

Franco Occhiogrosso

Manifesto per una giustizia minorile mite



 **DUER**/FrancoAngeli

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "informazioni" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità o scrivere, inviando il loro indirizzo, a: "FrancoAngeli, viale Monza 106, 20127 Milano".

Franco Occhiogrosso

**Manifesto
per una giustizia
minorile mite**

FrancoAngeli

Progetto grafico di copertina di Elena Pellegrini

Immagine di copertina: Una mano mite e ferma di adulta rende sereno il gioco vivace dei bambini.
Particolare di foto tratta dall'album della famiglia Occhiogrosso (anno 1949)

Copyright © 2009 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Prefazione. Un programma per una giustizia mite	pag. 11
--	---------

I.

La giustizia minorile dal “caso Serena” all’adozione mite

Premessa. Il tempo della riflessione	» 21
1. Alla ricerca delle ragioni dell’adozione mite	» 21
2. Il cuore del problema: l’attuale rigido sistema normativo delle relazioni familiari	» 23
1. Il caso Serena ed il significato socio-culturale della L. 184/1983	» 26
1. Il caso Serena	» 26
1.1. La storia	» 26
1.2. La vicenda secondo le decisioni giudiziarie	» 27
1.3. La vicenda secondo la cultura del diritto mite	» 28
1.3.1. Il principio guida della “mitezza costituzionale”	» 29
1.3.2. Mitezza cristiana e diritti dell’uomo	» 29
1.3.3. Il carattere pratico dell’interpretazione	» 30
2. Il caso Serena tra illegalità e continuità degli affetti	» 31
3. Il significato socio-culturale della legge sull’adozione	» 33
3.1. Il sottostante disegno normativo delle relazioni familiari	» 34
3.2. Il pregiudizio presunto	» 35
3.3. L’allontanamento	» 36
3.3.1. Il numero “oscuro” degli allontanamenti	» 37
3.3.2. La qualità dell’allontanamento	» 40
3.3.3. Chi lo dispone	» 40
3.3.4. L’allontanamento come notizia	» 41

2. L'adozione mite ed il periodo dell'incubazione	pag.	43
1. Dopo il "caso Serena"	»	43
2. Prima dell'adozione mite: due quesiti preliminari	»	44
2.1. L'area di più efficace applicazione del diritto mite	»	45
2.2. Nel processo penale minorile	»	46
2.3. Nel processo penale del giudice di pace	»	47
2.4. Nell'ordinamento penitenziario	»	48
2.5. Nell'affidamento condiviso e nella materia commerciale	»	49
2.6. La mitezza con riferimento all'adozione prima del 2003	»	49
3. I cinque anni dell'adozione mite	»	51
1. La complessità del procedimento: la fase della prassi e quella del progetto culturale	»	51
2. La fase del primo biennio: l'istituzione del servizio	»	52
2.1. I presupposti	»	52
2.1.1. Il fine di rafforzare la deistituzionalizzazione	»	52
2.1.2. La riflessione su affidamento sine die e l'adozione semplice	»	52
2.1.3. I contesti di accoglienza tra affidamento e adozione	»	54
2.2. La procedura	»	55
2.2.1. Il servizio di cancelleria dell'adozione mite	»	55
2.2.2. Le variazioni tabellari	»	56
2.2.3. Le circolari illustrative indirizzate agli affidatari ed ai servizi locali	»	57
2.2.4. Il percorso complessivo e la comparazione per l'affidamento familiare giudiziario	»	58
3. Qualche considerazione in relazione al primo biennio	»	62
3.1. I positivi risultati conseguiti	»	62
3.2. Le ambiguità	»	62
4. La fase del triennio seguente: il progetto culturale	»	63
4.1. Le due strade dell'adozione mite	»	63
4.1.1. La prospettiva tendente alla riforma legislativa	»	63
4.1.2. La via della giurisprudenza	»	65
4.1.3. I protocolli d'intesa ed i principi che affermano	»	67
4.1.4. Il protocollo d'intesa come spazio alternativo rispetto alla legge per l'affermazione degli orientamenti del diritto mite	»	69
4. Adozione aperta, adozione mite ed altre esperienze	»	72
1. La necessità di un confronto	»	72
2. L'adozione aperta negli altri Paesi	»	73
2.1. In Usa	»	73
2.2. In Canada	»	74

2.3. In Francia	pag.	75
2.4. In Giappone	»	75
2.5. I Paesi islamici	»	75
3. L'adozione delle coppie omosessuali e dei singoli	»	75
4. L'adozione aperta in Italia	»	76
5. L'adozione mite	»	77
5.1. Due livelli di confronto	»	77
5.2. L'incidenza sulle altre adozioni	»	78
5.3. La creazione di nuovi modelli di adozione	»	78
5.4. Le diverse strade seguite	»	80
5.5. Il punto della situazione	»	80

II. Le nuove prospettive

Premessa. Principi ed orientamenti	»	85
1. Verso percorsi duttili ed elastici	»	85
1.1. Occorre ispirarsi alla cultura del volontariato	»	86
1.2. La qualità della legislazione	»	86
2. I principi da affermare per le relazioni familiari: un cammino già iniziato	»	87
2.1. I nuovi valori	»	88
1. Il fondamento culturale del diritto minorile mite e la riforma costituzionale	»	91
1. Due punti fermi finora trascurati	»	91
2. Il fondamento del diritto minorile mite	»	91
2.1. Il documento	»	92
2.2. Qualche considerazione in proposito	»	93
3. La riforma del Titolo V della Costituzione ed il lento emergere di un nuovo diritto minorile	»	95
3.1. Un precedente	»	96
3.2. Le esperienze recenti: il progetto Tutori Volontari del Veneto	»	97
3.2.1. Le peculiarità ed i risultati	»	98
3.2.2. Il sapere esperienziale come scelta	»	98
3.3. Le altre esperienze e ricerche "creative"	»	100
3.3.1. Le affinità tra Progetto tutori volontari e adozione mite: una terminologia diversa	»	100
3.3.2. Le altre affinità tra le due esperienze	»	101
3.3.3. Altre ricerche: a proposito dell'amministrazione di sostegno	»	101

3.3.4. Le altre ricerche: le comunità madre-bambino	pag.	102
3.3.5. Le altre ricerche: Quality for Children Standards	»	104
3.3.6. I possibili sviluppi	»	104
3.3.7. Gli studi psicologici sull'adozione mite	»	105
3.4. I ritardi di Stato e Regioni a proposito del garante per l'infanzia	»	106
3.4.1. La riflessione culturale sul garante	»	107
3.4.2. Le funzioni del garante nazionale	»	109
3.4.3. I garanti territoriali per l'infanzia e l'adolescenza	»	109
3.4.4. Il disegno di legge governativo sul garante nazionale	»	110
2. I nuovi traguardi	»	113
1. I punti nevralgici	»	113
2. La violenza istituzionale e la cultura dell'allontanamento	»	113
3. Il diritto del minore alla continuità degli affetti	»	114
3.1. Nella legge: l'adozione particolare disciplinata dall'art. 44	»	115
3.2. Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale	»	116
3.2.1. Le decisioni riguardo all'età degli adottanti	»	116
3.2.2. L'ordinanza della Corte sull'adozione particolare di un minore straniero	»	117
3.2.3. L'illustrazione dell'interpretazione ricognitiva della Corte nell'ordinanza n. 347/2005	»	119
3.2.4. I riflessi sull'adozione particolare nazionale	»	120
3.3. Nella giurisprudenza dei tribunali per i minorenni	»	120
3.4. Alcune applicazioni contraddittorie	»	124
4. Per una corretta disciplina degli allontanamenti disposti dai servizi sociali	»	124
5. La rivisitazione dell'adozione e dell'affidamento familiare	»	125
5.1. Adozione legittimante e adozione mite	»	126
5.1.1. Diritto mite e diritto feroce: qualche esempio in ambito minorile	»	126
5.1.2. Un'analisi critica di questa cultura	»	128
5.1.3. I possibili cambiamenti	»	129
5.1.4. Verso un diverso modello di adozione legittimante	»	130
5.2. L'adozione particolare	»	130
5.2.1. Le ragioni che esigono la sua rivisitazione	»	130
5.2.2. I casi previsti	»	131
5.2.3. Gli effetti dell'adozione particolare	»	132
5.3. L'affidamento familiare e la proroga sine die	»	133
5.3.1. Le ambiguità e le confusioni come valore	»	134

5.3.2. Ambiguità, confusioni e L. 184/1983	pag.	136
5.3.3. Uno sguardo al passato: infanzia abbandonata e affidamento nel codice civile del 1942	»	137
5.4. L'affidamento fino al 1983 come presupposto della cd. "piccola adozione"	»	139
5.4.1. Confronti tra ieri e oggi	»	140
5.5. Il cognome nell'adozione	»	142
3. La cultura mite nelle relazioni familiari internazionali	»	146
1. Soggiorni solidaristici, affidamenti familiari internazionali, adozioni semplici internazionali	»	146
2. I soggiorni solidaristici	»	147
2.1. Gli inconvenienti riscontrati	»	148
2.2. La necessità di rafforzare la funzione solidaristica dei soggiorni	»	151
3. L'affidamento familiare internazionale	»	152
3.1. Affidamento omoculturale e affidamento a famiglia italiana	»	154
3.2. Un programma normativo per l'affidamento familiare internazionale	»	155
4. L'adozione internazionale non legittimante	»	157
4. Una proposta per il futuro: coniugare mitezza giurisdizionale e mediazione	»	159
1. La prospettazione di un nuovo disegno normativo delle relazioni familiari	»	159
2. Il percorso per la sua realizzazione	»	160
2.1. I principi comuni	»	161
2.2. Le lacune normative	»	163
3. Quale giudice nuovo	»	164
3.1. Cenni sulla breve storia della ricerca di un giudice "nuovo"	»	164
3.1.1. I nuovi diritti e la giurisdizione sociale	»	164
3.1.2. Il giudice tutelare nell'amministrazione di sostegno	»	165
3.1.3. Verso il giudice della persona, del minore e della famiglia	»	166
3.2. Anche a proposito del ruolo del giudice, la "confusione" costituisce un valore	»	167
3.3. La formazione del giudice	»	168
3.4. Il suo ruolo di interprete e di fautore del cambiamento	»	168
4. La necessità di una legge sulla mediazione	»	170
4.1. Le prospettive normative: una o più leggi?	»	171

5. Le ragioni per una giustizia minorile mite. Conclusioni	pag. 173
1. Il rigido disegno delle relazioni familiari introdotto dalla L. 184/1983	» 173
2. Il suo graduale evolversi negli anni successivi	» 175
3. I fondamenti per affermare nuovi valori	» 177
3.1. Il documento dei giudici minorili italiani	» 177
3.2. La riforma del titolo V della Costituzione	» 178
3.3. Verso un nuovo diritto minorile	» 179
4. La continuità degli affetti	» 179
5. Le relazioni internazionali	» 180
6. Le prospettive per il futuro	» 180
6.1. Coniugare mitezza e mediazione	» 181
6.2. Andare oltre la dimensione tecnica	» 181
Riferimenti bibliografici	» 185

Prefazione
Un programma per una giustizia mite

1. La giustizia minorile civile è entrata da qualche anno in un periodo di difficoltà e di riflessione: è una fase che prelude a una svolta, che penso non possa tardare. Non è però ancora chiaro in quale direzione di riassetto istituzionale: se verso una sostanziale abolizione delle competenze civili dei tribunali per i minorenni, come era stato proposto dal progetto Castelli del 2003, trasferite al tribunale ordinario, oppure se verso la confluenza delle sue competenze, insieme con quelle delle sezioni famiglia e persone dei tribunali ordinari, in un nuovo organo specializzato, il tribunale della famiglia, di cui si parla (o si favoleggia?) da quaranta anni. Mentre il mondo della politica sembra sonnecchiare, occupato da altro, il dibattito è vivacissimo nella magistratura minorile, tanto con riguardo al riassetto istituzionale quanto, e forse soprattutto, allo stile di lavoro del giudice, al suo modo di affrontare i problemi della sua giurisdizione e di amministrare la giustizia¹.

Franco Occhiogrosso in questo libro propone una metodologia organizzativa per una prassi virtuosa, partita dalla esperienza definita di “adozione mite”, che vorrebbe estendersi in modo creativo a tutto il diritto minorile e familiare. In tal modo egli si inserisce con un contributo del tutto originale nello sviluppo di idee che già da qualche tempo circolano e vengono dibattute, ampliandole fino a farne una proposta generale. Con forza, passione e ricchezza argomentativa, indica la direzione verso la quale indirizzarsi per rinnovare il modello del giudice per i minorenni e per la famiglia, il suo stile di azione. Il dato essenziale del modello di giudice che tratteggia è di essere caratterizzato, sul piano delle modalità di lavoro, dalla “mitezza”: un giudice che intervenga con delicatezza e con capacità persuasiva, che proceda quanto più possibile per soluzioni condivise piuttosto per recisione

1. Ne è testimone la discussione al convegno di Taranto (ottobre 2006) dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e la famiglia; gli interventi svolti, adeguatamente rielaborati per la pubblicazione, si possono leggere sul numero 1 del 2008 di “Minorigiustizia”.

di legami sociali e affettivi, che sia di prossimità ai cittadini riguardo alla cui vita ha il compito di prendere decisioni, i minorenni ma di riflesso anche i maggiorenni; che resti però in ogni caso un giudice fortemente specializzato, che non disperda il patrimonio di esperienze costruito negli anni, ma lo sappia adattare alle nuove esigenze della vita sociale e familiare.

2. Questo modello mi sembra idoneo non soltanto per una giustizia minorile rinnovata nello stile di lavoro, ma più in generale per tutta l'amministrazione della giustizia che è chiamata a pronunciarsi sui diritti delle persone.

Ritengo essenziale che il giudice della *persona* – tanto che debba svolgere la sua funzione con riguardo alle relazioni familiari degli adulti fra loro e con i minori, tanto con riguardo ai maggiorenni in condizioni di debolezza o ai minorenni considerati in quanto tali – abbia una formazione culturale più complessa e multidisciplinare rispetto a quella del giudice delle questioni patrimoniali, del diritto degli scambi e degli affari; ma soprattutto che abbia, di fronte ai cittadini che hanno a che fare con lui, un atteggiamento assai diverso da quello dei giudici chiamati a decidere sulle questioni patrimoniali, che non coinvolgono gli affetti e i sentimenti, se non in modo marginale e occasionale.

Oggi non esiste nel nostro ordinamento una figura istituzionale di “giudice della persona” e neppure di “giudice della famiglia”; esiste solo quella del “giudice per i minorenni”, con una sua peculiare cultura, spesso formata nell'interscambio di conoscenza e di esperienza con i giudici onorari; e da questo occorre partire. I principali punti caratteristici della “specialità” attuale della giustizia minorile mi sembrano riassumibili come segue.

- a) L'organo giudicante ha una peculiare composizione, poiché comprende i giudici onorari, portatori di conoscenze diverse da quelle giuridiche, ma loro necessario complemento per giungere a una soluzione ragionevole.
- b) Il giudice svolge un ruolo duplice, fonte di ambiguità: ha il potere e il dovere di giudicare, come terzo indipendente e sovraordinato alle parti, ma al tempo stesso svolge la funzione di difensore istituzionale dell'interesse del minore. Un significativo passo per consolidare la terzietà del giudice è dato dalla recente soppressione del suo potere d'iniziativa d'ufficio nei procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità. Molto resta invece da fare nel campo dei rapporti fra il giudice e i servizi sociali, onde evitare un'impropria commistione di funzioni.
- c) Il giudice ha (o dovrebbe avere) un atteggiamento di disponibilità particolarmente aperta a un dialogo serio e informale, fondato sull'ascolto delle persone, nel tentativo di comprenderne le ragioni, i sentimenti, le capacità umane. Questo aspetto della specialità del giudice dei minori e, più in generale, del giudice della persona emerge nelle parole di uno dei “padri fondatori” della giustizia minorile italiana d'oggi, Italo Cividali.

Il giudice della persona – diceva² – deve saper entrare in «contatto diretto con la variegata e multiforme realtà, che richiede libertà di rapporti e invenzione sempre nuova di strumenti e modalità di interagire». «È un atteggiamento infruttuoso e negativo» cercar di limitare al massimo i rapporti con le parti e creare barriere difensive tali da rendersi inviccinabile: «costituisce un'ennesima ferita al loro narcisismo, alla loro dignità, alla valutazione di se stesse, alla loro personalità. Costituisce cioè, per questa nuova categoria di emarginati, un'altra ferita e un altro dolore». È questo il motivo, quindi, «che deve indurre chiunque a chiedere al giudice dei minori un rapporto con i suoi utenti umano e rispettoso delle loro vicende e del loro dolore». Avere con il giudice un rapporto «che non sia supponente o glaciale fa parte di quei diritti assoluti e personalissimi che devono assolutamente avere spazio e rilevanza e che diventano impegni categorici per un giudice della persona, che deve saper partecipare all'esperienza intimamente vissuta dall'altro». Si tratta di considerazioni che, a distanza di due decenni, hanno un valore storico e conservano una indubbia suggestione, quando sono confrontate con la concreta esperienza esposta e proposta nell'opera di Occhiogrosso.

- d) Il giudice ha una funzione di carattere comunicativo e conciliativo prima ancora di quella decisionale: questo oggi è un dato comune riguardo alla materia minorile penale e penitenziaria (mediazione penale, messa alla prova); ma ha anche un certo spazio nella materia minorile civile (prescrizioni sulla potestà e monitoraggio della situazione senza ricorrere all'allontanamento, flessibilizzazione dei rapporti fra adottato e famiglia d'origine) e nelle separazioni e nei divorzi (tentativo di far raggiungere ai coniugi una soluzione concordata, soprattutto riguardo all'affidamento dei figli e all'organizzazione della loro vita).
- e) Nel campo minorile civile le procedure di potestà sono scarsamente garantistiche e appena abbozzate dalla legge – ma la materia è in fase di trasformazione, dopo la sentenza n. 1 del 2002 della Corte Costituzionale – tanto che fino a pochi anni fa non era neppure richiesta la presenza del difensore tecnico. Questa insufficienza della normativa processuale mi sembra possa essere fatta risalire a due diverse componenti storiche, di segno ben differente. Per un verso essa è correlata al fatto che i nuclei familiari destinatari dei provvedimenti di potestà in passato – al tempo

2. Intervento al Convegno dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e la famiglia sul tema «La protezione del minore tra amministrazione e giurisdizione», Torino 17-19 giugno 1988, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 235; e in C. Losana, A. d'Errico, *La protezione del minore tra amministrazione e giurisdizione*, Unicopli, Milano 1990, pp. 141-161. Questa posizione è anticipata da Cividali in un altro scritto «Quale è il ruolo del giudice dei minori?», in *Esperienze di giustizia minorile*, 1988, 2, pp. 9-37.

in cui la patria potestà era qualificata come un “diritto”, con tutto ciò che tale qualifica comportava – erano considerati devianti (la stessa maternità fuori dal matrimonio era considerata deviante) e per questo socialmente indegni di una seria tutela dei propri diritti di difesa; si tratta di una conseguenza inaccettabile, palesemente illogica, ma ben solida nel comune modo di sentire di un passato non lontano. Per un altro verso risale al fatto che con l’introduzione dell’adozione speciale del 1967 il giudice, che oltretutto poteva aprire d’ufficio il procedimento, era divenuto una sorta di braccio secolare della divina provvidenza – molto più paladino del minore che autorità terza giudicante – che dona una famiglia a un bambino che ne è privo; ogni laccio imposto a quest’attività a tutela di altri interessi, potenzialmente contrapposti, era guardato con un certo sospetto.

Alcuni di questi punti, in particolare quelli *sub c* e *d*, caratterizzano (o dovrebbero caratterizzare) anche il modo di operare dei giudici in alcuni settori della giurisdizione, cui pur la legge oggi non riconosce istituzionalmente una “specialità”: mi riferisco in generale ai giudici che sono chiamati a prendere decisioni in materia di diritti della persona. Più analiticamente, penso a gran parte delle controversie in materia di diritto di famiglia, come le separazioni, i divorzi, alcune questioni di filiazione ove è previsto che si debba tener conto dell’interesse del minore (il riconoscimento tardivo, la nomina del curatore speciale per esercitare il disconoscimento nell’interesse del minore, la dichiarazione giudiziale di paternità naturale), molte controversie in materia di alimenti; mi riferisco inoltre alle questioni riguardanti i soggetti deboli (amministrazione di sostegno, interdizione, trattamenti sanitari obbligatori) e alle decisioni concernenti il consenso ai trattamenti sanitari delle persone che non sono in possesso di un’adeguata capacità di discernimento e di decisione.

3. Il libro di Franco Occhiogrosso assume significativamente il caso “Serena”, del 1989, come punto di partenza di una ricostruzione critica del percorso evolutivo della giustizia minorile. Quel celebre caso aveva posto i giudici minorili, loro malgrado, al centro della cronaca dei mezzi d’informazione di massa e aveva portato, probabilmente per la prima volta, a un’ampia serie di prese di posizione critiche nei confronti del loro operato, soprattutto da parte del mondo politico e giornalistico, e per conseguenza di un’ampia parte della cosiddetta opinione pubblica. In quella vicenda i giudici minorili avevano scelto di porsi come baluardo a difesa delle istituzioni di protezione dei minori, in particolare dei principi che informavano la legge n. 184/1983 sull’adozione: in quelle specifiche circostanze, e precisamente per il clamore mediatico, era a mio modo di vedere giustificata una simile linea d’azione, in quanto difesa del principio di legalità, cioè di un principio che purtroppo in Italia è perennemente pericolante, oggi più che mai. Occhiogrosso non è

interessato a dare un giudizio storico di quella vicenda, ma a trarne una lezione per l'attualità: per mettere in evidenza come una giustizia minorile "mite" anzitutto non avrebbe creato quel clamore mediatico; e per conseguenza, forse, avrebbe permesso altri esiti, meno rigidi.

Occhiogrosso sottolinea anche come l'esito della vicenda di Serena Cruz fosse la logica conseguenza dell'indirizzo di politica legislativa della riforma dell'adozione del 1983, che prevedeva un modello di controllo giudiziale alquanto invasivo per la vita familiare. In particolare prevedeva, innovando rispetto al diritto previgente, l'intervento giudiziario su qualsiasi affidamento di un minore al di fuori della cerchia dei parenti entro il quarto grado e su qualsiasi situazione personale o familiare che apparisse deviante (come per esempio la tossicodipendenza), ogniqualvolta presentasse rischi per i minori che vi fossero coinvolti, anche indirettamente; premesse, queste, del ricorso troppo facile all'allontanamento, che a partire dalla fine degli anni '80 connotò la prassi di molti servizi sociali territoriali, non sempre adeguatamente controllati dai giudici, e pure di molti tribunali per i minorenni. Prevedeva inoltre, almeno nell'intenzione del legislatore, un unico modello di adozione, quella consistente in un trapianto del bambino dalla sua famiglia d'origine alla famiglia adottiva, quasi si trattasse di una nuova nascita; l'adozione in casi particolari dell'art. 44 lett. (allora) c, erede dell'adozione in precedenza chiamata ordinaria, appariva come una valvola di sfogo rigorosamente destinata a casi eccezionali. Infine prevedeva con una rigidità ampiamente smentita dai fatti – come se i casi di cosiddetto semiabbandono permanente non esistessero – l'alternativa secca fra adozione "trapianto" e affidamento, ottativamente supposto come familiare, ma in realtà nella stragrande maggioranza dei casi a comunità.

4. I difetti di quel sistema sono presto identificabili. Anzitutto l'interventismo accentuato, ma senza che vi siano adeguate garanzie processuali, non può funzionare correttamente e suscita un diffuso malcontento, sempre ben comprensibile anche se non sempre pienamente giustificato. In secondo luogo l'alternativa secca fra adozione "trapianto" e affidamento non rispecchia la realtà, che in moltissimi casi è fatta di semiabbandoni permanenti, e genera, come sua distorta conseguenza, quei procedimenti di adottabilità che restano aperti per anni, in un susseguirsi di provvedimenti contraddittori, che aspirerebbero a dirigere l'andamento della cose, ma in realtà si limitano per lo più ad accompagnarlo, e finiscono con il produrre danni spesso irrimediabili per i minori che vi sono coinvolti.

L'introduzione nel sistema processuale penale e penitenziario della mediazione ha manifestato l'inizio di una controtendenza.

Questa è stata successivamente confermata nel campo civile, con il riconoscimento all'adottato del diritto di ottenere informazioni sulla sua fami-

glia d'origine – introdotto nel 2001 con la riscrittura dell'art. 28 della legge n. 184/1983 sull'adozione, al termine di una dura battaglia durata alcuni anni – e dalla previsione della mediazione familiare nei procedimenti di separazione (con la legge n. 54 del 2006 sull'affidamento condiviso), soprattutto con riguardo alle questioni riguardanti la collocazione dei figli e l'organizzazione della loro vita. Si può quindi ben dire che emerge ormai una linea di tendenza che va progressivamente erodendo il modello che era stato delineato dalla legge sull'adozione n. 184/1983 nel suo testo originario.

In questa linea di iscrive a pieno titolo l'ampio ricorso all'adozione in casi particolari ex artt 44 lett. *d* della legge n. 184/1983, con la quale dare una soluzione a molti casi di semiabbandono permanente, praticata da molti tribunali e soprattutto, in modo programmatico e sistematico, dal tribunale per i minorenni di Bari, seguito da alcuni altri tribunali. Come vi si iscrive il documento approvato dall'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia nel giugno 2006, di cui Occhiogrosso sottolinea l'importanza, ove si afferma con chiarezza che il diritto familiare e minorile, per sua natura, è un diritto che dev'essere applicato sulla base di un dialogo aperto e serio fra i soggetti coinvolti (minori, famiglie, operatori, giudici) e deve mirare al consenso, terreno adatto al fiorire della collaborazione fra gli interessati.

Nella stessa linea generale di politica del diritto delle persone, infine, si iscrive anche l'introduzione dell'amministrazione di sostegno come istituto fondamentale del sistema di protezione e aiuto per i soggetti deboli.

Si tratta di una massa di "novità" del diritto civile minorile e familiare rispetto alle quali il libro di Occhiogrosso costituisce il primo tentativo di rifondazione organica secondo i principi che oggi si impongono; principi che si ricollegano a quelli dell'epoca dei padri fondatori (Moro, Meucci, Battistacci, Vercellone, Cividali) degli anni '60 e '70 del secolo trascorso, che ne discendono; ma che, per forza di cose, non possono più essere gli stessi.

5. La "mitezza" del diritto dei minori, della famiglia e, più in generale, delle persone, di cui questo libro di Franco Occhiogrosso costituisce un manifesto programmatico, dovrebbe connotare tanto le norme di origine legislativa, quanto le regole elaborate in sede applicativa dalla giurisprudenza, quanto ancora le prassi operative, gli stili di lavoro di tutti gli attori istituzionali del sistema, dai diversi uffici giudiziari ai servizi sociali.

Qual è la configurazione più idonea per un simile modello di ufficio giudiziario? Credo che l'esigenza di specializzazione sia fattore decisivo per orientare la risposta: non è il tribunale ordinario d'oggi, che quest'esigenza non può soddisfare adeguatamente, ma un tribunale specializzato per la persona, con la presenza di giudici non togati, che riunifichi le compe-

tenze oggi sparse fra tribunale ordinario, tribunale per i minorenni e giudice tutelare. Oltre a tutto il vantaggio non certo piccolo di una simile riunificazione sarebbe quello di spazzare via il groviglio di conflitti di competenza fra i diversi organi, accentuato dalla recente legge sull'affidamento condiviso.

Questione non facile da risolvere in modo adeguato è quella della prossimità: si ripete con giusta frequenza che il giudice deve essere quanto più possibile accessibile al cittadino; e si osserva che non può essere tale il tribunale per i minorenni attuale, dato che ha un ambito territoriale di competenza corrispondente a quella del distretto di corte d'appello. Tuttavia la prossimità non può non incontrare limiti per due diverse ragioni: anzitutto un'eccessiva frammentazione territoriale confligge con l'esigenza di specializzazione del giudice; inoltre mantenere uffici troppo piccoli, cioè gravati da un carico di lavoro troppo scarso, ha un costo economico inaccettabile.

Leonardo Lenti

*I. La giustizia minorile
dal “caso Serena” all’adozione mite*

Premessa. Il tempo della riflessione

1. Alla ricerca delle ragioni dell'adozione mite

Un'analisi approfondita, che faccia il punto sulla giustizia minorile oggi, non può che partire dal suo carattere di giustizia mite. Ed il tema del diritto minorile mite, a sua volta, non può che trarre spunto da quella prassi interpretativa – ritenuta per lo più una “provocazione” dalla cultura giuridica dominante in questo ambito – che a partire dal giugno 2003 ha cominciato a realizzarsi presso il Tribunale per i minorenni di Bari¹, con il nome di adozione mite.

Incomincio dunque dall'adozione mite e dalle sue evoluzioni, alla ricerca delle ragioni di fondo che ne illustrino la nascita e lo spazio culturale che tende ad occupare nell'ambito della giurisdizione, rilevando che le modalità di intervento poste in essere non hanno riguardato solo l'adozione e l'attività giudiziaria in senso stretto, ma anche quella culturale intesa a promuovere la diffusione dell'adozione mite ed a rintuzzare gli attacchi diretti a svalutarla.

All'ampio rilievo attribuito all'argomento dai mass media², hanno fatto seguito la sottoscrizione di vari protocolli d'intesa con Comuni, Asl e ambiti territoriali³, molteplici seminari e convegni di operatori della ma-

1. La sperimentazione ha avuto inizio nel giugno del 2003 a seguito della comunicazione effettuata al Csm e della presa d'atto da parte del Consiglio avvenuta con atto del 2/7/2003.

2. Ricordo, oltre a vari servizi televisivi, anche gli articoli pubblicati da “la Repubblica” del 15/11/2004 e da “Il Messaggero” del 26/8/2005.

3. Il primo protocollo d'intesa in materia di adozione mite è stato sottoscritto tra Autorità giudiziaria minorile di Bari e Comune di Bari in data 14/5/2006. Ha fatto poi seguito quello con il Comune di Conversano in data 11/11/2006 e quello con Comune di Foggia del 12/9/2007. Infine è stato stipulato quello con l'ambito territoriale di Putignano, comprendente i Comuni di Putignano, Noci, Alberobello, Castellana Grotte, Locorotondo in data 17/12/2007.

teria⁴, articoli di studiosi⁵, fino all'attenzione prestata dalla Commissione Parlamentare per l'Infanzia⁶ (che se ne è occupata nell'ambito di una ricerca sull'adozione svolta negli anni scorsi) e dal Parlamento, che ha comportato la presentazione di una proposta di legge in tema di adozione aperta e adozione mite⁷.

Ma negli ultimi tempi questo clima si è andato attenuando⁸.

È giunto quindi ora il tempo della riflessione: quello di tornare, cioè, sull'argomento per svolgere con rigore una più ampia analisi con adeguato approfondimento. A ben vedere, infatti, il dibattito finora svolto si è limitato alla dettagliata esposizione della prassi introdotta⁹, a replicare ad alcuni rilievi critici ed allo svolgimento di varie osservazioni periferiche¹⁰, ma non è andato oltre.

Non ha affrontato i quesiti sul quando, sul come e soprattutto sul perché essa sia nata. E quindi non si è chiesto se la sua prassi abbia avuto prima del 2003 una precedente non breve fase d'incubazione culturale né se il suo affermarsi non abbia tratto spunto da un graduale, ma sempre più incisivo cambiamento del contesto socio-ambientale, nel quale tale istituto si inseriva. Nè ha illustrato le ragioni per cui essa venga tuttora applicata, malgrado manchi nella nostra legislazione una normativa che la disciplini espressamente, e malgrado anzi la proposta di legge relativa sia decaduta con la scadenza della precedente legislatura. Ma soprattutto *non ha proceduto ad una rilettura critica della storia* degli ultimi due decenni della giustizia minorile in Italia e non ha pensato di inquadrare l'adozione mite nell'ambito della giurisdizione minorile, cogliendo l'occasione dell'emer-

4. I cultori della materia hanno dato vita a ricorrenti confronti tra giuristi, operatori e tecnici, tra i quali particolarmente significativo è stato quello svoltosi a Pistoia il 10/3/2007.

5. Cfr. tra gli altri L. Gigante, *Le funzioni positive dell'adozione mite*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 2/2007, pp. 143 e ss. Meritano di essere citate anche le note redazionali dal titolo *A proposito di adozione mite e Ancora Anfaa e adozione mite* pubblicate su "Minorigiustizia" 2/2006, p. 154, e 1/2007, pp. 268 e ss.

6. In merito, cfr. Il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva in materia di adozione e affidamento della Commissione parlamentare per l'infanzia (27/10/2004) rinvenibile al sito www.minoriefamiglia.it/pagina-www/mode_full/id_417/.

7. Si tratta della proposta di legge n. 5724 del 16/3/2005 d'iniziativa dei Deputati Bolognesi, Finocchiaro, Turco, avente ad oggetto "modifiche alla Legge 4 maggio 1983 n. 184 in materia di adozione aperta e di adozione mite".

8. Anche un'associazione di genitori adottivi e affidatari, l'Anfaa, che per un lungo tempo ha attuato una vera e propria persecuzione culturale contro l'adozione mite, sembra aver perso la virulenza precedente, mentre l'Associazione dei giudici minorili (Aimmf), dopo il bel documento approvato sull'argomento in data 24/6/2006, si è disinteressata della materia.

9. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite due anni dopo*, relazione presentata al Convegno Ai.Bi., svoltosi a Bellaria il 28-31 agosto 2005, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 3/2005, pp. 149 e ss.

10. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite e le nuove prospettive emergenti*, in Giasanti, Rossi (a cura di), *Affidamento forte e adozione mite*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 91 e ss.

gere di questa nuova linea culturale per mettere a confronto gli orientamenti giurisprudenziali tuttora dominanti con quelli affermati dalla cultura dell'adozione mite.

2. Il cuore del problema: l'attuale rigido sistema normativo delle relazioni familiari

Giungere al cuore del problema è invece l'ambizioso programma di questo studio. Si tratta – per realizzare tale scopo – di tentare di fare una sia pure parziale e sintetica storia della giustizia minorile degli ultimi anni. Una storia di idee e di confronto tra loro: tra quelle che si sono affermate e sono divenute dominanti e quelle che alle prime si vanno contrapponendo, per tentare di affermarsi al posto loro. Al centro di questo confronto è la legge sull'adozione (L. 4 maggio 1983 n. 184 con le successive modificazioni) ed il suo significato socioculturale. Malgrado, infatti, nel giro di pochi anni questa legge sia stata oggetto di due riforme nel 1998 (con la L. 31/12/1998 n. 476 che ha modificato l'adozione internazionale, ratificando e rendendo esecutiva in Italia la Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale fatta all'Aja il 29 maggio 1993) e nel 2001 (con la L. 28 marzo 2001 n. 149 che ha apportato modifiche alla disciplina normativa dell'adozione nazionale), malgrado ciò, tuttavia il suo impianto di fondo non ha subito significativi cambiamenti ed è rimasto sostanzialmente simile a se stesso.

Ed il punto essenziale da tenere presente è che questa legge non si è limitata a disciplinare in modo nuovo rispetto al passato gli istituti dell'adozione e dell'affidamento del minore, ma è andata ben oltre ed *ha ridisegnato l'intero sistema normativo delle relazioni familiari*, sottraendolo al libero gioco della domanda e dell'offerta tra adulti, che in precedenza fino al 1967 era stato la regola.

Questo nuovo disegno nella legge sull'adozione è stato strutturato con estremo rigore. Ha imposto infatti disposizioni tese ad eliminare gli effetti dei falsi riconoscimenti; ad escludere la protratta permanenza di minori presso estranei; a vietare l'ingresso in Italia di minorenni stranieri senza che sia osservato l'iter normativo stabilito. E oltre a ciò ha anche predisposto interventi normativi con funzione deterrente. Non è bastata l'introduzione di nuovi reati, perché il legislatore ha affermato anche i principi che l'illegale introduzione di un minore in un nucleo familiare diverso è fonte di pregiudizio presunto per lui; ed inoltre che l'allontanamento non va considerato un fatto di per sé dannoso per il minore. Sulla base di ciò l'allontanamento dei minori dalle famiglie in cui essi sono stati inseriti in modo non ortodosso è divenuto la regola.

Ma bisogna subito dire che l'applicazione di questi principi non è stata discussa solo nel chiuso delle aule di giustizia. Circa vent'anni fa ebbe enorme risonanza in tutta Italia una vicenda giudiziaria avvenuta a Torino e nota sotto il nome di "caso Serena", che divise nettamente e per lungo tempo l'opinione pubblica, creando una profonda ferita tra la medesima ed i giudici minorili. Una ferita che a distanza di tanti anni non si è ancora sanata e che ha certamente contribuito qualche anno fa ad indurre il ministro guardasigilli dell'epoca a proporre un disegno di legge (poi disatteso dal Parlamento), che prevedeva l'abolizione dei tribunali per i minorenni.

Vi è anche da aggiungere che già in occasione di tale vicenda e degli autorevoli commenti che ne accompagnarono le decisioni, ai principi scaturenti dalla legge sull'adozione, a cui i giudici minorili facevano riferimento, si contrapposero posizioni opposte dirette ad individuare soluzioni alternative di carattere mite, che pure avrebbero potuto trarsi in via d'interpretazione da tale legislazione.

Cessato tuttavia il clamore di quel "caso", queste ultime posizioni sono state dimenticate, mentre hanno continuato ad affermarsi nella giurisprudenza minorile e nella prassi i principi dominanti desunti dalla legge sull'adozione.

È solo di recente, con l'emergere del movimento culturale che accompagna l'adozione mite, che la ricerca di soluzioni alternative è ripresa.

Anche qui tuttavia va posto subito in evidenza che questo movimento non si limita a proporre una disciplina meno rigida degli istituti dell'affidamento e dell'adozione, ma tende ad andare oltre ed a ridisegnare in modo nuovo il sistema normativo delle relazioni familiari con la conferma, certo, del rifiuto del libero gioco tra domanda e offerta, ma anche e soprattutto con il superamento dell'eccessivo rigore che contraddistingue le regole introdotte dalla legge 184 sull'adozione.

Ed è per questo che, traendo anche spunto dall'emergere degli effetti della riforma del Titolo V della Costituzione (che ha trasferito alle Regioni la competenza a legiferare in tema di diritti civili e sociali), la nuova cultura afferma il principio della giustizia di prossimità, insieme a quelli della mitezza, come metodo d'intervento, nonché dell'ascolto e della partecipazione del minore oltre che di un nuovo ruolo di cittadinanza attiva di tutta la comunità e soprattutto del volontariato.

Si tratta di concetti ben noti, sui quali è superfluo soffermarsi, tranne forse che su quello di giustizia di prossimità, che esige una rapida illustrazione.

Si tratta di un'espressione tratta dal francese, che in Italia fa riferimento ad una linea culturale caratterizzata dal suo espandersi non in senso verticale (dal centro verso la periferia e dal Parlamento verso gli enti locali), ma in senso orizzontale (tra enti locali, tra comunità) e che vede quali protagonisti regione, comuni e movimenti culturali locali, i quali allargano la loro operatività gradualmente ad altre regioni ed altri comuni. Espressione

di questa seconda linea di tendenza è stato certamente nel recente passato il *Forum europeo per la sicurezza urbana* con la sezione italiana costituita a Bologna; lo sono anche i protocolli d'intesa in materia di mediazione minorile.

Questo modello di crescita culturale ha il pregio di essere molto concreto; di partire dal basso, dalle esperienze reali dei problemi nelle città e di trarne motivo per articolare riflessioni nuove e soluzioni spesso ancora sperimentali, ma certamente originali. Scaturiscono di qui i discorsi relativi alla necessità di una tutela più adeguata per le vittime dei reati, di una diversa attenzione sociale ai temi dell'abuso e della violenza sessuale, ai conflitti connessi alle nuove realtà multietniche. Di qui la rivisitazione di fenomeni come quello della violenza negli stadi e quello dell'usura nelle possibili risposte sociali, la ricerca di nuovi percorsi su questi ed altri temi sociali, percorsi che vanno dalla mediazione come proposta per affrontare la conflittualità del quotidiano alla creazione di nuove professioni, come quella di coordinatore tecnico delle politiche locali di sicurezza urbana, al possibile nuovo ruolo della polizia metropolitana: si tratta di una rivoluzione copernicana o meglio del tentativo di richiamarsi a principi che si è cercato già di attuare in altri momenti della storia dell'umanità, da quello della rivoluzione francese a quello dei primi documenti internazionali sui diritti umani, che presentano affinità con questa odierna tendenza. L'ottica della giustizia di prossimità è, quindi, *un'ottica di vicinanza al cittadino*. Una vicinanza per così dire materiale e morale. È materiale in quanto tende a porsi in modo territorialmente vicino al cittadino. È una vicinanza morale in quanto tende a rispondere ai bisogni reali dei cittadini, ad ascoltarli, ad intervenire in modo personalizzato¹¹.

Ed è sulla base di questi principi che, partendo dai richiami normativi e giurisprudenziali, che saranno in seguito espressamente segnalati, si afferma il diritto del minore alla continuità degli affetti; si suggerisce una rilettura dei meccanismi dell'adozione legittimante e dell'affidamento; si propone l'introduzione di istituti che occupino uno spazio una volta occupato dall'istituto dell'affiliazione.

11. Cfr. F. Occhiogrosso, *Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, 2/1999, p. 14.

1. Il caso Serena ed il significato socio-culturale della L. 184/1983

1. Il caso Serena

Entriamo perciò nel merito del discorso, accennando per sommi capi alla storia del “caso Serena” ed ai provvedimenti giudiziari che furono pronunciati per deciderlo.

1.1. La storia

Serena Cruz aveva poco più di un anno e mezzo quando nel gennaio 1988 giunse in Italia condotta da Francesco Giubergia, che l’aveva riconosciuta come sua figlia, in quanto nata dalla sua unione con una donna filippina.

Informato dai servizi sociali territoriali che avanzavano dubbi sulla veridicità del riconoscimento paterno, il Tribunale per i minorenni di Torino apriva una procedura per i necessari accertamenti. Nello stesso tempo i coniugi Giubergia chiedevano di essere autorizzati ad inserire la bambina nella loro famiglia legittima. Respinta questa richiesta, il Tribunale apriva una procedura per la dichiarazione di adottabilità della piccola, disponendo la sospensione dalla potestà dei genitori ed il collocamento di Serena prima in comunità e poi in altra famiglia in vista della sua adozione. La Corte d’Appello di Torino confermava la sostanza di tale decisione.

Intanto era trascorso un anno dall’arrivo in Italia di Serena e, fondandosi su questo stato di fatto, i Giubergia cambiavano la loro linea difensiva ed ammettevano la falsità del riconoscimento, chiedendo l’affidamento e l’adozione di Serena. La richiesta veniva respinta sia dal Tribunale che dalla Sezione minorile della Corte d’Appello di Torino. La piccola veniva quindi allontanata dalla famiglia Giubergia ed inserita in una nuova famiglia.

Questi i punti principali della storia, l'unica della giustizia minorile ad avere assunto il clamoroso rilievo di un isterismo nazionale collettivo grazie ad esasperati atteggiamenti di contorno: un comitato popolare a favore dei Giubergia, titoli cubitali sulla stampa, minacce ai giudici, attentati prospettati, anomale iniziative dei vertici dello Stato (dal Presidente della Repubblica al Ministro della Giustizia)¹.

1.2. *La vicenda secondo le decisioni giudiziarie*

Tribunale per i minorenni e Corte d'Appello – Sezione minorile – di Torino – ebbero a pronunciare vari provvedimenti sul caso Serena², tutti diretti a rigettare le domande proposte dai coniugi Giubergia ed a disporre l'allontanamento da loro della piccola Serena, premessa per il suo successivo inserimento in altra famiglia a scopo adottivo.

La ragione posta a fondamento di tali provvedimenti fu l'esigenza di combattere il fenomeno del mercato dei bambini³. Il fondamento di tali interventi era in varie disposizioni della L. 184/1983 ed in particolare nell'art. 9, il quale, come testualmente rileva una delle decisioni pronunziate in quella circostanza, “ipotizza una inidoneità ad ottenere affidamento familiare o adottivo da parte di una coppia che abbia accolto stabilmente, per oltre sei mesi, un minore non parente entro il quarto grado, omettendo di segnalare al giudice; ... le persone che abbiano ricevuto e tenuto illegal-

1. La narrazione della storia sopra riportata costituisce una sintesi di quella più dettagliata esposta in *Obiettivo: la vicenda di Serena Cruz*, a cura di L. Pepino, in “Questione Giustizia”, n. 2/1989, FrancoAngeli, Milano, pp. 419 e ss.; L. Lenti, *Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono*, in “Giurisprudenza Italiana”, 1989, I, 2.

2. Si tratta dei decreti 7 novembre 1988 e 21 febbraio 1989 del Tribunale per i minorenni di Torino e di quelli datati 31 gennaio 1989 e 14 marzo 1989 della Corte d'Appello - Sezione minorenni di Torino. Ampii stralci di queste decisioni sono pubblicate in *Obiettivo: la vicenda di Serena Cruz*, in “Questione Giustizia”, FrancoAngeli, Milano, n. 2/1989.

3. T.M. Torino, 7/11/1988: “tutta la più recente legislazione tende a snidare in partenza i casi di falso riconoscimento, specie se intesi ad aggirare le norme sull'adozione, e ciò al fine di stroncare il triste fenomeno del “mercato” dei bambini e di assicurare... la corrispondenza tra rapporto giuridico di filiazione e realtà naturalistica del rapporto...”; C.A. sez. min. Torino, 14/3/1989: “I frodatori sono assai numerosi, come ben sanno i giudici minorili, i quali hanno frequente esperienza di falsi riconoscimenti di paternità naturale attraverso i quali si attua un ignobile mercato di bambini, purtroppo assai vasto. I frodatori si aspettano che la legge a difesa dei bambini... riveli qualche falla... (ma) la legge non prevede eccezioni di sorta. E i giudici tradirebbero il loro compito se forzassero la legge, introducendo arbitrarie eccezioni. È drammatico, ma è così. Non si tratta di uno scontro tra “amore” e “burocrazia”... qui è in gioco l'interesse di molti bambini. È “amore” ed è “giustizia” anche il farsi carico della difesa di tutti i bambini”.

mente presso di sé un minore non possono proporsi, poi, esse stesse come adottanti”⁴.

E si concludeva che tali regole andavano comunque rispettate, anche se si riconosceva pacificamente che “tra la bimba e i Giubergia si sia sviluppato un valido rapporto affettivo”⁵; che “l’allontanamento rischia di essere traumatico per Serena”⁶ o di costituire “un trauma assai grave”⁷, che Serena soffre a causa della vicenda che la riguarda⁸.

Non venne presa in considerazione la possibilità di procedere ad un’adozione in casi particolari: tale possibilità fu del tutto ignorata o sbrigativamente esclusa⁹.

In conclusione, l’Autorità giudiziaria minorile intervenuta ebbe a ritenere che dalla legge scaturiva la necessità di contrastare il mercato dei bambini, anche a costo di produrre sofferenze ad una bambina di tre anni appena. E questa sua giurisprudenza con l’ordine di allontanare la piccola dalla famiglia Giubergia è divenuta per la giustizia minorile successiva un orientamento generalizzato.

1.3. *La vicenda secondo la cultura del diritto mite*

Del “caso Serena” si occupa anche un autorevole giurista, Gustavo Zagrebelsky¹⁰, che ne dà una lettura nettamente diversa da quella affermata dai giudici minorili. Una lettura di grande spessore, che merita di essere esposta in modo dettagliato, ma che - per coglierne appieno la portata - è opportuno che sia preceduta dall’esposizione rapida di alcuni importanti principi che ne costituiscono la premessa. Partiamo quindi da questa esposizione per poi passare alla lettura della vicenda di Serena secondo Zagrebelsky.

4. Così C.A. – sez. min. – Torino, 14/3/1989. Nello stesso senso anche il T.M. Torino, 7/11/1988: “I Giubergia, dopo quanto successo, non potrebbero pervenire né ad adozione né ad affidamento”.

5. Così C.A. – sez. min. – Torino, 14/3/1989. La stessa Corte, nel decreto 31/1/1989, aveva affermato: “sulla positività di tale inserimento vi sono in atto riscontri autorevoli di medici e psicologi”.

6. Così T.M. Torino, 7/11/1988.

7. Così C.A. – sez. min. – Torino, 31/1/1989.

8. C.A. – sez. min. – Torino, 4/3/1989: “è una bimba che, come milioni di altri bambini nel mondo, si trova a soffrire per gli errori dei grandi”.

9. C.A. – sez. min. – Torino, 14/3/1989: la bambina “non potrebbe essere adottata neppure a norma dell’art. 44, L. 184/1983, perché il caso Serena non rientra in nessuna delle ipotesi previste da tale norma”.

10. Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

1.3.1. Il principio guida della “mitezza costituzionale”

Un primo principio guida affermato da Zagrebelsky è quello della mitezza costituzionale, dell’assunzione cioè del pluralismo nella forma di una costituzione democratica. Essa si deve fondare su una coesistenza di valori e principi – ciascuno dei quali va assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con cui deve convivere – e sul loro confronto leale per quanto riguarda l’aspetto procedurale. Termini ai quali la mitezza costituzionale è da associare sono la coesistenza ed il compromesso; la visione politica, che vi è sottintesa, non è quella del rapporto di esclusione e sopraffazione, ma quella inclusiva dell’integrazione attraverso la condivisione di valori e procedure comunicative. Non si tratta di una rinuncia, ma di una pienezza di vita collettiva, che esige atteggiamenti moderati (un’*aurea medietas*), ma positivi e costruttivi¹¹.

Visto sotto un diverso profilo, si tratta dello stesso principio, che ha indotto altri a sostenere il valore costituzionale “della mediazione come cultura, come pratica concordanza di valori diversi e tuttavia ugualmente protetti, come possibilità di inclusione e non esclusione del valore diverso, secondo la logica del et-et e non del aut-aut”¹².

In conclusione, l’aspirazione attuale va descritta come diretta a realizzare non uno, ma tanti principi formativi della convivenza collettiva: tra gli altri “il rigore dell’applicazione della legge, ma anche la pietà nei confronti delle sue conseguenze più rigide”¹³.

Sembra un’analisi molto lontana dal discorso relativo al caso Serena ed invece ne è un presupposto indispensabile!

1.3.2. Mitezza cristiana e diritti dell’uomo

Altro principio importante riguarda il rilievo che l’immagine che l’uomo ha di sé stesso contiene un’originaria e determinante valenza costituzionale e che quello che riguarda la visione dell’uomo vale anche per i diritti, in particolare per i diritti umani.

Certo, la mitezza auspicata dalle Sacre Scritture nella vita di relazione di un buon cristiano è cosa diversa da quella proposta nel mondo dei diritti. Ma non si deve trascurare, come è stato affermato, che “i diritti dell’uomo non presuppongono necessariamente una visione cristiana

11. Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 11 e ss.

12. N. Colaianni, *La mediazione come valore costituzionale*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 2/1999, pp. 32 e ss.

13. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 13.

dell'uomo. Essi però possono essere affermati solo se vale la formula "homo hominis sanctus..."¹⁴.

Una premessa positiva sull'uomo che si trova già presso Seneca e prima presso la Stoà. Essa si unisce all'idea dell'uguale "dignità" di ogni uomo come conseguenza della partecipazione dell'Umanità alla Divinità¹⁵. E dall'annuncio rivoluzionario paolino dell'uguaglianza di tutti gli uomini in Cristo scaturisce anche la regola della mitezza cristiana, che è diversa, ma non incompatibile, rispetto alla mitezza costituzionale, di cui si è trattato in precedenza¹⁶.

Ma la diffidenza deve essere d'obbligo: contro ogni visione acriticamente ottimista sono le grandi tragedie di cui l'uomo con la sua libera volontà è stato causa e che si compendiano in Auschwitz, che non è un fatto storico come altri, ma un evento dell'autocoscienza umana, dal quale nasce il dubbio che siano ancora realizzabili i diritti che sono il coronamento del valore dell'Uomo.

Ma essere diffidenti non vuol dire negare i diritti, quanto piuttosto cercare una difesa dai loro aspetti più aggressivi¹⁷.

1.3.3. Il carattere pratico dell'interpretazione

Superando la concezione possibilistica tradizionale, secondo cui l'applicazione del diritto comporta che si tenga conto esclusivamente delle esigenze del diritto, e passando ad attribuire al diritto il significato di disciplina pratica, Zagrebelsky¹⁸ afferma – ed è questo il terzo principio su cui bisogna soffermarsi – che la giurisprudenza va posta al servizio di due padroni: la legge e la realtà.

Non è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso.

L'interpretazione del diritto è insomma la ricerca della norma adeguata tanto al caso quanto all'ordinamento: la preposizione "inter" del termine interpretazione indica proprio un'attività mediatrice tra il caso della vita e la norma che lo deve regolare.

Rispetto alla concezione dominante nello stato di diritto ottocentesco, che affermava la massima "dura lex, sed lex", oggi l'impossibilità di realizzare un risultato interpretativo, che non faccia violenza né alla legge né

14. Non a caso il 65° Corso di Studi Cristiani promosso dalla Pro Civitate Cristiana, che ha trattato "Lo scandalo della mitezza" (Assisi, 20-25/8/2007), ha affrontato anche il problema se la legge possa educare alla mitezza.

15. Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 141-142.

16. Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 145.

17. Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 143.

18. Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 180 e ss.

alla realtà, *pone una questione non di interpretazione della legge, ma della sua validità*: rispetto alle esigenze del caso, sono quelle della legge a soccombere nel giudizio di costituzionalità da proporre. Bisogna peraltro intendere che la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma, al contrario, è *il metodo* (interpretazione esegetica, sistematica, storica, sociologica, ecc.) *ad essere conseguenza della direzione della ricerca*, dipendendo essa da ciò che si vuol trovare. E la pluralità dei metodi con la loro equivalenza non è un difetto, ma una virtualità di successo nell'interpretazione della legge, come ricerca delle regole adeguate.

D'altro canto anche quello di "caso" non è affatto un concetto evidente: la sua comprensione presuppone che se ne intenda il senso e gli si dia un valore¹⁹. E se è vera la massima "in claris non fit interpretatio", è tuttavia anche vero che ben possono determinarsi "casi critici". Sia nel senso che un testo, che sembrava chiaro, può oscurarsi di fronte alla provocazione di un caso nuovo, sia nel senso che in relazione ad alcuni casi si determina non una comunanza, ma una divisione tra gli interpreti in ordine al senso e al valore da attribuire loro.

2. Il caso Serena tra illegalità e continuità degli affetti

Ed è proprio tra questi casi che Zagrebelsky colloca il caso Serena, un caso definito critico, perché ha diviso il pubblico (dall'uomo della strada al presidente della Repubblica) in due partiti nettamente identificati da opposte prese di posizione di senso e di valore.

L'autore non fa una scelta dichiarata tra i due "partiti". Ma dal confronto tra le decisioni giudiziarie e l'esposizione che egli fa della vicenda scaturiscono con chiarezza sia quali siano stati i limiti dell'intervento giudiziario, sia il suo civile ma netto dissenso dalla scelta giudiziaria.

Dopo aver ribadito la difficoltà della decisione, in considerazione della pacifica illegalità della situazione in cui viveva Serena, da un lato, e dell'avvenuta costituzione di un legame affettivo tra la bimba e la famiglia in cui viveva, dall'altro, e dopo essersi chiesto se si può fondare il bene di molti o di tutti sull'infelicità di un solo innocente²⁰, lo studioso offre una

19. Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 188, che spiega questo concetto con gli esempi seguenti: "lo stesso fatto materiale della morte procurata ad un uomo può essere inteso in molti differenti "sensi": come mezzo rivolto contro la vita altrui, oppure contro le sofferenze altrui (eutanasia), oppure contro la degenerazione della specie umana (eugenetica), oppure come strumento di guerra, oppure come difesa di un bene primario proprio o altrui (legittima difesa), o come sanzione di un delitto (pena capitale). L'acquisto di minori, figli di genitori indigenti, può essere visto come un commercio di esseri umani oppure come atto di beneficenza rivolto a migliorarne le condizioni di vita o a soddisfare un'esigenza affettiva degli acquirenti.

20. Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 193.

lettura della situazione molto diversa da quella che si desume dai provvedimenti giudiziari.

A differenza di questi ultimi, che prospettano l'esigenza di contrastare l'illegalità con l'allontanamento della bambina ed escludono l'esistenza di soluzioni alternative, Zagrebelsky sostiene il contrario. "La situazione legislativa lasciava margini di manovra. Chi aveva agito illegalmente per inserire un minore estraneo nel nucleo familiare perdeva per ciò stesso il diritto di richiedere l'adozione. Tuttavia, come possibilità residuale e con effetti più limitati, era prevista la "adozione in casi particolari", che consentiva di superare le limitazioni dell'adozione ordinaria, quando il minore, per vari motivi, si fosse trovato in condizioni obiettive, che di fatto impedivano l'adozione ordinaria. Questa possibilità (prevista per ragioni di età, di handicap, ecc. dei minori) era stata oggetto di applicazioni estensive. Le esigenze dei casi concreti avevano spinto in questa direzione. Incorrendo nelle critiche di chi paventava un incoraggiamento del traffico dei minori, si era eccezionalmente ammessa l'adozione da parte degli adulti che avessero violato la legge, quando si fossero ormai determinati legami affettivi così profondi con il bimbo che la loro interruzione sarebbe stata per lui fonte di grave turbamento. *In questo caso si considerava che la protezione dei minori facesse aggio sull'illegalità del comportamento dei maggiori*".

La vicenda dimostra chiaramente la dipendenza della soluzione giudiziaria dall'assunzione di criteri di senso e di volere precedenti l'interpretazione dei testi legislativi. Si fronteggiavano due diversi significati sociali: da un lato, un tentativo di "fatto compiuto" (consistente nella presenza protratta della bimba presso la famiglia Giubergia), che aveva avuto origine in un atto di commercio di cui Serena era stata oggetto. In questa prospettiva il "senso" della vicenda era individuato nel comportamento degli adulti.

Dall'altro, l'ormai avvenuto inserimento, sia pure illegale, di una bimba in una famiglia.

In questa seconda prospettiva il "senso" della vicenda era dato dalla situazione della minore. C'era chi optava per il primo "senso" e sottolineava il comportamento illegale degli adulti e considerava secondaria e quindi sacrificabile la posizione della bimba; e chi invece poneva in primo piano la condizione di Serena e considerava secondaria e sacrificabile la cattiva azione degli adulti.

Anche questo lato della vicenda avrebbe potuto e dovuto essere considerato ed esaminato dai giudici, ma ciò non è avvenuto, avendo i giudici ritenuto di non aderire a questa seconda interpretazione e di scegliere la prima strada.

Occorreva infine trovare nell'ordinamento la regola che impedisse agli adulti di realizzare il loro scopo e questa era quella che imponeva l'allontanamento della bimba.

Una scelta che Zagrebelsky mostra di non gradire: “ciò che particolarmente colpiva e turbava era il fatto che, in tal modo, un essere umano, per di più completamente innocente, fosse usato come mezzo, sia pure al fine della tutela di altri esseri umani, potenziali future vittime del medesimo tipo di commercio”²¹ ed ancora: “in fondo, la decisione del caso Serena ha comportato proprio questo: per la protezione di tanti bimbi si è messo in pericolo il bene di una bambina”²².

Una scelta tragica, in conclusione, che ha trovato molteplici riscontri, alcuni certamente più drammatici nella storia del nostro Paese. Basta ricordare, solo per citarne uno rimasto bene impresso nella nostra memoria, il dramma del sequestro dell'on. Aldo Moro da parte delle Brigate Rosse. Un dramma, nel quale il “partito della fermezza” si contrappose con successo (anche in quel caso) al “partito della trattativa”.

Riassumendo brevemente a questo punto le due posizioni esposte, viene fuori in tutta evidenza la loro netta divergenza: le decisioni giudiziarie accentuano il discorso del mercato dei bambini per motivare la decisione di allontanare Serena dalla famiglia Giubergia ed omettono, in sostanza, ogni approfondimento che sarebbe stato necessario in ordine all'interesse di Serena a perpetuare la continuità dei suoi affetti. Viceversa, coloro che non hanno condiviso le scelte giudiziarie sottolineano il danno che l'allontanamento poteva cagionare alla bimba e ribadiscono il fatto che i giudici abbiano trascurato di articolare, a proposito dell'opzione da loro non accolta, argomentazioni di più ampia portata.

3. Il significato socio-culturale della legge sull'adozione

Peraltro la complessità delle problematiche che il caso Serena ha proposto e soprattutto l'approfondimento delle ragioni delle scelte dei giudici in rapporto a quella vicenda esigono una rilettura dei principi fondamentali posti a base della legge sull'adozione.

Occorre riprendere, in sostanza, il discorso del significato socio-culturale a cui questa legge si è ispirata e che i provvedimenti giudiziari del caso Serena hanno recepito implicitamente.

Occorre poi passare al tema dell'allontanamento dei minori per tentare d'intendere perché esso abbia acquisito, grazie a tale legge, un rilievo tutto particolare e come esso abbia inciso sul mutamento di azione e di ruolo del giudice minorile; analizzando, infine, l'atteggiamento culturale critico

21. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 194.

22. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 198.

che ha per lo più accompagnato l'applicazione dell'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 di questa legge.

3.1. *Il sottostante disegno normativo delle relazioni familiari*

Come è stato ampiamente rilevato²³, la legge 184/1983 non si è limitata ad aggiornare la disciplina degli istituti dell'adozione e dell'affidamento familiare dei minori, ma ha ridisegnato il sistema delle relazioni familiari, sottraendo questa materia al libero gioco della domanda e dell'offerta tra adulti, come era avvenuto fino ad allora con la precedente adozione privatistica.

In assenza di un rapporto biologico la legge citata ha effettuato la scelta di tutelare la condizione del minore come soggetto di diritto, realizzando il rapporto di filiazione con una pubblica investitura attuata con controllo statale.

Oltre a disciplinare in modo rigoroso adozione ed affidamento, come già si è accennato inizialmente, sono state assunte iniziative legislative dirette: a) ad eliminare gli effetti di falsi riconoscimenti²⁴; b) ad escludere la prolungata permanenza di un minore presso estranei²⁵; c) a vietare l'introduzione di minorenni stranieri in Italia senza il rispetto dello specifico iter normativo²⁶.

Sono state poi aggiunte risposte legislative, che possano svolgere funzione deterrente. E non si è ritenuto sufficiente un più esteso ricorso al sistema sanzionatorio penale con le previsioni di nuove ipotesi di reato²⁷.

23. Per un ampio riscontro della dottrina in materia cfr. L. Pepino, *Serena, i giudici e l'intervento pubblico nel settore minorile*, in "Questione Giustizia", FrancoAngeli, Milano, 2/1989, pp. 434 e ss.

24. Art. 74: "Gli ufficiali di stato civile trasmettono immediatamente al competente tribunale per i minorenni comunicazione, sottoscritta dal dichiarante, dell'avvenuto riconoscimento da parte di persona coniugata di un figlio naturale non riconosciuto da parte dell'altro genitore. Il tribunale dispone l'esecuzione di opportune indagini per accertare la veridicità del riconoscimento".

25. Art. 9 com 6: "Chiunque, non essendo parente entro il quarto grado, accoglie stabilmente nella propria abitazione un minore, qualora l'accoglienza si protragga per un periodo superiore a sei mesi, deve, trascorso tale periodo, darne segnalazione al giudice tutelare, che trasmette gli atti al tribunale per i minorenni con relazione informativa".

26. Cfr., in particolare, gli artt. 31 e ss. della L. 184/1983.

27. Si tratta del caso di omissione di segnalazione di abbandono di minori da parte di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio (art. 70 L. 184/83), di affidamenti a terzi con carattere di definitività senza il rispetto della procedura di legge (art. 71); dell'illecita introduzione definitiva in Italia di minore straniero dietro compenso (art. 72, L. 184/83). Alla condanna per questi reati e per l'accoglienza protratta oltre 6 mesi senza segnalazione al giudice, consegue la pena accessoria dell'inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi.

Oltre a questi interventi è stata prevista una serie di provvedimenti urgenti diretti a rimuovere le situazioni di illegale inserimento familiare del minore. In particolare, il legislatore ha: a) ritenuto che l'illegale introduzione di un minore in un nucleo familiare sia fonte di pregiudizio presunto per il minore; b) non ha considerato l'allontanamento come fatto in sé negativo e distruttivo per il minore²⁸.

3.2. *Il pregiudizio presunto*

È questa una nuova categoria di situazione pregiudizievole per il minore, che si aggiunge alle altre fino a quel momento conosciute. Fino a quel momento, infatti, il giudice minorile era stato chiamato ad intervenire su concrete e reali situazioni di rischio per il minore. Situazioni accertate e verificate come apportatrici di concreto disagio, che andava rimosso; a procedere con ogni mezzo istruttorio possibile per conoscere la “verità vera”, non quella presunta, indipendentemente dall'esistenza di situazioni di illegalità. Fino a quel momento illegalità della situazione e disagio concreto del minore avevano seguito percorsi diversi. Non a caso la L. 4/5/1967 n. 431, quella che, introducendo l'“adozione speciale”, aveva operato una rivoluzione copernicana nell'adozione, ponendo al centro il minore ed il suo diritto ad una famiglia, aveva tuttavia continuato a convivere con la tradizionale adozione ordinaria di carattere privatistico, che comportava la cessione del figlio dalla sua famiglia all'adottante sulla base del consenso degli adulti e con il fine di consentire all'adottato di essere “solacium senectutis” per l'adottante!

In questa seconda adozione la cessione del figlio (quella che con termini più efficaci viene ora definito il traffico di minori) era la regola, tacitamente accettata socialmente e priva di sanzioni.

Con la legge 184/83, illegalità del contesto familiare e situazione di pregiudizio del minore vengono a coincidere, perché l'illecita appropriazione del bambino diventa di per sé situazione di pregiudizio presunto e si viene cioè a creare un automatismo legale (situazione familiare illecita = pregiudizio presunto = necessità di allontanamento).

Per effetto di tanto il ruolo del giudice minorile si modifica profondamente: egli certo continua ad intervenire nei casi di effettivo disagio minorile, se la situazione esiga il suo accertamento e l'intervento giudiziario, stabilendo con prescrizioni, sostegni o anche collocamento in ambienti

28. Cfr. L. Pepino, *op. cit.*, p. 443, ed inoltre L. Lenti, *Il caso Serena*, cit., in “Giurisprudenza italiana”, 1989, I, 2.

protetti, quando è necessario l'espletamento di attività utili per il recupero di una condizione di vita adeguata²⁹.

Ma accanto a questo ruolo del giudice minorile se ne crea un altro profondamente diverso: quello sostanzialmente notarile, diretto a prendere atto del fatto che, nel caso a lui sottoposto, esiste una situazione di illegalità familiare, di pregiudizio non reale ma presunto del minore, determinato dall'illegalità familiare ed a disporre per conseguenza l'allontanamento del minore dalla famiglia "abusiva", anche se il piccolo vi si trova bene. Ciò al fine di rimuovere l'illegalità familiare rilevata, di procedere subito dopo alla sua adottabilità e poter inserire il bimbo in una famiglia "legale".

Per effetto di tanto, evidentemente, è *tutto il diritto minorile che subisce una trasformazione profonda*: a non essere più solo ispirato a quella giustizia di prossimità, che significa vicinanza alla gente, verifica concreta del modo più idoneo a rispondere ai suoi bisogni e sua realizzazione, con specifico riguardo a quello dei minori. Ma a doversi adeguare al principio della legalità familiare, da rispettare anche a prezzo di entrare in rotta di collisione con i bisogni degli utenti, di procurare sofferenze a bambini e adulti.

3.3. L'allontanamento

Lo strumento principe per rispondere alle situazioni di pregiudizio presunto di minori è l'allontanamento del minore disposto dal giudice.

Ed è questo un altro profilo nodale su cui occorre riflettere. Perché la legislazione precedente considerava l'allontanamento del minore dalla sua famiglia come misura da attuare per ultima quando altri provvedimenti "convenienti" per eliminare il disagio familiare prodottosi non fossero risultati sufficienti³⁰; in sostanza era vista come una misura da usare con cautela, perché poteva essa stessa determinare sofferenza e pregiudizio al minore.

Ora invece, con la L. 184/1983 la cultura giuridica dell'allontanamento cambia, poiché esso non viene più considerato un fatto in sé negativo: anzi

29. Cfr. F. Occhiogrosso, *L'art. 333 cod. civ. modelli di famiglia e ruolo del giudice*, in Aa.Vv., *Adozione, Provvedimenti sulla potestà parentale, ruolo del giudice e dell'ente locale*, convegno dell'Associazione italiana dei Giudici per i minorenni, Napoli 26-28/11/1992 in "Quaderni dell'Aigm", 2, pp. 79 e ss.

30. Significativa al riguardo è la lettera dell'art. 333 cod. civ. per cui il giudice, quando la condotta dei genitori "appare comunque pregiudizievole al figlio, può adottare i provvedimenti convenienti e può *anche* disporre l'allontanamento di lui dalla residenza familiare". A questo testo ex art. 37 della L. 28/3/2001 n. 149 ha aggiunto le parole "ovvero l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore", ma questo secondo modello di allontanamento risulta scarsamente utilizzato.

l'effetto non pregiudizievole dell'allontanamento è uno dei postulati su cui si fonda l'intero intervento di tale legge³¹.

È pacifico poi che, quando si tratti di rimuovere una situazione familiare d'illegalità e quindi un pregiudizio solo "presunto", l'allontanamento del minore è normativamente un atto addirittura dovuto.

A partire da tale momento, esso diventa l'intervento giudiziario minorile di maggiore rilievo anche per l'attenzione che vi presta l'opinione pubblica. E la rilevanza è tale che l'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia gli dedica uno dei suoi convegni annuali, da cui viene poi tratto un volume³².

È utile quindi ai fini del nostro discorso analizzare i principali profili emersi nell'analisi di questo tema³³.

3.3.1. Il numero "oscuro" degli allontanamenti

I dati relativi al numero degli allontanamenti (che all'epoca furono attuati, ma il discorso vale anche oggi) è difficilmente ricavabile dalle statistiche giudiziarie, perché i collocamenti etero-familiari dei bambini, che vengono effettuati autoritativamente dai tribunali per i minorenni, sono sparsi tra le molteplici procedure di adozione e di volontaria giurisdizione³⁴.

31. Cfr. al riguardo L. Pepino, *op. cit.*, p. 444, nota 31, il quale aggiunge: "Sull'allontanamento si fondano, infatti, come è di tutta evidenza, sia l'adozione che l'affidamento familiare (e quest'ultimo, anzi, lo prevede *doppiamente*, all'inizio e al termine, senza che siano previsti limiti di sorta né con riferimento all'età del minore né in relazione alla durata, potenzialmente anche pluriennale, dello stesso). Ciò non significa, ovviamente, che ad esso si possa far ricorso superficialmente o immotivatamente ma che, in presenza di condizioni fattuali o giuridiche (cfr. art. 10 comma 1°) che lo legittimino, esso è ritenuto evento suscettibile di positivo superamento – pur nella sofferenza immediata – da parte del minore". Nello stesso senso A.C. Moro, citato da Pepino, *op. cit.*: "non può condividersi la tesi che lo sviluppo di personalità della bimba è irreversibilmente compromesso per il suo allontanamento dal nucleo familiare in cui era inserita: l'esperienza di chi opera nel settore dell'infanzia assicura che bambini divenuti orfani dei genitori o che comunque sono stati da loro abbandonati non di per ciò solo sono irrimediabilmente destinati ad una incompiutezza umana: questi bambini hanno superato il trauma del "lutto" se hanno trovato prontamente una nuova famiglia che nell'affetto sapeva assicurarli, sostenerli, recuperarli ad una vita serena e costruttiva".

32. Si tratta del convegno nazionale Aimmf sul tema "Quando un bambino viene allontanato", svoltosi a Bellaria dal 19 al 22 maggio 1994, da cui ha tratto spunto il volume della Collana Puer con lo stesso titolo, edito da FrancoAngeli nel 1997 e curato da Marco Bouchard.

33. Molto utile in proposito è la lettura del fascicolo di "Minorigiustizia" n. 1/1999 intitolato "Salvare o rompere i legami familiari del bambino?".

34. Così F. Mazza Galanti, *L'allontanamento come decisione: le prassi e le conseguenze della decisione*, in M. Bouchard (a cura di), *Quando un bambino viene allontanato*, FrancoAngeli, Milano, pp. 115 e ss.

a) Anche se si sostiene che la loro entità numerica non è molto consistente, specie se si tiene conto dell'elevatissimo numero di segnalazioni relative a situazioni pregiudizievoli che ogni anno pervengono ai tribunali³⁵, quella che merita di essere approfondita ai fini del nostro discorso è la logica a cui l'intervento che sancisce l'allontanamento si ispira. Infatti nella realizzata sintonia tra tribunale e servizi ai fini della valutazione della recuperabilità dei genitori, il ricorso alla magistratura da parte dei servizi fa sì che il tribunale con il suo provvedimento operi come strumento del cambiamento per una ristrutturazione del rapporto familiare che agevoli il superamento di pericoli e sofferenze nel bambino³⁶.

In tal modo il rapporto servizio-tribunale viene a rovesciarsi rispetto a quello precedente ed il servizio, anziché subordinarsi ad una prospettiva condivisa, *acquista presso lo sportello giudiziario i grimaldelli per un efficace intervento sociale*³⁷.

Il rischio conseguente è che l'intervento giudiziario coatto verso i genitori (che va dalle varie prescrizioni imposte fino all'allontanamento), lungi dall'essere un intervento eccezionale e riservato a casi patologici non diversamente affrontabili, *diventa invece l'oggetto e lo strumento operativo ordinario*³⁸.

b) In conclusione, l'allontanamento cambia volto: non è più visto come un momento di rottura, ma il modo di rimuovere o allentare un legame *per poterlo guarire* ovvero per instaurarne uno nuovo sostitutivo o per restituire il minore al suo legame naturale³⁹.

Ed è oggettivamente collegabile a questo nuovo orientamento la linea operativa già attuata dal Tribunale per i minorenni di Genova che, a seguito di una richiesta rivolta ai responsabili dei reparti di ostetricia di tutto il territorio distrettuale, riceveva la segnalazione di tutti i figli di tossicodipendenti e procedeva ad una verifica preliminare dell'idoneità genitoriale con l'effetto che ciò poteva comportare il divieto di riconsegna del bimbo alla madre o ai parenti, sì da realizzare un "allontanamento preventivo" del minore⁴⁰ sulla base appunto di un allargato concetto di pregiudizio presunto.

35. Cfr. F. Mazza Galanti, *op. cit.*, p. 116. Vedi anche M. Bouchard (a cura di), Introduzione, in *Quando un bambino viene allontanato*, cit., p. 14: "È bene ricordare che le cifre degli allontanamenti disposti dall'autorità giudiziaria sono estremamente contenuti".

36. Cfr. S. Cirillo e M.V. Cipolloni, *L'assistente sociale ruba i bambini?* Milano, 1994, pp. 194 e ss.

37. Cfr. I. Petrone, *Il servizio sociale dell'ente locale*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 4/1993, pp. 62 e ss.

38. M. Bouchard, *op. cit.*, p. 18.

39. P. Pazè, *La giustizia che taglia e restaura i legami del bambino*, Editoriale, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 1/1999 p. 9.

40. Così Mazza Galanti, *op. cit.*, p. 117.

Si tratta peraltro di una prassi non eccezionale, atteso che anche a Bologna, nel primo semestre del 1994, in cinque casi i neonati, figli di tossicodipendenti, non erano stati affidati alla madre dopo il parto.

A Torino poi i neonati con sindrome di astinenza non venivano riconsegnati alla madre dopo il parto, in quanto la sindrome di astinenza neonatale (SAN) veniva considerata come sintomo di un comportamento sostanzialmente abbandonico, di assenza di tutela della salute del figlio: ne conseguiva quindi l'apertura di una procedura per la dichiarazione eventuale dello stato di adottabilità⁴¹. In sostanza quei tribunali non procedevano all'apertura del procedimento di protezione del minore, quando veniva segnalata loro dai servizi una concreta condotta pregiudizievole del genitore affidatario ed esercente la potestà, presupposto per l'eventuale allontanamento del figlio, che viveva in grave disagio. Al contrario, si partiva dal presupposto di una situazione di pregiudizio presunto e preventivo del bambino, *che mai aveva vissuto con i genitori, per capovolgere i principi giuridici ed allontanare il bambino dai genitori, prima di qualunque convivenza e malgrado a costoro non potesse attribuirsi alcuna condotta concretamente pregiudizievole* in danno del figlio. Salvo eventualmente restituirlo, se i genitori avessero dato prova positiva.

- c) Un cenno, infine, è opportuno fare con riguardo al numero dei casi di allontanamento realizzati in alcuni tribunali riferiti a campione. Per quanto riguarda Milano risulta che nel 1994 vi furono 35 casi di allontanamento e che l'anno successivo si registrò un sensibile aumento di questo numero (71 casi), confermato anche nel 1996 senza che sia stato possibile accertarne la causa⁴².

Risulta inoltre che nel 1993 gli allontanamenti disposti dal Tribunale per i minorenni di Roma furono 103, a Napoli 450, a Bari 128, a Lecce 239, a Palermo 264, a Reggio Calabria ed a Sassari 16. In sostanza, con riferimento a quegli anni, la situazione è risultata diversa da tribunale a tribunale senza che si sia potuto individuare un filo conduttore unitario che portasse a comprendere la ragione di tale diversità.

Com'è agevole rilevare, i dati esposti si riferiscono ad epoca ormai risalente e non risulta che vi siano stati aggiornamenti. Sarebbe quindi auspicabile che fosse effettuata una ricerca che li aggiorni.

Ed infatti, quel che si può sottolineare, senza tema di smentita, è che, indipendentemente dal perpetuarsi fino ad oggi di alcune delle cattive prassi

41. Così F. Mazzola Lorenzini, A. Vancheri, M. Vitolo, *Analisi delle prassi sull'allontanamento delle autorità giudiziarie minorili italiane*, in M. Bouchard (a cura di), *op. cit.*, p. 189.

42. Cfr. L. Formica, *Ufficio allontanamenti coatti del Comune di Milano*, in M. Bouchard (a cura di), *op. cit.*, p. 133.

di allontanamento preventivo descritto, la cultura di fondo della legge sull'adozione, diretta a ridisegnare il sistema delle relazioni familiari in un quadro di legalità familiare coatta è rimasta in vigore fino ad oggi⁴³.

3.3.2. La qualità dell'allontanamento

Ovviamente il descritto cambiamento della cultura di fondo e del fine dell'intervento di allontanamento non significa che esso non risulti doloroso e punitivo: è questa la ragione per cui tale tema viene talora avvicinato a quello della custodia cautelare in carcere⁴⁴; è questa la ragione per cui si rende sempre necessaria l'osservazione del suo andamento in relazione all'evoluzione negli equilibri del bambino e del suo nucleo familiare. La maggior parte degli operatori giuridici e sociali, prendendo le distanze dai principi desumibili dalla L. 184/1983, ritiene che l'allontanamento resta in ogni caso un evento simbolicamente terribile, perché costituisce l'ingerenza più profonda di una pubblica autorità nell'autonomia della famiglia, avendo ad oggetto quel bene che i genitori sentono più come proprio che è il figlio⁴⁵.

Singolarmente, proprio per la minore Serena, l'effetto dell'allontanamento non è stato tanto traumatizzante, atteso che la piccola – che, visitata quando era ancora presso la famiglia Giubergia, presentava una serie impressionante di fobie (terrore per il treno, paura del campanello, mania di lavarsi le mani, sonno disturbato da incubi, sudorazione e pianto notturno) – nel corso della visita effettuata dopo il suo allontanamento da tale famiglia, mostrava una netta diminuzione, se non una scomparsa, di tali sintomi⁴⁶. In conclusione, anche questi rilievi sottolineano la complessità del tema e l'esigenza di ulteriori approfondimenti.

3.3.3. Chi lo dispone

Vi è una vera e propria proliferazione di autorità che dispongono l'allontanamento, a conferma di una confusione normativa che regna in materia.

Sono ben cinque i soggetti che deliberano e attuano l'allontanamento dei minori: l'ente locale che interviene per il minore male allevato ex art. 403 cod. civ.; il pubblico ministero minorile che si ritiene legittimato dallo

43. Cfr. F. Mazzola Lorenzini, A. Vancheri, M. Vitolo, *op. cit.*, p. 193.

44. Così F. Mazza Galanti, *op. cit.*, p. 109.

45. Cfr. P. Pazè, *op. cit.*, p. 9.

46. È quanto risulta dal decreto pronunciato il 31/03/1989 dal Tribunale per i Minorenni di Torino sul caso Serena, pubblicato in "Questione Giustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 2 1989, p. 433.

stesso art. 403 cod. civ. ad emettere ordini nella sua qualità di pubblica autorità; il giudice tutelare; il tribunale della separazione e del divorzio (art. 6, comma 10, legge divorzio); il tribunale per i minorenni (art. 330, comma 2, art. 333 cod. civ. e art. 10, commi 2 e 3, L. 184/1983)⁴⁷. A questi organismi, secondo una vecchia giurisprudenza della Cassazione, va aggiunto l'ufficiale giudiziario designato dal giudice per eseguire la consegna del minore con la procedura dell'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare (art. 612 cod. proc. civ.).

Tra queste, quella rientrante nella competenza del tribunale per i minorenni presenta profili discutibili, tanto che dal punto di vista procedurale l'avvocatura è stata per lungo tempo critica nei riguardi del modo di operare dei giudici minorili, lamentando l'eccessiva discrezionalità delle prassi adottate e la mancanza di sufficienti regole processuali tali da determinare violazioni del diritto di difesa⁴⁸.

3.3.4. L'allontanamento come notizia

Un corollario del problema allontanamento è stato poi spesso costituito dal modo improprio in cui le vicende giudiziarie sono state riportate dalla stampa e dalle polemiche che ne sono conseguite. Emblematica in proposito è una vicenda avvenuta a Trento alcuni anni fa, che tuttavia può essere proposta come esempio anche attuale di "allontanamento". Talora l'esposizione giornalistica dei fatti è tanto lontana dai medesimi da essere stata provocatoriamente definita come "allontanamento dalla verità"⁴⁹. In realtà, soprattutto a partire dal caso Serena, l'atteggiamento dei mass media e dell'opinione pubblica è stato costantemente ostile ai tribunali minorili⁵⁰.

Se è vero che è agevole riscontrare un vizio di fondo al riguardo del modo di operare dell'informazione, che per lo più ha come proprio interlocutore solo quei genitori da cui il minore è stato allontanato, va tuttavia anche aggiunto che, come abbiamo cercato di esporre nella breve storia dell'istituto dell'allontanamento svolta in precedenza, sono oggi molto meno facili ad essere intese le ragioni che motivano tale intervento giudiziario rispetto a quanto avveniva alcuni anni fa. Bisogna tener presente che ha

47. Cfr. C. Trionfi e V. Minecci, *L'esecuzione coattiva di provvedimenti giudiziari di allontanamento o consegna di un minore*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 1/1999, Dossier, pp. 117 e ss.; vedi anche P. Pazè, *op. cit.*, p. 9.

48. Cfr. Mazza Galanti, *op. cit.*, p. 115.

49. Il caso è proposto da G.C. Turri, "A casa sua non mangiava: sarà dato in adozione", *cronaca di un allontanamento*, in M. Bouchard (a cura di), *op. cit.*, pp. 221 e ss.

50. Riguardo al caso Serena, L. Pepino, *op. cit.*, p. 435 ricorda "il rapido ed inarrestabile trasformarsi del dibattito in crociata, del confronto in aggressione, del dubbio in acritica certezza, in un quadro da rivolta popolare amplificata e gestita dalla stampa".

decisamente inciso in questo orientamento la maggior difficoltà che si rileva oggi nell'interpretare le vicende abbandoniche. Prima, in sostanza, l'intervento giudiziario in tema di tutela di minore presupponeva l'esistenza di una situazione di abbandono omissivo: il bambino lasciato dai genitori per anni in un istituto assistenziale legittimava pienamente il suo allontanamento dai genitori e la sua adozione. Ma quando le situazioni di tal genere sono andate scomparendo o quasi, i giudici sono passati ad estendere il loro intervento anche a casi di abbandono commissivo (dai maltrattamenti, agli abusi sessuali, alle difficoltà interrelazionali, ecc.).

Tuttavia i casi di abbandono commissivo sono risultati talora molto meno pacifici di quelli dell'abbandono omissivo; sono stati contestati sia dai familiari dei minori che dall'opinione pubblica: e talora sono risultati effettivamente discutibili.

Ed a tutto ciò si sono aggiunti il profondo dissenso e talora la protesta dichiarata rispetto alla gestione di allontanamenti per casi d'inserimenti familiari illegali. Significativa, tanto per tornare al caso Serena, è stata l'opposta valutazione sociale di tale illecita appropriazione della bimba, giudicata dalla magistratura minorile grave manifestazione di mercato⁵¹ dei bambini ed invece da autorevoli esponenti dell'opinione pubblica come azioni illegali di peso tanto scarsamente rilevante da poter essere paragonato a quello di una formica.

51. È stato questo il giudizio espresso in relazione al caso Serena da N. Ginzburg, citato in L. Pepino, *op. cit.*, p. 441.

2. L'adozione mite ed il periodo dell'incubazione

1. Dopo il “caso Serena”

Come si è detto, – una volta passata la bufera del “caso Serena” – la cultura giuridica diffusa dalla L. 184/1983, fondata sul rigido sistema normativo delle relazioni familiari, a cui si è fatto cenno in precedenza, ha continuato a trovare pacifica applicazione, anche se di tanto in tanto segnali di dissenso rispetto ai principi di cui essa è portatrice hanno trovato eco nei mass media soprattutto con riferimento a vicende giudiziarie di allontanamento di minori dalle persone (non solo dai genitori) con cui vivevano.

La riforma intervenuta con la legge 149/2001, ha sostanzialmente – si è avuto modo di rilevare – lasciato intatto l'impianto di fondo della L. 184/1983, inserendo con la nuova normativa solo due regole che suonano come ragioni di diffidenza nei riguardi della magistratura minorile. La prima è costituita dal disposto del secondo comma dell'art. 1 (introdotto appunto dalla L. 149/2001), che afferma che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non possono essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia.

Si ribadisce in sostanza che un bambino non può essere dichiarato adottabile solo perché i suoi genitori sono indigenti; che non basta che egli si trovi in condizione di abbandono solo materiale, perché, come ha sempre disposto la legge, occorre che alla situazione di abbandono materiale si accompagni la situazione di abbandono morale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedere all'assistenza, perché si giunga alla sua adottabilità. Ma questo principio è stato sin dall'inizio e poi costantemente affermato dalla giurisprudenza minorile e non avrebbe avuto bisogno di una consacrazione normativa che gli desse ulteriore rilievo. Tale disposizione è stata quindi giustamente letta come un messaggio ai giudici minorili, affinché procedano con particolare rigore nelle dichiarazioni di adottabilità.

La seconda regola è stata quella che introduce, con l'art. 10, comma 2, l'istituto della difesa d'ufficio che assicura obbligatoriamente ai genitori o parenti del minore, per il quale è aperto un procedimento di adottabilità, ogni necessaria garanzia difensiva. Anche qui va segnalata l'assoluta novità costituita dall'istituzione del difensore d'ufficio, formula tecnica che ha finora trovato riferimenti solo nell'ambito della materia penale, mai in quella civile: è questo quindi il primo caso in cui il legislatore ha fatto ricorso in materia civile al difensore d'ufficio. Va poi ricordato che un meccanismo diretto ad assicurare l'obbligatorietà del difensore di ufficio, la sua nomina e la sua retribuzione è previsto dalla disciplina normativa del processo penale minorile. Ma in tale caso si tratta di dare garanzie processuali adeguate al minorenne sottoposto a processo penale. Nel nostro caso, invece, la difesa obbligatoria è assicurata ai genitori o parenti e quindi ad adulti, non al minorenne (al quale una tale difesa è assicurata dall'ultimo comma dell'art. 336 cod. civ. limitatamente ai soli procedimenti de potestate): ed è anche questa un'eccezione significativa alla regola generale che non prevede la presenza del difensore d'ufficio nei procedimenti civili.

In conclusione, anche un sistema così rigoroso di garanzie processuali per i familiari dei minori, per i quali pende procedimento per la dichiarazione di adottabilità, suona come messaggio di sfiducia del legislatore nei confronti dei giudici minorili.

2. Prima dell'adozione mite: due quesiti preliminari

Facendo quindi il punto della situazione, si può dire che fino al 2003, pur con questi messaggi di cautela inviati dal legislatore, i principi affermati dalla legge sull'adozione sono rimasti fermi.

È solo a partire da quell'anno, con l'introduzione dell'adozione mite, che i principi fondamentali che reggono l'adozione legittimante cominciano ad essere messi in discussione.

Ed a questo punto è necessario chiedersi che cosa sia l'adozione mite e sottolineare che, se pure in questa formula s'intendono comprese molteplici tematiche diverse, il dato unificante che le caratterizza è costituito dalla circostanza che cominciano ad essere messi in discussione appunto quei principi.

È quindi il momento di passare a trattare della storia dei cinque anni dell'adozione mite. Ma prima di cominciare tale analisi, si deve proporre un'altra questione.

C'è da chiedersi se tale adozione sia nata naturalmente nel momento stesso in cui a Bari nasceva nel 2003 la prassi operativa della medesima oppure se la sua cultura non sia stata elaborata prima.

E c'è anche da chiedersi se il discorso culturale che accompagna l'adozione mite abbia avuto un raggio di azione limitato alla sola adozione oppure se non si sia diffuso in un'area di più ampia portata.

In relazione a questo secondo quesito va subito detto che certamente il discorso relativo alla mitezza riferita all'ambito giuridico non riguarda (o non riguarda solo) l'adozione o singoli istituti del diritto, ma è frutto di una revisione culturale generale, del modo d'intendere il diritto, che ha trovato il suo riferimento essenziale, la sua prima presa di coscienza nell'opera di Gustavo Zagrebelsky sul diritto mite.

È tutto il diritto, in sostanza, non un singolo settore, che viene sottoposto ad una nuova lettura culturale e che riceve una profonda modificazione globale. Pertanto, il primo profilo da condividere è che quello della mitezza si propone sin dall'inizio del suo apparire come una prospettiva di carattere generale che abbraccia l'intero diritto.

Ma accanto a tale evoluzione generale, si coglie anche che questa nuova cultura trova spazi di maggiore incisività e realizzazione in alcuni profili del diritto piuttosto che in altri. In particolare, un notevole contributo all'evoluzione del diritto in senso mite è dato dall'arrivo in Italia della *mediazione*. Come vedremo tra breve, il discorso riguarda sia il diritto minorile che quello ordinario, sia il diritto civile che quello penale ed è antecedente o coevo all'epoca in cui comincia ad attuarsi l'adozione mite¹.

E nell'ambito di questo discorso merita in particolare di essere ricordato il cammino culturale che in dottrina prima del 2003 ha caratterizzato l'istituto dell'adozione, come già accennato in precedenza.

2.1. *L'area di più efficace applicazione del diritto mite*

Conferma dei rilievi svolti da ultimo deriva dalla constatazione che, se si fa riferimento alle principali opere in senso ampio giuridiche che a partire dalla fine degli anni '80 si richiamano alla mitezza², è agevole constatare che l'area del diritto mite si estende alla giurisdizione penale minorile, a quella penale del giudice di pace ed a quella del diritto penitenziario per

1. Giustamente rileva il documento Aimmf del 24/6/2006 (pubblicato in "Minorigiustizia" 2/2006, pp. 127 e ss.) che è merito del recente dibattito sull'adozione e sull'affidamento familiare "l'aver messo in risalto che il diritto minorile familiare è di per sé un diritto mite".

2. Cfr. M. Corsale, *La mediazione tra società plurale e diritto mite*, in "Minorigiustizia" 2/1999, p. 40; F. Di Ciò, *Un modello mite di giustizia: la mediazione penale minorile*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, 1998; L. Picotti, G. Spangher, *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive; effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003; G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.

allargarsi anche al diritto commerciale e alla materia civile familiare con l'istituto della mediazione, a cui fa riferimento la disciplina normativa relativa all'affidamento condiviso: in sostanza, la letteratura specifica dà atto della *piena coincidenza dell'area in cui trova spazio la mediazione* con quella in cui è più agevole cogliere l'esistenza di riferimenti al diritto mite. Si può quindi affermare che l'arrivo della mediazione in Italia ha costituito una spinta notevole per la progressiva diffusione della cultura del diritto mite. Esaminiamo ciascuno di detti spazi.

2.2. *Nel processo penale minorile*

Quanto al processo penale minorile è agevole cogliere l'impostazione complessiva di mitezza sulla base di alcuni elementi.

a) Il primo è quello che prevede l'inammissibilità dell'esercizio dell'azione civile per le restituzioni ed il risarcimento del danno cagionato dal reato (art. 10 DPR 448/1988) e quindi l'impossibilità di costituzione di parte civile.

La ragione di tale incompatibilità in questo modello di processo non può non trarsi dalla qualità nuova e diversa del modo di guardare al conflitto tra minorenni imputato e vittima che il legislatore ha voluto introdurre.

In questa materia, insomma, si è voluta superare la logica tradizionale del processo penale fondato sul contraddittorio tra accusa e difesa, che si concreta per lo più nell'esasperato conflitto delle reciproche posizioni finalizzato ad agevolare la conoscenza dei fatti che hanno dato causa al processo penale, e quindi solo a favorire l'accertamento della verità sui fatti che vi hanno dato causa e l'ascrivibilità del reato all'imputato per legittimarne la condanna.

Si è voluto piuttosto dare spazio con la messa alla prova alla facoltà di conciliazione del minorenne con la vittima nonché alla ricerca di soluzioni consensuali e responsabilizzanti per l'imputato e degli spazi utili per restituire alla vittima la sua dignità offesa, oltre che per realizzare la riparazione del danno. In sostanza, la cultura della mediazione che in tal modo si afferma è finalizzata alla realizzazione e al recupero della pace sociale. Quella tuttavia che finora è mancata è un'adeguata legislazione di sostegno ed aiuto alla vittima.

b) Il secondo riguarda l'istituto della messa alla prova (art. 28 DPR 448/1988), che prevede la possibilità per il giudice di sospendere il processo per un periodo non superiore a tre anni, quando si procede per i reati per i quali è prevista la reclusione non inferiore nel massimo a 12 anni e per un anno negli altri casi. In questo periodo il minorenne viene affidato ai servizi sociali per attività di osservazione, trattamento e so-

stegno e gli possono essere impartite prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato ed a promuovere la sua conciliazione con la persona offesa dal reato. Quando si consideri che anche per il minore imputato di omicidio volontario, è possibile procedere alla messa alla prova con l'effetto che, in caso di esito positivo della prova, il reato si estingue alla scadenza di soli tre anni di prova, è agevole cogliere in tutta la sua pienezza la dimensione mite di questo istituto e della crescita che in breve tempo la cultura della mitezza ha conseguito con il sostanziale superamento del principio retributivo nel settore penale minorile. Ed è interessante rilevare nella stessa prospettiva che, anche se non esisteva (e non esiste) una legge sulla mediazione, singolarmente è stato proprio il riferimento normativo alle prescrizioni dirette a promuovere la conciliazione tra le parti in sede di messa alla prova a determinare la prima affermazione dell'istituto della mediazione in ambito giudiziario minorile e la nascita di molteplici servizi per la mediazione giudiziaria in Italia³; anche questo è un argomento significativo per sottolineare l'affinità tra mitezza giuridica e mediazione.

2.3. Nel processo penale del giudice di pace

Agli stessi principi del processo penale minorile si richiama la giurisdizione penale del giudice di pace, anch'essa finalizzata da un lato a perseguire la ricerca della pace sociale e dall'altro a reperire forme diverse di risposta penale al reato con il superamento del trattamento custodialistico in carcere in favore di soluzioni riparative. Ed è utile richiamare qui il testo delle due disposizioni che introducono la cultura della mitezza.

L'art. 29, comma 4, del D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274 stabilisce che

il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, promuove la conciliazione delle parti. In tal caso, qualora sia utile per favorire la conciliazione, il giudice può rinviare l'udienza per un periodo non superiore a due mesi e, ove occorra, può avvalersi anche dell'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio. In ogni caso, le dichiarazioni rese dalle parti nel corso dell'attività di conciliazione non possono essere in alcun modo utilizzate ai fini della deliberazione.

Inoltre l'art. 35 prevede l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie e stabilisce che

3. Sul ruolo svolto dalla magistratura minorile in questo ambito, cfr.: A. Mestitz, *Messa alla prova e mediazione penale*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 1/2005, pp. 47 e ss.

il giudice di pace... dichiara con sentenza estinto il reato... quando l'imputato dimostra di aver proceduto... alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Anche qui punto cardine è l'aspirazione alla conciliazione come forma privilegiata di superamento del conflitto: perciò si fa riferimento sia alla mediazione che alla riparazione. Ed il valore pregnante della ricerca della pace sociale è nel capovolgimento della logica del processo penale tradizionale contenuta nelle ultime parole dell'art. 29, 4° comma, citato. Esse giungono infatti a tal punto, nel privilegiare la ricerca della conciliazione tra le parti, da comportare l'inutilizzabilità anche di una ammissione di colpa, di una confessione del reato che, nel corso dell'attività di conciliazione, l'imputato dovesse rendere!

2.4. *Nell'ordinamento penitenziario*

Infine un ultimo spazio giudiziario per l'ingresso del diritto mite si crea con l'introduzione di modelli di giustizia riparativa nell'ambito dell'esecuzione penale dei soggetti adulti. L'art. 27 del DPR 30 giugno 2000 n. 230, contenente il regolamento relativo a norme dell'ordinamento penitenziario, stabilisce infatti che l'osservazione della personalità dei detenuti deve comportare anche una riflessione "... sulle possibili azioni di riparazione delle conseguenze del reato, incluso il risarcimento dovuto alla persona offesa".

La sollecitazione culturale conseguente all'applicazione di questa normativa ha subito dopo prodotto la nascita della Commissione di studio sulla "Mediazione penale e giustizia riparativa" istituita con decreto 26/2/2002 nel Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria⁴.

Di recente, nel gennaio 2008, il Dipartimento per la Giustizia minorile del Ministero della giustizia ha presentato al Guardasigilli uno schema di disegno di legge sull'ordinamento penitenziario minorile. Esso prevede percorsi trattamentali sempre più diversificati anche sul territorio e introduce, come nuova misura alternativa alla detenzione, la mediazione penitenziaria, che consente la liberazione anticipata o una riduzione di pena,

4. Su ciò cfr. M.P. Giuffrida, *Verso la giustizia riparativa*, in "Mediaries", Dedalo, Bari, 3/2004, gennaio-giugno 2004, che sottolinea anche il nuovo rilievo dell'art. 47, comma 7, dell'ordinamento penitenziario che ha reso obbligatorio per l'affidato in prova al servizio sociale l'impegno in favore delle vittime del reato: tale previsione era solo facoltativa in precedenza. Una sintetica analisi dei principali documenti internazionali sulle tutele delle vittime e sulla giustizia riparativa, curata dalla stessa autrice, è reperibile in "Mediaries", Dedalo, Bari, 3/2004, p. 187 e ss.

quando vi è stata attività di mediazione-riparazione ed essa ha avuto esito positivo.

2.5. Nell'affidamento condiviso e nella materia commerciale

Infine la L. 64/2006 sull'affidamento condiviso ha previsto al secondo comma dell'art. 155 sexties cod. civ. la possibilità che nel caso del giudizio di separazione coniugale i coniugi facciano ricorso alla mediazione.

Riassumendo conclusivamente la portata dell'ingresso della mediazione nel diritto italiano, si può dire senz'altro che essa, partendo da profili considerati tradizionalmente periferici, quali il diritto minorile e familiare e quello del giudice di pace, si va gradualmente estendendo a settori significativi (quale quello penitenziario) e tende ad occupare sempre più ampi spazi nel diritto. E con la mediazione crescono gli spazi del diritto mite.

2.6. La mitezza con riferimento all'adozione prima del 2003

Come si è detto in precedenza, anche in tema di adozione in epoca precedente alla realizzazione della prassi dell'adozione mite, emergono spazi culturali che propongono riflessioni critiche ispirate alla cultura della mitezza. Essi offrono anche un utile contributo per rispondere ai quesiti sul come e quando, ma soprattutto sul perché è nata l'adozione mite. Si deve a Gustavo Zagrebelsky la prima significativa analisi critica dell'adozione legittimante (od ordinaria, per usare il termine utilizzato dall'autore)⁵, svolta con riguardo al "caso Serena", sul quale ci siamo ampiamente soffermati.

Ma la cultura dell'adozione legittimante viene messa poi in discussione in modo ancora più netto dallo studio di due autorevoli sociologi⁶. Essi rilevano che tale cultura si fonda sull'assunto che solo la normale famiglia coniugale sarebbe funzionale all'adozione, perché adeguata alla crescita e all'educazione dei figli. Al contrario, essi sottolineano la difficoltà attuale di individuare un modello "normale" di famiglia, tenuto conto della diversificazione dei modelli (famiglia legittima, di fatto, monoparentale, adottiva, multietnica, della fecondazione assistita, ricostituita ecc.) e della crescente instabilità dei matrimoni. Analizzando quindi il modello della famiglia ricostituita, lo propongono come esempio della praticabilità di una "plurigenitorialità ordinata", che vede compresenti rapporti di genitorialità

5. Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 192-199.

6. F. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia ed il diritto*, Laterza, Bari, 1998, pp. 101 e ss. e 197 e ss.

biologica e genitorialità sociale, per contrapporlo a quello dell'adozione legittimante, intesa come *adozione forte*, che interrompe ogni rapporto tra famiglia biologica e famiglia sociale e che trova un punto di riferimento ideale nella metafora dell'adozione come "seconda nascita" del figlio adottato.

Ampliando il discorso, questi autori sostengono che l'adozione legittimante è in linea con la "schizofrenia nella quale si trova il diritto di famiglia dei Paesi occidentali che, da un lato, configura il matrimonio come un contratto revocabile secondo le volontà delle parti, ma dall'altro, nel regolare le relazioni genitoriali (e quindi l'affidamento dei figli), assume... come modello di riferimento quello tradizionale.. che presuppone l'esclusività e la perennità della genitorialità biologica, anche dopo la separazione, e, ignorando le reali trasformazioni delle famiglie, tratta i genitori sociali come degli estranei che minaccerebbero la stabilità del modello ancora giuridicamente dominante"⁷.

Alla luce di questi rilievi viene proposto di reinterpretare l'adozione, superando l'idea di essa come finzione di famiglia biologica, per farla diventare l'esperienza di una differenza, di una riorganizzazione dei rapporti tra famiglia adottiva e famiglia di origine, al pari di altre riorganizzazioni da realizzare in situazioni analoghe, in cui si sperimentano relazioni familiari complesse.

Accettando, in conclusione, questa prospettiva dell'adozione non come totale frattura di un precedente sistema familiare e sostituzione con un altro, si prospetta anche l'idea che l'interesse del minore venga tutelato in futuro oltre che da un modello "forte" di adozione, anche da un modello "mite", che conceda maggiore spazio a forme diverse di adozione.

È la prima volta che il termine "mite" viene abbinato a quello di adozione.

7. F. Pocar, P. Ronfani, *op. cit.*, p. 197.

3. I cinque anni dell'adozione mite

1. La complessità del procedimento: la fase della prassi e quella del progetto culturale

Sulla base degli orientamenti culturali descritti nasce nel maggio del 2003 nel Tribunale per i minorenni di Bari la sperimentazione di nuove prassi giudiziarie, che vengono definite complessivamente come adozione mite.

Per definirne le caratteristiche è bene descrivere anzitutto le modalità secondo cui essa si è realizzata in questo quinquennio di vita, per poi passare a riflettere sulle sue peculiarità. Ed esaminando tali modalità è agevole rilevare che essa si è articolata in due fasi. La prima (temporalmente identificata con il biennio 2003-2005) si è distinta per aver definito la prassi operativa dell'adozione mite, individuandone presupposti, situazioni nelle quali ha trovato applicazione, meccanismi del suo funzionamento ed iter burocratico-organizzativo, secondo cui è stata strutturata. La seconda fase (che si riferisce grosso modo al triennio successivo) va oltre il percorso tracciato dalla prassi, che tuttavia resta confermata, per tendere alla realizzazione di essa come progetto culturale nell'ottica di una riflessione orientata a modificare il rigoroso disegno normativo delle relazioni familiari introdotto dalla L. 184/1983. A tal fine si realizza una biforcazione nella duplice direzione del tendere ad una riforma legislativa che integri la disciplina normativa esistente e del muoversi nella direzione di una più articolata affermazione giurisprudenziale della stessa adozione e del collegamento con i servizi sociali degli enti locali a mezzo di protocolli d'intesa.

Va infine rilevato che la scansione temporanea del quinquennio sopra indicata non va intesa in modo rigoroso, poiché in alcuni momenti prassi e progetto culturale si cumulano, integrandosi.

2. La fase del primo biennio: l'istituzione del servizio

La prassi dell'adozione mite trova il suo punto di partenza in due atti iniziali costituiti da una nota del 6/5/2003 con cui il Tribunale per i minorenni di Bari dà notizia al Consiglio Superiore della Magistratura della istituzione del servizio dell'adozione mite e della coeva proposta di variazione tabellare diretta alla distribuzione tra i magistrati professionali dello stesso Tribunale degli affari civili nati da tale nuovo servizio ed alla fissazione di una camera di consiglio civile settimanale per la discussione e decisione dei casi.

La nota istitutiva, dopo aver accennato alle sollecitazioni derivanti da uno specifico gruppo di studio istituito nell'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza¹ e dalle indicazioni contenute nel Piano d'azione 2002-2004 per l'infanzia e l'adolescenza diretto alla programmazione degli interventi in favore dei soggetti in età evolutiva, illustra dettagliatamente le ragioni dell'iniziativa e la sua strutturazione.

2.1. I presupposti

2.1.1. Il fine di rafforzare la deistituzionalizzazione

Prospettiva di fondo dell'iniziativa è stata in un primo tempo quella di rafforzare il processo di deistituzionalizzazione dei minori in vista del superamento del loro collocamento in istituti assistenziali. Questo programma deve ritenersi ormai realizzato sia pure con un certo ritardo rispetto alla data del 31/12/2006 fissata dalla legge. In un secondo tempo, dopo la chiusura degli istituti, essa si è indirizzata più in generale a tutti i minori che vivono fuori dalla propria famiglia (in comunità o in affidamento familiare da vari anni) ed è stata diretta a realizzare il loro diritto alla famiglia, a quella propria (con il ritorno nella propria) ogni volta che ciò sia stato reso possibile anche grazie a provvedimenti giudiziari che prevedono adeguati interventi dei servizi sociali e monitorandone la realizzazione; ad altra famiglia diversa, con affidamento familiare, quando la prima strada fosse risultata impraticabile.

2.1.2. La riflessione su affidamento sine die e l'adozione semplice

Più specificamente, l'idea dell'adozione mite è nata da alcune osservazioni relative ai tempi dell'affidamento familiare e dell'adozione.

1. Il rapporto conclusivo è pubblicato in "Cittadini in crescita", anno 3, n. 2, pp. 77 e ss.

- a) La prima è quella che si desume da un'indagine ormai risalente, ma poi confermata da successive verifiche parziali, effettuata dal Centro nazionale di documentazione ed analisi per l'infanzia e l'adolescenza, da cui risulta che dei 10.200 bambini che erano in affidamento familiare in Italia alla data del 30 giugno 1999 solo il 42% sono rientrati in famiglia, mentre ben il 58% non vi è tornato. Una larga parte di bambini, quindi, resta presso la famiglia affidataria e per lo più l'affidamento temporaneo si trasforma in un affidamento familiare senza termine (cd. affidamenti sine die) grazie a provvedimenti giudiziari di conferma. Ma questi bambini rischiano di avere un futuro molto incerto quando raggiungeranno il diciottesimo anno, perché la loro famiglia di origine continuerà nella massima parte dei casi a non essere in grado di accoglierli (pur mantenendo con loro rapporti personali), mentre gli affidatari non saranno più impegnati in alcun modo ad accoglierli nella loro famiglia.
- b) Il secondo rilievo è quello costituito dal fatto che esiste una forma di adozione semplice, quella prevista dall'art. 44 d) della L. 4/5/1983 n. 184, che consente l'adozione di bambini "quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo". Questa espressione della legge è stata per lungo tempo intesa dalla giurisprudenza e dalla dottrina come riferibile sia ai casi di bambini portatori di difficoltà personali, sia a quelli in cui un bambino abbandonato si trovi già presso un'altra famiglia, a cui è legato da un rapporto affettivo solido, tanto che un allontanamento determinerebbe per lui un serio pregiudizio². In sostanza, questa forma di adozione si rivolge alle zone grigie dell'abbandono dei minorenni, a quelle situazioni cioè che, inizialmente risultate di semiabbandono o di difficoltà temporanea tale da portare all'affidamento familiare (perché per lo più manca una capacità educativa dei genitori di origine, ma esiste un legame affettivo che non consente l'interruzione totale dei rapporti), si siano poi evolute in senso negativo per effetto del mancato rientro del bambino nella famiglia di origine, anche se gli incontri e le visite con tale famiglia continuano. Come è noto questa adozione può essere effettuata da una coppia o da persona singola e non prevede alcun limite massimo di differenza di età tra adottanti e adottando. Si realizza con il consenso del minore, se ultraquattordicenne, e dei genitori se esercitano la potestà sul minore, oppure del tutore, se i genitori, come non di rado accade, sono dichiarati decaduti dalla potestà genitoriale. Essa non interrompe il rapporto di filiazione (al contrario dell'adozione legittimante) tra minore e genitori di

2. Cfr. in proposito C.A. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 195.

origine, ma aggiunge ad esso quello derivante dall'adozione e la potestà spetta all'adottante. Di fatto i rapporti interpersonali con la famiglia di origine sono per lo più disciplinati dal tribunale con il provvedimento di adozione, se ciò viene fatto oggetto di specifica richiesta.

In conclusione, sin dall'inizio il discorso dell'adozione mite è stato finalizzato a due scopi dichiarati: da un lato quello di colmare la lacuna normativa relativa ai casi dei bambini in semiabbandono permanente. Dall'altro, quello di eliminare esclusioni e discriminazioni, agevolando la realizzazione di un rapporto inclusivo dell'integrazione con l'acquisizione del consenso della famiglia di origine o del tutore.

- c) Proprio per le sue caratteristiche ed i suoi effetti questa adozione, come si è già detto, è stata indicata con il termine "mite" in contrapposizione all'adozione nazionale legittimante, definita "forte" e disciplinata dagli articoli da 6 a 25 della L. 4.5.1983 n. 184, la quale interrompe definitivamente il rapporto giuridico genitori – figli e non ne prevede – salvo orientamenti giurisprudenziali recenti a cui faremo riferimento in seguito – la perpetuazione neanche in via di fatto.

2.1.3. I contesti di accoglienza tra affidamento e adozione

Una rapida analisi della situazione relativa al distretto giudiziario di Bari (che peraltro non è dissimile da quella di altre realtà) consentiva poi di rilevare in relazione a tali casi l'emergere di due diverse situazioni meritevoli di attenzione:

- a) La prima è che in alcuni casi le famiglie affidatarie che, avendo accolto il bambino in affidamento familiare temporaneo avevano continuato poi ad ospitarlo per molti anni ancora, creando con lui un saldo rapporto affettivo di tipo familiare, si sono però poi rifiutate di adottarlo con l'adozione ex art. 44 d) (adozione mite), sostenendo che l'impegno assunto riguardava la sola accoglienza del minore nella loro famiglia. Per il minore in tali casi si determina una situazione disastrosa, perché da un lato egli è desideroso di essere adottato e si è pienamente integrato affettivamente nella famiglia affidataria che invece rifiuta di adottarlo; d'altro lato, per lo più egli si è del tutto allontanato affettivamente dalla sua famiglia d'origine, che peraltro non è neppure in grado di accoglierlo.
- b) La seconda è che sempre più numerose erano (e sono), tra le famiglie presso le quali i servizi sociali comunali collocano in affidamento familiare bambini, quelle che hanno già presentato al tribunale domanda di adozione nazionale. In sostanza, queste coppie seguono il principio del doppio binario. Da un lato si rivolgono al Giudice per l'adozione,

dall'altro chiedono ai Servizi del territorio (direttamente o iscrivendosi ad associazioni private) l'affidamento familiare³.

2.2. *La procedura*

Nell'iter procedurale dell'adozione mite vanno distinte le attività interne al Tribunale da quelle esterne, realizzate in collaborazione con gli altri organismi (per lo più i servizi sociali).

Le prime hanno riguardato l'organizzazione di cancelleria e la ripartizione delle attività relative a questo settore tra i giudici, le altre si sono indirizzate agli affidatari/aspiranti adottanti e ai servizi locali. Riepiloghiamo sinteticamente i momenti più significativi di questo percorso per offrire un quadro dettagliato del cammino burocratico effettuato, in modo che possa eventualmente costituire un punto di riferimento per chi ritenga di seguire un tale percorso.

2.2.1. Il servizio di cancelleria dell'adozione mite

Con ordine di servizio del 3 aprile 2003 è stato istituito il servizio di cancelleria relativo all'adozione mite.

- a) Per quanto riguarda gli aspiranti adottanti, è stato costituito un registro di comodo (e poi realizzata l'informatizzazione del medesimo) delle domande di adozione mite da affiancare a quelle di adozione nazionale e di adozione internazionale. È poi previsto lo svolgimento dell'indagine istruttoria per ogni domanda con richiesta di relazione psico-sociale al consultorio familiare, informazioni alla polizia, colloqui con i giudici onorari ed esame conclusivo in camera di consiglio per la valutazione definitiva e la comparazione eventuale con altre domande in vista dell'affidamento familiare di uno o più bambini.
- b) Per quanto riguarda invece i minori da prendere in esame per l'adozione mite, l'ordine di servizio prevede questo percorso: sulla base della segnalazione effettuata dal servizio sociale comunale o più frequentemente dai giudici del Tribunale stesso viene aperto uno specifico procedimento. Punto di partenza in questo caso sono le segnalazioni dirette dei servizi sociali o, prevalentemente, quelle provenienti dai giudici delegati dei procedimenti civili a protezione di tali minori e diretti alla pronuncia di provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale (art. 330-333-336 cod. civ.). In particolare, se nell'esame del procedimento, il giudice delegato ravvisa le condizioni per procedere ad un'indagine ul-

3. Su tutto ciò cfr. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite due anni dopo*, op. cit.

teriore diretta ad un approfondimento della situazione per realizzare più incisivamente il rientro nella sua famiglia oppure in vista di un affidamento familiare eventualmente propedeutico ad un'adozione ex art. 44 d) L. 184/1983, redige un'apposita scheda nominativa che, accompagnata dai più significativi provvedimenti pronunciati in precedenza per quel minore, viene trasmessa alla cancelleria dell'adozione mite.

Il fascicolo di adozione mite così aperto viene esaminato nella prima camera di consiglio dell'adozione mite, a cui partecipano il presidente, il giudice delegato che ha segnalato il minore ed i giudici onorari, sia quelli che collaborano con il giudice che quelli che si occupano di adozioni. Comincia così l'istruttoria collegiale che può protrarsi per varie camere di consiglio fino alla definizione della vicenda giudiziaria, come si è detto, con il rientro nella famiglia di origine o con un affidamento familiare o con la formulazione di un provvedimento diretto a favorire l'autonomizzazione del minore.

Le segnalazioni devono riguardare anche quei minori che sono già in affidamento familiare da anni e per i quali non è chiaro quale sia il progetto per il loro futuro.

2.2.2. Le variazioni tabellari

Nella stessa data del citato ordine di servizio, è stata trasmessa al Consiglio superiore della Magistratura la proposta di variazione tabellare relativa all'adozione mite, che conteneva indicazioni del tutto simili a quelle esposte nell'ordine di servizio. In particolare i procedimenti riguardanti le domande di adozione degli affidatari o degli aspiranti affidatari vengono assegnate per l'istruttoria al presidente ed ai giudici onorari dell'adozione; i procedimenti relativi ai minori segnalati per l'iter dell'adozione mite sono assegnati al giudice professionale ed a quelli onorari del territorio nel quale il minore e la sua famiglia risiedono. Ciascun procedimento è poi discusso nella camera di consiglio dell'adozione mite, nel corso della quale i giudici professionali e quelli onorari di riferimento riferiscono sul caso e avanzano proposte sia per l'indagine istruttoria da svolgere sia per le decisioni da assumere.

L'approfondimento del caso poteva (e può) protrarsi, a seguito di vari rinvii istruttori, anche per molteplici camere di consiglio e quindi durare anche qualche mese.

A conclusione dell'istruttoria, assunta la decisione (rientro in famiglia con sostegno, affidamento familiare giudiziario previa comparazione, ecc), il provvedimento con copia del fascicolo di adozione mite relativo al minore entrava a far parte del procedimento civile ex art. 330-333-336 cod. civ. relativo allo stesso minore, ma entrambi i procedimenti, quello ex 366 cod.

civ. e quello di adozione mite continuavano (e continuano) ad essere seguiti sia in ulteriori camere di consiglio che tramite i servizi sociali del territorio anche dopo la pronuncia giudiziaria suddetta, fino a quando non siano maturati i tempi per la conclusione definitiva della vicenda con la presentazione della domanda ex art. 44 d) da parte degli affidatari e la pronuncia della sentenza di adozione oppure con il rientro del minore nella famiglia di origine.

Questo iter della procedura è rimasto, salvo piccole modificazioni, tutto quello descritto.

2.2.3. Le circolari illustrative indirizzate agli affidatari ed ai servizi locali

L'istituzione del servizio di adozione mite è stato accompagnato dalla redazione e distribuzione di appositi fogli illustrativi destinati ai responsabili dei servizi socio-assistenziali ed agli aspiranti adottanti allo scopo di rendere più efficiente e coordinato il disposto di norme relative all'adozione in casi particolari e tutte le altre dirette a realizzare nel modo più pieno l'interesse del minore in difficoltà, agevolando al massimo l'attuazione del suo diritto alla famiglia.

a) In particolare, agli aspiranti adottanti si chiarisce che si richiede loro una grande disponibilità umana consistente nella capacità autentica di voler realizzare l'esclusivo interesse del bambino, accogliendolo in affidamento familiare e collaborando in modo sincero ad ogni richiesta del servizio sociale per il mantenimento dei suoi rapporti affettivi con la famiglia di origine e per favorire alla scadenza dell'affidamento il rientro del minore nella sua famiglia.

Si prospetta quindi la necessità di essere in grado di mutare prospettiva e, nel caso in cui la situazione familiare del minore si sia evoluta in senso negativo, di perpetuare l'accoglienza non solo con la proroga dell'affidamento familiare e la realizzazione dell'affidamento giudiziario senza scadenza, ma anche con l'impegno a procedere poi all'adozione mite, ai sensi dell'art. 44 lett. d) citato. E si conclude facendo presente qual è lo spirito e la cultura dell'affidamento familiare e la sua rilevante differenza rispetto all'adozione, ma si sottolinea anche che era necessario passare al sistema dell'adozione mite formalizzato in questo modo, poiché si è constatato, come si è detto in precedenza, che non poche famiglie che presentavano domanda di adozione nazionale si presentavano contemporaneamente anche ai servizi sociali comunali della loro città (oppure ad associazioni private collegate con i comuni) per candidarsi anche all'affidamento familiare: esse, in sostanza, non operavano alcuna distinzione tra affidamento e adozione, pur di entrare comunque nel circuito dell'accoglienza.

In tal modo diviene possibile conoscere sin dall'inizio tutta l'ampiezza della disponibilità all'accoglienza degli aspiranti adottanti.

- b) Ai servizi locali si indirizza una duplice richiesta: 1) in relazione alle coppie o ai singoli che abbiano proposto domanda di adozione mite (eventualmente oltre quella per l'adozione legittimante), 2) in relazione ai bambini, per i quali essi realizzano l'affidamento familiare. Si chiede loro di distinguere i casi di affidamento familiare autentico, quelli cioè in cui essi ritengono molto probabile che al termine dell'affidamento il bambino rientrerà nella famiglia di origine da quei casi diversi nei quali, pur essendovi un legame affettivo con la famiglia di origine, ritengono che si vada verso un affidamento senza scadenza (cd. affidamento sine die), poiché è prevedibile che il bambino non potrà rientrare in famiglia. In relazione a questa seconda eventualità i servizi sociali vengono invitati a realizzare con il Tribunale un organico coordinamento in modo da procedere insieme alla scelta della famiglia affidataria tra quelle che hanno fatto domanda di adozione mite, in modo anche da evitare il rischio di rifiuto di adozione del minore da parte degli affidatari, ove emerga una tale necessità.

Viene inoltre suggerito agli stessi servizi locali di non procedere all'immediato inserimento in famiglia del bambino ma di collegarsi con il tribunale, in modo da evitare il futuro pericolo di allontanamento di minori nel caso in cui il piccolo diventi adottabile. In ogni caso era indispensabile, prima dell'inserimento familiare, *avere una conoscenza adeguata di tali famiglie e avere consapevolezza che non raramente tale affidamento cela in realtà una vera e propria adozione di fatto!*

2.2.4. Il percorso complessivo e la comparazione per l'affidamento familiare giudiziario

Riassumendo ora il percorso complessivo che l'adozione mite segue dalla segnalazione iniziale fino alla conclusione, si può dire:

- a) Che i due momenti iniziali siano quelli già descritti e riguardano 1) la conoscenza della situazione di ciascun bambino segnalato allo scopo di procedere al suo affidamento familiare per verificare se la situazione di disagio familiare che vive sia davvero temporanea e, quindi, se accompagnato da un serio progetto di recupero della famiglia di origine possa condurre al rientro in famiglia oppure se si tratti di una condizione di inidoneità permanente, che renda impraticabile ogni futura possibilità di rientro; 2) la conoscenza degli aspiranti all'adozione mite, e la verifica se sono disponibili alla doppia prospettiva dell'affidamento familiare del bambino con suo rientro tempestivo nella famiglia, nel caso di superamento del disagio familiare oppure dell'affidamento sine die nel caso di

impraticabilità del rientro nella famiglia con impegno a procedere poi all'adozione ex art. 44 d) del piccolo, quando la situazione risulti senza alternative.

b) Punto centrale di questo percorso è quello dell'abbinamento minore - famiglia affidataria che viene effettuato secondo regole prestabilite dal Tribunale previo parere del Pubblico Ministero⁴. Va aggiunto che l'affi-

4. I criteri di comparazione di coppie e singoli per l'affidamento familiare giudiziario di un minore in vista dell'eventuale adozione ex art. 44 d) sono stati sintetizzati in un documento del 28/2/2006, condiviso anche dalla Procura per i minorenni di Bari e vengono qui di seguito riportati:

1. Vengono esaminate le coppie partendo cronologicamente dalle domande più antiche. Quello dell'anzianità della domanda non è però inizialmente criterio di preferenza per l'affidamento in vista di eventuale adozione mite, ma solo quello che viene seguito per determinare in quale ordine ciascuna pratica debba essere esaminata ai fini dell'affidamento. Invece, l'anzianità della domanda intesa come criterio preferenziale per l'abbinamento della coppia o di un singolo con un bambino viene tenuta presente solo come ultimo criterio e vi si fa ricorso solo quando gli altri criteri (quelli indicati di seguito e preferiti, perché funzionali all'interesse del minore) lasciano le coppie o i singoli esaminati sul piano di parità nella comparazione.
2. Criterio primo per la comparazione è quello del luogo di residenza, che viene qui richiesto in senso opposto a quanto stabilito per l'adozione legittimante. Gli affidatari devono tendenzialmente vivere vicino al luogo di residenza della famiglia di origine o almeno nella stessa provincia, salvo che esigenze diverse emergenti dagli atti inducano a scelte diverse. Ciò al fine di agevolare il mantenimento dei rapporti interpersonali del minore con la famiglia d'origine durante l'affidamento familiare ed anche dopo. Ovviamente, l'audizione della coppia o del singolo deve dimostrare che si tratta di persone sinceramente disposte a favorire il rientro del bambino nella famiglia di origine durante l'affidamento e a non ostacolarlo.
3. Criterio successivo di preferenza è l'eventuale rapporto affettivo già esistente tra minore e famiglia affidataria quando esso si sia realizzato legittimamente (in linea con quanto dispone l'art. 6 comma 5 L. 184/1983) e non quando siano state artificialmente create situazioni tali da realizzare l'"impossessamento" affettivo del piccolo allo scopo di favorire una coppia rispetto ad un'altra. Occorre anche che la durata di tale legame sia rilevante.
4. Terzo criterio successivo è quello che a parità di altre condizioni va privilegiata, nell'interesse del minore (o dei minori), una coppia di richiedenti rispetto ad un richiedente singolo.
5. Ulteriore criterio è quello dell'età della coppia che aspira all'affidamento. Risponde infatti all'interesse del bambino avere genitori giovani, sia perché oggi che egli è più piccolo essi sono in grado di partecipare efficacemente alla sua vita (giocare con lui, avvicinarsi più agevolmente alle cose che gli sono più vicine, ecc.) sia perché anche tra vent'anni, quando l'adottato potrà avere problemi nell'inserimento socio-lavorativo, essi potranno essere genitori ancora in grado di sostenerlo validamente e meglio rispetto a genitori divenuti troppo anziani. Per questo le coppie giovani sono da preferire rispetto a quelle meno giovani.
6. Quinto criterio è rappresentato dalla disponibilità ad accettare in affidamento bambini rientranti in una ampia fascia d'età o comunque quelli più grandi di età. La ragione che induce a tener conto di questo criterio consiste nel ritenere che gli aspiranti adottanti che partiti dalla dichiarazione di volere un bambino di due-tre anni si dichiarino poi real-

damento familiare in questi casi è considerato sempre di tipo giudiziario, poiché si parte dal presupposto che il minore considerato vive comunque una situazione di potenziale pregiudizio connesso al rischio di un disagio familiare permanente, sicché deve sempre trovare applicazione la normativa protettiva per lui disciplinata dalla legge⁵.

Altra considerazione significativa è che i criteri indicati per l'adozione mite, pur essendo mirati alla prospettiva che il minore possa restare stabilmente in adozione nella famiglia ospitante, sono stati individuati tuttavia per assicurare che – anche in caso di rientro del bambino nella famiglia di origine – egli durante l'affidamento familiare possa comunque essere accolto e vivere presso la famiglia migliore possibile. Non si spiega infatti perché la comparazione debba valere solo per l'adozione e non per il solo affidamento familiare. In sostanza la scelta di procedere alla comparazione sin dal momento dell'affidamento familiare realizza contemporaneamente la risposta a più bisogni: da un lato assicura che anche nel caso in cui l'affidamento si concluda alla scadenza prevista, il bambino sia stato comunque inserito nella migliore famiglia possibile e questo realizza il suo superiore interesse. Dall'altro, anticipa al momento del primo incontro la comparazione bambino – famiglia affidataria, in modo da consentire al Tribunale, nel caso in cui l'affidamento si trasformi poi in adozione, di non dover procedere in quella successiva fase alla scelta della migliore famiglia possibile per l'adottando, essendo già intervenuta la comparazione e potendosi quindi così realizzare il diritto del minore alla continuità degli affetti, venendo adottato dalla famiglia che lo ha prima accolto in affidamento e che poi lo adotta.

3. Il successivo momento del percorso descritto è quello diretto ad assicurare che i servizi sociali territoriali seguano ed accompagnino l'affidamento familiare disposto, sostenendo sia la famiglia di origine che quella affidataria in vista del rientro del minore in famiglia.

mente disponibili ad accogliere anche un bambino di nove-dieci anni o più, siano persone in grado di modificare le loro aspirazioni con particolare duttilità, dando più spazio al bisogno del bambino e sono quindi più idonee a realizzare l'armonia familiare e la "famiglia degli affetti".

7. Anche la disponibilità ad accettare più bambini è criterio preferenziale rispetto a chi ne accetti solo uno. È un criterio in grado di permettere il soddisfacimento di una disposizione di legge (l'art. 22, comma 4, c.c.) ed è perciò da tenere presente.
8. Altri criteri di valutazione da considerare, purché adeguatamente motivati, sono:
 - il fatto che gli istanti non abbiano rifiutato precedenti proposte di abbinamento;
 - ogni altro elemento peculiare della coppia, o del singolo, che consenta una migliore tutela del bambino (ad esempio: se si tratta di un bambino con problemi di salute, il fatto che l'affidatario-adottante sia un medico, ecc.).

5. Si tratta degli art. 330 e ss. cod. civ., espressamente citati dalla normativa relativa all'affidamento familiare (art. 4 c. 2, L. 184/1983).

È necessario che i servizi suddetti siano formati, costantemente aggiornati e coordinati: essi devono evitare che entrambe le famiglie (affidataria e biologica) siano abbandonate a se stesse e restino prive di punti di riferimento. Devono anche assicurare un sostegno importante alla famiglia di origine per favorire il recupero e l'autonomizzazione. La famiglia di origine, alla scadenza del periodo di affidamento familiare disposto, deve aver imparato a camminare con le sue gambe, senza che continui ad essere attivato un intervento assistenziale che svolga azione di supplenza del mancato pieno recupero. Se la famiglia di origine non è in grado di gestirsi autonomamente alla scadenza dell'affidamento, il servizio sociale *deve avere il coraggio di chiedere l'adozione per il bambino, non continuare a proporre ulteriori proroghe dell'affidamento, non formulare ipotesi di estensione dell'affidamento familiare fino a ventuno anni*, a coltivare la logica dell'assistenzialismo esasperato.

Il servizio sociale chiederà perciò l'adozione specifica relativa al caso in cui vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo, se il rapporto con la famiglia di origine esiste e va coltivato, anche se manca in lei una capacità di essere valida guida per il figlio; chiederà quella legittimante se si è determinata per lui una situazione di totale abbandono morale e materiale. In ogni caso l'avvenuta preventiva comparazione assicurerà che il bambino resti nella stessa famiglia e realizzerà il suo diritto alla continuità degli affetti.

Ed è per questo che tra Tribunale per i minorenni di Bari e servizi si stanno stipulando protocolli d'intesa, ai quali faremo in seguito più ampio riferimento.

4. Momento conclusivo del percorso descritto sarà quello, come già accennato, della definizione della vicenda giudiziaria: saranno i servizi sociali che la seguono a chiedere che il bambino rientri nella propria famiglia se se ne sono create le condizioni o a sollecitare la famiglia affidataria a presentare domanda di adozione, se si è determinata una situazione di semiabbandono o di totale abbandono.

In conclusione si deve solo aggiungere che il modello di adozione di gran lunga prevalente⁶ nei casi di procedura di adozione mite è stato quello dell'adozione in casi particolari⁷.

6. Da una ricerca effettuata presso la cancelleria del Tribunale per i minorenni di Bari è risultato che nel periodo 1/6/2003-31/7/2008 sono rientrati definitivamente nella loro famiglia 92 minori; ne sono stati collocati in affidamento familiare giudiziario 165; sono stati adottati ex art. 44 d) 126 minori (di cui 72 con il consenso dei genitori); ne sono stati adottati con adozione legittimante 100. Sono state infine presentate 402 domande di adozione mite.

7. Si tratta dell'ipotesi disciplinata dall'art. 44 d) della L. 184/1983.

3. Qualche considerazione in relazione al primo biennio

3.1. I positivi risultati conseguiti

Possono, a questo punto, essere sintetizzati alcuni più significativi conseguiti con la prassi dell'adozione mite.

- a) Il primo risultato utile, che la prassi descritta ha consentito di ottenere, è stata la scoperta della nuova categoria del “semiabbandono permanente”, che è priva di ogni riconoscimento normativo e riceve quale risposta solo l'affidamento familiare. Si pone quindi la questione di dare una risposta legislativa alla questione di quei minori che con plastica espressione sono stati detti “i bambini del limbo”, formula che fa riferimento al fatto che essi per molti anni sono sospesi tra due famiglie.
- b) Altro effetto positivo è quello di una più efficace realizzazione del diritto del minore alla famiglia sia nel senso di una più incisiva pressione giudiziaria per agevolare il rientro definitivo del minore nella sua famiglia, sia nel senso di consentirgli l'ingresso stabile con l'adozione in una famiglia sostitutiva.
- c) Questo modello d'intervento ha la caratteristica di essere “mite”, perché non produce strappi per l'allontanamento del bambino dalla famiglia di origine, in quanto esso è estremamente graduale. È mite tale procedura anche perché non stigmatizza la famiglia di origine, squalificandola come abbandonica in un decreto di adottabilità o in un provvedimento civile che prelude all'adozione in casi particolari relativa all'ipotesi della impossibilità di affidamento preadottivo.
- d) Esso si fonda sulla ricerca costante del consenso della famiglia di origine sia che si tratti di adozione legittimante che semplice.
- e) In ogni caso sono salvaguardate tutte le garanzie difensive sia per la famiglia di origine che per il minore.

3.2. Le ambiguità

Riservandoci di approfondire questo tema in seguito, va sin da ora sottolineato che già nel primo biennio della sua vita gli orientamenti espressi dalla cultura dell'adozione mite sono stati intesi come diretti a mettere in discussione uno dei pilastri del sistema tradizionale, quello della rigorosa separazione tra affidamento e adozione. Il primo fondato su un disagio temporaneo e funzionale al recupero della famiglia di origine; la seconda basata su una piena situazione di abbandono del minore e diretta a realizzare l'inserimento adottivo in una famiglia sostitutiva. Di fronte a questo dualismo si continua ad affermare che “tertium non datur”. Non è stata

mai accettata insomma l'idea di una terza via. Quello che invece l'adozione mite fa è proprio di proporre una terza via per le situazioni grigie di abbandono dei minori. Una terza via che trova invece non poche occasioni per essere percorsa abitualmente, come avviene nel caso del cd. affidamento a rischio in vista dell'adozione. Anche in passato del resto l'affidamento triennale del minore precedeva obbligatoriamente l'affiliazione, come in seguito si vedrà più diffusamente.

4. La fase del triennio seguente: il progetto culturale

4.1. Le due strade dell'adozione mite

La prassi operativa descritta è in sostanza rimasta identica a se stessa in tutto il quinquennio, ma nell'ultimo triennio a questo tipo di intervento se ne è aggiunto un secondo, diretto a favorire la realizzazione di un salto di qualità con la formulazione di un progetto culturale diretto a conseguire il decollo definitivo dell'adozione mite, anzitutto nell'ambito del discorso dell'adozione e poi proponendosi anche di mettere in discussione alcuni fondamenti della L. 184/1983.

Sofferamoci per ora all'area del discorso dell'adozione e rileviamo in proposito che il percorso culturale dell'adozione mite si è biforcuto:

- a) Un primo percorso ha abbinato l'adozione mite a quella aperta e ha prospettato entrambe come istituti de iure condendo, per la cui realizzazione è necessaria una riforma legislativa.
- b) Un secondo trae spunto dalle indicazioni contenute nella nota 16/5/2005 del Consiglio Superiore della Magistratura a cui faremo cenno tra breve e sottolinea che questo modello di adozione è frutto di una specifica interpretazione di norme giuridiche, ed apre la via alla prospettiva culturale dell'adozione mite come frutto di un'interpretazione giurisprudenziale nuova della legislazione esistente.

Esaminiamo il cammino compiuto da entrambi questi orientamenti.

4.1.1. La prospettiva tendente alla riforma legislativa

La prima prospettiva ha come suo punto di riferimento la proposta di legge n. 5724 del 16 maggio 2005 in materia di adozione aperta e di adozione mite presentata dagli on. Bolognesi, Finocchiaro, Turco ed altri.

La relazione introduttiva di questa proposta, partendo dalla considerazione che il tema dell'adozione e dell'affidamento era stato sviluppato dalla Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza tramite lo svolgimento di un'indagine conoscitiva, si soffermava sul concetto di semiabbandono permanente, rilevando che:

“il nostro sistema legislativo prevede tre diversi percorsi per un bambino in difficoltà familiari:

- a) in caso di difficoltà modeste, soprattutto se la famiglia collabora, o comunque non si oppone, è previsto un sostegno dei servizi sociali, i quali, aiutando in vario modo sia la famiglia sia il bambino, fanno sì che il minore possa continuare a vivere nel proprio nucleo familiare;
- b) in caso di difficoltà rilevanti, ma temporanee e quindi considerate superabili in tempi sufficientemente brevi, il bambino può essere dato in affidamento familiare, o temporaneamente collocato presso case famiglia, per un periodo della durata massima di due anni;
- c) in caso di difficoltà gravi, in cui la famiglia pone in essere maltrattamenti rilevanti, o abbandona il minore, e nel caso in cui la situazione risulti essere irreversibile, il bambino viene dichiarato adottabile e dato in adozione.

Questa impostazione del nostro sistema trascura completamente – aggiunge la relazione – il caso, che invece, purtroppo, è assai frequente: quello designato nella terminologia della giustizia minorile come “semiabbandono permanente”. Si fa riferimento alle situazioni nelle quali la famiglia del minore è più o meno insufficiente rispetto ai suoi bisogni, ma ha un ruolo attivo e positivo, che non è opportuno venga cancellato totalmente; nello stesso tempo, non vi è alcuna ragionevole possibilità di prevedere un miglioramento delle capacità della famiglia, tale da renderla idonea a svolgere il suo compito educativo in modo sufficiente, magari con un aiuto esterno curato dai servizi.

Queste situazioni di carenza della famiglia solo parziale, ma permanente, non sono contemplate dalla legge. La recente riforma dell’adozione nazionale, entrata in vigore nel 2001, non ha preso in considerazione questo problema”.

Aggiungo poi che questa adozione viene ricondotta dalla giurisprudenza a quella prevista e disciplinata dall’art. 44 della legge n. 184 del 1983.

Ma un tale meccanismo viene considerato insufficiente per una adeguata risposta al problema ed è per questo che si ritiene utile introdurre con la citata proposta di legge due ulteriori modelli di adozione, che sono specificamente pensati per i soli casi di semiabbandono permanente e che potrebbero arricchire il ventaglio di strumenti a disposizione per rispondere alla complessità e varietà di situazioni in cui si trovano i minori.

Vengono quindi così strutturati i due nuovi modelli proposti.

- a) L’adozione aperta presuppone una dichiarazione giudiziale di semiabbandono permanente pronunciata a conclusione di un procedimento simile a quello utilizzato per la dichiarazione di adottabilità. Essa è poi seguita dall’affidamento preadottivo ad una famiglia, che presenti i requisiti d’idoneità indicati dall’art. 6 L. 184/1983. Nel provvedimento relativo il giudice

stabilisce le regole necessarie a governare le relazioni tra bambino, famiglia della preadozione e famiglia di origine. A conclusione dell'affidamento preadottivo viene pronunciata l'adozione aperta con effetto legittimante simile a quella prevista dalla legislazione vigente con la sola differenza che anche dopo la sentenza di adozione è previsto il mantenimento dei rapporti con la famiglia di origine. Nel caso in cui il tribunale disponesse la interruzione totale dei rapporti bambino-famiglia di origine e questa situazione si protrasse per almeno sei mesi, gli adottanti nell'adozione aperta potrebbero chiedere la sua conversione in adozione legittimante piena.

- b) L'adozione mite si richiama al modello attuato dal Tribunale per i minorenni di Bari ed è strutturata sul fondamento dell'esistenza di uno "stato di semiabbandono presunto", che si incontra quando "disposto l'affidamento familiare, alla scadenza del termine previsto e dopo la proroga... con modificazione dell'affidamento familiare in affidamento a tempo indeterminato, risulti del tutto impossibile il rientro del minore nella famiglia di origine" per la grave e continua insufficienza dei genitori o dei parenti a rispondere ai bisogni dei figli.

In presenza di una situazione di rischio di tale genere, il servizio sociale locale segnala il caso al Procuratore della Repubblica ai sensi dell'art. 333 cod. civ., in modo che il Tribunale, richiestone, proceda ad un affidamento familiare di tipo giudiziario, scegliendo tra coloro che hanno proposto dichiarazione di disponibilità all'adozione mite (che possono essere singoli o coniugi di qualunque età) gli affidatari maggiormente in grado di rispondere alle esigenze del minore.

Alla scadenza del termine dell'affidamento familiare – in presenza del protrarsi delle difficoltà della famiglia di origine a causa delle quali l'affidamento è stato disposto – il tribunale dispone l'adozione mite – con un procedimento simile a quello dell'adozione in casi particolari – sulla base del consenso degli affidatari o dei genitori (o tutore) del minore infraquattordicenne. La sentenza disciplina i rapporti tra minore e famiglia di origine con modalità che possono in seguito essere oggetto di modificazione su richiesta delle parti. Dopo un anno dalla sentenza può essere disposta la conversione dell'adozione mite in adozione legittimante.

- c) La prospettiva riformistica sopra esposta tuttavia non è decollata: la proposta di legge suddetta non è mai giunta alla discussione parlamentare ed al termine della XIV legislatura è decaduta.

4.1.2. La via della giurisprudenza

Percorso diverso rispetto a quello tendente alla riforma legislativa è quello diretto a realizzare un orientamento giurisprudenziale alternativo rispetto all'interpretazione dominante in tema di adozione.

Punto di riferimento di questo orientamento è il rilievo del Consiglio Superiore della Magistratura che nella seduta del 16/5/2005 affermava il principio che “l’adozione mite” è frutto di “attività giurisdizionale e interpretazione di norme giuridiche, su cui il Csm non ha alcuna competenza”.

In ordine a questo percorso è opportuno procedere ad alcune puntualizzazioni.

- a) Anzitutto va detto che questa giurisprudenza che nei primi tempi è stata appannaggio esclusivo del Tribunale per i minorenni di Bari si è andata poi estendendo anche ad altri⁸ non solo meridionali, ma anche del Nord. Questo dato mette in crisi l’affermazione talora autorevolmente esposta che l’adozione mite sarebbe frutto della carenza di adeguati servizi sociali (rilevabile al Sud e non al Nord) e del conseguente mancato apprestamento di interventi di sostegno idonei a creare le condizioni per un efficace recupero della famiglia di origine per consentire l’effettivo rientro dei minori affidati ed eliminare il fenomeno degli affidamenti sine die.
- b) Ovviamente, le pronunce di cui si ha notizia riguardano le sentenze di adozione, mentre bisogna anche tener conto del fatto che una buona parte del percorso giudiziario dell’adozione mite resta sommerso, perché si conclude con decreti civili di rientro dei minori in famiglia o di affidamento all’Ente locale per sostenere il minore nel processo relativo alla sua autonomizzazione. L’unica realtà in relazione alla quale si può fornire il dato complessivo è quella di Bari.
- c) Infine, un dato significativo per sottolineare la mitezza di questo modello di adozione. Oltre il 58% delle adozioni pronunziate a Bari è avvenuta con il consenso dei genitori di origine e solo la parte residua con quello del tutore (previa quindi sospensione o decadenza dalla potestà genitoriale) o del minore divenuto ultraquattordicenne. È questa via, diretta all’acquisizione del consenso una peculiarità dell’attività istruttoria connessa al procedimento di adozione mite. Sia i servizi locali che i giudici seguono in modo deciso l’indirizzo diretto a procedere anche più volte all’ascolto dei soggetti interessati per far opera di chiarificazione ed illustrazione dell’evolversi della vicenda, per

8. Vedi in particolare T.M. Napoli 24/10/2007 (proc. 2303/2000), che dispone l’affidamento di due fratellini in vista di ulteriori provvedimenti. In tale provvedimento si legge che le richieste del Pmm. sono state favorevoli all’adozione mite. Cfr. “Famiglia e Minori” n. 5 p. 80. Riferimenti ulteriori che riguardano alcune pronunce dei tribunali minorili di Milano e Brescia sono nel 4° Rapporto di aggiornamento sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell’infanzia e dell’adolescenza in Italia. 2007-2008, p. 67 nota 406. Per comunicazione diretta va aggiunto a questi anche il Tribunale per i minorenni di Perugia.

sollecitare la realizzazione di un'adozione consensuale. Peraltro la costante presenza di tribunale e servizi costituisce un'adeguata remora rispetto al pericolo di mercato dei bambini.

4.1.3. I protocolli d'intesa ed i principi che affermano

Uno spazio di rilievo per la diffusione dei principi dell'adozione mite s'incontra anche nei protocolli d'intesa relativi all'adozione mite, a cui abbiamo fatto già cenno⁹. È opportuno qui farne un rapido cenno.

- Viene condivisa da tutti i sottoscrittori dei protocolli la circostanza che esiste una nuova categoria di minorenni che sono in semiabbandono permanente e che con felice espressione vengono definiti i “bambini nel limbo”.
- Si prende anche atto della disponibilità di tante persone pronte a realizzare forme di accoglienza nuove e diverse da quelle tradizionali, compresa quella di essere disponibili a cambiare la motivazione dell'accoglienza da mera ospitalità ad affidamento familiare fino al rientro del bambino nella sua famiglia o alla sua adozione, legittimante o semplice, quando alla scadenza dell'affidamento familiare risulti impossibile il rientro del minore nella sua famiglia biologica.
- Si ritiene necessario un efficace coordinamento degli interventi sociali e di quelli giudiziari che, partendo da una piena conoscenza del percorso dell'adozione mite, realizzi una rete operativa orientata verso la comune prospettiva di realizzare in modo adeguato la piena tutela anche dei bambini che si trovino in semiabbandono permanente.
- È poi comune la consapevolezza che l'adozione mite non va intesa solo come un modello di adozione, ma piuttosto come un percorso complesso, un cammino di tutela del minore che offre più sbocchi, più soluzioni possibili: l'ingresso in famiglia con affidamento familiare se il minore è in comunità e non vi sono le condizioni per il rientro nella famiglia biologica, poi l'adozione non legittimante se il rientro in famiglia risulterà definitivamente impraticabile o quella legittimante, se risulterà che il minore è in totale stato di abbandono morale o materiale.
- È condivisa la convinzione che si tratta di un cammino in salita, nel quale l'intesa comune è che l'affidamento familiare deve essere temporaneo. I casi di semiabbandono permanente vanno esclusi dalla previsione di affidamento familiare consensuale, ma, comportando il riconoscimento dell'esistenza di una situazione di potenziale (o reale) pregiudizio, devono essere oggetto di affidamento familiare giudiziario anche in presenza di consensi all'affidamento familiare.

9. Cfr. ante, sub nota 4.

- Del pari si concorda che i casi di semiabbandono permanente vanno segnalati al tribunale prima dell'ingresso del bambino nella famiglia affidataria. Quest'ultima sarà individuata dal tribunale a seguito di comparazione tra tutti gli aspiranti all'affidamento e all'adozione mite in modo da assicurare in ogni caso al bambino la scelta di quelli maggiormente in grado di corrispondere alle sue esigenze sia che la relazione interpersonale si concluda con l'affidamento familiare sia che si trasformi poi in adozione.
- I servizi sociali locali e l'équipe integrata si impegnano: a) a curare l'informazione adeguata sul percorso dell'adozione mite ed a promuoverne la diffusione; b) a seguire ogni caso di affidamento familiare ed a riferire sull'osservanza degli impegni assunti; c) a chiedere la proroga dell'affidamento, se il rientro in famiglia risulti impraticabile; d) ad accompagnare la famiglia di origine in quest'ultimo caso verso l'adozione non legittimante, svolgendo opera di chiarificazione delle caratteristiche di tale adozione e della prevista continuità di rapporti interpersonali anche dopo l'adozione; e) analoga chiarificazione e sostegno i servizi svolgeranno nei riguardi della famiglia affidataria.
- Nel caso in cui si ritenga di dover pervenire alla pronuncia di un'adozione (anzitutto per quella non legittimante, ma anche per quella piena) il servizio sociale interessato o l'équipe integrata di ambito dovrà compiere ogni sforzo per ottenere che la famiglia di origine accetti di prestare l'assenso ed il consenso (per il figlio infraquattordicenne) all'adozione, nella consapevolezza che il rapporto interpersonale con lui non subirà modificazioni, tentando in tal modo di evitare che si debba procedere all'adozione contro la volontà dei genitori.
- Naturalmente, in caso di adozione legittimante, restano ferme le peculiarità tecniche di questo modello di adozione, che presuppone l'oggettiva sussistenza di una situazione di abbandono morale e materiale e la dichiarazione di adottabilità con la decadenza dei genitori dalla potestà e la nomina di un tutore provvisorio. E di ciò i servizi sono ben consapevoli. E tuttavia l'esistenza del consenso all'adozione della famiglia biologica determina anche in caso di adozione legittimante una maggiore celerità ed una conduzione del processo nel segno della mitezza. Si sta così dando luogo talora al perpetuarsi anche in questa dimensione di rapporti interpersonali tra famiglia di origine e minore anche dopo l'adozione (cd. adozione legittimante aperta).

Tutti i protocolli sottoscritti prevedono l'istituzione di una commissione di verifica composta dai rappresentanti delle parti firmatarie che analizzerà semestralmente lo stato di attuazione dell'intesa e del progetto. A partire dal luglio 2008 i firmatari di tutti i protocolli hanno deciso di costituire un'unica commissione di verifica, in modo da confrontare costantemente

le loro prassi operative, di ampliare la prospettiva di azione favorendo la realizzazione di ulteriori buone prassi (quali, ad esempio, quelle dell'istituzione di luoghi neutri per gli incontri in caso di conflitto; o anche il ricorso al servizio di mediazione, ecc.); di promuovere corsi di formazione ed aggiornamento per gli operatori sociali per la diffusione dei principi affermati; di favorire la sottoscrizione di nuovi protocolli d'intesa per l'adozione mite.

4.1.4. Il protocollo d'intesa come spazio alternativo rispetto alla legge per l'affermazione degli orientamenti del diritto mite

a) La specificità dell'orientamento descritto è che esso si va affermando non solo con le sentenze che ne espongono i principi, ma anche con i protocolli d'intesa stipulati e le prassi attuate.

Si tratta di un fenomeno nuovo che richiede una riflessione particolare.

Se fino a qualche decennio fa era pacifico che i tribunali manifestavano le loro linee di tendenza solo con i provvedimenti giudiziari, è poi avvenuto che l'introduzione di strumenti utilizzati in ambito amministrativo, come i protocolli d'intesa, è stata estesa anche all'area giudiziaria per ottenere il risultato che le decisioni giudiziarie dirette ad affermare indirizzi nuovi possano trovare un terreno di realizzazione più adeguato.

I tribunali, quindi, ed i tribunali per i minorenni in particolare, si propongono in una prospettiva nuova, quella di organismi amministrativi (e non più solo giudiziari) che, collegandosi con altri (soprattutto con gli enti locali), pervengono a concordare e codificare delle buone pratiche al fine di realizzare più intenti: non solo quello diretto ad un comune riconoscimento di alcuni spazi operativi in precedenza trascurati, ma anche quello di condividere nuove culture, sì da produrre l'effetto di agevolare il superamento di divergenze che emergano lungo il percorso voluto.

1. È quanto sta avvenendo in tema di adozione mite dove il confronto tra giudici minorili, operatori sociali e amministratori locali sta dando luogo, come si è detto, alla redazione di protocolli d'intesa che sollecitano la realizzazione di prassi dirette a porre al primo posto – nella realizzazione dei compiti sia dei servizi sociali che della giustizia – la ricerca insistita del consenso di tutti i soggetti coinvolti per giungere all'adozione. Ciò produce indirettamente anche l'effetto che anche il ruolo di tutti i protagonisti del percorso cambia.

In particolare, i servizi sociali tendono a superare la funzione valutativa del destinatario dell'intervento (secondo la cultura ispirata dai principi della L. 184/1983) in favore di progetti diretti con azioni di sostegno e solidarietà a realizzare soluzioni condivise.

2. L'utilizzazione del protocollo d'intesa in ambito giudiziario ha trovato poi altre efficaci forme di realizzazione anche in altri settori, come ad

esempio nella realizzazione di servizi interistituzionali per la mediazione giudiziaria. In varie parti d'Italia (da Torino a Bari) tribunali e procure minorili hanno concordato con Regioni e Comuni tempi e modi per dar vita a questi nuovi servizi, che consentano una più valida attuazione della messa alla prova nel processo penale minorile ed il tendenziale superamento di conflitti nei procedimenti di separazione tra genitori separati o in quelli relativi alla potestà sui figli.

3. E infine si è giunti anche alla redazione di protocolli d'intesa tra le sole autorità giudiziarie.

È stato, ad esempio, concluso un protocollo d'intesa tra Corte d'Appello e Procura Generale di Bari, Tribunali ordinari di Foggia e Lucera ed autorità giudiziarie minorili di Bari per far sì che i giudici onorari del Tribunale per i minorenni di Bari possano espletare attività istruttoria relativa a procedimenti civili minorili nelle Sezioni decentrate dei Tribunali siti in provincia di Foggia (S. Severo, Foggia, Lucera, Manfredonia), in modo da agevolare l'accesso alla giustizia minorile da parte di utenti residenti in sedi molto lontane dal capoluogo.

4. La peculiarità di questo mezzo di intervento è costituita dal fatto che essa non giunge a sancire disposizioni che giungono dall'alto, in modo autoritativo, come avviene con lo strumento legislativo, ma realizza intese tra vari organi a livello paritario ed in senso orizzontale.

Non c'è dubbio peraltro che il trasferimento delle competenze in questa materia dallo Stato alle Regioni, intervenuto con la L.C. n. 3/01, ha agevolato una più ampia utilizzazione di questa modalità d'intervento nella logica della giustizia di prossimità.

5. In conclusione, merita di essere sottolineato questo dato nuovo e significativo, che la cultura del diritto mite sta comportando una più ampia utilizzazione di modalità alternative di introduzione di regole e principi nel nostro ordinamento. Accanto allo strumento legislativo, non di rado idolatrato come l'unico idoneo ad ogni funzione, si vanno affermando altri, di cui il protocollo d'intesa è l'espressione più significativa che stanno, sia pur lentamente, producendo l'effetto di sancire nuove prassi in modo concordato e condiviso tra gli organismi che intendono attuarle.

- b) A questo punto l'analisi da svolgere si amplia e comporta analisi più approfondite.

La prima riguarda il rapporto tra adozione aperta ed adozione mite i cui spazi vengono spesso ritenuti coincidenti, mentre così non è. L'altra riguarda la questione di una riflessione sulle linee affermate dalla giurisprudenza dell'adozione mite per porle a confronto con gli orientamenti interpretativi finora dominanti in tema di affidamento familiare e di adozione legittimante al fine di realizzare una rilettura critica.

E va sin d'ora detto che questi nuovi profili emergenti presuppongono un'approfondita analisi critica delle scelte culturali e delle linee operative della giustizia minorile degli ultimi trent'anni in tema di adozione, insieme ad una revisione rilevante degli orientamenti derivati dall'applicazione della L. 184/1983, ai quali si è fatto cenno trattando del significato socio-culturale di tale legge. Ed è questa l'analisi dettagliata e specifica che deve essere fatta nei prossimi capitoli, riservando poi all'esito di tale studio le indicazioni relative ai nuovi principi culturali decisamente orientati verso l'affermazione di un diritto mite.

4. Adozione aperta, adozione mite ed altre esperienze

1. La necessità di un confronto

Come abbiamo già avuto modo di rilevare, l'unica proposta alternativa che prevede insieme l'adozione aperta e l'adozione mite è quella n. 5724 del 16/3/2005 d'iniziativa dei deputati Bolognesi, Finocchiaro ed altri. Altro disegno di legge (il n. 5701 dell'8/3/2005 d'iniziativa della sen. Burani Procaccini, poi riproposto nella XV legislatura con il n. 1007 del 20/9/2005), prevedeva invece l'introduzione della sola adozione aperta ed aveva un contenuto analogo a quello n. 5724, ma limitato a questo solo modello di adozione.

La dottrina ha dedicato una adeguata attenzione ad entrambi questi nuovi percorsi di adozione¹, ma non li ha mai posti a confronto tra loro. Nessuno, in sostanza, si è finora posto il problema di cogliere le eventuali differenze rilevabili tra le due adozioni ed anzi talora esse sono state indicate come del tutto sovrapponibili². Con l'unica puntualizzazione che l'adozio-

1. Per quanto riguarda l'adozione mite basta riportarsi ai riferimenti fatti nelle note da 3 a 11 di questo scritto. Per l'adozione aperta utili indicazioni sono in L. Lenti, *Qualche riflessione sui modelli di affidamento e adozione accolti nell'ordinamento italiano*; J. Long, *Open Records e Open Adoptions: due proposte dagli Stati Uniti per la regolazione dei rapporti tra adottato, genitori adottivi e genitori biologici*; A.G. Miliotti, *I diritti degli adottati e l'open adoption, lo scenario Usa*, tutti in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 3-4/2001, pp. 86-128. Ed inoltre: A. Fine, *Ma quanti genitori ho*, in *Reset*, 66, www.caffeeuropa.it/attualita03/146famiglia-agnes.html; L. Orsingher, *L'adozione: questioni sostanziali, procedurali, internazionali, amministrative*, Halley editrice, MC 2007; M. Gentile, *Il modello "aperto" si è affermato negli Usa a partire dagli anni '80*, in Guida al Diritto, "Il Sole 24 Ore" – "Famiglia e Minori", 2008 n. 9, pp. 27 e ss.

2. L. Lenti, *L'adozione, è ora di cambiamenti?* in "Minorigiustizia", n. 2/2007, pp. 131 e ss. Per una efficace trattazione del tema, con riferimento particolare all'assurdità del diritto vigente italiano che non riconosce la parentela in linea collaterale fuori dalla filiazione legittima (e adottiva legittimante), cfr. L. Lenti, *Introduzione, Vicende storiche e modifiche di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, II, *Filiazione*, Milano, 2002.

ne aperta è stata generalmente condivisa ed accettata, mentre quella mite ha suscitato perplessità tra gli operatori minorili come già si è detto³.

Va anche aggiunto che l'adozione aperta ha avuto un certo rilievo nella dottrina citata, mentre quella mite ha una diffusione prevalentemente giurisprudenziale. Sofferamoci quindi sull'una e sull'altra per sottolineare le differenze eventuali, che risultano utili per mettere a fuoco lo spazio normativo attribuito in queste proposte alla cultura del diritto mite.

2. L'adozione aperta negli altri Paesi

2.1. In Usa

L'adozione aperta ha ricevuto un'attenzione ed uno sviluppo accentuati negli Stati Uniti. Essi meritano di essere conosciuti anche per la diversità che la situazione presenta rispetto a quella italiana, alla quale appartiene invece in via esclusiva l'adozione mite.

Negli Usa a partire dalla metà degli anni '90 si afferma un tipo di adozione, *l'open adoption*, che permette il mantenimento di rapporti dell'adottato con la famiglia di origine. Essa è caratterizzata dal fatto che genitori biologici e adottivi condividono informazioni o rapporti personali per un periodo limitato o a tempo indeterminato. I rapporti tra le due famiglie possono essere diretti o mediati tramite l'agenzia che ha curato l'adozione. Negli ordinamenti americani il consenso all'adozione da parte dei genitori di origine ha un peso decisivo e quindi il diffondersi dell'*open adoption* esprime un indubbio aumento del potere contrattuale dei genitori d'origine, derivante dalla diminuzione di bambini adottabili⁴.

Si distingue tra due tipologie estreme di adozione, la *open* e la *closed adoption*: in quella chiusa l'adottato ed i genitori biologici non sono a conoscenza delle rispettive identità e le uniche informazioni hanno carattere medico. Vi è anche un grado intermedio, l'adozione *semi open*, che consente il mantenimento di rapporti tra famiglia biologica e adottiva con incontri rari o rapporti epistolari, realizzati in modo tale (tramite intermediari) da non consentire la reciproca identificazione.

3. Cfr. la posizione del Coordinamento Nazionale Servizi Affidi rinvenibile al sito [www.comune.genova.it/servlets/resources?contentId=473392&resourceName=allegato%20pdf%20Adozione aperta e mite](http://www.comune.genova.it/servlets/resources?contentId=473392&resourceName=allegato%20pdf%20Adozione%20aperta%20e%20mite) (documento in elaborazione 2007).

4. Cfr. L. Lenti, *Qualche riflessione* cit., p. 93 e ss. A conferma di questo fenomeno J. Long, *op. cit.*, p. 113, afferma che uno studio compiuto su un campione di agenzie pubbliche e private che svolgono attività di intermediazione nella procedura adottiva ha evidenziato che la percentuale di agenzie che consentono la conclusione di un'adozione aperta è salita in cinque anni (1988-93) dal 35% al 76%.

Va aggiunto che oggi circa un terzo degli Stati americani riconosce la possibilità di concludere un'adozione aperta, ma che tuttora in ben venticinque stati gli accordi per un'adozione aperta sono esclusi dalla legge o dalla giurisprudenza, perché considerati contrari all'ordine pubblico.

Pressioni sull'opinione pubblica e sul legislatore per definire i vari profili dell'open adoption provengono sia dalle associazioni degli adottanti che da quelle per i diritti dei genitori biologici. Queste ultime non esistono invece in Italia⁵.

È utile aggiungere infine che in Usa l'autorità giudiziaria interviene di solito solo al termine della procedura adottiva, mentre è un'agenzia autorizzata a procedere all'istruttoria della pratica.

Ricerche psicologiche approfondite svolte negli Stati Uniti sulla segretezza dell'adozione hanno portato a concludere che "i bambini adottati si sentono abbandonati, rifiutati e trascurati, ma l'adozione aperta li fa sentire un po' "meglio"⁶.

Quello che sorprende nello studiare l'evoluzione dell'adozione in Usa e il più accentuato sviluppo dell'open adoption è che manca ogni riferimento ai rischi di diffusione del mercato dei bambini: forse solo la circostanza che in ventidue stati gli accordi per l'adozione aperta sono considerati contrari all'ordine pubblico è un segnale in tale direzione.

2.2. In Canada

In Canada la situazione normativa non è uniforme. Con una legge del 23/3/2007 è stata introdotta nello Stato federato, il Nuovo Brunswick, l'adozione aperta, che consente i contatti tra famiglia di origine e adottiva. Essa viene intesa come una modalità di tutela dell'interesse del minore da utilizzare distinguendo caso per caso. Nel Quebec manca una specifica normativa, ma nella pratica essa viene attuata, malgrado la magistratura la consideri contraria allo spirito della legge. Non viene interrotto il rapporto di filiazione ed il cognome dell'adottante si aggiunge a quello di origine salvo che il Tribunale non decida diversamente. L'adozione può essere revocata per gravi motivi⁷.

5. Come rileva L. Lenti, *Qualche riflessione* cit., p. 105, esiste invece un'associazione di genitori adottivi, consistente e molto ascoltata, che è l'Anfaa.

6. Così A.G. Miliotti, *op. cit.*, p. 124, che fa riferimento ad una ricerca svolta in Usa da Annette Baran, fondatrice del movimento di riforma dell'adozione.

7. M. Gentile, *op. cit.*, p. 28.

2.3. In Francia

L'adoption ouvert è considerata in Francia come un'alternativa all'interruzione volontaria della gravidanza o all'adozione chiusa e comporta per la donna la possibilità di pianificare la sua vita e quella del figlio, scegliendo per lui i genitori adottivi⁸.

2.4. In Giappone

Vi sono due tipologie di adozioni: l'adozione speciale, che interrompe ogni rapporto tra adottato e famiglia biologica, e l'adozione ordinaria che non interrompe tali rapporti, anche se il figlio diviene a tutti gli effetti figlio legittimo della famiglia adottante. È sempre possibile in quest'ultimo caso lo scioglimento del legame adottivo.

L'adozione è peraltro scarsamente attuata a causa del diffuso pregiudizio che la circonda⁹.

2.5. I Paesi islamici

Nei paesi di cultura islamica vige il divieto di utilizzare l'adozione con conseguente divieto di attribuire all'adottato il cognome dell'adottante. L'unico istituto consentito è la Kafala, una forma di affidamento familiare a cui faremo riferimento in seguito¹⁰.

3. L'adozione delle coppie omosessuali e dei singoli

Nei Paesi in cui le unioni omosessuali hanno un riconoscimento civile si rileva una certa consequenzialità tra riconoscimento di tali unioni e possibilità per le stesse di adottare bambini.

Il Belgio, che dal 2003 ha introdotto il matrimonio delle coppie gay, consente anche l'adozione da parte di tali famiglie. Analogo discorso vale per Spagna, Canada e Regno Unito, mentre la Danimarca permette a tali coppie solo l'adozione dei bambini dei propri partner nati da precedenti relazioni.

8. M. Gentile, *op. cit.*, p. 29.

9. M. Gentile, *op. cit.*, p. 29.

10. Cfr. p. 30.

In Sud Africa, dove da tempo esistono coppie di genitori omosessuali, di recente la Corte Costituzionale si è pronunciata in favore del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Per quanto riguarda infine l'adozione da parte dei singoli, il Consiglio d'Europa ha varato il 7 maggio 2008 il nuovo testo della Convenzione europea sull'adozione dei minori, aperta per la ratifica anche da parte degli Stati non membri a partire dal novembre 2008. La Convenzione prevede all'art. 7 l'estensione del diritto di adottare ai singoli sia eterosessuali che omosessuali. Questa convenzione è probabilmente destinata a riaprire in Italia la questione già sorta nella scorsa legislatura con la proposta di legge sull'introduzione dei Pacs (Patti civili di solidarietà), che è stata tema molto dibattuto per le aperture che realizzava verso le unioni omosessuali con la prospettiva di una successiva possibilità di giungere poi a permettere anche le adozioni da parte di tali coppie¹¹.

4. L'adozione aperta in Italia

Il contesto italiano è molto diverso da quello degli Usa e di altri Paesi, perché da noi l'adozione ha carattere pubblicistico e punisce severamente il mercato dei bambini. E ciò vale per entrambi i modelli di adozione, sia per quella legittimante che per quella in casi particolari. In entrambi i casi al centro del sistema vi sono il tribunale per i minorenni ed i servizi sociali. La loro centralità riguarda non solo la decisione in ordine alla pronuncia della sentenza di adozione del minore (fondata sulla sua situazione personale e familiare e sul diritto di lui ad avere una famiglia), ma anche il suo sancire che l'adozione pronunciata sia un'adozione aperta o chiusa.

Infatti, in relazione all'adozione legittimante si va affermando una giurisprudenza, secondo cui la totale interruzione dei rapporti minore-genitori per effetto della pronuncia dell'adozione si limita ai soli rapporti giuridici, ma non riguarda i rapporti interpersonali che possono, caso per caso, essere consentiti o no dall'autorità giudiziaria. E quindi l'adozione legittimante che per lunghi anni è stata l'emblema dell'adozione chiusa, si sta evolvendo nel senso che può anche essere (in realtà finora in pochi casi) un'adozione aperta. Ma chi lo decide è il giudice, non le parti.

Ed anche per l'adozione in casi particolari il discorso non è molto diverso, pure se si parte dal principio opposto. Questa adozione è infatti di per sé un'adozione aperta, in quanto anche dopo la pronuncia dell'adozione non vengono interrotti né i rapporti giuridici né quelli personali tra adot-

11. M. Gentile, *op. cit.*, p. 30.

tando e famiglia di origine. Inoltre per la pronuncia dell'adozione è necessario che sia sentito il rappresentante del minore se infraquattordicenne ed occorre l'assenso dei suoi genitori. Ma nel caso in cui il Tribunale ritenga ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando il rifiuto dei genitori all'adozione può pronunciare ugualmente l'adozione, salvo che l'assenso sia rifiutato dai genitori esercenti la potestà. Il risultato complessivo che ne deriva è che anche in questo caso il rapporto del minore con la famiglia di origine sarà gestito sulla base della decisione del giudice che, ove ve ne siano le condizioni, potrà pronunciare decreto di decadenza dei genitori dalla potestà e poi procedere alla pronuncia della sentenza di adozione in casi particolari, anche se i genitori non vi consentono. Sarà poi la stessa sentenza a prevedere che il rapporto minore-famiglia di origine resti pienamente aperto o limitato in parte o in tutto dal Tribunale sulla base esclusiva dell'interesse del minore.

Certo l'adozione non potrà aver luogo se i genitori esercitano la potestà sul figlio e non assentono all'adozione. Ma in questo caso non c'è dubbio che la famiglia di origine è valida ed adeguata, sicché è interesse proprio del minore restare nella sua famiglia.

È evidente a questo punto la differenza esistente tra Usa ed Italia per l'adozione aperta. Qui, a differenza che negli Stati Uniti, il consenso all'adozione da parte dei genitori di origine non ha un peso decisivo per la pronuncia dell'adozione, perché centrale è in ogni caso solo l'interesse del minore ed il suo diritto ad una famiglia valida, non la volontà dei genitori. E quindi l'incremento di casi in cui l'adozione incontra il consenso della famiglia di origine non comporta il rischio di un aumento del potere contrattuale dei genitori di origine nella conclusione dell'adozione.

5. L'adozione mite

5.1. Due livelli di confronto

Occorre ora passare all'adozione mite e porla a confronto con l'adozione aperta. È agevole rilevare che esistono due livelli di confronto: l'uno riguarda la possibile incidenza dell'adozione aperta e dell'adozione mite nelle modalità di realizzazione di ogni adozione. L'altra si riferisce invece al fatto che le denominazioni di adozione aperta e di adozione mite sono state attribuite, in alcune proposte di legge, a due ulteriori modelli di adozione con il fine di colmare lacune normative riscontrate.

5.2. *L'incidenza sulle altre adozioni*

Sotto il primo profilo proposto l'adozione aperta è una modalità di realizzazione dell'adozione che si attua con la previsione di rapporti con la famiglia di origine e si oppone all'adozione chiusa che preclude ogni possibile relazione con i familiari.

Attiene quindi al momento conclusivo dell'adozione, alla sentenza che può prevedere e disciplinare tali rapporti, e al successivo mantenimento delle relazioni personali tra famiglia di origine ed adottato, ma non interviene affatto sul procedimento adottivo, che rimane non solo formalmente, ma anche nella sostanza del tutto simile a quello applicato nell'adozione legittimante.

L'adozione mite, invece, è una modalità di essere della giurisdizione e, quindi, dell'intero percorso adottivo da realizzare in modo diverso da quello abituale, alla continua ricerca della mitezza nel compimento di ogni atto giudiziario, e quindi nel promuovere costantemente il dialogo tra le parti, nel ricercare il consenso dei soggetti coinvolti, nell'evitare strappi e le decisioni d'autorità ed ispirandosi alla logica della giustizia di prossimità. Essa attiene anche al modo di essere delle relazioni nel post-adozione, ma non riguarda solo questa fase, bensì tutti i passaggi modali del medesimo, e inoltre tende a seguire strade alternative rispetto a quelle per lo più anonime e burocratiche applicate nel tradizionale procedimento adottivo.

La logica dell'adozione mite è in sostanza quella che ispira il noto brocardo di Bateson "la strada è come la si percorre"¹².

5.3. *La creazione di nuovi modelli di adozione*

Ma accanto a questo primo livello di confronto tra adozione mite e adozione aperta, ve ne è un secondo. Quello che le propone entrambe come nuovi modelli di adozione da affiancare a quelli già esistenti e diretti a colmare una lacuna rilevante nella disciplina normativa di questa materia. L'illustrazione più chiara di questo secondo livello si rinviene nella proposta di legge n. 5724 del 16/3/2005, che introduce il concetto di "semiabbandono permanente", come quello intermedio tra l'abbandono morale e materiale pieno (consistente nella totale mancanza di cure e di affetto da parte dei genitori e dei parenti tenuti agli alimenti, che porta alla dichiarazione di adottabilità e poi all'adozione legittimante) ed il disagio familiare tenue, che comporta la previsione di un efficace sostegno psico-

12. G. Bateson, *Mente e natura*, Adelphi, Milano, 1984, p. 87.

logico e materiale al minore ed alla sua famiglia nella quale egli rimane, o – se si tratta di disagio familiare temporaneo – l'eventualità di un affidamento familiare con la programmazione del rientro successivo del minore in famiglia.

In questo caso l'adozione aperta e l'adozione mite, come si è rilevato in precedenza, sono costruite come nuovi istituti diretti a prevedere che nel caso di genitori incapaci di svolgere la funzione educativa, ma legati affettivamente al figlio, si proceda all'adozione del medesimo, fermi restando i rapporti affettivi e di incontro con la famiglia di origine, salvo che specifiche ragioni non inducano il tribunale a limitarli.

Ma il percorso per realizzare queste due adozioni è diverso. Infatti, quanto all'adozione aperta, viene previsto un iter sostanzialmente identico a quello dell'adozione legittimante con cui il tribunale per i minorenni è chiamato a valutare se vi è una situazione di semiabbandono permanente ed a pronunciare dopo l'istruttoria un provvedimento di dichiarazione di semiabbandono permanente seguendo pedissequamente la disciplina attualmente prevista per l'adozione legittimante, salva la previsione di rapporti personali con la famiglia di origine.

L'adozione mite segue invece un percorso più lungo, ma più graduale e sostanzialmente diverso. Prevede anzitutto l'affidamento familiare del minore ad una famiglia e la verifica successiva dell'avvenuto recupero o no delle capacità educative dei genitori con rientro del figlio in famiglia. Stabilisce poi che tale affidamento cessi, se il recupero avviene; mentre se esso non si conclude perché l'incapacità dei genitori si perpetua, si passa ad altre fasi: prima all'affidamento familiare senza scadenza (c.d. affidamento sine die) e poi all'adozione mite realizzata con il consenso dei genitori e la pronuncia della sentenza di adozione realizzata sul modello dell'adozione in casi particolari, e cioè senza interruzione né del rapporto di filiazione né di quello relazionale con la famiglia di origine. È infine prevista nel citato disegno di legge anche una fase ulteriore di questa adozione che consente la sua conversione in adozione legittimante se dopo un certo tempo ne facciano richiesta l'adottante e l'adottato (ultraquattordicenne).

In conclusione, l'iter dell'adozione mite prevede sia tempi lunghi per giungere all'adozione sia una gradualità della sua evoluzione, allo scopo di favorire una reale presa di coscienza da parte della famiglia di origine della sua incapacità educativa e del legame affettivo instauratosi con la famiglia affidataria e agevolare la sua disponibilità a consentire all'adozione mite. Non a caso in questi casi si registra oltre il 50% di adozioni fatte con il consenso della famiglia.

5.4. *Le diverse strade seguite*

Un ultimo profilo, infine, merita di essere rilevato. L'adozione aperta ha trovato spazio per la sua diffusione culturale in dottrina e nella proposta di legge citata.

L'adozione mite oltre a questo spazio ha seguito anche la via della giurisprudenza, venendo applicata in vari tribunali¹³. Ed è utile anche tener presente che questa giurisprudenza ha creato spazi interpretativi nuovi rispetto a quella precedente.

Essa infatti è pervenuta ad individuare una diversa area di applicazione dell'adozione in casi particolari (art. 44 lett. d) partendo dal rilievo che la giurisprudenza della Cassazione individua uno spazio molto ristretto per la configurazione dello stato di adottabilità e quindi per l'adozione legittimante, ignorando del tutto, per questo modello di adozione, l'area relativa al diritto del minore al pieno ed equilibrato sviluppo della sua personalità, che invece la giurisprudenza dei tribunali minorili ha costantemente affermato (anche nelle dichiarazioni di adottabilità, poi cassate dalla Suprema Corte), desumendolo dai principi costituzionali e dall'evoluzione culturale che ha portato a guardare al minore come soggetto di diritti oggettivamente perfetti ed autonomi.

Proprio per tutelare anche il diritto del minore al pieno sviluppo della sua personalità la giurisprudenza dei tribunali minorili ha ritenuto che il rapporto tra adozione legittimante e adozione in casi particolari (o mite nel caso dell'art. 44 lett. d) debba essere interpretato paragonandolo a quello esistente tra due cerchi concentrici, in quanto la seconda comprende non solo i casi di adottabilità (intesi come tali dalla Cassazione), ma anche quelli relativi alle c.d. "zone grigie" dell'abbandono, sì da comprendere in sostanza anche i casi di semiabbandono permanente¹⁴.

5.5. *Il punto della situazione*

Traendo ora spunto dal confronto appena effettuato tra adozione aperta e adozione mite e cogliendo dal medesimo qualche argomento di riflessione per andare oltre tale confronto per accertare se la cultura dell'adozione mite stia in qualche misura incidendo sulla cultura dominante in materia, si possono svolgere alcune osservazioni.

13. Cfr. Tribunale per i minorenni di Bari, 23/4/2008 n. 32; 11/6/2008 n. 42 (inediti). Risulta anche che essa abbia trovato applicazione da parte dei Tribunali di Napoli, Perugia e Milano, come già rilevato nella nota 80.

14. Cfr. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite e le nuove prospettive*, cit., pp. 114 e ss.

a) In linea di massima, si deve considerare il dato pacifico di cui prendere atto che l'emergere di questa nuova cultura – per lo più guardata con diffidenza – non ha costituito l'occasione per rivedere gli orientamenti dominanti che hanno caratterizzato la giustizia minorile negli ultimi tempi sia in materia di adozione che in generale. Al di là dell'approvazione di un sia pur importante documento associativo, a cui si farà riferimento in seguito, non si è andati.

Si è perpetuata così la scelta della giustizia minorile di non voler mettere in discussione gli orientamenti rigidi che spesso l'hanno ispirata; e, anzi-tutto, di lasciare irrisolto il problema connesso al punto cardine negativo che l'ha distinta. Quello che si potrebbe definire il suo "peccato originale" costituito dal cd. "caso Serena", che, come detto, accaduto circa vent'anni fa, continua culturalmente a dominare la scena della giustizia minorile.

Ne è conferma la circostanza che la vicenda citata fu accompagnata – come si è detto – da esasperati atteggiamenti di ostilità contro le decisioni dei giudici, atteggiamenti che giunsero ad assumere toni clamorosi. Tuttavia, tali reazioni ebbero carattere di episodicità e, in sostanza, cessarono quando quella vicenda si concluse.

Cominciò però a manifestarsi uno scollamento permanente tra interventi giudiziari minorili e sentire della comunità, che fu confermato più volte – soprattutto in occasione di provvedimenti giudiziari di allontanamento di minori – con manifestazioni di opinione pubblica che risultarono ogni volta decisamente contrarie agli interventi giudiziari di volta in volta effettuati. Fu questa la principale ragione che portò alla presentazione di un disegno governativo che aboliva il Tribunale per i minorenni.

Singolarmente, tuttavia, non appena conclusa questa fase storica con la decisione parlamentare che bocciava tale progetto di legge, tutto è ripreso come se nulla fosse accaduto e cioè con nuovi interventi giudiziari sempre ispirati alla linea giurisprudenziale precedente, che causano proteste e dissensi. Non vi è stata nessuna riflessione critica sull'accaduto né alcun dubbio che questo orientamento sia quello giusto.

b) Rispetto a questa linea dominante si vanno delineando in giurisprudenza orientamenti diversi e alternativi, che non mettono in discussione tendenzialmente l'intero meccanismo, ma tracciano qualche percorso nuovo riguardante singoli temi. È il caso del rapporto relativo al passaggio dall'affidamento familiare all'adozione semplice dei bambini affidati per lungo tempo; ed è anche il caso delle soluzioni che la giurisprudenza va proponendo in ordine al cognome che va attribuito al minore adottato. Ma vi sono altri punti che non hanno ancora trovato attuazione giurisprudenziale: il discorso vale per il principio della continuità degli affetti e per l'orientamento che prospetta la sdrammatizzazione della dichiarazione di adottabilità con accesso a modalità miti di sua realizzazione.

c) Deve in sostanza essere qui ribadito che il persistente richiamo alla “mitemezza”, a cui si è fatto cenno, non si riduce all’alternativa tra adozione chiusa e adozione aperta e non va quindi limitato ai rapporti tra famiglia di origine e minore adottato, ma va esteso anche alla complessiva riflessione sulla legge 184/1983, al disegno normativo delle relazioni familiari introdotto da tale legge e alla sua interpretazione, anche per verificare se *esso non abbia decisamente inciso sul ruolo e sulla cultura del giudice minorile fino a modificarli profondamente.*

Ed è questa l’analisi che ci impegnerà nella seconda parte di questa ricerca: quella diretta a ricercare i fondamenti giuridici e culturali della nuova prospettiva verso cui diritto minorile e familiare tendono ad orientarsi ed individuare i nuovi traguardi verso cui dirigersi.

II. Le nuove prospettive

Premessa. Principi ed orientamenti

1. Verso percorsi duttili ed elastici

L'analisi fin qui svolta ha posto in luce una pluralità di segnali che sottolineano l'insoddisfazione, proveniente sia dall'opinione pubblica sia spesso dai cultori delle scienze umane, per l'attuale sistema normativo delle relazioni familiari e l'aspirazione al cambiamento allo scopo di reperire orientamenti più duttili ed elastici che consentano di conciliare il rispetto delle regole con l'attenzione alla tutela complessiva del soggetto minore, dei rapporti affettivi da lui già instaurati.

Questa esigenza di cambiamento si propone ad un duplice livello. A livello globale, come indice della ricerca dal basso di una nuova cultura generale, che metta da parte i danni che la politica e l'economia producono per realizzare nei fatti i principi di solidarietà e vicinanza al più debole. A livello individuale, come espressione di un modo di essere di ciascun soggetto che pratici in concreto tali principi, occorre cioè rifarsi ai rappresentanti di quel nuovo modello di cittadinanza che è connaturato al volontariato: il contenuto di questa nuova cultura è ben sintetizzata in un brano di G. Zagrebelsky che ritengo utile riferire testualmente qui perché costituisce un forte segnale dell'istanza di evoluzione culturale ed operativa che questo movimento contiene: "Decine, forse centinaia di migliaia di donne e di uomini sono al lavoro, negli interstizi del disordine globale, per "riannodare i fili", ricucire le lacerazioni, "elaborare il male". Per sciogliere i grumi di inimicizia che i dislivelli planetari (il ritorno feroce dell'ineguaglianza), i conflitti identitari (etnici, religiosi, la degradazione della "politica delle tribù"), lo spettacolo osceno dell'ingiustizia rappresentato sul palcoscenico del mondo, vanno con velocità crescente addensandosi. Li si trova a Baghdad o in quella terra che solo con impietosa ironia si può continuare a definire "santa", nella miseria radicale delle favelas latinoamericane come nel fetore delle periferie africane, nel cuore di Kabul come nelle banlieux di

Parigi, o negli slum di New York o di Londra, tra le macerie di Grozny e la polvere di Mogadiscio, a riparare dal basso i danni che i flussi sradicanti dell'economia e della politica producono. Sono loro che "vedono" (e raccontano) quello che i giornalisti professionisti ignorano, passandogli accanto. E sono loro quelli che riparano ciò che gli eserciti frantumano (corpi e cose) e lasciano dietro di sé in pezzi"¹.

1.1. *Occorre ispirarsi alla cultura del volontariato*

Questo concetto di volontariato contiene in sé una nuova idea di cittadinanza: una cittadinanza universale che prefigura relazioni sociali aperte e libertà d'azione oltre i confini nazionali; ed insieme una cittadinanza attiva, di soggetti che scelgono di essere protagonisti della realtà sociale che vivono.

La cittadinanza attiva si va ponendo come un diritto dell'infanzia e dell'adolescenza, tant'è che il diritto alla partecipazione è uno dei temi che l'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza propone come punto cardine del Piano d'Azione 2009-2010 in via di redazione: vi vengono individuati i profili da coltivare in famiglia, nelle scuole e nel sociale. Ma anche per gli adulti si tratta di un tema di grande rilievo.

Basta ricordare la recente esperienza del "tutore volontario" promosso in Veneto dal Pubblico Tutore dell'infanzia e dell'adolescenza, per rendersene conto, come più avanti di vedrà.

1.2. *La qualità della legislazione*

Esiste poi un capitolo nuovo da aprire ed è quello che riguarda la qualità della legislazione.

Un fenomeno come quello del volontariato, che si fonda su gratuità e responsabilità applicate ai bisogni sociali, non è riconducibile ai due poli

1. Cfr. G. Zagrebelsky, *Per un nuovo volontariato: quale modello di cittadinanza*, relazione svolta al Convegno Fivol, Roma, 1-2 ottobre 2004. www.fivol.it/profilo/convegni/2004/zagrebelsky.html.

Cfr. anche N. Lipari, relazione svolta nella stessa sede e con lo stesso titolo: "I giuristi possono avviarsi a comprendere che è indispensabile superare il vecchio spartiacque tra pubblico e privato, che è necessario scoprire il senso di una nuova comunità dando un diverso significato all'idea di cittadinanza. Nell'ottica del "diritto fraterno" si supera lo schema di una cittadinanza definita esclusivamente da un lato da mobilitazioni di tipo rivendicativo e dall'altro dalla elargizione di prestazioni dovute; essa si traduce piuttosto in una corresponsabilizzazione orientata a diritti comuni".

tradizionali, su cui il diritto si è organizzato a partire dalla formazione dello Stato moderno: la sfera del lecito, lasciata ai privati per la cura dei propri interessi e quella del doveroso, gestita dallo Stato per la cura degli interessi collettivi. Occorre – come dice Zagrebelsky – una dimensione del diritto del tutto nuova: è una sfida lanciata ai legislatori, ma prima ancora alla scienza giuridica.

Peculiarità proprie del mondo del volontariato sono la “mitezza” del diritto ed il suo carattere “fraterno”, cioè solidale, di aiuto e sostegno.

Ed anche il diritto diventa quindi un diritto “nuovo”, perché il “diritto mite” è il diritto inclusivo delle diversità; il diritto “conviviale” nel senso etimologico della parola: il diritto della “vita con”; cioè il diritto che non esclude ma riconosce e valorizza le identità di tutti, il diritto di una cittadinanza plurale. Un diritto, per così dire, orizzontale, fatto di incontri, mediazioni, ponderazioni e compromessi, di cui nessuno possa dirsi padrone in esclusiva e sia quindi, in questo senso, di tutti. Un diritto difficile, naturalmente; un diritto che richiede molto senso di responsabilità, prudenza e saggezza in chi lo fa e in chi lo applica. Il “diritto feroce” è viceversa il diritto delle società che vogliono preservarsi “pure” attraverso l’esclusione, la discriminazione. L’impegno gratuito, per alleviare le sofferenze umane, a produrre beni sociali fuori della logica egoistica dell’appropriazione individuale sta invece completamente dalla parte della mitezza nei rapporti tra gli esseri umani, di cui si riconoscano la complessità e anche la difficoltà, e richiedono una regolazione conforme².

2. I principi da affermare per le relazioni familiari: un cammino già iniziato

Passando ora al discorso riguardante il diritto minorile, non c’è dubbio che il programma da coltivare debba essere quello di realizzare un nuovo sistema delle relazioni familiari, un nuovo sistema, quindi, un sistema mite delle relazioni familiari, che non rifiuti le “regole”, ma vi associ una dimensione meno rigida di quella attuale.

Ora, la mia sensazione è che su questa via ci siamo già incamminati. Le strade scelte per questo percorso sono di due tipi. Vi è quella che propone interventi normativi diretti ad incidere sulla legislazione esistente.

Indubbiamente esemplificativa di questa prospettiva con riferimento alla legislazione è la normativa, introdotta solo con la riforma dell’adozione realizzata nel 2001 (L. 149/2001), che consente all’adottato di risalire alle

2. Cfr. G. Zagrebelsky, *Per un nuovo volontariato*, cit.

sue origini. È certamente una legge che corregge la totale precedente rigidità dell'adozione legittimante applicata fino a quel momento nella prospettiva totalizzante dell'adozione chiusa e colma quel vuoto per lo più doloroso derivante dalla mancata conoscenza delle proprie origini. È il segno di una maggiore attenzione ai vissuti personali degli adottati e si pone nell'ambito culturale del diritto mite.

A questa si affianca quella che comincia ad utilizzare in modo più nuovo e più ampio l'interpretazione giurisprudenziale relativa alla legislazione attuale, scoprendo nelle sue pieghe una serie di principi diversi da quelli che finora hanno ispirato gli orientamenti dominanti e applicandoli al caso concreto.

Ma vi è di più. La mia convinzione è che, accanto a questa strada, ne vada emergendo un'altra di portata ancora più ampia, ma che si pone secondo la stessa direttiva.

La mia convinzione è che per effetto della riforma costituzionale, introdotta dalla L.C. 18 ottobre 2001 n. 3, che ha trasferito alle Regioni gran parte delle competenze dello Stato in tema di diritti civili e sociali, sta nascendo un nuovo diritto minorile, destinato ad incidere profondamente sul sistema attuale.

I fondamenti di questo discorso sono quindi due: da un lato, il documento dell'Aimff datato 24/6/2006 in tema di adozione mite, documento la cui portata è stata finora trascurata e che invece merita grande attenzione perché, per le posizioni che sostiene e le proposte che avanza, ben può essere considerato il cardine dell'adozione mite, il fondamento delle nuove prospettive verso cui si tende a muoversi.

Dall'altro, la riforma costituzionale varata con la L.C. 3/2001, anch'essa finora sostanzialmente ignorata e che deve essere invece oggetto di una riflessione importante.

Di questi due punti basilari ci occuperemo nel prossimo capitolo.

2.1. I nuovi valori

Su questa base si porrà poi il discorso diretto a ricercare quali debbano essere i nuovi principi a cui non solo le riforme normative auspicate, ma anche la più recente giurisprudenza deve ispirarsi.

E traendo spunto dal documento citato dall'Aimff devono essere messi in evidenza i punti nevralgici da rivedere. Il primo è quello che attiene al tema dell'allontanamento, che sarà ripreso nel secondo capitolo per metterlo a confronto con il principio della continuità degli affetti, che trova non pochi riscontri già nella legislazione vigente e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Altri punti sono quelli che si traggono dalla rivisitazione in senso mite degli istituti vigenti a partire dall'adozione legittimante per soffermarsi poi su affidamento familiare e adozione semplice o non legittimante; in particolare acquistano rilievo le giurisprudenze "miti", che consentono anche nell'adozione legittimante il mantenimento dei rapporti personali con la famiglia di origine; quelle che legittimano le trasformazioni dell'affidamento sine die in adozione; quelle che affermano nuovi orientamenti sul cognome che l'adottando può assumere, facendo riferimento soprattutto all'adozione in casi particolari, ma accennando anche a quella legittimante, come propone una recente dottrina. E non può non scaturirne qualche considerazione sul ruolo del giudice.

Occorrerà qui riprendere il discorso secondo cui ritenere che affidamento e adozione siano compatibili comporti il determinarsi di situazioni di ambiguità e confusione intese come disvalori da respingere. Oppure se al contrario si debba ritenere che tali presunte ambiguità – secondo l'impostazione già affermata – debbano piuttosto essere intese come valori, da coltivare, in quanto consentono più ampia e diversificata possibilità di maggiore tutela dell'interesse del minore.

E va anche verificato se, malgrado tutto, non persistano alcune carenze nella protezione del minore che debbano trovare ulteriori risposte miti e se la normativa non debba essere integrata da istituti nuovi che realizzino forme più attenuate di tutela del minore, forme che occupino lo spazio lasciato dall'abolito istituto dell'affiliazione.

Infine un profilo ulteriore su cui soffermarsi è quello del cognome che il minore adottato deve assumere: se esso debba continuare ad essere quello che formalmente la legge prevede oppure non possano accogliersi interpretazioni diverse.

Infine, un ultimo profilo al quale fare cenno è quello connesso alla ricerca psicologica che studiosi dell'Università di Bari stanno effettuando sull'esperienza dell'adozione mite ed alle eventuali prime indicazioni che emergono e che possono essere motivo di riflessione anche in questa sede.

Spazi significativi, che il legislatore non ha finora disciplinato, ma che in un discorso di diritto mite e di tutela completa di ogni minore non possono essere trascurati sono poi quelli che attengono alle relazioni internazionali: saranno questi i temi che affronteremo nel terzo capitolo trattando dei soggiorni solidaristici, di affidamento familiare internazionale e di adozione particolare internazionale.

Infine, si pone la questione del futuro, di quali dovranno essere i nuovi traguardi che la cultura dell'adozione mite si dovrà proporre per il futuro non immediato e su questo tema ritengo che si debba riprendere il discorso iniziale che ha evidenziato le affinità tra cultura dell'adozione mite e cultura della mediazione per concludere che sarà opportuno seguire un percorso

unitario – considerata la contiguità dei temi – per puntare al risultato sia del decollo definitivo in Italia della mediazione sia per realizzare il superamento pieno del modello attuale del sistema normativo delle relazioni familiari in favore di un sistema mite.

1. Il fondamento culturale del diritto minorile mite e la riforma costituzionale

1. Due punti fermi finora trascurati

Sottolineamo ora il discorso proposto inizialmente in premessa per ribadire che questo movimento culturale, relativo all'adozione mite, ha trovato in questi anni due punti fermi, la cui portata è stata finora trascurata e che invece meritano grande attenzione: si tratta del documento approvato il 24/6/2006 dall'Associazione italiana dei magistrati per i minori e la famiglia in tema di adozione mite e della riforma costituzionale intervenuta con la legge costituzionale 3/2001, che è destinata a modificare decisamente il panorama del diritto minorile italiano.

Entriamo con maggiore approfondimento nel merito di questi momenti basilari.

2. Il fondamento del diritto minorile mite

Il tema dell'adozione mite è stato oggetto di significative divergenze tra i giudici minorili e, quanto al suo Consiglio Direttivo, di una vera e propria spaccatura, che per lungo tempo ha portato ad evitare una presa di posizione sull'argomento. Solo nel maggio 2006 si è giunti ad un approfondimento specifico nel corso di un seminario associativo svoltosi a Lecce. E dopo poco più di un mese, alla luce del dibattito precedente, il Consiglio Direttivo si ricompattava ed approvava un importante documento unitario.

Io credo che esso meriti grande attenzione e vada ripreso in questa sede e proposto come un vero e proprio manifesto associativo sulla giustizia minorile e sull'adozione sul quale riflettere.

2.1. *Il documento*

È quindi quanto mai opportuno riportare per esteso il testo del documento.

“Da qualche anno è in corso un dibattito sull’adozione e sull’affidamento familiare che ha comportato da un lato la ricerca di nuove prassi, come a Bari con l’esperienza sull’adozione mite, e dall’altro la formulazione di numerose proposte di legge. Siamo convinti che a monte di questo dibattito ci sono dei problemi reali che devono essere pensati ed affrontati.

È merito di questo dibattito l’aver messo in risalto che il diritto minorele familiare è di per sé un diritto mite, nel senso che si deve basare sulla comunicazione da parte dei Servizi e dei Giudici con le persone, adulti e minori, che ha come caratteristica fondamentale l’ascolto e che in via di principio – soprattutto quando è necessario disporre l’allontanamento – mira ad ottenere il consenso e la collaborazione delle persone coinvolte, minore compreso, pur nella consapevolezza che il Giudice deve in ogni caso decidere secondo il preminente interesse del minore.

Il dibattito in corso è anche motivato dalla maggiore complessità dei modelli familiari e dei modelli sociali di cui occorre prendere atto. Come nel campo della tutela degli incapaci ci si è accorti che il mondo non è diviso tra malati e sani, ma ci sono molte situazioni intermedie di disagio che hanno ricevuto una risposta nell’amministrazione di sostegno, così è altrettanto evidente anche nel settore della protezione dei minori che c’è tutto un campo di situazioni grigie (abbandono che matura progressivamente nel tempo, semi-abbandono) in cui va affermato con fermezza il diritto del minore alla famiglia, anche con l’apertura a nuove forme di accoglienza.

Di fronte a queste nuove realtà le risposte sono state sovente inadeguate. I Servizi non sono riusciti a realizzare quanto la legge prevedeva per i bambini in istituto, in comunità e in affidamento a lungo termine e dunque vanno al riguardo denunciate le carenze di formazione e di investimenti. D’altro lato anche l’attività di vigilanza delle Procure, limitata agli istituti e non estesa alle comunità e agli affidamenti, non ha portato sempre a un’iniziativa forte per rispondere tempestivamente ai diritti e ai bisogni dei minori che vivono fuori dalla famiglia.

Va rilevata, inoltre, una progressiva caduta di tensione morale in molti operatori dell’infanzia, mentre invece sono necessarie, unitamente a professionalità e specializzazione, attenzione, capacità e adeguatezza delle risorse. Un recupero di questi valori deve portare a conoscere bene le situazioni, a valutarle e ad analizzarle, al fine di progettare con la massima sollecitudine il futuro di ogni bambino, nel rispetto dei suoi tempi di crescita.

Già oggi le leggi consentono, con la necessaria flessibilità, di muoversi in relazione ai vari casi concreti, con scelte che rispondono ai bisogni del

singolo bambino. Ci riferiamo in particolare alla possibilità di: pronunziare adozioni legittimanti aperte nei pochi casi in cui è necessario per il bambino mantenere rapporti con la famiglia di origine; utilizzare lo strumento dell'adozione in casi particolari per i minori che vivono già una situazione consolidata di inserimento; trasformare l'affidamento familiare in "adozione in casi particolari" (ex art. 44 lett. d) della legge 184/83), quando il minore non può ritornare nella propria famiglia; mantenere i rapporti fra la famiglia adottiva e la precedente famiglia affidataria quando non è stato possibile fin dall'inizio ricorrere allo strumento dell'affidamento a rischio giuridico (L. 184/83, art. 10); rispettare comunque e sempre i tempi molto brevi dei bambini in attesa di famiglia, di certezze e di stabilità.

È auspicabile, pertanto, un sollecito adeguamento della legislazione che tenga conto della necessità di muoversi in armonia con le tendenze in atto a livello europeo, chiedendoci con onestà se qualche punto non vada modificato, o meglio precisato, e in particolare se non si debba: disciplinare meglio la questione della verifica da parte dei Servizi e della Magistratura delle cosiddette situazioni grigie; ampliare l'adozione non legittimante di cui all'art. 44 lettera d); ridiscutere le modalità di realizzazione dell'affidamento familiare; modificare la disciplina sul cognome; prevedere espressamente la possibilità, in sede di adozione legittimante, di mantenere relazioni tra l'adottato ed alcuni familiari di origine; prevedere la convertibilità dell'adozione ex art. 44 L. 184/1983 in adozione legittimante, secondo lo schema dell'art. 79 della stessa legge.

Va comunque evitato il rischio di confusione fra l'istituto dell'affidamento e l'istituto dell'adozione e quindi di una rinnovata forma di supponenza dei Giudici, tale da favorire l'inerzia delle amministrazioni locali, con la giurisdizionalizzazione di tutte le situazioni. Occorre, in sostanza, puntare ad una costante alta specializzazione e professionalità dei Servizi e dei Giudici, per essere in grado di fare buon uso dei diversi strumenti legislativi a disposizione sì da pervenire, in tempi definiti e contenuti, ad una diagnosi sulla recuperabilità della famiglia di origine e all'individuazione dell'intervento più rispondente al superiore interesse del minore".

2.2. *Qualche considerazione in proposito*

a) Il documento pone a suo fondamento due punti cardine: 1) la maggiore complessità dei modelli familiari e dei modelli sociali realizzatosi negli ultimi decenni; 2) l'inadeguatezza delle risposte per i minori ospiti di comunità e in affidamento a lungo termine.

1. In relazione al primo punto viene fatto un paragone illuminante e decisivo tra minori in situazione di disagio e soggetti incapaci. Anche

per questi ultimi ci si è finalmente accorti che il mondo non è diviso tra malati e sani, ma che vi sono molte situazioni intermedie che hanno trovato adeguata risposta nell'amministrazione di sostegno: nulla di ciò vi è ancora invece per i minori in difficoltà, malgrado per loro vi sia una serie innumerevole di situazioni grigie (abbandono progressivo, semiabbandono ecc.), che non trovano tutela specifica e per le quali bisogna invece affermare con decisione il diritto del minore alla famiglia.

2. In relazione al secondo punto si denunciano l'inadeguatezza delle risposte e la necessità di colmare le carenze di investimenti e di formazione dei servizi sociali oltre all'insufficienza dell'attività di vigilanza sulle comunità da parte delle procure minorili. Si chiedono perciò un recupero di professionalità, di specializzazione degli operatori dell'infanzia e l'adeguatezza delle risorse oltre ad un rinnovato impegno delle amministrazioni locali in modo che servizi e giudici possano giungere in tempo contenuto ad una diagnosi di recuperabilità della famiglia di origine.

b) Com'è agevole cogliere, la base del discorso è una lettura nuova ed attenta dei contesti: di quello dei bisogni che sono più articolati e di non facile analisi rispetto al passato; di quello delle risposte sociali offerte, che risultano sempre meno valide.

I bisogni, invece, cambiano rapidamente ed esigono interventi idonei ad intenderli e ad intervenire. Ed è perciò che sono necessarie soluzioni nuove: esse possono realizzarsi già oggi sulla base della legislazione attuale se giudici e operatori sanno operare con la necessaria flessibilità. *Già oggi, insomma, vi sono le condizioni per giungere a soluzioni efficaci, solo che i tribunali sappiano proporre interpretazioni normative in linea con i nuovi bisogni emergenti ed i servizi sappiano realizzare interventi conformi.*

c) Il documento quindi non si limita a dare indicazioni generiche sulle nuove possibili letture dei bisogni minorili, ma ne indica specificamente alcune e cioè, la pronuncia di adozioni legittimanti aperte, quando è opportuno per il bambino mantenere rapporti con i genitori biologici: la trasformazione dell'affidamento familiare nell'adozione particolare dell'art. 44 lett. d) della L. 184/1983, quando non è praticabile il rientro del minore stesso nella sua famiglia con il mantenimento delle relazioni tra adottato e famiglia biologica.

d) Ma ciò non basta perché è anche necessario un adeguamento legislativo che si muova in linea con le tendenze in atto a livello europeo. Anche qui il discorso entra decisamente nello specifico e fa concrete proposte, tra cui quelle di ampliare l'adozione non legittimante di cui all'art. 44 lett. d), ridiscutere le modalità di realizzare l'affidamento familiare, pre-

vedere la convertibilità dell'adozione ex art. 44 L. 184/1983 in adozione legittimante, secondo lo schema dell'art. 79 della stessa legge.

- e) Ma il cuore del documento è nella sua parte iniziale. Nel suo dare atto che la ricerca di nuove prassi, come quella dell'adozione mite, da cui sono scaturite anche alcune proposte di legge, è frutto di un dibattito su adozione e affidamento familiare che nasce da *problemi reali* che non possono essere ignorati.

Nel suo rilevare che il diritto minorile e familiare è *un diritto mite* e che ciò comporta la comunicazione dei servizi e giudici con le persone, sia adulti che minori; che è fondamentale l'ascolto, anche perché è funzionale ad ottenere consenso e collaborazione nel percorso della procedura per la tutela del minore.

- f) Ed è questa prospettiva che segue la svolta culturale nel dibattito. Le garanzie processuali, le tecniche giudiziarie conseguenti alla presenza obbligatoria del difensore nei procedimenti di adottabilità ed in quelli di potestà sia del minore che della sua famiglia non bastano. Occorre un diverso approccio alla problematica, che deve riguardare servizi e giudici e, a partire dal 1 luglio 2007 (data in cui sono entrate in vigore anche le disposizioni relative ai difensori), anche gli avvocati.

La giurisdizione minorile punta in sostanza a cambiare volto, a divenire una giustizia a misura di bambino.

3. La riforma del Titolo V della Costituzione ed il lento emergere di un nuovo diritto minorile

Un secondo punto di riferimento di questo discorso – che potrà assumere una dimensione più vasta di quello precedente – riguarda la riforma del titolo V della Costituzione ed il conseguente trasferimento alle Regioni delle competenze statali in tema di diritti civili e sociali con la sola esclusione della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni assistenziali, che restano di esclusiva competenza dello Stato.

Questa evoluzione ordinamentale è stata oggetto di riflessioni ed analisi in molti seminari e convegni², che hanno evidenziato soprattutto le criticità che ne sono derivate, sottolineando la diversità di nomenclature e di prassi operative tra le varie Regioni, frutto delle differenti regolamentazioni dei servizi socio-assistenziali da parte delle medesime.

E le criticità riguardano certamente il linguaggio, ma anche la configurazione di nuove forme di servizi. Tuttavia è necessario ora rilevare che il

1. Valga per tutti il riferimento al Convegno nazionale sull'affidamento familiare svolto a Torino il 21/2/2008 per iniziativa della Regione Piemonte.

discorso non si limita ai profili critici, perché vanno emergendo lentamente varie prospettive positive e creative, che meritano grande attenzione. Ed è un discorso che non comincia oggi, ma ha autorevoli precedenti risalenti a vari decenni fa.

3.1. *Un precedente*

Infatti, un'evoluzione simile a quella attuale – è bene ricordarlo – si è registrata in passato, quando il trasferimento delle funzioni amministrative relative alla materia della “beneficenza pubblica” alle Regioni fu attuato con il DPR 616/77.

Come è noto, con tali disposizioni furono trasferite anche le attività relative agli interventi in favore di minorenni soggetti a provvedimenti delle autorità giudiziarie minorili nell'ambito delle competenze amministrativa e civile.

Queste norme segnarono la fine delle case di rieducazione, a cui fino a quel momento lo Stato aveva affidato la gestione della devianza minorile in Italia. Ciò avvenne, senza che fosse modificata o abrogata alcuna disposizione di legge; tant'è che le norme relative (gli art. 25 e ss. DPR 1404/34) sono tuttora in vigore. Avvenne semplicemente che gli enti locali non riaprirono quegli istituti parapenali, le case di rieducazione, che lo Stato aveva dovuto dismettere, per effetto dell'avvenuto trasferimento di competenze alle Regioni, accogliendo la nuova cultura che portava a far cambiare completamente di prospettiva la devianza minorile. Essa veniva intesa infatti come non riguardante solo il problema dell'irregolarità della condotta del singolo ragazzo che commette reati, e della sua repressione o del recupero individuale; ma anche e soprattutto come il problema della sua famiglia, della sua casa, del quartiere in cui vive e della città. Il disadattamento sociale non comportava più quindi – nella nuova ottica – un'attenzione solo al ragazzo deviante colpevole della sua condotta e da punire con misure penali e parapenali, ma veniva visto dalla legge come il frutto di una situazione ambientale emarginante, che produceva il deviante, così come il bambino abbandonato, il tossicodipendente, il malato di mente. Derivava quindi, addirittura dalla legge quello che più volte si era affermato: cioè che il modo di costruire la città era un modo di affrontare la devianza; che affrontare o non affrontare il problema dell'edilizia scolastica e, più in generale, della scuola significava anche porsi il problema della devianza; che gestire corsi professionali in modo serio era un modo di affrontare la devianza; che programmare o non programmare interventi era un modo di affrontare la devianza. E questa nuova cultura portò al rifiuto da parte degli enti locali delle case di rieducazione, anche se poi le progett-

tualità alternative che avrebbero dovuto trovare attuazione non furono realizzate se non in alcuni territori, e soprattutto nel Centro-Nord, mentre il Sud rimase senza case di rieducazione e senza progettualità alcuna.

3.2. *Le esperienze recenti: il progetto Tutori Volontari del Veneto*

Negli ultimi tempi vanno emergendo vari sintomi orientati nella stessa direzione di questo precedente e lasciano intravedere un modo nuovo di proporsi della giustizia minorile. Si tratta talora di alcune esperienze significative realizzate sul territorio, talora di ricerche “creative” che evidenziano risultati che si pongono nella stessa direzione. Tra le esperienze è d’obbligo il riferimento al Progetto Tutori Volontari del Veneto, a quella barese dell’adozione mite, all’amministrazione di sostegno. Tra le ricerche creative meritano di essere segnalate quella sulle comunità madre-bambino e quella intitolata *Quality for children standards*. Tutte presentano elementi di affinità rilevanti. Possiamo quindi a trattare cominciando da quella relativa al Progetto Tutori, realizzata dall’Ufficio di protezione e pubblica tutela dei minori della Regione Veneto³.

Attuando il compito di reperire, selezionare e preparare persone disponibili a svolgere attività di tutela e di dare consulenza e sostegno ai tutori nominati, il Pubblico Tutore dei minori del Veneto ha varato sin dal 2001 il progetto Tutori, investendo nella solidarietà sociale e nella cittadinanza attiva per promuovere un’interpretazione nuova della tutela del minore di età e dare vita ad una rete di collaborazione finalizzata ad offrire un servizio alle pubbliche istituzioni e all’autorità giudiziaria, a cui competono la protezione e la tutela dell’infanzia e dell’adolescenza⁴.

Il progetto per la realizzazione del tutore volontario si è sviluppato in varie fasi che hanno riguardato l’individuazione dei referenti territoriali, indicati dalle Ulss e dalle Conferenze dei Sindaci, essi hanno seguito vari percorsi di formazione specifica. Successivamente sono stati sottoscritti protocolli d’intesa con il Tribunale per i Minorenni di Venezia ed i Tribunali ordinari del Veneto. Sono quindi seguite iniziative per la sensibilizzazione, la scelta e la formazione di persone interessate ad assumere la tutela di un minore e, dopo i primi corsi di formazione, è stata attivata una Banca Dati per la gestione dei volontari aspiranti tutori e la loro segnalazione all’autorità giudiziaria. Presso l’Ufficio del Pubblico Tutore è stata anche creata un’équipe per garantire ai tutori sostegno, accompagnamento e co-

3. Cfr. sul tema, F. Santamaria, C. Drigo, *Un’esperienza di cittadinanza attiva*, Regione Veneto, giugno 2008.

4. Cfr. F. Santamaria, C. Drigo, *op. cit.*, p. 7.

noscenza e sono stati prodotti materiali specifici per la didattica e per la promozione del Progetto. Nel 2007 è stato realizzato un percorso di riflessione per una comune valutazione degli esiti dell'esperienza.

3.2.1. Le peculiarità ed i risultati

Tutto ciò costituisce il presupposto per sottolineare il carattere di solidarietà, disponibilità e continuità del progetto, la sua novità organizzativa costituita dall'affiancare tecnici e non tecnici, nel realizzare collegamenti tra tutori, referenti, pubblico tutore, giudici tutelari e tribunali per i minorenni, che assicura una reale protezione del minore ed offre insieme la garanzia che il tutore non sia solo.

La lettura dei risultati ottenuti è molto interessante: sono stati interessati al progetto la maggior parte degli ambiti territoriali delle Ulss del Veneto e sono stati formati 608 volontari, mentre poi sono stati inseriti nella Banca Dati 573 aspiranti tutori, che poi si sono ridotti a 526. Malgrado questa contenuta riduzione, il risultato è di tutto rispetto! Basta considerare che se in tutte le regioni italiane fosse istituito il garante per l'infanzia e se in tutte le regioni fosse realizzato un progetto tutore volontario come nel Veneto il volto della giustizia minorile cambierebbe decisamente!

3.2.2. Il sapere esperienziale come scelta

Un'attenzione specifica esige poi il modo in cui si è realizzata la ricerca sull'esperienza svolta.

Si è scelto di realizzarla, affidando la responsabilità scientifica del percorso di riflessione a due docenti universitari⁵. Ed è opportuno ribadire che anche la cultura scientifica sta cambiando volto: non è più quella aulica delle monografie accademiche, quella "difficile" che si rivolge ad interlocutori di pari livello, i docenti universitari, i giudici, gli avvocati e così via. È invece una cultura scientifica piana ed accessibile, che intende proporre un dibattito sempre di carattere scientifico, che possa far giungere questa nuova cultura anche giuridica agli operatori, ai volontari, ai cittadini, e forse anche ai minorenni destinatari del Progetto.

Quella cultura, che chiarisce che la riflessione sul proprio agire (in questo caso dei tutori volontari) "rappresenta un'opportunità preziosa di apprendimento dall'esperienza"; che individua alcune dimensioni-chiave dell'approccio apprenditivo tra cui vi è anche la "dignità" dei saperi, a cui la pubblicazione dà più visibilità; quella che chiarisce il significato del ter-

5. Si tratta del prof. Franco Santamaria dell'Università di Trieste – sede di Portogruaro – e del prof. Valerio Belotti, dell'Università di Padova.

mine “esperienza” non va ridotta a mera materialità, poiché il rendersi conto di vedere e udire è già un’elaborazione personale; quella che fa presente che la riflessione non è qualcosa di offerto all’immediatezza dell’esperienza, perché riflettere è ri-scoprire ciò che è successo; quella che spiega che vi sono due tipi di azione riflessiva: la prima, che ha luogo durante l’azione e si chiama “l’intelligenza della cosa”, la seconda, che promuove la comprensione del proprio stile operativo, ed è il cuore della ricerca svolta.

Ed è suggestiva anche la rivisitazione del concetto di risultato, che non mette da parte la dimensione operativa, ma anzi sottolinea che essa è necessaria per constatare come un diverso approccio mentale può incidere sulle situazioni⁶; per cogliere che il tutore volontario non è una figura professionale nuova, ma una funzione assunta da persone che hanno per lo più un proprio lavoro, ma anche motivazioni adeguate.

E quanto alla formulazione realizzata, trovo interessante che uno dei percorsi utilizzati sia stato quello che ha fatto ricorso alla tecnica dei focus group, perché è una tecnica a cui anche altre diverse esperienze, che in qualche modo possono considerarsi affini, hanno utilizzato, come ad esempio la ricerca da poco cominciata a Bari, anch’essa a livello scientifico, a proposito dell’adozione mite.

Infine è importante a questo punto sottolineare quali siano i *valori* che questa esperienza richiama ed a cui la ricerca fa riferimento sia a livello di relazioni interpersonali che di principi giuridici.

Essi vengono individuati 1) nella *mitenza*, che è un punto di riferimento fatto proprio dai pubblici tutori, e che si fonda sull’*ascolto* e sulla *partecipazione* del minore; 2) nella *prossimità* al destinatario dell’intervento; 3) nell’acquisizione da parte dei tutori di un ruolo di *cittadinanza attiva*; 4) nella *solidarietà*.

Certo questi valori non sono nuovi, ma ne è nuova la prospettiva di realizzazione, di cui un esempio lampante è il concetto di tutore legale volontario⁷.

Si punta ora a realizzare quindi partendo dal basso, dal territorio ma dando nuova dignità, una dignità scientifica alle attività operative intese finora come “meramente assistenziali” e prive di rilevanza ai fini della ricerca scientifica.

In conclusione, non si possono non ribadire la complessità dell’esperienza, conosciuta ora più da vicino, l’essenziale ruolo del Pubblico Tutore

6. F. Santamaria, C. Drigo, *op. cit.*, pp. 35 e ss.

7. Sul tema, cfr. l’opuscolo *Il Pubblico Tutore dei Minori del Veneto, Garante dei diritti dell’infanzia e dell’adolescenza*, curato dall’Ufficio Protezione e Pubblica Tutela dei minori della Regione del Veneto, ottobre 2006, pp. 25 e ss.

(o Garante), il coinvolgimento delle istituzioni, l'impegno costante degli operatori e dei volontari coinvolti.

3.3. *Le altre esperienze e ricerche "creative"*

Peraltro a considerare gli spunti interessanti che in questa direzione si sono registrati negli ultimi tempi si possono senza dubbio da un lato cogliere una serie di affinità tra il Progetto tutori volontari e esperienza dell'adozione mite, ma dall'altro anche notare che sono state effettuate, più o meno contemporaneamente anche altre ricerche, che presentano profili di creatività affini a quelli che caratterizzano il Progetto tutori volontari del Veneto.

3.3.1. *Le affinità tra Progetto tutori volontari e adozione mite: una terminologia diversa*

È mia convinzione che un cambiamento sostanziale dei contenuti del diritto minorile, con pragmatica realizzazione delle sue dimensioni di più piena autenticità, di più completo adeguamento ai bisogni che provengono dal territorio, si stia realizzando a diversi livelli e che di ciò, come si è detto, vi siano alcuni piccoli segnali. Tra tali segnali meritano di essere evidenziati anche alcuni che riguardano il linguaggio.

Ad esempio, la denominazione di tutore volontario è una formula creata dall'esperienza veneta, che serve a dare evidenza al carattere nuovo di questo modello di tutore, che non ha alcun riferimento nella legge, la quale impone invece a chi è chiamato a svolgere tale ufficio l'obbligo di adempierlo. Si realizza, in sostanza, la distinzione tra il tutore-istituzione ed il tutore scelto tra persone che si preparano a svolgere tale ruolo e si propongono volontariamente.

L'esperienza veneta propone quindi alcune novità qualificanti: a) rappresenta il recupero del tutore-persona, che si va perdendo per l'ampliarsi dell'area di nomina dei tutori-enti (i cd. tutori burocratici); b) comporta che il tutore-persona è formato e chiede di svolgere il relativo ufficio: non è quindi un tutore coatto; c) sviluppa un carattere di mitezza e attenzione personalizzata che costituisce una sua peculiarità⁸.

Così proposto il discorso, è palese l'affinità del tutore volontario con l'adozione mite. Anche questa, come già si è detto, è una formula (creata nell'esperienza barese) che non ha alcun riferimento normativo.

8. P.C. Pazè, comunicazione personale.

Si tratta, in conclusione, di una terminologia nuova che trae spunto in entrambi i casi dalla legge nazionale per integrarla con parole che vi aggiungono il dato culturale proveniente dall'esperienza locale.

3.3.2. Le altre affinità tra le due esperienze

Altri elementi comuni tra adozione mite ed esperienza del tutore volontario in Veneto vanno individuati nei valori di cui entrambe sono portatrici: la mitezza, l'ascolto e la ricerca del consenso. Va poi aggiunto che anche quella dell'affidamento ed eventuale adozione mite è certamente l'espressione di "cittadinanza attiva" e di "solidarietà" da parte degli affidatari. Non a caso talora hanno espresso questa qualità del loro modo di essere con dichiarazioni del tipo "Ho adottato il bambino e con lui ho adottato anche la sua famiglia di origine"⁹.

Il limite dell'esperienza dell'adozione mite è che essa non ha ancora trovato l'impegno pieno degli enti locali in termini di formazione degli operatori sociali, di contributo culturale ed operativo nel sostegno e nell'accompagnamento dei nuclei familiari di origine e di accoglienza: professionalità, specializzazione, attenzione, capacità ed adeguatezza delle risorse sono i traguardi da realizzare per un recupero della tensione di molti operatori dell'infanzia.

Va peraltro aggiunto che esiste un'altra affinità tra l'esperienza del tutore volontario del Veneto e quella dell'adozione mite ed è che entrambe sono attualmente oggetto di una ricerca di carattere scientifico a livello universitario¹⁰.

3.3.3. Altre ricerche: a proposito dell'amministrazione di sostegno

Anche nel campo della tutela degli incapaci, come già si è avuto modo di dire, ci si è accorti che – come nel settore della protezione dei minori – esiste tutto un campo di situazioni grigie, in quanto il mondo non è diviso tra malati e sani, ma vi sono situazioni intermedie di disagio che toccano naturalmente anche i minori e che hanno ricevuto una risposta nell'amministrazione di sostegno.

Il ruolo che sta svolgendo in proposito Paolo Cendon (che è stato l'anima della legge 6/2004 sull'amministrazione di sostegno) con la sua asso-

9. Con queste parole ha sintetizzato la sua esperienza dell'adozione mite una madre adottiva nel corso della conferenza cittadina *Famiglia, affidamento e adozione mite* promossa dal Comune di Putignano il 17/5/2008.

10. In proposito per quanto riguarda l'esperienza del tutore volontario cfr. F. Santamaria, C. Drigo, *op. cit.*, per l'adozione mite cfr. R. Cassibba, S. Abbruzzese, A. Costantini, S. Gatto, *L'adozione mite: giudici professionali e giudici onorari a confronto*, in corso di pubblicazione su "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano.

ciazione “Persona e Danno” non può essere ignorato e va tenuto presente in questa disamina. I principi già indicati come fondamentali per le esperienze del progetto tutori del Veneto e dell’adozione mite trovano a maggior ragione attuazione per questo istituto e per l’impegno socio-culturale che l’accompagna.

Anche qui vi è un collegamento tra le realtà locali (le cooperative ed i servizi del territorio) ed un’importante esponente della cultura universitaria, qual è appunto il prof. Cendon.

3.3.4. Le altre ricerche: le comunità madre-bambino

In questa breve panoramica non possono essere ignorate altre ricerche che sono in corso e che sono in sintonia con quelle descritte per alcuni profili significativi. Una su cui soffermarsi è quella relativa alle comunità madre-bambino, che da tempo sono oggetto di riflessione da parte del Coordinamento nazionale delle Comunità per i minori¹¹. Ai fini del nostro discorso il riferimento a questa ricerca è utile perché si conferma in linea con la logica del “nuovo” diritto minorile, quello che partendo dal basso, dai bisogni dei minori e delle loro famiglie, adatta a loro la disciplina normativa nazionale, applicandola in modo diverso dal modo in cui ciò è avvenuto in passato e, di fatto, svuotandola dei suoi contenuti formali per realizzare una più efficace tutela del minore.

Entriamo più dettagliatamente nel discorso. È noto che l’ordinata disciplina degli art. 1 e 2 della L. 149 (entrata a far parte della legge 184/1983) prevede per prima la tutela del diritto del minore a vivere nella sua famiglia, poi la possibilità di procedere ad un suo affidamento familiare in caso di temporanea difficoltà familiare e infine il suo collocamento in comunità.

Nelle comunità madre-bambino questo ordinato sistema viene del tutto sconvolto e si registra invece una commistione totale di questi tre modelli d’intervento. Ed infatti nel collocamento di minore e madre in comunità si realizza la coesistenza insieme di varie componenti dei tre interventi suindicati.

a) Dell’art. 1 di tale legge, infatti, questo modello di comunità attua, sia pure parzialmente, il disposto del primo comma, realizzando il risultato che il minore sia educato (o continui ad essere educato) nell’ambito della propria famiglia (anche se ciò è assicurato parzialmente e cioè solo dalla presenza della madre, in quanto la presenza paterna è praticamente inesistente).

11. Su questo tema il Cncm ha promosso un convegno nazionale svoltosi a Firenze il 29 e 30 maggio 2008. Per i relativi atti si veda il sito www.cncm.it/service/2008/mamma_bambino.htm.

- b) È anche raggiunto il risultato che le condizioni d'indigenza dei genitori o del genitore esercente la potestà genitoriale non siano d'ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia, come prevede il secondo comma dello stesso art. 1. Riferito al contesto in esame ciò vuol dire che l'ospitalità temporanea di madre e figlio è un modo per rispondere a bisogni differenziati e spesso concatenati in modo immediato nonché per preparare l'autonomizzazione futura: si superano cioè per il tempo della permanenza in comunità di madre e bambino problemi quali la mancanza o precarietà di risorse materiali; il reddito, la casa, il lavoro, a cui si aggiungono difficoltà di rapporti intrafamiliari (separazioni o scissioni di coppie di fatto) e carenze di relazioni sociali che spesso determinano le condizioni di indigenza.
- c) È infine con tale collocamento in comunità realizzato quel sostegno ai nuclei familiari a rischio che la legge (comma 3 art. 1) prevede perché gli enti locali (anche tramite tali comunità) sostengano il nucleo allo scopo di prevenire l'abbandono del figlio.
- d) Dell'art. 2 queste comunità presentano le peculiarità per cui l'inserimento del minore in una comunità di tipo familiare è consentito quando non sia possibile realizzare l'affidamento familiare. Ma al riguardo vi sono giurisprudenze minorili divergenti, in quanto, mentre alcuni tribunali ritengono che non vi sia alcun obbligo per questa comunità di segnalare semestralmente al pubblico ministero i minori ospitati, trattandosi pur sempre di minori che vivono in comunità, altri tribunali escludono che esista un obbligo di segnalazione, poiché il bambino vi è ospite insieme alla madre.
- e) Dell'inserimento in comunità e dell'affidamento familiare la comunità madre-bambino mutua poi anche le disposizioni dell'art. 5 commi 1 e 2, per cui la comunità deve provvedere al mantenimento, educazione e istruzione del minore, seguendo le indicazioni dei genitori e osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante.
Non c'è dubbio che questa norma va adeguata al contesto e comporta che sia la madre che eserciti la potestà sul figlio a provvedere alla sua educazione ed istruzione. *Ma dovranno essere tenute presenti anche le indicazioni date dal padre assente.*
Ora è pacifico che questa evoluzione sia fisiologica e comporti che l'emergere di nuove forme di accoglienza debba essere oggetto di una riflessione di ampia portata e di un confronto sia operativo che giurisprudenziale, anche a costo di sconvolgere l'impostazione del discorso normativo in favore della tutela reale del bisogno.
- f) Ed è questa la peculiarità di questa ricerca "creativa". Non il dar vita alle comunità madre-bambino, ma l'analizzare la totalità del fenomeno quale si va realizzando a livello locale in tutta Italia, l'evidenziarne l'im-

portante rilevanza e la crescita ulteriore che la nuova competenza regionale in materia rende possibile. Una evoluzione particolarmente significativa questa che sta ricevendo un'indubbia sollecitazione della nuova normativa e che è assolutamente condivisibile, in quanto l'unico limite invalicabile di cui tener conto deve essere solo il superiore interesse del minore.

In conclusione si può dire che anche questa esperienza si sta muovendo nella direzione riscontrata nelle altre ricerche citate: anche qui la legislazione nazionale sta ricevendo notevoli sollecitazioni e spinte al suo adattamento alle istanze delle realtà locali e l'azione complessiva è tale che l'adeguamento si va attuando nella sostanza dell'applicazione della legge, che peraltro, sotto il profilo formale, rimane del tutto imm modificata.

3.3.5. Le altre ricerche: Quality for Children Standards

Q4C (Quality for Children) è una ricerca paneuropea sui minori in accoglienza familiare organizzata da Fice (Federazione Internazionale delle Comunità Educative), Ifco (Organizzazione Internazionale d'Affidamento Familiare) e Sos Villaggi dei Bambini¹².

Il metodo per la raccolta di dati prende il nome di *Storytelling* ed usa narrazioni (storie) per ottenere un'idea chiara della realtà sociale vissuta dai minori. Un vantaggio particolare di questo metodo narrativo è che anche bambini e giovani possono parteciparvi dopo essere stati preparati in modo adeguato.

Le storie di buone prassi, d'eventi ed esperienze vissute da persone a cui l'affidamento extra-familiare riguarda direttamente sono la base per lo sviluppo degli standard di qualità.

Cito questa ricerca perché è quella che pone un particolare accento sul tema della partecipazione dei bambini e dei ragazzi. I bambini sono infatti coinvolti nella partecipazione al processo decisionale che interessa direttamente la loro vita e poi anche a quello relativo alle dimensioni delle comunità.

3.3.6. I possibili sviluppi

Ritengo a questo punto necessario sottolineare tra gli elementi di affinità da considerare tra tutte le iniziative a cui si è fatto riferimento:

a) il ruolo delle Regioni, che sono sempre attivamente presenti in queste iniziative;

12. Cfr. www.quality4children.it a cura di SOS Italia.

- b) il contributo scientifico fornito dalle Università nella riflessione su queste esperienze;
- c) l'attenzione diretta ai bisogni del territorio.

Mi chiedo a questo punto se gli argomenti esposti non possano portare ad una riflessione comune a livello universitario su quanto sta accadendo, sull'evoluzione che il diritto minorile sta vivendo, sulla verifica dell'esistenza di principi di valore comuni che si tendono ad attuare.

E concludendo su questo punto si può dire che sta nascendo un nuovo diritto minorile, caratterizzato per lo più non da nuove disposizioni; ma dall'adattamento concreto di quelle esistenti ai bisogni concretamente esistenti sul territorio. Un nuovo diritto minorile, ancora non ben definito, ma costantemente sostenuto dalle Regioni in relazione alle singole esperienze. Un nuovo diritto minorile che potrà caratterizzarsi per la peculiarità di acquisire una dignità di nuovo tipo dal collegamento con la ricerca universitaria, che tende anch'essa a proporsi in modo nuovo.

3.3.7. Gli studi psicologici sull'adozione mite

E nel quadro delle prospettive appena illustrate, merita un particolare cenno la circostanza che queste esperienze cominciano ad essere studiate non solo dal punto di vista giuridico ma anche dall'angolo visuale di altri saperi.

Un'analisi significativa¹³ ha posto in evidenza la necessità per i bambini di avere punti di riferimento il più possibile chiari ed individuali, in quanto questa condizione ha un ruolo importante nella costruzione del senso di autostima, di sicurezza ed identità ed è molto legata alla qualità delle relazioni familiari. Sotto questo profilo, il provvedimento relativo all'adozione mite ben potrebbe rappresentare un momento di chiarificazione nel mondo relazionale del minore. Tutto ciò in relazione alla tipologia di legame, alla definizione di ruoli, alle aspettative e funzioni, al contemporaneo svolgersi di due diverse storie familiari, alle relazioni che sottendono i provvedimenti ed i consensi¹⁴.

In linea con questa prospettiva si pone uno studio psicologico, nato dalla collaborazione tra Tribunale per i minorenni di Bari e Dipartimento di Psicologia dell'Università di Bari per verificare l'andamento dell'adozione mite e la sua efficacia nel garantire il benessere dei minori per i quali essa è stata disposta.

L'indagine ha posto subito in luce la necessità di approfondire gli aspetti relativi al funzionamento del sistema dei servizi che gestiscono l'adozione mite lungo tutto il suo percorso oltre alla risonanza emotiva di tale espe-

13. Cfr. S. Costanzo, gli aspetti psicologici (dell'adozione mite) in "Guida al Diritto" - "Il Sole 24 Ore" - "Famiglia e minori" n. 9 ottobre 2008, pp. 31 e ss.

14. S. Costanzo, *op. cit.*, p. 31.

rienza sugli operatori. Essa inoltre tende a conoscere gli effetti dell'adozione sul bambino e sulla sua famiglia. Per realizzare tutto ciò essa è partita dall'ascolto della voce dei diversi attori sociali che vi intervengono in modo da raccogliere spunti di riflessione sulla percezione che essi hanno dell'esperienza finora fatta.

Sono stati così programmati vari focus groups, i cui partecipanti sono stati selezionati in base al diverso ruolo svolto nell'esperienza dell'adozione mite: giudici togati, giudici onorari, operatori dei servizi sociali e dei consultori, famiglie adottive, ragazzi adottati, famiglie di origine.

La prima fase ha riguardato il diverso atteggiamento culturale dei giudici togati rispetto a quelli onorari sia nel porre in evidenza i vantaggi ed i limiti che tali giudici individuano nell'adozione mite rispetto a quella legittimante e all'affidamento familiare sia nello stabilire in base a quali criteri si possa considerare riuscita o fallita un'adozione mite¹⁵.

E utili ai fini del nostro discorso sono alcune conclusioni per ora provvisorie, a cui la ricerca perviene:

- la prima riguarda il ruolo dell'adozione mite: significa intervenire sul sistema delle relazioni del bambino, senza recidere alcun legame; significa assicurargli la continuità nella sua storia affettiva, evitando strappi che possano trasformarsi in vere e proprie lacerazioni; significa lavorare maggiormente sul consenso da parte della famiglia d'origine;
- quanto ai risultati dei due focus groups effettuati, sembra che l'adozione mite sia stata maggiormente metabolizzata dai giudici onorari. I giudici professionali infatti esprimono il timore che la mitezza possa scontrarsi con la logica del diritto e cioè che si possa ricorrere all'adozione mite per evitare scelte drastiche, mentre i giudici onorari "si augurano" che essa diventi uno strumento per evitare queste scelte¹⁶;
- in conclusione l'interesse per l'adozione mite si va sempre più ad espandere ed i contributi che potranno scaturire da questo e da altri contributi potranno costituire importanti punti di riferimento per migliorarne l'attuazione.

3.4. I ritardi di Stato e Regioni a proposito del garante per l'infanzia

L'esperienza conseguente alla realizzazione del Progetto tutori volontari nel Veneto dimostra da sola quale spinta alla crescita del nuovo diritto minorile possa derivare dall'istituzione del Garante dell'infanzia.

15. Indicazioni più puntuali sulla ricerca sono in R. Cassibba, S. Abbruzzese, A. Costantini, S. Gatto, *L'adozione mite: giudici professionali e giudici onorari a confronto*, cit.

16. Cfr. R. Cassibba, S. Abbruzzese, A. Costantini, S. Gatto, *op. cit.*, p. 5.

Purtroppo, invece, l'importanza di questa figura non è stata colta né a livello nazionale né a livello regionale.

Per quanto riguarda lo Stato, è con qualche amarezza che bisogna prendere atto del fatto che l'anticipata fine legislatura non ha consentito, come è noto, l'approvazione della legge istitutiva del Garante nazionale per l'infanzia e l'adolescenza e che le istanze, provenienti da più parti, alle quali la Commissione Parlamentare per l'Infanzia e il Governo si erano impegnate a rispondere, non hanno avuto l'auspicata risposta. E pertanto la situazione resta immodificata: a livello regionale il Garante per l'infanzia si trova in una specie di limbo, perché opera solo in poche Regioni, mentre a livello nazionale è ancora tutto da costruire.

Attualmente, tuttavia, non è dato cogliere alcun reale mutamento della situazione, sicché vanno segnalati alcuni profili rilevanti di carenza di tutela dei diritti dei minori.

- a) Nessuna tutela del minore è assicurata per le prevaricazioni poste in essere a volte proprio dalle pubbliche amministrazioni. È questo uno spazio d'intervento che dovrà essere coperto dal Garante.
- b) Manca una reale tutela degli interessi diffusi dell'infanzia e dell'adolescenza. Basti pensare alla programmazione urbanistica, spesso assai disattenta alle esigenze di gioco e di socializzazione dei minori.
- c) Non vengono svolte quelle funzioni di reperimento, formazione e selezione dei tutori per assicurare al minore privo di genitori (decaduti dalla potestà o stranieri residenti all'estero) una protezione autentica. Lo stesso discorso vale per i curatori speciali che i tribunali per i minorenni sono chiamati a nominare nel caso di conflitto tra minore e genitori nei procedimenti di decadenza dalla potestà o di adottabilità: l'importante esperienza del tutore volontario del Veneto è rimasta isolata.
- d) Manca un efficace controllo della situazione dei minori che vivono fuori dalla famiglia e sarebbe opportuno attribuire queste funzioni al garante.

A questo proposito il Piano d'Azione Governativo 2009-2011 non potrà ignorare questo problema, che già il 4° Rapporto sul monitoraggio della Convenzione sui diritti dell'infanzia e adolescenza in Italia 2007-2008, curato dal Gruppo di lavoro Crc coordinato da *Save The Children* Italia, ha posto in tutta evidenza. È opportuno quindi svolgere qualche ulteriore riflessione sullo stato dell'arte in tema di garante.

3.4.1. La riflessione culturale sul garante

La più recente elaborazione relativa al garante è frutto del lavoro di un gruppo di studio dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, che se ne è occupato nell'ambito dell'analisi relativa al sistema delle tutele e delle garanzie di diritti. Questo approfondimento tiene conto, oltre che di

precedenti elaborazioni, anche delle proposte di legge presentate in Parlamento negli scorsi anni e di quelle attualmente pendenti¹⁷. Esso afferma alcuni principi base.

- a) La introduzione del garante nazionale è necessaria, perché ci sono funzioni che possono e devono essere svolte in forma centrale e nei confronti delle istituzioni nazionali. Ma più importante ancora è la presenza generalizzata dei garanti regionali e provinciali:
 - perché essi devono essere radicati profondamente nelle realtà territoriali in cui operano ed espressione efficace dei bisogni provenienti dal basso;
 - perché la competenza regionale e provinciale in materia di assistenza e di attività di promozione della persona impone che essi agiscano al medesimo livello territoriale.
- b) Il garante nazionale e i garanti territoriali sono fra loro assolutamente indipendenti; in particolare i secondi non sono un'articolazione decentrata del garante nazionale. E ciò è chiaro sia per le diverse modalità di nomina (il garante nazionale dallo Stato, gli altri da regioni e province autonome) sia per le leggi che li regolano sia per i diversi livelli di competenze, anche se fra loro necessariamente occorre istituire delle forme di coordinamento e di relazione.
- c) In comune questi uffici devono avere alcuni caratteri:
 - la natura amministrativa di autorità indipendenti, come figure esterne alla pubblica amministrazione, mentre le istituzioni che le nominano devono solo provvedere alle spese di funzionamento dei loro uffici;

17. Si ricordano, in particolare, le proposte di legge presentate nelle precedenti legislature, di cui si riporta il solo primo firmatario, n. 315 del 31 maggio 2001 del deputato Mazzuca; n. 695 del 12 giugno 2001 del deputato Turco; n. 818 datato 13 giugno 2001 del deputato Molinari; n. 1228 datato 5 luglio 2001 del deputato Pecoraro Scanio; n. 1999 datato 20 novembre 2001 del deputato Pisicchio; n. 3667 datato 10 febbraio 2003 del deputato Buontempo; n. 4242 del 30 luglio 2003 del deputato Burani Procaccini; n. 5135 datato 9 luglio 2004 del deputato Fassino e i disegni di legge n. 2461 del 31 luglio 2003 del senatore Gulbert; n. 2469 del 1 agosto 2003 del senatore Rollandin e n. 2703 datato 22 gennaio 2004 della senatrice Franco. A queste vanno aggiunti il ddl S192 del 4 maggio 2006 della senatrice Burani Procaccini; ddl C697 del 15 maggio 2006 presentato dal deputato Pisicchio; ddl C1557 del 2 agosto 2006 del deputato Palomba; ddl C1436 del 20 luglio 2006 presentata dal deputato Fassino, oltre ad altri ed in particolare quello del 15 giugno 2006 n. 660 e quello del 3 agosto 2006, n. 1580, il primo al Senato e il secondo alla Camera.

In questa legislatura sono state presentate le seguenti proposte di legge. Alla camera: C1591 del 31/7/2008 presentata dall'on. Walter Veltroni; C1302 presentata dall'on. Giulia Cosenza ed altri il 16/6/2008; C1197 datata 28/5/2008 dall'on. Federico Palomba; C127 del 29/4/2008 dell'on. Mariella Bocciardo; C349 datata 29/4/2008 dell'on. Antonio De Poli. Al Senato sono state presentate le proposte S811 del 23/6/2008 presentata dalla sen. Anna Maria Serafini e quella S543 presentata il 15/5/2008 dal sen. Costa. Vi è infine il disegno governativo approvato dal Consiglio dei ministri il 1/8/2008 su proposta del Ministero per le pari opportunità, che è attualmente nella fase dell'iter preliminare (esame della Conferenza Stato-Regioni ecc.) e non risulta ancora presentato in Parlamento.

- la scelta dei titolari fra persone di elevatissima e riconosciuta professionalità nel campo della tutela dei minori e non legata ad appartenenze politiche.

3.4.2. Le funzioni del garante nazionale

È importante definire le funzioni del garante nazionale che vengono così riassunte:

- compiti di promozione, tesi a diffondere la cultura dei diritti dell'infanzia;
- compiti di proposta politica per l'armonizzazione della legislazione ai principi affermati dai documenti internazionali, per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali dei minori e per la realizzazione di politiche sociali attente ai diritti dei minori;
- compiti di studio attuati con l'istituzione di un osservatorio sul livello di protezione dei minori in Italia;
- compiti di azione, relativi alla cooperazione con organismi internazionali, alla redazione di una relazione annuale sulla condizione dei minori in Italia; al coordinamento con i garanti regionali nella conferenza nazionale dei garanti, e con l'associazionismo, prevedendo forme di partecipazione dei ragazzi alle sue attività.

3.4.3. I garanti territoriali per l'infanzia e l'adolescenza

L'esperienza storica dei garanti territoriali nelle prime regioni che li hanno costituiti è stata molto positiva. I garanti, in assenza di una legislazione nazionale che attribuisse loro poteri di intervento nei confronti delle istituzioni pubbliche, hanno avuto un ruolo propulsivo che ha innalzato la qualità del livello di protezione dei minori, hanno contribuito alla elaborazione di nuove politiche per i minori (per esempio, in funzione della partecipazione) e all'investimento di risorse in queste direzioni, hanno operato in modo innovativo per la formazione permanente degli operatori sociali che si occupano di infanzia e di nuovi attori del volontariato sociale.

Alla luce di ciò, si può ritenere che anche nel resto del territorio nazionale la presenza dei garanti potrebbe essere decisiva per un rilancio delle politiche dell'infanzia e per raccordare gli interventi atomizzati fra i servizi.

Le loro funzioni possono così essere esemplificate:

- compiti di promozione, tesi a promuovere i diritti dei bambini più deboli, quali i minori zingari; alla crescita della cultura dell'ascolto; a tutelare i bisogni collettivi minorili (spazi verdi, parchi gioco ecc.);
- di sensibilizzazione con corsi di formazione sui diritti dei minori e di mediazione dei conflitti che coinvolgono minori;

- compiti di proposta politica in tema di esercizio dei diritti dei fanciulli;
- compiti di studio e formazione con la raccolta di dati sulla condizione minorile;
- compiti di azione con la vigilanza sui minori fuori della famiglia e l'anagrafe delle comunità, con la costituzione di associazioni di tutori volontari; la raccolta di denunce e la partecipazione dei minori alla sua attività.

3.4.4. Il disegno di legge governativo sul garante nazionale

Nel quadro della situazione non certo incoraggiante sotto il profilo delle realizzazioni normative attuate, costituisce un indubbio merito del governo quello di aver approvato il 1° agosto 2008 l'atteso disegno governativo di legge sul Garante nazionale. Una tale approvazione già da sola, infatti, costituisce una risposta a varie problematiche finora dibattute: da quella relativa alla denominazione di questa figura (garante o pubblico tutore o difensore civico, ecc.), a quella della sua autonomia rispetto alle strutture amministrative (Stato e Regioni), a quelle sui compiti attribuitigli.

Può risultare utile per una maggiore conoscenza del disegno di legge accennare ad alcune sue caratteristiche.

a) Va subito detto che la prima caratteristica del disegno è la sua snellezza. In soli sette articoli esso delinea infatti i tratti fondamentali di questo nuovo istituto, disciplinandone modalità di nomina, requisiti ed incompatibilità, stabilendo i compiti e creando collegamenti con i più importanti osservatori nazionali a tutela di minori e famiglia, e con il Centro nazionale di documentazione ed analisi per l'infanzia e l'adolescenza.

È anche prevista la realizzazione di forme di collaborazione con i garanti regionali istituiti oltre alla facoltà di segnalazione di situazioni di disagio e di violazioni dei diritti dei minori alle procure minorili ed a quelle ordinarie ed a quella di assumere informazioni ed effettuare accertamenti e controlli.

Infine sono previste le modalità di organizzazione di tale ufficio e la facoltà che tutti possano segnalare – tramite il numero telefonico d'emergenza 114, o altri numero analoghi a valenza sociale – violazioni dei diritti dei minori.

Va poi aggiunto che – salvo qualche carenza – la linea culturale a questo progetto segue è quella prevalente nella più recente cultura giuridica minorile. Ciò si desume agevolmente analizzando le sue varie articolazioni sotto molteplici profili che possono così indicarsi: 1) i compiti attribuiti al garante; 2) la sua articolazione territoriale; 3) la composizione dell'ufficio; 4) il rapporto tra garante nazionale e garanti regionali; 5) la

nomina e la durata dell'incarico; 6) i requisiti e le incompatibilità; 7) il personale, la sede, le risorse; 8) i rapporti con l'associazionismo.

- b) I compiti che vengono attribuiti al Garante sono sostanzialmente quelli che la Relazione approvata dalla Commissione parlamentare per l'infanzia il 24/6/2003 aveva indicato e ricondotto alle seguenti tematiche: 1) quella relativa alle funzioni di carattere generale volte a diffondere e realizzare una cultura dell'infanzia (favorire la conoscenza dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, vigilare sull'attuazione delle convenzioni internazionali, promuovere programmi di prevenzione, reperire e formare personale per svolgere funzioni di tutela o curatela); 2) la tematica inerente alla produzione di regole per segnalare al Governo l'adozione di opportuni interventi, anche normativi ed alle funzioni relative allo svolgimento di attività amministrative (segnalare alla pubblica amministrazione i fattori di rischio, intervenire nei procedimenti amministrativi, prendere visione ed impugnare atti amministrativi relativi ai minori); 3) la tematica riguardante il profilo giudiziario (trasmettere denunce all'autorità giudiziaria, intervenire in giudizio tramite tutori all'uopo preparati per rappresentare il minore e per tutelarne gli interessi).

Gli spazi che vengono in tal modo occupati sono nella sostanza quelli già indicati nei paragrafi precedenti con riferimento allo studio dell'Osservatorio nazionale in materia ed è quindi sufficiente tale richiamo.

- c) Vanno condivise inoltre le scelte sulla denominazione dell'ufficio (garante e non difensore civico o pubblico tutore), sui criteri di nomina (da parte dei Presidenti di Camera e Senato), sulle incompatibilità e l'indipendenza rispetto ai poteri dello Stato, sulla professionalità ed esperienza necessaria; sul coordinamento previsto con gli osservatori nazionali per la famiglia e per l'infanzia e l'adolescenza e con il Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia e l'adolescenza.
- d) Occorre anche accennare a qualche profilo che avrebbe necessità di revisione.

Uno dei punti del disegno di legge, che risulta debole ed avrebbe bisogno di essere integrato è quello relativo ai rapporti tra garante nazionale e garanti regionali. Esso è infatti ridotto all'essenziale e cioè alla previsione di forme di collaborazione con i garanti regionali, ove istituiti (art. 4 comma 4).

Viene in sostanza omessa l'istituzione della conferenza nazionale dei garanti dei diritti dei minori, prevista da varie proposte normative a partire dall'iniziale documento del 3 luglio 2003 curato dal gruppo di studio Accademia dei Lincei-Unicef Italia.

Della Conferenza nazionale avrebbero dovuto far parte, sotto la presidenza del garante nazionale, tutti i garanti regionali. Il suo compito sarebbe stato quello di coordinamento tra le attività degli uffici dei garanti

regionali e nei rapporti con quello nazionale; di soluzione a questioni di competenza che dovessero insorgere tra i garanti oltre a quello di individuare le linee generali utili per programmare più ampie forme di tutela dei minori.

Nel dubbio che la sintetica formula utilizzata dal disegno di legge non consenta di realizzare in via interpretativa un percorso adeguato per istituire la conferenza detta, sarebbe opportuno che il disegno governativo ricevesse su questo punto una idonea integrazione.

- e) Probabilmente il punto di maggiore debolezza del disegno governativo è quello relativo all'organizzazione.

A differenza di quanto prevedevano le molteplici proposte di legge sul garante, secondo le quali l'organizzazione degli uffici e della sede, la composizione del personale ed i relativi requisiti dovevano essere determinati nella legge istitutiva, insieme al trattamento economico per il garante, l'art. 5 del disegno governativo stabilisce che per lo svolgimento dei propri compiti il garante si avvale di risorse umane finanziarie e strumentali attualmente disponibili presso il Dipartimento per le politiche della famiglia e il Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Ciò vuol dire in sostanza che il garante non avrà risorse proprie, ma dovrà avvalersi di quelle che per lui saranno assegnate ai due ministeri suindicati: opererà quindi secondo le modalità che attualmente sono utilizzate per il Comitato tecnico-scientifico del Centro Nazionale per l'infanzia e l'adolescenza. L'effetto implicito sarà che l'autonomia ed indipendenza affermate in linea di principio per il garante saranno nei fatti fortemente limitate dalla impossibilità di disporre direttamente sia di risorse umane che di quelle finanziarie e strumentali. Sulla sede dell'ufficio poi non vi è neppure una parola.

Molto più efficace risulterebbe invece l'intervento se questi profili fossero organizzati in modo da assicurare al Garante una sede degna, un personale autonomo (eventualmente distaccato da ministeri e/o uffici pubblici), una autonomia economica diretta.

- f) In conclusione, l'approvazione del disegno di legge sul Garante nazionale per i minori costituisce un indubbio passo avanti su questo argomento perché segnala la volontà politica di porre termine ai precedenti ritardi ed ai dubbi sulla strutturazione di questa nuova figura giuridica.

Peraltro accanto ai tanti profili positivi che l'articolazione proposta offre, vi sono alcuni punti di debolezza che rischiano di far nascere il Garante non come una figura valida ed in grado di affrontare gli importanti compiti che gli vengono attribuiti, ma di crearlo asfittico e privo di adeguata autonomia.

2. I nuovi traguardi

1. I punti nevralgici

L'analisi relativa alla tematica dell'adozione svolta nella prima parte di questo studio ed il percorso tracciato nel precedente capitolo per individuare i temi su cui è necessario proporre discorsi nuovi consentono ora di indicare i punti nevralgici sui quali effettuare le necessarie riflessioni, al fine di superare l'attuale modello normativo delle relazioni familiari.

Il primo punto da studiare, come già accennato, è il principio della continuità degli affetti, che deve essere analizzato nella prospettiva di contenere al massimo la "cultura" dell'allontanamento del minore, che costituisce uno dei punti forti del sistema affermato dalla L. 184/1983.

2. La violenza istituzionale e la cultura dell'allontanamento

Come si è avuto modo di rilevare in precedenza¹, mentre prima del 1983 l'allontanamento del minore dalla sua famiglia era considerato dalla legge una misura da usare per ultima, quando altri provvedimenti "convenienti" per eliminare il disagio rilevato non fossero risultati praticabili (e comunque con cautela, in quanto basta essa da sola a determinare sofferenza al minore), successivamente la cultura giuridica in tema di allontanamento è cambiata, perché esso non è più stato considerato di per sé un fatto negativo, ma anzi è stato ritenuto non pregiudizievole per il minore ed è divenuto uno dei postulati su cui fondare l'intero intervento di tale legge. Quando poi si tratti di rimuovere una situazione familiare d'illegalità, l'allontanamento è un atto addirittura dovuto.

1. Cfr. ante, Parte I, Capitolo IV.

Contro questo orientamento si è espressa una parte significativa della cultura giuridica. Da un lato, in relazione al caso Serena è stata autorevolmente messa in discussione la rigorosa applicazione del principio di legalità attuata dai Giudici minorili in quella vicenda per affermare l'opportunità di applicare nella specie la disposizione dell'adozione in casi particolari pur ritenendo che si trattava di una possibilità residuale e con effetti più limitati². Dall'altro, la cultura giuridica minorile ha per lo più condiviso il pensiero di chi si era espresso in modo lucido in favore di tale orientamento, con queste parole³: “Il bambino non conosce la legalità o meno della procedura della propria adozione e si affeziona agli adulti con i quali vive, si lega all'ambiente nel quale è stato inserito e subisce violenza se a quella rete di relazioni viene strappato”.

La linea minoritaria, qui enunciata, è quella insomma che paventa che, oltre alle tante situazioni di pregiudizio che il minore è costretto a subire per le vicende della vita, si sia creata *anche una violenza istituzionale* che in tal modo viene perpetrata ai suoi danni.

Condividendo tale linea minoritaria, ritengo in questo capitolo di dover affermare alcuni orientamenti idonei a contrastare l'orientamento dominante: 1) l'affermazione del principio della continuità degli affetti come regola a tutela del minore e punto di riferimento imprescindibile per contrastare la cultura all'allontanamento; 2) la necessità di una diversa disciplina dell'art. 403 cod. civ., per ridurre il numero di allontanamenti effettuati oggi dai servizi locali con grande potere discrezionale; 3) un profondo ripensamento sulle modalità secondo cui si attua oggi l'adozione legittimante ed il rifiuto dell'orientamento discriminante che l'accompagna.

Analizziamo ciascuno dei profili rilevati.

3. Il diritto del minore alla continuità degli affetti

Il principio della continuità degli affetti ha trovato molteplici riscontri in questa materia, ed ha ispirato sia disposizioni di legge che la giurisprudenza della Corte Costituzionale e dei tribunali per i minorenni.

2. Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 193.

3. Cfr. F. Scaparro, Relazione svolta al Convegno nazionale Aimmf sul tema “Bambini e ragazzi stranieri in Italia” (Pesaro, 5-7 maggio 1989).

3.1. Nella legge: l'adozione particolare disciplinata dall'art. 44

Al principio della continuità degli affetti si ispirano tre dei quattro casi in cui il legislatore ha ritenuto di permettere l'adozione dei minori a prescindere da una dichiarazione di adottabilità⁴.

Evitando il riferimento al caso dell'art. 44 c), introdotto dalla L. 149/2001 e rimasto del tutto privo di applicazione, gli altri tre casi di tale disposizione sono dettati appunto proprio dall'esigenza di dare continuità agli affetti instaurati dal minore. Ciò risulta in modo evidente dalla lettera dell'ipotesi prospettata dall'art. 44 a), che prevede tale adozione per l'orfano di entrambi i genitori in favore di parenti entro il sesto grado oppure uniti a lui da preesistenze rapporto stabile e duraturo. Lo stesso discorso vale anche in quella dell'art. 44 b), che riguarda l'adozione del figlio anche adottivo dell'altro coniuge: si riconosce in sostanza il ruolo giuridico del genitore sociale, di chi cioè convivendo giuridicamente con il minore (oltre che con il suo genitore o la sua genitrice) e avendo con lui relazioni significative, ha con lui un forte legame affettivo che merita riconoscimento giuridico. Infine, come abbiamo più volte detto, l'ultimo caso disciplinato da quella disposizione, quello costituito dal caso in cui venga constatata l'impossibilità di effettuare un affidamento preadottivo, viene ormai interpretato con riferimento all'ipotesi in cui i legami affettivi già instaurati dal minore con una persona singola oppure con persone che non possono ricorrere all'adozione legittimante. In tal caso il grave pregiudizio che deriverebbe al minore dall'allontanamento dalla persona o dalla coppia con cui vive per essere adottato con adozione legittimante porta a preferire l'applicazione della disposizione dell'art. 44⁵.

In tutti questi casi, insomma, il cuore del problema, che si è inteso affrontare e risolvere, è *quello della continuità degli affetti* del minore, che

4. Dice A.C. Moro, *op. cit.*, p. 194: "il legislatore del 1983 si è reso conto che la giusta scelta di fondo a favore dell'adozione legittimante sarebbe stata troppo rigida, se non si fossero prese in considerazione anche delle "uscite di sicurezza" per alcuni casi, che non potevano portare all'adozione ma che esigevano egualmente, nell'interesse del minore, una famiglia sostitutiva e vincoli giuridici significativi per il ragazzo. Si è così previsto – in ottemperanza anche alla Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967, che consentiva agli Stati contraenti, la possibilità di prevedere per i minori, in alcuni casi particolari, un'autonoma forma di adozione che non elimina i rapporti con la famiglia di origine, che è basata sul consenso tra le parti, che crea solo uno *status* personale tra adottante ed adottato, che è consentita non solo ad una coppia, ma anche ad una persona singola".

5. Su tutto ciò, cfr. F. Occhiogrosso, *Adozioni a rischio giuridico, adozioni in casi particolari*. Relazione svolta nel corso del seminario di studi "Bambini in affidamento e diritto ai legami affettivi" promosso dall'Associazione La gabbianella e gli altri animali, Venezia, 31 marzo 2006, inedito.

acquista rilievo tale da comportare la preferenza rispetto all'adozione legittimante quando queste situazioni si riscontrino.

3.2. Nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

Lo stesso principio è stato più volte affermato dalla Corte Costituzionale. In particolare, proprio le deroghe ai limiti di età indicati dalla legge per gli adottanti sono state frutto di ripetute decisioni tese a garantire il principio della continuità degli affetti (poi recepite nel testo riformato della L. 149/2001).

3.2.1. Le decisioni riguardo all'età degli adottanti

- a) Basta ricordare la sentenza n. 148 del 18/3/1992, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del precedente testo dell'art. 6 citato, nella parte in cui non consentiva l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l'età degli adottanti superava di più di quarant'anni l'età dell'adottando, perché *dalla separazione derivava ai minori un danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione*, spiegando che i valori costituzionali di protezione della personalità dei minori, risultanti dagli artt. 2 e 31 della Costituzione, e quindi l'esigenza di un pari trattamento di essi quando versano nella medesima condizione, come pure quella di salvaguardare la unità familiare che residua o si va a comporre, *impongono che sia mantenuta la loro comunanza di vita e di educazione*, quando dalla separazione deriverebbe per essi un danno grave, suscettibile di rigorosa valutazione da parte del giudice.
- b) E poi va ricordata anche quella n. 349 del 9 ottobre 1998, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale sempre dell'art. 6 citato, nella parte in cui non prevede l'adozione, valutando esclusivamente l'interesse del minore, quando l'età di uno dei coniugi adottanti non superi di almeno diciotto anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, *se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore*.
- c) E questa formula, che poi entrerà nella legge, viene ribadita dalla sentenza n. 283 del 5/7/1999 che dichiara incostituzionale la stessa norma nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l'adozione, quando l'età di entrambi i coniugi adottanti superi di oltre quaranta anni l'età dell'adottando, pur rimanendo la differenza di età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, *se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore*.

La pronuncia chiarisce che come nella situazione proposta nella precedente decisione, anche qui si crea la medesima situazione di necessità per il minore, sicché la deroga si rende egualmente indispensabile, per evitare il danno grave che gli deriverebbe dal mancato inserimento in quella specifica famiglia adottiva, anche quando la deroga si riferisca ad entrambi i coniugi adottanti, sempre che il divario di età si mantenga in quello che solitamente intercorre tra genitori e figli. Non sarebbe difatti ragionevole non assicurare anche in tale situazione la medesima tutela per il minore che ne abbia necessità.

- d) Va sottolineato che in tutti questi casi è ricorrente il riferimento alla preesistenza di un solido rapporto affettivo tra minore e adottante, conseguente ai soggiorni solidaristici del tipo “bambini di Chernobyl”, a cui alcune sentenze (come quella n. 283/1999) fanno esplicito riferimento. E deve essere rilevato che, mentre l’orientamento dei giudici minorili è decisamente critico verso tali soggiorni climatici (per molteplici serie ragioni, tra cui è anche quella costituita dal pericolo di aggiramento della legge italiana sulle adozioni internazionali), la Corte Costituzionale limita la sua attenzione ai singoli legami affettivi realizzati tra minore e adottanti, evitando qualunque analisi di dietrologia. Ne consegue che i legami affettivi instauratisi vengono presi in considerazione e protetti dalla Corte in nome della Costituzione, prescindendo da ogni analisi sulle cause e sulle modalità che vi hanno dato luogo.

3.2.2. L’ordinanza della Corte sull’adozione particolare di un minore straniero

Infine la stessa esigenza di tutelare un rapporto affettivo instauratosi ormai da molti anni tra una donna singola e una bambina bielorusa è a fondamento dell’importante ordinanza 15-29 luglio 2005 n. 347, pronunciata dalla Corte Costituzionale su un’eccezione d’incostituzionalità proposta dal Tribunale per i minorenni di Cagliari.

Riassumiamo brevemente il contenuto della decisione della Corte Costituzionale.

- a) Essa è stata chiamata a decidere su una questione sottoposta al suo esame dal Tribunale per i minorenni di Cagliari, questione che riguardava la richiesta di rilascio della dichiarazione dell’idoneità all’adozione internazionale in favore di una persona singola allo scopo di ottenere poi l’adozione internazionale di una bambina bielorusa, con cui la richiedente aveva instaurato un solido rapporto affettivo, ospitandola da vari anni. La piccola presentava anche problemi di salute, e queste due ragioni (il legame affettivo instaurato e le condizioni di salute della bimba) erano tali da rendere impossibile l’affidamento preadottivo a terzi.

Dopo aver fatto presente che la Bielorussia richiedeva, per poter procedere all'adozione, che vi fosse una dichiarazione d'idoneità all'adozione internazionale della ricorrente e che, secondo l'ordinamento giudiziario bielorusso, il provvedimento di adozione del competente tribunale bielorusso ben avrebbe potuto essere emesso, solo che gli aspiranti adottanti avessero rinunciato alla segretezza dell'adozione e avessero consentito al mantenimento dei rapporti della minore adottata con i fratelli, il Tribunale di Cagliari proponeva la questione di costituzionalità dell'art. 29 bis della L. 184/1983, rilevando che tale norma consentiva la dichiarazione d'idoneità solo per le coppie coniugate che avessero presentato i requisiti richiesti dall'art. 6, sostenendo che non è possibile superare una tale limitazione legislativa in via interpretativa. Aggiungeva tuttavia il Tribunale che tale riserva assoluta di adozione internazionale in favore di coniugi è solo nella legge italiana, la quale tuttavia prevede la possibilità di adozione internazionale in casi particolari in un'unica ipotesi, quella prevista dall'art. 44 lett. a); cosa che fa l'art. 31, secondo comma, della stessa legge, che contempla il caso dell'adozione di minori orfani da parte di parenti o di persona che abbia avuto con il minore precedenti rapporti stabili e duraturi. Una tale riserva manca invece nella Convenzione dell'Aja del 29/5/1993. Concludeva infine lo stesso Tribunale che, “ferma restando la preferenza dell'adozione a favore delle coppie sposate, la soluzione legislativa potrebbe apparire irragionevole, ove si tratti di bambini in stato di abbandono, per cui non vi sia possibilità concreta di adozione se non in favore di persone singole (art. 2 della Costituzione), nonché in contrasto con il diritto del minore in stato di abbandono *italiano o straniero* ad essere allevato in ambiente idoneo (art. 30 della Costituzione); e che “limitare l'adozione internazionale alle coppie comporterebbe una discriminazione contro i bambini stranieri (art. 2 della Costituzione)”.

b) La Corte Costituzionale replicava all'eccezione proposta, escludendo che vi fosse alcuna illegittimità costituzionale delle norme indicate dal Tribunale di Cagliari, ma che invece erronea era l'interpretazione giurisprudenziale che a tali disposizioni veniva data. Illustrava quindi quale fosse la corretta interpretazione nel modo seguente:

1. l'adozione in casi particolari, che ha effetti più limitati dell'adozione legittimante, *non presenta aspetti di eccezionalità o almeno peculiarità tali da impedirne l'estensione agli stranieri*;
2. l'art. 44, regolando l'adozione in casi particolari in altra parte della legge (titolo IV) rispetto adozione legittimante (titolo II), non si occupa di adozione internazionale, che è regolata dal titolo III, con la conseguenza che il silenzio di tale norma rispetto all'adozione internazionale non può essere interpretato come inammissibilità dell'adozione di minori stranieri in casi particolari;

3. che l'art. 31, secondo comma – che è l'unica disposizione in cui si incontrano adozione particolare e adozione internazionale e viene dettata una procedura agevolata per l'adozione internazionale in relazione ad uno dei quattro casi di adozione particolare – implicitamente riconosce l'ammissibilità dell'adozione internazionale in casi particolari dal momento che non ci sarebbe stato bisogno di precisare che nell'ipotesi di cui all'art. 44 lett. a) la procedura è semplificata, se in generale la procedura non fosse stata possibile neppure in forma completa;
4. che dalla normativa non era evincibile il divieto di rilascio del certificato di idoneità all'adozione di minori stranieri in casi particolari con la conseguenza che tale rilascio deve ritenersi consentito ogni qualvolta sussistano le condizioni di cui all'art. 44;
5. che tale idoneità è finalizzata ai casi particolari di adozione descritti dall'art. 44 e che il Giudice (cioè il Tribunale minorile), a conclusione della procedura e in fase di dichiarazione di efficacia del provvedimento straniero di adozione, deve compiere la valutazione dei presupposti dell'adozione in casi particolari;
6. che questa interpretazione, costituzionalmente corretta, riconduce ad unità il sistema, consentendo di ritenere ammissibile l'adozione internazionale negli stessi casi in cui sono ammesse sia l'adozione nazionale legittimante sia quella nazionale in casi particolari.

3.2.3. L'illustrazione dell'interpretazione ricognitiva della Corte nell'ordinanza n. 347/2005

In sostanza, la Corte Costituzionale apre lo spazio all'adozione internazionale particolare, prospettando un meccanismo simile a quello dell'adozione internazionale legittimante:

- a) È anzitutto necessaria la dichiarazione, previa valutazione degli istanti, dell'idoneità all'adozione internazionale in casi particolari da parte del tribunale per i minorenni competente.
- b) Essa deve essere seguita dalla pronuncia della sentenza di adozione del minore straniero da parte della persona singola italiana, che l'abbia richiesta, nel Paese straniero con rinuncia alla segretezza dell'adozione e con previsione di rapporti con la famiglia di origine (proprio come per l'adozione mite nazionale).
- c) Occorre infine una conclusiva dichiarazione di efficacia in Italia del provvedimento straniero di adozione con verifica da parte del tribunale italiano dei presupposti per l'adozione ex 44.
- d) Questa interpretazione creativa produce il risultato che già ora l'adozione internazionale particolare può essere applicata nel nostro ordinamento, quando se ne ravvisino le condizioni.

3.2.4. I riflessi sull'adozione particolare nazionale

I principi affermati dalla Corte Costituzionale si riflettono ovviamente anche sull'adozione particolare nazionale, che ne esce indubbiamente rafforzata.

a) Anzitutto il rilievo della Corte che l'adozione particolare ha effetti più limitati di quella legittimante, ma non presenta aspetti di eccezionalità o peculiarità tali da impedirne l'estensione agli stranieri, comporta il riconoscimento di uno spazio autonomo di tale adozione anche per i minori italiani; *con il conseguente venir meno dell'ottica tradizionale di adozione "residuale" che l'ha finora accompagnata.*

La Corte afferma in sostanza che, quando vi siano i requisiti indicati dall'art. 44, è questa *normativa che l'interprete deve applicare, senza avere alcun atteggiamento di subalternità rispetto all'altra adozione, quella legittimante.*

b) La stessa Corte mostra di condividere l'orientamento della giurisprudenza di merito, secondo cui rientra nell'ipotesi dell'art. 44 lett. d) anche il caso in cui il minore abbia instaurato con una persona singola un rapporto affettivo consolidato tale da rendere "impossibile l'affidamento preadottivo a terzi". Ciò vuol dire che la tutela del minore va realizzata, verificando in concreto la sua situazione di fatto, dando il corretto rilievo alla relazione psicologica già instaurata ed evitando di badare al modo in cui essa si è venuta realizzando (sempre ovviamente che non sia illegale), ma considerando invece il fatto che la sua interruzione potrebbe risultare traumatica per il medesimo. *Viene in sostanza qui ribadito il principio generale dall'art. 6, comma 5, in base al quale la regola che l'età degli adottanti deve superare di almeno diciotto e di non più di quarantacinque anni l'età dell'adottando può essere derogata, qualora il tribunale per i minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.*

Ancora una volta, in conclusione, la Corte Costituzionale tutela il principio della continuità degli affetti.

3.3. Nella giurisprudenza dei tribunali per i minorenni

Infine una situazione analoga si riscontra nel cd. affidamento a rischio, che comporta l'affidamento provvisorio del minore ad una famiglia aspirante all'adozione in attesa del completamento della procedura di adozione.

Com'è noto, l'art. 10, comma 3 (comma 2 nel testo precedente), della L. 184/1983 prevede che il tribunale può disporre in ogni momento e fino all'affidamento preadottivo ogni opportuno provvedimento provvisorio, ivi com-

presi il collocamento temporaneo presso una famiglia o una comunità di tipo familiare, la sospensione della potestà dei genitori del minore, la sospensione dell'esercizio delle funzioni del tutore e nomina di un tutore provvisorio.

a) Il testuale riferimento al collocamento temporaneo presso una famiglia, che nel testo precedente non era espressamente previsto, segna la presa d'atto dell'orientamento risalente che i tribunali per i minorenni hanno seguito per gestire l'annoso problema dell'eccessiva lunghezza del procedimento di adottabilità, uno dei pochi caratterizzato, prima della riforma, da quattro livelli di giurisdizione (dichiarazione di adottabilità, opposizione, appello, cassazione).

Vi era in sostanza da risolvere il problema che, con l'apertura del procedimento di adottabilità e la sospensione dei genitori dalla potestà, si rischiava di condannare il minore ad una lunga istituzionalizzazione ed al totale isolamento affettivo con la interruzione (conseguente eventualmente alla sospensione della potestà) dei rapporti con i suoi genitori e con gli altri parenti. Il rischio era insomma quello di accentuare le carenze nello sviluppo psicofisico del piccolo, anziché favorirne l'immediato superamento.

Sussistendo, in realtà, i presupposti per l'assunzione di provvedimenti cautelari (*fumus boni iuris* e pericolo nel ritardo) la pronuncia di provvedimenti cautelari d'urgenza era pienamente giustificata. Ma questo intervento, intanto, poteva conseguire in pieno il risultato che si proponeva, in quanto fosse riuscito a realizzare il diritto del minore a vivere nell'ambito di una famiglia (anche se ovviamente non si trattava della sua). Perciò i tribunali puntarono subito al collocamento provvisorio del minore in una famiglia.

Problema ulteriore da risolvere fu quello se preferire il collocamento del minore in famiglia secondo la formula dell'affidamento familiare per passare poi alla preadozione ad altra famiglia (quando il provvedimento di adottabilità fosse divenuto definitivo) oppure se realizzare il collocamento immediato del piccolo nella famiglia che, avendo fatto domanda di adozione ed essendo stata valutata positivamente, accettasse il bambino in via temporanea, assumendo quindi "il rischio" che – se il procedimento di adottabilità si fosse concluso negativamente – il minore sarebbe stato allontanato dalla loro per rientrare nella famiglia di origine. Se, invece, il procedimento si fosse concluso con l'adottabilità definitiva, c'era la promessa implicita che l'affidamento provvisorio si sarebbe trasformato in affidamento preadottivo, con l'effetto che il minore sarebbe definitivamente rimasto nella stessa famiglia prima con affidamento preadottivo e poi a seguito della sentenza di adozione.

È stata questa seconda la strada che i tribunali hanno percorso per risolvere il problema.

- b) Ed è per questo che nelle prassi giudiziarie, quando decide di procedere all'affidamento provvisorio, il tribunale per lo più anticipa di fatto a tale momento la comparazione tra le coppie prevista dall'art. 22 comma 6, tenendo conto ovviamente delle sole famiglie che si siano dichiarate disponibili ad accettare un affidamento provvisorio a rischio e che vengono implicitamente preferite nella comparazione a quelle non disponibili a tale affidamento. Si è sostenuto in dottrina che in tali casi il giudizio di comparazione va pur sempre effettuato dopo che l'adottabilità sia diventata definitiva (cioè seguendo l'indicazione contenuta nella legge), ma che si deve in ogni caso tener conto della buona prova offerta da coloro che hanno accolto in via provvisoria il minore. Una tale interpretazione non è però accolta dalla giurisprudenza e dalla prassi, che sono assolutamente concordi nell'anticipare la comparazione al momento dell'affidamento provvisorio ed a limitarsi poi, una volta diventata definitiva l'adottabilità, ad una successiva trasformazione dell'affidamento da provvisorio a preadottivo, lasciando il minore presso la stessa famiglia, sempre naturalmente che egli sia pienamente integrato e che non siano intervenute difficoltà serie nel suo inserimento familiare.
- c) Va poi aggiunto che l'affidamento provvisorio a rischio – che è pacificamente pronunciato con provvedimento collegiale o con provvedimento monocratico confermato in sede collegiale entro trenta giorni e che, secondo una parte della giurisprudenza, è impugnabile sia in appello che in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., poiché incide su posizioni di diritto soggettivo (Cass. 28/11/1987 n. 8858) – ha assunto nella prassi giudiziaria i seguenti ulteriori connotati che lo avvicinano all'affidamento preadottivo. 1) È orientamento della stragrande maggioranza dei tribunali quello di cumulare il periodo di durata dell'affidamento provvisorio con quello dell'affidamento preadottivo ai fini della decorrenza dell'anno di preadozione, richiesto dall'art. 25, comma 1 (contra, il Tribunale per i minorenni di Milano, che in ogni caso richiede il decorso di un anno dall'affidamento preadottivo; al pari di quello di Torino che ha una posizione analoga). Anzi, quando la durata dell'affidamento provvisorio risulti superiore ad un anno alcuni tribunali (Roma) evitano di pronunciare il decreto di affidamento preadottivo e passano direttamente alla dichiarazione di adozione, ritenendo che, essendo le modalità di realizzazione dell'affidamento provvisorio assolutamente simili a quelle dell'affidamento preadottivo, sia preferibile un tale sistema nell'interesse del minore. 2) Pur essendo previsto dalla legge solo per l'affidamento preadottivo il divieto penalmente sanzionato dall'art. 73, comma 3, L. 184/1983 per i pubblici ufficiali di fornire notizie atte a rintracciare il minore adottabile, tuttavia un analogo dovere di riservatezza viene ri-

tenuto estensibile⁶ anche all'affidamento provvisorio, allo scopo di evitare che i genitori conoscano l'attuale sistemazione del minore e vanifichino i successivi effetti che in proposito assicurerebbe in seguito – una volta che sia divenuta definitiva l'adottabilità – l'affidamento preadottivo.

- d) Un problema delicato si pone poi a seguito della riforma, intervenuta con la L. 149/2001 in quanto l'art. 10, comma 2, consente e prevede oggi che i genitori e, in mancanza, i parenti entro il quarto grado che abbiano rapporti significativi con il minore, assistiti dal difensore, possano partecipare a tutti gli accertamenti disposti dal tribunale e prendere visione degli atti contenuti nel fascicolo, mentre l'art. 15 ribadisce quanto già disposto e cioè che prima della dichiarazione di adottabilità deve essere sentito l'affidatario. Vi sono quindi le condizioni perché i genitori conoscano gli affidatari e li incontrino con l'effetto di vanificare gli orientamenti diretti ad assicurare l'assoluta riservatezza della procedura di adozione che finora hanno ispirato dottrina e prassi giudiziaria. Una conferma, in sostanza, che la concezione dell'adozione legittimante come seconda nascita, che cancella tutto il passato del minore e che interrompe ogni possibilità di notizia e conoscenza tra famiglia di origine e famiglia adottante, stia gradualmente venendo meno.
- e) Le prassi dei tribunali evidenziano infine che viene fatto uso molto differenziato dell'affidamento provvisorio: accanto ad uffici che vi fanno ampio ricorso (Milano, Torino, Bologna, Firenze, Potenza), ve ne sono altri che lo utilizzano modestamente (Roma) ed altri ancora che vi ricorrono raramente (Venezia).

Va tenuto presente che dietro questa prassi si nasconde un rischio rilevante: quello dello stravolgimento del principio del giusto processo, che ne prevede la ragionevole durata. In realtà la pluralità delle impugnazioni proposte, che prima dell'entrata della riforma della L. 149/2001 erano addirittura tre (opposizione alla dichiarazione di adottabilità oltre all'appello ed al ricorso per cassazione) e l'assenza di corsie privilegiate per la loro trattazione rendono troppo lunghi tali processi con il drammatico effetto talora verificatosi del rientro del minore nella famiglia di origine dopo anni che ne era stato lontano. La vera questione è quindi la creazione di un sistema che renda celere questo processo, realizzando eventualmente una corsia preferenziale.

6. L. Sacchetti, *L'affidamento dei minori*, Maggioli, Rimini, 1984, p. 200.

3.4. *Alcune applicazioni contraddittorie*

Riassumendo ora il discorso relativo al diritto del minore alla continuità degli affetti è utile l'aver percorso il cammino della sua applicazione normativa e giurisprudenziale per poter concludere che essa è davvero necessaria. Non è contenuto, infatti, nella sola disposizione dell'art. 44 L. 184/1983, ma trova costanti richiami attuativi da parte della Corte Costituzionale. Ma quello che colpisce di più è che la continuità degli affetti non viene assicurata costantemente dalla giurisprudenza minorile di merito, in quanto essa è per lo più garantita nei casi relativi al cd. affidamento a rischio, mentre viene negata in altri casi⁷: in particolare, essa viene applicata per lo più quando il provvedimento precedente (pronunciato ex art. 10 L. 184/1983) provenga dallo stesso tribunale, mentre viene disapplicata in altri casi.

Occorre perciò tener conto di ciò e sulla base di questo importante principio, respingere definitivamente sul piano giurisprudenziale, (in attesa di una revisione normativa della L. 184/1983) la "cultura" dell'allontanamento del minore, quando vi sia un forte legame del medesimo con gli affidatari, sempre che dall'interruzione della convivenza derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore stesso.

4. Per una corretta disciplina degli allontanamenti disposti dai servizi sociali

L'art. 403 cod. civ. stabilisce che, quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o altri motivi incapaci di provvedere all'educazione di lui, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando non si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione.

Abbiamo già affrontato in precedenza questo argomento. Qui va sottolineata la necessità che questa disposizione, che è finalizzata ad assicurare la

7. Cfr. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite e le nuove*, cit. p. 109. Vedi inoltre nella stessa sede la nota 13, nella quale L. Laera segnala che lo strumento dell'adozione legittimante viene utilizzato da alcuni tribunali in modo rigido, tanto da portare talora al repentino allontanamento di minori dalla propria famiglia o da quella affidataria in ossequio al principio della cancellazione del passato dei bambini dati in adozione. Aggiunge che tale cultura ha portato anche all'allontanamento di tre fratelli di età molto distanti e con storie personali diverse dalle rispettive famiglie affidatarie per essere collocati in adozione in un'unica famiglia. Insomma allo scopo di salvaguardare il rapporto tra fratelli, ritenuto prevalente su ogni altro, si sono procurati, cioè gravi danni ai bambini.

protezione di urgenza, è giustamente oggetto di rilievi critici che ne sollecitano la modificazione. Nel documento redatto dallo specifico gruppo di lavoro dell'Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza per la redazione del Piano Governativo di Azione per l'infanzia e l'adolescenza (anni 2009-2010) viene avanzata la proposta di distinguere i casi di effettivo abbandono minorile (il bambino trovato nel cassonetto o quello che vaga da solo per via) da quello in cui si tratta di allontanare un minore dalla famiglia in cui si trova. Per questi ultimi casi si prospetta la necessità di una disciplina rigorosa con l'individuazione delle condizioni che giustificano l'urgenza di tale intervento, dei soggetti che possono disporre l'allontanamento, della necessità di una motivazione dell'allontanamento, dell'indicazione di quali debbano essere le garanzie giurisdizionali che devono seguire all'intervento amministrativo e della determinazione dei tempi entro i quali l'autorità giudiziaria debba emanare il provvedimento di conferma o revoca. La regola in sostanza è che questi ultimi casi dovrebbero essere lasciati alla decisione dei tribunali, sì da considerare del tutto eccezionale l'allontanamento dalla famiglia operato dai servizi.

Una tale modificazione normativa è assolutamente indispensabile per varie ragioni. Anzitutto, il potere discrezionale della pubblica amministrazione (coincidente per lo più con i servizi sociali) è estremamente ampio e privo di qualunque disciplina con l'effetto che esiste il rischio effettivo di un potere d'intimidazione del servizio sociale con riguardo all'utenza.

Dall'altro è lo stesso servizio sociale a trovarsi in crisi d'identità, perché è chiamato contemporaneamente sia a sostenere minore e famiglia ed a creare occasioni per il miglioramento della situazione del nucleo sia a porsi nell'atteggiamento giudicante di chi deve valutare se non si sia superato il limite accettabile della convivenza familiare.

Perciò l'allontanamento dei figli dalla famiglia dovrebbe essere lasciato all'intervento d'urgenza del giudice e consentito ai servizi sociali solo in situazioni eccezionali esplicitamente disciplinate.

5. La rivisitazione dell'adozione e dell'affidamento familiare

Il documento 24/6/2006 dell'Associazione dei magistrati minorili (Aimmf), quello che in precedenza abbiamo definito il fondamento culturale dell'adozione mite, propone, tra i nuovi traguardi da realizzare, la rilettura degli istituti dell'affidamento familiare, dell'adozione legittimante e di quella non legittimante di cui all'art. 44 d) con la possibilità di disciplinare meglio la questione delle cosiddette situazioni grigie, di prevedere la

convertibilità in legittimante dell'adozione non legittimante e modificare la disciplina relativa al cognome.

Abbiamo avuto modo di svolgere in precedenza osservazioni su ciascuno di questi istituti, ma ritengo opportuno riprenderli ora più approfonditamente ed ampliare la riflessione su di loro, a cominciare dall'adozione legittimante.

5.1. Adozione legittimante e adozione mite

Venendo quindi ora ad affrontare la normativa relativa all'adozione legittimante nella prospettiva del diritto mite, va sottolineato che il sistema disciplinato dalla legge per tale adozione offre ogni necessaria garanzia processuale dei diritti dei soggetti coinvolti, specie dopo il 1 luglio 2007, quando sono entrate in vigore le disposizioni sulla difesa d'ufficio per il procedimento di adottabilità.

Quello che invece lascia a desiderare è la dimensione "umana" dell'istituto, la sua tendenziale prospettiva "forte" nelle modalità di esclusione di alcune categorie di soggetti, quelle dei genitori e parenti dei minori, nei cui confronti il procedimento di adottabilità viene promosso.

Ed è questo il profilo del quale intendo occuparmi in questo paragrafo, affrontando per il diritto mite una diversa prospettiva di riflessione: quella per cui esso non va preso in considerazione solo per la creazione di nuovi istituti, ma anche per modificare in senso mite i profili più spigolosi degli istituti giuridici, che si occupano di minori.

In questa ottica l'adozione legittimante ha una posizione di primo piano per una sua revisione alla luce dei principi del diritto mite.

5.1.1. Diritto mite e diritto feroce: qualche esempio in ambito minorile

Partiamo proprio da tali principi e cioè dai concetti di diritto mite studiati da Gustavo Zagrebelsky e di giurisdizione mite desumibile dal pensiero di Klaus Günther.

Si è fatto cenno in precedenza alla distinzione dei concetti di diritto mite e diritto feroce esposta da G. Zagrebelsky. Occorre ora aggiungere il concetto di giurisdizione mite proposta da Klaus Günther, secondo cui essa è la ricerca delle procedure con le quali i soggetti si possono accordare su una "*comune interpretazione della situazione*", quella che interpreta il diritto come "la ricerca delle norme adeguate tanto al caso, quanto all'ordinamento" (Zagrebelsky)⁸.

8. Cfr. G. Zagrebelsky, *Per un nuovo volontariato*, cit.; K. Günther, *Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral*, in "Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken", Ed. M. Herberg *et al.*, Stuttgart, Steiner, 1992, pp. 36 e ss.

È agevole richiamare qualche esempio di “diritto feroce” con riguardo alla giustizia minorile.

Uno di essi è costituito dalla giurisprudenza di alcuni tribunali per i minorenni, citata da Alfredo Carlo Moro nella sua ultima opera “Minori stranieri e carcere”, giurisprudenza secondo cui i ragazzi stranieri senza famiglia non usufruiscono di remissione in libertà, ma restano in carcere per tutto il periodo precedente la celebrazione del processo e vengono condannati ad una pena contenuta nel “presofferto”. In sostanza, questi ragazzi espiano la pena carceraria anticipatamente e cioè prima che vi sia stato il processo e che vi sia stata la condanna. Con quale sconvolgimento delle regole è agevole intendere.

Altro esempio analogo è costituito dalla prassi ministeriale relativa alla deportazione detentiva di ragazzi, stranieri anch’essi, che, arrestati a Milano e Torino ed in altre città del Nord, ormai da anni vengono trasferiti negli istituti penali del Sud e sono sradicati dagli affetti, che li legano al luogo in cui vivono abitualmente.

Un discorso per qualche verso analogo, ma certamente più complesso ed articolato, va fatto, passando a tutt’altra materia, per l’adozione legittimante e, in particolare, a proposito della procedura di adottabilità che, come si sa, si fonda sul concetto di abbandono morale e materiale del minore. Ed è necessario ricordarne brevemente la storia.

È noto che l’abbandono del minore da parte dei genitori e parenti ha sempre avuto due modalità distinte di realizzazione: una è stata quella definita dell’abbandono *omissivo* (quello relativo al bambino lasciato nel casonetto o vissuto in comunità per anni, senza alcuna cura genitoriale); l’altra è stata quella definita dell’abbandono *commissivo*, consistente in una condotta attiva del genitore verso il figlio, ma inadeguata e tale da determinare anch’essa per il minore una situazione di abbandono (tali sono i casi di maltrattamenti o di abuso).

La storia dell’adozione racconta che nei primi anni di applicazione della legge l’abbandono fu soprattutto omissivo, in presenza di circa 200.000 minori che vivevano in istituti assistenziali, per lo più abbandonati a se stessi. Su questo tipo di abbandono vi è sempre stata una piena coincidenza tra applicazione della legge (e quindi tra decisioni dei tribunali), e sentire della comunità. Si potrebbe dire, parafrasando Klaus Günther, che vi è sempre stata una “comune interpretazione della situazione” con l’effetto che le dichiarazioni di adottabilità di questo tipo non hanno mai presentato problemi rispetto all’opinione pubblica, che ha condiviso il principio che in tali casi i minori erano abbandonati.

Diverso è stato invece il discorso relativo all’abbandono commissivo, per il quale si è registrato nel tempo, in modo sempre più incisivo, uno

scollamento tra decisioni giudiziarie minorili e sentire dell'opinione pubblica⁹.

Ho fatto già ampio riferimento, in particolare, alla diffidenza accentuata con cui le decisioni di allontanamento di minori da parte dei giudici minorili sono state accolte dall'opinione pubblica. Ciò si è ripetuto in molteplici occasioni a partire dalla vicenda-madre costituita dal "caso Serena".

Quello che va aggiunto qui è che la stragrande maggioranza dei casi in cui tali divergenze tra decisioni giudiziarie e opinione pubblica si sono manifestate ha riguardato appunto situazioni di abbandono "commisivo" di minori, casi cioè nei quali la "lettura" della vicenda effettuata dai giudici è risultata notevolmente diversa da quella accolta dalla gente comune.

Se non partiamo da questa analisi che colloca alcune modalità di realizzazione dell'adozione legittimante nell'area del diritto feroce e non riflettiamo su di essa, non potremo capire perché si giunga culturalmente all'adozione mite.

5.1.2. Un'analisi critica di questa cultura

Ed a questo punto un'analisi complessiva s'impone. Bisogna chiedersi cioè, esaminando criticamente quel periodo della storia giudiziaria minorile, quale dev'essere la nostra valutazione. Dobbiamo concludere che la legge ha trionfato oppure dobbiamo pensare che vi sono stati effettivamente in molti casi forme di discriminazione, operate talora con riguardo alla sostanza dell'intervento svolto e talaltra nel modo in cui esso è stato effettuato!

Non è un caso – io credo – che, a partire dalla proposta di riforma Castelli, le vicende clamorose di iniziative dei tribunali per i minorenni si siano notevolmente ridimensionate. E ciò forse fa pensare che i tribunali si vadano indirizzando verso un percorso più mite.

Coltivare quindi la prospettiva del diritto mite e della giurisdizione mite nell'adozione significa superare la cultura dell'adozione in casi particolari come adozione di rango inferiore rispetto a quella legittimante per riconoscere ai due modelli (con conversione possibile della non legittimante in legittimante) pari dignità. Ma significa anche attuare l'adozione legittimante, ispirandosi alle stesse logiche che regolano l'adozione particolare. Occorrerà quindi chiederci se, come avviene per l'adozione particolare, anche

9. C'è chi, come Leonardo Lenti (comunicazione personale) dissente da questo rilievo e ritiene che quello definito come il sentire dell'opinione pubblica sia in realtà solo l'opinione di giornalisti, che a sua volta si fonda su quello che i privati interessati dicono, senza che la voce dei giudici venga ascoltata.

l'adozione legittimante non potrà essere realizzata in modo diverso da quello attuale, e cioè ponendo in essere – come dicono Zagrebelsky e Günther – quegli incontri, quelle mediazioni, quei compromessi che consentano di pervenire tutti ad una “comune interpretazione della situazione”; effettuando una dichiarazione di adottabilità, per esempio, che sia frutto di dialogo, confronto, chiarificazione anche ripetuta della situazione. Per questo, come si dice giustamente, si tratta di un diritto *difficile*.

5.1.3. I possibili cambiamenti

Alla luce dei rilievi svolti quella che si richiede è una vera e propria rivoluzione culturale che deve avere come punto di partenza quello di sdrammatizzare la dichiarazione di adottabilità¹⁰.

- a) Occorre che l'adottabilità non sia il documento della definitiva squalifica nel ruolo dei genitori per coloro che hanno messo al mondo il minore adottabile. Sappiamo bene che spesso le circostanze familiari che portano all'adottabilità sono complesse e frutto non solo di “colpe” dei genitori stessi, ma di situazioni a loro non ascrivibili (disabilità, disturbi della personalità, ecc.).
- b) Ed è perciò che queste vicende non devono comportare un'ulteriore facile discriminazione; ma devono essere gestite ispirandosi alla realizzazione di un diritto difficile, che sappia reperire forme dialogate di intervento; al contributo importante di servizi sociali qualificati, che accompagnino i genitori ad un approccio morbido all'adozione legittimante e prima ancora alla dichiarazione di adottabilità. Occorre in sostanza puntare il più possibile ad un'adottabilità “consensuale”, agevolando il percorso tecnico-giudiziario con l'apertura di un costante colloquio.
- c) Un terzo punto significativo è quello che lascia aperta la porta alla possibilità di mantenere rapporti con la famiglia di origine sia nel corso della procedura che dopo la sentenza di adozione. È un percorso seguito da una giurisprudenza minoritaria¹¹, che interpreta la disposizione per cui con l'adozione cessa ogni rapporto giuridico del minore con la famiglia di origine, entrando a pieno titolo nella famiglia adottiva, in modo diverso da quello abituale, poiché afferma che devono intendersi interrotti solo i rapporti produttivi di effetti giuridici, non invece i rapporti di fatto ed affettivi, che potrebbero essere mantenuti qualora costituissero parte integrante del vissuto del minore e quindi fossero indispensabili per il

10. Cfr. L. Lenti, *L'adozione: è ora di cambiamenti?*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 2/2007, p. 133.

11. È citata in F. Occhiogrosso, *L'adozione mite e le nuove prospettive*, cit. p. 106; vedi anche L. Lenti, *L'adozione*, cit. in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 2/2007, p. 135.

pieno sviluppo della sua personalità. Pur avendo perplessità su questa motivazione, come già avuto modo di dire, ritengo che questa giurisprudenza vada incrementata sempre più in quanto avvicina l'adozione legittimante a quella mite nella cultura a cui si ispira.

5.1.4. Verso un diverso modello di adozione legittimante

Le osservazioni svolte pongono in luce che dottrina e giurisprudenza tendono ad individuare spazi per stemperare i profili più “forti” dell'adozione legittimante. È opportuno che la giurisprudenza incrementi tali spazi in attesa che vengano introdotte disposizioni che impegnino sempre il giudice alla giurisdizione mite, alla ricerca di forme dialogate di intervento. Questa deve essere una impostazione generale dell'attività giurisdizionale, ma a maggior ragione deve essere un dovere per il giudice specializzato del minore e della famiglia.

5.2. *L'adozione particolare*

5.2.1. Le ragioni che esigono la sua rivisitazione

Anche l'adozione particolare, disciplinata dall'art. 44 L. 184/1983 esige una rilettura, dal punto di vista dell'adozione mite.

Anzitutto, in ordine alle ipotesi che la legge propone, sono stati mossi rilievi che meritano attenzione; poi, in ordine agli effetti che produce (che assicurano al minore in tal modo adottato una tutela inferiore a quella legittimante) è stata prospettata l'unificazione degli effetti di tutte le adozioni.

Va inoltre messa in discussione anche la denominazione di “adozione in casi particolari” sia perché la prospettiva di questo modello come adozione residuale è stata superata dall'ordinanza 347/2005 della Corte Costituzionale, come vedremo tra breve, sia perché essa non corrisponde al contenuto di tutte le ipotesi previste dall'art. 44. È pacifico infatti che, mentre le tre prime ipotesi [quelle disciplinate dalle lettere a), b) e c)] sono effettivamente “particolari”, nel senso che si riferiscono a situazioni specifiche e ben definite, quella di cui all'art. 44 d) si differenzia decisamente dalle altre ed ha carattere generale, perché si riferisce non a situazioni specifiche, ma a tutti i casi nei quali “vi sia la costante impossibilità di affidamento preadottivo”. Si è già affrontato questo discorso in precedenza ed è stato rilevato che è proprio questa ipotesi che, intesa dalla giurisprudenza come riguardante soprattutto i casi in cui si è costituito tra minore e adulto con cui convive un rapporto affettivo tale che se fosse interrotto produrrebbe al bambino un danno grave ed irreparabile, costituisce la più importante delle

“uscite di sicurezza”¹² rispetto all’adozione legittimante, al fine sempre di inserirlo, nel suo interesse, con l’adozione non legittimante in una famiglia sostitutiva che gli assicuri il mantenimento dei vincoli affettivi significativi già realizzati. Ora, non c’è dubbio che questa ultima ipotesi dell’art. 44 per il modo in cui è articolato e per l’estensione dei casi a cui viene applicata non può ritenersi configurare un caso di adozione particolare nel senso sopra detto.

Consideriamo ora separatamente ciascuna delle problematiche suindicate.

5.2.2. I casi previsti

L’ipotesi disciplinata dalla lettera a) dell’art. 44, pur essendo oggetto di non poche analisi critiche¹³, non presenta tuttavia problematiche tali da esigere proposte di modificazione, anche perché è stata applicata in un numero molto limitato di casi.

Lo stesso discorso vale per l’ipotesi di cui alla lettera b), che ha avuto applicazioni più frequenti e che va apprezzata perché è uno dei pochi casi, in cui assume rilevanza giuridica la figura del genitore “sociale”, cioè del coniuge del genitore del minore adottato. Costui, pur vivendo quotidianamente con il minore ed avendo per lo più con lui un rapporto affettivo importante, è per lo più del tutto ignorato nelle decisioni giudiziarie di separazioni coniugali e divorzi.

Potrebbe essere invece pacificamente eliminata l’ipotesi prevista dall’art. 44 c) per la quale sono da condividere pienamente le osservazioni critiche di chi la ritiene del tutto superflua¹⁴.

Resta da riprendere il discorso relativo all’ipotesi di cui all’art. 44 d), in relazione alla quale il documento Aimmf del 24/6/2006 auspica un ampliamento. Si tratta di un’indicazione sicuramente da condividere e che avrebbe bisogno di una specifica riflessione sugli altri casi a cui estenderla. La mia proposta è quella che essa possa in futuro comprendere oltre le due ipotesi che già ora dottrina e giurisprudenza vi fanno rientrare, anche il caso del minore che sia privo di ambiente familiare idoneo in modo non temporaneo (che si riferisce all’istituto dell’affidamento familiare), ma in modo permanente. In tal modo il rapporto tra adozione legittimante e adozi-

12. È questa l’espressione che usa A.C. Moro, *op. cit.*, p. 194.

13. Cfr. M. Dogliotti, A. Figone, F.M. Mazza Galanti, *Codice dei minori*, Utet, Torino, 1999, p. 316.

14. Così, E. Ceccarelli, *L’affidamento familiare*, cit., p. 142, la quale rileva che si tratta di una modifica di cui non si sentiva il bisogno né si capisce l’utilità poiché il bambino con gravi problemi rientrava già nel precedente caso sub c), fosse o no orfano.

ne particolare di cui all'art. 44 d) sarebbe anche nella legge disciplinato come quello esistente tra due cerchi concentrici, di cui quello interno sarebbe costituito dai casi di totale abbandono morale e materiale che comporta la dichiarazione di adottabilità in vista dell'adozione legittimante, mentre quello esterno sarebbe costituito da tutti gli altri casi di minori in stato di disagio familiare permanente, che vanno dai casi di disagio familiare temporaneo (quello che porta all'affidamento familiare) fino alle situazioni di pieno abbandono morale e materiale. Si tratta di quella configurazione del rapporto tra adozione legittimante e particolare, che già la giurisprudenza ha prospettato, ma che non è ancora chiaramente previsto dalla legge.

In tal modo tutti i bambini che vivono oggi fuori dalla propria famiglia e che hanno diritto ad averne una diversa (se non possono avere la propria) potrebbero finalmente averla senza che vi siano ancora lacune normative nella loro tutela.

5.2.3. Gli effetti dell'adozione particolare

Vi sono nette differenze tra adozione particolare e legittimante in relazione agli effetti che producono. Oltre alle peculiarità già indicate in precedenza va aggiunto che l'adozione particolare non conferisce all'adottato la qualità di figlio legittimo, ma solo quella di figlio adottivo che diventa erede dell'adottante, ma non dei familiari, con cui non ha alcun rapporto giuridico. Per altro mantiene rapporti con la famiglia di origine¹⁵.

Sulla base di queste considerazioni si è posta la questione se non sia un inconveniente grave quello attualmente esistente per cui a chi è adottato in questo modo venga attribuita una posizione giuridica "minore" rispetto a chi è adottato con adozione piena. Si è quindi proposto¹⁶ di abolire l'adozione non legittimante, "un istituto ingiustificatamente discriminatorio, figlio del tempo in cui l'idea che un bambino potesse appartenere a due famiglie era addirittura inconcepibile": perciò – in sintonia con il principio che propugna uno stato unico di figlio senza più alcuna distinzione tra figli legittimi e naturali – si prospetta il superamento della diversità di effetti tra i vari modelli di adozione e la ricomprensione nel concetto unificato di "figlio" anche di quelli comunque adottati.

Tale proposta è certamente suggestiva e diretta ad assicurare una più ampia tutela ai minori adottati con l'adozione particolare.

Mi chiedo tuttavia se, come fase intermedia e di passaggio, non fosse possibile proporre ancora l'adozione in casi particolari, prevedendone poi la convertibilità in adozione legittimante.

15. Cfr. E. Ceccarelli, *L'affidamento familiare*, cit., p. 41.

16. Così, L. Lenti in *L'adozione: è ora di cambiamenti?*, cit., pp. 136-137.

Un tale passaggio graduale, infatti, consentirebbe ad alcuni affidatari, quelli che – come si è rilevato – sono disponibili ad impegnarsi “fino ad un certo punto” per l’adozione, di attribuire al minore loro affidato almeno la parziale acquisizione di una più adeguata identità familiare con un’adozione dai contenuti più limitati; salvo poi, una volta che tale risultato parziale si sia ottenuto, ottenere in una fase successiva, con la conversione dell’adozione in casi particolari in adozione legittimante, il risultato non discriminatorio dell’adozione piena.

Si tratta in conclusione di creare vari canali per la realizzazione dell’adozione che partano da situazioni diverse (affidamento familiare, abbandono ecc.) per realizzare l’unico comune effetto di fare dell’adottato un figlio.

Bisogna infatti tener presente che esiste il rischio che non pochi affidatari possano avere remore a realizzare un’adozione piena del minore loro affidato per le ragioni più svariate, che potrebbero invece essere superate grazie ad un percorso graduale. Il discorso, d’altro canto, potrebbe incontrare perplessità anche da parte dei figli adottivi. Basti pensare alla questione del cognome. Se collegato automaticamente all’effetto legittimante dell’adozione vi fosse quello dell’attribuzione esclusiva del cognome dell’adottante, probabilmente non pochi minori non accetterebbero tale adozione, pur di conservare il doppio cognome o quello della famiglia di origine.

5.3. L’affidamento familiare e la proroga sine die

Passando quindi ad affrontare il tema dell’affidamento familiare, chiarisco che non intendo riassumere l’intera disciplina di questo istituto, ma trattarlo solo nell’ottica dell’adozione mite.

Perciò richiamo qui le ricerche citate all’inizio di questo lavoro a proposito dell’affidamento. Esse hanno consentito di accertare che solo meno della metà degli affidamenti familiari realizzati corrisponde all’ipotesi designata dal legislatore per questo istituto: assenza di ambiente familiare idoneo, temporaneità della situazione da contenersi nei limiti dei ventiquattro mesi salvo proroga giudiziaria, progetto realizzato dai servizi per il recupero della famiglia di origine, il mantenimento dei rapporti, il rientro definitivo del minore in famiglia.

Nella maggior parte dei casi, invece, l’affidamento non è affatto temporaneo, in quanto alla scadenza del suo termine viene prorogato sine die.

Nella sostanza, l’affidamento familiare è un istituto anomalo, perché, mentre formalmente sancisce una ben chiara situazione alla quale dovrebbe essere applicato, nella sostanza invece non si applica solo alle medesime, ma si estende a molti altri casi non previsti dalla legge, cioè a tutti

quelli di disagio familiare anche non temporaneo, che non configurano quelle situazioni di totale abbandono morale e materiale, che portino alla dichiarazione di adottabilità.

Ed è una situazione ben nota, che già prima della riforma della L. 149/2001 era stata rappresentata con chiarezza¹⁷. Malgrado ciò, il legislatore della L. 149/2001 ha completamente pretermesso questo problema, ignorandolo del tutto. Ci troviamo quindi ora a prendere atto del fatto che per lo più l'affidamento familiare grazie al sistema delle ripetute proroghe del provvedimento iniziale non è più temporaneo.

Si sta anzi giungendo in alcune realtà (come a Torino) a prospettare che la sua durata possa essere protratta fino al ventunesimo anno di età! In sostanza, è stata la cultura dei servizi sociali che, richiedendo varie successive proroghe ai tribunali e non segnalando il venir meno del requisito della temporaneità dell'affidamento, ha trasformato questo istituto in un calderone che accoglie di tutto, sia che corrisponda all'ipotesi di legge sia che non vi corrisponda.

Bisogna perciò porre con decisione sul tavolo della discussione questo problema e prendere atto che l'affidamento familiare delineato dalla legge è quello che riguarda solo meno della metà dei casi nei quali viene disposto e che a questa parte degli affidamenti deve essere applicato.

Per l'altra metà, che rappresenta in sostanza i casi di minori in disagio familiare senza prospettiva di rientro in famiglia, va posta la questione se dovrà essere perpetuata la situazione attuale, creando il diverso istituto dell'affidamento familiare non temporaneo, e quindi legalizzando quella condizione di "minori nel limbo" che contraddistingue di fatto oggi i minori che restano in affidamento familiare fino alla maggiore età. Oppure se si dovrà disciplinare legislativamente questa seconda area di disagio minore nelle forme dell'adozione aperta o dell'adozione mite¹⁸.

5.3.1. Le ambiguità e le confusioni come valore

Ed è a questo punto che si propone il discorso delle cd. "ambiguità" e "confusioni". Chiariamo questo concetto: la possibilità di trasformare l'af-

17. Basta ricordare per averne conferma che già nel 1999 il Codice dei Minori di M. Dogliotti, A. Figone, F. Mazza Galanti a p. 245 faceva questa considerazione: "Ma che dire nel caso che vi sia una (soltanto) parziale privazione di assistenza (non tale quindi da giustificare la pronuncia di adozione) ma non temporanea (e cioè probabilmente irreversibile) e che quindi escluderebbe l'affidamento familiare? Si tratta di situazione tutt'altro che teorica e che assai frequentemente (più della situazione di totale abbandono o della difficoltà soltanto temporanea) si verifica nella prassi giudiziaria e amministrativa. L'unica disposizione cui può farsi riferimento in tal caso è l'art. 333 c.c.: in caso di comportamento pregiudizievole, il giudice adotta i provvedimenti convenienti".

18. Il riferimento riguarda, in particolare, i modelli di nuove adozioni prospettati dal disegno di legge n. 5745/05.

fidamento sine die in una adozione particolare, questa “elasticità” propria dell’adozione mite è stata oggetto di rilievi critici: è stato detto, ad esempio¹⁹ “l’adozione mite, affine per certi aspetti all’affido sine die, ha invece una configurazione intermedia tra affido e adozione e proporrebbe alcune ambiguità sia nella crescita e costruzione d’identità del minore sia nei ruoli della famiglia adottante”.

Si tratta di rilievi che presuppongono una cultura minorile sulla quale occorre confrontarsi, quella per cui, com’è stato autorevolmente detto, “l’affidamento è affidamento e l’adozione è adozione”, con l’implicita presa d’atto che si tratta di percorsi ben distinti ed incompatibili tra loro per cui, una volta che si è cominciato il percorso che porta all’uno non si può passare a quello che porta all’altra²⁰: è questa la cultura (non quella dell’adozione mite) che porta all’affidamento sine die; che porta all’affidamento fino a 21 anni, a quello sostanzialmente “eterno”!

Questa cultura va superata. È stato giustamente detto²¹ che ci vuole un ventaglio di possibilità per poter trovare adeguate risposte per ogni singolo bambino, aggiungendo che mantenere aperto il filo di collegamento con la famiglia di origine, dove sia possibile, è sempre positivo. Ed inoltre che il riconoscimento legale di situazioni di plurigenitorialità ordinata costituiscono un traguardo che l’open adoption negli Stati Uniti va affermando decisamente.

Più in generale va sottolineato che il discorso delle “confusioni” non è recente e vale per altri settori, quale esempio quello penale minorile. In particolare, a proposito del DPR 448/1988, fu messa in evidenza una serie di ambiguità e contraddizioni: l’essere tale legge in bilico tra repressione ed educazione; il suo tendere contemporaneamente verso la punizione (con il giudizio direttissimo) e la non punizione (con la messa alla prova e la scelta di tendere alla rapida uscita dal circuito penale); il puntare insieme alla specializzazione (di giudici, difensori e operatori) e alla non specializzazione (della comunità chiamata a collaborare nell’impegno verso il recupero sociale).

Scaturì da questi rilievi una serie di osservazioni critiche tendenti a mettere in discussione la qualità dell’impianto di tale legge²².

Ma l’orientamento decisamente prevalente rilevò che quella normativa corrispondeva all’esigenza di un sistema di sanzioni molto articolato ed

19. Dal Coordinamento Nazionale Servizi Affidi. Newsletter del febbraio 2007.

20. Così R. Bindi, Intervento al Convegno Aimmf di Paestum 29-30 novembre e 1 dicembre 2007.

21. Così M. Cavallo, comunicazione personale.

22. Cfr. per tutti, E. Roli, *Dispositivo penale e dispositivo educativo nel nuovo processo minorile: una convivenza improbabile*, in F. Occhiogrosso (a cura di), *Il processo penale minorile: prime esperienze*, Unicopli, 1991, pp. 66 e ss.

elastico, capace di dissuadere, ma anche di recuperare, fondato su una valutazione corretta della personalità dell'imputato. Un sistema attuato per i minori, ma auspicato anche per i tossicodipendenti tale da far capo ad un giudice "vero", assistito da appropriate competenze tecniche e da pretendere uno sforzo, anche di fantasia, all'altezza della gravità e della delicatezza del problema²³.

Perciò il modo di guardare alle pretese "confusioni" cambiava completamente: nell'ottica di questa giurisdizione, nota come giurisdizione sociale, e nell'ambito della legge le contraddizioni non erano più viste come contraddizioni, le ambiguità non erano più lette come errori o mancate scelte del legislatore. Divenivano, al contrario, il frutto di una scelta complessiva, tendente a lasciare aperte tutte le vie, a creare un sistema di sanzioni elastico e capace di evitare la punizione, ma anche di punire severamente²⁴.

Un discorso analogo va poi fatto in tema di affidamento condiviso, a proposito della giurisdizione di conciliazione e del ruolo del nuovo giudice del minore e della famiglia. Ma su questo tema riserviamo una riflessione nell'ultimo capitolo.

Concludendo, quindi, questo discorso, emergeva con chiarezza sin dal momento in cui si dibatteva del processo penale minorile che le "confusioni" sono in realtà *un valore*, da considerare in termini decisamente positivi nella dimensione nuova attribuita ad un giudice ordinario diverso che si andava delineando per alcune categorie di soggetti processuali.

5.3.2. Ambiguità, confusioni e L. 184/1983

Ma limitando questo discorso al solo tema del rapporto tra affidamento ed adozione, è agevole rilevare che esso si è evoluto nel tempo, comportando solo in un secondo momento l'emergere di una valenza negativa del passaggio dall'uno all'altro istituto, conseguente all'assunta incompatibilità tra i due istituti ed induce a tenere nettamente distinti l'uno rispetto all'altro, secondo la logica per cui l'affidamento (familiare) è funzionale solo al recupero della famiglia di origine ed al ritorno del bambino in essa, non ad una sua eventuale adozione da parte dell'affidatario (o degli affidatari).

Questo orientamento nasce solo con la L. 184/1983, mentre in precedenza il rapporto tra questi due istituti era diverso e l'affidamento costituiva il

23. Su ciò, cfr. F. Occhiogrosso, *Il processo nella prospettiva dei nuovi diritti*, in *Il processo minorile*, cit., pp. 21 e ss.

24. Così G. Gorla, in "La Repubblica" del 14-15/2/1990; l'articolo proponeva alcuni emendamenti alla L. 25/6/1990 n. 162 (entrata poi nel DPR 309/1990), traendo spunto dalla legislazione processuale penale minorile.

percorso proprio per pervenire a quella forma di “piccola adozione” che fu l’affiliazione, che venne abrogata proprio con la L. 184/1983.

Approfondendo questa analisi, scopriamo quindi che la disciplina normativa era proprio opposta a quella attuale, perché condizione indispensabile per giungere all’affiliazione era il previo decorso dell’affidamento del minore per la durata di un triennio. In sostanza, mentre con la L. 184/1983 si è affermata l’incompatibilità tra affidamento e adozione dello stesso minore, prima di tale legge era il contrario, in quanto l’affidamento costituiva il presupposto per rendere stabile il rapporto affidatario-minore con l’affiliazione.

È evidente, concludendo su questo punto, che ci troviamo dinnanzi ad un paradosso: da un lato, l’incompatibilità tra affidamento familiare e adozione nasce con la L. 184/1983 perché l’affidamento familiare è costruito dalla legge come *istituto temporaneo* finalizzato al rientro del minore nella famiglia di origine; dall’altro, la cultura dei servizi sociali ha in seguito cancellato la temporaneità dell’affidamento familiare fino a proporre che esso possa protrarsi fino al 21° anno di età, ma ha lasciato ferma la incompatibilità tra affidamento e adozione, che a questo punto non ha più ragione di essere.

E, approfondendo il discorso, c’è da chiedersi alla luce del fallimento dell’affidamento familiare come istituto temporaneo, se non si debba pensare di riesaminare la disciplina normativa adattandola al modello già esistente in tema di affiliazione.

5.3.3. Uno sguardo al passato: infanzia abbandonata e affidamento nel codice civile del 1942

A) A questo riguardo va aggiunto che, se si dà uno sguardo al passato, e ci si riferisce all’affidamento e all’affiliazione (definita anche nei lavori preparatori del codice del 1942 come “piccola adozione”), si traggono solidi argomenti per ritenere addirittura fisiologico in quell’epoca il meccanismo di passaggio dall’affidamento all’adozione e trarne argomento per colmare le note lacune riscontrate nell’attuale meccanismo dell’affidamento familiare.

È utile, per esporre tali argomenti, richiamare il contesto in cui istituti analoghi a quelli in esame trovavano spazio negli anni’40, facendo riferimento alla condizione minorile dell’epoca ed agli interventi normativi assunti in tali circostanze.

È bene ricordare che durante i lavori per la riforma del codice civile del 1942, venne in evidenza un fenomeno di larghissima diffusione. Dai rapporti del presidente dell’Opera nazionale per la maternità ed infanzia (Onmi) e dai dati statistici forniti dal Ministero di Grazia e Giustizia (ora Ministe-

ro della Giustizia) risultava che, attorno al 1939, esisteva una massa costante di fanciulli abbandonati dai loro genitori, che ammontava a circa duecentomila minori. Inoltre, ogni anno l'Onmi collocava presso famiglie o in istituti cinquantamila bambini di età inferiore ai sette anni e circa trentamila di età superiore.

Si pose quindi il gravissimo problema dell'infanzia e furono accolte due soluzioni, entrambe di carattere amministrativo: l'una diretta ad offrire assistenza ai minori che ne erano privi con l'inserimento in istituti assistenziali, l'altra funzionale al loro collocamento presso privati con regolamentazione dei rapporti conseguenti.

Di questa ultima situazione dovette occuparsi il codice civile, il quale introdusse uno speciale titolo riguardante l'assistenza pubblica o privata all'infanzia, che contemplava un nuovo istituto denominato "piccola adozione", entrato poi nel codice con la denominazione di "affiliazione".

Esso veniva definito come un rapporto giuridico familiare, concesso e favorito dallo Stato, che attraverso esso perseguiva fini assistenziali e pubblicistici²⁵.

B) Ed a questo punto è interessante svolgere qualche osservazione a proposito dell'istituto dell'affidamento quali sono desumibili dall'art. 404 cod. civ., abrogato dall'art. 77 L. 184/1983.

Anzitutto, nessuna regola specifica era prevista per l'affidamento né alcun sostegno o monitoraggio del medesimo: in particolare, nessun cenno veniva fatto ad alcun servizio sociale né – in questa legislazione – all'Onmi o ad altri enti di assistenza.

La facoltà di disporre l'affidamento era attribuita all'istituto di pubblica assistenza, che poteva procedere all'affidamento a persona di sua fiducia.

Altra modalità di affidamento era quella riguardante colui che avesse allevato il minore senza che vi fosse stato un passaggio tramite l'istituto assistenziale: ci si riferiva evidentemente alle forme di baliatico dell'ONMI e di altri enti, ma anche all'affidamento disposto di propria iniziativa dal genitore o dal tutore del minore.

Nulla di più si desume da questa normativa, se non la rilevanza dell'affidamento ai fini dell'affiliazione: si esige che esso debba essere stato almeno triennale. Non viene richiesta alcuna valutazione dell'andamento dell'affidamento triennale: ma essa è implicita nel fatto stesso della durata triennale del medesimo, essendo scontato che, in caso di esito non positivo, l'affidamento sarebbe finito ben prima che si pervenisse all'affiliazione.

25. Su tutto ciò, I. Baviera, *Diritto Minorile*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 505 e ss.

5.4. *L'affidamento fino al 1983 come presupposto della cd. "piccola adozione"*

Tutto ciò consente di dire che l'affidamento ha sempre costituito una fase provvisoria: oggi è nella legge finalizzata al recupero della famiglia di origine; ieri costituiva la base per un modello particolare per il successivo inserimento stabile del minore nella famiglia a cui era affidato con l'affiliazione o con l'adozione²⁶.

Non c'è dubbio infatti l'affidamento potesse essere in passato anche il fondamento per la vecchia adozione ordinaria, ma è importante rendersi conto che esso era soprattutto funzionale per la cd. "piccola adozione". E quando si cerca la ragione della creazione di questo istituto (l'affiliazione), non si può negare che probabilmente il motivo recondito di simile istituto era quello di non scoraggiare tante persone, proclivi a tenere e ad allevare dei bambini, che sentivano l'esigenza di una protezione di questo rapporto di fatto, ma che non volevano impegnarsi oltre un certo punto²⁷.

Va detto peraltro che la cultura giuridica successiva non poté non evidenziare le rilevanti affinità tra i due istituti.

Simili erano infatti: a) la istituzione del nuovo rapporto grazie all'intervento dell'autorità giudiziaria (corte d'appello per l'adozione; giudice tutelare con provvedimento omologato dal tribunale per i minorenni per l'affiliazione); b) l'attribuzione della potestà genitoriale (all'epoca patria potestà); con il dovere di mantenere, educare e istruire l'adottato e l'affiliato, l'amministrazione dei beni con inventario e senza usufrutto; c) l'acquisizione di uno status personale e familiare nuovo; anche se l'affiliato non acquista alcun diritto ereditario nei riguardi dell'affiliante, mentre ne acquisiva il cognome sempre che l'affiliante ne avesse fatto richiesta.

Si distingueva invece l'adozione dall'affiliazione per i requisiti richiesti. Presupposto dell'affiliazione era l'affidamento del minore all'affiliante: esso poteva essere disposto dall'istituto di pubblica assistenza nel quale il minore era ricoverato in favore di persona di sua fiducia (art. 404, 1° comma cod. civ.); ma anche da altri (genitore, altro familiare, tutore ecc.: art. 404, 2° comma, cod. civ.). Infatti la legge prevedeva che la domanda di affiliazione potesse essere proposta al giudice tutelare dall'affidatario sia nel caso in cui il minore fosse stato affidato a lui dall'istituto di assistenza, sia nel caso in cui l'affidamento fosse stato effettuato in modo diverso.

26. Si fa evidentemente riferimento all'adozione "ordinaria" rimasta in vigore fino alla L. 184/1983. Cfr. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 167.

27. Cfr. I. Baviera, *Diritto Minorile*, cit., p. 507.

Ma quello che caratterizzava decisamente l'affiliazione era che *condizione indispensabile per proporre la domanda di affiliazione fosse che il bambino rimanesse affidato all'affidatario per almeno tre anni*.

In sostanza, affiliazione e adozione si proponevano come una diversa graduazione di una stessa entità di intervento giudiziario. Veniva in sostanza seguito il percorso proprio del diritto romano, che conosceva formule diverse per realizzare questi istituti: adoptio plena, minus plena, adrogatio, convertio in manum²⁸.

5.4.1. Confronti tra ieri e oggi

L'esposizione svolta a proposito di questo istituto abrogato²⁹ ci consente di cogliere alcuni elementi profondamente diversi della cultura minorile odierna rispetto a quelli di qualche decennio fa.

1. Anzitutto, come si è già accennato, il passaggio dall'affidamento all'affiliazione (che è un'ipotesi molto simile a quella prospettata dalla proposta di riforma dell'adozione mite) veniva intesa allora in modo molto diverso da quello di oggi. Mentre oggi, infatti, il passaggio dall'affidamento all'adozione viene guardato con diffidenza e considerato "un'ambiguità" (intendendo questo termine in senso negativo), ieri era tutto il contrario: l'affidamento non solo doveva prevedere la domanda di affiliazione, ma doveva protrarsi per almeno tre anni, perché si creassero le condizioni per poter procedere all'affiliazione.

Un tale sconvolgimento normativo si deve, in sostanza, alla L. 184/1983 ed alla rigida regolamentazione delle relazioni familiari introdotta da tale legge.

2. La profonda divergenza culturale rilevata si riscontra in modo ancora più evidente se si confronta il disposto dell'art. 404, 2° comma, cod. civ., oggi abrogato e l'attuale art. 9, commi 4 e 5 della L. 184/1983. Mentre in passato il minore poteva essere affidato a chiunque (e da chiunque ne avesse titolo) senza necessità di alcuna verifica e senza alcun intervento del servizio locale e del giudice tutelare (tanto che l'esigenza di una verifica della sua situazione da parte del giudice si poneva solo dopo tre anni di affidamento e sempre che fosse stata presentata domanda di affiliazione); oggi, al contrario, è sancito l'obbligo per chi accolga presso di sé un minore per un periodo superiore a sei mesi di farne segnalazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni, pena l'inidoneità ad ottenere affidamenti familiari o adottivi e l'incapacità all'ufficio tutelare;

28. Cfr. in proposito I. Baviera, *Diritto Minorile*, cit., p. 508 nonché E. Volterra, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1961, pp. 800 e ss.

29. Ciò è avvenuto per effetto dell'art. 77 della L. 184/1983.

mentre, a carico del genitore, l'eventuale ammissione di tale segnalazione può comportare la decadenza dalla potestà sul figlio e l'apertura della procedura di adottabilità.

3. Aggiungo ora che ritengo necessario precisare, a proposito dell'affiliazione, che ho già in altra occasione³⁰ espresso il mio pensiero contrario ad un ritorno di tale istituto. Ritengo tuttavia ora necessario precisare che sussiste l'esigenza di colmare – con modalità certamente diverse dal vecchio istituto dell'affiliazione – un vuoto della tutela del minore che risulta evidente. È agevole infatti riscontrare una significativa analogia tra affiliazione e casi di semiabbandono permanente nei quali gli affidatari non chiedono l'adozione (neppure quella in casi particolari) per evitare di privare i propri figli legittimi dell'eredità.

Si tratta di casi nati come affidamento familiare e divenuti poi affidamenti sine die per l'impossibilità dei minori di rientrare nella famiglia di origine; casi che non divengono di adozione per la ragione detta.

Una forma di adozione, che eviti il diritto dell'adottato all'eredità, creerebbe certamente una ulteriore categoria di adozione di serie B, ma almeno darebbe al minore (che lo chiede decisamente) il cognome dell'affidatario ed una precisa identità.

È questo uno dei risultati che traggo dall'esperienza acquisita nella gestione dell'adozione mite presso il Tribunale per i minorenni di Bari.

Ho infatti potuto constatare che in non pochi casi di affidamento familiare realizzati dai servizi locali e divenuti poi affidamenti sine die, a fronte delle tante situazioni di affidatari, che si dichiarano favorevoli a presentare domanda di adozione mite e poi effettivamente la presentano e la coltivano, ve ne sono altri (in numero modesto) che invece la rifiutano e, a maggior ragione, rifiutano l'adozione legittimante (nel caso raro in cui se ne individuino le condizioni) del minore loro affidato.

Gli affidatari per lo più non spiegano chiaramente in questi casi le ragioni del loro rifiuto all'adozione del bambino loro affidato, limitandosi ad affermare che, all'inizio della loro esperienza, essi si erano impegnati solo per l'affidamento familiare e non per un'adozione e che ancora adesso sono fermi in questa idea, pur assicurando che il minore affidato resterà stabilmente con loro e che gli assicureranno la possibilità di crearsi un futuro dignitoso.

Ma, approfondendo l'analisi di questi casi, il riscontro che si è quasi costantemente avuto è che questi affidatari hanno figli biologici e manifestano una preferenza per loro rispetto al minore affidato, riservando ai primi l'eredità, da cui intendono escludere il ragazzo affidato, al quale peraltro

30. Cfr. F. Occhiogrosso, *L'adozione mite e la nuova prospettiva*, cit., p. 105.

vogliono bene, anche se lo pongono ad un livello inferiore rispetto ai loro figli biologici.

In questi casi il minore è costantemente molto legato agli affidatari e preferisce vivere una tale condizione di figlio di livello inferiore rispetto agli altri piuttosto che essere strappato a tali affetti e inserito in altra famiglia. Né l'intervento dei servizi locali (che per lo più hanno realizzato tale affidamento familiare) risulta in alcun modo utile.

Il minore finisce quindi per rimanere di fatto nel "limbo" di un affidamento familiare sine die. Ed ecco allora che si prospetta concreto lo spazio per una modificazione legislativa che colmi questa carenza.

Si realizzerebbe in sostanza un migliore livello di tutela del minore, che tenga conto della sua condizione: da un lato l'adozione legittimante nei casi di totale abbandono; dall'altro l'adozione mite nella forma dell'art. 44 d) nei casi di semiabbandono; ed infine un ulteriore caso di adozione in casi particolari che consenta l'adozione agli affidamenti sine die nei quali però vi sia l'indisponibilità degli affidatari a procedere all'adozione dell'affidato, ma una loro disponibilità a realizzare in suo favore un rapporto giuridico più attenuato, ma che comunque tale da offrire una condizione giuridica migliore dell'affidamento sine die.

5.5. Il cognome nell'adozione

L'ultimo profilo da prospettare riguarda quello relativo all'attribuzione del cognome al minore adottato. Se questo tema viene qui affrontato con riguardo all'adozione, tuttavia va sottolineato che si tratta ormai di un argomento di carattere generale relativo a qualunque situazione che esiga un intervento.

Si può in generale dire che il cognome ha storicamente svolto una pluralità di funzioni di identificazione del soggetto sia come segno della identità personale, sia come segno della identità familiare, sia come segno della identità sociale.

Questa identificazione peraltro si è realizzata fino ad un recente passato in modo praticamente automatico.

In presenza, cioè, di determinate circostanze la legge sanciva, come conseguenza obbligata, l'assunzione del diverso cognome o del doppio cognome.

È solo negli ultimi anni che la cultura giuridica si sta modificando ponendo importanti limiti ai precedenti automatismi e dando spazio al soggetto interessato, al suo vissuto, alle sue aspettative, alla sua volontà.

In proposito è importante tener conto del principio affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 23 luglio 1996 n. 297, che ha trovato riconoscimento legislativo nell'art. 33 DPR 3/11/2000 n. 396. In base a tale di-

sposizione il figlio maggiorenne legittimato ha il cognome del padre, ma può scegliere entro un anno dal giorno in cui ne viene a conoscenza di mantenere il cognome portato in precedenza, se diverso, ovvero di aggiungere o anteporre ad esso, a sua scelta, quello del genitore che lo ha legittimato. Un principio, questo, che trova conferma per i figli naturali riconosciuti dall'art. 262 cod. civ. e che afferma, in sostanza, la regola per cui il cambiamento del cognome, attuato a seguito di interventi giudiziari, non deve essere inteso solo come astratto e automatico segno del trasferimento giuridico del soggetto da una famiglia all'altra, ma va considerato come la concreta indicazione dell'identità personale del medesimo, sulla base della sua storia, del suo vissuto, della sua volontà. Attuazione esplicita di questo principio è anche nell'art. 95, comma 3°, dello stesso DPR 396/2000, in base al quale l'interessato può richiedere il riconoscimento del diritto al mantenimento del cognome originariamente attribuitogli, se questo costituisce ormai autonomo segno distintivo della sua identità personale.

Tutto ciò conferma la necessità di passare da un'interpretazione formale e rigida ad una più elastica della normativa in tema di cambiamento di cognome e ribadisce il principio che è essenziale, ai fini della indicazione di quello che il soggetto deve assumere quando si verifichi una delle situazioni descritte, l'accertamento diretto a verificare se esso costituisca un effettivo segno distintivo dell'identità personale del soggetto medesimo.

Ora dottrina e giurisprudenza stanno affrontando il problema di riscrivere la disciplina normativa generale del cognome e di esaminare in modo specifico quelle relative all'adozione.

In particolare, la giurisprudenza dei tribunali per i minorenni si è da tempo occupata di questo argomento, superando il dettato normativo dell'art. 299 cod. civ., che si può sintetizzare, ricordando che secondo tale disposizione l'adottato assume il cognome dell'adottante e lo antepone al proprio, mentre l'adottato che sia figlio naturale non riconosciuto dai propri genitori assume solo il cognome dell'adottante ed il figlio naturale che sia stato riconosciuto dai genitori e sia successivamente adottato assume il cognome dell'adottante.

Ora dottrina e giurisprudenza si vanno ponendo il problema di riscrivere la disciplina del cognome e di esaminare il problema non solo per l'adozione semplice, ma anche per quella legittimante. Entriamo più dettagliatamente in merito, richiamando alcune significative pronunce giurisprudenziali.

a) In un caso di adozione ex art. 44 b)³¹ si è pervenuti a derogare al principio generale del doppio cognome e ad attribuire al minore il solo cognome dell'adottante, traendo argomento dalla volontà dell'adottando.

31. Cfr. Tribunale per i minorenni di Cagliari 20/11/2006 in "Famiglia e Minori, Guida al Diritto. Il Sole 24 Ore", marzo 2007, pp. 83 e ss.

Richiamando sia le disposizioni che impongono l'informazione e l'ascolto del minore in ogni vicenda giudiziaria che lo riguarda sia quella relativa alla capacità di discernimento del minore si è affermato, infatti, che alla regola secondo cui il minore riconosciuto dai genitori come figlio naturale e poi adottato con adozione particolare assume il cognome dell'adottante antepoendolo al proprio possa derogarsi, quando il doppio cognome costituisce pregiudizio alla corretta realizzazione del processo identificativo del minore adottato, tenendo conto che la sostituzione non comporta compromissione alcuna di legami con la famiglia di origine.

- b) Varie decisioni in tema di adozione ex art. 44 d), ispirate alla cultura dell'adozione mite, hanno poi più volte ribadito³² l'orientamento giurisprudenziale che punta a trasformare la cultura tradizionale dell'assunzione del cognome da parte dell'adottando, che si limita alla pedissequa applicazione delle regole formali e standardizzate (quelle indicate dalla lettera dell'art. 299 Cod. Civ., richiamato, come si è visto, dalla normativa relativa all'adozione particolare) in altra, personalizzata, che ne prospetta l'assunzione da parte dell'adottando come segno distintivo della sua identità personale.
- c) Questa giurisprudenza conclude affermando che principi di tale importanza in tema di adozione vanno applicati non solo ai maggiorenni come prevede il citato art. 33, ma debba deve estendersi anche ai minorenni, poiché altrimenti si determinerebbe una palese violazione del principio costituzionale dell'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzione di condizioni personali (art. 3 Cost.). Essa va quindi ritenuta applicabile anche ai minorenni. In relazione a questi ultimi, peraltro, tenuto conto della particolare complessità della valutazione (trattasi di un diritto personalissimo) che ha indotto il legislatore nell'art. 33 citato a limitare ai soli maggiorenni la riserva di consenso diretto del soggetto interessato, si afferma che debba trovare applicazione analogica il principio affermato dall'art. 262, 2° comma, cod. civ., per l'attribuzione del cognome paterno al figlio minore in caso di riconoscimento del figlio minore da parte del genitore successivamente alla madre. Tale disposizione prevede che in tal caso debba essere lo stesso Tribunale – chiamato giudizialmente ad intervenire – a decidere circa l'assunzione del cognome nell'esclusivo interesse del minore.
- d) Anche la dottrina³³ richiama varie decisioni della Cassazione che affermano il principio che anche per il minorenne l'identità personale, ben

32. Così Tribunale per i minorenni di Bari 11/6/2008 n. 42/08 ed altre analoghe.

33. L. Lenti, *L'Adozione: è ora di cambiamenti?*, cit., pp. 140 e ss.

prima che familiare, è rappresentata dal cognome che questi ha portato prima della modifica del suo status e che il giudice ne deve tener conto quando prende la decisione nell'interesse del minore.

- e) La dottrina, come si è accennato, pone anche il problema se un simile principio non possa essere applicato anche all'adozione legittimante, richiamando il caso di un minore adottato quando è già grandicello ed ha mantenuto rapporti con la famiglia di origine.

Io credo che l'evoluzione culturale a cui si è appena accennato debba comportare che i principi affermati vadano – in linea con gli orientamenti dell'adozione mite – applicati anche all'adozione legittimante e che un tale risultato potrebbe essere sin da ora conseguito dalla giurisprudenza minorile, in attesa di riforme normative.

3. La cultura mite nelle relazioni internazionali

1. Soggiorni solidaristici, affidamenti familiari internazionali, adozioni semplici internazionali

Non esiste nella L. 184/1983 alcun riferimento all'affidamento familiare internazionale né all'adozione semplice internazionale e neppure ai soggiorni solidaristici. E tuttavia come si detto in precedenza, l'ordinanza 347/2005 della Corte Costituzionale, interpretando tale legge in modo da aprire le porte all'adozione semplice internazionale, ha proposto in modo implicito, ma inequivocabile, la necessità che venga introdotta una disciplina per questi istituti. Infatti, condizione indispensabile perché l'adozione internazionale possa essere pronunciata ai sensi dell'art. 44 d) è l'esistenza di un legame affettivo molto solido tra adottante e minore adottando, legame riscontrato in vari casi di minori stranieri ospitati in soggiorni climatici in Italia e preso in considerazione ai fini di alcune sue pronunce dalla Corte Costituzionale. In tal modo quindi ha assunto rilievo giuridico, sia pure indirettamente, la disciplina dei soggiorni climatici temporanei. Ma il discorso potrebbe risultare simile anche con riferimento all'affidamento familiare internazionale.

Scaturisce quindi di qui l'esigenza di una riflessione più ampia in ordine ai tre istituti detti; ma sin da ora si possono fare queste considerazioni: A) pur essendo quelli dei soggiorni brevi dei minori stranieri in Italia, dell'affidamento familiare internazionale e dell'adozione mite (o non legittimante) internazionale, temi distinti e autonomi l'uno rispetto all'altro, tuttavia non c'è dubbio che tra essi vi sia sotto vari profili una rilevante interconnessione, risultando in vari casi che il soggiorno breve di un minore in Italia, ripetuto tante volte presso la stessa famiglia finisce per assumere di fatto il contenuto di un affidamento familiare internazionale, presupposto come visto per l'adozione particolare internazionale; B) che le prospettive emergenti di più ampia tutela dei minori stranieri – che non essendo in si-

tuazione di abbandono, ma per lo più in semiabbandono oppure non potendo usufruire, per scelta giuridico-religiosa del proprio Paese, dell'adozione internazionale legittimante, ma solo della Kafala, rischiano di essere meno tutelati degli altri – rendono necessaria l'introduzione in Italia di una disciplina normativa che completi nel senso suindicato la tutela dei bambini stranieri, anche in attuazione dell'art. 20 della Convenzione Onu del 20/11/1989, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla L. 176/1991, la quale sancisce che: “ogni fanciullo, il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure che non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato”.

Gli Stati parti prevedono per questo fanciullo una protezione sostitutiva in conformità con la loro legislazione nazionale.

Tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo dell'affidamento familiare, della Kafala di diritto islamico, dell'adozione o, in caso di necessità, del collocamento in adeguati istituti per l'infanzia. Nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica.

2. I soggiorni solidaristici

Questa materia, se è trascurata dalla L. 184/1983, è invece disciplinata altrove.

Ciò avviene nell'ambito del D.Lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), che all'art. 33 istituisce il Comitato per i minori stranieri proprio “al fine di vigilare sulle modalità di soggiorno dei minori stranieri temporaneamente ammessi sul territorio dello Stato e di coordinare le attività delle amministrazioni interessate” e nel Regolamento concernente i compiti del Comitato suddetto (DPCN 9 dicembre 1999 n. 535), che gli attribuisce tra gli altri anche il compito di deliberare “ai sensi dell'art. 8, previa adeguata valutazione, secondo criteri predeterminati, in ordine alle richieste provenienti da enti, associazioni o famiglie italiane, per l'ingresso di minori accolti nell'ambito di programmi solidaristici di accoglienza temporanea, nonché per l'affidamento temporaneo o per il rimpatrio dei medesimi”.

In concreto, l'ingresso e il soggiorno, disciplinati dagli art. 8 e 9 di detto Regolamento, pur essendo consentiti sia a singole famiglie che ad enti ed associazioni, sono, nella stragrande maggioranza dei casi, funzionali alla realizzazioni di programmi solidaristici di accoglienza di enti ed associa-

zioni per una durata limitata (90 giorni estensibili fino al massimo di 150 giorni nell'anno solare).

È vero che la normativa parla non solo di accoglienza temporanea, ma anche di affidamento temporaneo, ma il significato di questo riferimento è rimasto in ombra, non essendo chiaro se sia un sinonimo del termine accoglienza o se sia un riferimento, sia pure generico, all'affidamento familiare internazionale.

Entrando più dettagliatamente nel discorso, va detto che si tratta di una forma di solidarietà realizzata in vari Paesi dell'Unione Europea e particolarmente sviluppata nel nostro, indice di grande disponibilità umana e contributo significativo per creare legami di amicizia tra i popoli e procurare indubbi vantaggi alla salute dei bambini che ne usufruiscono. Ma insieme a questi vantaggi va segnalato il rischio di preoccupanti inconvenienti¹.

2.1. *Gli inconvenienti riscontrati*

In relazione a ciò, va sottolineato il vizio che questo fenomeno ha presentato sin dall'origine, in quanto il tema di soggiorni brevi ha coinciso con quello dei c.d. bambini di Chernobyl ed ha comportato che le iniziative si realizzassero solo con alcuni Paesi dell'Est europeo, mentre ne sono rimasti di fatto fuori bambini di altri Stati, quali quelli dell'Africa e quelli di tutti i Paesi sconvolti dalla guerra (a cominciare dal Kosovo per passare poi al Medio Oriente, all'Afganistan, all'Iraq), che avrebbero tuttora diritto, non meno degli altri, a soggiorni climatici, ma non ne usufruiscono. Inoltre le modalità di realizzazione di questi soggiorni sono tali da realizzare una pesante interferenza con il sistema dell'adozione legittimante realizzata in attuazione della Convenzione dell'Aja e ciò comporta il rischio di uno svuotamento dei principi di tutela dei diritti dei bambini.

a) Accenniamo rapidamente a quest'ultimo punto per segnalare quali siano i correttivi che sarebbero necessari per eliminare i profili patologici.

È bene ricordare che l'iniziativa dei soggiorni climatici di carattere umanitario è nata nei primi anni '90 proprio per i minori residenti nell'area colpita dal disastro prodotto dalla centrale atomica di Chernobyl e si prefiggeva di contribuire ad attenuare i danni vissuti dalle popolazioni dell'area suddetta, consentendo ai bambini di quel martoriato territorio di trascorrere alcuni mesi dell'anno in Italia per usufruire del clima mediterraneo che potesse agevolare il loro recupero. Questa forma di soli-

1. È quanto viene di recente segnalato dall'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per le famiglie in un documento del 3/5/2004.

darietà internazionale, cominciata con i bambini della Bielorussia, si è poi venuta allargando non solo ai bambini provenienti dall'area di Chernobyl, ma anche ad altri Paesi dell'Est e la prospettiva umanitaria su cui essa si fonda non è più solo quella relativa alla tutela della salute, ma anche quella di consentire il miglioramento delle condizioni generali dei bambini ammessi.

Oggi sono circa quarantamila i ragazzi che vivono questa esperienza in Italia.

Nel 1998 sono state concesse autorizzazioni all'ingresso in Italia a 28.907 minori della Bielorussia, a 8.011 dell'Ucraina, a 1.514 della Russia, a 1.232 della Bosnia, a 400 della Croazia, a 382 della Romania e ad altri 300 circa provenienti da altri Paesi. Nel 2002 essi – secondo quanto riferito dal Presidente del Comitato minori stranieri nel corso dell'audizione resa l'11 giugno 2003 alla Commissione Bicamerale per l'infanzia – risultano essere stati complessivamente 30.400, di cui solo 487 richiesti da famiglie e gli altri invece da organizzazioni.

- b) Malgrado le ottime intenzioni di tutti coloro che sono coinvolti in questa iniziativa, su di essa sono stati espressi seri dubbi, che sono così sintetizzabili: 1) la gran parte dei bambini ospitati sono istituzionalizzati e portatori di carenze affettive profonde. Ed è certo che per un bambino che vive in istituto nel suo Paese, il tornarvi dopo aver vissuto in Italia in un buon clima familiare non potrà non produrre reazioni (dalla passività al ribellismo) assolutamente negative per lui; 2) il ripetuto pendolarismo gli impedirà inoltre di mettere le radici indispensabili per crescere; 3) non sono inoltre noti i criteri, secondo cui vengono scelti i ragazzi che vivono questa esperienza; non c'è dubbio tuttavia che tanti altri vengono scartati e vivono profonde delusioni sia nel veder partire i loro compagni, che nel vederli tornare carichi di doni e di aspettative affettive (gli affidatari spesso continuano a telefonare loro e vanno a trovarli); tutto ciò non può non produrre gravi danni anche a chi rimane; 4) se questi bambini vivono abbandonati in istituto, perché non vengono dati in adozione? Se non sono abbandonati, perché non vengono accompagnati in Italia da un genitore o parente, che li aiuti a vivere meglio tale esperienza? 5) Non si comprende bene, infine, con quali criteri vengano scelte le famiglie dell'accoglienza: essi dovrebbero essere rigorosi e comportare la preferenza per le famiglie preparate ad un compito difficile. Le famiglie, invece, tendono talora a passare dall'affidamento all'adozione del bambino accolto, pur non essendovi stato per loro alcun accertamento sulla sussistenza di requisiti di idoneità che la legge italiana prescrive. Ed allora questa forma di accoglienza, anche grazie alla reiterata ospitalità presso le stesse famiglie, crea legami che non possono trovare soluzioni giuridiche, se non aggirando i principi della legge

italiana sull'adozione. 6) Infatti, il rischio evidente di questo rilevante fenomeno (quando si consideri che nel 1998 le domande di adozione in Italia sono state complessivamente 16.410, ci si rende conto che i 40.000 bambini, che giungono in Italia in tal modo, sono numericamente più del doppio del "fabbisogno" di adozioni italiane) è che esso costituisca un meccanismo parallelo non solo per ripristinare una nuova forma di adozione "fai da te", che è stata abolita dalla legge 476/1998, ma per andare oltre e aggirare, scardinandoli, i fondamenti della Convenzione dell'Aja per le seguenti ragioni. E il rischio di aggiramento della Convenzione dell'Aja si realizza non raramente nel capovolgere le logiche della Convenzione stessa nel senso cioè che non vi è prima l'adottabilità e poi l'abbinamento, come la Convenzione dell'Aja prevede, ma il contrario e cioè prima l'incontro con la nuova famiglia e quindi una specie di abbinamento di fatto e poi la dichiarazione di adottabilità. 7) Un ultimo profilo da segnalare è poi costituito dal fatto che questo nuovo "fai da te" avviene addirittura in Italia: mentre la precedente adozione internazionale portava gli adottanti a cercare di "procurarsi" un bambino tramite missionari, conoscenze varie, avvocati locali, ecc., oggi si va oltre: il bambino arriva direttamente a casa della famiglia, che lo "sperimenta" per un trimestre e, se non gradisce la "scelta", respedisce il bambino al mittente, chiedendone uno diverso per il trimestre successivo. Si giunge quindi ad un livello più alto del "fai da te" precedente, alla totale negazione nei fatti dei principi fondamentali di tutela dei bambini. È avvenuto così che due fratelli, che vivevano in Bielorussia nello stesso istituto, sono stati separati e affidati a due diverse famiglie italiane, che li hanno poi adottati; in un altro caso una bambina, dopo aver soggiornato per più anni presso una stessa famiglia, è stata data in adozione ad un'altra. Non c'è dubbio che, intervenendo meglio, essi avrebbero potuto essere adottati da una stessa famiglia e continuare a vivere insieme.

c) Vi è anche da aggiungere, per la verità, che vi sono delle eccezioni positive. Bambini portatori di handicap, che difficilmente avrebbero trovato una famiglia disposta ad adottarli, lo sono stati invece dopo aver vissuto per qualche stagione l'esperienza di affidamento come bambino di Chernobyl. Lo stesso discorso vale per un intero nucleo familiare di 5 fratelli (e sorelle) che due famiglie italiane hanno adottato, instaurando poi tra loro ottimi rapporti e incontrandosi (e facendo incontrare i fratelli) in occasione delle festività. Ma si tratta di casi limite.

E bisogna aggiungere infine che le prime esperienze di adozione mite nazionale sono state rese più difficili dalla "concorrenza" costituita per i bambini italiani in semiabbandono dai bambini stranieri che giungono in Italia in attuazione dei programmi di soggiorno climatici: le coppie che

li accolgono preferiscono nettamente questi ultimi rispetto ai bambini italiani dell'adozione mite italiana perché in quest'ultima devono fare i conti con la famiglia di origine dei bambini e accettare gli incontri, le telefonate e così via, mentre per i bambini di Chernobyl la famiglia (se esiste) è a distanza di migliaia di chilometri e non crea problema alcuno. E così avviene che bambini accolti in vista di procedere all'adozione mite vengono poi rifiutati al momento dell'atteso arrivo del bambino che giunge in soggiorno climatico.

2.2. La necessità di rafforzare la funzione solidaristica dei soggiorni

È necessario ora, alla luce delle osservazioni svolte, individuare gli interventi normativi utili per rafforzare la funzione solidaristica dei soggiorni climatici ed eliminare quei profili patologici che possono comportare il rischio di sostanziale aggiramento della Convenzione dell'Aja. Essi possono essere così riassunti.

- a) È necessario prevedere che i bambini che usufruiscono di soggiorni climatici siano individuati tra coloro che hanno un solido rapporto familiare nel loro Paese e non siano né dichiarati adottabili né ospiti di istituti assistenziali e, in quanto tali, almeno in situazione di semiabbandono. Tutto ciò non certo allo scopo di determinare una discriminazione in danno dei bambini istituzionalizzati ma, al contrario, perché è evidente che lo strumento del soggiorno climatico è inadeguato a rispondere ai bisogni di questi bambini, per i quali invece molto più efficace potrà risultare l'affidamento familiare internazionale, se si tratta di bambini privi temporaneamente della famiglia, o l'adozione internazionale mite, se si tratta di bambini in semiabbandono familiare, e quindi permanentemente privi della loro famiglia, pur avendo con la stessa rapporti che vanno mantenuti, ovvero l'adozione internazionale legittimante, se sono bambini adottabili. Nel caso in cui risulti difficile l'adozione di bambini stranieri adottabili per la loro età o per altre ragioni, potranno essere eventualmente individuate soluzioni specifiche a cui si potrà accennare in seguito.
- b) Va attribuito al Comitato minori stranieri un ruolo promozionale rispetto alle associazioni ed alle famiglie allo scopo di favorire la realizzazione di programmi solidaristici con Paesi diversi da quelli dell'Est europeo (che già ne usufruiscono) allo scopo di permettere dei soggiorni di vacanze anche a bambini provenienti dall'Africa e da Paesi coinvolti in guerre, che finora non ne hanno usufruito.
- c) Occorre poi prevedere forme solidaristiche diverse dal soggiorno climatico per minori adolescenti dai 15 anni fino alla maggiore età, da realizzarsi tramite associazioni con soggiorni continuativi in Italia per un

- triennio e in ogni caso non oltre il raggiungimento della maggiore età, allo scopo di realizzare programmi di studio e/o di formazione-lavoro.
- d) Infine sarà opportuno istituire presso lo stesso Comitato un albo delle associazioni interessate a realizzare tali programmi, con l'impegno di ciascuna di esse ad assumere iniziative di soggiorni per bambini di altri Paesi e a trasmettere una relazione annuale con l'indicazione delle attività svolte nell'anno e delle iniziative assunte per adempiere all'impegno preso. Una tale iniziativa, mentre non incide in alcun modo sulla "spontaneità" delle associazioni interessate al tema, vale invece a responsabilizzare ed a favorire una loro più ampia e corretta visione progettuale.

3. L'affidamento familiare internazionale

Quanto all'affidamento familiare internazionale, che oggi non è disciplinato dalla legge italiana, non va trascurato tuttavia il dato di fatto noto che spesso il minore straniero arriva in Italia con atti amministrativi o notarili di affidamento (affidavit) o di Kafala redatti da parte dei genitori e che indicano quali affidatari del minore parenti o amici di famiglia della stessa nazionalità. Questi atti oggi non sono riconosciuti né riconoscibili in Italia come affidamento familiare, ma attestano comunque il consenso dei genitori ad un affidamento familiare mirato a una specifica persona.

Accanto a queste molte altre situazioni possono rientrare nell'affidamento familiare di un bambino in altro Paese².

Essi sono il segno più evidente dell'esigenza di una disciplina dell'affidamento familiare internazionale, relativo cioè a minori stranieri che vivono fuori dall'Italia e che vengono affidati a cittadini stranieri residenti in Italia, oppure anche a cittadini italiani. Ed il discorso vale anche per i minori italiani che vengono affidati a famiglie italiane o straniere residenti all'estero.

2. P.C. Pazè in *Affidamento familiare internazionale e soggiorni solidaristici*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, 3/2007, pp. 109 e ss. fa un elenco puntuale delle situazioni diverse che possono rientrare nell'affidamento temporaneo di un bambino ad una famiglia che vive in un altro Stato: genitori della borghesia che nelle vacanze mandano il figlio all'estero, o dall'estero in Italia, presso un'altra famiglia per imparare la lingua, con forme di scambio di ospitalità o no; persone che lavorando o svolgendo volontariato all'estero accolgono dei bambini bisognosi e chiedono al loro ritorno in Italia di portarli con sé; coppie di nazionalità "mista" che vorrebbero far venire presso di loro in Italia dei nipoti stranieri per aiutarli a crescere in un ambiente più ricco e stimolante; genitori del Maghreb che con il regime giuridico della Kafala affidano il figlio ad un'altra famiglia della stessa nazionalità e religione perché lo tenga e cresca in Italia; bambini di paesi in guerra o che muoiono di fame che famiglie italiane vorrebbero ospitare; bambini che arrivano in famiglie italiane per soggiorni solidaristici, con scopi sanitari.

È noto, peraltro, che una parte del mondo, quella araba che pratica la religione musulmana, non accetta l'adozione (e tantomeno l'adozione internazionale), ma, come si è detto in precedenza, conosce solo la Kafala, che è una forma di tutela di minori simile all'affidamento familiare, e non interrompe i rapporti con la famiglia di origine. Non c'è dubbio, quindi, che esista la necessità di colmare il vuoto normativo esistente in Italia in materia di affidamento familiare internazionale.

Queste considerazioni non lasciano dubbi sul fatto che la forma di tutela per i bambini stranieri residenti all'estero, che siano temporaneamente o definitivamente privati del loro ambiente familiare oppure che non possano essere lasciati in tale ambiente nel loro interesse, non può essere – neppure solo parzialmente – il soggiorno breve di carattere solidaristico, ma deve essere una di quelle indicate dall'art. 20 della Convenzione Onu sui diritti dei bambini: l'affidamento familiare (per i casi di privazione temporanea) e l'adozione (per i casi di privazione definitiva), oltre alla Kafala di diritto islamico.

È utile anzi soffermarsi sull'ultima parte della disposizione citata, la quale afferma, come si è detto, che “nell'effettuare una selezione tra queste soluzioni, si terrà conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica”.

Da questa norma si traggono due argomenti importanti ai fini del nostro discorso: 1) il primo è il rifiuto definitivo per interventi come quelli secondo cui sono attualmente realizzati i soggiorni solidaristici che, prevedendo per i bambini che ne usufruiscono l'alternarsi continuo di periodi che trascorrono in famiglia in Italia (durante l'estate e in occasione delle vacanze natalizie) ad altri nei quali vivono nel paese d'origine (spesso in istituto assistenziale), comportano inevitabilmente una rilevante discontinuità nell'educazione dei medesimi: se ciò è espressamente previsto dal massimo documento internazionale preposto alla tutela dei fanciulli, qual è la

Sul tema cfr. anche C. Honorati, art. 42 in “Riv. dir. int. priv. proc.”, 1995, p. 1119; J.S. Long, “Adozione “*extraconvenzionale*” di minori provenienti da Paesi islamici”, in “Nuova Giurisprudenza civile commentata”, 2004, I, p. 158; A. Vanzan, L. Miazzi *Kafala e protezione del minore in Italia*, in “Diritto, immigrazione e cittadinanza”, FrancoAngeli, Milano, 2004, 2, p. 75.

Sul tema sono state proposte nella precedente legislatura alcune proposte legislative: proposta di legge Froner e altri C. 1796, “Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184 in materia di affidamento familiare internazionale” presentata il 10 ottobre 2006; proposta di legge Prestigiacomio e altri C. 911, “Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione e affidamento internazionale”, presentata il 25 maggio 2006; disegno di legge Burani Procaccini S. 190, “Introduzione dell'istituto dell'affidamento familiare internazionale e disposizioni in materia di organizzazione e funzioni della Commissione per le adozioni internazionali”, presentato il 4 maggio 2006.

Convenzione Onu citata, non devono esservi dubbi sulla bontà delle proposte avanzate in questo lavoro in tema di soggiorni climatici. 2) Il secondo argomento è che le forme di protezione sostitutiva previste dalla Convenzione non attengono solo al diritto interno di ciascuno Stato, ma riguardano anche quello internazionale: il richiamo fatto dalla disposizione citata al rispetto dell'“origine etnica, religiosa, culturale e linguistica” è infatti rilevante non solo e non tanto nell'ambito dell'affidamento familiare nazionale e nell'adozione nazionale, ma soprattutto nell'affidamento familiare internazionale e nell'adozione internazionale. E ciò vuol dire che deriva dal massimo documento internazionale preposto alla tutela dei minori il rilievo che i bambini stranieri residenti all'estero debbano essere tutelati non solo con l'adozione internazionale, cosa che già avviene, ma anche con l'affidamento familiare internazionale, dovendo trovare anche qui applicazione (come nell'adozione internazionale) il principio di sussidiarietà in base al quale l'affidamento familiare internazionale deve essere realizzato solo quando non sia possibile effettuare un affidamento familiare nazionale. Va poi aggiunto che l'affidamento familiare internazionale potrà essere una risposta effettiva ai molti bambini stranieri che per tante ragioni non usufruiscono dell'adozione, a cominciare da quelli dei Paesi in cui si applica il diritto islamico. Potrebbe forse essere questo anche il primo passo verso la costruzione di un modello plurimo di adozione che accolga anche la Kafala.

3.1. Affidamento omoculturale e affidamento a famiglia italiana

Entrando più puntualmente nel discorso è utile fornire una definizione di tale affidamento e segnalare gli ambiti di sua più ricorrente applicazione.

a) L'affidamento familiare internazionale comprende i casi di famiglie che, risiedendo in Italia, accolgono per un periodo temporaneo un bambino straniero la cui famiglia vive all'estero, senza che si instaurino rapporti civili stabili, ma con la realizzazione di rapporti giuridici transitori di tipo genitoriale.

In questo concetto rientrano due situazioni diverse: l'affidamento omoculturale e quello a famiglia italiana.

b) L'affidamento omoculturale è quello del bambino straniero affidato dall'autorità o dai suoi genitori ad altra famiglia dello stesso Paese. In tal caso si ritiene che, se c'è un provvedimento straniero di affidamento, esso debba essere riconosciuto automaticamente in Italia; mentre se si tratta di affidamento di fatto senza alcun provvedimento o senza alcun atto che renda riconoscibile il consenso dei genitori all'affidamento deve intervenire un procedimento italiano di tutela o di affidamento familiare.

c) L'affidamento familiare internazionale a famiglia italiana deve essere realizzato nell'interesse del minore, evitando il rischio che sia effettuato al fine di aggirare le norme sull'adozione o che comunque non tuteli adeguatamente il bambino.

La dottrina ha individuato alcuni casi di più agevole prospettazione che ha definito affidamenti familiari internazionali in casi particolari³: affidamenti endofamiliari, per motivi di studio, per ragioni di cura ecc.

Ma in ogni caso l'orientamento prevalente è quello per cui tali affidamenti devono essere realizzati sulla base di accordi internazionali ed in conformità con il loro contenuto.

3.2. *Un programma normativo per l'affidamento familiare internazionale*

Ed è proprio con riguardo all'ultima situazione descritta che nasce l'esigenza di completare il sistema italiano di protezione sostitutiva per i minori con difficoltà familiari rilevanti, introducendo nel nostro ordinamento giuridico l'istituto dell'affidamento familiare internazionale.

Nel realizzare un tale programma – è bene tornare a ribadirlo –, bisogna tener sempre presente che condizione essenziale per creare un tale istituto è quella che il fine di protezione sostitutiva per i minori deve essere conciliato e andare di pari passo con quello di assicurare che, anche in questa sede, i minori usufruiscano delle garanzie previste dalla Convenzione dell'Aja 29 maggio 1993 che, affermate in tema di adozione internazionale, non possono non trovare applicazione anche nell'affidamento familiare internazionale. In particolare si intende fare qui riferimento ai principi dell'art. 1 della suddetta Convenzione dell'Aja, che si propongono: a) di fissare delle garanzie affinché le adozioni internazionali si facciano nell'interesse superiore del minore e nel rispetto dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti nel diritto internazionale; b) di instaurare un sistema di cooperazione tra gli Stati contraenti, al fine di assicurare il rispetto di queste garanzie e quindi di prevenire la sottrazione, la vendita e la tratta dei minori.

Pertanto, per costruire una tale ipotesi normativa, è necessario tener conto della disciplina prevista dalla L. 184/1983 per l'affidamento familiare nazionale e di quella che la stessa legge prospetta per l'adozione internazionale⁴,

3. Cfr. P. C. Pazè, *op. cit.*, p. 113.

4. Merita di essere richiamato il pensiero espresso in proposito da P.C. Pazè, *op. cit.*, p. 116: "L'affidamento familiare interno è un fatto sociale (e solo accessoriamente – quando manchi il consenso dei genitori – un fatto giudiziario); e anche l'affidamento familiare in-

adattandole alla proposta, articolata nel seguente sistema ipotizzabile, che tende:

- a) a prevedere la conclusione di accordi bilaterali tra l'Italia e ciascuno dei Paesi d'origine dei bambini che usufruiranno dell'affidamento familiare internazionale. Tali accordi devono contenere la previsione: a) di condizioni generali per gli affidamenti familiari internazionali ovviamente diverse nei contenuti rispetto a quelle previste per l'adozione internazionale dalla Convenzione dell'Aja (artt. 4 e 5) ma individuate secondo un tale modello; b) di un sistema organizzativo, che – pur nella diversità ontologica tra affidamento e adozione – sia simile a quello ipotizzato dalla stessa Convenzione per l'adozione e cioè con un'Autorità Centrale incaricata di soddisfare agli obblighi che le sono imposti dall'accordo e la previsione di organismi autorizzati ad attivare la procedura per l'affidamento familiare (capitolo terzo della Convenzione citata: artt. 6-13); c) di una procedura specifica dell'affidamento familiare internazionale (del tipo di quello di cui al capitolo quarto: artt. 14-22 della Convenzione dell'Aja);
- b) lo stesso sistema dovrà anche prevedere le condizioni perché si possa procedere all'affidamento familiare internazionale anche per minori provenienti da Paesi con i quali l'Italia non abbia concluso accordi bilaterali sull'esempio di quanto in tema di adozione internazionale è previsto dall'art. 36, 2° comma, L. 184/1983;
- c) è necessario infine sottolineare la necessità di fare riferimento anche in questo nuovo istituto agli organismi (o enti) autorizzati. Si è molto messo in discussione il ruolo di tali enti e spesso si è accennato al loro strapotere in rapporto agli aspiranti adottanti. Ma bisogna sempre tener presente che la presenza di tali enti costituisce una solida garanzia contro il mercato dei bambini, oltre ad essere il modo più funzionale e certo per adempiere alle procedure dell'affidamento (ad esempio, in caso di rientro nel Paese d'origine del minore quando l'affidamento familiare fallisce). Pertanto i problemi lamentati in rapporto alle attuali attività degli enti vanno eliminati apportando i necessari correttivi alle prassi eventualmente considerate scorrette.

ternazionale deve essere tracciato come un fatto sociale, dove il livello giudiziario entra in gioco solo se c'è una tutela”.

4. L'adozione internazionale non legittimante

Come si è detto in precedenza, l'adozione internazionale semplice o in casi particolari, che per molti anni non è stata consentita dalla giurisprudenza minorile sulla base della legislazione vigente è stata invece ritenuta possibile dalla Corte Costituzionale, la quale nella ordinanza 347/2005 ha offerto un'interpretazione diversa da quella che fino a quel momento i tribunali per i minorenni ne avevano dato e che la rende pienamente valida ed applicabile sin da ora nel nostro ordinamento.

Peraltro ove si ritenesse necessaria una più esplicita articolazione normativa, sarebbe opportuno tener conto delle considerazioni che vengono ora esposte, ponendo a confronto i contenuti della Convenzione dell'Aja del 1993 con quelli della legge di ratifica in Italia della medesima, cioè della L. 476/1998, assorbita poi dalla legge 184/1983 sull'adozione.

Esaminando le disposizioni della Convenzione suddetta, è agevole rilevare che l'art. 26, comma 1 lett. c) della Convenzione prevede che il riconoscimento dell'adozione comporta, oltre ad altri, quello "della rottura del legame preesistente di filiazione tra il minore, sua madre e suo padre, *solo* se l'adozione produce questo effetto nello Stato contraente in cui ha avuto luogo". Se ne deve quindi desumere che la Convenzione ritiene ben possibili sia l'adozione non legittimante che quella legittimante e che l'eventuale preclusione per quella non legittimante deriva solo dal fatto che un tale effetto è stato per lungo tempo non attuabile in Italia.

Ed il fatto che la Convenzione non precluda la possibilità di procedere ad adozione non legittimante si desume indirettamente anche dall'art. 27 della Convenzione, che consente la conversione dell'adozione non legittimante pronunciata nello Stato d'origine in quella legittimante (che interrompe il preesistente legame di filiazione) nel Paese di accoglienza, solo se l'ordinamento giuridico dello Stato di accoglienza lo consente e se sono stati prestati i consensi sia dalle persone che dalle istituzioni e autorità competenti oltre che dal minore adottando. E ciò vuol dire che, se tali consensi non vi sono, l'adozione pronunciata resta non legittimante anche nel Paese di accoglienza e non comporta l'interruzione del rapporto di filiazione preesistente.

Occorre peraltro dare atto che vi è un rilevante orientamento culturale che ritiene preferibile pensare ad un unico modello di adozione internazionale, quella legittimante.

Ma la mia preferenza verso una pluralità di modelli di adozione anche a livello internazionale deriva sia dal fatto che, come sopra rilevato, esistono già nell'attuale normativa sia l'adozione legittimante che quella non legittimante sia dal fatto che la previsione di una pluralità di modelli di adozione costituisce (a livello internazionale come a quello nazionale) il mezzo per

offrire al minore in abbandono o semiabbandono più ampi spazi di tutela: non a caso, come si è visto trattando dell'adozione aperta, vari Paesi accolgono più forme di adozione.

In conclusione il quadro normativo che si desume da questi rilievi è che, secondo i principi della Convenzione dell'Aja, nel diritto internazionale il superiore interesse del minore si realizza sia con l'adozione legittimante che con quella non legittimante del minore. Per tradurre questa disciplina nel nostro ordinamento, basterebbe quindi eliminare gli equivoci che per lungo tempo sono stati causati dalle disposizioni degli art. 32, comma 2 lett. b) e 36, comma 2, lett. a) che vietano l'ingresso in Italia del minore adottato all'estero e le dichiarazioni di efficacia in Italia dell'adozione internazionale pronunciata all'estero quando l'adozione suddetta non determini per l'adottato l'acquisizione dello stato di figlio legittimo.

4. Una proposta per il futuro: coniugare mitezza giurisdizionale e mediazione

1. La prospettazione di un nuovo disegno normativo delle relazioni familiari

A questo punto è necessario tirare le fila del discorso complessivo svolto e sottolineare che, partendo dalla cultura di fondo che ha ispirato l'adozione mite, occorre proporsi anzitutto di modificare il disegno normativo delle relazioni familiari introdotto dalla L. 184/1983, stemperandone gli effetti più rigidi in favore della costante ricerca della tutela reale del minore ed eliminando ogni presunzione di pregiudizio derivante da una formale disciplina di tali relazioni, eccessivamente preoccupata di contrastare il mercato dei bambini, anche a rischio di procurare loro qualche danno. Si propone inoltre di attuare delle procedure che non assicurino solo il rispetto pieno delle garanzie formali dei diritti del minore e della sua famiglia, ma che soprattutto instaurino un rapporto quanto più possibile aperto al dialogo tra tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, per realizzare soluzioni consensuali in vista di decisioni condivise.

L'adozione mite è in sostanza un percorso culturale, uno spicchio di quel movimento di pensiero che parte dall'idea del diritto mite di Gustavo Zagrebelsky per promuovere con decisione l'attuazione della giustizia mite; per realizzare un quadro generale di mitezza normativa e giurisdizionale nel diritto in generale ed, in particolare, nell'ambito dell'intero diritto familiare e minorile.

In proposito merita di essere sottolineata la suggestione importante che su questo tema proviene dagli studi in materia di mediazione. Intendo, in particolare, accennare alle risultanze del convegno europeo svoltosi nell'Aula magna della Corte di Cassazione il 18/3/2006 per iniziativa del Gemme (Gruppo Europeo dei Magistrati per la Mediazione). Sentire in quella occasione il presidente della Commissione Giustizia della Camera dire che l'Italia dovrà al più presto rispettare gli impegni assunti in sede

europea in materia di mediazione e che ciò – quanto al penale – comporterà l'ampliamento dell'area dei reati punibili a querela; con la possibilità d'invio dei soggetti coinvolti ai servizi di mediazione e la previsione di estinzione di alcuni reati per effetto dell'espletamento di attività riparatorie da parte dell'imputato (come già è previsto in tema di competenza penale del giudice di pace), significa porsi nell'ottica della cultura della mediazione e della mitezza normativa. Rendersi peraltro conto che in Italia vi sono già uffici giudiziari (come il Tribunale di Genova ma anche di altri) che stanno tentando di trasformare la tradizionale udienza presidenziale del giudizio di separazione coniugale in un serio impegno, protratto talora per varie udienze, allo scopo di reperire soluzioni condivise dalle parti anche con invii concordati a servizi per la mediazione, conferma la stessa considerazione precedente, che cioè la cultura della mediazione e quella diretta a realizzare una giustizia mite procedono di pari passo anche oltre le carenze legislative in materia.

In questa prospettiva di mitezza normativa, di ricerca delle soluzioni consensuali, si pone senza dubbio – al di là dei seri problemi di attuazione che incontrerà – anche la riforma sull'affidamento condiviso, come già detto.

Si pone anche l'art. 73, 5 comma bis, della legge sulla droga (introdotto con la L. n. 49/2006), che prevede una forma particolare di messa alla prova per gli imputati adulti con la possibile loro condanna all'espletamento di attività di pubblica utilità in sostituzione delle pene detentive. Nello stesso senso si pongono le autorevoli pronunce giurisprudenziali della Corte Costituzionale (ordinanza 347/2005), che come si è detto, ha aperto ai singoli le porte per l'adozione internazionale particolare (art. 44 d) L. 184/1983).

Ed è in questo quadro di mitezza – che è qui giurisdizionale, non più solo normativa – che si colloca l'adozione mite, che non nasce a caso, ma rientra nella cultura generale sopra descritta, tendente alla ricerca di soluzioni il più possibile condivise. Una mitezza giurisprudenziale che non potrà non andare oltre l'adozione, per diventare sempre più un modo generale di essere della giurisdizione a tutela dei minori e di quella dei tribunali per i minorenni in particolare.

2. Il percorso per la sua realizzazione

La mia idea è che il percorso più adeguato per rendere più rapido il percorso diretto a porre la cultura del diritto e della giurisdizione mite a fondamento del nostro ordinamento giuridico sia quello di prendere atto della grande affinità dei principi dell'adozione mite e di quelli della mediazione

e puntare alla piena realizzazione in Italia della mediazione allo scopo di ottenere anche il risultato dell'affermazione piena della giurisdizione mite nel nostro diritto.

È opportuno quindi accennare a tali principi per passare poi ad analizzare i punti sui quali occorre premere perché la mediazione venga pienamente riconosciuta in Italia.

2.1. *I principi comuni*

L'affinità dei principi dei due istituti è agevolmente desumibile dal confronto tra loro. Per la mediazione, i concetti principali si desumono dalla definizione che la qualifica come l'attività in cui un terzo neutrale, il mediatore, ha il compito di favorire la comunicazione tra due o più soggetti in conflitto, offrendo l'opportunità di parlare ed essere ascoltati in uno spazio protetto.

Se ne desume l'importanza per la mediazione di una serie di importanti principi: del consenso dei soggetti coinvolti ad espletarla e della loro volontà di continuarla; del ruolo di pacificazione sociale e non di mera deflazione processuale; dell'esistenza quindi di un conflitto tra i soggetti coinvolti (oltre che di un procedimento giudiziario) e della loro aspirazione a superarlo; della presenza di un mediatore professionalmente adeguato e neutrale.

Si tratta di principi molto simili a quelli del diritto mite che, come si è detto in precedenza, si sostanziano *nella mitezza della relazione, nell'ascolto e nella partecipazione del minore, nella prossimità al destinatario dell'intervento*.

È agevole quindi rilevare che diritto mite e mediazione seguono due percorsi affini e che, per conseguenza, la mediazione possa essere uno strumento molto efficace per affermare la giurisdizione mite.

E il discorso vale a vari livelli.

a) Quando si afferma che la mediazione costituisce un valore assoluto di civiltà da tutelare e affermare in ogni circostanza.

Com'è stato giustamente rilevato¹, la mediazione presuppone infatti l'esistenza di *una reale democrazia familiare*, nella quale ad ogni soggetto sia pacificamente riconosciuto il diritto di far sentire la sua voce. Essa è, quindi, inconcepibile in contesti nei quali la famiglia sia intesa come un gruppo fortemente gerarchizzato, nel quale una sola persona

1. Cfr., in proposito, M.L. Izorche, *La mediazione familiare in Francia*, in "Mediaraes", Dedalo, Bari, n. 2/2003, pp. 149 e ss.

(per lo più il padre) ha il potere di decidere e gli altri hanno solo il dovere di obbedire.

Questa affermazione è frutto dei principi che pacificamente regolano la mediazione in ogni settore e che talora trovano conferma in espliciti riferimenti normativi² e che tali principi possono essere realmente accolti e praticati solo se si opera intervenendo su una realtà familiare democratica.

Agli stessi principi si ispira quella dottrina italiana³ che intende la mediazione come valore di rilevanza costituzionale, in quanto ritiene che essa sia a fondamento della nostra identità e della nostra cittadinanza. Essa aggiunge anche che la Costituzione stessa è fondata sul valore della mediazione, come evidenzia il sistema di contemperamento dei poteri che prevede e che non consente a nessuno di essi di vincere fino in fondo.

- b) Quando si rileva che la mediazione trova già molteplici riferimenti normativi nel nostro ordinamento giuridico ed ha trovato una valida manifestazione di interesse e promozione nei suoi riguardi nella costituzione del Gemme, di un'associazione internazionale, cioè, che si propone lo scopo di "contribuire allo sviluppo della mediazione e dei modi alternativi nella risoluzione dei conflitti" negli Stati membri dell'Unione Europea, favorendo il collegamento tra i giudici che operano in tale settore, lo scambio delle esperienze attuate all'interno di ogni Stato dell'Unione e l'inserimento di specifici programmi di insegnamento nell'ambito dei corsi di laurea in giurisprudenza e di formazione degli avvocati e dei magistrati. Esiste anche una Sezione italiana di Gemme, costituita il 2 luglio 2005 a Roma presso la sede del Consiglio Superiore della Magistratura, di cui fanno parte numerosi magistrati delle giurisdizioni civili e penali, minorili, giudici di pace, professori universitari, ricercatori, avvocati e psicologi.
- c) Quando si rileva che la mediazione (al pari della giurisdizione mite) trova spazio in ogni ambito del diritto, incidendo in modo significativo fino a modificarne talora il volto. Il discorso vale in particolare per la mediazione penale, per lo più definita come *mediazione-riparazione*, che sta mettendo in crisi i modelli penali tradizionali (quello retributivo e quello riabilitativo) ed agevolando una maggiore attenzione per la vittima ed i suoi diritti, che i due modelli suindicati avevano sostanzialmente trascurato.

2. Così, ad esempio, nelle leggi spagnole: cfr. A.M. Sanchez Duran, *La situazione legislativa della mediazione familiare in Spagna*, in "Mediaries", Dedalo, Bari, n. 4/2004, pp. 76 e ss.

3. Cfr. N. Colaianni, *La mediazione come valore costituzionale*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 2/1999, pp. 32 e ss.

La vittima acquisisce con la mediazione un ruolo attivo per il superamento del conflitto e della controversia, divenendo protagonista paritario nel processo e ricevendo nell'incontro con l'aggressore in sede protetta la possibilità di attribuire un senso all'accaduto.

L'effetto ultimo è quello di una pacificazione sociale che gli altri modelli di giustizia penale non solo non assicurano, ma tendono ad escludere perché il solco tra condannato, vittima e comunità si accentua.

Ed è opportuno anche ricordare le peculiarità della giustizia riparativa ed i suoi obiettivi che sono: a) l'attenzione alla vittima, alla sua sofferenza ed ai suoi bisogni specifici; b) la riparazione del danno nella sua dimensione "globale"; c) la promozione ed incoraggiamento dell'autore-sponsabilizzazione del reo; d) il coinvolgimento della comunità nel processo di riparazione; e) il contenimento dell'allarme sociale e rafforzamento degli standards morali. La riparazione si fonda su di un percorso di elaborazione psicologica che, anche grazie al coinvolgimento alla comunità di appartenenza, dovrebbe condurre l'autore del reato a riconoscere la propria responsabilità e ad avvertire la necessità di riparare la sofferenza provocata alla vittima.

L'intervento ha perciò una valenza terapeutica bidirezionale orientata a soddisfare i bisogni delle vittime ed a ristabilirne il senso di sicurezza, e a suscitare la responsabilizzazione e la presa in carico, da parte del reo, delle conseguenze complessive del reato (danno alla vittima e alla comunità). La mediazione si colloca all'interno di questo modello di giustizia, come una delle possibili pratiche riparatorie nella logica del diritto mite.

- d) Quando puntualizza il suo ruolo rispetto al processo tradizionale, che comporta una diversa qualità del modo di guardare al conflitto tra i soggetti il non tendere ad accertare torti e ragioni o responsabilità penale con conseguenti condanne, ma a recepire soluzioni consensuali e responsabilizzanti.

2.2. Le lacune normative

Ma perché questa cultura si affermi in modo inequivoco occorre colmare due lacune legislative importanti.

L'una riguarda il discorso relativo al modello di un giudice nuovo per la persona e la famiglia e più in generale quello relativo alla sua formazione. L'altra si riferisce alla necessità che venga promulgata una legge sulla mediazione. E sono questi i discorsi che affronteremo nei paragrafi conclusivi.

3. Quale giudice nuovo

L'analisi fin qui svolta prospetta un modello di giudice della persona profondamente inserito nella cultura e nello spirito della mediazione ed è decisamente contrastante con l'orientamento di chi⁴ sostiene l'incompatibilità tra giurisdizione e mediazione e, partendo da questo assunto, fa ripetutamente riferimento alla "grammatica della diversità" per sottolineare varie "confusioni" con cui bisogna fare i conti quando non si tenga distinta la mediazione dalla giurisdizione, poiché si rischia altrimenti di trasformare la mediazione in una specie di giudizio "bonsai", di confonderla con il meccanismo del potere decisorio del giudice, che è chiamato a dire l'ultima parola, a decidere iuxta alligata et probata.

Di qui le osservazioni critiche si allargano poi al Gemme (che sconfignerebbe in un ambito che non gli compete) e alla richiesta di una legge sulla mediazione, perché la mediazione deve restare fuori dal tempo delle regole e poi anche comunque perché non sono ancora maturi i tempi per varare una legge, vista la scarsa diffusione della cultura della mediazione.

L'insistenza con cui questo orientamento critico viene ribadito rende necessaria qualche puntualizzazione.

3.1. Cenni sulla breve storia della ricerca di un giudice "nuovo"

3.1.1. I nuovi diritti e la giurisdizione sociale

Non c'è dubbio che il giudice debba dire l'ultima parola nel processo; che debba pronunciare la decisione. Ma come deve giungere a tanto? Che cosa significa che deve giudicare iuxta alligata et probata e che deve essere neutrale ed equidistante?

Vuol dire forse che deve essere freddo e distaccato oppure, al contrario, non esclude ma, anzi, esige che egli sia attento, pensoso ed umile nella ricerca della soluzione più adeguata alla vicenda in relazione alla quale è chiamato a decidere?⁵ Che deve essere in grado di utilizzare tutti gli strumenti che il legislatore gli mette a disposizione? Occorre qui riprendere il discorso già svolto in precedenza a proposito del processo penale minorile ed applicarlo a questo tema.

4. E. Resta, *La grammatica della mediazione*, in "Mediares", FrancoAngeli, Milano, n. 6/2005, *Prospettive di mediazione penale*, a cura di Anna Mestitz, edizioni Dedalo, pp. 205 e ss.; vedi inoltre: *Un giudice nuovo per minori, famiglia e persona*, intervento svolto al Convegno Aimmf di Taranto, 26-28 ottobre 2006.

5. Così L. Ciotti, *La condizione minorile tra solitudine, disagio e devianze*, cit.

Non c'è dubbio infatti che questo discorso non nasce oggi, perché la questione del modello di giudice della persona risale ad almeno venti anni fa, a quando cioè si affrontò per la prima volta la tematica dei “nuovi diritti”, con riguardo cioè al problema della rilevanza giuridica dei bisogni sociali dei cittadini più deboli ed emarginati. Si rilevò già da allora, infatti, che si andava affermando la figura di un giudice ordinario diverso, a cui, sotto il profilo sostanziale, veniva attribuita dalla legge non la soluzione dei conflitti, ma la protezione di determinate categorie di soggetti: protezione accordata perché lo Stato aveva ritenuto meritevole di tutela giurisdizionale un sottostante interesse pubblico particolarmente rilevante.

Il discorso si propose specificamente per tre categorie di soggetti emarginati: i detenuti, i minori, i tossicodipendenti. Per la prima categoria si rilevò che l'interesse pubblico dello Stato alla rieducazione del condannato (art. 27 Cost.) aveva reso necessario il passaggio da una tutela meramente amministrativa ad una giurisdizionale.

E analoghi furono i discorsi in tema di tossicodipendenza con la rilevanza attribuita da molte disposizioni alla tutela della salute, che ha anch'essa assunto rilevanza giurisdizionale, ed anche in materia minorile, dove l'interesse pubblico alla tutela del minore avrebbe gradualmente trasformato i tribunali per i minorenni da “piccoli tribunali per piccoli delinquenti” in quelli attuali che hanno il ruolo di protezione del minore anche nel settore penale. Si parlò allora di giurisdizione sociale, caratterizzata dal fatto che oggetto della tutela giurisdizionale è solo formalmente un diritto ma, nella sostanza, è il soggetto, in relazione ad una sua particolare condizione (minore, tossicodipendente, detenuto). Già allora, in sostanza, si impose la prospettiva – sia pure limitata ad alcuni settori della giurisdizione - di un nuovo modello di giudice⁶.

3.1.2. Il giudice tutelare nell'amministrazione di sostegno

Di recente la questione si è riproposta a seguito dell'introduzione della normativa relativa all'istituto dell'amministrazione di sostegno (L. 6/2004) per il giudice tutelare, il cui ruolo è divenuto del tutto simile a quello del giudice della giurisdizione sociale. Anche qui emerge, in sostanza, la necessità di un giudice capace di ascoltare e di reperire soluzioni innovative, un giudice della persona e delle relazioni affettive. È stata autorevolmente sottolineata la delicatezza dei compiti di questo giu-

6. Su tutto ciò F. Occhiogrosso, *Necessità di una nuova cultura per la tutela dei nuovi diritti*, in “Questione Giustizia”, FrancoAngeli, Milano, 1, 1987, pp. 193 e ss.; *Tutela dei “nuovi diritti” e giurisdizione*, in “Questione Giustizia”, FrancoAngeli, Milano, 3, 1988, pp. 757 e ss.

dice e si è aggiunto significativamente, a proposito del suo modo di operare, che occorrono “risorse più sottili a cui fare appello, nuovi intrecci culturali e metodologici, spesso al di fuori dello strictum ius. Necessità di soppesare attentamente le ricadute esistenziali delle decisioni, un’altra sensibilità nell’orientarsi. I vantaggi della perspicacia, allora, i doveri dell’ascolto; quali le reazioni probabili dell’interessato di fronte all’assunzione di un certo provvedimento...; quanti i pericoli di futuri struggerimenti in famiglia”⁷.

3.1.3. Verso il giudice della persona, del minore e della famiglia

Ora, con la prospettazione della riforma della giustizia minorile e familiare e l’accorpamento di tutte le competenze in un unico giudice della persona, il discorso di quale debba essere il modello di questo giudice non può essere più limitato ai soli settori che si occupano di singole categorie di utenti, ma deve diventare generale e riguardare tutta la materia.

Anche perché sempre più le problematiche della fragilità si vanno estendendo all’intera famiglia, come ha dimostrato un recente convegno promosso dall’Aimmf⁸. Non c’è dubbio perciò che l’unico modello di giudice adeguato a questa realtà in evoluzione sia quello che si ispira alla cultura della mediazione.

È ovvio che questo giudice non debba fare il mediatore. È ovvio che la distinzione tra mediazione e giurisdizione deve restare netta e ciò nessuno l’ha mai messo in discussione. Ma è altrettanto certo che il giudice della persona deve possedere alcune peculiarità specifiche, quelle che gli consentano di saper ascoltare e di saper comunicare prima di decidere: deve saper applicare sia la giurisdizione contenziosa che quella di conciliazione.

È questo il modello di giudice della persona necessario ed è questo il traguardo che la cultura della mediazione si propone in ambito giudiziario. Non solo in Italia, ma in tutta Europa. Per questo l’impegno nascente del Gemme va sostenuto, perché punta a realizzare una miglior qualità del modo di fare giustizia, non certo ad invadere il campo della mediazione e a confondere il giudice con il mediatore.

7. Così P. Cendon, *Non abbandonare, non mortificare* (inedito), par. 2-8.

8. Si tratta del XXIV Convegno Aimmf dal titolo *Fragilità del minore e della famiglia*, Firenze, 24-27 novembre 2005.

3.2. Anche a proposito del ruolo del giudice, la “confusione” costituisce un valore

Ed è necessario richiamare qui quanto già detto in precedenza a proposito del rischio di “confusione” che si determinerebbero quando si confonde giurisdizione e mediazione; il linguaggio del giudice con quello del mediatore e così via. Discorso non diverso da quello affrontato in precedenza per altri temi.

Anche a proposito del ruolo del giudice si deve affermare che le presenti “confusioni” sono *in realtà un valore*, da considerare in termini decisamente positivi nella nuova dimensione.

E poi i rilievi critici mossi trascurano un dato molto importante: che già oggi esistono nel nostro ordinamento giuridico due modelli di giudice:

- a. il giudice risolutore del conflitto, che distribuisce la ragione e il torto;
- b. il giudice che tende alla risoluzione e composizione del conflitto con la conciliazione e così lo risolve annullandolo; che vi riesce, in quanto sollecita una modifica delle relazioni fra le parti, tale da consentire una rapida uscita dalla sua giurisdizione.

Un giudice dovrebbe sapere fare entrambe le cose. Il problema è che invece un giudice viene scelto e preparato soprattutto per le sue qualità e conoscenze decisorie in un conflitto: manca, invece, una elaborazione di tecniche di conciliazione da proporre e insegnare agli uditori giudiziari né c'è stata una proposta ai giudici in questa direzione, non essendo sufficiente parlare genericamente di conciliazione e mediazione nei corsi di studio del Consiglio superiore della magistratura.

È agevole, in sostanza, replicare alle obiezioni mosse che il giudice (quello stesso giudice che deve decidere la causa) è chiamato obbligatoriamente a svolgere il tentativo di conciliazione nei procedimenti di separazione coniugale come sanciscono gli art. 708 e 711 c.p.c. Inoltre il tentativo di conciliazione della lite è uno strumento ricorrente e generale della nostra legislazione⁹.

La circostanza quindi che il tentativo di conciliazione nei nostri procedimenti giudiziari sia ridotto ad un mero formale adempimento *non è la regola, ma la patologia*. Il giudice deve saper svolgere bene il tentativo di conciliazione e poi anche giungere bene alla decisione se il tentativo di conciliazione fallisce¹⁰. Ed a questo punto distinguere tra tentati-

9. Basta fare riferimento agli artt. 185, 199, 320, 350, 410, 420 cod. proc. civ. per averne conferma.

10. Nel caso in cui si ritenga inopportuno che il giudice che ha operato il tentativo di conciliazione proceda poi alla pronunzia della decisione ben si può risolvere il problema con una disciplina tabellare che distingua il giudice della conciliazione da quelli della decisione.

vo di conciliazione e invio all'ufficio per la mediazione sarebbe un puro sofisma.

3.3. *La formazione del giudice*

Come si è appena detto, il giudice (in particolare quello della persona) deve essere formato a risolvere il conflitto con la decisione che distribuisce torti e ragioni; ma deve saper anche e soprattutto essere preparato a comporre il conflitto e deve acquisire un ruolo di grande importanza nella realizzazione della giustizia di conciliazione.

Si tratta, infatti, di coltivare le qualità (di cultura, conoscenza di tecniche, attitudini, capacità di comprensione del sociale e di relazione con i servizi del sociale) del giudice, necessarie perché sia efficace e intelligente nel suo ruolo conciliativo. Soprattutto questo giudice dovrà accentuare necessariamente le sue qualità di comunicazione e collaborazione con il sociale.

Esiste quindi un importante problema di formazione del giudice da affrontare se si vuole che la conciliazione recuperi ed ampli gli spazi che le competono.

Accentuare l'importanza di questo atteggiamento e promuovere in misura maggiore l'intervento conciliativo di qualsiasi giudice, ma soprattutto del giudice della persona, non significa sminuire la necessità della mediazione, che può utilmente anticipare o accompagnare l'intervento giudiziario (come nella scissione della coppia) o evitarlo (come nella conciliazione pregiudiziale di un conflitto) e che per la sua sede e i suoi strumenti ha altre caratteristiche. Significa anzi attrezzarsi culturalmente per realizzare un più vasto progetto di pacificazione e allargare gli spazi necessari a tale scopo¹¹.

3.4. *Il suo ruolo di interprete e di fautore del cambiamento*

Ma il giudice (quello del minore e della famiglia in particolare) deve saper essere qualcosa di più rispetto a quello che si è detto: deve saper svolgere un'attività mediatrice tra il caso della vita e la norma che lo deve regolare, nel senso autorevolmente indicato in precedenza¹². E deve saper

11. Su ciò vedi F. Occhiogrosso, *Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 2/1999, p. 30.

12. Da G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., pp. 180 e ss.

“leggere” il diritto; non solo le disposizioni di applicazione corrente in materia, ma il quadro generale quale scaturisce dalla legislazione complessiva. Deve saper avere la lungimiranza, alla quale lo invita la Corte Costituzionale, di pervenire ad una interpretazione della legislazione che sia in linea con i principi del nostro sistema costituzionale, prima di proporre eccezioni alla stessa Corte.

Nel giro di soli tre anni la Corte è pervenuta infatti alla stessa conclusione in relazione ad eccezioni d'incostituzionalità sottoposte, affermando in due distinti casi che non vi era alcuna incostituzionalità delle disposizioni messe in discussione, ma che andava invece riscontrata una mancata interpretazione adeguatrice da parte del giudice.

a) Il discorso vale in particolare con riferimento alla sentenza 30/11/2002 n. 1 della Corte, in relazione alla questione d'incostituzionalità dell'art. 336, secondo e terzo comma, cod. civ. e degli art. 737, 738 e 739 cod. proc. civ.

La Corte ha dichiarato inammissibili le questioni proposte (in relazione all'art. 336, 3° comma, cod. civ. nella parte in cui non prevede che il provvedimento temporaneo, assunto in caso di urgente necessità senza audizione dei genitori e del minore ultradodicesimo, debba avere una durata massima stabilita dalla legge e debba essere confermato, modificato o revocato entro un termine di trenta giorni), perché ha ritenuto che il giudice non abbia sperimentato un'interpretazione “adeguatrice” della disposizione impugnata e che trattasi di problema interpretativo rientrante nei poteri del giudice¹³.

È stata quindi la Corte a fornire un'interpretazione significativa del dettato dell'art. 12 della Convenzione Onu sui diritti del fanciullo, affermando che si tratta di una presunzione che fa parte dell'ordinamento nazionale e che integra in casi opportuni l'art. 336, 2° comma, cod. civ.

b) Rilievi analoghi hanno condotto la Corte a pronunciare l'ordinanza 347/2005 relativa alla possibilità di adozione internazionale particolare da parte di una singola. Anche in questa decisione non è stata dichiarata alcuna incostituzionalità delle disposizioni sottoposte alla Corte, ma è stata ritenuta erronea l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza di merito.

Queste considerazioni devono riflettere in ordine al modo in cui il giudice svolge il suo ruolo d'interprete. In attesa della redazione di un testo unico della legislazione minorile e familiare, oggi dispersa tra tanti testi diversi, spetta al giudice svolgere il ruolo di interprete nel modo più ade-

13. Cfr. III Rapporto sullo stato di attuazione della Convenzione sui diritti del fanciullo, 2008, p. 48 e ss.

guato, entrando in un'ottica operativa che lo renda attento alla piena tutela del valore costituzionale dell'interesse del minore ed impermeabile ai rilievi critici infondati che gli vengono rivolti per questo suo impegno.

- c) Ma il discorso non si ferma qui. Il modello di giudice appena descritto comporta l'assunzione di un ruolo dinamico, quello concesso alla nuova logica dell'interpretazione, quello che si pone nella ricca prospettiva di fautore del cambiamento. Recuperando la dimensione del giudice di prossimità, non c'è dubbio che il giudice della persona debba essere quello chiamato a valutare i suoi cambiamenti, tanto più quando la persona sia un minorenne. La logica del cambiamento, che ispira l'istituto penale della messa alla prova, deve divenire una logica culturale globale e cioè sia in materia penale che civile.

Ma non basta valutare il cambiamento, bisogna promuoverlo ed il giudice lo fa nel momento in cui va alla ricerca del consenso. Ed i servizi sociali con lui. La dimensione del cambiamento è quindi una categoria "utile" nella realizzazione della giustizia mite¹⁴.

4. La necessità di una legge sulla mediazione

Le considerazioni svolte sottolineano che è ormai intollerabile per la mediazione in Italia l'attuale assenza di qualunque regola sui suoi contenuti, sulla figura del mediatore, sul codice di comportamento che costui deve osservare, sulla sua formazione.

Tale ritardo è ancora più evidente se si tiene conto della legislazione europea che di quella interna di molti Paesi confinanti.

Come si è detto, la legislazione europea è intervenuta per sollecitare l'approvazione di una disciplina normativa da parte dei singoli stati. In particolare la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei bambini fatta a Strasburgo il 25 gennaio 1996 all'art. 13 chiede agli Stati Parte di incoraggiare l'attuazione della mediazione per raggiungere l'accordo nei casi appropriati, al fine di prevenire o risolvere i conflitti ed evitare procedimenti giudiziari riguardanti bambini. La Raccomandazione N.R. 99/19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa impegna inoltre i Paesi membri dell'Unione europea ad adottare la mediazione penale entro il 2006.

E pur avendo compiuto la cultura della mediazione grandi passi, va anche aggiunto che tanti ancora deve farne per giungere ad ottenere che la

14. Cfr. S. Abbruzzese, *Un giudice del cambiamento*, in "Minorigiustizia", n. 4/1996, FrancoAngeli, Milano, pp. 69 e ss.

cultura dei giudici e degli avvocati li porti ad ottenere che si privilegi la giurisdizione di conciliazione rispetto a quella contenziosa.

In sostanza, le direzioni verso cui muoversi devono essere due: la prima deve essere quella diretta a promuovere la realizzazione sollecitata di una legge sulla mediazione. Ed a tal fine è necessaria la costante sollecitazione anche a livello parlamentare di gruppi di pressione culturale.

Un secondo percorso, anch'esso molto importante, deve essere quello diretto, come già si è detto, a promuovere puntuali programmi di formazione alla mediazione per i magistrati e per avvocati, perché ci si deve rendere conto che, dove i magistrati hanno particolare attenzione a questa cultura, è agevole superare anche le più complesse problematiche.

4.1. *Le prospettive normative: una o più leggi?*

Entrando più dettagliatamente nella problematica relativa alle prospettive normative, la prima questione da affrontare riguarda la risposta al quesito se si debba ipotizzare una sola legge o se siano preferibili più leggi in tema di mediazione¹⁵. A questo proposito va tenuto presente che nelle precedenti legislature sono stati presentati in Parlamento molteplici progetti di legge.

Da tali documenti emerge la difficoltà di praticare un'unica cultura mediativa e il maggior agio di occuparsene per singoli settori d'intervento (penale, familiare, scolastica, interculturale ecc.), disciplinandola quindi tramite il collegamento al sistema giudiziario.

Si deve quindi concludere che la strada più agevole è quella che tende a realizzare più leggi in materia. Basta all'uopo tener presente che, già a livello europeo, le sollecitazioni a varare in ciascun Paese leggi nazionali in tema di mediazione operano una distinzione tra quelle che premono per la rapida realizzazione della mediazione nei conflitti familiari e quelle che spingono per la mediazione penale.

A ciò va aggiunta la considerazione che le specificità di questi due tipi di mediazione, considerate in rapporto alla legislazione italiana, comportano la necessità di dare puntuali risposte differenziate a molteplici, complessi quesiti che si vanno ponendo¹⁶.

15. Vedi in proposito F. Occhiogrosso, *Il cammino della mediazione*, in "Minorigiustizia", n. 1/2005, pp. 12 e ss.

16. Rileva correttamente P. Pazè, *Caratteri, potenzialità e limiti della mediazione nel procedimento penale minorile*, in "Mediaries", 6/2005, a cura di A. Mestitz, pp. 227 e ss., che la mediazione penale non può nascere che in occasione di un procedimento penale e a seguito di invio dell'autorità giudiziaria; che la mancanza di una disciplina normativa specifica impedisce di dare adeguata risposta a molteplici interrogativi sul dove, come e quan-

È utile ipotizzare perciò un'articolazione della normativa relativa a questo istituto in varie leggi con l'individuazione di più modelli di mediazione da utilizzate nei diversi settori.

Dovranno invece rimanere punti fermi per ogni tipo di mediazione sia l'unicità del concetto di mediazione come strumento per il superamento dei conflitti, sia la costante identità dei requisiti generali della mediazione (volontarietà, neutralità, riservatezza ecc.), sia infine il ruolo del mediatore e delle modalità relative alla sua formazione.

do farla; di evidenziarne alcuni caratteri originari rispetto ad altre forme di mediazione; di prevedere la possibilità del ritorno degli esiti mediativi e d'individuare le garanzie per un giusto processo.

5. Le ragioni per una giustizia minorile mite. Conclusioni

1. Il rigido disegno delle relazioni familiari introdotto dalla L. 184/1983

Ed è a questo punto necessario tirare le fila del discorso complessivo svolto, riprendendo brevemente la riflessione sulle peculiarità assunte dalla giustizia minorile negli ultimi decenni, al fine di dare adeguate risposte ai quesiti inizialmente posti sul come e sul perché la giustizia minorile si sia andata evolvendo verso una giurisdizione mite e sulle ragioni, in particolare, del formarsi dei principi su cui si è fondata l'adozione mite.

Per cogliere cioè le ragioni per cui si sia registrata, a partire dall'ultimo decennio dello scorso secolo, una sua graduale evoluzione verso nuove prospettive che, senza rinnegare i principi di fondo affermati tendono a reinterpretarli in modo duttile ed elastico per realizzare la reale tutela del minore, di ciascun singolo minore.

Lo studio effettuato ha evidenziato che ciò che ha inciso in modo decisivo sulla cultura giuridica minorile, modificandola profondamente, grazie alla L. 4/5/1983 n. 184 e successive modificazioni, non è stata tanto la nuova disciplina degli istituti dell'affidamento e dell'adozione, che pure ha accentuato in modo significativo quella "rivoluzione copernicana" introdotta dalla precedente legge 4/5/1967 n. 431, la quale finalmente poneva al centro dell'adozione il bambino abbandonato e non più l'adottante.

Quello che piuttosto ha prodotto un profondo cambiamento culturale è stato il nuovo rigoroso disegno delle relazioni familiari introdotto dalla 184, funzionale a contrastare con decisione il traffico di minori, e perciò diretto: a) ad eliminare gli effetti dei falsi riconoscimenti; b) ad escludere la prolungata permanenza di un minore presso estranei; c) a vietare l'introduzione di minorenni stranieri in Italia senza il rispetto dello specifico iter normativo.

Questo nuovo modo di disciplinare le relazioni familiari ha determinato alcuni profondi cambiamenti nella giustizia minorile rispetto al suo precedente modo di essere.

- La situazione pregiudizievole per il minore, che prima veniva prodotta solo dal concreto comportamento inadeguato dei genitori verso il figlio, dopo la L. 184/1983 si determina anche sulla base della mancata applicazione del principio di legalità familiare, che va rispettato anche a costo di confliggere con i bisogni degli utenti e di procurare sofferenze a bambini ed adulti;
- emblema di questa nuova cultura è stato pacificamente il “caso Serena”, che alla fine degli anni '80 sconvolse l'Italia e contrappose le decisioni dei giudici minorili torinesi che disposero la sospensione dalla potestà del genitore che l'aveva riconosciuta come sua figlia, l'allontanamento della minore dalla famiglia ed il collocamento in comunità in vista della sua dichiarazione di adottabilità e della sua successiva adozione da parte di altra famiglia;
- nacque allora un nuovo modello di situazione pregiudizievole per il minore: il *pregiudizio presunto*, che non è causato da un reale disagio vissuto dal minore nella relazione con i suoi genitori, ma dall'esistenza di una situazione di illegalità familiare;
- lo strumento necessario per rispondere alle situazioni di pregiudizio presunto del minore fu l'allontanamento disposto dal giudice. Si modificava peraltro la cultura giuridica dell'allontanamento, che non veniva più intesa come fatto in sé negativo, ma come un atto non pregiudizievole e addirittura dovuto, in presenza di particolari condizioni familiari e specificamente della sua illegalità;
- in sostanza, quindi, l'allontanamento cambia volto e non è più visto come un momento di rottura, ma come il modo di allentare o rimuovere un legame familiare per *poterlo guarire* (e su questo principio che si fonda l'intera disciplina dell'istituto dell'affidamento familiare di tipo giudiziario);
- seguendo questa logica, si perviene anche a realizzare casi di allontanamento preventivo di minori sulla base di un allargato concetto di pregiudizio. In particolare alcuni tribunali per i minorenni dispongono che venga segnalata loro la nascita di figli di donne tossicodipendenti, figli che vengono preventivamente allontanati dalle madri prima di qualunque convivenza in famiglia e malgrado alle madri non possa attribuirsi alcuna condotta concretamente pregiudizievole: salvo eventualmente restituire il bambino ai genitori, se costoro danno prova positiva di sé.

In sostanza, l'allontanamento precede in tali casi e non segue, come invece dovrebbe essere, l'accertamento di una effettiva situazione di pregiudizio:

- per effetto di ciò, è tutto il diritto minorile che con la L. 184/1983 subisce una trasformazione profonda, poiché non è più ispirato ai principi della giustizia di prossimità, che significa vicinanza alla gente e al suo modo di rispondere ai bisogni dei minori;
- cambia in parte anche il ruolo del giudice minorile, che, in presenza di una situazione familiare illegale, si trasforma in una funzione meramente notarile, perché ignora la qualità del rapporto genitore-figlio, per procedere senz'altro all'allontanamento del minore.

Questa è stata per lunghi anni la cultura giuridica dominante anche dopo le due leggi di riforma dell'adozione (la L. 476/98 e la L. 149/2001), che si sono limitate a manifestare diffidenza nei riguardi della magistratura minorile, affermando il principio scontato che le condizioni di indigenza dei genitori non possono essere di ostacolo all'esercizio del minore alla propria famiglia e creando un sistema di garanzie processuali nel procedimento per la dichiarazione di adottabilità con l'introduzione anche della figura del difensore d'ufficio, unica ipotesi normativa che contiene una tale previsione in ambito civile.

Tali riforme, pur apportando le modificazioni normative indicate, non hanno quindi modificato i principi esposti in precedenza né inciso sulla cultura giuridica derivatane.

2. Il suo graduale evolversi negli anni successivi

Ma questa cultura giuridica, se è sin dall'inizio risultata dominante, non è stata affatto pacificamente condivisa. È infatti andata emergendo subito una pluralità di segnali che sottolineano l'insoddisfazione per il sistema introdotto e l'aspirazione a realizzare orientamenti più duttili, che permettano di conciliare il rispetto delle regole con la dimensione umana ed i legami affettivi instauratisi.

Le linee di tendenza, che puntano ad attuare queste nuove direttrici di marcia, non contrastano i singoli profili del disegno normativo delle relazioni familiari ora vigente, ma si concentrano su un paio di punti che mettono in discussione, per poi ottenere l'effetto di attenuare la portata rigida di tutto il discorso culturale precedente. E questi punti riguardano, da un lato, la scelta generale di percorsi miti nella indagine istruttoria relativa ai procedimenti instaurati; dall'altro, il tema dell'allontanamento del minore dalla sua famiglia.

- Il primo segnale di disagio è quello manifestato dall'opinione pubblica, decisamente contraria alle decisioni giudiziarie, in occasione del "caso Serena". Un disagio reso esplicito da autorevoli studiosi ed in particolare da Gustavo Zagrebelsky. Si rileva sin d'allora che la situazione legi-

slativa consentiva di procedere per la piccola Serena ad un'adozione in casi particolari", ma che i giudici avevano scelto di non aderire a questa scelta, mettendo in pericolo il bene di una bambina per proteggerne tanti dal rischio di traffico illegale.

- Un ulteriore passo è costituito subito dopo dall'affermarsi della cultura della mitezza grazie all'ingresso in ambito giudiziario ed alla diffusione applicativa dell'istituto della mediazione. Ne vengono influenzati ampi settori del diritto: da quello relativo alla disciplina del processo penale minorile (con l'introduzione della messa alla prova) a quello del processo penale del giudice di pace, alla materia penitenziaria ed a quella dell'affidamento condiviso.
- Ed infine, a partire dal 2003 comincia a Bari la sperimentazione (diventa poi prassi) dell'adozione mite, che tende, da un lato, a rafforzare il processo di deistituzionalizzazione dei minori e, dall'altro, a mettere in discussione le modalità correnti di attuazione dell'affidamento familiare, partendo dal dato specifico che tale istituto nella legge ha carattere di temporaneità, mentre nella prassi degli enti locali e delle associazioni specifiche può perdere questa sua peculiarità ed assumere, grazie a successive proroghe, una durata indefinita, venendo quindi qualificato "affidamento sine die".

L'adozione mite quindi si rivolge alle zone grigie dell'abbandono e rileva che i casi di "affidamento sine die" sono in realtà situazioni risultate inizialmente di difficoltà temporanea della famiglia biologica, evolute poi in senso negativo per il mancato rientro del minore nella sua famiglia a causa dell'incapacità educativa della medesima. Ma persiste un legame affettivo del bambino con la famiglia di origine, che non consente la totale interruzione dei rapporti sia interpersonali che giuridici. Di qui l'utilizzazione dell'adozione particolare ex art. 44 d) L. 184/1983 per procedere ad un'adozione che superi per il minore la sua condizione di "bambino del limbo", in quanto per anni continua a vivere tra due famiglie senza appartenere né all'una né all'altra, senza tuttavia modificare nella sostanza il suo rapporto affettivo e giuridico con la sua famiglia biologica.

- Effetto di questo nuovo percorso è che l'adozione mite propone l'adozione dell'art. 44 d) non più come un modello di carattere particolare e di rilievo secondario, ma come un istituto da porre sullo stesso piano dell'adozione legittimante sia sotto il profilo culturale che operativo;
- Si diffonde poi con questo modello d'adozione la cultura della mitezza in questo settore, in precedenza caratterizzato esclusivamente dalla cultura dell'adozione legittimante, diretta a recidere decisamente i legami con la famiglia di origine ed a squalificare quest'ultima, definendola come abbandonica. Dapprima con circolari giudiziarie e poi con protocolli

d'intesa tra tribunale e servizi locali si afferma la scelta dei servizi sociali di accompagnare sia la famiglia di origine che quella affidataria verso l'adozione mite in modo dolce, favorendone una più intensa conoscenza e reciproca accettazione.

- In sostanza, pur con notevoli difficoltà, il rigido modello delle relazioni familiari introdotto dalla L. 184/1983 viene messo in discussione, non contrastandolo direttamente, ma seguendo un percorso di piccoli passi, che tende certo a realizzare lo stesso cammino disciplinato dalla L. 184, ma integrandolo con la ricerca ripetuta ed insistita del consenso di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di adozione;
- Anche l'adozione legittimante subisce l'influenza di quella mite, grazie ad un'interpretazione giurisprudenziale nuova, che opera una distinzione tra gli effetti giuridici di tale adozione (i quali continuano a comportare la totale interruzione dei legami familiari con la famiglia di origine) e quelli interpersonali, che si ritiene possano perpetuarsi senza interruzione alcuna.

3. I fondamenti per affermare nuovi valori

Una successiva fase di questo percorso culturale alternativo è costituito dall'individuazione di due punti fermi: l'uno è il documento dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni approvato il 24/6/2006, che giunge a qualificare come diritto mite tutto il diritto minorile, e l'altro è la riforma costituzionale intervenuta con la legge costituzionale 3/2001.

3.1. Il documento dei giudici minorili italiani

Il documento dell'Aimmf fa sì che gran parte della cultura affermata dall'esperienza dell'adozione mite sia accolta come patrimonio dell'intera Associazione minorile e va anche oltre:

- mette in risalto che il diritto minorile familiare è di per sé un diritto mite, nel senso che si deve basare sulla comunicazione da parte di servizi e giudici con le persone, adulti e minori; che ha come caratteristica fondamentale l'ascolto e, soprattutto quando è necessario disporre l'allontanamento, mira ad ottenere il consenso e la collaborazione delle persone coinvolte, minore compreso;
- individua un ampio campo di situazioni grigie, che danno luogo a semiabbandoni, per i quali va affermato il diritto del minore alla famiglia, ed in relazione alle quali sono necessarie da parte degli operatori dell'infanzia professionalità, specializzazione, attenzione e capacità oltre ad adeguatezza delle risorse;

- auspica un sollecito adeguamento della legislazione con la possibilità di trasformare l'affidamento familiare in adozione in casi particolari quando il minore non può tornare nella propria famiglia; con l'ampliamento dell'adozione legittimante, la ridiscussione delle modalità di realizzazione dell'affidamento familiare, la modificazione della disciplina sul cognome; il mantenimento delle relazioni tra adottato e famiglia di origine.

Se si confronta il contenuto di questo documento con i principi affermati inizialmente dalla L. 184/1983 non può non registrarsi un *vero e proprio capovolgimento* della cultura precedente con la netta tendenza diretta a superare ogni rigidità e formalismo nella disciplina delle relazioni familiari per affermare la mitezza come base di ogni rapporto interpersonale.

3.2. La riforma del titolo V della Costituzione

Con la riforma del titolo V della Costituzione ed il conseguente trasferimento alle Regioni delle competenze statali in tema di diritti civili e sociali, si registrano criticità determinate soprattutto dalle differenti regolamentazioni nella disciplina delle prassi operative da parte delle varie Regioni. Ma vanno anche emergendo prospettive positive e creative nelle singole realtà territoriali.

- Qualificante è certamente il Progetto Tutori Volontari del Veneto, che ha comportato il superamento del modello burocratico del tutore tradizionale lontano e distaccato del minore con l'affermazione di uno nuovo, che promuove una protezione autentica del minore, frutto di formazione e disponibilità nuove. In tal modo nel giro di pochi anni sono stati formati grazie all'impegno del Pubblico Tutore del Veneto e degli enti locali di quella regione oltre cinquecento tutori volontari per altrettanti minori.
- Analoga caratterizzazione presenta la sperimentazione barese dell'adozione mite, a cui si è fatto ampio riferimento in precedenza.
- Una prospettiva simile si va anche ponendo nel campo della tutela degli incapaci, dove situazioni intermedie di disagio che toccano anche i minori hanno ricevuto una risposta nella legge 6/2004 sull'amministrazione di sostegno.
- Altri spazi operativi a livello locale sono state le riflessioni del Comitato nazionale delle comunità per minori sulle comunità madre-bambino e la ricerca sui minori in accoglienza familiare organizzata a livello europeo.
- Infine, un istituto, la cui importanza non è stata pienamente colta né a livello nazionale che regionale, è quello del Garante per l'infanzia, che invece è ampiamente dimostrata dall'esperienza del Pubblico Tutore del Veneto.

3.3. *Verso un nuovo diritto minorile*

Il quadro evolutivo illustrato pone in luce la profonda diversità del diritto minorile affermato dalla L. 184/1983 rispetto a quella attuale. Emerge anzitutto una diversità territoriale con la regionalizzazione dell'intera materia dei diritti civili e sociali. Ciò si traduce in una più incisiva realizzazione del diritto minorile secondo la logica della giustizia di prossimità, vicina al cittadino e capace di ascolto e dialogo; una giustizia che cerca di realizzare quindi una dimensione mite del suo essere e punta anche verso altri nuovi valori da conseguire, tra cui quello della solidarietà, che propone il nuovo modello della cittadinanza attiva, dal quale nasce la figura del tutore volontario, ma anche quello diverso della partecipazione, che propone il minore non più solo come soggetto da conoscere e da ascoltare, ma anche come partecipe in prima persona nell'attività delle comunità locali e delle istituzioni. Una giustizia insomma sempre più a misura di bambino: *un nuovo diritto minorile*.

E un ruolo nuovo stanno assumendo in relazione a questo tema anche alcune università degli studi (a Trieste, a Padova, a Bari): la cultura scientifica collegata a questa realtà sta cambiando volto. Non è più quella difficile che parla solo ai tecnici del diritto, ma è divenuta accessibile e piana, ha ora per interlocutori gli operatori sociali, i volontari, i cittadini.

4. La continuità degli affetti

L'evoluzione delineata dimostra che la cultura giuridica minorile è andata lentamente, ma decisamente cambiando.

Ma il cuore del problema non è stato ancora analizzato. Esso riguarda il tema dell'allontanamento del minore dalla sua famiglia ed afferma un principio nuovo, quello della continuità degli affetti, che si propone come alternativa a quella cultura dell'allontanamento che è uno dei punti forti del sistema affermato dalla L. 184/1983.

Il principio della continuità degli affetti si propone proprio lo scopo di contenere al massimo le logiche ispiratrici della cultura dell'allontanamento.

Esso trova riscontri in varie leggi ed orientamenti giurisprudenziali:

- nelle varie ipotesi di adozione particolare di cui all'art. 44 della L. 184/1983;
- nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che con varie sentenze è intervenuta a proposito dell'età degli adottanti per dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni relative alla differenza di età tra adottanti e adottando, quando dalla separazione derivava ai minori un

danno grave per il venir meno della comunanza di vita e di educazione con gli aspiranti adottanti;

- nell'ordinanza della Corte Costituzionale relativa all'adozione particolare di un minore straniero (15-29 luglio 2005 n. 347), che propone un'interpretazione della disciplina dell'adozione particolare tale da riconoscere l'ammissibilità nell'adozione internazionale a particolari condizioni, mettendo in discussione la correttezza dell'interpretazione giurisprudenziale dei tribunali per i minorenni, che aveva fino a quel momento decisamente escluso la possibilità di una tale adozione;
- nella giurisprudenza dei tribunali per i minorenni con riferimento all'utilizzazione della disposizione del collocamento temporaneo del minore - per la cui adottabilità si procede - presso una famiglia aspirante alla sua adozione in modo da far luogo al cd. affidamento provvisorio a rischio, che consente la permanenza del bambino nella stessa famiglia affidataria per tutto il periodo del procedimento di adottabilità ed il suo successivo affidamento preadottivo, sempre alla stessa famiglia.

L'affermarsi di questo nuovo orientamento non si limita a rendere molto più cauto l'intervento di allontanamento del minore dalla famiglia in cui vive, quando non vi siano situazioni di concreto pregiudizio che lo rendano necessario, ma introduce la prospettiva della rivisitazione del rapporto tra affidamento e adozione, rilevando che l'incompatibilità tra questi due istituti è frutto solo degli orientamenti affermati dalla L. 184/1983, in quanto nella precedente legislazione, che prevedeva l'istituto, poi abolito, dell'affiliazione, i due istituti non solo non erano pienamente compatibili, ma costituivano addirittura l'uno (l'affidamento) il presupposto dell'altro (l'adozione).

5. Le relazioni internazionali

Gli stessi orientamenti culturali diretti ad affermare i principi del diritto mite trovano poi riferimento in molteplici proposte di legge dirette ad introdurre l'istituto dell'affidamento familiare internazionale ed a prevedere una disciplina ispirata agli orientamenti dell'ordinanza 347/2005 della Corte Costituzionale per l'adozione internazionale non legittimante.

6. Le prospettive per il futuro

La prospettiva generale scaturisce dal percorso evolutivo compiuto riguardo al disegno delle relazioni familiari delineato nella legge è, in conclusione, quella diretta a stemperare gli effetti più rigidi del vigente siste-

ma, eccessivamente preoccupato di contrastare il mercato dei bambini, al punto da privilegiare la legalità familiare rispetto alla tutela della continuità degli affetti del minore.

Si punta ad attuare tale programma, come si è rilevato, realizzando un quadro generale di mitezza normativa nel diritto, in generale, e nel diritto familiare e minorile in particolare. Punto di riferimento basilare a sostegno di tale linea è l'idea del diritto mite di Gustavo Zagrebelsky, alla cui graduale affermazione stanno significativamente contribuendo gli studi e le attività operative in tema di mediazione.

6.1. *Coniugare mitezza e mediazione*

L'affermato rilievo costituzionale della mediazione, il presupposto irrinunciabile che la contraddistingue consistente nell'esistenza di una democrazia familiare, nella quale a ciascun componente è riconosciuto il diritto di far sentire la sua voce, la rilevanza in ambito penale della mediazione-riparazione con una maggiore attenzione alla vittima del reato sono principi pienamente coincidenti con quelli della giustizia mite e fanno sì che il traguardo del futuro sia quello diretto ad agevolare il contemporaneo cammino di entrambi.

Ne consegue il delinearsi anche di un nuovo modello di giudice minorile e familiare, formato ed orientato non solo a distribuire ragioni e torti tra le parti, ma anche ad agevolare la composizione del conflitto grazie ad una più ampia utilizzazione della giurisdizione di conciliazione.

Un nuovo modello, nel quale vi sia spazio per la "confusione" – *intesa ora in senso nuovo e positivo come valore* – derivante dalla compresenza di entrambi tali ruoli. Ciò non può non esigere, soprattutto ai cultori di questi temi, la capacità di porre in discussione il loro modo spesso tradizionale d'interpretare questo tema, per essere aperti al nuovo, alle più ampie potenzialità dell'impegno della giurisdizione, che pongono accanto al tradizionale ruolo statico del giudice chiamato a dire l'ultima parola nella causa, quello dinamico, di fautore del cambiamento.

6.2. *Andare oltre la dimensione tecnica*

Cultura dell'adozione mite e della mediazione sono, in conclusione, chiamate a compiere percorsi molto simili, perché si possano conseguire risultati efficaci per il nostro ordinamento.

Ma la sollecitazione all'affermazione della cultura dell'adozione mite, della mediazione e di un nuovo modello di giurisdizione deve essere accol-

ta oltre che per ragioni tecniche, anche e soprattutto per ragioni culturali: perché mitezza e mediazione sono uno spicchio di quell'educazione alla pace, che deve essere costante conquista degli uomini di buona volontà, specialmente in tempi come questi in cui si continua a sentire molto vicino il pericolo dell'esplosione di conflitti di civiltà.

In questa prospettiva è importante ribadire ancora quanto ha affermato l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che con la sua risoluzione 37/73 del 15 febbraio 1978, impegnando tutti gli Stati, le loro politiche, i loro modelli di educazione, i metodi d'insegnamento, così come le attività e i mezzi d'informazione, a preparare la società tutta, ed in particolare le nuove generazioni, alla vita nella pace, la propone non solo come obiettivo degli stessi Stati, ma come attivo impegno delle persone.

Ed è certamente un atto di pace quello di utilizzare la mediazione-riparazione come strumento per realizzare l'educazione alla legalità in favore di ciascun soggetto e per l'ampliamento sempre maggiore della cd. area penale aperta a discapito della detenzione.

Ed è atto di pace contrastare con la mediazione familiare la logica del conflitto esasperato, che spesso domina i processi di separazione coniugale e divorzio. Troppo spesso, infatti, tali giudizi tendono a tutelare solo a parole il superiore interesse del minore, ma, in realtà, celano il conflitto dei genitori per il possesso del figlio, trofeo da conquistare nella guerra coniugale. Troppo spesso i difensori si fanno coinvolgere, al punto che il conflitto tra i loro difesi diventa il loro stesso conflitto, mentre i giudici fanno poco per favorirne il superamento e protraggono per lunghi anni queste cause.

Troppo spesso effetto di questi conflitti sono le varie gravi patologie dei figli. Ed è atto di pace garantire ai bambini il diritto alla continuità degli affetti ed a non subire violenze, tanto meno quelle istituzionali. Cambiare queste logiche è indispensabile, se si vuole aiutare la società in crisi: occorre cioè superare la cultura dell'exasperazione del conflitto per la ricerca costante, ripetuta, insistita della pace come metodo di soluzione fondamentale da applicare ad ogni problema di rapporto umano.

E la rappresentazione della *Giustizia*, a cui il giudice dei nostri giorni può e deve ispirarsi, non è la donna bendata che tiene in mano da una parte la bilancia e dall'altra la spada, come nella famosa ambivalente immagine creata da Sebastian Brant a Basilea nel 1494. La benda che toglie la vista alla Giustizia, se pure assicura la neutralità, può impedire alla spada di muoversi in direzioni giuste. Di questo il giudice che voglia vivere la realtà del suo tempo, deve tener conto. Deve vedere bene chi e che cosa giudicare per tendere a conciliare e ad alleggerire i tribunali che oggi sono intasati all'inverosimile tanto da impedire piuttosto che rendere Giustizia.

Ricerca con pazienza ed insistenza la conciliazione, dare voce ai figli nel processo e tener conto della loro opinione nelle decisioni, che devono essere rapide, dovrà diventare il nuovo programma per la definitiva affermazione, a livello non solo tecnico, della cultura della mitezza e per una autentica tutela di minori e famiglie. Ed il giudice che voglia vivere la realtà del suo tempo deve rendersi conto che oggi giudicare, come si dice, *iuxta alligata et probata*, è molto diverso da ieri, perché oggi egli deve fare seriamente i conti con la cultura della pace, non solo come cittadino, ma anche come giudice, che è chiamato a realizzare fino in fondo la giurisdizione di conciliazione¹.

1. Cfr. A. Prosperi, *Giustizia bendata, percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Milano, 2008.

Riferimenti bibliografici

- S. Abbruzzese, *Un giudice del cambiamento*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 4/1996, pp. 69 e ss.
- I. Baviera, *Diritto Minorile*, Giuffrè, Milano, 1965.
- M. Bouchard (a cura di), *Quando un bambino viene allontanato*, FrancoAngeli, Milano, 1997.
- M. Cavallo (a cura di), *Punire perché*, FrancoAngeli, Milano, 1993.
- E. Ceccarelli, *L'affidamento familiare nella legge e nella sua applicazione*, in P. Giasanti, E. Rossi (a cura di), *Affido forte e adozione mite: culture in trasformazione*, FrancoAngeli, Milano, pp. 119 e ss.
- G.O. Cesaro, *Adozione mite: realtà e prospettive*, in A. Giasanti, E. Rossi (a cura di), *Affido forte e adozione mite: culture in trasformazione*, cit., pp. 149 e ss.
- L. Ciotti, *Inventare le risposte dai bisogni delle persone: l'intervento di "Libera" nella solitudine, nel disagio e nella devianza*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 1/2008 pp. 38 e ss.
- N. Colaianni, *La mediazione come valore costituzionale*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 2/1999, pp. 32 e ss.
- A. Coppola De Vanna, *La mediazione mediterranea*, in "Mediaries", Dedalo, Bari, 1/2003, pp. 153 e ss.
- M. Dogliotti, A. Figone, F. Mazza Galanti (a cura di), *Codice dei Minori*, Utet, Torino, 1998.
- M. Dogliotti, *Gli "aggiramenti" dell'adozione speciale: a proposito del riconoscimento non veritiero*, in "Diritto di famiglia", 1983, pp. 135 ss.
- M. Dogliotti, *L'adozione, l'opinione pubblica e il caso Serena*, in "Giurisprudenza italiana", 1990, I, 2, p. 799 ss.
- P. Dusi (a cura di), *Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore*, Giuffrè, Milano, 1990, *Introduzione*, pp. 1 e ss.
- L. Fadiga, *L'affidamento familiare*, in "Rassegna bibliografica infanzia e adolescenza", 2, 2005.
- A. Finocchiaro, *Giurisprudenza e dottrina sulla L. 4 maggio 1983, n. 184*, in "Temmi romana", 1986, p. 889 ss.
- L. Gigante, *Le funzioni positive dell'adozione mite*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, n. 2/2007, pp. 143 e ss.
- G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile*, Milano, 2001.

- R. Giusti, *Minori nel cassonetto*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 1/2005, pp. 187 e ss.
- K. Günther, *Universalistische Normbegründung und Normanwendung*, in *Recht und Moral*, in *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, Ed M. Herberger *et al.* Stuttgart, Steiner, 1992, pp. 36 e ss.
- M.L. Izorche, *La mediazione familiare in Francia*, in “Mediaries”, Dedalo, Bari, n. 2/2003, pp. 149 e ss.
- L. Lenti, *Il caso Serena: i bambini non si usucapiscono*, in “Giurisprudenza italiana”, 1989, I, p. 2 ss.
- L. Lenti, *L'adozione, è ora di cambiamenti?*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 2/2007 pp. 131 e ss.
- L. Lenti, *Introduzione. Vicende storiche e modifiche di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Paolo Zatti, II, *Filiazione* (a cura di Callura, Lenti, Mantovani), Milano 2002.
- N. Lipari, *Per un nuovo volontariato: quale modello di cittadinanza*, relazione svolta al Convegno Fivol, Roma, 1-2 ottobre 2004.
- J. Long, *Adozione “extraconvenzionale” di minori provenienti da Paesi islamici*, in “Nuova Giurisprudenza civile commentata”, 2004, I, p. 158.
- J. Long, *Open Records e Open Adoptions: due proposte dagli Stati Uniti per la regolazione dei rapporti tra adottato, genitori adottivi e genitori biologici*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 3-4/2001 pp. 86 e ss.
- M. Malagoli Togliatti, G. Montinari (a cura di), *Famiglie divise*, FrancoAngeli, Milano 1995.
- G. Manera, *Sulla sussistenza dell'abbandono anche quando il minore viva in casa dei genitori*, in “Il nuovo diritto”, 1988, p. 306 ss.
- G. Manera, *Sulle nozioni di parenti obbligati all'assistenza del minore abbandonato e di impossibilità di affidamento preadottivo*, in “Giurisprudenza di merito”, 1991, pp. 93 e ss.
- G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- P. Martinelli, *Per una giustizia minorile mite (la giurisdizione della non decisione)*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 2/2008, pp. 34 e ss.
- A. Mestitz, *Messa alla prova e mediazione penale*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 1/2005, pp. 47 e ss.
- A.G. Miliotti, *I diritti degli adottati e l'open adoption, lo scenario Usa*, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, 3-4/2001, pp. 86-128.
- A.C. Moro, *L'accertamento della situazione di abbandono di un minore, in Italia ed all'estero, condizione irrinunciabile per una adozione corretta*, in “Diritto di famiglia”, 1992, pp. 1198 ss.
- A.C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, Zanichelli, Bologna, 2008.
- A.C. Moro, *Per una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza, Scritti* (a cura di L. Fadiga), FrancoAngeli, Milano, 2006.
- F. Occhiogrosso, *L'adozione mite due anni dopo*, relazione presentata al Convegno Ai.Bi., svoltosi a Bellaria il 28-31 agosto 2005, in “Minorigiustizia”, FrancoAngeli, Milano, n. 3, 2005, p. 149 e ss.
- F. Occhiogrosso, *L'adozione mite e le nuove prospettive emergenti*, in Giasanti, Rossi (a cura di), *Affidamento forte e adozione mite*, FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 91 e ss.

- F. Occhiogrosso, *Mediazione e dintorni: il punto sulla nuova cultura del vivere civile e del fare giustizia*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, 2/1999, p. 14.
- P.C. Pazè, *Affidamento familiare internazionale e soggiorni solidaristici*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, 3/2007, pp. 109 e ss.
- P.C. Pazè, *Caratteri, potenzialità e limiti della mediazione nel procedimento penale minorile*, in "Mediaries", Dedalo, Bari, 6/2005, a cura di A. Mestitz, pp. 227 e ss.
- P.C. Pazè, *La giustizia che taglia e restaura i legami del bambino*, Editoriale, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, 1/1999 p. 9.
- P.C. Pazè, *Contributo*, in "Le procedure giudiziarie civili a tutela dell'interesse del minore" (a cura di P. Dusi), Giuffrè, Milano, 1990, pp. 261 e ss.
- L. Pepino, *Serena, i giudici e l'intervento pubblico nel settore minorile*, in "Questione Giustizia", FrancoAngeli, Milano, 2/1989, pp. 434 e ss.
- G. Picotti, L. Spangher, *Competenza penale del giudice di pace e "nuove" pene non detentive; effettività e mitezza della sua giurisdizione*, Giuffrè, Milano, 2003.
- F. Pocar, P. Ronfani, *La famiglia ed il diritto*, Laterza, Bari, 1998, pp. 101 e ss. e 197 e ss.
- A. Prosperi, *Giustizia bendata, percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2008.
- P. Ronfani, *Il diritto e le "nuove" famiglie: una lettura sociologica di un rapporto complesso*, in "Minorigiustizia", FrancoAngeli, Milano, 2/2008, pp. 13 e ss.
- L. Rossi Carleo, *La valutazione dello stato di bisogno del minore: l'ottica legislativa*, in "Diritto di famiglia", 1986, pp. 1201 ss.
- L. Sacchetti, *L'affidamento dei minori*, Maggioli, Rimini, 1984.
- A.M. Sanchez Duran, *La situazione legislativa della mediazione familiare in Spagna*, in "Mediaries", Dedalo, Bari, n. 4/2004, pp. 76 e ss.
- F. Santamaria, C. Drigo, *Un'esperienza di cittadinanza attiva*, Regione Veneto, giugno 2008.
- F. Scaparro, *Relazione svolta al Convegno nazionale Aimmf sul tema "Bambini e ragazzi stranieri in Italia"* (Pesaro, 5-7 maggio 1989).
- P. Ubaldi, *Osservazioni in tema di affidamento familiare e di adozione "in casi particolari"*, in "Giurisprudenza italiana", 1985, I, 2, p. 693 ss.
- A. Vanzan, L. Miazzi, *Kafala e protezione del minore in Italia*, in "Diritto, immigrazione e cittadinanza", FrancoAngeli, Milano, 2004, 2, pp. 75.
- P. Vercellone, *Adozione ed affidamento familiare*, in "Bambini, ragazzi e giudici. Scritti scelti", FrancoAngeli, Milano, 2007, pp. 373.
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- G. Zagrebelsky, *Per un nuovo volontariato: quale modello di cittadinanza*, relazione svolta al Convegno Fivol, Roma, 1-2 ottobre 2004.

98. *Collana dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia*

1. Franco Occhiogrosso (a cura di), *Ragazzi della mafia*
 2. Melita Cavallo (a cura di), *Punire perché. L'esperienza punitiva in famiglia, a scuola, in istituto, in tribunale, in carcere: profili giuridici e protagonisti*
 3. Melita Cavallo (a cura di), *Le nuove criminalità. Ragazzi vittime e protagonisti*
 4. Melita Cavallo (a cura di), *Adozioni dietro le quinte. Esperienze di vita a confronto dalla voce dei figli, dei genitori, degli operatori*
 5. Marco Bauchard (a cura di), *Quando un bambino viene allontanato. Diritti del bambino, diritti degli altri*
 6. Saverio Abruzzese (a cura di), *Minori e sessualità. Vecchi tabù e nuovi diritti*
 7. Melita Cavallo (a cura di), *Viaggio come nascita. Genitori e operatori di fronte all'adozione internazionale*
 8. Edoardo Pausillo (a cura di), *Cucciolo di leone. Biografia di un giovane fedayin*
 9. Melita Cavallo (a cura di), *Lavoratori eccellenti. Piccoli schiavi di una economia perversa*
 10. Antonietta Picardi (a cura di), *Minori, famiglia, persona. Quale giudice?*
-
1. *Strumenti*
 1. Piera Serra, *Il giudice onorario minorile*
 2. Luigi Fadiga (a cura di), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti di Alfredo Carlo Moro*
 3. Paolo Vercellone, *Bambini, ragazzi e giudici. Scritti scelti*
 4. Saverio Abruzzese (a cura di), *Bullismo e percezione della legalità. Operatori delle scienze psicosociali, del diritto ed educatori a confronto*
 5. Franco Occhiogrosso, *Manifesto per una giustizia minorile mite*

www.francoangeli.it

Un patrimonio sempre aggiornato di conoscenze e nuovi servizi.
Facile e intuitivo nelle ricerche. Veloce da interrogare.
Modalità intelligenti di selezione e di fruizione.
A servizio di docenti, studenti, professionisti.

Ricerche semplici e complete

Filtri semantici

Possibilità di scegliere il "livello" (textbook, ricerca, guida per professional...)

Argomenti chiave

Sintesi veloci

Suggerimenti ragionati e pertinenti

Acquisti sicuri

Descrizioni approfondite

FrancoAngeli
La passione per le conoscenze



CONSULTATE IL NOSTRO CATALOGO SU WEB

**www.
francoangeli.it**

- Gli abstract e gli indici dettagliati di oltre **12.000 volumi** e 30.000 autori.



- I sommari dei fascicoli (a partire dal 1990) di oltre 90 riviste.

- La newsletter (via e-mail) **delle novità**.

- Il calendario di tutte le **iniziative**.

- La possibilità di **e-commerce** (per acquistare i libri o effettuare il download degli articoli delle riviste).

- Il **più ricco catalogo** specializzato consultabile in modo semplice e veloce.

- **Tutte le modalità di ricerca** (per argomento, per autore, per classificazione, per titolo, full text...)

per individuare i libri o gli articoli delle riviste.



- FrancoAngeli è la **più grande biblioteca specializzata** in Italia.

- Una gamma di proposte per soddisfare le esigenze di aggiornamento degli studiosi, dei professionisti e della **formazione universitaria e post-universitaria**.

Eravamo abituati ad un diritto minorile che si occupava di allontanamenti, decadenze di potestà, stato di abbandono, imputabilità, immaturità. In questo volume si prendono in esame altri elementi qualificanti: giustizia di prossimità, ricerca e costruzione del consenso, mediazione, attenzione ai bisogni, integrazione dei servizi, tutore volontario, continuità e stabilità degli affetti e, soprattutto, adozione mite. Alla base di quest'ultima importante novità proposta dal Tribunale per i minorenni di Bari c'è il tentativo di rendere l'accoglienza familiare meno dolorosa e drammatica, evitando angoscianti tagli con il passato e tutelando l'identità del minore.

Ma l'adozione mite è anche un pretesto per sviluppare un discorso più ampio ed articolato sul reale e supremo interesse del minore, a partire dalla Convenzione Onu sui diritti del fanciullo del 1989. Questo libro, oltre a sistematizzare una corrente della giurisprudenza minorile già praticata nei tribunali italiani, è anche un'occasione per affrontare il problema dei cambiamenti della struttura familiare, della complessità del tessuto sociale e della necessità di un nuovo giudice, che sappia cogliere e interpretare questi cambiamenti.

Dopo il "caso Serena", qui analizzato come esempio paradigmatico, che ha mostrato i limiti di una giustizia minorile troppo legata alle norme e poco alla realtà degli affetti, si rendeva necessaria una ridefinizione dei confini e delle scelte della giurisdizione minorile.

"La giurisprudenza deve obbedire alla legge e alla realtà", scrive l'Autore citando Zagrebelsky; da qui la necessità di un *relativismo* che bisogna sempre tener presente se è vero che nell'affidamento familiare, nato per garantire la temporaneità dell'accoglienza familiare, solo il 40% dei minori affidati è tornato a casa nella famiglia d'origine.

Questo *relativismo*, però, non significa anomia ed arbitrio. Tutt'altro. Perché giudici, avvocati e servizi sono costretti ad un serrato confronto sulle prassi.

Del resto, come immaginare – e soprattutto proporre – una giustizia minorile che non sia mite? Il giudice minorile agisce su una materia fragile e delicata: non solo i bambini, ma anche gli affetti. La mitezza – pertanto – è necessaria, direi indispensabile.

Questo libro, con brillante nitidezza, ne delinea i contorni.

Saverio Abbruzzese

Franco Occhiogrosso è presidente del Centro nazionale di documentazione e analisi per l'infanzia. Giudice minorile dal 1967, è stato procuratore della Repubblica e presidente del Tribunale per i minorenni a Bari. Direttore scientifico di "Mediaries" e condirettore di "Minorigiustizia", per due volte presidente dell'Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e per la famiglia del cui Direttivo è ora componente, è attualmente presidente del Tribunale di Sorveglianza di Bari. Ha curato vari articoli e pubblicazioni tra cui, per i nostri tipi, *Ragazzi della Mafia*, 1993.