del responsabile dell'affidamento al tribunale, ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, al curatore se nominato e al soggetto collocatario.
- 5) Se l'affidamento al servizio sociale è disposto con il provvedimento che definisce il giudizio, la decisione è comunicata al giudice tutelare del luogo di residenza abituale del minore, per la vigilanza sulla sua attuazione.
- 6) Il giudice competente per l'attuazione, su istanza del servizio sociale, adotta i provvedimenti opportuni nell'interesse del minore.
- 7) Si applicano le disposizioni in materia di inefficacia e di proroga dell'affidamento di cui all'articolo 4, commi 4, 5 e 5-quater».

affidati ai servizi sociali fossero descritti specificatamente, in quanto essi non potevano svolgere le funzioni tipiche dei genitori se non chiaramente individuate in un provvedimento limitativo. Viceversa, la nomina di un curatore speciale per la persona di minore età era già una necessità nel caso si volessero adottare misure limitative della responsabilità genitoriale, come nel caso deciso dall'ordinanza in esame.

Naturalmente, stante il potere-dovere del giudice di adottare anche provvedimenti atipici a tutela del minore, non si può escludere che vengano adottate delle misure che – anche se denominate di “affidamento ai servizi sociali” – non presuppongono nessuna limitazione della responsabilità genitoriale. Tuttavia, i giudici della Cassazione, sostengono che sarebbe meglio distinguere anche a livello terminologico questo genere di provvedimenti da quelli che comportano una limitazione della responsabilità genitoriale: sarebbe preferibile «utilizzare il termine affidamento ai Servizi solo in presenza di provvedimenti limitativi della responsabilità genitoriale (quelli nei quali si procede per sottrazione) e non anche per quelle ipotesi nelle quali si va a sostenere o integrare l'esercizio della responsabilità genitoriale» potendosi in questo ultimo caso più appropriatamente parlare di mandato di vigilanza e di supporto del Servizio sociale.

Cosa questa ancora più vera adesso che la riforma Cartabia ha previsto che – con il provvedimento che dispone la limitazione della responsabilità genitoriale e affida il minore al servizio sociale – il tribunale deve indicare: il soggetto presso il quale il minore è collocato; gli atti che devono essere compiuti direttamente dal servizio sociale dell'ente locale; gli atti che possono essere compiuti dal soggetto collocatario del minore; gli atti che possono essere compiuti dai genitori; gli atti che possono essere compiuti dal curatore; i compiti affidati al servizio sociale; la durata dell'affidamento, non superiore a 24 mesi; la periodicità, non superiore a sei mesi, con la quale il servizio sociale riferisce all'autorità giudiziaria.

Infine, riguardo alla richiesta di ascolto dei minorenni, la Corte di cassazione ricorda che la Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, collega il diritto di ascolto della persona di minore età all'acquisto della capacità di discernimento senza fissare alcuna età minima, mentre invece la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minorenni, detta anche Convenzione di Strasburgo la rimette al diritto interno. Il legislatore italiano ha ritenuto sussistente tale capacità ove la persona di minore età abbia compiuto 12 anni, fissando così una

presunzione che rende doveroso l'ascolto, salvo che ricorrano i casi previsti dalla legge di cui dare conto in motivazione (ascolto superfluo, pregiudizio per il minore). Con riferimento ai bambini e alle bambine di età inferiore l'ascolto è invece dovuto solo nel caso in cui, in concreto, risultino capaci di discernimento: non sussiste dunque, un obbligo generalizzato di ascolto dei bambini di età inferiore a 12 anni poiché il diritto alla partecipazione alle decisioni deve essere esercitato in modo consapevole ed effettivo.

L'evoluzione giurisprudenziale

È bene chiarire da subito che l'ordinanza in esame non rappresenta un momento significativo nell'evoluzione giurisprudenziale del diritto minorile; infatti, a livello di contenuto, la stessa Corte si limita per lo più a richiamare quanto già affermato con la precedente ordinanza n. 32290 del 2023. Questo, naturalmente, non significa che la pronuncia oggetto di questo lavoro non possa essere inquadrata in un'evoluzione giurisprudenziale che negli ultimi anni ha progressivamente riconosciuto alle persone minorenni un sempre più autonomo ruolo all'interno dei giudizi che le riguardano, giungendo a configurarle come una vera e propria “parte”, seppur in senso sostanziale e non processuale, portatrice di autonomi diritti soggettivi. La Suprema Corte è, infatti, dapprima giunta ad affermare l'esistenza di un conflitto di interessi tra i genitori e i figli minorenni in tutti i procedimenti cosiddetti *de potestate*, affermando che la posizione del figlio risulta sempre contrapposta a quella di entrambi i genitori anche qualora la misura, limitativa o ablativa, sia richiesta nei confronti di uno solo di essi non potendo sapere, *ex ante*, se l'altro genitore aderirà o meno alla richiesta del Pm (o ne chiederà il rigetto) oppure promuoverà egli stesso l'azione nell'interesse esclusivo del figlio o – magari – per i propri interessi personali. Successivamente, la giurisprudenza di legittimità si è spinta ad affermare che nei giudizi riguardanti l'adozione di provvedimenti limitativi, ablativi o restitutivi della responsabilità genitoriale, riguardanti entrambi i genitori l'articolo 336, comma 4 del codice civile – così come modificato dal d.lgs. n. 149 del 2001 – richiede la nomina di un curatore speciale, *ex* articolo 78 del codice di procedura civile, ove non sia stato nominato un tutore provvisorio, sussistendo un conflitto di interessi verso entrambi i genitori. Con la conseguenza che, in mancanza di nomina, il procedimento debba ritenersi nullo (*ex* articolo 354 del codice di procedura civile). In tempi più recenti la giurisprudenza di merito ha poi sempre più frequentemente nominato il curatore speciale anche nei procedimenti riguardanti le crisi familiari in tutte quelle situazioni in cui l'elevato grado di conflittualità tra

i soggetti esercenti la responsabilità genitoriale possa essere causa di pregiudizio per i figli di minore età, ovvero paralizzare le decisioni più importanti relative alla loro vita. Con tali pronunce si è quindi arrivati alla nomina di un curatore speciale non solo nei casi in cui erano state pronunciate limitazioni, anche parziali, alla responsabilità genitoriale, ma perfino nei casi di affidamento condiviso, sulla base del presupposto che l'articolo 78 del codice di procedura civile è norma di portata generale che permette la nomina del curatore speciale per tutelare le persone di minore età ogni qual volta se ne ravvisi l'opportunità.

Nozioni di riferimento

Responsabilità genitoriale e nomina di un curatore speciale

Nella nozione di "responsabilità genitoriale"¹⁷ devono essere distinte due tipologie di funzioni: quelle di rappresentanza – è il cosiddetto risvolto esterno della responsabilità genitoriale e, cioè, il compimento necessario da parte dei genitori di atti o il perseguimento giudiziario di interessi in nome e per conto della persona di minore età – e quelle di carattere più interno al rapporto genitori-figli, che vengono esercitate attraverso l'adempimento dei doveri genitoriali collegati ai diritti indicati nell'articolo 315-bis del codice civile¹⁸.

¹⁷ Cfr. articolo 316 del codice civile «Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio. I genitori di comune accordo stabiliscono la residenza abituale del minore e adottano le scelte relative alla sua istruzione ed educazione.

In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, tra le quali quelle relative alla residenza abituale e all'istituto scolastico del figlio minore, ciascuno dei genitori può ricorrere senza formalità al giudice indicando i provvedimenti che ritiene più idonei.

Il giudice, sentiti i genitori e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, tenta di raggiungere una soluzione concordata e, ove questa non sia possibile, adotta la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse del figlio.

Il genitore che ha riconosciuto il figlio esercita la responsabilità genitoriale su di lui. Se il riconoscimento del figlio, nato fuori del matrimonio, è fatto dai genitori, l'esercizio della responsabilità genitoriale spetta ad entrambi.

Il genitore che non esercita la responsabilità genitoriale vigila sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio».

¹⁸ Cfr. articolo 315-bis del codice civile: «Il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni.

La logica è che in genere siano i genitori che esercitano la responsabilità genitoriale a rappresentare gli interessi della persona di minore età allorché ve ne sia necessità. Tuttavia questa funzione di rappresentanza è chiaramente destinata a essere svolta adeguatamente solo quando il rappresentante non ha anche lui degli interessi nel processo che hanno l'attitudine di andare a confliggere con quelli del rappresentato. Si tratta – a guardar bene – di una semplice nozione di diritto collegata al concetto di conflitto di interessi per cui chi si trova in questa situazione non può rappresentare un altro soggetto perché si rischia che anteponga i propri interessi a quelli del rappresentato. Tale apparentemente semplice principio – per le difficoltà che si sono riscontrate nel nostro ordinamento giuridico a configurare la persona di minore età come un soggetto di diritto dotato di un'autonomia perfetta rispetto ai genitori – ha faticato a imporsi nel diritto minorile più che in altri settori. Infatti, il concetto di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato era già disciplinato nel codice civile del 1942 che all'articolo 1394 stabiliva, con una previsione di carattere generale, che «il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo». Adesso si è dunque finalmente affermata, anche in ambito minorile, la necessità della nomina di un curatore speciale in presenza di un conflitto di interessi con gli esercenti la responsabilità genitoriale per garantire che – nel bilanciamento tra gli interessi delle parti – il superiore interesse della persona di minore età sia rappresentato davanti al giudice da un soggetto indipendente ed estraneo al conflitto. Infatti, qualora non fosse possibile per il minore partecipare al processo tramite un proprio rappresentante indipendente, lo stesso diritto del minore di accedere alla giustizia sarebbe svuotato di significato in tutte quelle ipotesi nelle quali il suo interesse non è in sintonia con quello dei genitori.

Il denominatore comune di tutte le situazioni nelle quali è necessario che venga nominato un curatore speciale è quindi rappresentato da tutte quelle ipotesi nelle quali ci si trova in una situazione di conflitto di interessi tra la persona di minore età e gli esercenti la responsabilità genitoriale in quanto questi ultimi sono portatori di

Il figlio ha diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti.

Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

Il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia finché convive con essa».

interessi individuali distinti e incompatibili con quelli della persona di minore età. Ed è importante che la verifica della sussistenza di tale conflitto – che come detto può essere anche solo potenziale – debba avvenire sempre e necessariamente *ex ante* e in astratto, e non in concreto e a posteriori¹⁹.

Riferimenti normativi

Costituzione, articolo 111.

Codice civile, articoli 321, 333, 336, 337-ter.

Codice di procedura civile, articoli 78, 79, 80, 473-bis 7, 473-bis.8

Convenzione europea per i diritti dell'uomo adottata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con la legge 4 agosto 1955, n. 848, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952* e relativa giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo (CEDU)

Convenzione sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata a New York il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, n. 176, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sui diritti del fanciullo, fatta a New York il 20 novembre 1989*.

Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, ratificata con la legge 20 marzo 2003, n. 77, *Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996*.

Legge 4 maggio 1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia e successive modifiche (articolo 5-bis)*.

Legge 26 novembre 2021, n. 206, *Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*.

Decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149, *Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata*.

¹⁹ Cfr. Cassazione, Sez. II, 16 settembre 2002, n. 13507.

Riferimenti giurisprudenziali

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 11 maggio 2018, n. 11554

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 11 giugno 2021, n.16569

Cassazione civile, Sez. I, sentenza 31 gennaio 2023, n. 2829

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 20 aprile 2023, n. 10666

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 22 giugno 2023, n. 17903

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 4 luglio 2023, n. 18844

Cassazione civile Sez. I, ordinanza 21 novembre 2023, n.32290

Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 29 novembre 2023, n. 33185

Cassazione civile, Sez. I, sentenza 15 gennaio 2024, n. 1390