

## ***Rivisitazione dell' 'adozione mite', continuità affettiva e nuove prospettive in tema di adozione***

*Valeria Montaruli*

### ***1. La faticosa evoluzione della legislazione nazionale in tema di affidamento e di adozione.***

La legge 4 maggio 1983, n. 184 in tema di affidamento e adozione dei minori, recepisce il suo impianto filosofico dalla legge 5 giugno 1967, n. 431, fondativa della cosiddetta adozione 'speciale' ma che oggi rappresenta l'adozione ordinaria, abbandonando la precedente connotazione adultocentrica e patrimonialistica dell'adozione, di modo che lo stato di abbandono diventa il presupposto per un intervento che potremmo definire ricostruttivo del legame familiare. Prima della legge del 1967, era prevista l'affiliazione, cosiddetta 'piccola adozione', come forma di adozione minore, che aveva natura eminentemente assistenziale e che si esauriva con il raggiungimento della maggiore età dell'affiliato, salvo la conservazione del cognome assunto o aggiunto..

Negli ultimi anni si è sviluppata la tendenza, nella prassi recepita su impulso della giurisprudenza sovranazionale, dal legislatore del 2015, a smussare alcune rigidità insite nella disciplina dell'adozione, recuperando sia pure in chiave di adeguamento ad una mutata situazione sociale, la cosiddetta 'piccola adozione' prevista in precedenza, che non recideva i rapporti con la famiglia di origine.

In definitiva, si sta smussando il carattere massimalista dell'adozione disegnata prima dal legislatore del 1967 e poi da quello del 1983, che era incentrata sulla visione dell'adozione come una 'seconda nascita' del minore, nella utopistica convinzione che si possa cancellare la sua storia precedente. Il rigore della previsione di cui all'art. 27 della legge n. 184/1983, relativa alla cessazione dei rapporti con la famiglia di origine, è stato smussato dalla prassi che ricorre, anche nell'adozione legittimante, a forme di 'adozione aperta', in cui, pur essendoci l'interruzione dei rapporti con la famiglia di origine, viene disposta la prosecuzione dei rapporti di fatto con la stessa. Tale modalità applicativa

dell'adozione legittimante, è stata in una certa misura recepita dalla legge sulla continuità affettiva del 2015.

A tale passaggio si riconduce anche la sperimentazione, in epoca di anni antecedente rispetto all'avvento della legge del 2015, relativa alla cosiddetta 'adozione mite', che ha utilizzato a maglie larghe l'adozione in casi particolari cui all'articolo 44 lett. d), estendendo la formula relativa alla 'concreta impossibilità procedere all'affidamento preadottivo' ai casi di frequente verifica, di cosiddetto semi - abbandono permanente, nell'intento di attribuire un nuovo *status* ai cosiddetti minori nel limbo.

All'indomani dell'entrata in vigore della nuova legge, i risultati dei questionari proposti dall'Autorità Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza danno atto della diffusa assenza sul territorio di famiglia professionalizzante nell'affido o famiglie- ponte, e che per lo più l'affidamento viene disposto in favore di famiglie potenzialmente adottive, attraverso la formula dell'affido al rischio giuridico, o addirittura dell'affidamento etero - familiare.

Si sono comunque delineate tre modalità di affido: affidi - ponte a famiglie professionalizzate; affidamento classico e affidamento a rischio giuridico. È necessaria la predisposizione di un progetto individualizzato, che vada delineandosi chiaramente, tenuto conto del fattore tempo, cosa che non sempre accade, con conseguente necessità di porre rimedio a situazioni in bilico (lunghi collocamenti in comunità) che si sono cristallizzate nel tempo. Comunque, appare virtuoso lo stimolo dato dalla nuova legge alla contaminazione tra affidamento e adozione, nella logica della continuità degli affetti.

## ***2. Rapporti affidamento - adozione e le nuove prospettive sulla continuità affettiva prima del 2015. La sperimentazione dell'adozione mite.***

Già prima dell'entrata in vigore della legge 19 ottobre 2015, n. 173 sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, era consuetudine nell'ambito dei tribunali per i minorenni, di affidare il minore in una situazione di elevata probabilità di sfociare in uno stato di abbandono, a una famiglia che avesse i requisiti potenziali per l'adozione, in modo da evitare il trauma dello sradicamento da un contesto in cui il minore avesse stabilito dei validi legami affettivi e relazionali. Conseguentemente, spesso si verificava il passaggio dall'affidamento familiare anche in favore di singoli o di coppie che non avessero i requisiti di legge, all'adozione in casi particolari ai sensi dell'articolo 44 lett. d), e più raramente, qualora gli affidatari presentassero i requisiti di cui all'art.

6 della legge n. 184/1983, all'adozione legittimante, attraverso l'istituto dell'affidamento provvisorio *ex art.* 10 e alla sua trasformazione in affidamento preadottivo. Si ricorreva anche alla proroga delle relazioni fra il minore e gli affidatari, anche oltre il termine dell'affidamento familiare. La prassi barese dell'adozione mite che si approfondirà, includeva nella nozione di impossibilità di affidamento preadottivo, interpretata come impossibilità giuridica, i casi assai frequenti nella prassi, di semi - abbandono permanente, relativi a situazioni di inadeguatezza dei genitori, pur nella sussistenza di significative e valide relazioni affettive con i minori.

Esistevano tuttavia sul territorio nazionale altre prassi, soprattutto in alcune regioni del Nord, nel senso di fare intercorrere un periodo di 'decantazione' tra affidamento familiare e adozione, al fine di evitare possibili utilizzazioni strumentali dell'affidamento familiare. Purtroppo accade, talvolta anche in ragione di prassi distorsive di alcuni servizi territoriali, che l'affidamento familiare venga visto come una facile scorciatoia per raggiungere l'obiettivo dell'adozione, bypassando la funzione di verifica e di selezione svolta dai tribunali per i minorenni.

Peraltro, a tutt'oggi, vi sono delle realtà territoriali (si cita come esempio virtuoso in tal senso il territorio di Catania), invero non estese, in cui vi è la disponibilità di famiglie cosiddette di appoggio, ovvero di coppie professionalizzante per l'affidamento familiare, sovente con figli propri e dunque disponibili a un'esperienza di accoglienza temporanea, con prospettive di rientro del minore in famiglia o di passaggio graduale e condiviso verso la famiglia adottiva. Al di là di queste prassi virtuose, in cui il passaggio dalla famiglia affidataria alla famiglia adottiva rientra in un progetto individualizzato e avviene in maniera naturale e proficua, nel rispetto dei tempi del bambino, esistevano purtroppo anche delle situazioni, che hanno dato luogo al sorgere del movimento di opinione da cui è scaturita la legge del 2015, di interruzione traumatica dei rapporti affettivi con la famiglia affidataria, con inserimento in una famiglia adottiva, o anche in comunità, o talvolta con il rientro nella famiglia di origine.

Sul versante del mantenimento dei rapporti tra il minore e la famiglia di origine, nel giugno del 2003 nacque la sperimentazione della cosiddetta 'adozione mite', iniziata come semplice prassi giudiziaria autorizzata dal CSM nel Tribunale per i Minorenni di Bari e fondata sul parziale insuccesso della legislazione in tema di affidamento familiare, nonché sull'esigenza di dare maggiore impulso al processo di deistituzionalizzazione dei minori (in vista della scadenza del dicembre

2006 per la chiusura degli istituti).

Il punto di partenza muoveva dalla constatazione che il numero dei bambini dichiarati adottabili e poi adottati era andato notevolmente diminuendo negli anni, a conferma che le situazioni di pieno abbandono morale e materiale tendevano a ridursi, mentre restava sempre alto quello delle domande di adozione. A ciò si aggiungeva che l'adozione internazionale, verso cui molte coppie si orientavano, ha costi alti, che spesso scoraggiano gli aspiranti adottanti.

La sperimentazione si innestava sulla constatazione che l'impostazione normativa aveva trascurato del tutto il caso frequente della famiglia inidonea parzialmente, ma in modo continuativo, a rispondere ai bisogni educativi del figlio; che è cioè incapace di rispondere alle sue esigenze educative, ma che non lo ha abbandonato e, anzi, ha con lui un rapporto affettivo significativo, anche se inadeguato. In tal caso, da un lato non è opportuno nell'interesse del minore che tale rapporto venga del tutto cancellato, ma, dall'altro non esiste una ragionevole previsione di pieno recupero di esso. Si tratta del cosiddetto semiabbandono permanente, che tuttora è privo di qualunque riconoscimento normativo, in quanto riceve quale risposta solo l'affidamento familiare: viene, cioè, gestito come se si trattasse di un'inidoneità familiare di carattere temporaneo, mentre si tratta di cosa ben diversa.

Uno studio effettuato dal Dipartimento di psicologia presso l'Università di Bari ha acclarato il successo dell'esperienza, essendosi proceduto ad adozione cd. mite in 168 casi, nella maggior parte dei quali con il consenso dei genitori biologici. L'opinione manifestata dai soggetti coinvolti in *focus – groups* omogenei sottolineava come criticità dell'esperienza il rischio di ambiguità e insicurezza nella costruzione delle relazioni parentali e il timore negli adottanti di pericolose interferenze della famiglia di origine, mentre come punto di forza si evidenziava la più serena accettazione della sua storia da parte del minore e la salvaguardia di esigenze di continuità affettiva. Un ulteriore rischio era quello di strumentalizzazione dell'adozione mite, al fine di pervenire in modo indiretto ad un'adozione piena. Si evidenziava inoltre la necessità, per la riuscita del percorso, di una costante opera di sostegno da parte dei servizi, anche nel post –adozione.

Quanto agli esiti dei casi di adozione mite, si concludeva che nella grande maggioranza dei casi i bambini non mantenevano rapporti con la famiglia di origine, salvo che con i fratelli, per loro scelta. Rispetto agli altri adottati, questi bambini parevano più sereni, anche se, a confronto con minori in adozione chiusa, presentavano una maggiore insicurezza

nell'attaccamento. Solitamente venivano anche meno i rapporti tra la famiglia biologica e quella adottiva.

La sperimentazione barese sull'adozione mite fu oggetto di accese polemiche, essendo stata accusata di aver forzato il dato normativo della legge n. 184/1983, dilatando l'ambito di applicazione dell'istituto, concepito dal legislatore come residuale, dell'adozione in casi particolari. Un profilo di criticità di tale sperimentazione è peraltro ravvisabile nel dato di realtà per il quale le coppie che propongono istanza di adozione sono in generale poco propense ad accettare il mantenimento dei rapporti tra il minore e la famiglia di origine. Sta di fatto che tale sperimentazione ha avuto il merito di anticipare i recenti orientamenti della giurisprudenza nazionale e sovranazionale, seguiti dallo stesso legislatore, che hanno valorizzato il principio della continuità affettiva, così depotenziando, nel senso già descritto, la superata visione dell'adozione fondata sulla cancellazione della storia precedente del minore, ferma restando la valutazione delle peculiarità dei casi concreti.

Alla luce di tale evoluzione, sembra possibile recuperare il patrimonio di esperienza della cosiddetta 'adozione mite', valorizzando esperienze di coordinamento tra tribunale, servizi sociali e privato sociale, al fine di istituire un bacino condiviso di coppie o di persone singole, adeguatamente selezionate e formate, disponibili all'affidamento a lungo termine di minori con una storia personale e relazionale significativa, suscettibile di evolvere in provvedimenti adottivi.

### ***3. Il principio della continuità affettiva nella giurisprudenza sovranazionale.***

Il rigore delle categorie giuridiche va coniugato con il principio della continuità degli affetti, secondo quanto è stato autorevolmente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con sentenza 27 aprile 2010, Moretti e Benedetti c. Italia, relativa a un caso in cui una bimba fu sottratta agli affidatari per essere data in affidamento a fini adottivi ad altra coppia. Essa distingue i casi in cui l'affidamento familiare abbia dato luogo al realizzarsi di relazioni familiari di fatto tra affidatari e minore, tali da integrare una famiglia, da quelli in cui ciò non avvenga. Secondo l'orientamento della Corte, pur escludendosi che possa essere affermato il diritto all'adozione degli affidatari, tuttavia, qualora risulti in concreto che il minore affidato abbia realizzato con i suoi affidatari un valido rapporto familiare, ben può pervenirsi all'accoglimento della domanda di adozione da costoro proposta.

La CEDU configura la nozione di vita familiare di cui all'art. 8 come inclusiva di rapporti di fatto (sentenze Marcks/Belgio e Nyluhd/Finlandia), in particolare in un'ipotesi in cui i ricorrenti avevano vissuto per il tempo apprezzabile di 19 mesi con la bambina, che si era perfettamente inserita nel nucleo familiare. Dal punto di vista procedurale, la Corte osservava che non era stata valutata la domanda di adozione in casi particolari formulata dalla coppia affidataria. Il principio della continuità affettiva e la connessa esperienza dell' 'adozione mite', sono stati valorizzati nella sentenza CEDU del 21 gennaio 2014, Zhou c./ Italia, in un caso di madre in condizioni di disagio psichico, che affidava sistematicamente il figlio ai vicini di casa ritenuti dei servizi non idonei, mentre la stessa era al lavoro, laddove (confronta par. n. 26) si afferma che *“secondo le informazioni fornite dal Governo, diversi tribunali per i minorenni hanno applicato l'articolo 44 d) della legge n. 184 del 1993, oltre ai casi previsti dalla legge (...). La procedura si è conclusa con la condanna dell'Italia, in quanto ... nessuna spiegazione convincente per giustificare la soppressione del legame di filiazione tra la ricorrente e suo figlio è stata fornita dal Governo”* (cfr. par. 59) In senso analogo, cfr. anche la sentenza Todorova c. Italia 13 gennaio 2009, in un caso in cui la madre aveva optato per il parto anonimo, chiedendo tuttavia solo dopo quattro giorni dallo stesso, di riflettere sul riconoscimento, nonché di essere ascoltata dal giudice.

In definitiva, il principio che emerge da questa giurisprudenza della CEDU è quello della pari dignità culturale e giuridica, ai fini della tutela del superiore interesse del minore, dell'adozione piena e chiusa, che comporta l'interruzione dei rapporti giuridici di fatto con la famiglia di origine, e l'adozione semipiena e aperta, che rompe i legami giuridici e mantiene solo i rapporti di fatto con alcuni membri della famiglia di origine. La scelta tra i due modelli di adozione va, dunque, effettuata in concreto, in base a ciò che è meglio per il bambino.

#### ***4. Le riforme in materia di continuità affettiva: la legge n. 173/2015.***

Le riforme ultime in materia di affidamento e di adozione, mirano a dare attuazione all'interesse del minore ad una famiglia fondata su validi legami affettivi, piuttosto che su meri requisiti di tipo formale.

Si segnala che è recentemente entrata in vigore la legge 19 ottobre 2015, n. 173, recante modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, che ha

avuto grande risonanza anche mediatica.

Essa ha inteso introdurre un *favor* verso i legami costruiti in ragione dell'affidamento, avendo cura di specificare che questi hanno rilievo solo ove il rapporto instauratosi abbia di fatto determinato una relazione profonda, proprio sul piano affettivo, tra minore e famiglia affidataria. Il testo prevede una "*corsia preferenziale*" per l'adozione a favore della famiglia affidataria, allorquando - dichiarato lo stato di abbandono del minore – risulti impossibile ricostituire il rapporto del minore con la famiglia d'origine. Condivisibile è l'affermazione secondo cui la legge del 2015 va interpretata anche nel senso che, pur in presenza di una dichiarazione di adottabilità, nel caso in cui il minore sia già in affidamento presso una coppia priva dei requisiti di all'art. 6, potrà procedersi all'adozione in casi particolari. Inoltre, laddove sia dichiarata l'adozione, il tribunale per i minorenni, nel decidere in ordine alla domanda di adozione legittimante presentata dalla famiglia affidataria, deve tenere conto dei legami affettivi "*significativi*" e del rapporto "*stabile e duraturo*" consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria.

In definitiva, tale corsia preferenziale opera soltanto a condizione che la coppia affidataria soddisfi tutti i requisiti per l'adozione legittimante previsti dall'art. 6 della legge n. 184/1983 (stabile rapporto di coppia, idoneità all'adozione e differenza d'età con l'adottato), nonché quando l'affidamento, contrariamente alla natura dell'istituto, si sia sostanziato di fatto in un rapporto stabile e prolungato sul piano anche affettivo tra la famiglia (o la persona) affidataria e il minore.

Il comma 5-ter dell'art. 4 prevede poi, che, nel caso in cui il minore faccia ritorno nella famiglia di origine, sia dichiarato adottabile o sia adottato da famiglia diversa da quella affidataria, sia comunque tutelata, se rispondente all'interesse del minore, la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante il prolungato periodo di affidamento. Ciò vale non solo rispetto alla famiglia tecnicamente affidataria, ma anche rispetto per esempio agli operatori della comunità con cui il minore aveva stabilito rapporti significativi. Al fine di rendere operativa la previsione relativa alla continuità affettiva, pare opportuno che nei provvedimenti possano darsi delle indicazioni sui futuri rapporti tra il minore e i precedenti affidatari, tenuto conto delle concrete indicazioni fornite, oltre che dai servizi, dalle parti del procedimento e dagli stessi affidatari<sup>1</sup>. Qualora vi fossero delle condotte ostative al mantenimento della continuità dei rapporti da parte dei nuovi esercenti la responsabilità

---

<sup>1</sup> Cfr. report *La continuità degli affetti nell'affido familiare*, a cura del Garante Nazionale per l'Infanzia e per l'Adolescenza, diffuso nel corso della tavola rotonda tenutasi a Roma il 22 febbraio 2018.

genitoriale, potranno emettersi provvedimenti restrittivi o limitativi della stessa. In tal senso, pare rilevante una recente pronuncia della Cassazione, che, nello statuire l'obbligatorietà dell'ascolto degli affidatari nella procedura, a pena di nullità, accoglie il motivo di ricorso avverso la sentenza di merito e stigmatizza la mancanza in essa di ogni riferimento agli affidatari ed al ruolo da essi eventualmente svolto in relazione alla minore nel periodo molto lungo di affidamento che si è in concreto determinato. La Corte censura anche la mancanza di ogni valutazione circa il profilo della necessità di mantenere la continuità di rapporti fra minore e affidatari<sup>2</sup>. Ai sensi del comma 5-*quater* il giudice nel decidere deve non solo tenere conto della valutazione dei servizi sociali, ma anche procedere all'ascolto del minore ultradodicesimo e, se capace di discernimento, anche del minore infradodicesimo.

La legge n. 173/2015, nel valorizzare in maniera opportuna – al fine di fugare le prassi distorsive sopra descritte -il principio della continuità affettiva, tuttavia, nel rubricarlo come ‘diritto’ rischia di creare degli equivoci. Esso non può essere visto come un diritto soggettivo assoluto attribuito agli affidatari, che peraltro tecnicamente non hanno la qualifica di parti processuali, ma si configura piuttosto come ‘diritto relazionale’ proprio del soggetto minore e va parametrato unicamente al suo interesse. In definitiva, la posizione degli affidatari rimane comunque subordinata a quella del minore nei confronti del quale hanno svolto o svolgono una funzione di protezione. Ciò vale non solo per gli affidatari, ma anche per altri soggetti che l'ordinamento pone in una posizione di protezione dei minori, come i soggetti meramente collocatari, nella specie anche gli operatori della comunità in cui il minore è stato ospitato.

Conseguentemente, il minore potrà far valere il proprio diritto tramite le figure che lo rappresentano, mentre gli affidatari, non essendo parti processuali, potranno svolgere funzioni di impulso sollecitando il pubblico ministero, oppure proponendo il loro punto di vista mediante il deposito di memorie. Peraltro, proprio in quanto non sono parti processuali in senso tecnico, la facoltà loro attribuita di presentare memorie non può essere intesa come intervento autonomo in senso processuale.

In merito alla disamina del testo normativo, si possono analiticamente individuare le seguenti disposizioni:

---

<sup>2</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 7 giugno 2017, n. 14167.

- L'art. 1 prevede che all'art. 4 l. 4 maggio 1983, n. 184, e successive modificazioni, dopo il comma 5 sia inserito il 5-bis. *“Qualora, durante un prolungato periodo di affidamento, il minore sia dichiarato adottabile ai sensi delle disposizioni del capo II del titolo II e qualora, sussistendo i requisiti previsti dall'articolo 6, la famiglia affidataria chieda di poterlo adottare, 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”*.

Tale disposizione sembra contemplare l'ipotesi, di frequente verificaione, in cui l'affidamento abbia luogo in situazioni di difficoltà non transitorie, suscettibili di sfociare in stato di abbandono. Si è discusso sul significato della dicitura 'prolungato' che, nel corso dei lavori preparatori, qualcuno ha proposto di eliminare in quanto equivoca. Si è ritenuto, coordinando la norma con l'art. 4 della legge n. 184/83, che essa faccia riferimento all'affidamento prorogato oltre il biennio. Tuttavia, in questo contesto, pare opportuno non irrigidire la possibilità di trasformazione dell'affidamento in adozione, allorché anche nell'ambito di un affidamento di durata inferiore si sia consolidato un legame affettivo da salvaguardare.

Può inoltre ingenerare qualche equivoco l'espressione 'durante', che sembrerebbe escludere a parere di alcuni la possibilità di applicare la norma, nell'ipotesi in cui fosse momentaneamente cessato (ad esempio a seguito di un rientro in famiglia) il rapporto di affidamento familiare al momento della dichiarazione di adottabilità, sicché in tal caso gli affidatari dovrebbero fare istanza ai sensi dell'art. 44 lett. a o d)<sup>3</sup>. Questa interpretazione sembra non collimare con la previsione del comma 5 *ter*, in cui il principio di tutela della continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi con l'affidamento viene ricondotto esclusivamente ai casi in cui il minore sia definitivamente rientrato in famiglia, ovvero sia stato affidato o adottato da un'altra famiglia. La norma pare dunque non limitare in alcun modo, qualora rispondente all'interesse del minore, la possibilità di accesso degli affidatari all'adozione anche legittimante.

In verità, nella prassi si verificano molteplici casi di questo tipo, sicché, in assenza di ricorso del PM per la dichiarazione di adottabilità, e non potendosi ricorrere allo strumento dell'art. 10 l.n. 184/1983, si anticipano già in questa fase le comparazioni, anche in vista di un'adozione *ex art.* 44 l.n. 184/1983.

---

<sup>3</sup> MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'adozione da parte degli affidatari dopo la l. n. 173/2015*, in *Fam. e dir.* n. 6/2017, 602

La legge contempla l'ipotesi in cui l'affidamento duraturo sfoci in adozione legittimante, anche nella forma di adozione aperta, ossia che preveda il mantenimento di rapporti di fatto con la famiglia di origine (passerella dall'affidamento all'adozione, già praticata prima dell'entrata in vigore della legge, ora codificata). L'espressione 'tiene conto', pur non codificando un vero e proprio diritto di prelazione, in quanto bisogna sempre considerare le variabili che in concreto possono intervenire nella valutazione dell'interesse del minore, tuttavia di fatto implica che il giudice, sempre nel rispetto dell'interesse del minore e salvo che in concreto risulti che quella relazione non sia confacente al suo benessere, debba attribuire una valutazione privilegiata alla continuità e stabilità dei legami affettivi instaurati con la famiglia affidataria; inoltre, la scelta di altra famiglia imporrebbe comunque il mantenimento dei rapporti con la famiglia affidataria, qualora si sia stabilito un legame significativo con il minore. È stato osservato che la norma ripropone la stessa valutazione prevista dall'art. 12 rispetto ai parenti entro il quarto grado che abbiano 'rapporti significativi con il minore'. In presenza di tale positiva significatività di rapporti con gli affidatari, al fine della pronuncia di un'adozione in loro favore, si discute se si renda necessaria una nuova comparazione con altre coppie<sup>4</sup>.

Non appare invece condivisibile una interpretazione eccessivamente deterministica, che interpreti la norma come fondativa di un vero e proprio automatismo tra domanda degli affidatari e provvedimenti del tribunale per i minorenni. Ben può il tribunale ritenere che sia conforme al concreto interesse del minore selezionare una coppia diversa dalla coppia affidataria. Non è comunque elemento ostativo alla 'passerella' tra affidamento e adozione la presenza di pregressi rapporti tra la famiglia affidataria e la famiglia di origine, attesi gli orientamenti evolutivi relativi alla cosiddetta 'adozione aperta'.

Secondo una prima interpretazione di tali disposizioni, detta norma sembra dare avallo a una prassi già ampiamente diffusa di anticipazione delle comparazioni nell'affidamento a cosiddetto rischio giuridico, o di selezionare la famiglia potenzialmente idonea all'adozione già in fase di affidamento familiare, qualora si delinei una prognosi di non rientro del minore in ambiente familiare. Meno praticabile, per le ragioni già

---

<sup>4</sup> In tal senso cfr. FIGONE, *Modifiche alla disciplina dell'affidamento familiare, positive e condivisibili*, in *www.Ilfamiliarista.it*, *contra*, più condivisibilmente, MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*: non si tratta di cercare la coppia in astratto più idonea a salvaguardare l'interesse del minore, ma di valutare se l'interesse del minore è salvaguardato dalla positiva prosecuzione, in chiave adottiva, del rapporto con gli affidatari.

espresse, è l'opinione che richiede invece che ci si orienti in prima battuta verso famiglie con figli e pregresse esperienze adottive, dovendosi peraltro porre una parallela procedura di selezione dell'idoneità di queste coppie anche a fini adottivi da parte dei servizi sociali, strada che più propriamente dovrebbe sfociare nell'adozione in casi particolari<sup>5</sup>.

- Il nuovo comma 5 *quater* prevede che il giudice, ai fini delle anzidette decisioni, tenga conto anche delle valutazioni documentate dei servizi sociali, che vengono considerati come soggetti privilegiati rispetto alla conoscenza della situazione del minorenne e dell'andamento dell'affidamento familiare. Il tribunale potrà avvalersi dunque dell'opera dei servizi sociali per la valutazione della significatività dei rapporti fra gli affidatari e il minore. È inoltre previsto che debba essere ascoltato il minore che abbia compiuto i 12 anni o di età inferiore, se capace di discernimento, e ciò sia per acquisire l'opinione del minore, che per dare ingresso nel procedimento a elementi conoscitivi e informazioni.
- L'art. 2 interviene sul comma 1 dell'art. 5 l. n. 184/1983, che riguarda i diritti e doveri dell'affidatario, garantendo alla famiglia o alla persona cui sia stato affidato il minore la sua partecipazione - posto che si concorda che non possa considerarsi parte in senso tecnico - ai procedimenti che riguardano il minore. Più in particolare la norma impone l'obbligo, a pena di nullità, di convocare l'affidatario in tutti i procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato, riconoscendogli nel contempo la facoltà di presentare memorie nell'interesse del minore. Invero, l'obbligo di sentire l'affidatario è già normativamente previsto nell'ambito della procedura di adottabilità; ma la legge del 2015 lo estende a tutti i procedimenti che riguardano il minore, compresi anche quelli di volontaria giurisdizione, nonché relativi all'affidamento del minore nell'ambito della separazione tra genitori, anche non coniugati. E' controversa l'equiparazione all'affidatario anche del collocatario, in caso di affidamento al servizio sociale. Nell'ottica di una quanto più completa possibile acquisizione di informazioni relative al minore, pare condivisibile l'opportunità di sentire sempre la persona con cui il minore vive, compresi naturalmente anche operatori delle comunità.

La questione interpretativa di fondo posta dalla norma è dunque – come anticipato - quella se considerare l'affidatario parte del procedimento. Appare assolutamente prevalente l'opinione negativa, che è stata consacrata dalla Cassazione<sup>6</sup>. D'altra parte, lo stesso utilizzo di

---

<sup>5</sup> Cfr. report Garante, cit.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. civ. sez. I, 9 ottobre 2017, n. 23574.

un'espressione atecnica come quella di 'convocazione' sembra far propendere per questa impostazione, non volendosi conferire agli affidatari una 'posizione forte' nel procedimento, ma soltanto ancillare rispetto alla concreta valutazione tutela dell'interesse del minore. L'altra prerogativa attribuita ai medesimi nel corso del procedimento è la possibilità di presentare memorie -tale previsione espressa viene vista come sintomatica dell'assenza di qualità di parte dei medesimi -, che di per sè non implica alcuna costituzione in giudizio, né l'obbligo del giudice di pronunciarsi sulle domande poste dai medesimi, se non quello di valutare la loro posizione in funzione della tutela dell'interesse del minore, anche attraverso la pronuncia di provvedimenti adottivi. Resta comunque fermo che essi non hanno una funzione di rappresentanza dell'interesse del minore, funzione che invece svolta dal pubblico ministero, dal tutore e dal curatore speciale del minore. Conseguentemente, si ritiene che non possano far valere la nullità per mancata convocazione, e la Cassazione ha stabilito che non sono legittimati ad impugnare la sentenza che statuisce sulla adottabilità, né hanno diritto di accesso agli atti processuali. Neppure hanno l'obbligo di munirsi di difesa tecnica, pur potendosi fare assistere da un difensore di fiducia.

- Opportuna appare comunque la previsione che l'ascolto dell'affidatario debba avvenire a pena di nullità, in considerazione di una prassi che ometteva talvolta tale incombenza, e in considerazione del fatto che spesso le istanze degli affidatari non venivano neppure valutate. Si ritiene comunque che si tratti di nullità sanabili in secondo grado di giudizio. L'art. 3 introduce un ulteriore comma, il comma 1-*bis*, nell'art. 25 della legge del 1983. La nuova disposizione prevede che le norme di cui al comma 1 dell'art. 25 in tema di adozione, trovino applicazione anche nell'ipotesi di 'prolungato' periodo di affidamento. In tali casi, l'affidamento rappresenta un titolo preferenziale per l'affidamento preadottivo, ma il periodo di affidamento non si computa ai fini del compimento del periodo di affidamento preadottivo. Tale previsione appare piuttosto rigida, mentre sarebbe stato più opportuno demandare alle tribunale una valutazione caso per caso del computo del periodo di affidamento ai fini dell'affidamento preadottivo.
- L'art. 4, infine, risolve i dubbi giurisprudenziali sorti in relazione all'articolo 44, cpv lett. a) della legge del 1983, nella parte in cui fa riferimento all'"adozione in casi particolari", nell'ipotesi di minore rimasto orfano, rendendo possibile l'adozione in favore degli affidatari. Il testo, nel confermare la linea interpretativa favorevole a considerare positivamente i legami costruiti in ragione dell'affidamento, specifica che

essi hanno rilievo solo ove il rapporto che si sia instaurato in ragione del protrarsi anomalo del periodo di affidamento, abbia di fatto creato una speciale relazione affettiva tra il minore e la famiglia affidataria. Lascia tuttavia perplessi la previsione per cui l'anzidetta trasformazione in adozione in casi particolari possa avvenire nella sola ipotesi di cui alla lett. a). Sembra più naturale il collegamento con la più ampia formula della lett. d), essendo d'altra parte ampiamente affermata dalla giurisprudenza minorile la possibilità di passaggio dall'affidamento all'adozione in casi particolari. Per quanto la formulazione normativa sia monca, non sembra tuttavia che possa dare adito al paventato timore relativo a una presunta limitazione della facoltà degli affidatari di adottare in casi particolari, fatta salva l'ipotesi dell'intervenuta orfanità. Un'interpretazione limitativa sarebbe invero palesemente contrastante con lo spirito della legge, che è quello di valorizzare la continuità dei legami validamente costituiti. Piuttosto, la reticenza del legislatore demanda tale valutazione al prudente apprezzamento del giudice, con un implicito monito a scoraggiare prassi, purtroppo a volte poste in essere con la complicità dei servizi sociali, di utilizzare l'affidamento familiare come un modo per aggirare i limiti previsti dalla legge sull'adozione.

Per contro, appare conforme allo spirito della legge, particolarmente rispetto a coppie che non abbiano i requisiti di cui all'art. 6, la trasformazione dell'affidamento familiare in adozione in casi particolari, ovvero - come alla base della sperimentazione sull'adozione mite - la prassi, fondata sulla logica del consenso, di mantenimento di significativi rapporti del minore con la famiglia di origine, pur non essendo la relazione con quest'ultima espressamente disciplinata dalla legge del 2015. Rimane dunque possibile il passaggio all'adozione in casi particolari, anche se l'affidamento familiare a una coppia non avente requisiti di cui all'art. 6 o a un singolo sia già in corso quando il minore sia dichiarato adottabile, così dovendosi reinterpretare il disposto contenuto nell'art. 44 *‘anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 7’*.

##### ***5. Le prime applicazioni giurisprudenziali e valutazioni sulla nuova legge.***

Secondo le prime applicazioni giurisprudenziali, la finalità della legge n. 173/2015 è quella di preservare *“il diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare”* sancendo, in tale direzione, anche una sorta di preferenza nel caso di procedimento adottivo, in favore delle famiglie che hanno instaurato con il fanciullo un *“legame significativo affettivo”*: solo ove sussista tale legame opera il

novellato art. 5 l. n. 184/1983, mentre in caso di affidamento all'ente - quando il tribunale quindi applica una limitazione della responsabilità genitoriale, ma non instaura un legame affettivo tra l'ente e il minore – il Tribunale non è tenuto alla convocazione dell'affidatario o del collocatario<sup>7</sup>.

La Corte appello Milano, sez. fam., 19 luglio 2016, ha stabilito che nel giudizio d'appello sull'adottabilità del minore, deve essere disposta l'audizione degli affidatari, stante la previsione di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 183 del 1984 (come modificato dall'art. 1, comma 2, della l. n. 173 del 2015), norma che ha natura processuale e che, come tale, trova applicazione anche per i processi in corso, non essendo sufficiente che l'audizione predetta sia già stata effettuata in primo grado<sup>8</sup>, conclusosi con il riconoscimento dell'importanza del ruolo assunto dagli affidatari nell'ambito dello sviluppo psico-fisico del minore, con la creazione di punti di riferimento di natura affettiva e relazionale. Gli affidatari, anche a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 173/2015, non possono essere considerati parti nel procedimento di adottabilità, ma possono spiegare esclusivamente un intervento adesivo dipendente nell'interesse del minore. Tale conclusione trova conferma sia nel fatto che gli affidatari non sono compresi né fra i soggetti che debbono essere avvertiti dell'apertura del procedimento (cfr. art. 10 della legge n. 184/83) né tra quelli ai quali deve essere notificata la sentenza che pronuncia lo stato di adottabilità, sia nella previsione della loro "convocazione" e della facoltà di presentare memorie scritte nell'interesse del minore, previsione che sarebbe del tutto superflua se fossero parti del procedimento. Inoltre, gli affidatari non sono menzionati fra i soggetti ai quali deve essere notificata la sentenza che dichiara lo stato di adottabilità.

Tale conclusione, peraltro, pare trovare riscontro nei lavori parlamentari di discussione del disegno di legge, che hanno condotto alle modifiche della legge n. 184/1983, ed in particolare in essi si segnala che non è l'effettiva presenza in udienza dell'affidatario ad essere richiesta sotto pena di nullità, ma soltanto la sua convocazione in quanto soggetto interessato al procedimento cui, tuttavia, non si può concedere una posizione eccessivamente forte e rigida. Viene dunque esclusa la sua

---

<sup>7</sup> Cfr. Trib. Milano, sez. IX, 26 novembre 2015.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 7 giugno 2017, n. 14167 e 9 ottobre 2017, n. 23574, nella quale ultima si dice che *'pur non assumendo gli affidatari la qualità di parte, la loro convocazione, cui si associa, in una sorta di ibridazione processuale, la facoltà di presentare memorie, costituisce il punto di approdo di un lungo percorso (già Cass. 13 aprile 1987, n. 3679), che, pur in assenza di un obbligo di convocazione, affermava la necessità di prendere in considerazione, nell'interesse del minore, la situazione presso gli affidatari'*.

legittimazione ad impugnare al limitato fine di far valere la nullità e di sanare, in appello, il vizio procedurale costituito dalla loro omessa convocazione.

La legge del 2015 per buona parte consacra acquisizioni già in atto nella prassi operativa dei tribunali per i minorenni. Tuttavia, essa ha posto fine a prassi diversificate relativamente ai rapporti fra affidamento e adozione, che sottendevano diverse concezioni sulla funzione dell'adozione come seconda nascita, piuttosto che come salvaguardia della storia di vita del minore e del suo patrimonio relazionale. Il suo maggiore merito è stato quindi quello di stabilire il principio della continuità degli affetti come linea - guida per concreto operato dei giudici nella costruzione del progetto di vita per il minore. La legge n. 173/2015 presenta comunque le lacune evidenziate e, peraltro, è stata anche criticata sotto il profilo della mancata innovazione della disciplina sui poteri e doveri degli affidatari *ex art. 5* legge n. 184/1983, e per non avere posto sufficiente chiarezza con riferimento all'adozione in casi particolari, specialmente la lett. d), *self-restraint* del legislatore probabilmente riconducibile al tormentato dibattito sulle unioni civili e sulla *stepchild adoption*.

In definitiva, in materia di affidamento e adozione, si manifesta particolare attenzione alle complesse e delicate istanze che si muovono nella società civile, che da un lato mirano a garantire pienamente l'interesse del minore al riconoscimento di uno *status* di filiazione, certamente inficiato da discutibili inerzie nel prolungare affidamenti *sine die* in assenza di alcuna progettualità; e dall'altro, tuttavia, rendono ineludibile un'attenta considerazione della molteplicità e complessità dei modelli familiari. Appare dunque inadeguata l'univocità di un modello di adozione, nella sua principale declinazione come 'legittimante', cui debba necessariamente conseguire l'interruzione dei rapporti con la famiglia di origine.

**6. Recenti pronunce della Cassazione in tema di adottabilità: rimangono fermi i consolidati paletti giurisprudenziali sullo stato di abbandono.**

A conclusione di tale disamina, non può non farsi riferimento a due recenti pronunce della Suprema Corte in tema di adottabilità, entrambe emesse in vicende che hanno suscitato notevole clamore mediatico.

La sentenza Cass. civ. sez. I, 19 gennaio 2018, n. 1431 ha confermato in via definitiva la sentenza di adottabilità riguardante un minore, i cui genitori sono stati condannati a severe pene detentive, per

avere cagionato lesioni gravissime e permanenti, a seguito del lancio di acido corrosivo sul volto, in conseguenza di comportamenti da inserirsi nell'ambito di un complesso rapporto sentimentale, caratterizzato da *'tensione intersoggettiva perversa'*, conseguente a disturbi della personalità da cui erano affetti entrambi i partner. La donna si era infatti determinata a compiere le riferite aggressioni nei confronti delle vittime con le quali in passato aveva avuto rapporti sessuali, assecondando le richieste del proprio compagno e per dimostrargli di essere pentita e pronta a iniziare una nuova vita con lui e il loro figlio che già portava in grembo.

Al di là della peculiarità della vicenda umana, l'*iter* motivazionale della pronuncia conferma le acquisizioni ermeneutiche consolidate in tema di stato di abbandono, in particolare a fronte di genitori affetti da anomalie psichiche, nonché in stato di lunga detenzione.

Nell'ottica di una valutazione del pregiudizio subito dal minore, la Cassazione ribadisce che lo stato di abbandono che giustifica la dichiarazione di adottabilità di un minore, presuppone l'individuazione, all'esito di un rigoroso accertamento, di carenze materiali ed affettive di tale rilevanza da integrare di per sé una situazione di pregiudizio per il minore, tenuto anche conto dell'esigenza primaria che questi cresca nella famiglia di origine, esigenza che non può essere sacrificata per la semplice inadeguatezza dell'assistenza o degli atteggiamenti psicologici e/o educativi dei genitori.

Quanto alle alterazioni psichiche dei genitori, il "diritto alla genitorialità" anche per i pazienti psichiatrici è stato un tema assai dibattuto a partire quanto meno dagli anni settanta, allorché esso si impose quale elemento essenziale delle nuove concezioni non custodialistiche dell'intervento sulla patologia mentale, oltre che come comprensibile reazione ad una tendenza, precedentemente piuttosto diffusa, per la quale alterazioni anche minime rispetto ad una spesso ipotetica "normalità" portavano ad allontanare dai genitori (ed in particolare dalle madri nubili) minori in tenera età. Ne è nato un opposto atteggiamento che potremmo definire della "famiglia a ogni costo", evidenziatosi in taluni casi di figli di pazienti psichiatrici, nei cui confronti i servizi di salute mentale hanno ormai abbandonato la speranza di una guarigione, orientandosi verso un affiancamento a lungo termine che ne contenga le fasi di recrudescenza. Per gli operatori di tali servizi, almeno fino a poco tempo fa, il problema dell'adeguatezza o meno del loro paziente ai compiti parentali non si poneva in maniera perentoria, ed anzi si faceva strada quello che è stato acutamente definito il concetto di *"figlio terapeutico"*, vale a dire il

legame affettivo idoneo a contenere le pulsioni maggiormente ingovernabili dell'assistito. Assai raramente si riteneva necessario segnalare ai servizi per i minori la presenza di comportamenti dannosi per i bambini, i quali rischiavano viceversa di essere utilizzati dagli operatori della salute mentale come elementi di stabilizzazione dello stato di compenso, più o meno precario, raggiunto dai loro pazienti. Così avveniva frequentemente, e talora avviene ancora, che alcuni bambini venivano mantenuti in famiglie con uno o entrambi i genitori affetti da seria patologia psichica, senza chiedersi fino a che punto questo potesse nuocere .

La giurisprudenza ha a tale proposito affermato che, ai fini della dichiarazione di adottabilità, non basta che risultino insufficienze o malattie mentali dei genitori, anche a carattere permanente, essendo in ogni caso necessario accertare se, in ragione di tali patologie, il genitore sia realmente inidoneo ad assumere e conservare piena consapevolezza dei propri compiti e delle proprie responsabilità e ad offrire al minore quel minimo di cure materiali, calore affettivo e aiuto psicologico indispensabili per un'equilibrata e sana crescita psico-fisica<sup>9</sup>.

Altro versante affrontato dalla sentenza, in senso conforme con il consolidato orientamento maturato, è quello del lungo stato di detenzione del genitore, che non può considerarsi causa di forza maggiore di natura transitoria, per quanto sia fisiologicamente destinato a terminare, in quanto non costituisce una situazione fortuita, non imputabile al soggetto<sup>10</sup>. Il negativo effetto dello stato di detenzione sulla capacità genitoriale nel caso di specie è riconducibile alla lunga durata della detenzione, in rapporto con la tenera età del minore, che induce ad escludere che possa essere garantito al bambino uno sviluppo psicofisico sereno ed equilibrato negli anni più delicati della crescita.

Con riferimento al tema della continuità affettiva e relazionale rispetto ai componenti della famiglia allargata, e in particolare ai nonni materni e paterni, la Cassazione ha pure escluso l'idoneità dei medesimi, in considerazione della *“mancanza di un atteggiamento critico e di distacco dai comportamenti delittuosi dei figli”* e di tratti di fragilità emotiva di tipo narcisistico emersi nel corso delle consulenze tecniche. Tali valutazioni, unitamente alla considerazione per cui il permanere del minore nella famiglia di origine lo avrebbe costretto a confrontarsi continuamente con la drammatica storia familiare dei genitori, sono state ritenute incensurabili in sede di legittimità.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 aprile 2006, n. 6527.

<sup>10</sup> Cfr. Cass. civ., sez. VI, 9 novembre 2017, n. 26624.

Più complesso è stato l'*iter* affrontato da Cass. civ. sez. I, 14 febbraio 2018, n. 3594, nella nota vicenda dei 'genitori anziani'. La peculiarità processuale di tale tormentata vicenda è costituita dal fatto che la Corte di Cassazione aveva precedentemente accolto un ricorso per revocazione avverso la precedente pronuncia di adottabilità, e che in sede rescissoria la Corte d'Appello, con la sentenza impugnata, aveva confermato l'adottabilità. La sentenza Cass. civ., sez. I, n.3594/2018, nell'affermare l'autonomia delle valutazioni riguardo all'adottabilità rispetto alla pronuncia adottiva ormai divenuta definitiva, conferma pienamente l'*iter* motivazionale seguito dalla corte d'appello, che si è basato sulla valutazione di una pluralità di elementi, a fondamento di un giudizio di grave e irrecuperabile incapacità genitoriale dei ricorrenti, non riconducibile esclusivamente nè all'età avanzata dei medesimi, né all'episodio oggetto di pronuncia assolutoria in sede penale, che comunque poteva considerarsi *“una spia di una complessiva mancata consapevolezza delle esigenze della minore, di una mancata ‘mentalizzazione’ della bambina e dei suoi bisogni”*. La Cassazione ha ritenuto esaustive ed esenti da censura le valutazioni, rinvenienti da due consulenze tecniche psicologiche, da cui risultava che, pur non presentando i ricorrenti caratteristiche di emarginazione sociale, culturale ed economica, e pur essendovi stato un atteggiamento collaborativo con i servizi, era stata riscontrata *“una complessiva incapacità non emendabile di comprendere quali siano i bisogni emotivo -affettivi pratici del minore, risultando il padre totalmente dipendente dalle aspettative e desideri della moglie e quest'ultima chiusa in un processo narcisistico che le impedisce di percepire la minore come un investimento affettivo”*.

Al di là queste valutazioni tecniche, la Suprema Corte mostra di tenere in primaria considerazione l'interesse della minore a una stabilità emotiva e relazionale, non mancando di osservare che la stessa aveva consolidato nel tempo un positivo rapporto con la coppia da cui era stata adottata, e che la rescissione dell'attuale legame con la medesima le avrebbe cagionato un gravissimo effetto traumatico, a fronte della ricostruzione di un rapporto non più esistente, ma vissuto per un tempo molto breve, con gravi difficoltà, sicché -argomenta ancora la Corte – *“un rientro presso i genitori biologici sarebbe molto rischioso, in quanto la modificazione degli attuali punti di riferimento affettivo, determinerebbe un disagio evolutivo grave della minore”*.

Alla luce di quest'ultima giurisprudenza, con riferimento al parametro della continuità affettiva, può ancora osservarsi che le modifiche apportate alla legge n. 183/1984 dalla legge n. 173/2015, non

hanno scalfito l'impianto complessivo della legge fondamentale, avendo avuto tuttavia il merito di smussarne le rigidità. Il proclamato principio della continuità affettiva, letto in correlazione con il pilastro dell'interesse del minore, costituisce il faro che deve illuminare l'operatore, orientando innanzitutto le valutazioni connesse alla sussistenza dello stato di abbandono del minore, quando vi siano carenze genitoriali gravi e inemendabili sia nei genitori che nella famiglia allargata, sicché si rende necessario attribuire allo stesso un nuovo contesto parentale e familiare di riferimento. In presenza invece di un universo affettivo e familiare più complesso, in cui il minore mantenga dei validi rapporti affettivi con i genitori o familiari per lui significativi, ovvero abbia consolidato delle relazioni affettive stabili con gli affidatari, l'autorità giudiziaria ne dovrà tenere conto, al fine di adeguare alle sue concrete esigenze il progetto di vita da tradurre nelle decisioni più idonei, utilizzando il più ricco armamentario provvedimentale che si è andato formando attraverso la prassi la riflessione giurisprudenziale interna e sovranazionale, come recepita nell'intervento normativo illustrato.

*\* Intervento nella tavola rotonda sulla continuità affettiva presso l'Autorità Garante dell'Infanzia, tenuta a Roma in data 22 febbraio 2018.*