

L. n. 173/2015

# Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la L. n. 173/2015

di Paolo Morozzo della Rocca

La L. n. 173 del 2015 persegue il giusto obiettivo di dare tutela al cosiddetto diritto alla continuità affettiva riguardo ai rapporti tra i minori dati in affidamento e gli affidatari, quando ciò sia nell'interesse dei primi. Tuttavia - forse perché costruita con attenzione limitata al soddisfacimento di pur meritevoli istanze - essa presenta non poche zone d'ombra. Il limite maggiore della nuova disciplina sembra costituito dal mancato riassetto dell'istituto dell'adozione in relazione al mantenimento o meno di relazioni giuridiche e/o di fatto con i genitori biologici. Limite che trova evidente (certamente non unica) espressione nella mancata novella dell'art. 44, comma 1, lett. d), sulla cui praticabilità ha certamente influito il coevo dibattito sulla stepchild adoption.

## Considerazioni preliminari

Nei manuali di diritto di famiglia poche righe già bastano a conservare traccia della recente novella alla L. n. 184 del 1983, con cui è stato disciplinato il cosiddetto diritto alla continuità affettiva nelle relazioni tra il minore già affidato e gli affidatari. Molto però vi sarebbe ancora da chiarire riguardo ad un articolato quasi unanimemente salutato con favore (anche se a rischio di non approvazione sino all'ultimo momento) ma sicuramente foriero di interrogativi non risolti che troveranno risposta solo col tempo nel diritto vivente, ad oggi ancora non consolidatosi.

Se davvero intendessimo la continuità delle relazioni affettive come l'oggetto di un diritto, la sua affermazione dovrebbe inevitabilmente presupporre l'individuazione del titolare - o dei contitolari - di tale situazione giuridica soggettiva. Al riguardo, nella prospettiva degli anni '80, si sarebbe forse potuto affermare con maggiore enfasi che l'unico titolare altri non potrebbe essere se non il minore affidato, secondo un'impostazione giuridico-culturale che ha avuto la sua grandezza ma che, per essere ancora oggi

valorizzata, andrebbe pure storicizzata e glossata (1). Vero è, ad ogni modo, che, a termini del nuovo comma 5 *ter* dell'art. 4, L. n. 184, "la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidate durante l'affidamento" è comunque tutelata solo "se rispondente all'interesse del minore".

La posizione di interesse degli affidatari rimane dunque subordinata a quella del minore, nei cui riguardi essi hanno svolto (e ancora svolgono, in un certo senso, anche attraverso il loro proporsi all'adozione), una funzione di protezione.

Si prende d'altra parte atto che il minore non è un soggetto inconsapevolmente "proprietario, o utente, di relazioni", bensì una persona che l'ordinamento giuridico trova già collocata in una rete di relazioni assumibili come valori giuridici (ancorché non patrimoniali) spettanti pure ai soggetti in rapporto con lui (2).

Ciò vale, come vediamo nel caso degli affidatari, anche per quei soggetti che l'ordinamento giuridico pone in una situazione simile, ma non del tutto assimilabile, a quella dei familiari, non foss'altro perché la loro relazione col minore nasce e si sviluppa,

(1) Tentativo cui si va dedicando autorevole dottrina. Cfr., in particolare, L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, spec. 101 ss., il quale osserva come dietro l'insistenza dello stesso legislatore sulla formula dell'esclusivo interesse del minore vi sia stata in realtà la necessità di reagire all'ingombro di una serie di imperativi e valutazioni etiche e giuridiche che in passato ne umiliavano il concreto interesse in funzione di un ordine sociale e familiare

nel quale l'interesse del minore non era comunque dominante. Autorevoli spunti ricostruttivi, come sempre, anche da F.D. Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1463.

(2) Sul punto cfr., nuovamente, L. Lenti, *op. cit.*, 104 s. Cfr. altresì R. Senigaglia, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, spec. 167 ss.

sulla base di un'articolata cornice giuridica, a fini assistenziali (3).

C'è quindi una similitudine, ma anche una differenza - che i divulgatori dei principi affermati e applicati dalla Corte europea e, a tratti, la Corte stessa, rischiano di trascurare - tra la posizione dei volontari-affidatari e quella dei familiari (anche di fatto): i primi, in effetti, sono entrati in relazione prometeica con il minore per sostenerlo e assieme a lui sostenere la sua famiglia di origine, mentre i secondi costituiscono parte di quella stessa famiglia che talvolta, proprio a causa di sue evidenti manchevolezze, necessita di sostegno (4).

La tutela dell'interesse degli affidatari - certamente loro proprio, ma subordinato e quindi più che collegato a quello del minore - esige, di conseguenza, che la relazione in concreto consolidasi con il minore sia positiva per quest'ultimo, consentendo alla sua mancata valorizzazione (nel senso dell'interruzione dei rapporti o dell'esclusione dall'adozione del minore di cui sia sopravvenuta la condizione di abbandono) quando risulti, sulla base di un'adeguata motivazione, che ciò sia necessario od opportuno in vista dell'interesse di quest'ultimo.

D'altra parte, non sembra che la dignità di tutela dell'interesse degli affidatari a mantenere e consolidare le loro relazioni con il minore venga meno per il fatto in sé che l'unica ragione costitutiva riconosciuta dalla legge alla relazione violata sia quella di realizzare l'interesse del minore, in quanto le ragioni di tutela di quelle relazioni non sono impedita dalla funzione assistenziale che ne abbia giustificato la costituzione. Ciò ci consente assai meglio di capire (e condividere), ad esempio, perché nel caso Moretti e Benedetti c. Italia la tutela accordata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo agli affidatari illecitamente estromessi dalla procedura per l'adozione della minore loro affidata non sia stata paralizzata dalla considerazione della sopravvenuta inopportunità di reinserire presso di loro la minore, ormai da anni accolta nella famiglia degli adottanti (5), ma abbia comunque trovato attuazione attraverso la forma risarcitoria, impensabile in mancanza di un interesse differenziato in capo agli affidatari ricorrenti.

La misura della tutela da riconoscere all'interesse degli affidatari al mantenimento delle relazioni affettive con il minore trova però la sua prima sede giuridica sul piano procedimentale, al quale la L. n. 173 si è particolarmente dedicata ricevendo, come vedremo, critiche da prospettive opposte. Non v'è dubbio, infatti, che la partecipazione degli affidatari al procedimento di adozione (il quale, però, non è costituito e concluso dal solo segmento relativo alla dichiarazione di adottabilità, come erroneamente sembra aver ritenuto la L. n. 173) e nei procedimenti sulla responsabilità genitoriale abbia giustificazione già nella loro posizione di servizio all'interesse del minore, da cui solo dipenderà sia l'accoglimento o meno della richiesta di mantenere dette relazioni personali pur dopo la conclusione dell'affidamento, sia la loro eleggibilità come genitori adottivi qualora vi si siano resi disponibili.

La disponibilità in effetti è - già nel lessico legislativo - la parola chiave per riassumere l'intero spettro delle legittime richieste degli affidatari a mantenere relazioni affettive e/o ad adottare il minore già avuto in affidamento.

Come è noto, infatti, per il legislatore tutti coloro che intendono adottare non sono titolari di un diritto finale (all'adozione) ma persone che "presentano dichiarazione di disponibilità al tribunale per i minorenni del distretto in cui hanno la residenza e chiedono che lo stesso dichiari la loro idoneità all'adozione".

Vero è che tale formula riguarda l'avvio della procedura per l'adozione internazionale (art. 29 bis), mentre per l'adozione domestica l'art. 22, comma 1 si riferisce in modo neutro a "coloro che intendono adottare". Ma pure è vero che al successivo comma 5 detto articolo impone al tribunale per i minorenni di scegliere, in base alle indagini effettuate, "tra le coppie che hanno presentato domanda quella maggiormente in grado di corrispondere alle esigenze del minore", senza riguardo alcuno per l'interesse proprio, ad adottare, delle coppie che non vengano scelte nel singolo caso; e senza attribuire loro alcuna azione o partecipazione al procedimento tranne,

(3) Differenza che, a mio parere, merita di essere considerata anche in rapporto alla tradizionale figura di sostegno familiare costituita dagli ascendenti di secondo grado del minore, il cui interesse a mantenere relazioni col nipote - ora affermato dall'art. 317 bis, c.c., - trova il suo limite, ma non la sua ragione d'essere, nell'interesse del minore stesso. Al riguardo, cfr. F. Astone, *Sul "diritto" di mantenere rapporti significativi con i nipoti, tra best interest del minore e nuove aspettative degli ascendenti*, in *Giur. cost.*, 2015, 5, 1610 ss.;

G. Savi, *L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317-bis c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 2, 547.  
(4) Costante preoccupazione della Corte di Strasburgo è la conservazione del legame familiare finché ciò sia possibile senza un pregiudizio grave per il minore. Da ultimo, cfr. Cedu 28 aprile 2016, n. 68884, C. c. Italia, in *Foro it.*, 2016, 7-8, IV, 341.  
(5) Reinserimento che, anche in astratto, la Corte non avrebbe avuto il potere di imporre allo Stato convenuto.

come vedremo, nel caso in cui si tratti degli stessi affidatari propostisi come adottanti (6).

L'adozione è dunque un rimedio allo stato di abbandono del minore, sebbene il farsi genitori adottivi costituisca in se stessa un'aspirazione più che meritevole di considerazione, peraltro in qualche misura tutelata sul piano procedimentale, come nel caso del diritto di reclamo contro la decisione del tribunale di dichiarare l'inidoneità all'adozione (internazionale).

Disponibilità - nel senso di gratuità e di servizio - è, soprattutto, la caratteristica fondamentale dell'affidatario, il quale realizza una particolare azione di volontariato sociale che consiste nel dare accoglienza in casa propria al minore al fine di sostenerlo e consentirne poi il rientro nella famiglia biologica.

Accade poi, in molti casi, che la disponibilità richiesta agli affidatari dall'evolversi della situazione familiare del minore conduca ad un affidamento sine die, oppure all'inserimento dell'affidato nella famiglia affidataria mediante il provvedimento di adozione, a rimedio del sopravvenire di una situazione di abbandono del minore affidato (7).

Entrambe queste possibilità erano già conosciute e praticate dalla giurisprudenza minorile ben prima della L. n. 173 del 2015, il che ci consente, tra l'altro, di sottolineare l'abnormità dei casi in cui il giudice minorile, discostandosi dall'ordinaria "ars procedendi" non provvedeva a sentire gli affidatari nei procedimenti di adozione, posto che tale audizione era ed è a tutt'oggi imposta anche dall'art. 15, comma 2, L. n. 184, ove è disposto che la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore venga pronunciata solo dopo avere sentito "(...) la persona cui egli è affidato", nonché "il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento". Così come anomala, sempre già alla luce della disciplina previgente alla L. n. 173, è stata definita la decisione del giudice minorile poi censurata dalla Corte nel caso Moretti e Benedetti c. Italia, perché non è ragionevole avere sacrificato l'interesse del minore "in nome di principi astrattamente più garantisti, applicati in modo acritico, senza un'accurata disamina della situazione in cui gli stessi responsabili del procedimento avevano lasciato a lungo che la bambina crescesse (8)".

Si trattava, senza dubbio, di una disposizione da sola insufficiente a garantire la correttezza e la stessa sensatezza dei procedimenti di adozione; come dimostra, peraltro, la condanna dell'Italia davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio per un caso di adozione pronunciata senza tenere conto degli affidatari e della loro disponibilità all'adozione (9).

Il caso Moretti, ammesso che non ne sia stata anche la causa prossima, è almeno l'apparente dimostrazione dell'opportunità dell'iniziativa legislativa che ha dato luogo alla L. n. 173 del 2015. Iniziativa il cui esito completamente o solo in parte positivo andrà però verificato.

### Gli affidatari nel procedimento di adozione "piena" prima della L. n. 173 del 2015

Sin troppo ovvia, in teoria, è la differenza tra la disponibilità all'adozione e quella all'affido familiare. Nel primo caso siamo di fronte ad un desiderio di genitorialità che cerca realizzazione, incontrandosi con il bisogno del minore di trovare una famiglia; nel secondo caso, invece, c'è l'offerta di un servizio gratuito di accoglienza e di sostegno al minore ed alla sua famiglia (10).

Spiegare questa differenza alle persone disponibili all'affido è una delle costanti preoccupazioni dei servizi territoriali e talvolta dei giudici. Su questo ruotano i corsi di formazione e le altre iniziative dedicate. Da ciò dovrebbe quindi conseguire almeno una tendenziale separazione dei destini e dunque la consequenziale assenza di persone desiderose di adottare tra quelle resesi disponibili al servizio locale degli affidi familiari.

Tuttavia, là dove i servizi territoriali e le due autorità giudiziarie coinvolte negli affidamenti dimostrano minore capacità di orientamento, di formazione e di selezione, può più facilmente accadere che gli affidatari si rivelino infedeli o comunque incoerenti con le finalità dell'istituto, proponendosi e talvolta imponendosi come i genitori adottivi di fatto del minore loro affidato; e così non di rado contribuendo, purtroppo, a rendere irrecuperabile il rapporto dell'affidato con i propri genitori biologici.

Come è stato osservato, non poche sono state le condanne subite dall'Italia per non avere saputo proteggere i legami genitoriali del figlio dato in

(6) Sul punto cfr. A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, 263.

(7) Eventualità da molti ben descritta. Si veda, per tutti, S. Cirillo, *L'affido familiare: misura alternativa all'istituto o all'adozione?*, in *Minori giustizia*, 2015, 2, 142 ss.

(8) Così E. Ceccarelli, *Il diritto dei bambini di non perdere i loro affetti riconosciuto dalla legge*, in *Minori giustizia*, 2015, 4, 17.

(9) Cedu 27 aprile 2010, n. 16318/07, Moretti e Benedetti c. Italia.

(10) Lo sottolinea, tra molti, M. Dogliotti *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2015, 12, 1107.

come vedremo, nel caso in cui si tratti degli stessi affidatari propostisi come adottanti (6). L'adozione è dunque un rimedio allo stato di abbandono del minore, sebbene il farsi genitori adottivi costituisca in se stessa un'aspirazione più che meritevole di considerazione, peraltro in qualche misura tutelata sul piano procedimentale, come nel caso del diritto di reclamo contro la decisione del tribunale di dichiarare l'inidoneità all'adozione (internazionale). Disponibilità - nel senso di gratuità e di servizio - è, soprattutto, la caratteristica fondamentale dell'affidatario, il quale realizza una particolare azione di volontariato sociale che consiste nel dare accoglienza in casa propria al minore al fine di sostenerlo e consentirne poi il rientro nella famiglia biologica. Accade poi, in molti casi, che la disponibilità richiesta agli affidatari dall'evolversi della situazione familiare del minore conduca ad un affidamento sine die, oppure all'inserimento dell'affidato nella famiglia affidataria mediante il provvedimento di adozione, a rimedio del sopravvenire di una situazione di abbandono del minore affidato (7).

Entrambe queste possibilità erano già conosciute e praticate dalla giurisprudenza minorile ben prima della L. n. 173 del 2015, il che ci consente, tra l'altro, di sottolineare l'abnormità dei casi in cui il giudice minorile, discostandosi dall'ordinaria "ars procedendi" non provvedeva a sentire gli affidatari nei procedimenti di adozione, posto che tale audizione era ed è a tutt'oggi imposta anche dall'art. 15, comma 2, L. n. 184, ove è disposto che la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore venga pronunciata solo dopo avere sentito "(...) la persona cui egli è affidato", nonché "il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche il minore di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento". Così come anomala, sempre già alla luce della disciplina previgente alla L. n. 173, è stata definita la decisione del giudice minorile poi censurata dalla Corte nel caso Moretti e Benedetti c. Italia, perché non è ragionevole avere sacrificato l'interesse del minore "in nome di principi astrattamente più garantisti, applicati in modo acritico, senza un'accurata disamina della situazione in cui gli stessi responsabili del procedimento avevano lasciato a lungo che la bambina crescesse (8)".

Si trattava, senza dubbio, di una disposizione da sola insufficiente a garantire la correttezza e la stessa sensatezza dei procedimenti di adozione; come dimostra, peraltro, la condanna dell'Italia davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio per un caso di adozione pronunciata senza tenere conto degli affidatari e della loro disponibilità all'adozione (9). Il caso Moretti, ammesso che non ne sia stata anche la causa prossima, è almeno l'apparente dimostrazione dell'opportunità dell'iniziativa legislativa che ha dato luogo alla L. n. 173 del 2015. Iniziativa il cui esito completamente o solo in parte positivo andrà però verificato.

### Gli affidatari nel procedimento di adozione "piena" prima della L. n. 173 del 2015

Sin troppo ovvia, in teoria, è la differenza tra la disponibilità all'adozione e quella all'affido familiare. Nel primo caso siamo di fronte ad un desiderio di genitorialità che cerca realizzazione, incontrandosi con il bisogno del minore di trovare una famiglia; nel secondo caso, invece, c'è l'offerta di un servizio gratuito di accoglienza e di sostegno al minore ed alla sua famiglia (10).

Spiegare questa differenza alle persone disponibili all'affido è una delle costanti preoccupazioni dei servizi territoriali e talvolta dei giudici. Su questo ruotano i corsi di formazione e le altre iniziative dedicate. Da ciò dovrebbe quindi conseguire almeno una tendenziale separazione dei destini e dunque la consequenziale assenza di persone desiderose di adottare tra quelle resesi disponibili al servizio locale degli affidi familiari.

Tuttavia, là dove i servizi territoriali e le due autorità giudiziarie coinvolte negli affidamenti dimostrano minore capacità di orientamento, di formazione e di selezione, può più facilmente accadere che gli affidatari si rivelino infedeli o comunque incoerenti con le finalità dell'istituto, proponendosi e talvolta imponendosi come i genitori adottivi di fatto del minore loro affidato; e così non di rado contribuendo, purtroppo, a rendere irrecuperabile il rapporto dell'affidato con i propri genitori biologici.

Come è stato osservato, non poche sono state le condanne subite dall'Italia per non avere saputo proteggere i legami genitoriali del figlio dato in

(6) Sul punto cfr. A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Bologna, 2008, 263.

(7) Eventualità da molti ben descritta. Si veda, per tutti, S. Cirillo, *L'affido familiare: misura alternativa all'istituto o all'adozione?*, in *Minori giustizia*, 2015, 2, 142 ss.

(8) Così E. Ceccarelli, *Il diritto dei bambini di non perdere i loro affetti riconosciuto dalla legge*, in *Minori giustizia*, 2015, 4, 17.

(9) Cedu 27 aprile 2010, n. 16318/07, Moretti e Benedetti c. Italia.

(10) Lo sottolinea, tra molti, M. Dogliotti *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili, nell'interesse del minore*, in questa *Rivista*, 2015, 12, 1107.

affidamento dall'abusivo comportamento degli affidatari e dal mancato controllo/sostegno dei servizi territoriali (11). Ed in effetti rammentare che a fronte di un caso Moretti sono anche esistiti, di contrappunto, un caso Scozzari e Giunta (12) ed un caso Roda e Bonfatti (13), può aiutarci a mantenere una prospettiva meno unilaterale, anche se di certo non contrapposta rispetto alle positive novità introdotte con la L. n. 173.

Sarebbe infatti irrealistico escludere che le circostanze (ad esempio il decesso del genitore o dei genitori biologici, oppure lo sgretolarsi del progetto di recupero della loro capacità di accudimento) possano condurre all'opportunità di una scelta adottiva da parte degli stessi affidatari inizialmente intenzionati ad adempiere un ben diverso e più limitato compito. Né è da credere che la loro sollecitudine per il minore accolto in affidamento non possa spontaneamente e sofferatamente mutare di orizzonti in ragione delle maggiori attese e del bisogno di appartenenza che l'affidato esprima nei loro confronti a fronte dell'intervenuta compromissione delle relazioni con i genitori biologici; e ciò malgrado gli sforzi in senso contrario degli stessi affidatari.

Diversa era la situazione che ha poi dato luogo al già richiamato caso Moretti: due coniugi, già in passato affidatari, con buoni esiti, di altri minori, ai quali il Tribunale di Venezia aveva affidato una neonata abbandonata dalla madre in ospedale e per la quale il Tribunale aveva in corso una procedura di adottabilità. Nel caso di specie, quindi, sin dall'inizio non v'era una famiglia in difficoltà da sostenere. L'affido dunque avrebbe potuto essere evitato, invece di venire prolungato per diciotto mesi, specie dopo che gli affidatari, giunti al quarto mese dall'affido, avevano presentato presso il tribunale una domanda di adozione della minore ai sensi dell'art. 44, lett. d), che non venne però considerata, procedendosi invece all'adozione piena presso una diversa famiglia senza darne alcuna preventiva comunicazione agli

affidatari, pur auditi nel procedimento per l'adottabilità.

La Corte di Strasburgo ha valutato il caso sotto l'angolo visuale dell'art. 8 della Convenzione, affermativo del diritto alla vita familiare e della sua intangibilità da intromissioni dei pubblici poteri che non siano adeguatamente giustificate. L'importanza di ciò risiede, in particolare, nell'affermazione di un diritto alla vita familiare in capo agli affidatari, nonostante essi non siano dei familiari in senso stretto. Ma la Corte li qualifica familiari di fatto e quindi titolari, comunque, del diritto alla vita familiare.

Il caso Moretti pare tuttavia emblematico anche per la violazione dei diritti processuali dei coniugi, non in quanto affidatari ma in ragione della loro diversa e successiva posizione di richiedenti l'adozione in casi particolari; posizione quest'ultima processualmente privilegiata sia rispetto a quella di una coppia genericamente disponibile all'adozione che a quella di semplici affidatari.

La loro richiesta di adottare in casi particolari, anziché con l'adozione piena, si sarebbe forse dovuta spiegare, oltre che per la maggiore solidità di una richiesta ben differenziata (rispetto alla schiera potenzialmente illimitata delle coppie genericamente disponibili ad adottare), anche per lo spessore delle sue ragioni sostanziali: essendo la coppia degli affidatari già percepiti dalla bambina come i suoi genitori (difficile capire, infatti, nei primi mesi di vita, la differenza tra un affidatario e un genitore). Può darsi che il giudice minorile, nel decidere altrimenti, abbia considerato pericolosa l'adozione ad una coppia già conosciuta dalla madre biologica (opposti in giudizio) (14) e comunque più conveniente un'adozione legittimante anziché più limitata negli effetti. Quest'ultima motivazione oggi non dovrebbe più ritenersi attuale, almeno se si accede all'opinione che anche gli adottati in casi particolari partecipino all'unico status di filiazione e dunque alle relazioni parentali ai sensi del nuovo art. 74 c.c. (15). Non

(11) J. Long, *La conservazione dei legami nell'affidamento e nell'adozione: una prospettiva europea*, in *Minori Giustizia*, 2014, 4, 20. La stessa autrice osserva però come il pericolo di offesa alle relazioni tra il minore ed i genitori in occasione dell'affidamento sia stato grave in passato ma sarebbe oggi in via di superamento. Così J. Long, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 1070.

(12) Cedu 13 luglio 2000, n. 39221.

(13) Cedu 21 novembre 2006, n. 10427.

(14) Motivazione che potrebbero avere avuto il loro peso nel merito, fermo restando che dal punto di vista della legge non v'è alcun ostacolo che in astratto impedisca l'adozione del minore da parte di una coppia già conosciuta dai genitori biologici. In tal senso, da ultimo, E. Ceccarelli, *op. cit.*, 19.

(15) In questo senso L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 202; M. Dossetti, *La parentela*, in M. Dossetti - M. Moretti - C. Moretti, *La riforma della filiazione*, Bologna, 2013, 20; P. Morozzo della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in questa *Rivista*, 2013, 9, 838 ss.; A. Giusti, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in G. Bonilini, (diretto da), *Trattato dir. fam.*, IV, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, 3967 s. In senso diverso, tuttavia, C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 2; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in questa *Rivista*, 2013, 231 ss.; M. Bianca, *Filiazione, Commento al decreto attuativo*, Milano, 2014, 86; M. Dogliotti - F. Astiggiano, *Le adozioni*, Milano, 2014, 218; A. La Spina, *Unicità dello status filiationis e adozioni*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 803 ss.

possiamo invece sapere se e quanto abbia potuto rilevare la prima tra le due ipotizzabili ragioni della decisione assunta dal tribunale veneto, comunque censurabile sotto il profilo procedimentale già alla luce della disciplina all'epoca applicabile.

Sono nel giusto, infatti, quanti sostengono che già prima (e dunque a prescindere) dalle novità introdotte dalla L. n. 173 del 2015, non vi fossero impedimenti normativi né all'adozione cosiddetta piena da parte di una coppia già affidataria, né all'adozione in casi particolari di cui all'art. 44, lett. a), c) e, soprattutto, d) (16). V'era però una diffusa, anche se via via calante, opinione contraria a che ciò accadesse, ispirata dall'assolutizzazione di quella divisione di ruoli e di destini tra affidatari e genitori adottivi che poc'anzi s'è richiamata.

Ben si comprende, dunque, come il favore espresso dalla maggior parte degli operatori per l'approvazione della L. n. 173, al netto di alcuni aspetti problematici che le singole disposizioni paiono contenere, sia sostanzialmente motivata più dalle perplessità suscitate dal diritto vivente nei tribunali che non dalle falle della normativa ora innovata. Quelle stesse perplessità - così come lo sconcerto per certi provvedimenti particolarmente irriguardosi del legame creatosi da affidatari e minori divenuto adottabile - sono del resto all'origine dell'iniziativa legislativa, il cui prodotto finale presenta sicuramente ampie parti di luce ma pure, forse, qualche zona d'ombra.

### **Gli affidatari disponibili all'adozione "piena" nella L. n. 173 del 2015**

In particolare il nuovo art. 4, comma 5 bis, L. n. 184 del 1983, come modificato dalla L. n. 173, dispone che "qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile (...) il

tribunale per i minorenni, nel decidere sull'adozione, tiene conto dei legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria" provvista dei requisiti di cui all'art. 6 della legge che abbia chiesto di adottare il minore.

Già durante i lavori preparatori era stato suggerito al legislatore di evitare l'utilizzo di una formula aperta e sostanzialmente indeterminata come quella del "prolungato periodo", se non altro perché destinata a "creare incertezze in sede applicativa" e dunque a "dar vita a numerosi contenziosi" (17).

Su questa medesima linea è stato anche ritenuto che tale formula dovesse presupporre l'intervenuta proroga dell'affidamento da parte del giudice od almeno il superamento della soglia temporale dei 24 mesi, oltre la quale la proroga da parte del tribunale per i minorenni sarebbe stata comunque necessaria a termini di legge, in tal modo stabilendo un'equivalenza tra l'affidamento prolungato e l'affidamento non più temporaneo di cui al precedente comma 4 del medesimo art. 4 della L. n. 184 del 1983 (18).

Il pur comprensibile desiderio di semplificazione della fattispecie non è però condivisibile, come tra l'altro può indurre a ritenere la stessa sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Moretti, riguardante una bambina che era rimasta in affidamento per un periodo inferiore ai 24 mesi (19). Le ragioni della continuità affettiva non sono infatti riconducibili ad una soglia temporale convenzionale astrattamente determinabile dal legislatore, ma trovano fondamento in se stesse, cioè nel fondamentale presupposto del sopravvenuto stato di abbandono (20) e nella significatività del rapporto, le cui modalità temporali, pur significative, mutano da caso a caso (21).

(16) Come dimostra l'immediata adesione dei giudici minori italiani ai principi di diritto affermati nella sentenza della Corte europea sul caso Moretti. Cfr., ad esempio, Trib. min. Brescia 21 dicembre 2010, in *Dir. famiglia*, 2011, 3, 1276, il quale ribadisce l'applicabilità dell'8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo riguardo ai rapporti familiari di fatto instauratisi tra gli affidatari e una minore al fine di accogliere la domanda di adozione in casi particolari presentata dai primi. Sul punto, in dottrina, cfr. A. Giusti, *L'adozione dei minori di età in casi particolari*, in G. Bonilini, *op. cit.*, 3952 s.

(17) Ed infatti la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, seduta del 24 settembre 2015, nell'esprimere concordemente parere favorevole al disegno di legge, formulava la seguente osservazione: "valuti la Commissione di merito l'opportunità di specificare, ovunque ricorra nel testo, il riferimento al 'prolungato periodo di affidamento' alla luce delle considerazioni svolte in premessa".

(18) Così M. Dogliotti, *op. cit.*, 1108, ma già durante i lavori preparatori P. Lovati, nell'audizione presso la Commissione

Giustizia della Camera dei Deputati del 10 giugno 2015 (resoconto stenografico, 8).

(19) Come osservato da A. Morace Pinelli, nell'audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, *cit.*, 10.

(20) Purtroppo anche il legislatore non è stato sempre consapevole della necessità di tale presupposto, benché esso giganzeggi nella normativa vigente. Disarmante, al riguardo, è la lettura dell'insistente richiesta del deputato Bonafede di inserire nel nuovo comma 5-bis il "tentativo di reintrodurre il minore nella famiglia di origine" prima di procedere all'adozione, come se questa non venisse a valle di una reiterata strategia di mantenimento del rapporto di filiazione biologica (cfr. Camera dei Deputati, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 491 di lunedì 28 settembre 2015, 76).

(21) In tal senso l'Associazione Comunità Papa Giovanni XXIII, nelle note del 7 maggio 2014 trasmesse per l'audizione presso la Commissione Giustizia del Senato ove, comunque, figura una proposta di modifica del seguente tenore: "durante il periodo dell'affidamento familiare, se prolungatosi nel tempo".

Lo avevano variamente sottolineato già durante la prima lettura in Senato le inascoltate associazioni impegnate nell'accoglienza e nell'affido dei minori, che avevano anche vanamente suggerito opportune modifiche al testo mediante la sostituzione del "prolungato periodo" con espressioni del tipo: "qualora nel corso di un affidamento familiare il minore sia dichiarato adottabile" (22), oppure: "qualora, durante l'affidamento, il minore sia dichiarato adottabile" (23).

La questione, pur nella sua limitatezza, coinvolge direttamente la ratio della nuova disciplina, al cui riguardo mi sentirei di proporre un parallelo con l'art. 12, comma 1, L. n. 184, ove la disponibilità di parenti entro il quarto grado "che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore" può condurre all'esclusione della dichiarazione di adottabilità. Viceversa, nel caso che ci occupa la rilevanza dei significativi rapporti con gli affidatari legittima invece l'adozione piena o quella in casi particolari.

L'interprete potrebbe avere occasione di interrogarsi anche in merito alla mera apparenza o, viceversa, effettiva normatività del requisito di contemporaneità espresso nella norma in esame dall'avverbio "durante". Può accadere infatti che, al termine di un affido familiare cui sia poi seguito il rientro in famiglia, sopravvenga, non prevista, una condizione di abbandono del minore a seguito della morte del genitore o di una manifestazione inattesa e grave di inidoneità genitoriale.

La mia opinione è che tali casi non possano rientrare nell'ambito di applicazione del nuovo art. 4, comma 5 bis e che quindi gli affidatari, ove intendano adottare il minore, debbano farne domanda ai sensi dell'art. 44 utilizzando, nel caso di sopravvenuta orfanità, il nuovo testo della lett. a), nel quale è esplicitamente ipotizzata l'adozione da parte di "persone unite al minore (...) da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato

periodo di affidamento"; nei casi di sopravvenuto abbandono per l'inidoneità genitoriale potrebbero invece valersi della lett. d) dell'art. 44, già oggi ampiamente utilizzato - ed anche abusato - nel diritto vivente.

Il nuovo comma 5 bis dell'art. 4 è stato criticato durante e dopo i lavori preparatori per avere richiesto agli affidatari disponibili all'adozione piena del minore il possesso dei requisiti di cui all'art. 6 della L. n. 184, tra cui il rispetto dei differenziali anagrafici ivi indicati (24), la convivenza almeno triennale tra i coniugi richiedenti l'adozione ed infine per il requisito in sé della coniugalità e dunque della eterosessualità degli affidatari-adottanti (25). Ma si tratta, a veder bene, di critiche rivolte alla disciplina in sé dell'adozione che troveranno nella sede della riforma di questa il più conveniente terreno di confronto.

Un diverso ragionamento potrebbe invece essere svolto riguardo alla non del tutto chiara previsione del nuovo comma 1 bis dell'art. 25 della L. n. 184, il quale a mio avviso significa che anche gli affidatari-adottanti dovranno sottoporsi ad un periodo di affidamento preadottivo (26) il cui svolgimento forse il legislatore avrebbe potuto lasciare alla valutazione caso per caso del giudice per i minorenni, dato che il minore si trova già inserito nella famiglia affidataria da tempo, seppure in un diverso orizzonte di significato.

Alcuni si sono chiesti se la norma in esame introducesse un titolo preferenziale per l'adozione in capo agli affidatari (27). Sebbene un qualche condizionale pudore abbia talvolta condotto a rispondere di no (28), è invece fuor di dubbio che la risposta possa essere affermativa, purché si intenda bene in qual senso. Ed il primo senso dell'affermazione sta nel meccanismo *lato sensu*, di prelazione a vantaggio degli affidatari, ai quali è certamente richiesto di essere adeguati e provvisti dei medesimi requisiti di legge richiesti a tutte le coppie disponibili all'adozione.

(22) Così l'Associazione Famiglie per l'accoglienza - APS, nelle note del 6 maggio 2014, trasmesse alla Commissione Giustizia del Senato.

(23) Così l'Associazione nazionale famiglie adottive e affidatarie (ANFAA), nella traccia dell'intervento all'audizione del 6 maggio 2014 presso la Commissione Giustizia del Senato.

(24) In tal senso l'emendamento n.1.17, proposto dall'on. Prestigiacomio in Commissione Giustizia della Camera, finalizzato a eliminare il riferimento al comma 3 dell'articolo 6 della L. n. 184, relativo al requisito dell'età. Su cui l'adesivo intervento in aula dell'on. Savino (Seduta n. 491 del 28 settembre 2015). Al riguardo va peraltro osservato come tale requisito sia ormai adeguatamente elasticizzato dal diritto vivente quando le circostanze del caso lo richiedano, secondo un orientamento formatosi già dagli anni '90 del secolo passato anche su impulso della Corte Costituzionale, mentre nei casi marcatamente lontani dalla soglia anagrafica fissate dalla legge il percorso adozionale è comunque

esperibile collocandolo nel tipo dei "casi particolari" previsto dall'art. 44, lett. d), secondo il prudente apprezzamento del giudice minorile.

(25) Sul punto l'intervento dell'on. Marzano nella seduta delle audizioni presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 10 giugno 2015 (resoconto stenografico, 15).

(26) In tal senso anche M. Dogliotti, *op. cit.*, 1109.

(27) In tal senso, con nettezza, M. Dogliotti, *op. cit.*, 1108.

(28) Di qui, a mio parere, l'affermazione contenuta nella già citata nota dell'Associazione Famiglie per l'Accoglienza, secondo cui il giudice terrebbe conto dei legami del minore con gli affidatari ma non per questo dovrebbe necessariamente preferirli. Tale affermazione potrebbe peraltro essere condivisa una volta chiarito che il criterio di scelta consiste nella previsione di buon inserimento o meno del minore nella famiglia degli affidatari, di solito abbastanza probabile dato che egli già si trova presso di loro in affidamento.

Una volta però che tali requisiti oggettivi e soggettivi siano dati per sussistenti anche in relazione al caso concreto, gli affidatari non dovranno più attendere oltre, non avendo più alcun senso lo svolgimento di una affollata comparazione mirante ad individuare tra le diverse coppie conosciute dal tribunale quella più adatta a ricevere il minore.

Pare scontato che il tribunale per i minorenni nel giungere a questa decisione debba valersi anche delle indagini svolte dai servizi territoriali. Dispone al riguardo il nuovo comma 5 *quater* dell'art. 4 della L. n. 184 che "il giudice (...) tiene conto anche delle valutazioni documentate dei servizi sociali, ascoltato il minore (...)" (29).

Ma la disposizione che più vale - e che forse più di altre qualifica il concreto significato operativo della novella in senso positivo - è quella introdotta in sostituzione dell'ultimo periodo del nuovo art. 5, comma 1 della L. n. 184, a termini del quale "L'affidatario o l'eventuale famiglia collocataria devono essere convocati, a pena di nullità, nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale (30), di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato ed hanno facoltà di presentare memorie scritte nell'interesse del minore".

L'opinione largamente prevalente è che la norma non introduca una nuova parte nel processo, cosa che avrebbe sicuramente rafforzato la prospettiva del diritto degli affidatari alla continuità affettiva (ancor prima e forse anche in mancanza dell'interesse del minore a detta continuità) ma che avrebbe anche prodotto un appesantimento del procedimento, forse a danno dell'interesse del minore (31).

La soluzione prescelta, a mio avviso condivisibile, impedisce agli affidatari, oltre che di impugnare la decisione, di invocare la nullità del procedimento nel quale non siano stati convocati e del quale verranno a

conoscenza per le vie di fatto anziché per notifica. D'altra parte - come è stato osservato (32) - la mancata convocazione è comunque rilevabile da altri - ed in primo luogo dal Pubblico Ministero.

Questa opzione legislativa ha comunque l'effetto di rafforzare un già previsto obbligo di ascolto degli affidatari (33) che non è necessariamente finalizzato all'eventuale selezione degli affidatari come adottanti quanto, in ogni caso, a utilizzare la loro esperienza e conoscenza del minore al fine di comporre un quadro più completo di conoscenza procedimentale nell'ambito delle diverse procedure di adottabilità ma anche in materia di responsabilità genitoriale.

Detto rafforzamento, oltre che per il medio della sanzione di nullità del procedimento che manchi di adempiere a tale obbligo, secondo alcuni è espresso anche dalla sostituzione dell'obbligo di "sentire" con quello di "convocare", la quale elimina ogni possibile dubbio sul fatto che l'audizione debba avvenire necessariamente davanti al giudice e non invece per il tramite dei servizi sociali (34).

Non è stato purtroppo previsto il caso, non infrequente, che gli affidatari ed il luogo dell'affidamento siano rimasti ignoti alla famiglia di origine a tutela loro e/o del minore, ma si può sperare che possano intervenire direttive idonee a strutturare un percorso di ascolto protetto (35).

Condivisibile pare essere l'opinione, già anticipata durante i lavori parlamentari, riguardo al carattere relativo della nullità prevista nel caso del mancato ascolto, che ne consente la sanabilità in appello; anche in questo caso a tutela dell'interesse del minore a non subire l'eccessiva lentezza del procedimento.

Condivisibile, infine, è anche l'equiparazione dei collocatari agli affidatari, in merito alla quale,

(29) Il testo licenziato dal Parlamento sembra avere tenuto conto dei suggerimenti formulati in audizione al Senato da Piercarlo Pazè, miranti a moderare il rilievo giuridico originariamente attribuito alla relazione dei servizi sociali (la norma proposta recitava inizialmente: "in base anche alle relazioni dei servizi").

(30) Secondo una parte della dottrina, data l'ampiezza della formula legislativa, questa ricomprenderebbe anche i procedimenti davanti al tribunale civile riguardo ai provvedimenti da assumere sui figli della coppia che si separa o divorzia. In tal senso, M. Dogliotti, *op. cit.*, 1110.

(31) In tal senso, tra gli altri, C. Spaccapelo, *Il procedimento per l'adozione di un minore di età*, in G. Bonilini, *op. cit.*, 3917 e l'ampia nota 64. In molti avevano però richiesto la legittimazione piena degli affidatari come parti necessarie del processo. Tra questi: A. Sartori ed M. Cecchi, per l'AIAP, nell'audizione del 10 giugno 2015 presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati; L'on. Santerini (intervento in aula del 28 settembre 2015, seduta n. 491), secondo cui ciò avrebbe rafforzato la capacità degli affidatari "di intervenire

nelle scelte che riguardano il minore anche quando si tratti di darlo in adozione a una terza famiglia". Nel medesimo senso il parere reso in Commissione Giustizia al Senato da Piercarlo Pazè e alla Camera dei Deputati da Arnaldo Morace Pinelli.

(32) C. Maggia, Vicepresidente dell'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia, nell'audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 10 giugno 2015 (resoconto stenografico, 17).

(33) Si veda al riguardo quanto ancora previsto dall'art. 15, comma 2, L. n. 184: "La dichiarazione dello stato di adottabilità del minore è disposta (...) sentito il pubblico ministero, nonché il rappresentante dell'istituto di assistenza pubblico o privato o della comunità di tipo familiare presso cui il minore è collocato o la persona cui egli è affidato".

(34) Così E. Ceccarelli, *op. cit.*, 19 s.

(35) Così, ancora, E. Ceccarelli, *op. cit.*, 20. Medesima preoccupazione era stata espressa durante i lavori preparatori dalla Vicepresidente dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni, C. Maggia (audizione, cit., 17).



invero, non sono mancate, specie da ambienti accademici, veementi critiche (36). Non risulta però chiaro, a leggere le esemplificazioni utilizzate per argomentare tale critiche, se esse comprendano davvero tutte le diverse ipotesi di collocamento previste dalla legge, riconducibili ad almeno due diverse figure di sintesi (37): l'una, che consegue all'affidamento da parte del tribunale per i minorenni (o di quello ordinario) all'ente locale, il quale provvede poi al concreto collocamento del minore in una molteplicità di situazioni tra loro molto eterogenee, tra cui non è forse tra le più rappresentative quella richiamata da Bianca (incastonata all'interno di una lite coniugale per l'affidamento della prole (38)); l'altra corrispondente invece ad una fase iniziale della procedura per l'adottabilità espressamente disciplinata dall'art. 10, comma 3, L. n. 184, a termini del quale "il tribunale può disporre in ogni momento e fino all'affidamento preadottivo ogni opportuno provvedimento provvisorio nell'interesse del minore, ivi compresi il collocamento temporaneo presso una famiglia o una comunità di tipo familiare, la sospensione della responsabilità genitoriale dei genitori sul minore, la sospensione dell'esercizio delle funzioni del tutore e la nomina di un tutore provvisorio". Di fatto, però, accade che collocamenti o affidamenti "a rischio giudiziario" destinati ad essere più che provvisori in vista dell'affidamento preadottivo (eventualmente e auspicabilmente agli stessi collocatori-affidatari) si trasformino in collocamenti o affidamenti prolungati, come in effetti accaduto anche nell'abnorme vicenda esaminata dalla Corte europea nel caso Moretti.

(36) Espresse in particolare da C.M. Bianca nel suo intervento alla già citata audizione in Commissione Giustizia alla Camera dei Deputati. Nel medesimo senso e nella stessa occasione anche l'intervento, poi ribadito nello scritto, di A. Morace Pinelli, *Il diritto alla continuità affettiva dei minori in affidamento familiare. Luci e ombre della legge 19 ottobre 2015, n. 173*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2016, 1, 303 ss.

(37) Non considero, data la rigorosa provvisorietà che tale fattispecie deve avere, la figura del collocamento d'urgenza da parte della pubblica autorità di cui all'art. 403 c.c. Su cui, da ultimo, F. Ruscello, *Gli interventi della "pubblica autorità" a favore dei minori. "Uso" e "abuso" dell'art. 403 c.c.*, in *Dir. fam. pers.*, 2016, 3, 890 ss.

(38) È stato osservato come "talvolta nel provvedimento si legge però che il minore è affidato al servizio sociale con collocazione abitativa presso un genitore, come per esempio in Cass. n. 6970/2003 e in Cass. n. 24907/2008. Ciò però a mio avviso non significa affatto che il minore sia propriamente affidato al servizio: significa solo che questo deve svolgere il compito assegnatogli, in collaborazione con i genitori. Costituisce quindi una prescrizione per il genitore collocatario fatta in modo molto forte, con la contestuale attribuzione ai servizi del compito di sorvegliarne l'adempimento. Non vi è dubbio, infatti, che l'esercizio della responsabilità

Al riguardo ci si potrebbe comunque anche limitare ad osservare che - nel contesto di una legge che non ridisegna nel suo complesso il sistema di protezione dei minori ma si limita a modificare la posizione degli affidatari in ordine ai rapporti con il minore affidato - non avere dimenticato la figura dei collocatori costituisce un atto di realismo (39), trattandosi pur sempre o di persone che hanno accolto in casa il minore senza che fosse loro dato di accettare o meno la qualifica di affidatari (determinata a monte da un provvedimento giudiziario) oppure dei responsabili di comunità di tipo familiare che ben più dei servizi sociali collocanti hanno conoscenza del minore ed i quali, almeno quando si tratti di coppie residenti esse stesse nella struttura, potrebbero avere modalità di relazione familiare con il minore molto simili a quelle createsi tra quest'ultimo e gli affidatari (o affidatario).

### L'adozione da parte degli affidatari ai sensi dell'art. 44, dopo le deludenti modifiche apportate dalla L. n. 173 del 2015

La parte più lacunosa della L. n. 173 del 2015 sembra essere quella relativa ai procedimenti di adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della L. n. 184.

Mi chiedo se ciò sia dovuto al fatto ormai acquisito della forte espansione, ad opera della giurisprudenza, di questo modello un tempo residuale di adozione, oppure se invece la timidezza dell'intervento legislativo non costituisca piuttosto una forma di sordità, o timore, proprio nei riguardi di tale espansiva giurisprudenza; il che potrebbe anche spiegarsi con i primi nubifragi, divenuti poi tempesta e domani chissà, in materia di *stepchild adoption*.

parentale resta in capo a uno o a entrambi i genitori, secondo i casi, e per di più in modo libero da ogni interferenza dei servizi per tutto ciò che non ha attinenza con le prescrizioni ricevute. Il punto è ben chiarito dal decreto del Trib. min. Trieste 23 agosto 2013 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 41): nel caso deciso il giudice affida il figlio alla sola madre, che esercita quindi da sola la responsabilità; al tempo stesso lo affida ai servizi, ma solo in un senso ben più limitato: affinché sostengano la ripresa dei contatti del figlio con il padre (nel caso di specie carcerato) e controllino che la madre non frapponga ostacoli (...). Così L. Lenti, *L'affidamento al servizio sociale: aspetti giuridici*. Relazione tenuta al convegno *L'istituto giuridico dell'affidamento al servizio sociale: orientamenti per le istituzioni della protezione, cura e tutela dei minori dal confronto sull'esito di una ricerca* Roma, 27 maggio 2014, ora in A. Dissegna, *L'affidamento al servizio sociale dei minori di età*, Guerini e ass., Milano, 2015, 67 ss.

(39) In tal senso l'intervento di Carla Forcolin, Presidente dell'Associazione "La Gabbianella e altri animali" nell'audizione presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 10 giugno 2015 (resoconto stenografico, 19) secondo la quale, più in generale, o si aboliscono nella prassi i collocamenti oppure si devono riconoscere alle famiglie collocatarie le medesime facoltà degli affidatari.

L'unica novità introdotta dalla L. n. 173 riguarda la lettera a) dell'art. 44, comma 1, ove al testo previgente, il quale già disponeva i minori orfani possano essere adottati, anche in mancanza della dichiarazione dello stato di adottabilità, "da persone unite al minore (...) da preesistente rapporto stabile e duraturo", è stata aggiunta la precisazione che tra i casi di preesistente stabile rapporto va ricompreso anche quello "maturati nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento". Si tratta evidentemente di una modifica non sostanziale, anche se potrà risultare utile a espugnare qualche ultima isola avversa pregiudizialmente all'adozione da parte degli affidatari. Si è però, a mio avviso, corso inutilmente un rischio; e mancata nel contempo una triplice occasione.

Il rischio è quello di offrire il destro ad un'interpretazione riduttiva (e non condivisibile) della facoltà da parte degli affidatari di adottare in casi particolari, limitandola alle situazioni di intervenuta orfanità (40), con il parallelo ma connesso risultato di lasciare sgombra, presentandola erroneamente come l'unica strada percorribile, l'adozione piena in tutti quei casi in cui (essendovi dei genitori naturali che intrattengono con il figlio dato in affidamento una relazione di durata, anche se ormai considerata irrecuperabilmente insoddisfacente) potrebbe invece risultare più conveniente il percorso dell'adozione in casi particolari pensata come "adozione mite".

Non meno rilevanti le mancate occasioni, prima delle quali l'opportunità di operare un intervento chiarificatore riguardo al presupposto implicitamente posto a fondamento della fattispecie di cui alla lett. d) dell'art. 44, comma 1, che a mio avviso dovrebbe essere ravvisato nella condizione di abbandono o, in via estensiva, di semi-abbandono del minore. Un'occasione che però il legislatore non ha potuto cogliere per non interferire (se così ci è concesso dire) con la giurisprudenza creativa sulla *stepchild adoption* che proprio nel 2015 otteneva visibilità e che l'anno successivo avrebbe in qualche misura umiliato il legislatore.

La seconda occasione mancata - probabilmente indipendente dalla prima - consisteva nell'opportunità di consolidare, ma anche meglio disciplinare, la posizione degli affidatari nel ricorso al canale adottivo da loro più utilizzato sino ad oggi. Ed è in effetti

paradossale che a questa mancata occasione corrisponda esattamente e specularmente il rischio (magari solo teorico) poc'anzi segnalato di renderne invece peggiore la, posizione.

Al riguardo va peraltro sottolineata la diversa posizione procedimentale dell'affidatario che faccia istanza di adozione in casi particolari, costituendosi così parte del procedimento, rispetto alla meno garantita posizione della coppia di affidatari che attendano di essere sentiti nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità del minore loro affidato. Ma, sollevando lo sguardo oltre la sola posizione procedimentale e sostanziale degli affidatari, la terza e più grave occasione mancata è stata forse quella relativa alla possibilità di un almeno iniziale adeguamento del sistema italiano delle adozioni agli orientamenti della giurisprudenza europea, molto ben espressi nel caso Zhou, le cui indicazioni paiono oggettivamente contraddette dall'impianto della L. n. 173 del 2015, come a breve vedremo e come pur non sistematicamente intuito da alcune voci perplesse durante i lavori preparatori, le quali si erano pur timidamente chieste se alle zone di luce della nuova disciplina non corrispondesse anche un lato oscuro.

### **Il lato oscuro della nuova disciplina, con particolare riguardo alla mancata reazione del legislatore al caso Zhou**

Tra i timori espressi v'era anche quello che la nuova disciplina dell'affido potesse offuscare la ratio dell'istituto, orientando sia le offerte di disponibilità che il loro utilizzo verso famiglie in possesso dei requisiti richiesti per l'adozione, a scapito di altri profili comunque utili (41), con il risultato di mutare drasticamente la finalità originaria dell'affido e di incoraggiare attese sin dall'origine acquisitive. A ciò - è stato pure osservato - potrebbe poi corrispondere una maggiore diffidenza delle famiglie biologiche verso un istituto la cui adesione da parte dei genitori del minore - essenziale per la buona e più ampia riuscita di questo istituto - mal si concilia con le più visibili ed esplicite possibilità che l'affidamento possa poi evolvere in adozione piena da parte di coloro che si offrono a sostegno della famiglia biologica.

(40) Sebbene vi sia notizia di un orientamento giurisprudenziale piuttosto creativo che estende la nozione di orfanità ricomprendendovi anche il caso del minore i cui genitori, pur viventi, siano decaduti dalla potestà. Cfr., sul punto, E. Caccarelli, *op. cit.*, 20, nt. 31. Sul rischio paventato nel testo cfr.

altresì S. Stefanelli, *Famiglia biologica e tutela dell'affettività in Italia e in Europa*, in *Diritto e processo*, 2015, 81.

(41) Così l'on. Giorgis, Camera dei Deputati, Commissione affari costituzionale, seduta di giovedì 24 settembre 2015.

Tali timori hanno poi trovato più articolata attenzione da parte degli operatori all'indomani della legge n. 173.

L'orizzonte da considerare, stando ai dati disponibili, è quello di circa 14.194 casi di affidamento, il 74,2% dei quali non consensuali. Soprattutto in questi casi - ma il tema risulta vero, in altra misura, anche per gli affidamenti consensuali - sussiste in capo ai genitori biologici il timore che gli affidatari siano in realtà dei competitori nella genitorialità mentre d'altra parte la funzione degli affidatari dovrebbe proprio essere quella di restituire il minore alla genitorialità di origine una volta rafforzata (42).

Non v'è dubbio, quindi, che la nuova disciplina aggraverà le modalità di rapporto tra famiglia biologica e famiglia affidataria, la cui conflittualità, come è stato osservato, si sarebbe potuto attenuare intervenendo con strumenti che rendessero più agevole un percorso di adozione mite ed anche una maggiore possibilità di differenziazione nella posizione procedimentale degli affidatari, anche considerando il probabile rischio di una gestione ai confini con l'impossibile dei futuri rapporti tra affidatari e genitori una volta che il procedimento non dovesse concludersi con la dichiarazione di adottabilità (43).

Un altro fattore di impatto negativo a medio termine sulle relazioni tra il minore e gli affidatari-adottanti è dato dalla scelta legislativa di rendere palese il loro coinvolgimento (e dunque il loro personale apporto alla decisione finale) nel procedimento che determina la rescissione sul piano giuridico del rapporto di filiazione biologica. Questo contributo attivo potrebbe divenire, come pure è stato osservato, "un inquietante fardello", specie nel momento in cui essi stessi si troveranno a rimproverarsi per ciò che non funziona nel rapporto con il figlio così acquisito e divenuto adolescente o giovane adulto; quest'ultimo, d'altra parte, verrà probabilmente a conoscere le modalità di costituzione della sua adozione non solo nei termini di una filiazione desiderata nei suoi riguardi, ma nei diversi termini di una filiazione ottenuta a seguito di un procedimento che lo ha tolto ai suoi genitori biologici. Viceversa, gli uni e l'altro avrebbero probabilmente bisogno di ricostruire l'adozione come

un evento nel quale i genitori adottivi non abbiano contribuito attivamente alla formazione legale di un giudizio negativo sui genitori biologici (44).

Sarebbe allora stato più saggio, piuttosto, rendere facoltativa l'audizione degli affidatari nel procedimento di adottabilità, consentendo comunque loro di presentare eventuali note, salvo poi onerare il giudice, nel momento in cui a seguito della dichiarazione di adottabilità occorra individuare la famiglia adottiva, di valutare l'opportunità di procedere all'adozione in casi particolari o comunque all'adozione mite del minore da parte degli affidatari, escluse le quali le altre opzioni (adozione piena con rescissione dei legami con la famiglia di origine, oppure adozione da parte di un'altra famiglia) resterebbero pur sempre praticabili.

Ma in ultimo c'è ancora un altro lato oscuro della nuova disciplina che riguarda, paradossalmente, la maggiore difficoltà degli affidatari nel decidere di non divenire genitori adottivi. Infatti, una volta legittimati a divenirlo per espressa disposizione di legge (che tale epilogo, per certi versi opportunamente, incoraggia) come spiegare al minore che invece questa disponibilità non gli verrà data? (45).

A fronte dei descritti lati oscuri forse non bastano i buoni propositi, pur saggi, relativi all'auspicabile sempre migliore selezione e formazione degli affidatari, nella speranza che il loro numero non divenga col tempo ancor più esiguo in rapporto alle necessità che si palesano nei diversi territori. Così come pure non basterebbero alcune pur praticabili variazioni nelle discipline degli affidamenti (46).

Occorre, piuttosto, ripensare le discipline e le prassi del diritto civile minorile apprendendo a gestire per intero un ventaglio ampio di risposte che vanno dall'affidamento temporaneo a quello prolungato, entrambi ben sostenuti e vigilati (e costituisce sicuramente uno scampato pericolo, a questo riguardo, la mancata approvazione di una serie di emendamenti al disegno di legge che prevedevano l'improrogabilità dell'affidamento oltre i 24 mesi), ma che pure includano ed utilizzino, in alternativa, il collocamento in comunità, l'adozione in casi particolari e quella cosiddetta piena (un tempo legittimante), senza dover prefissare priorità o preferenze in astratto, ma anche senza ignorare quello che probabilmente è il più rilevante acquis europeo prodottosi negli ultimi

(42) Cfr., sul punto, P. Serra, *Quando l'affidamento diventa adozione: opportunità e criticità nelle relazioni vissute dal minore*, in *Minor giustizia*, 2015, 4, 28 s.

(43) Mi paiono questi, in sintesi, i primi due suggerimenti formulati da P. Serra, *op. cit.*, 29.

(44) Così, ancora, P. Serra, *op. cit.*, 31 s.

(45) Così P. Serra, *op. cit.*, 33.

(46) Tra cui quella proposta da C. Maggia, nella citata audizione, di dare al procuratore presso il tribunale per i minorenni la competenza del controllo sugli affidi consensuali (che oggi è del giudice tutelare), in vista del fatto che sarà poi lo stesso procuratore per i minorenni a dovere eventualmente agire per l'adottabilità.

anni in materia di adozione, il quale è ben espresso dal già richiamato caso Zohu (47).

Chiamata a dare giustizia sul caso di una cittadina cinese residente in Italia, la cui figlia era stata data in adozione mentre la donna versava in obiettive difficoltà economiche e di salute, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, come principio di diritto, che l'adozione piena di un minore, recidendo ogni legame giuridico con la famiglia d'origine, costituisce una misura eccezionale rispetto ad ogni altro intervento meno invasivo, inclusa l'adozione in casi particolari (48).

Gli Stati membri della convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno infatti "l'obbligo di assicurare che le proprie autorità giudiziarie e amministrative adottino preventivamente tutte le misure, positive e negative, anche di carattere assistenziale, volte a favorire il ricongiungimento tra genitori biologici e figli e a tutelare il superiore interesse di questi ultimi, evitando per quanto possibile l'adozione e prevenendo la possibilità di disporre, sempre se corrisponda all'interesse dei minori, una forma di adozione che garantisca la conservazione dei legami tra questi ultimi e i genitori".

La sentenza Zohu - è bene osservarlo - non costituisce l'epifania di una filosofia di intervento opposta allo

spirito italiano del diritto minorile. Di opposti spiriti, caso mai, potrebbero vedersene in alcune legislazioni e sistemi nazionali europei, talvolta ben più distanti dal nostro modo di vedere le cose (49).

La Corte europea, invece, sembra piuttosto essersi calata nelle possibilità già presenti nel nostro ordinamento richiamandolo alla coerenza con un principio di residualità dell'adozione che includa però, in aggiunta, anche il principio della gradualità all'interno delle forme dell'adozione.

Dispiace dunque che il legislatore non solo abbia perduto l'occasione di cogliere e dare forma normativa alle giuste indicazioni della sentenza Zohu (le cui indicazioni, peraltro, la Corte ha avuto già modo di ribadire (50)) ma abbia addirittura creato l'equivoco di una non realistica preferibilità dell'adozione piena per gli affidatari, collocandoli nell'infelice, in fondo debole, e comunque rischiosa posizione procedimentale di "ascoltati" nel procedimento di adottabilità, distogliendoli invece dal percorso (che presumibilmente in molti casi potrebbe essere il più ovvio) dell'adozione in casi particolari (51), i cui effetti giuridici dovrebbero peraltro ritenersi non più deteriori per il minore adottato a motivo della pur ambigua e discussa loro partecipazione all'unico status di figlio.

(47) La cui attinenza all'oggetto della L. 173 era stato ben colto, all'inizio dei lavori parlamentari, da F. Occhiogrosso, nel paper presentato alla Commissione Giustizia del Senato nell'ambito dell'indagine conoscitiva a ciò dedicata, dal titolo *Giurisprudenza minorile e familiare*.

(48) Cedu 21 gennaio 2014, n. 33773.

(49) Per una ricognizione, S. Stefanelli, *Famiglia biologica*, cit., 63; nonché, riguardo più specificamente all'utilizzo degli affidi, le interessanti osservazioni di S. Cirillo, *L'affido familiare*, cit. 150.

(50) Cfr. Cedu 13 ottobre 2015, n. 52557/14, S.H. c. Italia, su cui il commento di L. Lenti, *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 5, 785 ss.

(51) Lo strumento sin qui approntato dalla disciplina delle adozioni come quello tendenzialmente più idoneo per dare rilievo giuridico a legami di fatto già consolidati con il minore da parte anche degli affidatari. Sul punto le considerazioni di E. Ceccarelli, *op. cit.*, 24.