

Criticità nella disciplina normativa ed aree di possibile sviluppo

Intervento di *Grazia Ofelia Cesaro, Avvocato*

Presidente dell'Unione Nazionale Camere Minorili

1. Diritto del minore a crescere in una famiglia e principio di sussidiarietà

Di grande attualità è oggi il dibattito rispetto al diritto del minore, con problemi di idoneità e stabilità della famiglia d'origine, a crescere comunque in una famiglia, e questo perché, varie trasformazioni sociali, tra cui anche il clamore suscitato ed amplificato dai *mass media* rispetto a recenti accadimenti di cronaca sugli allontanamenti familiari, hanno alimentato pregiudizi al contrario sul mondo dell'accoglienza.

Offrire al minore l'accoglienza di una famiglia, è davvero soddisfare un suo bisogno? Costituisce il soddisfacimento di un suo insopprimibile diritto?

Per i minori che incontriamo in comunità, istituzionalizzati da lungo tempo, la risposta è semplice: Sì.

Avere una famiglia vuol dire aver garantiti tutti quei diritti che, prima fra tutti, la Convenzione ONU del 1989 sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza riconosce, quali il diritto all'opinione, il diritto alla tutela dell'ambiente familiare, all'identità, il diritto a ricevere cure e attenzioni, il diritto alla salute, il diritto all'istruzione e tanti altri.

Per il mondo del diritto, sia nazionale che internazionale, avere una nuova famiglia deve essere una scelta residuale, considerata *extrema ratio*, e soggiacere al principio di sussidiarietà.

Secondo la L. 184/1983, il cui titolo è stato modificato dalla L. 149/2001 (si intitola “diritto del minore a crescere in una famiglia”), la tutela dell’interesse del minore alla famiglia è regolata come segue: (1) in primo luogo, sussiste il diritto del minore di *crescere ed essere educato nell’ambito della propria famiglia* (art. 1); (2) in secondo luogo, qualora il proprio ambiente familiare sia giudicato inidoneo, ma l’inadeguatezza della famiglia di origine sia risolvibile entro un periodo di tempo congruo con le esigenze del minore, sarà collocato in una *famiglia affidataria* ovvero in una *comunità di tipo familiare* (art. 2); (3) in terzo luogo, solo qualora l’inadeguatezza della famiglia è grave e irrimediabile in tempi compatibili con l’interesse del minore, questo sarà definitivamente allontanato e collocato in una *famiglia adottiva* (art. 3).

A bilanciare detto principio, soccorre il principio del *best interest of the child*, ai sensi dell’art. 3 Conv. ONU 1989, per come interpretato dal Commento Generale n. 14 del Comitato ONU per i diritti dell’infanzia, secondo cui “*la valutazione del superiore interesse del minore è un’attività esclusiva che dovrebbe essere intrapresa in ogni singolo caso, alla luce delle circostanze specifiche del minorenne*”.

Occorre dunque bilanciare la residualità, o *extrema ratio*, dello strumento dell’adozione, con il diritto a crescere in modo sano supportato da una famiglia.

Da un punto di vista nazionale i dati sull’adozione interna riferiti al 2018¹ ci fotografano una situazione importante: il numero di adozioni legittimanti è di 850 pronunce di adozione nazionale, che è superiore ma non di molto a quelli dell’adozione per casi particolari ex art. 44 l. 184/1983 pari 667 casi con 777. Altro dato importante è che il 62% dei minori è in affido familiare e il 31,7% dei coetanei nei servizi residenziali, lo sono **da oltre due anni**, mentre solo circa il 40% farà rientro nella famiglia di origine.²

¹ Ministro della giustizia – Dipartimento per la Giustizia minorile e Comunità (aprile 2019) Dati statistici relativi all’adozione negli anni dal 2000 al 2018

² I minorenni fuori famiglia erano al 31.12.2016, 26.615, di cui 14.012 in affido familiare e 12.603 in strutture comunitarie. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (2018). Quaderni della ricerca sociale 42 – Affidamenti familiari e collocamenti in Comunità al 31.12.2016

Per tener conto dell'importanza dei legami che si sono creati nei progetti di affido e garantire stabilità affettiva ai minori, l'Italia ha adottato la legge sulla c.d. "continuità affettiva" (l. 173/2015) che consente di tener conto dei "legami affettivi significativi e del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria" (gli affidatari devono essere convocati, a pena di nullità, nei procedimenti civili in materia di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adattabilità e hanno facoltà di presentare memorie scritte nell'interesse del minore).

Per la stessa finalità, la giurisprudenza ha attribuito crescente rilevanza all'istituto dell'adozione in casi particolari ex art. 44 lett. d) L. 184/1983, che permette al minore di essere adottato dagli affidatari con cui ha maturato un profondo legame³ e ciò anche in caso di diniego del genitore esercente la responsabilità genitoriale ex art. 46 l. ad., poiché, sulla base del criterio di effettività del legame, possono esprimere un valido dissenso solo i genitori "*che non siano meri titolari della responsabilità stessa ma ne abbiano in concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore*" (Cass. Sez. I. 18575/2015, Cda Milano 9.5.2018).

Anche nell'adozione internazionale i dati sono significativi, le sentenze di adozione internazionale in Italia si sono ridotte del 50% negli ultimi 5 anni⁴: che cosa è successo?

La domanda non può che avere molte risposte, perché molti sono i fattori che hanno concorso a questo fenomeno. Certo è che i bambini in situazione di bisogno e abbandono nel mondo sono ancora molti e che tra questi fattori, forse può aver contributo anche un affievolimento del riconoscimento nel diritto internazionale del diritto del minore ad una famiglia⁵ ed una rigida interpretazione del principio di sussidiarietà.

La Convenzione ONU del 1989, all'art. 20, par. 1, prevede che "*ogni fanciullo il quale è temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare oppure non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto alla protezione e ad aiuti speciali dello Stato*", riconoscendosi al par. 3 che "*tale protezione sostitutiva può in particolare concretizzarsi per mezzo di sistemazione in una famiglia, della kafala di diritto islamico, dell'adozione o in caso di necessità, del collocamento in adeguato istituto per infanzia*" dando così primario rilievo alla collocazione in famiglia (affido/adozione) e considerando residuale "*in caso di necessità*" l'inserimento in comunità, che ha dunque natura sussidiaria.⁶

La progettualità di ricerca di una nuova famiglia in stato diverso da quello di appartenenza deve però soggiacere all'ulteriore vaglio del principio di sussidiarietà, ai sensi della Convenzione ONU 1989 art. 21, par. 1, lett. c), secondo cui gli Stati membri "*riconoscono che l'adozione all'estero può essere presa in considerazione come un altro mezzo per garantire le cure necessarie al fanciullo, qualora quest'ultimo non possa essere affidato a una famiglia affidataria o adottiva oppure essere allevato in maniera adeguata nel Paese d'origine.*"

Detto principio è richiamato anche dal Preambolo della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione internazionale in materia di adozione internazionale del 1993 che statuisce che "*ogni Stato dovrebbe adottare, con criterio di priorità, misure appropriate per consentire la permanenza del minore nella famiglia di origine.*"

L'interpretazione restrittiva di detto principio, come verrà ben illustrato dal Dott. Moyerson, nelle FAD, prevede che un minore dovrebbe essere cresciuto nella sua famiglia di origine o nella sua famiglia allargata ogni volta che ciò sia possibile. Solo se ciò non è possibile o praticabile, dovrebbero essere prese in considerazione altre forme di collocamento stabili all'interno del Paese di origine. Solo dopo aver preso in debita considerazione le soluzioni nazionali, si dovrebbe prendere in considerazione l'adozione internazionale, e solo se è *nel best interest of the child*.

L'adozione internazionale, dunque, secondo alcuni, dovrebbe essere considerata come ultima risorsa. Ma secondo l'interpretazione della Convenzione dell'Aja che predilige è l'istituzionalizzazione che

⁴ Si è passati da 2446 sentenze di adozione nel 2013 sino a 1153 nel 2018. Tavole storiche del Ministero di Giustizia

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2008 su una strategia dell'Unione Europea sui diritti dei minori, par. 109: "tutte le convenzioni internazionali sulla protezione dei diritti dei bambini riconoscono il diritto dei bambini abbandonati e degli ospiti di avere una famiglia".

⁶ J. Long "Esiste nel diritto internazionale un diritto del minore a crescere in una famiglia?" www.commissioneadozioni.it

deve essere considerata l'ultima risorsa e, poiché il perno della Convenzione è il concetto di “famiglia stabile”, le soluzioni familiari stabili dovrebbero comunque avere la precedenza su tutte le soluzioni temporanee.

In questo senso, l'adozione internazionale dovrebbe essere preferita a lunghe forme di collocamento comunitario, o lunghi programmi di affidamento professionalizzati o più programmi di affidamento nel paese d'origine. Infatti, in questi casi è doveroso, e non sussidiario, soddisfare nel *best interest of the child* il diritto del minore ad una famiglia, anche sul piano internazionale.

2. Il Diritto del minore ad una famiglia stabile come obbligo positivo dello stato ai sensi dell'art. 8 della CEDU

Secondo diversa prospettiva si può inoltre considerare che il diritto del minore ad una famiglia stabile e ad una identità familiare, non può subire mai un affievolimento di tutela perché è da considerarsi un diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione EDU.

L'art. 8 tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare e, affinché esso sia applicabile, è necessario che sussista, appunto, una **vita familiare** ai sensi della Convenzione, che è **nozione giuridica autonoma**, poiché prescinde e non coincide con quella degli ordinamenti nazionali dei 47 Stati del Consiglio d'Europa⁷, ma si basa sull'effettività ed intensità dei legami⁸.

Inoltre, la nozione di vita familiare ai sensi dell'interpretazione della Corte EDU ricomprende anche “**aspettative**” relative alla possibilità di costituire, o mantenere, la vita familiare: es., adozione del figlio del partner, mantenimento del legame affettivo tra affidatari e minore in affido⁹.

Per tutelare questi diritti lo Stato ha obblighi positivi, da intendersi come un *facere*, e negativi, di non ingerenza. Se è vero che la dottrina della Corte EDU, sino ad ora, è intervenuta nelle adozioni prioritariamente nel richiamare il rispetto degli Stati agli obblighi di non ingerenza nella vita familiare¹⁰, è altresì vero che tra obblighi positivi di uno Stato vi è quello prendere le misure necessarie per garantire la tutela effettiva di un diritto che verrebbe altrimenti leso.

Da questo punto di vista, e con baricentro sulle legittime aspettative di benessere di un minore, legate al suo inserimento in un nuovo contesto familiare per una crescita serena ed equilibrata, soddisfare questa aspettativa di benessere deve rientrare tra gli obblighi positivi precipui di uno Stato e ciò deve avvenire, sempre secondo le indicazioni della Corte EDU, secondo criteri di effettività e tempestività.

I tempi di un intervento, specie con riferimento all'inserimento di un bambino in progetto familiare ai fini adottivi, sono infatti fondamentali, in molti casi sono tutto, perché un progetto non tempestivo può portare al fallimento del progetto stesso.

⁷ Accanto al modello di famiglia tradizionale, troviamo nuove forme di vita familiare, famiglie allargate, famiglie ricomposte, famiglie di fatto eterosessuali, omosessuali, e di famiglie adottive, in cui gli adottandi possono essere anche coppie dello stesso, famiglie monogenitoriali. Tutti questi “nuovi legami”, tutte queste “nuove famiglie”, ancorché non sempre formalmente riconosciuti come tali dai singoli ordinamenti nazionali, trovano tutela nell'ambito dell'art. 8 della CEDU.

⁸ La Corte adotta, al riguardo, anche un approccio estensivo: nella causa *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di vita familiare anche in assenza di riconoscimento giuridico dell'adozione. L'esercizio effettivo delle funzioni genitoriali, la creazione di un legame stretto, nonché la percezione dello stesso come legame familiare da parte dei diretti interessati e dall'ambiente circostante, costituisce elemento fondamentale nell'instaurazione di un legame familiare **pur in mancanza di un legame biologico e persino di un qualsiasi riconoscimento giuridico**.

⁹ Si pensi al caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, ove i ritardi procedurali nel procedimento di adozione in casi particolari da parte della coppia affidataria del minore hanno implicato che, nel frattempo, lo stesso fosse dichiarato adottabile, impedendo l'instaurazione del legame familiare

¹⁰ Gli Stati hanno l'obbligo di garantire, per quanto possibile, che il minore rimanga nell'ambito della propria famiglia di origine, di godere di tale rapporto, eventualmente anche se allontanati dalla famiglia, quando possibile, (*Pedersen e altri c. Norvegia*, *Zhou c. Italia*).

Sotto diversa prospettiva, l'obbligo positivo non solo soddisfa il diritto alla vita familiare del minore ma anche il diritto alla vita privata intesa come diritto all'identità, l'acquisizione di un cognome, di un legame di parentela, dei diritti ed obblighi che da questi derivano, anche in ambito successorio.

Se è vero che non vi sono state pronunce della Corte EDU in tal senso, è altresì incontestabile che nel mondo, Italia compresa, come si è visto dai dati, molti dei progetti di "cura" predisposti per i minori privi di ambiente familiare non hanno garantito a quei minori effettività, stabilità e benessere che solo un contesto inclusivo familiare può offrire.

In quest'ottica, potrebbe essere un rappresentante diretto del minore privo di ambiente familiare idoneo, quale il tutore, o ad esempio il curatore speciale del minore¹¹, a portare all'attenzione della Corte casi in cui lo Stato non è riuscito a garantire al minore il diritto ad una famiglia ed ad una identità familiare, lasciandolo nel limbo di progetti di cura non funzionali alle sue esigenze di benessere e di crescita.

3. Altre aree di possibile sviluppo

Come si è visto accanto alla adozione legittimante, sempre più in Italia si sta facendo ricorso all'adozione per casi particolari. Pertanto, una possibile forma di estensione può essere prevista con riferimento al pieno riconoscimento giuridico dell'adozione in casi particolari anche internazionale, con riferimento a minori in stato di abbandono abitualmente residenti all'estero

La Corte costituzionale, quindici anni fa, con l'ordinanza n. 347 del 29.7.2005, ha confermato che in via interpretativa deve essere riconosciuta la possibilità di procedere a un'adozione in casi particolari internazionale di un minore abbandonato nei medesimi casi in cui tale adozione sarebbe consentita qualora il minore si trovasse sul territorio italiano. Nel caso di specie una donna single cagliaritana che aveva accolto per molti anni con i "soggiorni climatici" un minore di nazionalità bielorussa, e aveva poi richiesto l'idoneità all'AI, per poter perfezionare l'adozione in Bielorussia, conformemente alla Convenzione dell'Aja. Detta pronuncia non ha però avuto molto seguito ma ciò sarebbe certamente necessario, con riferimento a tutti casi nei quali il minore ha già costituito rapporti significativi con l'aspirante o gli aspiranti genitori adottivi, e può essere anche necessario, magari in caso di minore già grande, mantenere dei rapporti significativi nel Paese d'origine. In questo caso non solo vi sarebbe una estensione dei criteri di idoneità all'adozione internazionale, che dovranno essere valutati sulla base delle esigenze di quello specifico minore (adozione c.d. "nominativa"), ma anche delle modalità con cui la stessa adozione può modellarsi per meglio rispondere alle esigenze di benessere e di crescita del minore adottato.

Purtroppo ad oggi tale strumento non è disciplinato nel diritto italiano, tanto che la maggior parte di affidamenti di minori residenti all'estero e accolti da famiglie italiane o straniere residenti in Italia, specie se abbiano natura consensuale, vengono regolarizzati soltanto in epoca successiva all'ingresso del minore in territorio italiano attraverso il ricorso all'istituto dell'affidamento familiare consensuale (art. 4 l. 184/1983) o della tutela per minore età.

Altro strumento che potrebbe essere implementato in situazioni particolari è lo strumento dell'affidamento internazionale *sine die*, per motivi di studio o sanitari. In questo caso potrebbe essere prevista la preventiva valutazione dell'idoneità degli affidatari da parte dei servizi sociali territoriali nonché, qualora da adottarsi in forma consensuale, una dichiarazione di volontà da parte degli esercenti la responsabilità genitoriale all'estero.

Un valido ausilio nella diffusione e attuazione dell'affido internazionale potrebbe essere dato dall'istituto del collocamento transfrontaliero di minori, che trova la propria disciplina sia nell'art. 56 del Regolamento UE n. 2201/2003, limitatamente al collocamento di minori all'interno dell'Unione europea, sia all'art. 33 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996, istituto ad oggi poco attuato

¹¹ Cui la giurisprudenza della Corte EDU ha attribuito recentemente valore, giungendo nel caso *A.e B contro Croatia* alla indicazione di nomina diretta in caso di conflitto del minore con entrambi i genitori

dall'Italia sia al fine di disporre collocamenti all'estero di minori residenti in Italia, sia al fine di ottenere il collocamento in Italia di minori stranieri.

Sebbene le norme non facciano distinzioni, tale istituto si applica normalmente per collocamenti di natura non negoziale, ma disposti dall'autorità giudiziaria. Entrambe le norme prevedono che l'autorità del Paese di residenza del minore che dispone il collocamento del minore presso una famiglia residente all'estero consulti preventivamente l'Autorità Centrale o l'autorità giudiziaria del Paese in cui il collocamento deve essere effettuato, dando informazioni sul minore e sui motivi del collocamento. La decisione di collocamento dell'autorità d'origine del minore può essere assunta solo se l'Autorità Centrale o l'autorità competente dello Stato richiesto autorizza il collocamento nell'interesse del minore.

Uno dei problemi nell'attuazione di tale istituto è la lunghezza del procedimento, che spesso porta gli Stati ad attuare il trasferimento del minore prima ancora che sia ottenuto il consenso del Paese di accoglienza. Altro problema è la mancanza di indicazioni in merito al tipo di indagine che debba svolgersi nel Paese di accoglienza ma che coinvolge certamente la famiglia di accoglienza. A ciò si aggiunga naturalmente il limite dato dal fatto che il collocamento transfrontaliero può avvenire solo tra i Paesi dell'Unione Europea o tra Paesi contraenti la Convenzione dell'Aja del 1996.

Ciò ha fatto sì per esempio che secondo dati statistici raccolti tra il 2009 e il 2015 dal Parlamento Europeo¹² è risultato che in Italia sono stati formalizzati in tutto soltanto 89 collocamenti in esecuzione di provvedimenti stranieri, tutti disposti all'interno dell'Unione Europea, 80 dei quali dalla Germania, di cui molti finalizzati a favore di famiglie residenti in Italia ma di origine tedesca (affidamenti omoculturali). Solo tre collocamenti sono invece stati disposti da autorità italiane verso Stati stranieri. Non c'è peraltro in Italia uniformità nell'individuazione delle procedure di esecuzione di tale normativa: in alcuni casi il consenso dell'Italia al collocamento nella famiglia ospitante è dato dal Tribunale per i Minorenni, in altri casi dal Pubblico Ministero secondo prassi locali non oggetto di condivisione a livello nazionale.

Infine, sotto altro profilo, ma comunque di grande importanza, è certamente da implementare il sostegno al post adozione, nonché una raccolta più mirata, con banche dati costantemente aggiornate, delle criticità che emergono nel post adozione.

Ampliare le forme di sostegno e assistenza dei minori abbandonati all'estero, regolamentandole specificamente al fine di prevenire forme di abuso, risponde poi ai principi di una vera tutela dell'infanzia, non solo in termini di protezione e cura, ma anche di promozione del benessere in una dimensione olistica e proiettata al futuro: il modo migliore per dare senso e rendere effettivo l'impegno degli stati verso *il best interest of the child*.

¹² Cross border placement of children in the European Union, European Parliament, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, citizen's rights Committee on legal affairs, 2016