



PRASSI CONDIVISE NEI PROCEDIMENTI CIVILI RIGUARDANTI I MINORI

ROMA, 2 LUGLIO 2010
Consiglio Superiore della Magistratura

Camera Minorile in CamMiNo
Camera Minorile Nazionale

PRINCIPI E CRITERI per l'individuazione di buone prassi

- Alcune indicazioni metodologiche generali:
 - applicare il principio di prudenza e di economicità nella concentrazione delle tutele (evitare le nullità con scrupolosa attenzione agli adempimenti in materia di contraddittorio e in materia di conflitto di interesse);
 - evitare deficit di tutela;
 - applicare il rito camerale con ogni attenzione alle garanzie del contraddittorio e della difesa (SS.UU Cassazione: il rito è un contenitore neutro ma i diritti in gioco nei procedimenti minorili sono diritti personalissimi e di rango costituzionale di un soggetto debole per eccellenza –la persona minore di età- e dei suoi genitori);
 - guardare ai principi elaborati oltre che dalla Consulta e dalla Cassazione anche dalla CEDU sia sul piano processuale sia sul piano sostanziale.

PRINCIPI CEDU

- Sul piano sostanziale:
 - godere della reciproca presenza, di quotidianità o, comunque, di continuità ed assiduità di relazione, costituisce per figli e genitori uno degli elementi fondamentali del diritto alla vita familiare secondo l'art. 8 della Convenzione di Roma;
 - di conseguenza, l'allontanamento di un minore dalla sua famiglia, la sua istituzionalizzazione e ogni misura limitativa, sospensiva o ablativa della potestà genitoriale, che vanno ad incidere in modo determinante su tale aspetto fondamentale, debbono essere assunti con estrema prudenza, esatta ponderazione degli interessi pubblici e privati, e sono dalla Corte stessa valutati con severa attenzione ai sensi dell'art. 8.

[*Moser v. Austria*, 21 settembre 2006 *Monory v. Romania and Hungary*, 5 april 2005. *K. and T. v. Finland*, § 154; *Kutzner*, § 66, and *P., C. and S v. the United Kingdom*, § 115, and *Hokkanen v. Finland*, judgment of 23 September 1994, Series A no. 299-A, p. 20, § 55]

- Sul piano processuale:
 - il processo **must be fair**: è determinante a tale fine che, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto e in particolare alla gravità delle decisioni che vi vengono adottate, i genitori siano coinvolti nell'iter decisionale in un grado sufficiente a garantire loro la tutela e la rappresentazione dei loro interessi.
 - elementi significativi sono:
 - audizioni delle parti;
 - pubbliche udienze;
 - concreta possibilità di esame degli atti processuali;
 - assistenza legale.

[*Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 52, ECHR 2000-VIII, *P., C. and S. v. the United Kingdom*, cited above, § 119, and *Venema v. the Netherlands*, no. 35731/97, § 91, ECHR 2002-X, with references to *W. v. the United Kingdom*, judgment of 8 July 1987, Series A no. 121, pp. 28-29, § 64]

Posizione dei principi CEDU nel nostro ordinamento

Sentenze della Corte Costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007

- incostituzionali le leggi ordinarie nazionali che si pongono in contrasto con le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 04 novembre 1950, così come interpretate dalla giurisprudenza CEDU;
- “rinvio dinamico” alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, quale fonte interposta tra la Costituzione italiana e la norma ordinaria di rango sub-costituzionale;

Art. 6 TUE

- modificato dal Trattato di Lisbona del 13.12.2007;
- riconoscimento dei diritti e libertà contenuti nella Carta di Nizza del 17.12.2000 con parificazione ai Trattati;
- adesione e assoggettamento del diritto comunitario alla CEDU.

Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea

E' entrata a far parte del diritto comunitario:

- *Articolo 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare)*: ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni.

- *Articolo 24 (Diritti del bambino)*:

1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e loro maturità.
2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.
3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

- *Articolo 33 (Vita familiare e vita professionale)*.

1. È garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale.

I PRINCIPI GENERALI DELLA GIURISPRUDENZA CEDU

Ai sensi dell'art. 8, la CEDU esamina se:

1. vi sia stata interferenza nella vita privata e familiare del ricorrente;
2. se tale interferenza sia legittima in base alla normativa interna e internazionale, sia per quanto riguarda i provvedimenti sia per quanto riguarda i comportamenti;
3. se la decisione o il comportamento siano compatibili con i principi di uno stato democratico, esaminando se vi sia stato un equo bilanciamento degli interessi pubblici e privati contrapposti.

OBBLIGHI E RESPONSABILITA' DELLO STATO *EX* ART. 8 CEDU

- **Lo Stato deve**
 - astenersi da interferenze nella vita privata e familiare;
 - adottare provvedimenti a tutela
 - tra Stato e i suoi organi e individui
 - anche nella sfera di relazione tra individui.
- **Lo Stato è responsabile**
 - non solo se interferisce illegittimamente
 - ma anche
 - in caso di acquiescenza o connivenza delle sue autorità a comportamenti di privati che violino i diritti di altri individui tutelati dalla Convenzione;
 - quando i suoi funzionari agiscano con comportamenti che violino l'art. 8 al di fuori dei poteri loro conferiti o in modo contrario alle istruzioni.

L'ALLONTANAMENTO DELLA PERSONA MINORE DI ETÀ'

- Nella giurisprudenza CEDU
- Secondo le Linee Guida

L'ALLONTANAMENTO DEL MINORE

Interesse del minore e diritto alla relazione con i genitori.

- Per i figli e i genitori, godere della reciproca presenza, di quotidianità o, comunque, di continuità ed assiduità di relazione, costituisce uno degli elementi fondamentali del diritto alla vita familiare secondo l'art. 8.
- L'allontanamento di un minore dalla sua famiglia, la sua istituzionalizzazione e ogni misura limitativa, sospensiva o ablativa della potestà genitoriale, che vanno ad incidere in modo determinante su tale aspetto fondamentale, debbono essere assunti con estrema prudenza, esatta ponderazione degli interessi pubblici e privati.
- I relativi provvedimenti e comportamenti sono dalla Corte stessa valutati con severa attenzione ai sensi dell'art. 8
- Il provvedimento di allontanamento:
 - deve trovare le sue ragioni nella incapacità del genitore di prendersi cura del bambino per motivi psichici o fisici o in condotte abusanti o violente;
 - non potrà basarsi invece sull'assenza di una situazione abitativa appropriata o su problematiche economiche o di residenza che avrebbero reso difficile per il genitore prendersi cura del bambino.
- In questi casi si attuerebbe un'indebita ingerenza della pubblica autorità nella vita privata e familiare che è obiettivo primario dell'art. 8 evitare.

Il contenuto dell'obbligo di ricongiungimento

- Oltre agli obblighi negativi, sulle pubbliche autorità gravano obblighi positivi, tra i quali
 - di implementare e di proteggere i rapporti e le relazioni tra i componenti della famiglia e di renderli effettivi.
 - In particolare gli Stati hanno l'obbligo positivo:
 - di riunire figli e genitori;
 - di articolare a tal fine progetti e di attuarli con provvedimenti concreti ed efficaci.
- Il vivere uniti e l'essere ricongiunti se separati costituisce infatti contenuto precipuo del diritto alla vita privata e familiare che figli e genitori vantano nei confronti delle pubbliche autorità ai sensi dell'art. 8 e la cui violazione è censurata dalla CEDU.

Il contenuto dell'obbligo di ricongiungimento

- Perché tale diritto sia soddisfatto non è nemmeno sufficiente l'assunzione di provvedimenti in tal senso.

La CEDU ha infatti più volte specificato che non sussiste violazione dell'art. 8

solo se sono congrui anche

tutti i comportamenti dei vari soggetti che

a diverso titolo di responsabilità

debbono rendere effettivi i provvedimenti.

Il contenuto dell'obbligo di ricongiungimento

- La congruità del comportamento delle Autorità nazionali ai sensi dell'art. 8 viene valutata in base alla concreta funzionalità di tutti i passaggi posti in essere dalle stesse in un disegno teleologicamente strutturato e connesso in ogni sua parte alla riunificazione del nucleo familiare.

Il contenuto dell'obbligo di ricongiungimento

Non è insomma sufficiente la previsione astratta di incontri: è necessario che 'step by step' le autorità abbiano concretamente ideato prima e efficacemente attuato poi un progetto concreto e adatto al singolo caso.

Ciò in particolare per quel che riguarda l'esecuzione dei provvedimenti che prevedono la riunione dei genitori con i figli o il concreto svolgersi della loro relazione e del diritto di visita e frequentazione.

Vi è un obbligo concreto di vigilanza dell'Autorità Giudiziaria su efficienza, efficacia e tempestività dell'agire dei servizi per l'esecuzione dei provvedimenti in materia di ricongiungimento.

Vi è un obbligo dei servizi di agire in modo efficace e efficiente per l'esecuzione dei provvedimenti in materia di affidamento.

Vi è un obbligo di tempestività.

[Hokkanen v. Finland, § 58; Ignaccolo-Zenide, § 96; Nuutinen v. Finland, §128; Sylvester v. Austria, . 36812/97 e 40104/98, § 59]

Interesse del minore e il fattore 'tempo'

- Ove sussistono relazioni personali e le stesse debbono essere disciplinate, l'intervento deve essere tempestivo per essere adeguato.
- Nel diritto minorile -che riguarda situazioni in cui l'evoluzione della persona è assai più rapida e la tempestività è sinonimo di efficacia e adeguatezza- ciò ha un significato ben più rilevante.
- Allontanare un bambino dalla propria famiglia e non rimuovere tempestivamente gli ostacoli al suo rientro o non trovare immediatamente una adeguata famiglia sostitutiva, comporta di per sé un danno che può essere anche grave ed irreparabile al sano sviluppo psico-fisico del minore.

Interesse del minore e il fattore 'tempo'

- I ritmi di crescita di un minore pretendono tempi di attuazione dei provvedimenti celeri e proporzionati.
- Provvedimenti astrattamente corretti, ma non attuati nei tempi necessari in relazione alla rapida evoluzione delle esigenze psico-fisiche di un minore, costituiscono violazione dei diritti tutelati dall'art. 8 perché di per sé strutturalmente contrari al suo interesse.
- L'inutile decorso del tempo da attribuirsi a inefficienza o ritardi delle istituzioni
 - è di per sé contrario all'interesse del minore perché intrinsecamente inconciliabile con le sue tappe evolutive e, quindi, dannoso per il suo corretto sviluppo psico-fisico.

[Maire v. Portogallo, 26 giugno 2003; Covezzi-Morselli v. Italia, 9 maggio 2003; Scozzari e Giunta v. Italia, 23 luglio 2000]

- non può mai essere considerato successivamente motivo ostativo per non attuare il ricongiungimento stesso.

[Görgülü v. Germany, 26 maggio 2004 ; R. v. Finland, 30 maggio 2006]

Interesse del minore e il fattore 'tempo'

Quindi

- lo Stato deve adempiere all'obbligo di ricongiunzione nel più breve tempo possibile, criterio da interpretarsi alla luce della Convenzione dell'Aja del 1980 e di quella di New York del 1989.
- Il 'breve tempo' è da commisurarsi alle esigenze della persona in età evolutiva, il cui sano e corretto sviluppo psico-fisico non consente dilazioni nella attuazione dei suoi diritti fondamentali, tra cui quello di crescere ed essere educato dal genitore adeguato

Tempestività

negli interventi di allontanamento e di ricongiungimento

è sinonimo

di efficacia e adeguatezza

Linee guida per l'allontanamento del minore

- Elaborate a più voci: magistratura, avvocatura, enti e servizi territoriali.
- Si preoccupano dell'allontanamento ma anche della preparazione delle persone coinvolte e la sinergia tra più professionalità anche al fine dell'acquisizione del 'consenso informato' dei protagonisti della dolorosa vicenda umana.
- Si scordano un po' dell'avvocato/rappresentante del minore: ne richiamano l'importanza nelle premesse ma poi lo dimenticano nell'articolato e anche nella formazione congiunta che viene espressamente richiamata nel punto conclusivo.
- Invece è molto importante il coinvolgimento dei difensori, certamente dei minori ma anche dei genitori (il difensore fiduciario in quanto tale è l'unico tramite in questi momenti tra la legge, le regole e la persona che viene privata del legame di consuetudine quotidiana con il figlio).
- Mancano linee guida anche per il ricongiungimento successivo del minore con la famiglia: a volte l'allontanamento è molto rapido; il ricongiungimento molto lento.

Il provvedimento di allontanamento

- Necessità di una motivazione completa, seppur sintetica. Quindi il provvedimento deve essere:
 - circostanziato, attentamente motivato, chiaro anche negli intenti;
 - con prescrizioni chiare ai genitori e parenti;
 - con prescrizioni chiare agli operatori non solo che debbono metterlo in esecuzione ma anche che si dovranno occupare poi del recupero della situazione familiare;
 - con specificazione dei tempi.
- Se assunto in via di urgenza, senza che le parti siano state sentite, deve essere fissata udienza per la loro convocazione entro un termine breve (diritto all'udienza: L.V. Finlandia, 27 aprile 200) e poi il provvedimento deve essere riesaminato ed eventualmente modificato.
- Debbono essere assunte le prove richieste dai genitori (Hesolz v. Germany, sent. 13 luglio 2000).
- Il provvedimento deve essere reclamabile: si tratta di un provvedimento che va a incidere in modo significativo su diritti personali e di rango costituzionale del minore e della sua famiglia: non è condivisibile l'interpretazione di alcune Corti di Appello che si tratti di provvedimenti non reclamabili; è contrario anche alle indicazioni della CEDU (Covezzi e Morselli V. Italy, 9 maggio 2003).
- L'Autorità Giudiziaria deve vigilare sull'attuazione dei provvedimenti in materia di allontanamento e relazione dei figli con i genitori (Scozzari e Giunta v. Italia, sent. 23.07.2000).
- I documenti in base ai quali è stato assunto il provvedimento di allontanamento così come ogni provvedimento di urgenza debbono essere portati a conoscenza delle parti: sussiste in base alla giurisprudenza della CEDU un divieto di secretazione delle prove ed anzi la necessità di pubblicazione delle stesse (TP e KM v. United Kingdom, sent. 10.05.2002; v. United Kingdom, sent. 10 maggio 2001).

ACCESSO AGLI ATTI E DIRITTO DI DIFESA

- Il principio della parità della posizione processuale delle parti si sostanzia nella possibilità per ciascuna di avere la ragionevole opportunità di confrontarsi con le altre e di presentare le proprie ragioni *vis-à-vis* senza alcuna posizione di svantaggio rispetto ai contraddittori.
- In un caso nel quale l'allontanamento era stato disposto in base a una relazione dei servizi agli atti, rispetto alla quale la ricorrente lamentava di non aver avuto conoscenza e di non averla potute commentare, la Corte:
 - ritiene non convincente l'argomentazione del governo che la ricorrente aveva avuto comunque la possibilità di accedere agli atti.
 - Afferma che la stessa infatti non era rappresentata e difesa in primo grado: il che equivale alla impossibilità di avere effettivo accesso agli atti ed effettiva conoscenza del loro stato e del loro contenuto.
 - Conseguentemente, per non trovarsi in una situazione di svantaggio, avrebbe dovuto essere espressamente informata ed avvertita dalle corti nazionali delle relazioni dei servizi, suoi opposenti, e messa in grado di commentarle, facendo valere le proprie ragioni.

Insomma, per la Corte l'accesso agli atti senza la garanzia della difesa tecnica non è sufficiente, in quanto la parte è in situazione di obiettivo svantaggio.

Allora deve essere il giudice nazionale a farsi carico di porre le parti in una situazione di parità, mettendole espressamente a conoscenza del contenuto degli atti che potrebbero pregiudicare la loro situazione.

[*Buchberger v. Austria*, 20 december 2001 La Corte aveva concluso quindi per la violazione sia dell'art. 6 sia dell'art. 8.

IL RAPPRESENTANTE/AVVOCATO DEL MINORE

- Correttamente le 'Linee Guida' rilevano che non deve trattarsi di una presenza formale.
- In effetti il curatore-tutore, soprattutto se avvocato del minore, ha una significativa responsabilità sociale e può essere effettivamente determinante il suo ruolo nella vicenda processuale e extra processuale.

Le recenti pronunce della Cassazione

- Le sentenze della Corte di Cassazione (3804 e 3805 e 7281/2010) hanno oramai configurato la rappresentanza del minore nel procedimento di adottabilità secondo i seguenti principi:
 - se è nominato un tutore -e questi non è in conflitto di interesse con il minore- sarà questi a rappresentare il minore nel processo e ad essere difeso nella qualità da un avvocato, assicurando così al minore sin dall'inizio la difesa tecnica prevista dall'art. 8 l. 184/1983 come modificata dalla l. 149/2001;
 - se il tutore non è nominato, o si trova in conflitto di interessi con il minore, sarà nominato un curatore; sarà questi a rappresentare il minore nel processo e ad essere difeso nella qualità da un avvocato assicurando al minore sin dall'inizio la difesa tecnica prevista dall'art. 8 l. 184/1983 come modificata dalla l. 149/2001.
- Sia il tutore sia il curatore possono essere avvocati; in ogni caso le funzioni di rappresentanza e di difesa tecnica restano diverse anche se espletate dallo stesso soggetto; se il rappresentante del minore (tutore o curatore che sia) non nomina un difensore tecnico al minore, provvede il Giudice a nominargli un avvocato d'ufficio.
- Quanto sopra è specificato nei procedimenti di adottabilità.
- C'è da chiedersi cosa si debba ritenere per i procedimenti *de potestate* nei quali pure i provvedimenti di allontanamento sono frequenti (specie nei procedimenti *ex art. 330 c.c.*)

PROCEDIMENTI DE POTESTATE

Il conflitto di interesse:

- è *in re ipsa*;
- è certamente rilevante anche se in potenza ai fini della nullità del procedimento.

Meglio nominare il rappresentante del minore (principio di prudenza).

Meglio evitare di nominare rappresentanti pubblici che abbiano già svolto un ruolo processuale o extraprocessuale per cui si possa profilare un conflitto di interesse; non credo che il tutore pubblico sia di per sé neutro, come pure ha affermato la cassazione;

- problema dell'immedesimazione organica
- se i servizi hanno avuto un ruolo di sostegno o di valutazione e appartengono allo stesso organismo pubblico, questo non è neutro
- necessità di una preparazione giuridica opportuna per coloro che vogliono svolgere il ruolo di tutore
- tanto più che debbono avere un ruolo processuale
- problema dell'indipendenza dei rappresentanti rispetto al giudice che li ha nominati

Audizione del minore e giusto processo: sentenze nn. 22238/2009 e 7282/2010

- IN QUALI PROCEDIMENTI:
 - tutti quelli che riguardino diritti dei minori;
 - art. 24 Carta di Nizza;
 - Sent. 22238/2009:
 - *È necessaria l'audizione del minore di 12 anni o dotato di capacità di discernimento nei procedimenti che riguardano il suo affidamento, salvo che tale ascolto sia contrario al suo superiore interesse, dovendosi motivare l'assenza di discernimento dei minori che possa giustificare l'omesso ascolto.*
 - *L'omissione produce la nullità del procedimento per violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo ai sensi dell'art. 111 Cost., essendo il minore parte sostanziale del procedimento in quanto portatore di interessi contrapposti o diversi da quelli dei genitori.*
- CHI:
 - dal giudice direttamente è preferibile: sent. 7282/2010 in base alla quale *l'audizione è ...'lo strumento diretto ad accogliere le opinioni nonché le valutazioni ed esigenze rappresentate dal minore in merito alla vicenda in cui è coinvolto; e nel contempo per consentire al giudice di percepire con immediatezza, attraverso la voce del minore e nella misura consentita dalla sua maturità psico-fisica, le esigenze di tutela dei suoi primari interessi"*
 - tuttavia è possibile anche l'audizione indiretta (anche se a mio avviso tradisce il senso stesso dell'audizione).

Audizione del minore e giusto processo: sentenze nn. 22238/2009 e 7282/2010

MODALITA':

- l'audizione non è un atto istruttorio;
- è comunque un atto processuale dal quale il giudice trae il suo convincimento;
- bisogna preservare la serenità e libertà del minore;
- di conseguenza è il giudice che deve stabilire nel caso concreto le cautele da adottare comprese:
 - la facoltà di vietare l'interlocuzione con i genitori e/o con i difensori;
 - delegare l'audizione a un organo più appropriato.

Audizione del minore e giusto processo: sentenze nn. 22238/2009 e 7282/2010

Il problema è quello dell'assistenza dei difensori. La soluzione migliore è quella degli specchi unidirezionali. In assenza:

- la priorità è certamente dell'interesse del minore, per preservarne libertà di espressione e serenità;
- tuttavia non si può escludere *a priori* la presenza dei difensori: dipenderà dall'età e dalle circostanze;
- quello che si deve escludere è che l'audizione del minore diventi una '*cross examination*' perché ciò è di per sé contrario all'interesse del minore;
- sono auspicabili protocolli per l'individuazione di prassi condivise tra magistrati e avvocati;
- è opportuno che:
 - vi sia una verbalizzazione fedele, anche del linguaggio non verbale del minore;
 - che sia consentito alla difesa preliminarmente di indicare eventuali aspetti sui quali assumere l'opinione del minore;
 - vengano individuate anche dagli organismi forensi norme deontologiche ad hoc;
 - difatti, i difensori, se presenti, debbono mantenere un comportamento consono che è opportuno siano regolati esplicitamente.

PROPOSTA MODIFICA CODICE DEONTOLOGICO FORENSE RAPPORTI CON I FIGLI DELLA PARTE ASSISTITA

Proposte di Camera Minorile in CamMiNo

Si propone di inserire nell'introducendo 36-bis i seguenti canoni:

“V.L'avvocato delle parti adulte in materia di famiglia o minorile deve:

astenersi da rapporti con le persone minori di età coinvolte nel procedimento;

informare il proprio assistito dei rischi ai quali è esposto il minore se coinvolto nelle dinamiche conflittuali processuali ed extra-processuali;

astenersi dal mostrare al minore atti e documenti processuali ed extraprocessuali relativi alle questioni di cui al procedimento;

invitare espressamente il proprio cliente a conformare il proprio comportamento a quanto sopra.

VI Qualora sia disposta l'audizione del minore, i difensori delle parti costituite, anteriormente all'inizio dell'udienza, potranno fornire al giudice indicazioni su argomenti significativi, informandone gli avvocati di controparte.

Ciascuno dei difensori raccomanderà al proprio Assistito di evitare forme di suggestione e di induzione della volontà del minore chiarendo che l'opinione di questi è uno degli elementi che il giudice terrà presente nel decidere.

I difensori, se presenti all'audizione del minore, non interferiranno in alcun modo, mantenendo un comportamento silenzioso e non invasivo, rispettoso della serenità e libertà di espressione del minore.

Qualora, per il tramite del Consiglio dell'Ordine di appartenenza, sia stato predisposto un protocollo per l'audizione del minore nei procedimenti di famiglia, l'avvocato si atterrà alle norme ivi contenute”.