

L’AFFIDAMENTO FAMILIARE: INNOVAZIONI, PROBLEMI, E PROSPETTIVE ALLA LUCE DELLA LEGGE N. 173/2015.

Relazione di Massimo Dogliotti, Magistrato della Corte di Cassazione, Professore di Diritto di Famiglia, Università di Genova al Seminario LA TUTELA DELLA CONTINUITA’ AFFETTIVA DELLE BAMBINE E DEI BAMBINI IN AFFIDAMENTO, TENUTOSI IL 1° dicembre 2017 promosso da Regione Emilia Romagna, ASP Città di Bologna in collaborazione col Comune di Bologna, C.N.S.A. e Tavolo Nazionale Affido.

1. La legge 173/2015, che modifica alcune norme della legge 184/1983, è caratterizzata dall’importante riferimento alla continuità affettiva. Come è noto, la disciplina dell’affidamento, contenuta nei primi articoli della legge 184/1983, si è posta fin dall’inizio come una sorta di “alternativa” all’adozione, essendo ben specificate nell’impianto della legge le diverse finalità tra i due istituti. Con l’adozione piena, infatti, il minore scioglie i legami con la famiglia d’origine e diventa figlio degli adottanti. L’affidamento, invece, è un intervento, disciplinato dalla legge, in cui si enfatizza l’elemento della temporaneità (ciò ha trovato ulteriore riscontro legislativo con la riforma del 2001 (legge n.149) che addirittura accentuava tale elemento. Si distingue tra affidamento consensuale, in cui vi è l’accordo dei genitori con i servizi e affidamento giudiziale, sempre disposto con provvedimento dell’autorità giudiziaria.

La realtà concreta, peraltro, spesso contrasta con la normativa di legge: questa precisa che l’affidamento è temporaneo, tuttavia vi sono numerosi casi in cui questo si protrae, a volte anche fino alla maggiore età del soggetto. Tali situazioni erano fino alla l. 173, sostanzialmente considerate “fuori legge”, tanto è vero che, se si riteneva che il minore non potesse tornare nella famiglia di origine (ma non sussistevano i presupposti per la dichiarazione dello stato di adottabilità), si ricorreva ad un altro strumento, cioè agli artt. 330 e seguenti del c.c. con una limitazione o decadenza della responsabilità genitoriale (come conformemente previsto dall’ art. 4, comma 2 della legge 184/1983, modificato dalla legge 149/2001).Anche la riforma sulla filiazione (legge 219/2012) non è entrata nel merito.

2. La legge sulla continuità degli affetti colma finalmente questo vuoto normativo. Pur non modificando sostanzialmente il contenuto dei primi articoli della legge 184/1983, con l’espressione “prolungato periodo di affidamento” prende finalmente in considerazione l’affidamento a lungo termine. Questo aspetto ritengo sia molto rilevante in quanto è rappresentativo della realtà esistente.

Altro profilo positivo è il fatto che la novella, pur dando spazio alla continuità affettiva, non stravolge le regole sull’adozione: gli affidatari possono diventare adottanti qualora il minore sia dichiarato adottabile, ma solo se presentano i requisiti per adottare. Oggi sono “di moda” gli attacchi all’adozione piena, ma credo che debba continuare ad esserci uno spazio per essa. Personalmente vedo positivamente il fatto che, in ogni caso, siano richiesti i presupposti per l’adozione: questa è sempre più utilizzata come *extrema ratio* ed almeno nei pochi casi in cui si procede è bene che i requisiti siano rispettati.

In merito all’adozione da parte degli affidatari vi è la questione relativa alla segretezza. La conoscenza dell’identità degli affidatari da parte della famiglia d’origine talvolta può rappresentare un pericolo, ma non sempre è così. E, infatti, già oggi, se il minore e’ grandicello, in genere, sa perfettamente chi sono i genitori di origine, e dove abitano: dunque potrebbero verificarsi casi di incontro fra le due famiglie.

3. Esaminiamo brevemente alcune caratteristiche delle modifiche introdotte dalla legge 173/2015.

Considerando il nuovo comma 5 bis dell'articolo 4, della legge 184 (la previsione - rispettando le norme sull'adozione piena - che si conservi la continuità affettiva permettendo agli affidatari di adottare), potrebbe porsi il problema relativo ai requisiti. Personalmente ritengo che, soprattutto in seguito all'unificazione dello *status filiationis*, poteva essere concessa agli affidatari non uniti in matrimonio la possibilità di adottare, ma in questo caso il requisito del matrimonio avrebbe dovuto essere escluso per tutte le coppie disponibili all'adozione. Infatti, in considerazione anche delle nuove norme in tema di divorzio breve e brevissimo, il matrimonio non garantisce più un parametro di stabilità.

Si sarebbe dovuto prevedere, rispetto alle modifiche relative all'art. 25, una procedura più "snella" per gli affidatari, considerando che essi sono già conosciuti dal tribunale per i minorenni e dai servizi: anche se è vero che l'idoneità all'affidamento è diversa dall'idoneità all'adozione, sarebbe comunque opportuno tenere conto dell'esperienza pregressa.

Si afferma al comma 5 ter che la continuità affettiva è comunque tutelata in caso di rientro in famiglia d'origine, o passaggio ad altra famiglia affidataria o adottiva: vi è dunque la necessità di mantenere i legami esistenti del minore con gli ex affidatari.

Precisa poi il comma 5 quater che i giudici devono tenere conto delle valutazioni documentate dei servizi sociali e provvedere all'ascolto del minore cui, finalmente, si fa esplicito riferimento anche in materia di affidamento.

E' anche positivo che nella legge non si faccia cenno agli onnipresenti "*limiti del bilancio*" per la sua attuazione: il diritto, quando è diritto, dovrebbe avere prevalenza rispetto a qualsiasi valutazione economica.

Ritengo che le modifiche apportate dalla legge 173, sia per la collocazione testuale degli articoli che per lo spirito della legge, debbano applicarsi agli affidamenti ai sensi dei primi articoli della legge 184/1983 (relativi ai soggetti che accolgono temporaneamente un minore), e non a quelli "*a rischio giuridico*", ex art. 10, comma 3: questi ultimi hanno caratteristiche diverse, già sulla via della possibile adozione del minore accolto.

4. Un altro aspetto che ha dato luogo a notevoli discussioni è quello processuale, indicato dal nuovo art. 5, comma 1. Esisteva già una norma, ma meno incisiva: si parlava solo dell'obbligo, per il giudice, di sentire gli affidatari, ma senza prevedere una sanzione di nullità, e spesso la disposizione restava lettera morta. Ora si parla di nullità e si precisa che gli affidatari hanno anche "*facoltà di presentare memorie*". La previsione suindicata deve fare comunque i conti con la procedura civile. Gli affidatari sono soggetti privati che possono nel processo depositare una memoria: in questo caso si potrebbe configurare un loro intervento adesivo ad una delle parti del procedimento (magari il curatore o il tutore del minore o - succedrebbe più raramente - i genitori di origine). Anche nell'interesse stesso degli affidatari (che altrimenti potrebbero ritenersi sempre e comunque responsabili civilmente e penalmente di quanto espresso in memoria) l'indicazione di un intervento adesivo potrebbe essere assai utile ed opportuna.

5. Vi è infine la modifica all'art. 44 lett. a della legge 184/1983 (adozione in casi particolari). La prassi ne ha di molto ampliato l'applicazione, specialmente circa la lettera d (impossibilità di affidamento preadottivo). In questa legge tuttavia, si fa riferimento solo alla lettera a, situazione rara ma che potrebbe verificarsi: se il minore diviene orfano nel corso di un affidamento, anche l'affidatario può richiederne l'adozione. Ancora una volta si rispettano la lettera e lo spirito della disciplina esistente sull'adozione, ciò che, come si diceva, costituisce caratteristica fondamentale e pienamente condivisibile della legge 173/2015.