

Commissione della famiglia e delle persone**INDAGINE CONOSCITIVA SULLO STATO DI ATTUAZIONE DELLE DISPOSIZIONI
LEGISLATIVE IN MATERIA DI ADOZIONE ED AFFIDO****13 GIUGNO 2016****Premessa**

E' in atto una nuova sfida umana culturale, etica e sociale che deve essere affrontata sul piano normativo-giuridico.

Oggi gli Avvocati e i Giudici testimoniano quotidianamente i cambiamenti che investono la società civile interpretando e denunciando le mancanze di tutele e quindi la necessità di riforme a favore di soggetti deboli, soprattutto nelle relazioni familiari.

In questo contesto prende forma anche la responsabilità sociale dell'avvocatura nella ricerca dell'effettività di tutela dei diritti inviolabili della persona, tra i quali quello della vita privata familiare del diritto europeo.

Quello di oggi è un nuovo diritto di famiglia che è diventato il diritto dei figli.

E' connesso ad una nuova forma di genitorialità, non biologica, non adottiva, sociale anche solo per un unico genitore: figli senza padri e madri "tradizionali", dove la responsabilità della procreazione nasce senza rapporto biologico.

Si aprono nuove frontiere per il diritto di famiglia che vive di riforme in senso evolutivo umanistico, in un contesto di grande innovazione, guidato da principi internazionali ed interpretazione del diritto che stanno portando via via all'abbandono di schemi familiari tradizionali e verso modelli europei più liberali.

Indubbiamente sono temi che smuovono in ciascuno di noi prospettive culturali radicate e che solo un confronto, per ritrovare un denominatore comune, per soluzioni condivise, può portare ad evitare lacerazioni anche sociali e paralisi legislative.

D'altra parte è incontestabile che anche per avvocati e giudici l'esercizio della giurisdizione in ambito familiare, molto più che in altri settori, non si risolve nella mera applicazione delle norme ma e' anche il frutto delle convinzioni, della sensibilità e della cultura dell'operatore del diritto.

E' un ambito in cui sarebbe necessario abbandonare le ideologie in funzione della ricerca di come tutelare anche normativamente l'interesse della persona vulnerabile, per poi consentire in concreto, nel caso specifico di quella famiglia, cucire addosso la soluzione più confacente, con abbandono del legislatore prima, e successivamente del giudice e dell' avvocato poi, di ogni propria visione ideologica di mondo.

Oggi i problemi sono di politica sociale, che se non risolti dal legislatore diventano giuridici.

L'innovazione più rilevante nel nostro diritto di famiglia, contro la tradizione, è stata la riforma in tema di filiazione (legge 219/12), che non attribuisce più al matrimonio lo scopo primario della collocazione dei figli: il matrimonio oggi è sostanzialmente irrilevante, elemento neutro nei confronti dei figli.

La relazione di coppia è affare privato dei coniugi o dei non coniugi che sono liberi di porvi fine e, prima ancora, liberi di evitarlo, con una relazione che, con riguardo ai figli, assume nella sostanza la stessa efficacia giuridica del matrimonio.

Oggi sono diversi i modi di essere famiglia, trovando ingresso ormai una sorta di "dissociazione" tra quelli che storicamente sono sempre stati considerati elementi indissolubilmente legati: famiglia-matrimonio; procreazione-sessualità; matrimonio-procreazione.

Oggi non può non considerarsi che l'indissolubilità del matrimonio è solo divenuta una speranza e che la fedeltà non serve a tutelare la discendenza paterna del marito e che la finalità del matrimonio non è la procreazione.

A fronte di queste "dissociazioni", gli unici principi orientativi nella materia possono e debbono essere il principio di uguaglianza e divieto di discriminazione, e la tutela del diritto della vita familiare, conformemente al diritto europeo che siamo tenuti a rispettare.

Poiché oggi le famiglie appartengono a più modelli, è imprescindibile che ogni intervento legislativo e giurisprudenziale passi per essere coerente e non contraddittorio sotto l'unico concetto unificante: il riconoscimento del diritto del figlio ad una famiglia, a prescindere dal modello.

Oggi i figli sono anche non di genitori biologici, dove trova ingresso un nuovo concetto di genitorialità, legato a quello di volontarietà e responsabilità del progetto procreativo (fecondazione assistita): genitori non legati alla biologia, ma ad un progetto di procreazione.

Vi sono coppie di mamma e papà' con un progetto di genitorialità condivisa, o con rapporti omogenitoriali consolidati, ma comunque rimane elemento unificante, ai fini delle tutele, sempre e comunque il diritto del figlio ad una famiglia a dover essere garantito: la novità più rilevante in questo ambito è che non è più solo la coppia di coniugi che garantisce l'adeguatezza al soddisfacimento di questo diritto.

Si dovrà riscrivere il diritto di famiglia anche con la nuova disciplina delle unioni civili: si è introdotta una disciplina affine al matrimonio e su tale presupposto i principi europei, che la Corte di Strasburgo ha già declinato in casi precedenti, non potranno accettare alcuna discriminazione per ragioni di orientamento sessuale, in alcun ambito normativo .

Dovrà esservi necessariamente quindi un'apertura anche alle adozioni per le unioni e l'avvocatura non potrà non favorire l'allargamento applicativo dei principi egualitari sottesi alle nuove norme, nella consapevolezza che i diritti non dovrebbero offendere nessuno.

Quali genitori?

La genitorialità non è più solo quella biologica od adottiva, ma consegue, anche nel nostro diritto, dall'assunzione volontaria della genitorialità, come previsto dall'art. 9 della Legge n. 40 del 2004 (PMA), secondo la quale il coniuge od il convivente, in ipotesi di inseminazione eterologa e che acconsenta a tale tipo di procreazione, non può esercitare l'azione di disconoscimento della paternità.

Superato il profilo della discendenza biologica, per la identificazione di un rapporto di genitorialità si dà preponderanza alla scelta di voler essere genitori.

Vi è il nuovo genitore sociale, non biologico, intenzionale, etero od omosessuale che è già oggetto quindi di diverse pronunce connesse alle nuove famiglie ricomposte od arcobaleno.

La premessa per un diritto giusto, di fronte a queste figure nuove, è che i principi regolamentari dovrebbero prescindere dalla connotazione dell'orientamento sessuale del genitore sociale o non : è tale quel co-genitore, il partner di un genitore biologico o adottivo, che abbia con questo condiviso un progetto genitoriale.

Il diritto, allo stato, non riconosce, come invece dovrebbe, nell'interesse del minore, alcun diritto a questo partner, che abbia comunque instaurato stabili legami affettivi con il minore, a seguito di prolungata convivenza in tale nucleo familiare.

Ed è in questo contesto sociale che si innestano novità, più giurisprudenziali che legislative: è la stessa Corte di Cassazione, (2400/15) che dice che ove non arrivano le norme perché discriminatorie, è opportuno bussare alle porte dei Tribunali, dove i giudici, oltre a seguire la Costituzione, sono pronti a dare tutele più ampie anche - se non matrimoniali - in linea con la giurisprudenza comunitaria più liberale e avanzata.

Noi Avvocati bussiamo alle porte dei Tribunali a tal fine. Ma ci si chiede:

E' corretto che siano le sentenze dei tribunali a costruire una civiltà?

Nè possiamo dimenticare che l'Europa è una realtà: anche il diritto di famiglia infatti subisce la globalizzazione del diritto, che porta alla globalizzazione delle tutele.

Le sentenze delle Corti anche del nostro Stato ci costringono a prendere atto che la regola di diritto europeo oggi prevale sulla regola del Governo, per necessità di conformare gli ordinamenti ai principi di diritto europeo e, quindi, si sommano le tutele di un giudice non solo italiano ma di

Lussemburgo (Corte di Giustizia Europea) o di Strasburgo (CEDU), con interpretazioni costituzionalmente e comunitariamente orientate.

La marea europea sta investendo anche quell'isola che il mare del diritto solo lambiva (Jemolo): quella famiglia naturale, oggi, per l'onda dell'evoluzione sociale e dei principi del diritto europeo, porta all'estensione del giuridico a famiglie prima mai regolamentate.

E' un' internazionalizzazione del diritto che opera soprattutto nei temi cd. "eticamente sensibili", con problemi di coordinamento dell' ordinamento interno con i principi provenienti dall'ordinamento sovranazionale, con connesse innovazioni in tema di identità personale, maternità surrogata, diritto del minore ad intrattenere rapporti con il genitore sociale, riconoscimento giuridico di famiglie omogenitoriali.

Con la connessa necessità, quindi, di Avvocati e Giudici, nel quotidiano, di tener conto anche delle sentenze delle Corti europee come strumento operativo che l'ordinamento italiano non può più disconoscere.

A a copertura delle lacune e delle contraddizioni di cui soffre il diritto di famiglia codificato, in questo ambito, deve intervenire il Legislatore per rendere davvero tutti uguali di fronte alla legge.

FINALITÀ DELL'INDAGINE CONOSCITIVA

VERIFICA DELLO STATO DI ATTUAZIONE DELLA NORMATIVA IN TEMA DI ADOZIONE E AFFIDO. CRITICITÀ

Il quesito attiene alla verifica della tenuta di una legge, vecchia di oltre 30 anni, in rapporto alle evoluzioni dell'ambito sociale odierno e se, quindi, vada modificata in tutto o in parte in ragione delle finalità della stessa.

Presupposti di diritto: imprescindibile appare la considerazione del necessario coordinamento che deve avvenire con le nuove normative entrate in vigore (riforma della filiazione, legge sull'affidamento a tutela della continuità affettiva, unioni civili e convivenze di fatto) e quelle a venire (Magistratura onoraria, Sezioni specializzate di famiglia).

Presupposti di fatto : la normativa si inserisce in un ambito di trasformazioni sociali in atto con

- un decremento del numero dei matrimoni
- 600-700 minori vivono in famiglie omogenitoriali.
- l'innalzamento dell'età in cui si concepiscono i figli (oltre i 32 anni) e l'allungamento della vita media.

- gli affidamenti familiari che si prolungano oltre i 2 anni in uno studio costituivano il 60% del totale dei ragazzi in comunità;

Tutti elementi che debbono portare:

A) da un punto di vista di diritto sostanziale, a verificare una nuova valutazione dell'interesse del minore, il suo diritto alla famiglia quando sia in attesa di adozione, conforme ad un nuovo diritto di famiglia, allo stato sociale attuale, in ragione anche dei requisiti posti dalla normativa per l'adozione da parte dei soggetti richiedenti, nel rispetto del principio di non discriminazione e della normativa internazionale:

B) da un punto di vista processuale, ad una valutazione delle procedure di adozione rispetto alla necessità di garantire certezza e trasparenza, con elevati standard, da mantenere in ogni fase del procedimento; i rilievi conseguenti dovranno essere tenuti in considerazione per intervenire normativamente con strumenti idonei su tutto il territorio nazionale in maniera uniforme.

I PRINCIPI UNIFORMANTI DEI PROPOSTI INTERVENTI NORMATIVI

Non vi è dubbio che rispondere alle attuali criticità della legge 184/83, comporti affrontare questioni di principio cui uniformare poi il dato normativo: **esiste un diritto ad essere adottati e/o un diritto all'adozione?**

Il fondamento dell'adozione è eminentemente solidaristico, ove va tutelato "in primis" il minore ad essere adottato, quale diritto ad una famiglia, che è sostanzialmente il diritto di essere amato e curato.

Il diritto di un minore ad una famiglia può conciliarsi, oggi, solo con una figura di adottanti che debbono essere coniugati?

La risposta ci viene dalla CEDU e dalla riforma della filiazione, che ha posto le basi per un nuovo diritto di famiglia, che è diventato sostanzialmente il diritto della filiazione: gli adottanti, come ogni genitore, debbono solo dare al minore ciò di cui ha bisogno, affetto e cura; devono infatti avere l'idoneità affettiva di cui all'art. 6 l.184/83 e questo non esclude che la possano offrire anche i non coniugati o uniti dello stesso sesso o i single.

La CEDU ci dice che a parità di condizioni nessuno può essere discriminato.

D'altra parte, senza dati scientifici che per quanto riguarda i genitori di fatto, omogenitoriali o monogenitoriali, comprovino che l'inserimento di un minore in tali contesti crei pregiudizio, tali

possibilità non possono essere escluse neanche normativamente, per non incorrere in una legge discriminatoria.

Naturalmente è imprescindibile che debba esistere, in termini di fatto, comunque, una certa durata del rapporto per un minimo di stabilità.

E se è vero, come è vero, che l'affidamento familiare e l'adozione sono istituiti con una matrice eminentemente solidaristica, volti a garantire il diritto del minore ad una famiglia, tale diritto non appare a priori in conflitto con il diritto dell'adulto ad una famiglia, perché di fatto non esistono conflitti quando un atto, pur soddisfacendo due interessi distinti, realizza uno scopo comune ad entrambi.

Senza ideologie preconcepite non c'è danno.

L'avvocatura non può non esprimersi per favorire l'allargamento applicativo dei principi egualitari sottesi alle nuove norme sapendo, da buoni negoziatori, che non vi è danno dove nel conflitto di interessi si realizza un vantaggio per entrambe le parti, senza, quindi, alcun pregiudizio reciproco.

Il riconoscimento del minore ad una famiglia può essere bidirezionale, senza che ciò implichi favorire esclusivamente l'interesse dell'adulto, quando il diritto del minore non sia incompatibile con quello del genitore di creare una famiglia, scopo uniformante della legge sull'adozione.

Con tale orientamento di principio, in ragione degli stessi gravi dubbi interpretativi e delle incongruenze della legge già segnalati ed esaminati dalla giurisprudenza di costituzionalità e di legittimità si ritiene utile proporre le seguenti modifiche normative in ragione anche della necessità di armonizzare la l.184/83 anche con i principi delle nuove riforme legislative in essere ed auspicando.

A) MODIFICHE DI DIRITTO SOSTANZIALE

1) MODIFICA ABROGATIVA DELL' ART. 55 L. 184/83: ELIMINAZIONE DI OGNI DISTINZIONE TRA ADOZIONE LEGITTIMANTE E NON

L'impianto già in vigore in tema di filiazione a seguito della recente riforma della l. 219/2012 non si ritiene possa consentire di mantenere più alcuna distinzione tra "adozione legittimante" e "adozione in casi particolari", essendo venuta meno, con la riforma, ogni ragione giuridica di distinzione: tutti i figli nati dal matrimonio, fuori dal matrimonio o adottati hanno lo stesso status.

Sono tutti solo figli.

L'art. 1 della l. 219/2012 che ha modificato l'art. 74 c.c. può ritenersi abbia tacitamente abrogato l'art. 55 l.184/83 nella parte in cui richiama l'art. 300 il comma ultimo periodo del c.c. ove escluderebbe il rapporto di parentela nell'adozione in casi particolari.

Una riforma dell'adozione non può non ripercorre il principio interpretativo fondante la disciplina dell'adozione, che è quella di dare una famiglia al figlio (lontano da intenti patrimonialistici come invece per l'adozione per l'adulto, quella sì espressamente esclusa), con l'imprescindibile richiamo al nuovo articolo nuovo 74 del codice civile, a mente del quale il vincolo di parentela si acquisisce in ogni caso (salvo trattasi di adozione di persone maggiori di età) anche nel caso in cui il figlio è adottivo.

Da questo presupposto giuridico la legge 184/83 dovrebbe essere governata e modificata con effetto a cascata, tenendo ben a mente quale sia l'effettiva finalità che ha portato a suo tempo l'emaneazione della legge stessa: se nel 1983 la legge poteva prendere in esame esclusivamente la famiglia legittima, all'epoca suo riferimento centrale, cosicché da introdurre il concetto di adozione legittimante, consentita solo ai coniugi, e, a fianco, a completamento della regolamentazione, altre ipotesi residuali di famiglia, attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari (valvola di sicurezza per tutte quelle situazioni che non potevano rientrare nell'adozione legittimante), oggi questa differenziazione non può più ritenersi fondata, in coordinamento con l'intervenuta riforma della legge sulla filiazione che non accetta alcuna discriminazione in tema di filiazione: tutti hanno il medesimo status di figlio, figli adottivi tutti compresi.

L'"adozione in casi particolari", con l'esonero dal rispetto dei requisiti per gli adottanti di cui all'art.6 e la mancanza di abbandono del minore, non è più un'eccezione: solo in passato doveva essere considerata residuale, per un legislatore inconsapevolmente saggio, che aveva lasciato aperta la porta a casi limitati, che invece oggi sono i più frequenti.

Oggi lavoriamo tutti con ipotesi di famiglia non conformate ai modelli normativi regolati in passato e chi deve rendere vivente il diritto, come fanno gli Avvocati insieme ai Giudici, non può negare ciò che avviene normalmente nella vita ordinaria delle relazioni esistenziali, da regolamentare con pienezza di tutela anche sul piano giuridico.

Perchè i figli riconosciuti tali dall'art. 44 dovrebbero rimanere dei "quasi non figli"? Perchè gli unici figli che, pur crescendo sin da piccoli in una famiglia, non ne dovrebbero diventare familiari? Certo ciò comporta la necessità di armonizzare tante norme di diritto civile anche in sede successoria.

2) MODIFICA DEI REQUISITI PER ADOTTARE EX ART. 6, ART. 4 COMMA 5-BIS, ART.44 LETT. A) E B) L.184/83

Altro passaggio che appare fondamentale al fine di apportare chiarezza al dato normativo, rendendolo conforme non solo ai modelli culturali e sociali odierni, ma anche ai modelli giuridici di nuova emanazione, è rivedere l'art. 6 in punto requisiti degli adottanti e, conseguentemente l'art. 4 comma 5-bis e l'44 lett. a) e b) della l. 184/83 da armonizzare con la legge n. 76/2016 in tema di unioni civili e convivenze.

L'art. 29 Cost., riferendosi alla famiglia come società naturale, indica per ciò stesso un limite alla potestà normativa e giurisdizionale dello Stato, essendo la famiglia un ordinamento giuridico primario, una realtà che il diritto può solo assecondare, normandola, secondo i suoi sviluppi sociali, naturali in quanto spontanei.

Nel nuovo diritto di famiglia, quello della filiazione, della privatizzazione e della degiurisdizionalizzazione, si inserisce anche l'estensione garantista della giurisprudenza, anticipatoria della legge, operando sulla base del concetto di responsabilità, partendo da un rapporto di fatto.

Suggestivamente, anche in ambito familiare, si può parlare di "responsabilità da contatto sociale", dove il contatto sociale qualificato diventa "contratto familiare", da intendersi come fonte di responsabilità anche nella famiglia (vedasi i contratti di convivenza).

La famiglia e la filiazione sono dei contatti sociali, da cui sorgono delle responsabilità anche contrattuali: responsabilità "da contatto sociale" per nuove figure di famiglia e di genitori biologici o sociali, dove da una relazione affettiva qualificata, dal consenso prestato ad un progetto di procreazione, nascono diritti e doveri connessi alla protezione e collaborazione, vigilanza e cura, connessi al ruolo di determinati soggetti che ingenerano l'affidamento dell'altro.

La nuova figura genitoriale non è più legata elusivamente ad un fattore biologico, ma ad un concetto di responsabilità: la procreazione medicalmente assistita, dove viene sancita l'irrevocabilità del consenso dopo il momento della fecondazione e l'evoluzione della coscienza sociale con la riforma della filiazione (unico stato giuridico della filiazione) slegano la responsabilità genitoriale dal mero dato biologico per legarlo ad una consapevole assunzione di responsabilità del genitore.

La stessa Corte Costituzionale ha parlato di famiglia come comunità di persone legate da vincoli sociali di solidarietà e di mutua assistenza, non necessariamente ancorato al dato genetico.

Il principio di autodeterminazione diventa il criterio fondante di un nuovo modello di famiglia, non più ancorato al dato genetico, ma ad una figura genitoriale a base etica: paternità' e maternità' che

prescindono dal vincolo di sangue per acquistare un connotato volontaristico dove la famiglia assurge a valore, come luogo per l'affermazione di una piena uguaglianza e dignità degli esseri umani, come affermazione naturale del se', dei propri desideri, del proprio progetto di vita e del bisogno insopprimibile di avere una discendenza.

Un tanto si riflette anche sulla famiglia di fatto, come esperienza anch'essa di un'etica della responsabilità, con la realizzazione di un modello sociale non cristallizzato alla coppia etero sessuale, sposata o convivente, lasciando spazio anche ad una nuova figura di genitore prevalentemente sociale che può includere una componente biologica, ma non necessariamente coincidente con essa: la stessa riforma della filiazione ha privilegiato lo "status di figlio" rispetto allo "status della famiglia" valorizzando la relazione intersoggettiva del figlio mono o bigenitoriale, senza tener conto della realtà familiare in cui e' inserito, precorrendo scenari evolutivi che si stanno imponendo.

Oggi tali presupposti giuridici non possono non incidere anche sull'istituto dell'adozione, con la necessità conseguente di ampliare la platea dei possibili adottanti, ponendo fine al pregiudizio verso categorie astratte di persone.

Anche la Cassazione aveva legittimato un intervento del legislatore in apertura verso l'interesse del minore ad ogni tipo di adozione (cass. 3572/2011) conformemente alla convenzione di Strasburgo 24/04/1967 all' art. 6 che attribuisce ai singoli Stati la facoltà di concedere anche ai singoli l'adozione senza preclusioni.

Consequente potrebbe ritenersi ormai maturato ogni presupposto per eliminare

-all'art. 4 comma 5-bis l'inciso "*sussistendo i requisiti previsti dall'art. 6*"

-all'art. 44 lett. a) l'inciso "*quando il minore sia orfano di padre e madre*"

-all'art. 44 lett. b) aggiungere "*dal convivente, dall'unito...*"

Tali modifiche consentirebbero di far accedere tutti all'adozione, quando vi sia un preesistente rapporto stabile e duraturo, sulla base dell'estensione piena dell'applicazione dei principi della legge 173/15 della tutela della continuità affettiva, non solo per i bambini in affidamento, ma per tutti i bambini comunque fuori dalla famiglia di origine, a chiunque siano stati affidati e da tempo legati.

-Estensione alle coppie non coniugate ed ai single : 15 anni fa si riteneva di dover garantire al minore la famiglia migliore possibile, formata da uomo e donna, uniti da rapporto stabile, con ruoli genitoriali materno e paterno, differenziati, cui confrontarsi.

Oggi non possiamo nasconderci che non è più così, ad iniziare dalla stabilità dei rapporti non garantita dal matrimonio (sei mesi oggi per il divorzio) dalla distinzione di ruoli (padri sempre più presenti e affidamento condiviso), famiglie monogenitoriali per la maggioranza.

D'altra parte non possiamo sottacere che lo stesso art. 25 l.183//184 prevede la possibilità di disporre l'adozione in ipotesi di intervenuta separazione della coppia, con adozione ad uno solo dei coniugi separati, nell'esclusivo interesse del minore.

Provocatoriamente, in termini di fatto, il matrimonio non dimostra niente in termini di garanzia di stabilità di rapporto: le coppie si separano, anche quelle che hanno adottato.

Il 50 per cento delle famiglie che mandano i loro figli a scuola non sono sposate.

Altri sono i requisiti importanti per poter accedere all'adozione: il principale, la disponibilità ad accogliere un minore, non per farne un proprio figlio, ma per farlo crescere per quello che è, anche nel rispetto delle sue origini che lo identificano.

Questo lo possono fare anche i conviventi e le persone sole, solo che si voglia veramente, abbandonando impostazioni ideologiche, come dovrebbe essere sempre nostro dovere "in primis" nella materia che ci occupa, capire davvero quale è l'interesse del minore e come dare un famiglia a chi non ce l'ha.

La continuità affettiva va fatta rispettare sempre, a favore di chi è affidato a coppia sposata, unita, o ad un single: perché, in ipotesi di rapporto stabile e duraturo ed affettivamente importante, il bimbo in affidamento ad una coppia di fatto o ad un single o ad uniti non avrebbe il diritto di accedere all'adozione da parte loro?

Faremmo l'interesse del minore non contemplarlo?

Sarebbe discriminatorio invece applicare il principio della continuità affettiva solo ad alcuni bambini a seconda se affidati ad un single o ad una coppia: tutti i bambini sono uguali davanti agli affetti che vivono.

Vero che per l'adozione internazionale l'apertura ai singoli potrebbe essere problematica, dovendo salvaguardare i rapporti con stati esteri che non la contemplino.

Per quella nazionale invece sarebbe risolutiva di molti casi, con la sola modifica dell'art. 4 comma 5-bis, in ipotesi di bambino in stato di abbandono, e dell'art. 44 lett. a) ove si tuteli la continuità degli affetti anche per il minore non abbandonato, anche non orfano (quest'ultima modifica normativa già oggetto della proposta di legge Ravetto), e l'estensione a tutte le coppie dell'art. 44 lett. b).

-Estensione alle coppie omosessuali: oggi intervengono le pronunce creative che si orientano verso l'irrilevanza giuridica della condizione omosessuale della coppia genitoriale e così le nostre Corti e, oggi, anche la legge 76/2016, riconoscono la vita familiare anche nel caso di relazione tra persone dello stesso sesso, con tutela di tali unioni anche nel rispetto della privata vita familiare, sul presupposto della Corte Costit. 138/2010 che ha statuito che l'unione omosessuale, come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, è una formazione sociale, tutelata dall'art. 2 Cost., come oggi la nuova legge statuisce.

Correlativamente, anche in tale ambito va affrontato il tema della tutela delle relazioni genitoriali sviluppatesi nella relazione della coppia di persone dello stesso sesso.

Ad essere ritenute degne di tutela non sono solo le famiglie fondate sul matrimonio, ma devono esserlo anche quelle che, comunque, costituiscono una formazione sociale idonea a consentire e a favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, come ha determinato già la sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010 e come espressamente è oggi normato dalla legge sulle unioni.

I vari aspetti affrontati dalle Corti hanno già riguardato l'incidenza dell'omosessualità di uno o dei due genitori sull'esercizio della responsabilità genitoriale: la Cassazione (sent.n. 601/13), ad esempio, ha escluso che, in sede di affidamento, un mero pregiudizio teorico di dannosità della relazione omosessuale della madre, potesse prescindere dalla dimostrazione in concreto della dannosità di tale relazione per il figlio.

Numerose le sentenze anche di merito conformi: l'orientamento sessuale non è collegabile di per sé a condizioni di carenza o inidoneità educativa del genitore, tale da giustificare la limitazione al pieno esercizio della responsabilità genitoriale, conformemente ai principi all'art. 8 (rispetto della vita familiare di ogni individuo) e 14 (divieto di discriminazione) CEDU.

E' la stessa Consulta che ci dice che "i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi" (Corte Cost. 14 aprile 2010, n. 138).

La stessa CEDU ha rilevato chiaramente che: 1) sono illegittime le norme che discriminano le coppie omosessuali; 2) l'interesse superiore del minore può essere tutelato anche dalla coppia omosessuale.

Non può conseguentemente che essere auspicabile un tempestivo intervento legislativo, volto a colmare quel vuoto normativo dove, troppo spesso, si inseriscono pronunce giurisprudenziali oscillanti, che non garantiscono la certezza del diritto e, soprattutto, non tutelano in modo univoco la posizione dei soggetti realmente vulnerabili.

L'orientamento giurisprudenziale maggioritario ormai è volto ad un'interpretazione costituzionalmente orientata del diritto interno, conformemente a quello sovranazionale, per una famiglia europea che porta in primo piano il rapporto familiare instaurato di fatto, rispetto al rapporto puramente biologico, introducendo così un concetto sociale di famiglia, società naturale scollegata oggi non solo dal matrimonio ma anche dalla funzione procreativa: la Corte di Strasburgo e la Corte di Cassazione riconoscono che anche le coppie omoaffettive ed i loro figli rientrano nella nozione di famiglia oggetto di protezione della convenzione europea dei diritti umani (art. 8) e della Costituzione, tutelante la vita familiare.

I Tribunali aditi dagli Avvocati "visionari", quindi, valorizzano gli elementi fattuali della condivisione della scelta di avere figli, la compartecipazione alla loro cura e l'indubbio legame affettivo, per estendere l'ambito applicativo delle norme ed includervi un concetto allargato di bigenitorialità e di famiglia, fino a ricomprendendovi anche la figura di genitore sociale, ossia colui che ha instaurato con il minore un legame familiare di fatto significativo e duraturo corrispondente ad un diritto del minore ad intrattenere e conservare rapporti significativi al di là di ogni legame biologico.

Ormai giuridicamente favorita è l'adozione del figlio del partner anche dello stesso sesso (stepchild adoption) attraverso l'applicazione dell'art. 44 lett. d) con l'adozione in casi particolari, che realizza l'interesse del minore con il consolidamento dei rapporti tra il minore e chi lo sta crescendo con affetto e lo cura.

E' un riconoscimento che viene effettuato dai Tribunali per garantire il pieno sviluppo della personalità del minore, perché il trattamento privilegiato accordato al matrimonio trova un limite nei diritti inviolabili del minore, cosicché viene e deve essere estesa la norma anche ai conviventi anche del medesimo sesso, non potendo essere giustificata alcuna discriminazione sul punto, conformemente alle norme internazionali art. 14 (divieto di discriminazione) e 8 (tutela della vita familiare) in virtù del rinvio mobile ex art. 117 Cost. per cui acquistano titolo di fonti interposte, volte ad integrare anche il nostro parametro costituzionale di riferimento: i Giudici nazionali hanno il dovere di leggere la norma nazionale muovendo verso un'interpretazione che sia conforme alle disposizioni della CEDU.

E lo dovrebbe fare, anticipatamente anche il legislatore, intervenendo con la modifica di cui all'art. 44 lett.b) .

-Il problema della maternità surrogata: per la Cassazione (Sent. n. 24001/2014), in tale ipotesi, non parrebbe esserci invece alcuno spazio per il riconoscimento alla volontà di essere genitori, in quanto attività illecita, connessa alla violazione di principi di ordine pubblico, anche là dove si sia poi eventualmente instaurato un rapporto significativo tra minore e cd. Committenti. In tale contesto prevarrebbe ancora l'art. 269 c.c. ove il minore è di colei che partorisce (tuttavia solo in termini di prova, non di status). Non va comunque sottaciuto che la Corte di Strasburgo ha già condannato l'Italia per aver negato ogni legame tra il minore di età e i cd. Committenti proprio in quanto i principi di ordine pubblico collegati al divieto di maternità surrogata penalmente sanzionata, avrebbero dovuto soccombere in nome della tutela e della protezione del superiore interesse del minore (CEDU sentenza 27/01/2015 Paradiso e Campanelli c/ Italia): non si può punire il minore per colpe dell'adulto.

In sintesi, nostro compito come avvocatura è promuovere la lettura del dato giuridico massimizzandolo per forme di tutela sempre più avanzate e conformi al dato sociale e, per questo, più solide.

Come avvocati, dovendo rendere ogni giorno vivente il diritto, dobbiamo lavorare in ambito giurisdizionale per offrire sempre una lettura della norma giuridica che tuteli i soggetti, minori o comunque vulnerabili all'interno di un quadro sistematico non discriminatorio, ed intervenire presso le istituzioni chiedendo leggi nuove che siano un passo verso l'eguaglianza, per e verso un bambino: la genitorialità si costruisce nella relazione, anche al di fuori della duplice figura uomo-donna, coniugi-conviventi, single.

3) MODIFICA DELL' ART. 28 COMMA 7

Risulta necessario colmare il vuoto normativo creatosi dopo la sentenza Corte Costituzionale n. 287/2013, che ha dichiarato l'incostituzionalità parziale del comma 7 dell'art. 28 L. 184/83 per contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione, ove non prevede un procedimento normato che assicuri la massima riservatezza, ed attraverso cui il Giudice, su richiesta del figlio di conoscere le proprie informazioni biologiche, possa interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, ai sensi dell'art. 30 comma I del DPR. n. 396/2000, ai fini di una eventuale revoca dell'anonimato.

La stessa CEDU aveva rilevato che la normativa italiana non operava alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa, mancando i meccanismi volti a bilanciare il diritto del richiedente a conoscere le proprie origini con il diritto e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, ove tale diritto veniva incondizionatamente preferito.

Sostegno dovrebbe pertanto ottenere il disegno di legge n. 1978 al Senato in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita, per apprestare una normativa procedimentale uniforme su tutto il territorio nazionale.

4) INTRODUZIONE DELL'ISTITUTO NORMATIVO DELL'ADOZIONE MITE

Da una giustizia mite, dove il diritto è ragionato quindi garantito, diritto giusto per quella situazione, si sono create spesso situazioni morbide, nel rispetto della continuità degli affetti, per evitare gli strappi dolorosi.

Il principio della continuità degli affetti dovrebbe fungere, anche sul piano normativo, come già in sede giurisprudenziale ha trovato sviluppo, da garanzia del rispetto dei sentimenti dei bambini affidati da tanto tempo, del loro diritto a non subire strappi, per unificare la legge e la realtà.

Se non assunta nei tempi minimi stabiliti possibili, una decisione anche astrattamente corretta che intervenga dopo anni, si tramuta inevitabilmente in un danno per il bambino e i suoi genitori.

Da qui la necessità di normare quanto già molti Tribunali disciplinano in ipotesi di lunghi affidamenti che necessitano, a beneficio del minore, di disporre un'adozione pur con il mantenimento dei rapporti positivi con la famiglia di origine: uno strumento per i bambini che non possono tornare in famiglia, ma per i quali il rapporto con la stessa è comunque importante e significativo. Spesso sono bambini (molti) con affidi che durano oltre i due anni, con affidi anche "sine die".

Se oggi l'adozione, come crediamo, non dovrebbe per principio più essere considerata una seconda nascita, perchè il bambino non nasce nel momento in cui viene adottato ma deve essere accolto per quello che è, con la sua famiglia d'origine ancora dentro, ancor di più in molte ipotesi l'adozione non può avere effetti rescindenti sui rapporti con la famiglia d'origine.

B) MODIFICHE DI DIRITTO PROCESSUALE

Oltre ad integrazioni normative di carattere sostanziale, dovranno anche essere armonizzate le disposizioni di cui alla riforma del processo civile con le istituende Sezioni Specializzate della

famiglia e della Magistratura Onoraria, tenuto conto, in ogni caso, che spesso le difficoltà operative e organizzative del procedimento di adozione sono riconducibili alle seguenti motivazioni:

- ad un certo grado di dilatazione dei tempi processuali;
- ad un diffuso aggravio e onerosità del lavoro degli Uffici Giudiziari senza che ne scaturisca una reale utilità nell'interesse del minore;
- alla carenza di norme attuative;
- alla necessità di maggiore chiarezza nel rito processuale a cui si è fatto fronte attraverso l'elaborazione di prassi operative atte ad assicurare il contraddittorio e la tutela processuale del minore;
- ai meccanismi riguardanti, in generale, l'assistenza legale in favore del minore, talvolta non adeguatamente preparato al complesso compito;
- all'individuazione di tutori in grado di svolgere la funzione adeguatamente.

Per alcune delle problematiche rilevate, il disegno di legge di delega al governo n. 2284 recante disposizioni per l'efficienza del processo civile prevede delle modifiche che paiono rispondere in parte alle criticità rilevate anche in rito.

All'art. 1 lett. b n. 8, i procedimenti di adottabilità vengono attribuiti alla competenza delle Sezioni Specializzate distrettuali con assegnazione ad esse di Magistrati con competenza in via esclusiva ed assicurando alle stesse sezioni l'ausilio dei servizi alla persona della pubblica amministrazione anche locale o privati, nelle fasi valutative, di sostegno ed esecutiva dei provvedimenti, con l'espressa previsione, in ognuno di tali momenti, del rispetto del contraddittorio e dei diritti di difesa delle parti, che si auspica venga effettivamente concretizzato nell'attuazione della delega.

Ci si chiede se l'aver previsto espressamente un giudice specializzato con obbligo alla formazione e che attinge alle valutazioni, per le materie extra giuridiche all'ausilio dei Servizi, non renda superflua la necessità del mantenimento della composizione delle Sezioni stesse dei giudici non togati.

Tale obiezione potrebbe trovare conforto anche dai principi di cui alle norme in tema di riforma della Magistratura Onoraria, ove si prevede espressamente, all'art. 5 lett. b) , che gli stessi Giudici Onorari, formati solo alla materia giuridica, non possono comunque essere applicati quali componenti di collegi giudicanti delle sezioni specializzate.

Richiamando il medesimo principio già rispettato anche per la stessa composizione di altro giudice specializzato, il Tribunale delle Imprese ove è stata esclusa la partecipazione di consulenti, ci si chiede, correlativamente, se a tutt'oggi, con un Giudice della famiglia fortemente formato e

specializzato necessari, in sede giudicante, di ausili extra giuridici, già disponibili in sede istruttoria nel rispetto dei principi del contraddittorio e della difesa.

1) LA DIFESA D'UFFICIO E L'AVVOCATO DEL MINORE

Si coglie l'importanza dell'iniziativa di alcuni Tribunali per i minorenni che hanno richiesto ai Consigli dell'Ordine degli Avvocati presenti nel territorio di competenza la predisposizione di elenchi di avvocati disponibili ad assumere la funzione di difensori d'ufficio e di curatore speciale. Necessaria quindi l'introduzione di una proposta legislativa per l'istituzione obbligatoria degli elenchi dei difensori d'ufficio, dei curatori speciali e dei tutori, che specifichi dettagliatamente le loro funzioni, prevedendo e disciplinando, per ciascuna categoria, una retribuzione e una adeguata formazione professionale, colmando altresì le lacune rispetto all'istituto delle difese d'ufficio nel procedimento civile.

La legge 149/2001 di riforma della L.184/83 ha introdotto l'istituzione della difesa d'ufficio nei procedimenti per dichiarazione dello stato di adottabilità oltre all'art. 336 c.c..

Tuttavia, in attesa di una compiuta disciplina della difesa d'ufficio e del patrocinio a spese dello stato nei giudizi civili minorili, con il decreto legge 150/2001 e fino alla revisione dei procedimenti di cui all'art. 336 c.c., nulla è cambiato in via transitoria se non il richiamo della precedente normativa.

Di fatto ancora nulla è stabilito, diversamente che per la materia penale normata dalla L. 60/2001, in ordine alle modalità di nomina del difensore d'ufficio in sede civile, né in ordine al carico delle relative spese processuali (qualora il difensore d'ufficio dimostri di non aver esperito inutilmente le procedure per il recupero dei crediti professionali).

Per l'attuazione dell'effettività della difesa solo le prassi virtuose dei tribunali hanno provveduto contro gli evidenti limiti frapposti dalle normative non disposte.

I principi ispiratori di un intervento devono essere funzionali all'attribuzione a professionisti in possesso di competenze qualificate, in ragione della delicatezza della funzione da svolgere (come avviene per il settore penale ex art. 11 d.p.r.448/88 e art 15 dlgs272/89) ed estensione ampia del patrocinio a spese dello stato per estendere l'effettività della difesa ai soggetti deboli pur non rientrando nei limiti di reddito previsti per il beneficio.

Imprescindibile il collegamento tra difesa d'ufficio e onere di spesa a carico dello stato come per il penale anche in questi procedimenti.

2) SEMPLIFICAZIONE DEL PROCEDIMENTO

-Decreto di idoneità: potrebbe arrivarsi a configurare la verifica dell'idoneità all'adozione non come un processo, né come un giudizio od una selezione ma come un accompagnamento (solo il Belgio come noi) da parte dei servizi onde arrivare all'idoneità all'adozione senza adire il Tribunale.

-Concettualizzazione di abbandono: Specificazione della nozione di abbandono morale e materiale dei figli in ragione della provata irrecuperabilità delle capacità genitoriali secondo l'indicazione giurisprudenziale per cui è sufficiente vi sia in via di prognosi un'indicazione per l'irrecuperabilità della funzione genitoriale nell'interesse del minore, senza attendere un'irreparabile compromissione della sua crescita per dichiararne l'adottabilità.

Tutto ciò fermo restando che le condizioni di indigenza dei genitori o del genitore non sono di ostacolo al diritto del minore alla propria famiglia.

-Tempi per le relazioni sociali e ruolo dei servizi: i tempi per la conclusione delle procedure appaiono troppo dilatati e non perentori come potrebbero essere invece definiti anche in sede di valutazione dell'idoneità ove spesso si prolungano. Sarebbe opportuna pertanto anche una definizione di termini perentori entro i quali ciascuna fase del procedimento di adozione debba essere portata a conclusione, con termini ristretti anche per la trascrizione della sentenza (previsioni contenute già nella proposta di legge Brambilla).

Non può sottacersi che i Tribunali per i minorenni non valutano sempre positivamente le relazioni semestrali redatte dai servizi sociali locali, in quanto non sempre rispondenti agli obiettivi conoscitivi prefissati dovendo essere accurato il monitoraggio della situazione familiare in relazione al programma di assistenza, alla durata presumibile di detto programma e all'andamento delle condizioni del nucleo familiare di appartenenza del minore.

Utile pertanto sarebbe standardizzare i contenuti delle relazioni definendo i campi di interesse su cui focalizzare l'indagine e garantire così anche uniformità su tutto il territorio nazionale.

Notorio è che i Tribunali spesso ritengono la proroga dell'affidamento non un'eccezione e giudicano inadeguato il numero di famiglie che offrono la propria disponibilità ad accogliere un minore in affidamento, tant'è che i minori collocati in comunità o case-famiglia fuori del distretto del Tribunale di competenza appare cospicuo.

Si aggiunga che raramente i Tribunali annotano le "restituzioni" sia nella fase di affidamento preadottivo, sia dopo la definizione dell'adozione; lo stesso avviene per le cause dei fallimenti

adottivi, cosicché gli stessi Tribunali danno le seguenti indicazioni rispetto alla necessità di prevedere modifiche normative per ridurre il rischio dei fallimenti:

- la necessità di sostegni e formazione alla famiglia adottiva;
- il limite d'età del minore, in riferimento all'adozione internazionale;
- una maggiore accuratezza nella scelta delle coppie in riferimento all'adozione nazionale;
- azioni di monitoraggio garantito da servizi specializzati e destinati solo a tale scopo;
- la congruità degli abbinamenti adottato/adottanti

Necessarie in ogni caso risultano anche norme che regolino i rapporti tra giudici e le parti con i servizi territoriali che assumono spesso un ruolo ambiguo di sostegno e nello stesso tempo di valutazione.

-Banca dati : vi è la necessità di aver dati omogenei in tutti i tribunali.

In merito agli eventuali miglioramenti che la Banca dati Adozioni potrebbe apportare in relazione alle procedure per l'adozione, è evidente che essa consentirebbe di conoscere il numero reale di coppie aspiranti all'adozione, considerato che molte coppie moltiplicano l'invio della richiesta a numerosi Tribunali per i minorenni, e di poter comprendere quali siano i tempi reali per portare a termine una adozione, quando venga individuato il giusto abbinamento coppia/minore.

Inoltre non è trascurabile il fatto che si potrebbe introdurre un dispositivo secondo il quale gli aspiranti all'adozione possano presentare domanda di adozione esclusivamente al Tribunale per i minorenni di competenza territoriale, con un notevole risparmio di istruttoria da parte di tutti gli altri Tribunali. È soprattutto sotto il profilo organizzativo che la BDA potrebbe ottenere dei risultati rispetto ai tempi, all'uniformità e alla chiarezza delle informazioni raccolte, nonché alla circolarità delle stesse, incrementando e facilitando, conseguentemente, le opportunità degli abbinamenti, dell'adozione per i minori diversamente abili e dei minori con un'età compresa tra i 5 e i 17 anni, migliorando quindi, nel suo complesso, l'efficacia della legge e la rapidità dei tempi di risposta.

A questo proposito, è stata segnalata l'opportunità che vi sia uno stretto collegamento tra la BDA e i servizi sociali degli enti locali.

Complessivamente anche i Tribunali valutano positivamente l'istituzione della BDA, ritenendo che possa favorire il lavoro dei giudici e, in ultima analisi, andare incontro all'interesse del minore, facilitando l'abbinamento adottanti/adottato, in particolare nei casi più complessi quali, ad esempio, quelli caratterizzati da precarie condizioni di salute del minore.

Il Ministero di Giustizia aveva disposto la nascita di una Banca Dati relativa solo ai c.d. adottabili.

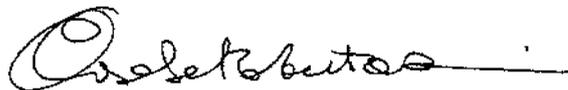
Necessario registrare tutti i bambini che risultano presso gli Istituti o nelle case-famiglie, con indicazione della data di entrata del bambino presso l'Istituto, la sua età, la data di eventuale uscita per l'affidamento, la motivazione dell'eventuale lungo pernottamento e/o rinnovamento dell'affidamento.

Dati che soli permettono ogni più approfondita esamina delle criticità e delle falle del sistema con individuazione dei necessari e conseguenti interventi correttivi.

Non da ultimo, si rende necessario introdurre un monitoraggio del sistema senza conflitti di interesse tra controllore e controllato con conseguente riforma della Cai.

13 giugno 2016

Il Coordinatore della Commissione
della famiglia e delle persone
avv. Elisabetta Mantovani



Il Presidente

- Avv. Mirella Casiello -

