

Diritto del minore a una famiglia. La Legge 28/3/2001 n. 149

Augusta Tognoni

Magistrato

The state of “abandonment” of the child from the parents is the precondition of the declaration of adoptability. The article intends to illustrate the development of doctrine and jurisprudence relating to the Law 05/04/1983 n. 184 “regulating adoption and custody of minors”, as amended by Law 03/28/2001 n. 149 with the different title: “right of the child to a family.”

Lo stato di “abbandono” del minore da parte dei genitori è il presupposto della dichiarazione di adottabilità. L'articolo intende illustrare l'elaborazione dottrinale e la giurisprudenza relative alla Legge 4/5/1983 n. 184 “disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori”, modificata dalla Legge 28/3/2001 n. 149 con il diverso titolo “diritto del minore a una famiglia”.

La Legge 4/5/1983 n. 184 “disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori” è stata modificata dalla Legge 28/3/2001 n. 149 con il diverso titolo “diritto del minore a una famiglia”, che evidenzia la centralità del minore come soggetto titolare di diritti soggettivi perfetti, autonomi, con la qualità di parte processuale che ha diritto alla nomina di un difensore nei procedimenti che lo riguardano, in particolare nella procedura per la dichiarazione dello stato di adottabilità.

L'adozione nazionale

L'art. 1 esprime con efficacia la filosofia della legge: “il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia” (1° comma), con l'avvertenza 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”.

“A tal fine a favore della famiglia sono disposti interventi di sostegno e di aiuto” (2° comma). Quando la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore si applicano gli istituti di cui alla presente legge (affidamento, adozione, 4° comma).

Il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia è assicurato senza distinzione di sesso, etnia, lingua, religione, nel rispetto dell'identità culturale del minore e comunque non in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento.

L'art. 2 precisa che il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo “nonostante gli interventi di sostegno e di aiuto disposti” è affidato a una famiglia in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui ha bisogno. Ove non sia possibile l'affidamento, è consentito l'inserimento in una comunità di tipo familiare o, in mancanza, in un istituto di assistenza pubblico o privato. Nel provvedimento di affidamento familiare emesso dal Tribunale per i Minorenni sono indicati specificamente le motivazioni, i tempi, i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario e le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti del nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il minore. L'affidamento familiare cessa, valutato l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia di origine, ovvero nel caso in cui la prosecuzione rechi pregiudizio al minore.

In caso di mancato recupero della famiglia di origine è aperta la procedura della dichiarazione di adottabilità.

Presupposto necessario per la dichiarazione dello stato di adottabilità è la “situazione di abbandono morale e materiale” del minore, accertamento che richiede profonda sensibilità, come si avverte nei numerosi scritti di psicologi e giuristi specializzati in diritto di famiglia; non è questa la sede per approfondire le complesse tematiche.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'affermare alcuni principi-base.

Integra l'ipotesi di “abbandono” l'inadeguatezza dell'apporto affettivo e materiale dei genitori che assurge a gravità tale da integrare una situazione di mancanza di assistenza; si configura cioè in una situazione di fatto obiettiva dei genitori che, a prescindere dagli intendimenti, si comportano in modo tale da compromettere gravemente e irreversibilmente lo sviluppo psico-fisico-morale del minore, ponendo in essere maltrattamenti sistematici, ancorché inflitti con la convinzione che costituiscano una forma di educazione. I comportamenti del genitore devono essere valutati non isolatamente, ma globalmente anche in proiezione futura, al fine di stabilire se siano il risultato di una situazione determinata da una causa di forza maggiore di carattere transitorio, ovvero se la personalità del genitore presenti tratti negativi così radicati da escludere una prognosi favorevole. Un contesto ambientale di “abbandono” giustifica il sacrificio della primaria esigenza del minore di crescere e svilupparsi nella famiglia di origine, valutata con riferimento ai genitori, ai fratelli e al più ampio ambito familiare dei parenti entro il quarto grado (cfr. *ex plurimis*, Cass. 7/2/2002 n. 1674; Cass. 8/8/2002 n. 11993; Cass. 28/10/2005 n. 21100; Cass. 12/5/2006 n. 11019; Cass. 28/2/2006 n. 4407).

L'abbandono non è escluso dalle semplici espressioni labiali e dai propositi di affetto e di interessamento futuro espresso dai genitori del minore. La mancanza di assistenza materiale e morale può ritenersi cessata solo ove ricorrano concreti elementi rivelatori della serietà e credibilità dei propositi del genitore, con riferimento a tutta la vita passata del medesimo in ogni aspetto significativo della sua personalità. Particolare riguardo va al senso di responsabilità dimostrato nei confronti della famiglia, che si traduca in una concreta disponibilità e attitudine ad assicurare al figlio un'assistenza adeguata, con la precisazione essenziale che i diritti del minore devono essere valutati nella loro globalità, non soltanto nella

loro dimensione attuale ma anche e soprattutto in quella futura.

L'irreparabilità del pregiudizio deve risultare da un giudizio probabilistico a priori; previsione certamente molto delicata, esposta ai rischi di proflessi socio-familiare. È da sottolineare che l'interesse del minore non si può identificare con la "preferibilità" di una nuova famiglia rispetto alla famiglia d'origine; il giudice può solo dare una famiglia "nuova" al minore che è stato "abbandonato" dai genitori, ma non deve dare al minore una famiglia "migliore".

In caso di mancato recupero della famiglia di origine è aperta la procedura di adottabilità. Sono dichiarati in stato di adottabilità (dal Tribunale per i Minorenni del distretto nel quale si trovano) i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti entro il quarto grado:

- l'adozione è consentita a favore dei minori dichiarati in stato di adottabilità (art. 8);
- adozione significa distacco del minore dalla famiglia di origine e il suo successivo inserimento nella "nuova" famiglia degli affetti;
- l'adozione è disposta dal Tribunale per i Minorenni con sentenza in Camera di consiglio.

L'art. 6 precisa che l'adozione è consentita ai coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni, tra i quali non sussista separazione personale neppure di fatto.

I coniugi devono essere affettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendano adottare. L'accertamento riguarda l'attitudine a educare il minore, la situazione personale ed economica, la salute, l'ambiente familiare (ascendenti, parenti degli adottanti), i motivi per i quali intendono adottare.

L'età degli adottanti deve superare di almeno 18 anni e di non più di 45 anni l'età dell'adottando. I detti limiti di età possono essere derogati qualora il Tribunale per i Minorenni accerti che dalla mancata adozione derivi un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore.

Non è preclusa l'adozione quando il limite di età degli adottanti sia superato da uno solo di essi, ovvero quando l'adozione riguardi un fratello o una sorella del minore già dagli stessi adottato.

Ai medesimi coniugi sono consentite più adozioni anche con atti successivi e

costituisce criterio preferenziale l'aver già adottato un fratello dell'adottando o il fare richiesta di adottare più fratelli ovvero la disponibilità dichiarata all'adozione di minori con handicap.

Per effetto dell'adozione l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo degli adottandi, dei quali assume e trasmette il cognome (adozione legittimante). Qualunque attestazione di stato civile riferita all'adottato deve essere rilasciata con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualsiasi riferimento alla paternità e alla maternità del minore. L'art. 7 stabilisce che il minore che ha compiuto 14 anni non può essere adottato se non presta personalmente il proprio consenso. Il consenso dato può essere revocato sino alla pronuncia definitiva dell'adozione. Se l'adottando ha compiuto 12 anni, deve essere sentito personalmente; se ha un'età inferiore, deve essere sentito in considerazione della sua capacità di discernimento.

Tema comune a tutti i casi di adozione è il trauma della rottura dei legami primari dei bambini separati dai genitori o da figure genitoriali sostitutive con cui sono cresciuti. Tema contrapposto è la sofferenza degli adulti cui i bambini vengono tolti dalle decisioni del Tribunale per i Minorenni. Il bilanciamento tra diritti e interessi confliggenti, che caratterizza l'intervento giudiziario, è difficile e sofferto, poiché si tratta di diritti e interessi opposti all'interno di legami profondi ed esistenziali. Conciliare diritti e affetti è una grande sfida del diritto di famiglia per trovare il punto di equilibrio tra la norma, che è per sua natura rigida, cogente, esigibile e i sentimenti, che sono per loro natura atipici, delicati, non sempre coerenti.

La procedura adottiva, prevista dalla legge come *extrema ratio* "a tutela dei diritti e del preminente interesse del minore" in situazioni di "abbandono" (maltrattamenti, abusi, gravissima trascuratezza), è la più inquietante, in quanto comporta l'interruzione di ogni rapporto giuridico e reale con la famiglia di origine durante la minore età dell'adottando. L'interruzione del rapporto è ritenuto presupposto per consentire al bambino e ai genitori adottivi di costruire tra loro una relazione esclusiva, rassicurante, al riparo da possibili interferenze disturbanti. È peraltro aperta la domanda se la cesura dei legami primari sia sempre utile e indispensabile, o piuttosto sem-

plificatoria. Alcune isolate decisioni dei Tribunali per i Minorenni (Trib. Min. Bologna 9/9/2000, Fam. e dir. 2002 pag. 79; Trib. Min. Roma 16/1/1999, Dir. Fam. e persone 2000, pag. 144) hanno dichiarato l'adozione con mantenimento dei rapporti tra adottato e famiglia di origine, prevedendo cioè che il bambino adottato possa mantenere un rapporto con i membri della sua famiglia a cui sia positivamente legato, se i genitori adottivi accettano la soluzione.

Si obietta in dottrina che, per consentire una non interruzione dei rapporti tra famiglia di origine e adottato (considerato che la legge espressamente prescrive la sospensione dei rapporti), sarebbe necessaria una profonda revisione dell'istituto dell'adozione e dei suoi principi portanti. La storia del bambino adottato è una memoria da rispettare.

La realtà della filiazione adottiva è diversa da quella della filiazione biologica. I genitori adottivi devono essere consapevoli che accogliere un bambino come figlio vuol dire accettare che egli sia nato da altri e che abbia una sua storia che non può essere trascurata, con il massimo rispetto delle sue esigenze affettive, educative e del suo legame con le origini. Efficace e commovente è la testimonianza di una ragazza adottata, abbandonata da una madre troppo fragile: "La storia è la narrazione della nostra vita; ma l'adozione ti precipita dentro la storia dopo che è già cominciata: è come leggere un libro a cui mancano le prime pagine; è come arrivare quando il sipario si è già alzato. La sensazione che qualcosa manca non ti abbandona mai e non può essere che così perché qualcosa manca davvero". La profondità del legame con la propria storia è testimoniata dalla ricerca della propria identità: l'art. 28 della Legge 149/2001 prevede che "i genitori adottivi devono informare il minore di tale sua condizione", dovere al quale "provvedono nei modi e nei termini che essi ritengono più opportuni" (1° comma).

"L'adottato, raggiunta l'età di 25 anni, può accedere alle informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica" (5° comma) e dopo che il Tribunale per i Minorenni del luogo di residenza avrà concesso l'autorizzazione, previa un'istruttoria tesa a "valutare che l'accesso alle notizie non

comporti grave turbamento all'equilibrio psico-fisico del richiedente" (5° e 6° comma). L'espressione "gravi e comprovati motivi attinenti alla salute psico-fisica" è intesa in dottrina e giurisprudenza come relativa non solo alla sussistenza attuale di un disturbo psichico, ma anche alla necessità di prevenire danni alla salute; si sottolinea la necessità di un supporto psico-sociale per la persona adottata che si accinge a ridefinire la propria identità, poiché la ricerca delle origini è l'inizio di un percorso di emancipazione, spesso esito di una lotta interiore che comporta il superamento del senso di tradimento nei confronti della famiglia adottiva, con il corollario che è frequente la richiesta del ragazzo di mantenere la propria ricerca segreta ai genitori adottivi.

Complessa e sfaccettata è l'interpretazione del 7° comma: "l'accesso alle informazioni non è consentito se l'adottato non sia stato riconosciuto alla nascita dalla madre naturale e qualora anche uno solo dei genitori biologici abbia dichiarato di non voler essere nominato o abbia manifestato il consenso all'adozione a condizione di rimanere anonimo".

La Corte Costituzionale con sentenza 425/2005 ha affermato la legittimità costituzionale della norma, motivando che la garanzia assoluta dell'anonimato della gestante in difficoltà mira a proteggere con un corretto bilanciamento dei diritti la madre e il nascituro.

In contrasto con detta prospettazione, la Corte Europea (sentenza Godelli del

25/9/2012) ha ritenuto che l'assolutezza del diritto all'anonimato della madre biologica comporta l'assenza di qualunque bilanciamento di interessi rispetto ai diritti del figlio adottivo di conoscere la propria identità e le proprie origini, in violazione dei diritti sanciti dall'art. 8 della Convenzione Europea, che garantisce il diritto alla vita privata e familiare, e, quindi, il diritto a conoscere le proprie origini biologiche, parte integrante della nozione di vita privata. In questa ottica la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 8 della Convenzione, argomentando che la legislazione italiana non prende in considerazione gli interessi/diritti del figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso alle informazioni sulle sue origini.

A commento-critica della sentenza della Corte Europea si replica in dottrina che la normativa italiana, nel garantire in modo assoluto il diritto all'anonimato alla madre che decida di abbandonare il figlio, mira a fornire lo strumento normativo volto a garantire il diritto alla vita al nascituro, rassicurando la madre perché non prenda decisioni irreparabili e partorisca in strutture adeguate; aspetto - si sottolinea - che richiede una più puntuale riflessione in relazione alla garanzia del diritto alla vita del bambino tutelato dall'art. 2 della Convenzione.

Con sentenza 278/2013 la Corte Costituzionale ha motivato che la norma (art. 28 comma 7) "è censurabile per la sua eccessiva rigidità. Il *vulnus* è rappresen-

tato dalla irreversibilità del segreto sull'identità della madre biologica". I giudici avvertono la necessità che sia raggiunto un equilibrio tra i diritti di entrambi i soggetti (madre e figlio) e sottolineano che "il bisogno di conoscenza del nome della madre da parte del figlio adottivo rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale". Ha quindi dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 comma 7 nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento stabilito dalla Legge che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre su richiesta del figlio ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione".

"Sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato".

La Legge 149/2001 riserva una trattazione specifica all'adozione internazionale e all'adozione in casi particolari (art. 44), argomenti che saranno trattati in un prossimo articolo.

Corrispondenza

augusta.tognoni@gmail.com