

## *Presupposti dell'adottabilità ed effetti dall'adozione*

di *Claudio Cottatellucci\**

### **1. Due particolari punti di osservazione**

Torniamo in questo numero a parlare di adozione. Appunto “torniamo” perché si tratta di tema da sempre al centro della giurisdizione minorile, come tale molte volte e da diverse angolazioni trattato in questa Rivista. Il ritorno a questo tema è motivato da quella che ci sembra essere un mutamento, e quindi un ripensamento di prospettiva, in atto da tempo, che ha origine in più di un fattore e che, al momento, pare assumere una direzione ancora incerta e non univoca.

Per questo torniamo a trattarne scegliendo due particolari punti di osservazione, all'interno dei quali, immutate le definizioni formali e i referenti normativi, sembra di assistere a una sorta di modifica costante del contenuto delle disposizioni, uno slittamento dei loro significati che richiede una riflessione. Appunto quella che in queste pagine abbiamo provato a tenere insieme e a presentare nei suoi diversi aspetti.

Il primo di questi particolari punti di osservazione è rappresentato dall'analisi dei presupposti della dichiarazione di adottabilità, riguarda quindi l'esordio del procedimento giudiziale che nell'adozione può avere il suo esito; il secondo è rappresentato dagli effetti della pronuncia giudiziale.

Presupposti ed esiti vengono in questo fascicolo della rivista sottoposti a riesame, accostati anche se collocati come sono agli estremi di un percorso complesso: i primi ne costituiscono l'antecedente necessario, gli ultimi l'esito costruito e sperato.

Sono accomunati da una medesima condizione: apparentemente stabili, sono però attraversati da cambiamenti profondi di prospettiva, appunto uno

\* Magistrato, direttore di *Minorigiustizia*.

slittamento progressivo dei significati, particolarmente recettivi e sensibili rispetto al “clima culturale” circostante.

Infatti, non è il mutamento del quadro giuridico, inteso come l’insieme delle norme positive, quello che evidenzia l’esigenza di riflessione su questi temi: sotto questo profilo il quadro risulta tutto sommato abbastanza stabile.

Si potrebbe affermare che in fondo, con qualche limitata e sostanzialmente ininfluyente eccezione, dai temi in questione il legislatore abbia deciso di tenersi sostanzialmente alla larga, convinto soprattutto dai limiti intrinseci alla stessa possibilità descrittiva e prescrittiva delle disposizioni normative: inutili e defatiganti i tentativi di coniare definizioni giuridiche più stringenti che tolgano spazio al ruolo dell’interpretazione giudiziale; le categorie giuridiche che di questi temi si occupano, sia nel caso dei presupposti della dichiarazione di adottabilità come in quello degli effetti dell’adozione, restano saldamente ancorate, nel conio normativo, allo stile delle clausole generali che consegnano all’applicazione giurisprudenziale il compito di inverare nel caso concreto la disposizione e di bilanciare diritti e interessi in gioco.

Questo accomuna, più di quanto possa non apparire superficialmente, i due aspetti esaminati in queste pagine: entrambi legati alla loro matrice essenzialmente giurisprudenziale e quindi, a una mutevolezza dei significati che origina non dalla fattura della norma ma dalla sua interpretazione.

È proprio in questa comune origine la ragione per cui la riflessione di queste pagine si dipana su un terreno fluido, in movimento, cercando di rintracciare le linee interpretative percorse dalla giurisprudenza, europea e nazionale, e di ricostruirne alcuni possibili esiti.

Per questa stessa ragione, la giurisprudenza costituisce la voce a cui abbiamo riservato il maggiore ascolto in questa riflessione, sia nelle analisi che sono state condotte sulle sentenze della corte di legittimità nazionale ed europea, sia in quella parte ampia che dedichiamo alla riproduzione della giurisprudenza dei tribunali minorili e delle corti d’appello, la cui circolazione e conoscenza, tutt’altro che scontata, pensiamo debba essere un oggetto crescente dell’attenzione di questa Rivista anche nel prossimo futuro.

## **2. Sui presupposti della dichiarazione di adottabilità**

Sugli elementi che connotano lo stato di abbandono sembra essere in corso una rivisitazione dei criteri non episodica né transitoria.

Non è questione nuova, in un certo senso si ripropongono questioni risalenti nel tempo, solo che questa volta sono soprattutto alcuni orientamenti giurisprudenziali il “veicolo” di questa revisione.

Un ruolo decisivo, che gli scritti qui pubblicati pongono in evidenza, è attribuibile alla categoria degli “obblighi positivi” che incombono sugli Stati membri quando gli interventi adottati incidono e sacrificano i principi con-

venzionali, in questo caso quello del rispetto della vita privata e familiare affermato dall'art. 8 della Convenzione Edu.

Sotto questo primo aspetto, è dunque la giurisprudenza della Corte di Strasburgo il “veicolo” del ripensamento in atto.

In questa prospettiva l'espansione della categoria degli “obblighi positivi” costituisce uno degli apporti più pregnanti che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha affermato in un arco di tempo ormai superiore agli ultimi venti anni<sup>1</sup>.

Principio certamente condivisibile, che per altro anche nell'ordinamento interno aveva trovato positivo e chiaro riconoscimento<sup>2</sup>.

Sotto un profilo più immediato, e in questo senso più facile da cogliere, l'analisi degli obblighi positivi (e della loro carente attuazione) vale in alcune vicende a mettere in luce condizioni particolari di vulnerabilità delle ricorrenti, il più delle volte madri migranti in nuclei familiari monogenitoriali, segnate da fattori di vulnerabilità soggettiva particolarmente marcati<sup>3</sup>.

A questo primo livello, la lettura che la Corte di Strasburgo offre dell'art. 8 della Convenzione costituisce (solo) un'interpretazione particolarmente rigorosa e penetrante del principio, certo non sconosciuto all'ordinamento interno, espresso dal secondo comma dell'art. 1 della legge n. 183 del 1984.

È questa una lettura destinata inevitabilmente a entrare in tensione con il difficile equilibrio che tiene insieme il criterio secondo il quale la mancanza di assistenza da parte del genitore non è giustificata quando la causa di forza maggiore non sia transitoria (art. 8 comma 1 della legge n. 183 del 1984), con il terzo comma della stessa disposizione, che esclude questa causa ogni volta che le misure di sostegno offerte dai servizi sociali siano rifiutate dal genitore.

In effetti, una lettura estensiva degli obblighi positivi dello stato per un verso è maggiormente propensa a ritenere comunque superabili le condizioni di inadeguatezza, anche gravi, prolungate nel tempo, in sostanza svolge una funzione espansiva della prognosi di recuperabilità, per altro verso tende a giustificare anche atteggiamenti di rifiuto al sostegno da parte del genitore quando ritenga che i servizi pubblici non abbiano agito in maniera tale da

1. Cfr. J. Long “Il contributo della Corte europea dei diritti umani alla definizione dei presupposti per l'adottabilità del minore: luci e ombre” osserva che “Dal 1999 a oggi sono una sessantina le pronunce che riguardano il sistema italiano dell'adozione, di cui una ventina che censurano rotture infondate e frettolose dei rapporti giuridici e di fatto tra un minore adottato e la famiglia di origine. La prima condanna è stata E.P. c. Italia (sentenza 16 novembre 1999) e l'ultima D.M. e N. c. Italia (sentenza 20 gennaio 2022)”, in questo fascicolo a p. 32.

2. Ne è prova l'art. 1 comma 3 della legge n. 184 del 1983 che afferma l'obbligo dello stato di sostenere “con idonei interventi, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, i nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono e di consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia”.

3. Cfr. J. Long, cit., p. 37.

guadagnare la cooperazione degli interessati, da conquistarne il consenso sugli interventi proposti.

Per queste ragioni la particolare sottolineatura degli obblighi positivi dello Stato operata dalla giurisprudenza della Corte Edu interviene sulla difficile correlazione tra questi criteri, concorrenti e in parte antagonisti, e spesso apre interrogativi talvolta sulla sufficienza e adeguatezza dell'approccio adottato nell'implementare le "misure di sostegno" pubbliche<sup>4</sup> altre volte sulla giustificazione del rifiuto verso le misure di sostegno (o più spesso su entrambi i fattori).

Il risultato della formulazione di questi interrogativi, in vicende non riguardanti solo il nostro paese, si volge di frequente in senso favorevole alle ragioni delle ricorrenti.

Anche se si tratta di una prospettiva frequentemente trascurata dai commentatori, non si dovrebbe mai dimenticare il fatto che l'ottica della decisione adottata dalla Corte di Strasburgo non interroga tanto e solo la singola pronuncia giudiziale – secondo la logica propria dei rimedi impugnatori, quanto piuttosto lo Stato nel suo complesso e, con questo, soprattutto l'efficienza del suo sistema di welfare.

In termini sistemici, queste decisioni mettono in gioco la questione della spesa pubblica destinata alla tutela della famiglia e dei minori: non solo la quantità delle risorse impiegate, ma anche la qualità degli interventi con queste realizzati.

Per questa ragione in questo fascicolo si riflette sulle conseguenze che questa prospettiva comporta in riferimento all'esercizio dei ruoli professionali dei diversi soggetti impegnati nella giurisdizione minorile, in primo luogo proprio i giudici.

È infatti proprio a partire da questa prospettiva che nasce l'avvertita esigenza di "una costante integrazione tra giurisdizione e amministrazione in applicazione dell'indirizzo programmatico degli articoli 30 e 31 della Costituzione"<sup>5</sup>; mentre infatti, come è noto, dinanzi alla Corte di Strasburgo è chiamato lo Stato nella sua unitarietà, nell'ordinamento interno l'attivazione degli obblighi positivi a sostegno dei genitori richiede la necessaria integrazione tra giurisdizione e amministrazione e comporta la necessità di stabilire prassi e regole di azione condivise, risultato tutt'altro che facile in una situazione di crescente restrizione delle risorse professionali ed economiche.

4. Sulla diversità dei paradigmi di valutazione adottati, talvolta anche implicitamente, dai servizi pubblici nell'attuazione degli interventi di sostegno cfr. in questo fascicolo P. Milani "Valutare le competenze genitoriali o promuovere analisi ecosistemiche dei bisogni di sviluppo dei bambini?" in particolare a p. 73.

5. Cfr. F. Pricoco, "I presupposti della dichiarazione di adottabilità: un accertamento complesso sulla responsabilità genitoriale e sulle corresponsabilità del sistema di protezione e tutela", in questo fascicolo a p. 14 e ss.

Riflette in questa prospettiva l'articolo da ultimo richiamato laddove osserva che “occorrerebbe inserire nel rito processuale strumenti decisori che consentano l'esigibilità dei diritti, attraverso, anzitutto, disposizioni efficaci in ordine alla esecuzione dei provvedimenti nei confronti della pubblica amministrazione, tenuto conto della loro natura di investimento indispensabile per il miglioramento della vita familiare e, di riflesso, della collettività e per il rispetto dei diritti umani fondamentali”<sup>6</sup>.

Questo primo livello di lettura non esaurisce però le ragioni della revisione in atto dei presupposti della dichiarazione di adottabilità sollecitata dalle pronunce della Corte europea; a questo primo livello più superficiale – non nel senso di minor significato, quanto invece di più immediatamente percepibile – se ne accompagna un altro, più profondo perché destinato a scavare in maniera più duratura sui paradigmi culturali con cui la condizione di abbandono e quindi l'adottabilità sono individuate e riconosciute.

In questo senso, assieme alla dilatazione della categoria degli obblighi positivi, l'influsso della giurisprudenza europea emerge anche in relazione a un altro profilo: l'evidenza della condizione di abbandono risulta maggiormente riscontrata al vaglio giudiziale – e, prima ancora, culturalmente condivisa – nel caso di condotte commissive, soprattutto quando idonee a integrare anche violazioni di norme penali, con molta maggiore difficoltà, sino quasi a un'esclusione completa, nel caso di condotte omissive.

Sono di fatto estromesse dai presupposti dell'abbandono e quindi dell'adottabilità, le categorie dell'abbandono per omissione unitamente a quella dell'abbandono incolpevole; è in relazione a queste due dimensioni che la riduzione del perimetro dei presupposti fattuali dell'adottabilità, quello slittamento di significati richiamato all'inizio, viene operata con maggiore incidenza.

La questione non è certo nuova<sup>7</sup>, la condotta negligente come presupposto dell'abbandono ha sempre costituito un aspetto molto controverso, nei confronti del quale soprattutto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo mantiene un orientamento molto selettivo e problematico, probabilmente in conformità con l'approccio culturale di una parte consistente dei paesi membri che al significato di adozione come *extrema ratio* e alla conserva-

6. Cfr. F. Pricoco, cit., p. 21.

7. Interessante a questo proposito la lettura della sentenza del Tribunale per i minorenni di Sassari, in questo fascicolo a p. 137 nella quale proprio sulla situazione di “abbandono incolpevole” e sulla rilevanza dell'abbandono per omissione si riflette, in una vicenda nella quale i genitori sono di diversa nazionalità, lui italiano e lei cittadina ucraina, ma trasferitasi in Germania dove aveva poi stabilmente vissuto; osserva tra l'altro il tribunale che “[...] si deve rimarcare che nel diritto italiano – a differenza di quanto avviene in altri sistemi giuridici europei – la nozione di stato di abbandono è legata alle incapacità/inidoneità dei genitori (c.d. abbandono omissivo), prevalentemente attinte da elementi valutativi anche di natura oggettiva, non solo intenzionale”.

zione dei legami di sangue attribuiscono un rilievo molto più marcato di quanto non abbia fatto il legislatore nazionale nel momento in cui ha affermato il diritto del minore a vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia<sup>8</sup>.

Se considerato dal punto di vista del diritto del figlio, nessuna evidenza conforta invece la tesi che le condotte omissive, se osservate in un arco temporale congruo, siano meno dannose e pregiudizievoli di quelle commissive<sup>9</sup>; in altri termini, la valutazione di minore gravità costituisce solo il derivato del giudizio di attribuzione della responsabilità al genitore, non dell'entità della privazione sofferta dal figlio o, sul piano giuridico, del sacrificio al suo diritto ad avere una famiglia.

La rilevanza delle condotte omissive, unitamente alla netta esclusione dell'imputazione di responsabilità come necessario requisito della condotta abbandonica, quindi l'ammissione dell'abbandono "incolpevole", costituiscono due differenze di decisivo rilievo, sotto il profilo culturale prima ancora che giuridico, tra l'orientamento della giurisprudenza nazionale di merito e quello della Corte di Strasburgo.

Le ragioni di queste differenze sono molteplici: la riduzione dell'abbandono al fatto-reato offre al decisore un elemento di evidenza probatoria certa e univoca, permette quindi di ancorare il giudizio su elementi almeno tendenzialmente obiettivi e in questo senso offre argomenti più convincenti alla motivazione; si potrebbe sostenere che, proprio per il suo forte ancoraggio ai fatti, svolge una funzione rassicurante in chi deve prendere una decisione idonea a determinare una cesura netta e un radicale cambiamento nella vita di un bambino.

Al contrario, l'abbandono determinato da condotte omissive è, nel riscontro degli effetti, meno facilmente e immediatamente rilevabile, le conseguenze, anche quando profonde, tendono a emergere solo in un arco temporale di osservazione molto più ampio e quindi resta a lungo più difficilmente rilevabile anche nei suoi nessi eziologici.

Ancor più, le forme di abbandono incolpevole situano il genitore in una collocazione ambivalente e difficile da cogliere e accettare: il genitore è qui certamente autore di condotte dannose, anche talvolta in misura grave, ma è al tempo stesso e con eguale evidenza anch'egli vittima di privazione o violenza in una catena transgenerazionale difficile da interrompere. Proprio la rappresentazione del genitore anche come vittima rende più problematico il riconoscimento dell'abbandono se si muove dal presupposto, un implicito

8. Questi aspetti, assieme alla diversità dei paradigmi culturali adottati dai soggetti pubblici responsabili dell'intervento di sostegno al genitore, sono trattati in questo fascicolo da P. Milani.

9. Cfr. in questo fascicolo, P. Milani, cit., che osserva "la negligenza è in assoluto la forma di maltrattamento più diffusa e pervasiva sia nelle ricerche nazionali, che in quelle internazionali", p. 70.

culturale, che solo l'attribuzione di responsabilità nelle categorie della colpevolezza integra effettivamente la condizione di abbandono.

Si tratta di differenze che si iscrivono prima di tutto nell'universo culturale, ma quanto poi le differenze di presupposti culturali siano capaci di permeare la *ratio decidendi* della Corte dovrebbe essere evidente proprio laddove si consideri che il sistema giuridico è coniato su clausole generali e che questo ramo del diritto ha il suo formante prevalente nella giurisprudenza.

Per queste ragioni il diverso rilievo attribuito alle condotte omissive e la considerazione – o negazione – della categoria dell'abbandono incolpevole costituiscono i due, più consistenti, spartiacque culturali tra la giurisprudenza nazionale e quella europea.

Anche di questi aspetti trattiamo quindi in questo fascicolo nei contributi che si incentrano sulla valutazione dei presupposti della dichiarazione di adottabilità.

### 3. Sul mantenimento dei rapporti dopo la dichiarazione di adottabilità

Che alla dichiarazione di adottabilità non debba far seguito, sempre e necessariamente, l'interruzione dei rapporti dell'adottando con tutti i suoi parenti – potrebbe trattarsi di uno dei genitori come del fratello maggiore o di altri familiari – è un orientamento seguito da una parte, certamente non residuale, della giurisprudenza di merito.

Di questo orientamento diamo conto in questo fascicolo della Rivista pubblicando una serie di decisioni di giudici minorili di primo e secondo grado che hanno deciso in questo senso.

Si tratta di un orientamento che poggia su basi ermeneutiche solide, ispirate a una lettura delle norme informata al principio della ricerca del prevalente interesse del minore: come chiaramente viene affermato da questa giurisprudenza, “non può ostare alla dichiarazione di adottabilità la dichiarazione di cui all'art. 27 comma 3 legge n. 184 del 1983, laddove stabilisce che ‘con l'adozione (piena) cessano i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine, salvi i divieti matrimoniali’ [...] è evidente che la disposizione in parola non può che riferirsi ai rapporti giuridici e non a quelli personali, essendo tale esegesi coerente sia con la ratio della norma (laddove si salvano ‘i divieti matrimoniali’ che rientrano appunto tra i rapporti giuridici), sia con un approccio interpretativo evolutivo costituzionalmente orientato, atteso che il divieto di rapporti personali, nell'attuale epoca dominata dai social, appare di impossibile applicazione pratica”<sup>10</sup>.

10. In questi termini, ma espressivo di un orientamento comune a questa giurisprudenza, Tribunale di Potenza, sentenza del 16 settembre 2021, in questo fascicolo a p. 130.

Muovendo da questi presupposti, gli interrogativi a cui il procedimento di accertamento dello stato di abbandono è finalizzato, tendono ad articolarsi: non solo se vi sia l'abbandono, presupposto giuridico ineludibile della dichiarazione di adottabilità, ma anche se, accertato l'abbandono, sia o meno rispondente all'interesse del minore recidere determinati rapporti familiari.

È quindi un orientamento giurisprudenziale capace di declinare al plurale gli interrogativi che il giudice deve porsi; non ritiene di poter prescindere dall'accertamento dello stato di abbandono, come tende invece a fare un orientamento giurisprudenziale che riorienta l'adozione sull'istituto dell'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 lett. d), ma al tempo stesso non limita il giudizio all'accertamento dell'abbandono ma si interroga in termini problematici sugli esiti di questo accertamento, negando ogni automatismo tra abbandono e interruzione dei rapporti.

Un altro elemento comune di questo orientamento è la netta riaffermazione del valore pienamente legittimante dell'adozione, in reazione alla tendenza in atto alla riduzione dell'ambito di applicazione dell'adozione legittimante piena rispetto all'adozione in casi particolari, a partire appunto dalla decisiva diversità dei presupposti, della natura dei procedimenti giudiziali volti ad accertarli, dalla necessità di proteggere i minori da alcuni dei precedenti rapporti parentali e dalla diversa stabilità dello status familiare che ne deriva<sup>11</sup>.

È abbastanza singolare che questo orientamento, con decisioni a questo punto anche risalenti nel tempo, sia ormai riconosciuto nella giurisprudenza di merito ma sostanzialmente ignorato sia in quella della Corte europea, sia, per quanto consta, in quella della corte di legittimità che, quando prende in esame situazioni in cui la rescissione del rapporto di fatto con il genitore non viene considerata rispondente all'interesse del figlio, esclusivamente si riferisce all'adozione in casi particolari.

È possibile che tutto questo sia un effetto indotto dalla sentenza della Corte Edu più nota in questa materia – il riferimento è ovviamente alla sentenza Zhou c. Italia del 21 gennaio 2014, ricorso n. 33773/11 – che nella ricognizione del quadro normativo interno, soprattutto al fine di valutare quale fosse l'ampiezza dei margini di adattamento, assume come unico modello alterna-

11. Diffusamente su questa distinzione la sentenza della Corte d'appello di Roma del 5 ottobre 2021, pubblicata in questo fascicolo a p. 106 che su questo punto si esprime in questi termini: "Il ricorso a tale tipo di istituto (adozione in casi particolari), originariamente nato con altri fini, per realizzare quella che è stata definita una adozione 'mite' che consente di non recidere il legame, anche giuridico, con la famiglia di origine, non appare tuttavia adeguato alla vicenda di \*\*\* e \*\*\*, che per recuperare la propria serenità hanno bisogno di essere allontanati dalla madre, e di assumere pienamente il ruolo di figli in un contesto familiare accogliente e protettivo, che consenta loro di liberarsi dalle angosce e preoccupazioni che l'esperienza della assenza e/o 'pericolosità' e dell'abbandono hanno loro trasmesso. Per tutto quanto sopra ricapitolato i minori verrebbero danneggiati dal mantenimento dei contatti con la figura materna, senza poter assumere lo status di figli legittimi in una famiglia adottiva".

tivo a quello dell'adozione legittimante tradizionale la cd. "adozione mite", in sostanza l'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44 lett. c).

Di certo si tratta di un orientamento eccessivamente riduttivo che non tiene conto di quanto invece nella giurisprudenza di merito viene da tempo sostenuto e che nelle pagine di questo fascicolo abbiamo inteso riportare.

Una considerazione per concludere.

Ci ha accompagnati, nella discussione che ha preparato la predisposizione di questo fascicolo, la consapevolezza della complessità dei temi che vengono qui trattati, che impongono verifiche serie e un'attenzione che rifugge da entusiasmi superficiali.

Meno che mai abbiamo pensato di formulare "un ragionamento a tesi".

Riportiamo in queste pagine un orientamento della giurisprudenza a cui ci sembra necessario dar voce, per le ragioni e le motivazioni che lo sostengono e per la storia non più breve in cui si è sviluppato; anche, come ragione certamente non secondaria, per la scarsa "circolazione" che questa giurisprudenza ha avuto e per una, poco comprensibile, dicotomia su questo tema tra l'orientamento dei giudici di merito e quello prevalente dei giudici di legittimità.

In ogni caso, lo raccontiamo convinti del fatto che si tratti non della risposta, ma di una delle possibili risposte<sup>12</sup>, in condizioni specifiche, ai bisogni di alcuni minori in condizioni di abbandono.

12. Esemplare, proprio per la considerazione della complessità delle questioni che queste decisioni non risolvono ma aprono, cfr. in questo numero M.G. Fusacchia, "Mantenere i rapporti oltre l'adozione: soluzione o ginepraio?", p. 44, in cui tra l'altro si afferma "Accanto a tali considerazioni che difendono con forza la continuità del legame con l'ambiente originario, bisogna prendere in esame anche quei fattori che intercettano tutta la complessità delle relazioni familiari, cioè di quelle condizioni che limitano o rendono estremamente difficoltosa l'applicazione dell'adozione mite".