

## **ADOZIONE LEGITTIMANTE E ADOZIONE MITE, AFFIDAMENTO FAMILIARE E NOVITÀ PROCESSUALI**

MASSIMO DOGLIOTTI \*

*Relazione tenuta al Convegno nazionale promosso dalla Regione Piemonte su "Affido: legami per crescere. Realtà, esperienze e scenari futuri", Torino, 21-22 febbraio 2008.*

1. Dopo tanti anni di rinvii è divenuta finalmente operativa, anche per la parte processuale, la riforma della legge n. 149/2001. Ritengo che le novità introdotte da questa legge, cui accennerò brevemente, incidano profondamente sul processo dell'adozione legittimante, ovvero l'adozione **forte**, se vogliamo chiamarla così rispetto all'adozione **mite** di cui oggi si parla molto e a cui farò qualche riferimento nella parte finale della mia relazione. Non credo, tuttavia, che queste novità possano influenzare, se non indirettamente, gli altri procedimenti previsti dalla legge 184/1983, e cioè l'affidamento e l'adozione in casi particolari, che rimangono procedure camerali, laddove il procedimento di adozione legittimante accentua sempre più il carattere contenzioso, in cui vi sono parti che si avvalgono di una difesa tecnica, secondo il principio del contraddittorio.

Quali sono queste novità? Esse sono assai rilevanti e, per una serie di ragioni soprattutto legate al fatto che non erano state predisposte norme di attuazione, sono state via via rinviate fino al mancato rinvio del luglio 2007 (non è ben chiaro se ciò sia accaduto per dimenticanza o perché si riteneva che non dovessero più esservi rinvii); comunque le norme di attuazione non c'erano, non ci sono ancora, si stanno elaborando, chissà quando entreranno in vigore, se verranno approvate.

Il procedimento di adozione legittimante presentava due fasi: una di tipo camerale, ed una, eventuale – l'opposizione al decreto di adottabilità – che aveva invece carattere contenzioso, con presenza delle parti, rispetto del principio del contraddittorio, difesa tecnica, ecc. Oggi invece tutto il procedimento, fin dall'inizio, ha queste caratteristiche (prima, come si diceva, soltanto limitate al procedimento di opposizione al decreto di adottabilità).

Uno degli aspetti più caratterizzanti del procedimento era proprio l'**officiosità**: il Tribunale per i minorenni provvedeva d'ufficio, benché in genere su segnalazione di diversi soggetti, ad aprire la procedura di adottabilità: oggi ciò non avviene più e il giudice minorile apre la procedura di adottabilità a seguito di un ricorso del Pubblico Ministero minorile, e tutte le segnalazioni richieste, ogni consuetudine di rapporto, dovranno effettuarsi con il Pubblico Ministero.

Il Tribunale per i minorenni diventa in qualche modo giudice "terzo", che interviene successivamente, a seguito di un ricorso del Pubblico Ministero, da cui partirà dunque la procedura adozionale.

I servizi quindi dovranno abbandonare la consolidata prassi di vedere l'organo giudiziario del Tribunale per i minorenni come proprio referente, per cui segnalazioni, colloqui, ecc. venivano effettuati presso il giudice minorile direttamente; con l'entrata in vigore di queste disposizioni ciò non dovrà più accadere, perché referente dei servizi diventa il Pubblico Ministero minorile.

Un altro aspetto estremamente rilevante, che ha provocato vari problemi (ma che qui non si possono affrontare perché non interessa direttamente la problematica dell'affidamento), è quello della presenza dei difensori e della nomina di un difensore d'ufficio nel caso in cui le parti, i genitori di origine, o i parenti, non vi provvedano. L'ultimo comma dell'articolo 8, disposizione fondamentale nell'ambito della legge n. 184/1983, facendo riferimento alla dichiarazione di adottabilità, novellata dalla riforma del 2001, precisa che fin dall'inizio deve esservi l'assistenza legale dei genitori e del minore.

La norma successiva (articolo 11) è assai ambigua, perché prevede la nomina di un difensore d'ufficio, nel caso in cui i genitori non vi provvedano; non chiarisce però, nello

stesso modo, circa la nomina di un difensore del minore: successivamente tratta del curatore del minore (che esisteva già come rappresentante del fanciullo nel procedimento di opposizione alla dichiarazione di adottabilità). Credo, però, che l'affermazione dell'articolo 8 sia molto netta in questo senso: assistenza legale dei genitori e del minore fin dall'inizio. Per il minore sarà un curatore che potrà sommare la posizione di rappresentante e di difensore, ma potrebbe essere anche un curatore che a sua volta poi nominerà un difensore.

L'altro dato problematico è il seguente: tali difensori da chi verranno pagati? Visto che non c'è ancora, purtroppo, una norma specifica di attuazione a questo riguardo, si pone un grave problema che, come dicevo, è quello che ha ritardato notevolmente l'entrata in vigore di questa innovativa disposizione. Si applica la disciplina dei difensori d'ufficio del procedimento penale, ovvero quella del patrocinio a spese dello Stato? Sono tutte questioni che devono essere affrontate e speriamo che il legislatore intervenga dando un'indicazione di chiarezza. Ma anche questo, che pure è un problema molto grave, non viene in questa sede affrontato perché non interessa direttamente la procedura dell'affidamento. Ci sono poi altre questioni come la possibilità delle parti, attraverso il difensore, di esaminare tutti gli atti del procedimento, ma a questo punto mi fermerai.

2. Il discorso che potrebbe interessare la procedura dell'affidamento è un altro, e si tratta di un profilo che non è stato particolarmente considerato. Nella riforma della legge 184/1983 del 2001 è stato anche modificato l'articolo 336 del Codice civile, riguardante i procedimenti di decadenza e limitazione della potestà (anch'esso non operativo fino al luglio scorso quando è terminata quella sequela di rinvii, cui ho prima accennato). L'articolo 336 del Codice civile prevede appunto, in parallelismo con la disciplina dell'adozione, che *«i genitori e il minore sono assistiti da un difensore nella procedura»*. In materia di affidamento familiare, come in molte parti della suddetta legge, si fa riferimento agli articoli 330 e seguenti del Codice civile, sicuramente applicabile anche alla disciplina dell'affidamento familiare. Si è finora interpretato l'articolo 336, novellato, in senso riduttivo, precisandosi che non sarebbe comunque necessario nominare un difensore d'ufficio perché tale nomina non è prevista esplicitamente dalla norma, mentre lo è invece nel procedimento di adozione. Questa tendenza non mi trova per nulla d'accordo, perché credo che comunque l'indicazione di nomina emerga anche dall'art. 336, e quindi faccia riferimento anche alla procedura dell'affidamento familiare.

Le nuove disposizioni della riforma della legge n.184/1983 introdotta nel 2001 non hanno peraltro modificato dal punto di vista processuale il procedimento dell'affidamento, che continua ad essere gestito direttamente dal servizio sociale. Credo che sia giusto così: l'affidamento è una forma tra le più rilevanti e più incisive di aiuto e sostegno alla famiglia d'origine, che evidentemente fa capo in vario modo alle competenze dei servizi locali, con il controllo esterno del giudice tutelare, che rende esecutivo il provvedimento, quando è presente l'assenso dei genitori.

Nel caso in cui l'assenso dei genitori non vi sia, che cosa dice la norma? Essa precisa che in mancanza di assenso, provvede il Tribunale per i minorenni e si applicano gli articoli 330, 333 e seguenti del Codice civile. Un'indicazione molto sibillina. Non credo però che le nuove norme processuali, quelle che, per esempio, fanno del Pubblico Ministero il vero diretto referente del servizio sociale, abbiano forza di applicazione diretta anche all'affidamento familiare. Avrebbe dovuto dirlo esplicitamente il legislatore; invece ha collocato questa nuova procedura proprio nell'ambito dell'adozione legittimante che, come dicevo prima, fin dall'inizio, non è più **ufficiosa**, non si apre d'ufficio, ha un preciso carattere contenzioso. A mio parere siamo davanti ad una contraddizione, perché da un lato c'è ancora questa procedura **ufficiosa**, del Tribunale per i minorenni, se non c'è l'assenso dei genitori all'azione dei servizi, e poi invece si applicheranno gli articoli 330, 333 e seguenti del Codice civile e lì si dovrà operare quella norma particolare cui ho fatto riferimento, e cioè i soggetti della procedura, i genitori e il minore, dovranno essere rappresentati. Questa contraddizione andrebbe forse superata, magari con un piccolo intervento legislativo; **non credo che l'interpretazione possa superarlo, sostenendo che si tratta di un principio generale – quello per cui il giudice minorile non può provvedere d'ufficio – e che dunque anche in questo caso, dovrebbe intervenire il Pubblico Ministero, con un ricorso**; mi sembra un po' forzato e azzardato interpretare in questo senso.

Allo stesso modo sicuramente non è cambiato nulla processualmente per quel che riguarda l'adozione in casi particolari, quella che viene utilizzata oggi da qualcuno, soprattutto con riferimento alla lettera d) dell'articolo 44, per realizzare la cosiddetta adozione mite. Qui, come sappiamo, abbiamo un procedimento assolutamente camerale, nell'ambito del quale prestano il loro libero consenso adottante e adottando; se l'adottando ha meno di 14 anni, dà il consenso il legale rappresentante, anche se, a seguito di una pronuncia della Corte costituzionale (Corte costituzionale 18 febbraio 1988, n. 182) non è strettamente necessario il suo consenso, ma soltanto la sua audizione, e nel caso in cui il consenso del legale rappresentante fosse rifiutato, si potrebbe comunque provvedere all'adozione: il consenso viene dato dal legale rappresentante in nome e per conto del minore, che essendo inferiore a 14 anni, non lo può evidentemente prestare. D'altra parte, come è noto, c'è anche l'assenso: questo, si dice, viene dato dal coniuge dell'adottando (ipotesi rarissima: ormai il matrimonio del minore è molto circoscritto) ma soprattutto dai genitori dell'adottando. L'assenso viene dato dai genitori dell'adottando *iure proprio*, e non in quanto rappresentanti del minore (potrebbe dunque esservi un'ipotesi per cui lo stesso genitore deve prestare il consenso in quanto rappresentante legale del minore e l'assenso *iure proprio*, in quanto genitore). La disciplina dell'assenso non è stata modificata dalla Corte costituzionale, dunque se i genitori di origine esercenti la potestà sono contrari all'adozione, non si potrà far luogo ad essa.

3. Vorrei affrontare da ultimo un fenomeno di cui si sta discutendo molto e cioè la cosiddetta adozione mite. Penso che tutti sappiate come essa viene utilizzata. Essa nasce da un'esigenza indubbiamente sentita, e per certi versi, condivisa. Bisogna vedere però se la soluzione è accettabile oppure no. Gli affidamenti familiari, tutti gli affidamenti che conosciamo, spesso non sono temporanei: si può affidare il minore ad un altro soggetto perché il genitore ha un'infermità temporanea, e non ci sono parenti, ma si sa che quando essa sarà superata, tutto ritornerà come prima. Ma invece gli affidamenti familiari spesso nascono da una situazione assai più complessa, per cui non è il caso di provvedere ad un'adozione, quindi allo scioglimento totale del legame con la famiglia di origine, in quanto la famiglia qualcosa può ancora dare in termini affettivi, ma non è in grado di gestire il rapporto con il figlio; si spera in un recupero, ma spesso questo recupero non avviene, e gli affidamenti familiari "temporanei" in realtà diventano affidamenti fino alla maggiore età. Questo affidamento è il grande assente della nostra legislazione. La legge del 2001 ha ulteriormente ristretto i tempi dell'affidamento, che non potrebbe essere superiore ai 24 mesi, salvo che intervenga il Tribunale per i minorenni e, nell'interesse del minore, conceda la proroga. Tale organo potrebbe disporre anche un affidamento ex articoli 330 e 333, perché nell'ambito della limitazione della potestà c'è pure la possibilità di affidare il minore ad altri soggetti.

L'esigenza di dare una disciplina all'affidamento che non ha termine, l'affidamento che va avanti fino alla maggiore età, è condivisibile ma mi pare che essa non sia risolta positivamente applicando l'articolo 44 lettera d) della legge n. 184/1983 relativa all'adozione in casi particolari, sia per ragioni giuridiche, quindi di interpretazione della legge, sia per ragioni di opportunità. Da un lato infatti abbiamo nella lettera d) dell'articolo 44 un'indicazione molto rigorosa: «*impossibilità di affidamento preadottivo*», e l'affidamento preadottivo presuppone che ci sia una situazione di privazione «*di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio*», quindi non una situazione di "semiabbandono", cui si farebbe riferimento come presupposto dell'adozione mite.

Del resto non dobbiamo dimenticarci, credo, come sia nata la legge 184 del 1983, perché ormai sono passati tanti anni e la memoria può essersi offuscata. C'era una situazione precedente in cui coesistevano un'adozione ordinaria di minori ed una legittimante, ed era accaduto anche un caso molto eclatante – ovviamente non si fanno nomi perché la ragazza, vittima di tale situazione, ha il diritto di non essere nominata ed è giusto che sia così – c'era dunque una minore che veniva sottoposta allo stesso procedimento da parte di un Tribunale per i minorenni per l'adozione ordinaria, e da parte di un altro per l'adozione legittimante e questo aveva portato a due differenti procedimenti in Cassazione fino ad una

sentenza della Corte costituzionale che aveva nettamente privilegiato l'adozione legittimante (Corte costituzionale 10 febbraio 1981, n. 11). Questa coesistenza, difficilissima e incerta, dei due istituti, ha fatto sì che si sia creata, con la legge n. 184, un'adozione in casi particolari, non per rigidità del legislatore, ma per un'esigenza concreta, limitandone appunto rigorosamente i casi. Credo che la «*impossibilità di affidamento preadottivo*» dovrebbe essere impossibilità di fatto, perché ad esempio il minore è già vicino ai 18 anni, ha dei problemi comportamentali, ecc. e quindi non viene disposto l'affidamento preadottivo; c'è anche poi l'ipotesi di un minore gravemente disabile, introdotta dalla riforma del 2001, che però è una specificazione di questo principio più generale; dal punto di vista della interpretazione giuridica credo dunque che non regga l'ipotesi su indicata.

Consideriamo ora l'opportunità dell'adozione mite: un problema molto importante che va assolutamente evidenziato è che vi sono gli affidamenti non temporanei: che cosa si può fare? Bisogna ricorrere all'adozione "mite", all'adozione in casi particolari, perché, altrimenti, si dovrebbe procedere all'adozione legittimante sottraendo quel minore alla famiglia affidataria, dandolo ad un'altra famiglia, in regola con i presupposti di tale adozione? Credo che non sia vero, o comunque non sempre vero, perché è un pregiudizio, è veramente in alcuni casi soltanto un pregiudizio il fatto che l'adottante non debba conoscere la famiglia di origine; qualche volta è accaduto che l'affidamento familiare si sia trasformato in adozione legittimante, c'è una giurisprudenza che ammetteva che gli affidatari potessero intervenire nel procedimento di opposizione alla dichiarazione di adottabilità, forse oggi, ancora a maggior ragione, nell'ambito dell'intera procedura (sul punto cfr., tra le altre, Cassazione n. 164 del 1979, n. 4956 del 1989, n. 5351 del 1996) e dunque venivano conosciuti gli affidatari provvisori che poi sarebbero divenuti adottanti. Mi sembra dunque un falso problema.

La questione fondamentale è soprattutto la garanzia difensiva dei genitori di origine perché, a ben vedere, mentre nell'ambito del procedimento di adozione legittimante la famiglia d'origine è assai garantita e oggi ancora di più dal punto di vista processuale, in quella in casi particolari tale possibilità non è data, soprattutto se avviene in questa prospettiva di adozione mite: se viene dichiarata la decadenza dalla potestà, il genitore di origine viene completamente estromesso dalla procedura, non può dare il suo assenso perché non esercita più la potestà, non può neppure impugnare il provvedimento perché questo potrebbe essere impugnato solo in Corte d'appello dall'adottante o dal rappresentante legale dell'adottando, quindi – lo sottolineo – il genitore d'origine non ha possibilità alcuna di difesa.

Per quanto riguarda gli effetti dell'adozione, secondo me, ancora una volta, è veramente un pregiudizio da superare, quello secondo cui nell'adozione in casi particolari non c'è lo scioglimento totale dei legami con la famiglia di origine: dal punto di vista sostanziale, infatti, l'adozione in casi particolari ha effetti notevolissimi rispetto ad essa: si aggiunge il cognome dell'adottante, la potestà dei genitori è esercitata dagli adottanti; è vero, non si sciolgono i legami, ma il genitore d'origine rimane estromesso, non ha possibilità di controllo. Persino se cessa la potestà dell'adottante, non automaticamente rivive la potestà del genitore d'origine, ma è necessario un provvedimento del Tribunale per i minorenni.

Quindi gli effetti dell'adozione cosiddetta "mite", se sono più limitati rispetto a quelli dell'adozione legittimante, sono comunque estremamente "forti" e "gravi" e, dal punto di vista processuale, i genitori di origine sono assai meno garantiti, assai meno tutelati rispetto al procedimento di adozione legittimante. L'ipotesi su cui lavorare semmai sarebbe quella di rafforzare l'affidamento familiare con un futuro intervento legislativo, dando finalmente conto di questo affidamento che arriva fino alla maggiore età, attribuendo magari più poteri agli affidatari, che del resto sono stati specificati dalla riforma del 2001, senza tuttavia confondere situazioni diverse. L'affidamento deve rimanere tale rispetto all'adozione in casi particolari.

\* Consigliere della Corte di Cassazione e Docente presso l'Università degli studi di Genova.