

La tutela giuridica del minore: l'affidamento familiare tra passato e presente

di Joëlle Long, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino

Relazione orale

Abstract

Il progetto culturale e legale dell'affidamento familiare di cui alla legge n.184 (sostenere una famiglia in difficoltà valorizzando lo slancio solidale di altre famiglie) è ancora ben valido, vivo e vitale. Tra i suoi punti di forza "sempreverdi" si segnalano: a) il riconoscimento dell'importanza per bambine e bambini della crescita in un ambiente familiare "ai fini dello sviluppo armonioso e completo della personalità" (così... ma nel 1989.. la Conv. ONU sui diritti dell'infanzia); b) la valorizzazione del livello locale, inteso sia come livello di governo (come dimostrato dall'attribuzione della regia dell'affido al servizio sociale locale; vd. poi a partire dal 2000 l'attribuzione della competenza legislativa esclusiva alle Regioni nella materia dei servizi sociali) sia come solidarietà sociale a livello individuale (tramite famiglie affidatarie e tramite associazioni "a vocazione specifica" di cui il Tavolo Nazionale Affido è espressione). E' certamente vero che esiste una certa distanza tra il dettato originario della legge n.184 e la realtà concreta degli affidi. Purtroppo, l'analisi degli interventi normativi che sono intervenuti nel tempo per emendare la legge n.184 e della (scarsa) giurisprudenza sul tema ribadisce la crucialità dei summenzionati tratti caratterizzanti dell'affido già contenuti nel testo originario.

Testo

"Mi presti la tua famiglia? La mia è un po' in difficoltà" è lo slogan coniato dallo studio pubblicitario Testa nel 2008 per la campagna di sensibilizzazione sull'affido del Comune di Torino e da allora in poi utilizzato dall'ente anche in tutte le successive campagne.

Lo cito in apertura del mio intervento perché, a mio avviso, ben riassume i punti di forza "sempreverdi" dell'affido familiare nella legge n.184. "Sempreverdi" perché – come vedremo – trovano conferma anche negli interventi legislativi e giurisprudenziali più recenti.

1) Un primo fondamentale profilo concerne il riconoscimento dell'importanza per bambine e bambini della crescita in un ambiente *familiare* "ai fini dello sviluppo armonioso e completo della personalità" (così... ma nel 1989.. la Conv. ONU sui diritti dell'infanzia). Lo slogan infatti fa riferimento a due famiglie: la famiglia di origine del minore, che continua a essere la sua famiglia di riferimento (la "mia" famiglia), e la famiglia di accoglienza (la "tua" famiglia, che mi accompagnerà per un tratto di strada).

L'affidamento familiare realizza infatti il diritto del minore *a una famiglia*, diritto oggi proclamato con una forte valenza nel titolo della legge n.184 (così come modificato dalla legge n.149/2001) e anche nella Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia il cui Preambolo afferma che "il fanciullo ai fini dello sviluppo armonioso e completo della sua personalità deve crescere in un ambiente familiare in un clima di felicità, amore e comprensione". Il diritto del minore a una famiglia si declina sotto due profili: 2.1) sostegno alla genitorialità della famiglia di origine che grazie all'affido ha spazio e tempo per (ri) costruire un ambiente idoneo alla crescita del minore; 2.2) garantendo comunque al minore che non può crescere con i genitori uno spazio fisico e spirituale in cui vivere "in un clima di felicità, di amore e di comprensione" (vedi il summenzionato riferimento al Preambolo della Conv. Onu diritti infanzia). E' ciò che distingue questo affidamento dall'affidamento al servizio sociale introdotto dalla riforma Cartabia (art.5bis) e che costituisce un istituto a mio avviso affatto diverso.

1.1) "La mia famiglia è un po' in difficoltà" dice lo slogan del Comune di Torino descrivendo i presupposti dell'affidamento familiare. L'affido infatti opera qualora il minore sia "*temporaneamente* privo di un ambiente familiare idoneo" (art. 2 comma 1°), cioè in caso di prognosi favorevole sul recupero o sulla costruzione delle capacità genitoriali da parte dei genitori. Durante l'affido, infatti, la famiglia di origine deve essere opportunamente sostenuta dai servizi sociali territoriali e devono essere mantenuti i rapporti di fatto e giuridici tra il minore e la famiglia di origine (art.4 comma 3). In questo sta la distinzione rispetto all'adozione

che, com'è noto, presuppone l'inidoneità completa e definitiva dell'ambiente familiare di origine e realizza l'accoglienza a ogni effetto "come figlio" del minore in una nuova famiglia.

L'esame della giurisprudenza della Corte di cassazione e della Corte EDU mostra come non sempre sia costruito e implementato un percorso adeguato e mirato di sostegno alla genitorialità vulnerabile nelle more dell'affidamento familiare della prole. Le censure si sono appuntate in particolare su casi di genitori migranti soli, spesso madri, talvolta vittime di violenza di genere (necessità di approccio anche interculturale dei servizi in una realtà che è sempre più complessa). Per la Corte EDU vd. già *E. P. c. Italia* (1999) e poi *Zhou* (2014), *Akinnibosun* (2015), *Barnea e Caldararu c. Italia* (22 luglio 2017), *D. M. e N. c. Italia* (2022). In tutti i casi si stigmatizza la mancata predisposizione da parte dei servizi sociali territoriali di un progetto specifico di sostegno alla genitorialità durante il collocamento extrafamiliare. In senso analogo vd. anche da ultimo Corte di cassazione del 10 novembre 2022, n. 33147 (per la presentazione del caso vd. infra) che rileva come nel caso di specie siano mancati tempestivi e adeguati interventi di sostegno alla famiglia di origine.

Nell'ottica dell'ulteriore rafforzamento della sussidiarietà dell'affido rispetto a forme di sostegno domiciliare nonché della finalizzazione dell'affidamento al pronto rientro in famiglia vanno inquadrate le riforme di cui alla legge 149/2001 e alla legge 107/2020. La legge n.149 precisa che le condizioni di indigenza dei genitore non possono limitare il diritto del minore a crescere nella sua famiglia (art. 1 comma 2°) e che lo Stato e gli enti territoriali devono prevenire gli allontanamenti (art. 1 comma 3°). Prevede inoltre che nel provvedimento di affidamento siano indicate le modalità di mantenimento dei contatti con la famiglia di origine (art.4 comma 3°) e che il servizio sociale debba agevolare i rapporti del minore con la famiglia di origine (art. 5 comma 2). La legge n.107 prevede che gli allontanamenti disposti in casi di necessità ed urgenza debbano essere adottati indicando espressamente le ragioni per le quali non sia possibile il sostegno in famiglia (art.2 comma 3bis).

Essendo uno strumento di sostegno alla genitorialità vulnerabile, l'affido deve essere a tempo determinato e destinato a venir meno allorché la famiglia di origine, opportunamente sostenuta, garantisca al minore un ambiente familiare sufficientemente idoneo. Il testo originario del 1983 non prevedeva un termine massimo di durata, ma si limitava a prevedere che dovesse essere indicato il periodo di presumibile durata e che l'affidamento dovesse cessare al termine della situazione di difficoltà della famiglia di origine (art. 4 commi 3 e 4). E' stato poi introdotto formalmente dalla legge n.149 del 2001 che ha precisato non più di 24 mesi ma prorogabile (art. 4 comma 4°). La Riforma Cartabia ha introdotto la cessazione automatica per decorso del termine (art. 4 comma 5°). Entrambe le riforme, sia quella del 2001 sia quella del 2022, dunque accolgono e ribadiscono quello che era già un tratto caratterizzante della legge n.184.

Perché questo affanno del legislatore a garantire la temporaneità? Perché nello spirito della legge n.184 è importante distinguere l'affido dall'adozione: è quest'ultima che garantisce l'accoglienza definitiva in una nuova famiglia ma nel diverso presupposto di mancanza completa e definitiva della famiglia di origine.

Eppure nella pratica gli affidi durano ben più di 24 mesi; ci sono addirittura casi di affidamenti disposti *sine die*. Perché? Com'è possibile?

Non sempre è agevole o comunque è possibile effettuare una prognosi corretta dei tempi di recupero delle capacità genitori. La prosecuzione dell'affido è doverosa nei casi in cui la famiglia di origine non risulti avere riacquisito quel livello minimo di competenze genitoriali necessario a rendere l'ambiente familiare idoneo all'accoglienza del minore. Non è invece legittimo se avviene perché la situazione non viene monitorata dai servizi e/o dal giudice. Il rischio, più volte evidenziato dalla Corte EDU, è che il futuro del minore venga deciso in ragione del consolidamento di una situazione di fatto che renderebbe contrario all'interesse del minore un diverso assetto relazionale e un diverso collocamento del minore. Da qui l'importanza del mantenimento dei rapporti di fatto tra il minore e la famiglia di origine durante l'affido. Pare inoltre illegittima, tanto più alla luce della Riforma Cartabia (vd. *supra* la prassi di disporre fin dall'inizio affidamenti *sine die*). Vd. da ultimo Corte di cassazione del 10 novembre 2022, n. 33147 che afferma l'illegittimità di affidamenti *sine die*. Il caso riguardava un nucleo familiare di migranti rifugiati politici che si trovavano in Italia in condizioni economiche e di vita precarie e avevano dunque consentito che la figlia terzogenita a due mesi venisse collocata presso una famiglia presso la quale era poi rimasta in affidamento per quattro anni, con il consenso dei genitori stessi con i quali manteneva periodicamente rapporti. Il Tm incaricava quindi i servizi di progettare il reinserimento in famiglia. A quel punto la minore iniziava a manifestare malessere e rifiuto verso la famiglia di origine. L'affido veniva dunque ancora una volta prorogato

e veniva disposta CTU che evidenziava il malessere della bambina e il suo buon inserimento presso gli affidatari. Sulla base della stessa il TM accoglieva la richiesta del PMM di decadenza dei genitori e pronunciava un affido "sine die". La Cassazione annulla con rinvio perché mancano i presupposti per la decadenza e perché l'affidamento sine die è illegittimo (in questo senso peraltro già App. L'Aquila, 29 giugno 1992 che dichiara lo stato di abbandono di una minore affidata per anni a una coppia di coniugi dal padre vedovo che se ne era del tutto disinteressato).

Insomma, il legislatore del 1983 era un "visionario". L'impostazione culturale e legale della legge n.184 e in particolare l'aspetto del necessario sostegno alla famiglia di origine durante l'affidamento e della temporaneità dell'affido è cruciale e le sue potenzialità non sono -probabilmente- allo stato compiutamente attuate.

1.2) Passiamo ora alle famiglie di accoglienza, le cui istanze solidali (disconosciute dalla riforma Cartabia che sembra invece muovere dal sospetto che le famiglie affidatarie siano animate da intenti lucrativi vd. regime delle incompatibilità art. 2, comma 1.1 legge n.184) costituiscono – come già detto - il motore dell'affidamento familiare (riconosce ogni dignità morale e legale all'affido anche l'art. 20 della Conv. ONU sui diritti dell'infanzia; esistono poi esperienze analoghe in pressoché tutti i Paesi, vd. per esempio la kafala, anche se in alcuni Paesi non sempre l'intento è esclusivamente solidaristico: vd. Francia, dove le famiglie affidatarie sono essenzialmente professionali). Anche la famiglia affidataria, così come la famiglia di origine, deve essere adeguatamente sostenuta (e informata... vedi i risultati pur ormai datati della ricerca di Garelli secondo cui più della metà degli affidatari intervistati non era informato adeguatamente in merito al progetto dei servizi: nel 2001, per esempio, si è chiarito che spetta ai servizi e non alla famiglia affidataria gestire i rapporti con la famiglia di origine).

La legge n.184 attribuisce agli affidatari gli stessi doveri dei genitori: istruzione, mantenimento ed educazione (art. 5), con il limite tuttavia dato dal fatto che l'affido è preordinato al ritorno del minore nella famiglia di origine. Da qui, la necessità che la famiglia affidataria rispetti le scelte di vita (es. religione, scuola) fatte dai genitori di origine che rimangono competenti per le decisioni più importanti per la vita dei figli, salvo il caso di decadenza o di limitazione giudiziale. Nel 2001 si è introdotta specificazione dei ruoli in relazione a scuola e salute proprio per cercare di fare chiarezza. Sempre nel 2001 si è previsto che alle persone affidatarie può essere temporaneamente riconosciuto il diritto agli assegni familiari e che a essi si estendono tutti i benefici in tema di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro, di permessi per malattia, di riposi giornalieri, previsti per i genitori biologici (art. 80 legge n.184, nuovo testo) e che esse debbano essere sentite dal tribunale per i minorenni nei procedimenti di potestà e di adottabilità (art.5). Che l'affidamento familiare dia vita a una vita familiare meritevole di tutela è oggi riconosciuto dalla giurisprudenza internazionale (Corte EDU *Moretti e Benedetti c. Italia*) e nazionale (Cassazione penale, sez. IV 27 settembre 2001, n.35121). La legge n.173/2015 ha riconosciuto (da un punto di vista generale non ce n'era bisogno, ma è stato opportuno in ragione del verificarsi di alcune situazioni pratiche in cui tale necessità era stata disconosciuta: vd. la già menzionata vicenda su cui si pronuncia Corte EDU *Moretti e Benedetti c. Italia*) la necessità di tutela degli affetti maturati nell'affidamento familiare nel caso di ritorno del minore in famiglia o accoglienza in una diversa famiglia affidataria o famiglia adottiva (art. 4 comma 5 ter) e anche mediante la preferenza per gli affidatari che desiderino adottare il minore affidato e poi dichiarato adottabile (art. 4 comma 5bis) o ancora tramite il riconoscimento del diritto degli affidatari a essere ascoltati, quali soggetti che meglio conoscono il minore grazie alla condivisione della quotidianità.

A sostegno della bontà della scelta della legge n.184 di prevedere in via preferenziale l'accoglienza in famiglia per i bambini che non possano stare transitoriamente nella famiglia di origine depongono anche altri interventi normativi di riforma della legge n.184. La legge n.47/2017 si preoccupa di dire che anche per i MSNA l'affidamento familiare dovrebbe essere il principale strumento di protezione e promozione dei diritti (art. 2 comma 1bis legge n.184, così come modificato): la *ratio* è evidente, sia gli affidatari sia i tutori possono giocare un ruolo cruciale nell'accompagnare i MSNA nel loro percorso verso l'autonomia (necessità comune a tutti i *care leavers* ma tanto più presente nei MSNA che spesso giungono in Italia a ridosso della maggiore età e hanno dunque poco tempo per imparare la lingua e frequentare la scuola). Analogamente, la legge n.4 del 2018 valorizza l'affidamento familiare intrafamiliare per gli orfani di femminicidio: l'art.4 comma5quinquies (introdotto dalla legge) 4 del 2018) formalizza oggi la preferenza verso parenti entro il terzo grado che abbiano rapporti affettivi con il minore orfano di femminicidio. Quest'ultima precisazione è

molto opportuna: non è il rapporto familiare che rende idonei all'adozione, ma l'esistenza di rapporti affettivi con il minore. Va peraltro ribadito che non vi sono ragioni per esentare i familiari dalla valutazione di idoneità e dal monitoraggio da parte dei servizi: è l'interesse del minore a richiederlo. In questo senso appare anacronistico (e forse implicitamente abrogata) il riconoscimento del potere dei genitori di affidare a lungo termine o in via informale (art. 9 comma 4° legge n.184).

2) Non è un caso che io abbia iniziato la mia esposizione sull'affido richiamando l'azione di un Comune. Un ulteriore punto di forza della disciplina della legge n.184 relativa all'affido è infatti la valorizzazione del livello locale, inteso anzitutto come livello di governo. La legge n.184, in linea con il riconoscimento della centralità dei territori che aveva ispirato il decentramento delle funzioni amministrative ai comuni da parte del DPR 616 1977 e che avrebbe ispirato la sussidiarietà verticale delle cosiddette Riforme Bassanini (in part. Legge 59 del 1997) e l'istituzione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali (vd. art. 16 lett. d, f legge 328/2000), attribuisce la regia dell'affido al servizio sociale dell'ente locale (art.4). Tale centralità, che significa in concreto che il diritto "vivente" dell'affido è fatto non solo dalla legge n.184 ma anche dalle prassi amministrative degli enti gestori dei servizi sociali (Comuni e Consorzi di Comuni), è stata poi ribadita anche in interventi legislativi successivi: penso ai riferimenti introdotti dalla legge n.149 2001 nell'art.1 e nell'art.5 della legge 184. Del resto, la stessa legge n.184 ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina organica dell'affidamento familiare recependo esperienze sviluppate a livello locale (la prima è stata probabilmente la delibera n. 181-1744, approvata all'unanimità dall'Amministrazione Provinciale di Torino il 17 maggio 1971 e recante l'istituzione del Servizio di affidamento familiare). Inoltre, proprio a livello locale sono stati introdotti e si intrecciano con l'affidamento familiare residenziale di cui alla legge n.184 altre tipologie di "affidamento" a sostegno della genitorialità vulnerabile: es. l'affidamento diurno, l'affidamento di famiglia a famiglia. Inoltre, dalla Riforma del Titolo V della Costituzione (2001), le Regioni hanno competenza legislativa esclusiva nella materia dei servizi sociali e giocano dunque un ruolo di primo piano nell'individuazione delle linee di intervento degli enti gestori dei servizi sociali, pur nel rispetto di standard di qualità dell'intervento che dovrebbero essere omogenei in tutto il territorio a garanzia dei diritti delle persone coinvolte (proprio nell'ottica del rispetto di questi standard si pongono le linee di indirizzo sull'affidamento familiare della Conferenza Stato Regioni del 2012 nonché le linee di indirizzo per l'intervento con bambini e famiglie in situazioni di vulnerabilità del 2017).

Ma c'è anche un'altra dimensione della valorizzazione del livello locale: quella della valorizzazione della solidarietà sociale a livello individuale e tramite associazioni "a vocazione specifica". L'idea dell'affido, infatti, si fonda proprio sul sostegno a una famiglia in difficoltà valorizzando lo slancio *solidale* di altre famiglie, che - è bene sottolinearlo - non ricevono alcuna retribuzione per l'attività svolta (a differenza di quello che avviene per esempio in realtà pur a noi vicine come la Francia in cui si è sviluppata la pratica delle famiglie "professionali"). Nel tempo il legislatore ha preso atto dell'importanza anche della valorizzazione delle associazioni che in questo campo operano per la protezione dei diritti dei bambini (e che sono oggi rappresentate nel Tavolo Nazionale affido che organizza l'evento di oggi): la legge n.149/2001 prevede per esempio che gli enti locali possano stipulare con enti senza fini di lucro per iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e la preparazione di corsi di aggiornamento per professionisti e incontri di formazione per affidatari (art.1 comma 3) e nell'opera di sostegno alle famiglie di origine e affidatarie (art.1 comma 3° e art.5 comma 2°). Un ambito parallelo in cui si sono visti i frutti di questa solidarietà è quello dei cd. soggiorni solidaristici per scopi sanitari, che hanno avuto origine spontaneamente nei primi anni '90 a seguito della tragedia nucleare di Chernobyl ma hanno nel tempo assunto carattere generale di solidarietà: anche questi soggiorni devono caratterizzarsi per una rigorosa temporaneità e per una scrupolosa valutazione della condizione familiare di origine del minore, oltre che di requisiti di idoneità del nucleo di accoglienza (vd. le linee guida dalla Direzione Generale dell'Immigrazione e DCPM 535/1999).

Per concludere: il progetto culturale e legale dell'affidamento familiare di cui alla legge n.184 è ancora ben valido, vivo e vitale. E' certamente vero che esiste una certa distanza tra il dettato originario della legge n.184 e la realtà concreta degli affidi (gli affidi di MSNA cui ho fatto cenno sopra sono particolari perché non c'è sostegno alla famiglia di origine e poi esigenze peculiari per il fatto che si tratta di minori spesso prossimi alla maggiore età che non padroneggiano la lingua e arrivano da contesti culturali anche molto diversi dal nostro e hanno esigenza di rendersi rapidamente indipendenti economicamente. Penso, inoltre, all'uso molto limitato dell'affido in alcune realtà territoriali, al fatto che talvolta la famiglia di origine e anche la famiglia

affidataria non sono adeguatamente seguite nelle more dell'affido, all'uso nella grande maggioranza degli affidi della proroga oltre i 2 anni). Purtroppo, l'analisi degli interventi normativi che sono intervenuti nel tempo per emendare la legge n.184 e della (scarsa) giurisprudenza sul tema ribadisce la crucialità dei summenzionati tratti caratterizzanti dell'affido già contenuti nel testo originario. Insomma, la legge n.184 è una quarantenne: ha qualche ruga, com'è normale (vd. summenzionato riferimento all'art. 9 comma 4° o, dal punto di vista formale, il fatto che il testo attuale delle norme sull'affido è difficile da leggere: basti a pensare a quanti commi sono stati nel tempo aggiunti e riscritti...). Ma è nel complesso una buona legge perché è frutto di un pensiero che mette al centro i bisogni dei bambini e delle bambine (diversamente da interventi legislativi più recenti...). Ha ancora molto da dare. Nelle parole di Nanni Moretti, è una "splendida quarantenne"!