

L'affidamento familiare

di Francesco Milanese

Sommario: 1. Introduzione. Definizioni concettuali. 2. Il diritto del minore a vivere nella famiglia.- 2.1 Il valore costituzionale della famiglia ed i doveri genitoriali 2.2 Dalla propria famiglia alla famiglia appropriata.- 2.3 L'affidamento per difficoltà familiari o crisi coniugale.- 2.4 L'affidamento familiare non è un allontanamento.- 3.- Contraddizioni e paradossi della 184/83.- 3.1.- Il paradosso della temporaneità.- 3.2 La precarizzazione dell'intervento.- 3.3 Il paradosso dell'idoneità/inidoneità. 3.4- La capacità.- 3.5- Tra rischio e controllo sociale.- 4.- L'affidamento familiare: tipologia e natura dei provvedimenti.- 4.1 il consenso al progetto.- 4.2 il provvedimento giudiziario.- 5.- Il provvedimento di affidamento consensuale: fondamento, natura e contenuti.- 5.1.- Le motivazioni del provvedimento.-5.2.- L'audizione del minore.- 5.3.- La resa esecutiva del giudice tutelare.- 5.4.- La famiglia affidataria.- 5.4.1 L'accesso alle provvidenze di legge5.5 La conclusione dell'affido familiare.-

1. Introduzione. Definizioni concettuali

Legislazione: L. 184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001, l. 8 marzo 2000, n. 328; art. 252 c.c.; art. 28 del d.p.r. 448/88; art. 155 c.c.; l. 18 febb.2006, n.54

Bibliografia: Ichino Pellizzi, 2002 – Campanato 2005 – Dogliotti 2002 – Milanese 2005

L'espressione "affidamento" e le conseguenti "affido", "affidatario", "affidato", etc., si riferiscono ad una serie di situazioni che coinvolgono il minore e che, in modo assai differente tra loro, assegnano ad un adulto o ad un servizio, un compito di educazione, cura, recupero o protezione del soggetto in età evolutiva, inserendolo all'interno di una convivenza, sia essa familiare o comunitaria, diversa da quella della sua famiglia di origine. Ciò significa che questo termine viene utilizzato per indicare molte fattispecie diverse tra loro per natura e operatività, che è utile avere presenti quantomeno per distinguerle da quelle alle quali qui più propriamente faremo riferimento concernenti i provvedimenti presi in base alla l. 184/83, così come modificata dalla l. 149/01 (l. 04.05.1983 n. 184 "Diritto del minore ad una famiglia", così modificato dalla l. 28 . 03. 2001 n. 149).

Tra le forme più comuni possiamo ricordare:

i) l'affidamento del figlio naturale;

disposto ex art. 252 c.c. dal giudice qualora il figlio naturale di uno dei coniugi sia stato riconosciuto durante il matrimonio e necessiti del consenso dell'altro coniuge e dell'altro genitore;

ii) affidamento ai servizi per messa alla prova:

disposto dal Tribunale per i minorenni ex art. 28 del d.p.r. 448/88 e d. lg. 272/89, nell'ambito del processo penale a carico di minorenni, corrisponde all'istituto della *probation* e si qualifica sotto il profilo della riabilitazione del reo e della riparazione del danno recato con il reato;

iii) affidamento in situazione di separazione;

secondo le disposizioni del novellato art. 155 c.c. (l. 54/2006) nella separazione coniugale si deve rispettare il diritto del minore a mantenere una significativa capacità di relazione con ambedue i genitori e pertanto in via ordinaria è disposto l'affido condiviso tra i due genitori salvo diverso accordo degli stessi, ovvero salve le situazioni di forte conflittualità che generino una ineluttabile azione giudiziaria a decidere sulle modalità di tale affidamento;

iv) affidamento pre-adoitivo;

disposto dal Tribunale per i minorenni nella fase delicata dell'inserimento del minore adottabile nella nuova famiglia, dura normalmente un anno ed ha la funzione di verificare che il minore si trovi bene in quella che diventerà la sua famiglia adottiva.

Non sarà questa la sede nella quale affrontare l'approfondimento che ciascuna delle fattispecie ora sommariamente elencate prevedrebbe. Ai fini del presente lavoro, infatti, si intende analizzare

l'istituto dell'affidamento familiare disposto per soccorrere situazioni di temporanea difficoltà della famiglia il cui carattere, marcatamente assistenziale, si deve combinare con una promozione tanto del minore quanto della famiglia nella quale questi dovrà rientrare. Questo istituto dunque ben si qualifica tra quelli affrontati in questa sezione del trattato in quanto volti a garantire uno status familiare al minore (su questo si vedano Dogliotti 2002, Campanato 2005, Milanese 2005).

Da un punto di vista operativo, la pratica dell'affidamento familiare, per quanto in Italia non diffusa come in altri paesi europei, rappresenta circa un terzo degli interventi assistenziali di allontanamento dalla famiglia e dunque non si può definire come una tipologia residuale rispetto ai provvedimenti di adozione. (si vedano al riguardo l'indagine nazionale ed i dati forniti nella relazione al parlamento sullo stato di applicazione della legge, Istituto degli innocenti quaderni n. 24 2002 e n. 39 2006). La legge che disciplina questi istituti - l'adozione e l'affidamento -, la l. 184/83, è stata modificata o per meglio dire novellata, con la l.149/01. La forma utilizzata dal legislatore in questa riscrittura della legge è parsa a molti una mera rivisitazione esteriore che non ha inciso sulla natura degli istituti giuridici che contiene: insomma, una di quelle rivoluzioni "gattopardesche" in cui si esercita alle volte il nostro parlamento. Forse la fase concitata di fine legislatura ha fatto sì che venissero persi per strada molti dei rilevanti contributi di riflessione offerti al legislatore dal poderoso dossier di audizioni e materiali preparatori.

"L'affido familiare a tuttora in Italia ha deluso le aspettative, mancando ad alcune promesse e purtroppo la nuova formulazione della legge 184 del 4 maggio 1983, Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori, secondo i dettami della legge 149 del 28 marzo 2001, Diritto del minore ad una famiglia, Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», non ha corretto con sufficiente vigore, e nei punti nevralgici, gli errori e le lacune; l'impressione è che la nuova legge sia stata scritta e promulgata da persone fornite di notizie teoriche, che non hanno mai fatto un affido in vita loro."

(Francesca Ichino Pellizzi, 2002)

Ciò non significa però che questa legge sia stata vana e non abbia toccato alcuni aspetti rilevanti della delicatissima questione del diritto del minore a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia.

Anzi, nello specifico della materia dell'affidamento familiare, la legge ha introdotto alcune novità estremamente rilevanti, le cui conseguenze concrete forse non incidono direttamente sull'azione e la responsabilità del magistrato, quanto sul sistema dei servizi. Forse per questo, sono state poco apprezzate e valorizzate.

Per una opportuna semplificazione di linguaggio verrà utilizzato il termine "sistema dei servizi" per indicare il corpo intero di quel sistema articolato di operatori e amministrazioni che all'epoca della approvazione della l.149/01 era ancora in formazione, ma che oramai, con la piena attuazione della l. 328/00 (l. 8 novembre 2000, n. 328"Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali), ha raggiunto una compiuta strutturazione e viene definito appunto come sistema integrato dei servizi e delle prestazioni.

2. Il diritto del minore a vivere nella famiglia.-

Legislazione: L.184/83, art.1; artt. 30, 31 cost., Con. Europeo doc. 2000/c364/01; L. 176/91 Conv. Int. Diritti del Fanciullo 20.11.1989; Dichiarazione ONU 4185, del 3.12.1986

Bibliografia: Lenti 2002 – Scabini 2002 – Moro 2002 - Milanese 2005

La novella del 2001 ha voluto riscrivere l'epigrafe e la stessa rubrica della legge 184/83, che ora si legge: "Diritto del minore ad una famiglia", ribadendo la già forte formulazione contenuta nella previgente norma. Paradossalmente forse, proprio mentre era in corso un feroce dibattito, per altro non concluso, sull'evoluzione dei modelli familiari non più sorretti dal legame coniugale, il legislatore ha voluto esaltare ancora una volta e in modo ridondante l'affermazione del diritto alla famiglia di cui sarebbe titolare il minore. Tale definizione colloca il sistema di protezione del minore in Italia, ad un livello assai alto, in quanto neppure la Convenzione Internazionale di New York o altre norme internazionali (sul punto si vedano: La carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea art. 24,

3° comma; Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo N.Y. 20.11.1989, Dichiarazione ONU sui principi giuridici relativi alla protezione e al benessere dei minori, con particolare riferimento all'affidamento familiare e all'adozione nazionale e internazionale) esplicitano una formula così impegnativa. Rispetto alla determinazione concettuale del diritto interno, nel diritto internazionale vi è una specie di "affievolimento" terminologico: si parla infatti più del diritto alle relazioni parentali o familiari che della famiglia in sé.

Si tratta di una norma il cui valore giuridico è importante anche se tendenziale fonte di ambiguità operative ed interpretative in relazione al concetto di famiglia.

"ciò sembrerebbe presupporre, secondo logica astratta, la necessità prioritaria di definire che cosa si debba intendere per 'famiglia', quali siano le caratteristiche e i confini che un gruppo sociale dovrebbe avere al fine di essere qualificato da diritto come famiglia, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano. Una simile definizione, tuttavia non è data espressamente dalla legge: ne ieri, né oggi. E sembra alquanto remota anche la possibilità di ricavarla dall'ordinamento nel suo complesso."

(Lenti 2002, 395)

Identificare con chiarezza che cosa sia oggi la famiglia è impresa dunque difficile ed esorbitante l'orizzonte di questo studio. Ciononostante, sia che si consideri la famiglia come l'espressione di una qualsiasi forma di convivenza indipendentemente dai legami e dalle identità dei suoi membri, sia che la si consideri un luogo di intersezione delle generazioni e dei sessi, (in una prospettiva più vicina alla psicologia sociale, Scabini 2002), sia che la si consideri cellula ed istituzione fondamentale della società, la famiglia, con le sue problematiche, resta per il bambino l'ambiente cruciale della sua esperienza affettiva, culla del processo di identificazione, luogo fondamentale della protezione, o viceversa, luogo dell'abuso, della violenza, del rifiuto.

Il tentativo presente non è quello dunque di rispondere alla domanda che molti si fanno su quale sia la realtà familiare ottimale per garantire lo sviluppo cui il bambino ha diritto, perché sono convinto che il vero problema non stia nella "modellistica" familiare, quanto nella qualità di un sistema di relazioni affettivo - educative che accompagnino e riempiano la realtà biologica della procreazione ovvero che addirittura la sostituiscano, come avviene nel caso del rapporto adottivo.

L'affermazione che la novella del 2001 ha reso ancora più esplicita e impegnativa nell'art. 1: "*Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia*", indipendentemente da altre considerazioni, definisce con inequivoca chiarezza la titolarità del soggetto di questo diritto.

"Oggi per il diritto, è il ragazzo ad avere un proprio soggettivo diritto ad avere una famiglia, possibilmente propria ma eventualmente anche sostitutiva; è il ragazzo ad avere il diritto non solo di essere educato *dai* ma anche *con* i suoi genitori."

(Moro2002,135)

"Non è la famiglia ad avere un diritto alla prole per cui si disciplinano le forme dell'affidamento o dell'adozione in questa prospettiva, bensì, al contrario, è il minore che ha il diritto alla famiglia. Se questo criterio sia stato il frutto maturo di una scelta di indirizzo, ovvero una bandiera ideologica gettata al vento delle polemiche, lo si può apprezzare dalla totale assenza di un riferimento giuridico serio a questa scelta di priorità logica e giuridica nel dibattito che ha accompagnato ed accompagna la feroce polemica intorno alla legge sulla procreazione assistita, ovvero dal dibattito sulle forme di affidamento dei figli nelle situazioni di rottura del legame coniugale"

(Milanese 2005, p.547).

2.1 Il valore costituzionale della famiglia ed i doveri genitoriali

Legislazione: l.184 del 4 maggio 1983, artt. 29, 30 cost. artt. 143, 147c.c. l.328/00; l.151/1975

Giurisprudenza: Cass, civ, sez I 11 nov. 1996 n. 9861; Cass.civ.sez.I 29 nov.1988, n 6452

Bibliografia: Campanato 2005 – Dogliotti 2002 – Milanese 1999 - Moro 2002

Il tema è complesso, ma ho inteso evocarlo in quanto presupposto indispensabile all'inquadramento normativo delle prassi trattate, incomprensibili senza la considerazione del valore della famiglia con particolare riguardo ai suoi compiti genitoriali. Il punto di vista che assumo è di carattere strettamente giuridico e perciò limitato, ma dovendo identificare, in termini il più possibile corretti, gli elementi caratterizzanti un diritto del minore alla famiglia, ritengo che tale riferimento sia più funzionale, in quanto la tutela di questo diritto si attua normalmente proprio attraverso la garanzia

dell'esercizio di quei compiti.

La riflessione prende avvio dal testo costituzionale (art. 29 e 30 cost.); in esso viene riconosciuta la famiglia come soggetto titolare di propri diritti e dignità. Tralasciando le considerazioni, come si è visto troppo ideologiche, sul fondamento coniugale di questa unione, credo siano utili alcune considerazioni. La Costituzione utilizza il termine *riconosce* solo poche volte e sempre in relazione ai diritti inviolabili della persona; in questo caso però l'azione è rivolta ad un soggetto collettivo. Il verbo "*riconosce*", indica che l'oggetto di tale riconoscimento è in realtà un soggetto preesistente e di alta dignità, tanto è vero che su di esso la Costituzione non dispone alcun criterio normativo che non sia la riaffermazione di diritti già espressi, quali l'uguaglianza tra i coniugi.

Non vi è scritto, però, che la Repubblica riconosce i diritti dei membri della famiglia, bensì i diritti della famiglia identificata quale soggetto autonomo ed unitario nell'esercizio di diritti propri e nell'esplicarsi di una funzione sociale rilevante. La legge 328/00 all'art.16, descrive il ruolo della famiglia ed impegna il sistema dei servizi a tenerne conto fin nelle fasi di progettazione sociale degli interventi.

"1. Il sistema integrato di interventi e servizi sociali riconosce e sostiene il ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale; sostiene e valorizza i molteplici compiti che le famiglie svolgono sia nei momenti critici e di disagio, sia nello sviluppo della vita quotidiana; sostiene la cooperazione, il mutuo aiuto e l'associazionismo delle famiglie; valorizza il ruolo attivo delle famiglie nella formazione di proposte e di progetti per l'offerta dei servizi e nella valutazione dei medesimi. Al fine di migliorare la qualità e l'efficienza degli interventi, gli operatori coinvolgono e responsabilizzano le persone e le famiglie nell'ambito dell'organizzazione dei servizi."

(328/00 all'art.16)

Anche la riforma del diritto di famiglia (l. 151/1975) contribuisce ad identificare l'esistenza di una soggettività autonoma del soggetto familiare che non si esaurisce nella coppia coniugale. Negli art. 143 e seg. del Codice civile, così come riformati dalla legge del 1975, il legislatore ha inteso dare corpo al principio dell'uguaglianza già presente nella costituzione, riferendo i principi di solidarietà e collaborazione tra i coniugi, alla realizzazione dell'interesse della famiglia, ribadendo così l'autonomia soggettiva della stessa. Con la riforma del diritto di famiglia del 1975 è stato, tra le altre innovazioni, riformato il precedente concetto di patria potestà che radicava e discendeva i rapporti intrafamiliari dal ruolo del *pater familias*, unica figura esponenziale della famiglia. Attraverso tale riforma si è dunque affermato un principio di parità educativa dei genitori riassunto nella nuova dizione di Potestà Genitoriale.

"con tale norma si riafferma anzitutto la funzione preminente della famiglia sia essa legale o di fatto, nel ruolo di crescita della prole e la posizione paritaria dei genitori all'interno della coppia."

(Campanato 2005, 66)

Ciò comporta però anche un diverso atteggiamento in ordine ai doveri dei genitori verso i figli.

"L' art. 147 del Codice infatti indica che gli obblighi dell'accudimento della istruzione e dell'educazione della prole devono essere assolti da parte dei genitori non più in modo conforme ad astratti principi della morale, come si chiedeva nella precedente formulazione, ma tenendo conto delle capacità dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. Non siamo più in presenza di una società uniforme ove vi era una sostanziale corrispondenza dell'autorità civile religiosa e familiare e nella quale si chiedeva alla famiglia di corrispondere ad una attesa di ordine; fortunatamente la società democratica attende dalla famiglia dei compiti educativi che hanno una diversa qualità e che si fondano sul riconoscimento della soggettività dei figli."

(Milanese,1999, p.72)

Questo compito cui è chiamata la famiglia non si risolve però all'interno della propria sfera privata in quanto costituisce un bene rilevante per l'intera società. Si legga in tal senso la interpretazione che ne dà la suprema corte che non ammettendo il ricorso contro un provvedimento ablativo della potestà genitoriale definisce i doveri ad essa connessi come sottratti all'autonomia privata e dunque non configura il procedimento che li dovesse sanzionare come contenzioso tra diritti contrapposti, ma protettivo di un interesse superiore:

" i provvedimenti della corte d'appello in materia di affidamento familiare di cui all'art. 4 della legge 184/83 ed agli artt.317 bis,330, 332 e 330 c.c., pur riguardando posizioni di diritto soggettivo, sono adottati a conclusione di un

procedimento di tipo non contenzioso e privo di un vero e proprio contraddittorio, non hanno il carattere della decisorietà e definitività essendo revocabili e modificabili per motivi sia sopravvenuti che preesistenti, non risolvono conflitti tra diritti contrapposti costituendo una forma di governo di interessi sottratti all'autonomia privata, non sono per tutto ciò, passibili di impugnazione con il rimedio straordinario del ricorso ex art.111 della costituzione.”

(Cass.civ.sez.I 1 luglio 1998 n. 6421)

Da ciò discende anche il fatto che sia necessario la società offra un costante supporto alla famiglia a che sia essa innanzitutto messa in grado di svolgere i propri compiti educativi:

“Il minore ha diritto ad essere educato nella propria famiglia (e per essa deve intendersi quella di origine) finché ciò sia possibile; ed è pertanto necessario individuare tutti gli strumenti di aiuto e sostegno, seguendo del resto le indicazioni dell'art. 31 cost. perché essa sia messa in grado di assolvere ai suoi compiti educativi”

(Dogliotti, 2002, 315)

La misura di questo mutamento non solo culturale è già presente nella Costituzione laddove, all'art. 30, vengono anteposti ai diritti dei genitori i doveri che essi hanno verso i figli. Tali doveri, è bene ricordarlo, discendenti dal fatto procreativo, hanno caratteri di sostanzialità e non di pura forma e dunque non possono essere limitati o contenuti all'interno dei rapporti giuridici discendenti dal matrimonio. Educazione, cura, mantenimento dei figli, protezione dell'infanzia (art.30) sono compiti cui la famiglia, ovvero i genitori, sono chiamati sia in forza del fatto naturalmente procreativo, sia in forza di un compito sociale più ampio che essi realizzano di fronte all'intera collettività e che corrisponde all'espressione della massima potenzialità dello sviluppo della personalità del minore in un contesto di reciproco rispetto dei diritti della persona stessa, delle altre persone e della società.

“Un ambiente familiare, ovviamente valido, è essenziale perché il nato che si affaccia alla vita possa costituirsi come persona. La famiglia costituisce innanzitutto la comunità personalizzante per eccellenza in quanto nell'affetto, dà al ragazzo che si affaccia alla vita il senso di essere soggetto amabile ed amato e di costituire perciò un valore”.

(Moro 2002, p.132)

In modo corrispondente all'evoluzione della società ed in essa della famiglia, e per contrasto a quei processi di atomizzazione sociale che hanno reso fragile la struttura familiare sia sotto il profilo quantitativo che della qualità delle sue risorse educative o morali, la legge si è assunta l'incarico di definire in modo sempre più massiccio questioni afferenti i rapporti tra i membri della famiglia, affinando i propri istituti giuridici o introducendone nuovi (l'affidamento, l'adozione, la separazione il divorzio, l'aborto). L'indebolirsi della capacità di autodifesa della famiglia corrisponde ad una maggiore penetrabilità delle sue “mura” ed alla progressiva crescita di una domanda di aiuto ovvero all'esigenza di azioni di supplenza alle carenze della famiglia stessa. Questa azione -che alcuni valutano come impropria ingerenza dello stato nella sfera privata della famiglia- in realtà corrisponde al principio costituzionale contemplato dalla norma dell'art. 30 secondo comma laddove prevede che la legge definisca le necessarie azioni di supplenza qual'ora si rilevi che la famiglia sia incapace ad assolvere i suoi compiti educativi.

“Anche in relazione a quanto previsto dall'art. 147 c.c. l'incapacità genitoriale non è più legata a un canone interpretativo radicato su un modello preconfezionato di prodotto buono che si vuole ottenere attraverso l'intervento educativo. L'intervento di riequilibrio del potere pubblico è subordinato solo al caso in cui diritti fondamentali di sviluppo umano possano essere comunque compromessi da un insufficiente o deviante svolgimento della funzione educativa”

(Moro, 2002, p.183)

La norma costituzionale sulla cui base si qualifica tale l'intervento al fine di tutelare un interesse pubblico considerato superiore, come quello della tutela della prole, il suo accudimento, crescita ed educazione, non giustifica qualsiasi intervento o arbitrio.

“...tenendo conto che l'ordinamento considera preminente, per l'interesse del minore stesso, la sua crescita in detta famiglia di origine, contemplando l'adottabilità come rimedio sull'abbandono, non quale strumento

per assicurare condizioni di vita migliori”
Cass, civ, sez I (11 nov. 1996 n. 9861)

Tale interpretazione non solo tenta di salvaguardare l'unità della famiglia contro interferenze arbitrarie e contro ingiustificate discriminazioni, ma risponde anche alla medesima logica protettiva del minore che ha ispirato la stessa legge 184/83 la quale disciplina le forme di allontanamento dalla famiglia, e si colloca in coerenza con l'esigenza costituzionale testé descritta di non operare una azione di totale sostituzione dei compiti genitoriali.

“L'interesse del minore alla crescita nella famiglia di origine deve essere perseguito anche a costo di impegnare le strutture sociali in misure di sostegno di particolare intensità a favore del minore stesso e dei genitori, sempre che esse siano astrattamente idonee a consentire il superamento della situazione cui la procedura di adottabilità si collega. La ricerca di tali misure non può essere impedita da ragioni di difficoltà, e può essere omessa solo in presenza di una pratica impossibilità di attuazione o solo quando, per il contenuto e la durata che vorrebbero assumere, verrebbero a risolversi in una completa supplenza del ruolo dei genitori”
Cass.civ.sez.I 29 nov.1988, n 6452)

2.2 Dalla propria famiglia alla famiglia appropriata.-

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001, art 31 cost. l. 328/00;

Giurisprudenza: Cass. civ., sez I, 5 agosto 1996, n.7139; Cass. civ sezI, 29.01.92 n 938; Cass.civ.sez I 21 sett. 2000,n. 12491

Bibliografia: Sacchetti 1986 — Dogliotti 2002 – Milanese 1999

L'affermazione che la novella del 2001 ha reso ancora più esplicita ed impegnativa nell'art. 1 “*Il minore ha diritto di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia*”, non rappresenta un valore giuridico assoluto, bensì costituisce la definizione di un argine ideologico ed operativo posto quale affermazione di principio nel contesto di una normativa il cui obiettivo è di fatto quello di regolare le forme con cui si va a garantire al fanciullo una famiglia sostitutiva quando la sua non è più in grado di assolvere al suo compito.

“La dichiarazione di adattabilità del minore che comporta un sacrificio della sua primaria esigenza di crescita e sviluppo nella famiglia biologica, è autorizzata dalla legge non per il mero fatto che ai fini del suo sviluppo fisico e psichico la vita in istituto o presso terzi possa presentarsi come intrinsecamente più adatta, ma perché (e solo quando) la vita offerta dai genitori sia talmente inadeguata da far considerare la rescissione del legame familiare come il mezzo per evitare al minore un pregiudizio più consistente.”

(Cass.civ.,sez I, 5 agosto 1996, n. 7139)

Già Sacchetti nel suo primo commentario alla 184/83 osservava:

“Tuttavia il diritto a crescere nella propria famiglia, nonostante la solennità del tono, che farebbe pensare all'enunciazione di un valore assoluto, va assunto con senso di giuridica relatività: la consecuzione stessa nel testo degli istituti dell'affidamento e dell'adozione dei minori rende avvertiti circa il significato mutevole della locuzione propria famiglia che apparentemente rievoca il diritto del sangue, mentre vista nel sistema non può che alludere anche alla famiglia legittima acquisita a seguito di adozione e perciò divenuta propria a tutti gli effetti.”

(Sacchetti 1986, p.37)

Questo impone al sistema dei servizi di operare a sostegno della famiglia fino a che essa non sia in grado di rispondere positivamente al progetto di recupero, ma nel contempo, qualora tale disegno non sia più possibile, è necessario ricercare una alternativa alla genitorialità in base ad un criterio di appropriatezza e non di proprietà.

“La parola “propria”, infatti, fa sicuramente riferimento alla consanguineità, ossia alla procreazione naturale come elemento fondante la successiva esperienza genitoriale e filiale, ma allo stesso tempo, costituisce criterio dirimente anche per orientare l'individuazione della famiglia che dovrà accogliere quel minore quando la sua famiglia biologica sia venuta meno e subentri la necessità di educare e crescere questo minore in un contesto di genitorialità elettiva. Il diritto a vivere nella propria famiglia, insomma, diventa il diritto a vivere in una famiglia che il minore senta come propria in quanto appropriata a lui, capace di rispondere ai suoi bisogni. Questo implica una capacità dei servizi di ascoltare in profondità le esigenze dei minori coinvolti in situazioni di difficoltà sia quando

venga meno la sua famiglia a causa della sua incapacità o dei gravi e pregiudizievoli comportamenti di questa, sia quando, a causa della separazione tra i due coniugi, venendo meno l'unità familiare, sia necessario individuare la migliore forma per riorganizzare su diversa base la relazione genitoriale. Il momento dell'ascolto e del coinvolgimento del minore nell'affidamento, o nell'abbinamento, diventa cruciale ai fini della tutela di questo fondamentale principio, e va dunque oggettivato il più possibile sia per sostenere la capacità dei servizi, sia per evitare di abbandonare questo aspetto delicatissimo ad un procedimento esclusivamente giudiziario, magari di carattere contenzioso”.

(Milanese, 1999, p.75)

Tale norma evidentemente non rappresenta un diritto assoluto del sangue, che sarebbe paradossalmente un impedimento all'istituto dell'adozione, bensì rappresenta in qualche modo un argine al contempo giuridico ed operativo, che fissa un limite ad allontanamenti arbitrari dalla famiglia, che impedisce la sbrigativa soluzione di un legame fondamentale come quello genitoriale, e richiede piuttosto che si attivino quegli istituti di sostegno alla funzione genitoriale che, come ha bene evidenziato Dogliotti, traggono la propria giustificazione dalle indicazioni dell'art.31 della Costituzione:

“L'affidamento consiste nell'inserimento del minore in una famiglia diversa da quella di origine, ma per un periodo di tempo limitato. Esso è dunque parte (e non certo la meno rilevante) di quella azione di aiuto e sostegno alla famiglia di origine che trova la sua sicura garanzia nelle previsioni dell'art.31 Cost.: è un servizio amministrativo (accanto agli asilini, all'attività del consultorio, ecc) che l'ente locale offre alla famiglia ove essa intenda servirsene; se al contrario la famiglia rifiuta, dovrà intervenire l'autorità giudiziaria. E tutto ciò si ricollega strettamente all'enunciazione di principio a carattere generale (il diritto del minore ad essere educato nella propria famiglia) già ricordata: l'istituto in esame costituisce forse il più efficace mezzo di attuazione di quel diritto”

(Dogliotti 2002, p.332).

In tal senso si esprime anche la giurisprudenza della suprema Corte:

“L'ordinamento giuridico, complessivamente inteso, considera preminente la crescita del minore nell'ambito della famiglia di origine escludendo, conseguentemente, ogni tipo di raffronto fra il progetto di vita offerto dalla famiglia di origine e quello, eventualmente più desiderabile, presente nella famiglia affidataria.”

(Cass.civ.sez I 21 sett. 2000,n. 12491, in *Fam e dir.*, 2001 p.45 ss.)

“In tema di adozione di un minore, la situazione che giustifica l'affidamento etero-familiare e quella che conduce alla pronuncia di adattabilità, si differenzia soltanto per la prognosi, in quanto la mancanza di un ambiente familiare idoneo è considerata, nel primo caso, temporanea e superabile con il decreto di affidamento, mentre, nel secondo caso, si ritiene essa sia insuperabile e che non vi sia possa ovviare se non per il tramite della dichiarazione di adattabilità. Ne consegue che legittimamente il giudice di merito, accertata la insufficienza dell'assistenza morale e materiale dei genitori, non dipendente da causa di forza maggior e di carattere transitorio, dichiara il minore in stato di adattabilità, anche se per il passato in analoga situazione, si sia provveduto con l'affidamento eterofamiliare, che si sia rilevato inadeguato a risolvere la condizione del minore.”

(Cass. civ sez I, 29.01.92 n 938)

Però in questa legge non si definiscono le forme di sostegno alla famiglia, non si analizzano i sistemi di organizzazione dei servizi specialistici, non si fissano procedure di interazione tra magistratura e servizi nelle situazioni di rischio, insomma non si entra nel merito di quel che è legittimo attendersi faccia un'organizzazione pubblica di servizi che ha da applicare un precetto di tale portata.

2.3. L'affidamento per difficoltà familiari o crisi coniugale.-

Legislazione: l.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001. art. 155 c.c.; l.8 febbraio 2006 n.54

Giurisprudenza: Cass civ. sez. I 15 maggio 2001 n. 3765

Bibliografia: Padalino 2006 – Campanato 2005 – Zambiano e Cerrato 2006

Nella 184/83 novellata, vengono disciplinate tre tipologie di intervento sociale che insieme dovrebbero costituire l'attuazione del diritto così fortemente enunciato nel primo articolo, ma che, pur collocandosi su piani diversi, condividono un medesimo dato esperienziale: il collocamento del minore al di fuori del contesto familiare. Tale caratteristica origina da presupposti teorici e giuridici assai diversi che incidono in modo determinante sulla finalità dell'intervento e sulla stessa progettualità che lo deve accompagnare: sono l'adozione, l'affidamento in comunità e l'affidamento familiare. Gli aspetti

fondamentali, in particolare con riferimento all'adozione, sono stati affrontati in altre parti del presente trattato.

Si tratta di istituti che in diverso modo prevedono il coinvolgimento da un lato del sistema dei servizi e dall'altro del Tribunale per i minorenni ed in vario grado corrispondono ad interventi che hanno per oggetto la sussidiarietà ovvero la sostituzione della potestà genitoriale carente o pericolosa per la prole.

Si ritiene pertanto foriero di gravi confusioni operative, nonché di dubbia coerenza interpretativa, l'estensione dell'applicazione delle norme contenute nella presente legge alle questioni poste in relazione all'applicazione dell'art. 155 c.c., ossia al tema complesso e delicatissimo dell'affidamento dei figli nei casi di separazione e divorzio.

Il rischio interpretativo che si può palesare -ed in qualche caso si è corso- (Zambiano, Cerrato 2006) è quello di considerare di per sé la separazione come integrante la condizione di cui all'art.1 comma 4 della l.184/83 novellata

“4. 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.”

che definisce il campo di applicazione della legge stessa quale supporto alla incapacità genitoriale e dunque indica assai opportunamente un carattere marcatamente assistenziale degli istituti in essa regolati. La loro funzione dunque è quella di soccorrere i figli per le incapacità dei genitori, ma sarebbe assai pernicioso un ragionamento interpretativo che introducesse un automatismo tra separazione, divorzio e incapacità genitoriale. Per quanto sia vero che alle volte la litigiosità degli ex coniugi raggiunge gradi di accanimento tali da ottundere e limitare la capacità dei genitori di vedere e arginare le conseguenze del conflitto verso i figli, non è di per sé possibile inferire che ogni conflitto coniugale rappresenti la perdita della capacità genitoriali.

A tal proposito è fondamentale assumere come dirimente la volontà stessa del legislatore che in sede di riforma (l.8 febbraio 2006, n. 56) ha espressamente abrogato il comma 6 dell'art. 155, il quale prevedeva la possibilità per lo stesso giudice che esaminava la separazione dei coniugi, di valutare l'opportunità di affidare i figli a terzi quando rilevasse una particolare inadeguatezza di questi. Sicuramente non è stata una scelta felice il fatto che in alcun modo il nuovo articolo detti regole chiare per affrontare situazioni che per quanto residuali restano presenti

“Ciò premesso deve rilevarsi che una attenta interpretazione, anche sistematica, delle norme dettate in tema di affidamento dei figli nei procedimenti di separazione e divorzio, consente di ritenere ingiustificate le perplessità manifestate durante i lavori preparatori. Ai fini di una corretta impostazione della questione, occorre premettere che in passato, la giurisprudenza ha riconosciuto la sussistenza di gravi motivi idonei a determinare l'affidamento a terzi della prole soltanto in ipotesi residuali, allorché entrambi i genitori avessero dimostrato un'assoluta deficienza morale ed una totale inidoneità all'opera di cura ed educazione dei figli” (Padalino, 2006, p. 38)

L'opportuna richiesta del Padalino di una interpretazione sistematica delle norme in materia infatti ci richiama alla diversa natura dei provvedimenti di specie. Diverso infatti è il giudizio sulla opportunità di affidamento ad uno o all'altro genitore della prole in caso di separazione e diverso è il giudizio sulla qualità dell'esercizio della potestà. Veniva a rappresentarsi infatti un conflitto di attribuzione giurisdizionale tra tribunale per i minorenni e tribunale ordinario in materia di provvedimenti che avessero per oggetto la valutazione dell'esercizio della potestà, strumento su cui alle volte giocavano anche le stesse parti al fine di accrescere gli elementi di contenzioso.

“Sulla questione della competenza del giudice ordinario o del giudice minorile rimane peraltro fermo il consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo il quale i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli minori, di coniugi separati in forza di separazione giudiziale o consensuale omologata, ovvero di coniugi il cui matrimonio sia stato annullato o sciolto, sono devoluti alla competenza del tribunale ordinario, mentre va ravvisata la competenza residuale del giudice minorile, ai sensi dell'art. 38 disp .att. c.c., nei soli casi in cui si richieda un intervento cautelare ablativo o limitativo della potestà genitoriale, a norma degli artt. 330 e 333 c.c.”

(Cass., sez I, 15 marzo 2001, n. 3765 in giust.civ., 2001, I, pag. 2658)

Ciò che la legge ha voluto fare dunque è affermare un principio procedurale già chiarito dalla giurisprudenza, ma irrobustito dalla definizione del diritto del minore assunto prioritariamente a riferimento della stessa decisione del giudice.

“A maggior ragione, intervenuto il riconoscimento legislativo del diritto soggettivo del figlio minore alla bigenitorialità, la giurisprudenza dovrà valutare in modo ancora più rigoroso i presupposti per disporre l'affidamento a persone diverse dai genitori, e potrà, quindi, farvi ricorso soltanto in casi eccezionali, e, in ogni caso, facendo salvi, per quanto possibile, i diritti del minore previsti dal comma 1 dell'art. 155” (Padalino 2006, pag. 39)

Oltre che sul piano dei beni giuridici da tutelare dunque la differenza tra le due forme di affidamento è anche nella natura temporale dell'intervento che determina una prospettiva operativa ed una peculiarità propria dei soggetti che la agiscono.

“L'ambito di operatività è nettamente distinto da quello dell'affidamento regolato nelle procedure di separazione e divorzio perché ha per sua natura un carattere provvisorio e come obiettivo quello del ritorno del minore presso i suoi genitori, mentre l'affidamento disposto dal giudice della separazione ha il carattere della definitività”

(Campanato 2005, p. 299)

2.4. L'affidamento familiare non è un allontanamento.-

Legislazione: L. 184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Bibliografia: Istituto degli innocenti 2002 – Campanato 2005 – Dogliotti 2003 – Milanese 2005 - Moro 2002 - Manera 2005 - Vercellone 2002

L'affidamento familiare è un intervento complesso che agisce su di un delicato sistema di relazioni che coinvolge molti operatori, famiglie, autorità giurisdizionali.

“Si tratta di un istituto con finalità di assistenza al minore ed alla sua famiglia che si trova in difficoltà temporanea, nella ragionevole previsione che si possa in tempi non troppo lunghi, riprendersi cura dell'educazione del bambino che nel frattempo viene collocato altrove.

(Campanato, 2005, p. 294)

In esso vengono coinvolti valori e affetti fondamentali, siano essi personali o di significato più generale, e sarebbe necessario perciò produrre il massimo sforzo di progettualità in modo da poter favorire lo sviluppo di quel percorso che consenta al minore il rientro in famiglia.

Manera nel commentarne i presupposti culturali utilizza le affermazioni di Moro a commento della l. 184/83

“ è stato rilevato da Alfredo Carlo Moro che «con l'affido familiare non ci si appropria del bambino abbandonato facendolo proprio e non si attendono così gratificazioni personali, sia pure legittime per coprire il vuoto della mancanza di figli propri. Si vuole realizzare solo un servizio temporaneo ad un ragazzo e ad una famiglia in crisi perché la crisi sia superata più agevolmente ed il ragazzo restituito quanto prima alla sua famiglia. È necessario perciò che la famiglia affidataria operi contemporaneamente sul ragazzo e sul suo nucleo originario, aiutando un'evoluzione positiva dei problemi intrafamiliari e ricostruendo delle personalità spesso fortemente fratturate. Un compito certo difficile ma straordinariamente esaltante. Ed un segno che la fraternità umana esiste ancora nel nostro Paese e che gli egoismi non hanno irreversibilmente compromesso il nostro tessuto sociale...»

(Manera 2005)

Che sia espressione della fraternità umana o, più in generale, della solidarietà sociale, certo è che l'affido è stato concepito e disciplinato quale intervento assistenziale temporaneo, come collaborazione, aiuto, come un servizio sociale che una famiglia o più semplicemente una persona rende alla collettività e, per essa, ad una famiglia che si trovi in una situazione di temporanea difficoltà al fine di aiutarla a superare tale difficoltà in modo da poter riprendere al più presto il minore nella propria famiglia.

“Sostanzandosi in un aiuto offerto e dato ad una famiglia in temporanee difficoltà tendente al superamento di tali difficoltà al fine di far rientrare il minore nella sua famiglia, l'affido familiare (come concretamente disciplinato dagli art. da 2 a 5) è una specificazione ed attuazione del principio generale sancito nell'art. 1 (che ha solennemente proclamato il diritto del minore a vivere nella sua famiglia biologica, tuttora considerata come il luogo privilegiato dell'educazione del minore) Perciò caratteri essenziali, indefettibili dell'affido familiare sono i seguenti:

- 1) mancanza temporanea di una famiglia (o, per usare le parole della legge, la temporanea mancanza d'un «ambiente familiare idoneo» ovvero una situazione di difficoltà temporanea della famiglia di origine: art. 2 e 4);
- 2) durata temporanea dell'affido familiare (che deve tendere al superamento delle difficoltà temporanee, al «recupero» della famiglia di origine e cessare non appena tali difficoltà temporanee siano venute meno o quando la loro protrazione rechi pregiudizio al minore: art. 4);
- 3) mancanza di diritti genitoriali negli affidatari;
- 4) agevolazione dei rapporti tra il minore ed i suoi genitori (comma 3 dell'art. 4 nuovo testo);
- 5) rientro o reinserimento del minore nella sua famiglia (art. 5).”

(Manera 2005)

Purtroppo l'affidamento viene prioritariamente pensato come strumento di allontanamento del minore da famiglie ormai fortemente degradate e ciò ha comportato e comporta una grave serie di errori di impostazione del percorsi di servizio, impedisce di realizzare interventi limitati nel tempo e nei quali la progettualità fondamentale sia quella di garantire ai genitori il recupero delle loro capacità, ed infine rende confusa la stessa interpretazione della norma.

L'affidamento familiare è un provvedimento che rientra nella piena facoltà e autonomia professionale del servizio sociale e non deve essere confuso con quelli in cui il diritto prevalente del minore a vivere con la sua famiglia si fonda sulla valutazione di pericolosità, pregiudizio o irrecuperabilità della famiglia naturale e, dunque, non si colloca nella scia degli interventi di allontanamento che mirano a fornire al minore una genitorialità alternativa a quella naturale. L'affido, se condotto secondo precise regole, è la più sofisticata forma di intervento sociale per sostenere la famiglia naturale nell'esercizio rinnovato delle sue prerogative (sul punto si trovano concordi Dogliotti 2002, Vercellone 2002, Campanato 2005, Milanese, 2005).

Per ottenere questo però è necessario che sia realizzata una riflessione profonda sulla realtà, le sue prassi operative, la necessità di colmare le evidenti difformità tra i presupposti teorici e le prassi in essere. Purtroppo i commenti alla legge 149/01 troppe volte sono svolti con un approccio strettamente giudiziario e manifestano tutta la delusione per una legge che è stata approvata ed immediatamente resa inapplicabile per la parte processuale che riguarda l'adozione. Ciò fa sì che poca attenzione sia posta invece alla essenziale attività che spetta ai servizi sociali i quali spesso volte sono poco preparati sul piano giuridico -procedurale e tendono ad utilizzare strumentalmente i Tribunali per i minorenni anche in interventi come quello in oggetto che vedono invece esclusiva la loro propria responsabilità. Anche il rapporto al Parlamento pubblicato dal centro nazionale di documentazione nei suoi quaderni (Istituto degli innocenti 2006) manifesta questa impostazione interamente centrata sui tribunali per i minorenni ed ignora sostanzialmente il lavoro che le regioni e gli enti locali sono chiamati a fare per dare sostanza a questa previsione normativa.

“Lo stato, le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, sostengono, 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. Essi promuovono altresì iniziative di formazione dell'opinione pubblica sull'affidamento e l'adozione e di sostegno all'attività delle comunità di tipo familiare, organizzano corsi di preparazione per le famiglie e le persone che intendono avere in affidamento o in adozione minori. I medesimi enti possono stipulare convenzioni con enti o associazioni senza fini di lucro che operano nel campo della tutela dei minori e delle famiglie per la realizzazione delle attività di cui al presente comma”.

(l.184/83 art.1 comma 3)

Oramai la quasi totalità dei commentatori constata una concreta difficoltà nel far decollare questa esperienza come pratica di solidarietà sociale e si lamenta che anche la recente novella abbia sostanzialmente fallito.

3.- Contraddizioni e paradossi della 184/83.-

Bibliografia: Ichino Pellizzi, 2002 – Rossi Carleo - Manera 2005 - Moro2002 - Milanese 2005 - Vercellone 2002

Una analisi puntigliosa della legge così com'era e così come è stata novellata, rivela alcuni problemi teorici e pratici di non poco profilo che manifestano una sorta di ritrosia del legislatore, una diffidenza atavica, una fatica a credere negli istituti che regolamenta. Forse la causa di ciò sta nella storia di questa legge nata con un lungo lavoro di preparazione, che ha generato attese straordinarie da parte dei servizi e delle famiglie, ma approvata in una furiosa rincorsa tra camera e senato nei giorni conclusi della fine della legislatura del 2001. Di certo in essa mancano alcuni fondamentali aspetti di coerenza logica e linguistica, (si vedano sui problemi di coerenza redazionale dell'intera novella Rossi Carleo, Manera 2005, Moro 2002, Milanese 2005) ma soprattutto manca un'applicazione uniforme ed una coerenza nell'utilizzo dell'istituto giuridico novellato. I temi forti dell'istituto, la temporaneità, la reversibilità., il ruolo della famiglia affidataria e delle autorità giurisdizionali sono altrettanti elementi nei quali diviene sempre più difficile riconoscere il buon andamento operativo della legge.

Nonostante l'affidamento sia pensato come un intervento temporaneo, la stragrande maggioranza degli affidi in essere o in avvio, sono a lungo termine e ciò indipendentemente dalle previsioni della legge 149/01 che fissa un limite di 24 mesi alla sua durata; nonostante sia evidente dalla forma della legge che si punta all'affidamento come pratica consensuale, solo una percentuale residuale degli affidi si fonda sul consenso, la stragrande maggioranza è di carattere giudiziale; nonostante si indichi l'affido come strategia di educazione dei genitori e di recupero delle loro funzioni genitoriali di fatto gli affidatari lamentano la assoluta mancanza di questo intervento. Nonostante sia richiesto un ruolo specifico al Giudice tutelare da ogni parte se ne lamenta l'inerzia, se non il vero disinteresse per le attività connesse a questo istituto, con la conseguente impossibilità per molte famiglie affidatarie di non poter accedere alle provvidenze loro spettanti a causa di questa carenza

(Milanese 2005 p.)

Il legislatore non sembra essersi domandato perché il 73% circa degli affidamenti in corso nel 1999 sia di tipo giudiziario e perciò affidato al tribunale per i minorenni e solo il 26% sia di tipo consensuale e perciò di competenza del giudice tutelare. E quando, all'art. 4, ordina ai servizi sociali di «presentare ai giudici tutelari e al tribunale per i minorenni, una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza al minore» non si preoccupa di verificare i dati allarmanti provenienti da svariate ricerche, dalle quali emerge il disinteresse all'affido familiare dei giudici tutelari,

(Francesca Ichino Pellizzi, 2002 p. 11)

Non è da tacere il fatto che molte famiglie hanno paura dell'affidamento dei loro figli ad altra famiglia: temono che il loro bambino si affeziona di più all'altra, che faccia comparazioni che abbassino ancora il livello di fiducia e stima che il figlio ha nei loro confronti, che l'affidamento familiare sia l'anticamera di una adozione. I servizi sociali pertanto che giustamente preferiscono giungere ad una soluzione concordata con la famiglia di origine, sono talvolta indotti all'affidamento in una comunità, preferito dalla famiglia, anche se nel caso di specie per il bambino o ragazzo potrebbe essere più utile l'affidamento familiare vero e proprio.

(Vercellone 2002 151)

Può essere pertanto di un certo interesse non solo accademico provare ad analizzare alcuni degli elementi paradossali o di debolezza che la norma novellata non ha saputo migliorare, e che rappresentano tutt'ora dei reali ostacoli alla sua attuazione.

3.1.- Il paradosso della temporaneità.

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Bibliografia: Istituto degli innocenti, 2002 – Manera 2005 – Vercellone 2002 – Milanese 2005

L' art.4 della 184/83 novellato ai commi 4 e 5 così recita:

“4. Nel provvedimento di cui al comma 3, deve inoltre essere indicato il periodo di presumibile durata dell'affidamento che deve essere rapportabile al complesso di interventi volti al recupero della famiglia d'origine. Tale periodo non può superare la durata di ventiquattro mesi ed è prorogabile, dal tribunale per i minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento recbi pregiudizio al minore. 5. L'affidamento familiare cessa con provvedimento della stessa autorità che lo ha disposto, valutato l'interesse del minore, quando sia venuta meno la situazione di difficoltà

temporanea della famiglia d'origine che lo ha determinato, ovvero nel caso in cui la prosecuzione di esso rechi pregiudizio al minore”.

La radicalità del mutamento rispetto alla versione anteriore, non è stata colta a mio avviso con la sufficiente forza a causa della scarsità di commenti realizzati da operatori sociali. In realtà, il dato giuridico pare modificato in un frammento, ma per raggiungere quel frammento l'intera pratica concreta dell'affido muta radicalmente impostazione.

“Poiché l'affido consiste, come già detto, in un'assistenza temporanea ad una famiglia in crisi o in temporanea difficoltà finalizzata al superamento delle difficoltà per favorire il rientro del minore nella sua famiglia, l'affido può essere legittimamente disposto solo quando vi sia mancanza temporanea di una valida famiglia, d'un idoneo ambiente familiare (come risulta inequivocabilmente dalla lettera degli art. 2 e 4). L'affido familiare, perciò, non può essere legittimamente disposto (per difetto dei suoi presupposti di legittimità) quando la mancanza di una valida famiglia non sia temporanea, ma duratura, stabile, irreversibile, e cioè quando le difficoltà della famiglia di origine non appaiono risolvibili entro breve tempo. In tal caso (affido familiare disposto in assenza delle condizioni di legge, in presenza, cioè, d'una situazione stabile, duratura, di difficoltà non prontamente superabili) l'affido familiare deve cessare perché non rispondente alla finalità assegnatagli dalla legge”. (Manera, 2005)

Senza anticipare ora una riflessione sulla questione della natura del provvedimento, ciò che rileva sul punto è che a differenza che nella formulazione precedente in cui l'affido consensuale durava un anno ed era prorogabile dalla stessa autorità che lo aveva emanato, ora l'affido ha un tempo definito in termini qualitativi e quantitativi precisi. Ciò significa che intorno al tema della temporaneità si devono rivedere molte prassi consolidate dei servizi e delle autorità giurisdizionali.

Dai dati concordi di molte ricerche locali nonché da quella nazionale svolta e pubblicata nel Quaderno n.24/2002 del Centro nazionale di documentazione ed analisi dell'infanzia e dell'adolescenza(dall'Istituto degli innocenti, 2002), emerge che la maggioranza delle famiglie non conosce, al momento in cui lo avvia, il tempo di durata dell'affidamento e che anche quei servizi che praticano bene la formulazione del provvedimento, facendo sottoscrivere un documento tanto alla famiglia naturale che alla famiglia affidataria, trovano estrema difficoltà a definire il tempo dell'affidamento. Questo ha portato il sistema dei servizi a denunciare esattamente sul punto della temporaneità tutta la distanza tra ciò che la legge definisce e ciò che i servizi realizzano. Il documento elaborato dal Coordinamento nazionale dei Servizi per l'Affido considera impraticabile tale definizione della legge.

“Tale periodo non può superare la durata di 24 mesi ed è prorogabile, dal tribunale per i minorenni, qualora la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore. Per l'esperienza degli operatori la problematicità delle famiglie di origine, nonostante la messa in atto di un fattivo progetto di sostegno da parte dei servizi, frequentemente non consente un rientro in famiglia entro i tempi indicati dalla legge. La questione della durata dell'affido apre due nodi problematici: uno riguarda moltissime situazioni in cui si verifica la necessità/opportunità di un lungo periodo di affido. Tale esigenza è da considerarsi non certo come un evento eccezionale, ma come una realtà di fatto che prende atto sia delle situazioni oggettive che dei bisogni soggettivi del minore (e come tale dovrebbe essere interpretata dai differenti tribunali). Più esplicitamente, il limite di 24 mesi non consente di sviluppare interventi di recupero della famiglia di origine che quasi mai si caratterizzano per limiti di natura economica, bensì per problematiche più complesse che limitano lo svolgimento del ruolo genitoriale; è quindi pensabile che la maggior parte delle situazioni richiederà necessariamente una proroga, che la legge definisce di competenza del tribunale per i minorenni. A fronte di questa situazione si aprono alcune questioni in relazione a come gestire “il passaggio di competenza” che coinvolge in modo problematico tutti i soggetti dell'affido; in questo frangente infatti il minore rimane in una situazione di mancanza di tutela giuridica, a volte anche “assistenziale” nonché assicurativa in quanto alcune amministrazioni non ritengono di intervenire economicamente a sostegno della famiglia affidataria sino a quando il progetto proposto dai servizi, non viene accolto dal tribunale (tale situazione può protrarsi anche alcuni anni). L'altro nodo riguarda la tematica dei cosiddetti affidi sine die, che negli anni di applicazione della legge 184/83 da parte dei servizi, risultano essere in numero rilevante su tutto il territorio nazionale.”

(Istituto innocenti 2002.pg 117)

L'elemento determinante intorno cui concentrare forse di più l'attenzione degli operatori sta al modo in cui gestire il criterio della temporaneità dell'intervento di affido; la novella del 2001 infatti impone di correlare l'intervento di affido al progetto di recupero dei genitori. Ciò significa innanzitutto

che è necessario ci sia un progetto di recupero dei genitori, di cui l'affido etero-familiare dei figli sia una parte, non l'essenza. Come vedremo successivamente questo diverso approccio è intimamente correlato al tema del consenso su cui troppe volte si determina una confusione di ruoli e posizioni tra operatori ed autorità giurisdizionali.

“Alcuni operatori hanno evidenziato che in certi casi l'affidamento viene concepito non come progetto, ma come risoluzione e una volta superato lo stato di emergenza dell'allontanamento del bambino dalla sua famiglia, mancando spesso il tempo necessario per seguire adeguatamente il progetto, il rischio è che questo venga lasciato a una sorta di autocontrollo da parte delle famiglie d'origine e affidatarie, fino al caso estremo in cui qualcuno si oppone e protesta”

(Istituto innocenti 2002, p. 117)

È dunque proprio il sistema dei servizi a denunciare questo paradosso che di fatto essi stessi realizzano; ossia che la temporaneità in realtà non corrisponde in alcun caso ad un intervento limitato nel tempo ma ad una nebulosa previsione di una serie di interventi che si protraggono nel tempo in modo indefinito. Quanto questo possa essere dovuto anche alla difficoltà di organizzazione dei servizi, alle carenze di personale od alle lentezze della attività giurisdizionale, può influire sull'aggravare una situazione di fatto, non di certo a determinarla visto che si tratta il più delle volte di un errore di impostazione, di un approccio operativo tecnicamente difforme da quanto lo spirito e la lettera della legge, anche prima della novella del 2001, intendono

“Si tratta di interpretare esattamente tutto l'insieme degli articoli da 1 a 5, che ha un suo schema molto chiaro. Il postulato è che il minore deve stare nella sua famiglia e che ogni sforzo degli apparati pubblici deve andare in quella direzione. ove ciò risulti impossibile perché si è di fronte ad un abbandono soccorre l'istituto dell'adozione, che assicura al minore un'altra famiglia. Quando non sussistono gli estremi per adottare questo estremo rimedio, ma ugualmente risulta che la famiglia non è in grado di provvedere alla crescita e all'educazione del minore(art.1comma4), si può intervenire a norma del titolo Ibis, vale a dire allontanare il figlio dall'ambiente familiare, ma come misura temporanea, mentre si cerca di recuperare la famiglia d'origine. In questo quadro non è rilevante che il minore sia in una famiglia affidataria o in istituto o in comunità, essendo essenziale il fatto che egli non è più nell'ambito della propria famiglia, che questa situazione è anomala e che occorre porvi rimedio, se possibile. Dunque, è sempre necessario che il servizio sociale che ha promosso l'allontanamento abbia un suo programma di assistenza, che eserciti, una vigilanza, che riferisca al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni, che si preveda un termine finale, non superiore ai 24 mesi, oltre il quale si dovrà provveder in altro modo”.(Vercellone, 2002)

3.2.- La precarizzazione dell'intervento

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001

Giurisprudenza: Cass.civ. sez.I 29 sett.1999 n.10809; Cass.civ.sez I 8maggio 1978 n. 2217

Bibliografia: Ichino Pellizzi, 2002 – Moro 2002 - Campanato 2005 – Dogliotti 2002 – Milanese 2005

La temporaneità dunque, dovrebbe essere definizione di un tempo certo; un tempo che sia rapportabile all'avvio di una azione di recupero della famiglia di origine, e dunque sia conseguente ad un progetto articolato di intervento, come vedremo in seguito. Purtroppo il più delle volte diventa invece precarietà tanto della progettazione che delle relazioni perché come in una drammatica rappresentazione, in una sorta di gioco delle parti, sia il servizio che la famiglia naturale sanno che il filo sottile che lega i genitori al servizio è dato dal figlio. Su questo come vedremo giocano anche dei ruoli importantissimi il tema del consenso e il ruolo che si vuole o meno riconoscere alla famiglia affidataria.

Questa carenza di ruoli espone la famiglia affidataria al rischio di divenire da risorsa essenziale del progetto di recupero a precaria interlocutrice le cui azioni non possono che essere di corto respiro e si riverberano sull'affidato impedendo alla famiglia di svolgere un ruolo vero. Alla fine essa si trova sola di fronte ad enormi conflitti: al ricatto/conflitto con la famiglia di origine, alle domande dei figli affidati, alle proprie esigenze di compensazione e scarico emozionale, all'assenza di ruolo processuale pur essendo loro, genitori affidatari, coloro che quotidianamente hanno accudito, contenuto, risposto alle domande alle angosce di una bambina o di un bambino con cui la vita non è di certo stata generosa.

È comune esperienza degli affidatari che di anno in anno, alle volte fino al compimento della maggiore età dell'affidato, si sono trovati a rinnovare il consenso all'affido, senza che alcuna autorità giurisdizionale lo valutasse o vi intervenisse vista la prassi, diremmo distaccata, che i giudici tutelari hanno mantenuto sul punto. Partendo dal presupposto che tanto si sarebbe potuto prorogare, di fatto l'affido si è strutturato come pratica di allontanamento. Un allontanamento del tutto improprio, oltre che per i motivi sollevati da Manera, perché arbitrariamente condotto dal servizio in una costante negoziazione con la famiglia naturale che di anno in anno si rinnovava o con lo spauracchio della segnalazione al tribunale ovvero con la convinzione che si trattasse solo di un anno ancora

Alle volte l'intervento del servizio nasceva sulla base di una esigenza protettiva per il minore magari camuffata da affido educativo: di fronte ad una famiglia multiproblematica ed ad un bambino che ne soffre, spesso il primo pensiero era quello di togliere il bambino dalla situazione di sofferenza e lo strumento più veloce pareva l'affido, anche perché evitava di porre il termine duro del conflitto di giudizio sulla questione di una radicale denuncia delle incapacità dei genitori.

“Analogamente –anche se su un piano opposto- occorre procedere decisamente all'adozione, se la famiglia ha abdicato totalmente alla sua responsabilità nei confronti del minore; se appare chiara la volontà del genitore di defilarsi dall'impegnativo compito educativo disinteressandosi del figlio; se la situazione di grave carenza genitoriale appare irreversibile e quindi sostanzialmente mistificatorio qualsiasi tentativo di recupero. In tutte queste situazioni ricorrere all'affidamento significherebbe eludere le responsabilità connesse con l'istituzionale funzione di sostegno del minore e conculcherebbe il diritto del minore ad avere quella famiglia stabile ed idonea che sola può assicurare un regolare processo di sviluppo. Non è infatti possibile che l'affidamento sia visto e vissuto come una facile scorciatoia per eludere problemi spinosi e decisioni in qualche modo traumatiche; per coprire le pigrizie degli operatori di scarsa fantasia e impegno; per facilitare a tutto danno del minore, la perversa tendenza di molti genitori al disimpegno delle fatiche educative. Né possiamo accettare che l'affidamento divenga lo schermo dietro cui si contrabbandano vecchie culture legate al mito del sangue, al genitore-padrone, ad un intervento sociale basato solo su interventi tampone che non risolvono i reali problemi ma utilizzano 'pannicelli caldi' per momentaneamente nasconderli”

A.C. Moro 2002 pag.149)

Nella migliore delle ipotesi, dunque, solo successivamente al collocamento, si operava una valutazione sulla possibilità di costruire un percorso con i genitori per un recupero, e di conseguenza il servizio stesso ed il progetto di affido veniva esposto ad una costante negoziazione di ogni intervento. Ciò manifesta la debolezza del servizio che sa bene che questi genitori potrebbero riportarsi a casa il figlio collocato in affido in qualunque momento, ma sa anche che questo sarebbe il male per il bambino ed allora un po' tira e un po' cede.

La famiglia naturale assume un atteggiamento incostante, pur rifiutando in via di principio di sentirsi malfunzionante, aderisce al progetto di affido, ma vanifica gli interventi tesi a modificarne le cause, solitamente realizzando una parte dei progetti di recupero per quel tanto necessario a non venire esclusa dalla potestà; come è previsto infatti all'art.8 della legge in oggetto:

“2. la situazione di abbandono sussiste, sempre che ricorrano le condizioni di cui al comma 1 (mancanza di assistenza morale a materiale), anche quando i minori di trovano presso istituti di assistenza pubblici o privati o comunità di tipo familiare ovvero siano in affidamento.

3. non sussiste causa di forza maggiore quando i soggetti di cui al comma 1 rifiutano le misure di sostegno offerte dai servizi sociali locali e tale rifiuto venga ritenuto ingiustificato dal giudice.”

art.8 comma 2,3 l.184/83

La giurisprudenza sul punto ci aiuta a vedere quali siano i comportamenti spesso disorientanti messi in atto dai genitori per impedire una valutazione opportuna delle loro effettive capacità genitoriali. Anch'essa dunque è disorientata e non possiamo non pensare che questi pronunciamenti sono l'esito sofferto di un travagliato e lungo iter processuale durante il quale i bambini, di cui quelle sentenze si sono occupati, hanno vissuto nell'incertezza crescendo assieme alla propria sofferenza.

“la nozione di assistenza prevista dal legislatore non va intesa in termini meramente quantitativi, implicando una valutazione anche qualitativa delle funzioni genitoriali in termini di adeguatezza dell'esercizio del ruolo parentale”
(Cass.civ. sez.I 29 sett.1999 n.10809)

Al fine della declaratoria dello stato di adattabilità di un minore ricoverato in istituto, i gesti dimostrativi compiuti dal genitore, quali visite, lettere, telefonate, regali, pur non integrando gli estremi di una completa e valida assistenza morale,

possono in concreto valere a stabilire fra il genitore medesimo e il figlio un rapporto di conoscenza e affetto, rilevante per la esclusione di una situazione di abbandono

Cass.civ.sez I 8 maggio 1978 n. 2217

3.3.- Il paradosso dell'idoneità/inidoneità.

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Giurisprudenza: Cass.civ.,sezI, 18 aprile 1997 n 3335

Bibliografia: Manera 2005 – Milanese 1999, 2005

Come abbiamo visto secondo l'autorevole definizione di Manera il “presupposto di legittimità dell'affido familiare è la temporanea mancanza d'un idoneo ambiente familiare”; dunque il fatto che la famiglia sia idonea o no a crescere i propri figli non è solo un giudizio di tipo sociale o desunto da una diagnosi psicologica, ma è un presupposto di legittimità ha valore giuridico ed è combinato con il già illustrato concetto di temporaneità della condizione.

Proprio a partire da questo concetto di inidoneità temporanea si può notare come nella legge sono rimasti alcuni paradossi che in apparenza hanno un semplice valore linguistico concettuale, ma nei fatti rappresentano un vero ostacolo alla corretta applicazione e definizione dei diversi istituti giuridici che regolamenta.

“L'affidamento, come per altro l'adozione, mettono di fronte due famiglie, una naturale ed una affidataria o adottiva, inevitabilmente poste a confronto dal fatto stesso che un figlio da una famiglia viene collocato in una altra perché l'una non in grado di assolvere alle proprie ineliminabili funzioni. Anche se si può cercare di minimizzarne la portata, il dato intrinsecamente connesso a questo semplice fatto esperienziale è rappresentato da una sanzione sociale che rende di per sé difficile accettare questo provvedimento. Come si è visto prima, a presiedere all'istituto dell'adozione non vi è il consenso dei genitori, bensì la condizione di abbandono morale e materiale del figlio dovuta a comportamenti di abuso, violazione o negligenza nell'esercizio delle funzioni genitoriali.”

(Milanese2005)

Con un provvedimento dei giudici si definiscono quei genitori non più idonei al loro compito e pertanto essi debbono essere sostituiti, nell'interesse del minore, da una altra famiglia giudicata idonea, con decreto di un giudice dopo il vaglio di un sistema di servizi.

L'idoneità è pertanto quel piano concettuale che giustifica da un punto di vista giuridico questa esperienza che, necessariamente e drammaticamente, si realizza nello sradicamento di un bambino da una famiglia per l'inserimento in un'altra. È il giudice che decide che una famiglia sia idonea e l'altra no.

“in tema di adozione internazionale, la dichiarazione di idoneità degli adottanti deve precedere non solo la dichiarazione di efficacia in Italia dell'adozione straniera, ma altresì lo stesso provvedimento straniero di adozione, al fine di evitare, nell'interesse del minore, che un successivo accertamento di inidoneità possa condurre alla risoluzione di rapporti affettivi già costituiti...”

Cass.civ.,sezI, 18 aprile 1997 n 3335

Se si vuole che l'affidamento sia un provvedimento differente per fondamento e natura giuridica, oltre che per la dimensione esperienziale che lo regola, non lo si può collocare sul medesimo piano concettuale del primo ossia sulla medesima categoria della in/idoneità, anche se moderato dalla temporaneità di tale condizione, e pretendere che la famiglia in difficoltà esprima un consenso ad un provvedimento che non può che evocare, nel suo vissuto intimo, la sanzione sociale connessa .

“L'idoneità è infatti una categoria dell'essere che, per il portato linguistico della stessa parola, rappresenta una realtà che o è presente o non è, e che perciò acquisisce una forte caratterizzazione nella valutazione complessiva e proiettiva di una personalità; da ciò anche l'ambiguità del concetto di inidoneità temporanea”

(Milanese 1999, pag.77)

In buona sostanza si genera un paradosso in quanto il principale ostacolo alla formulazione del consenso all'intervento di affido, che dovrebbe essere presupposto necessario alla legittimità formale e sostanziale del provvedimento stesso, è rappresentato da questo concetto di in/idoneità, che allontana i genitori dalla possibilità di riconoscersi e di esprimere questo consenso.

3.4. La capacità.-

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001, l.176/1991 art. 20; artt.330,333 c.c.; art.30 cost.

Bibliografia: Moro 2002 - Cerato, 2003 – Milanese 1999

È necessario dunque, per far bene il lavoro che l'affidamento richiede, individuare una parola che esprima una concettualizzazione diversa e che non sia in contraddizione con l'altro criterio della temporaneità. A tal fine considero assai più appropriata l'utilizzazione del concetto di capacità/incapacità, in sostituzione di quello di in/idoneità; si tratta, infatti, di una indicazione che ha una precisa derivazione costituzionale: nei casi di incapacità la legge provvede a che siano adempiuti i loro compiti (art. 30 cost)

“A differenza di quello di idoneità, il concetto di capacità è, invece, legato ad un fare ad un saper fare, ovvero ad un non fare e non saper fare, che consente di frazionare il giudizio sui genitori valutando in modo il più possibile oggettivo le singole abilità educative, materiali, affettive, la cui presenza o carenza, la cui recuperabilità o irrecuperabilità possono essere molto ben individuate ma anche compensate e riacquisite grazie ad un progetto di recupero. Ritengo, proprio per la peculiare concretezza del concetto di capacità, che esso sostenga meglio sia il genitore che vede invasa la sfera privata del suo rapporto con i figli offrendogli un giudizio non assoluto e radicale, sia l'operatore nella valutazione, sempre drammatica, se per quel minore sia meglio restare inserito in quel nucleo o venirne sradicato, se per quel minore sia meglio un affidamento o una adozione. Frazionando il percorso di recupero delle capacità educative del nucleo, dunque, si può consentire al giudice l'assunzione di provvedimenti prescrittivi che, in caso di carenza d'esecuzione, consentirebbero una più facile ed oggettivabile modulazione o limitazione del rapporto genitoriale fino ad arrivare alla sua rescissione”.

(Milanese 1999, pag.98)

Assieme al criterio della capacità che, avendo dignità costituzionale va considerato preminente, anche la Convenzione internazionale di New York del 1989 (l.176/1991) ovvero la Dichiarazione delle nazioni unite in tema di affidamento e adozione del 1986, offrono al giudice diversi elementi che fungono da parametri interpretativi delle norme sicuramente vetuste indicate al 330 e 333 del Codice civile. Nella Dichiarazione del 1986 si dice infatti che il benessere del bambino dipende dal benessere della famiglia (art.6) e si indica quindi nel criterio del suo superiore interesse il parametro fondamentale per decidere sulle situazioni che vedono opposto il minore all'adulto. (art. 3 conv.int. Moro, 2001 Cerato 2001). Per assodata interpretazione il concetto sotteso all'interesse del minore è quello della opportunità di sviluppo e della qualità educativa della relazione. La Convenzione all'art. 20 dice dunque che lo stato deve esercitare una particolare tutela verso il minore privato della famiglia o che “non può essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse”. Questo concetto consentirebbe di introdurre, nella valutazione che il giudice deve fare rispetto alla condizione di vita del minore, quel concetto che oggi è molto usato dalle scienze sociali e che passa sotto la nozione di rischio.

3.5.- Tra rischio e controllo sociale.-

Legislazione: art.8 l.4 agosto1955, n.848 Conv. europea sui diritti dell' uomo,

Bibliografia: Ghezzi Vadiolonga 1996 – Milanese 1999 - Milanese Bares 2003

La nozione di rischio non è una versione moderna della definizione di pregiudizio, in quanto, a differenza di quella di pregiudizio, è più orientata alla individuazione prospettica del complesso delle condizioni che a quel minore devono essere garantite per poter avere uno sviluppo armonico, piuttosto che ai singoli comportamenti che debbono essere vietati o limitati.

“Combinando i concetti di capacità, rischio ed interesse del minore, si potrebbero definire le diverse gradualità di interventi assistenziali e protettivi. Esistono, infatti, diverse condizioni di incapacità della famiglia che potrebbero mettere a rischio lo sviluppo del minore, ma che non sono tali da determinare provvedimenti definitivi di allontanamento del minore, e che dunque possono essere rimosse attraverso precisi interventi del servizio e prescrizioni del giudice che in modo inequivoco descrivono ciò che una famiglia deve fare, le carenze da colmare, i supporti di cui necessita e i tempi entro cui può prevedibilmente recuperare tali capacità compromesse. In queste situazioni potrebbe anche non essere necessario arrivare ad allontanare il minore dalla famiglia, così come invece potrebbe essere indispensabile giungere ad un affidamento eterofamiliare.”

(Milanese 1999, pag.100)

Nel contempo esistono forme così gravi di incapacità ove soprattutto non vi è coscienza del danno che si arreca al minore, ove è opportuno nell'interesse del minore disporre un allontanamento del minore stesso, prospettare una valutazione della capacità educativa della famiglia, verificare la possibilità di realizzare un credibile progetto di recupero del nucleo che, se realizzato, può dar luogo ad un rientro del minore, ma che, viceversa, se non adempiuto completamente può dar luogo alla definitiva rescissione del vincolo familiare ed all'adozione. (Ghezzi Vadilonga 1996)

Come si è potuto intendere in tal modo vengono individuati diversi gradi di intervento sulle potestà genitoriali i quali originano da una diversa organizzazione degli elementi di giudizio desunti dai concetti di capacità, rischio ed interesse del minore, tutti concetti in cui la competenza specifica del sistema dei servizi è sicuramente più ampia e che non invadono invece le categorie la cui utilizzazione è opportunamente definita come prerogativa della giurisdizione proprio perché da esse deriva o può derivare una mutazione dello status familiare del minore quali la valutazione della idoneità della famiglia del pregiudizievole comportamento genitoriale o dell'abbandono del minore. Ciò consente anche di meglio qualificare il criterio stesso della temporaneità che come abbiamo visto è requisito essenziale per definire la legittimità stessa dell'affido.

Se in buona sostanza la condizione del minore è tale da richiedere un intervento che incida sul suo status familiare, onde garantirgli quei diritti fondamentali di cui ha bisogno per crescere, ogni intervento intermedio procrastinandone la definizione, non fa che destabilizzarne il percorso, rendere più difficile la sua soluzione, complesso l'inserimento adottivo, ed in ultima istanza genera un danno al minore stesso diversamente se la condizione del minore è tale da consentire una prevedibile recuperabilità delle sue normali relazioni familiari, allora è necessario che l'intero intervento abbia un respiro ed una definizione precisi, abbia una temporalità definita realizzandosi nella piena ed autonoma responsabilità degli operatori del sistema dei servizi.

La mancata risoluzione di questa incertezza diagnostica, genera interventi arbitrari, ovvero sottopone le famiglie ad evoluzioni contraddittorie dei programmi e chiede costanti verifiche sulle relazioni familiari con il corredo di colloqui, visite test etc.

Secondo gli autorevoli interventi giurisdizionali della Corte europea dei diritti dell'uomo presi in seguito alle denunce di alcune famiglie che contestavano gli interventi messi in atto dallo stato certi interventi sociali potrebbero essere considerati come dannosi per la vita familiare ai sensi dell' art. 8 della convenzione europea:

Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza.

Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell' esercizio di tale diritto se non in quanto tale ingerenza sia prevista dalla legge e in quanto costituisca un misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui.

(4 agosto 1955, n.848 Conv. europea sui diritti dell' uomo, art.8)

“La corte considerando che gli interventi dello stato a tutela dei minori erano legittimi perché previsti dalla legge, e condotti nell' intendimento di tutelare il diritto dei minori, consideravano come una violazione dell'art. 8 e dunque turbative del diritto alla rispetto della vita familiare le modalità con cui tale intervento era attuato.

In alcuni casi analizzati (Facchin 1988) le lungaggini dei tempi di ricorso, l'inerzia dell' amministrazione, ovvero al contrario la fretta di compiere un allontanamento in assenza di una diagnosi precisa e la lunga serie di perizie cui la famiglia si è sottoposta per riavere il proprio figlio, sono tutti elementi che secondo le sentenze della corte hanno definitivamente compromesso la stabilità e tranquillità delle famiglie. I casi possono sembrare estremi, ma in realtà affermano un principio corretto e di carattere generale, ovvero che esiste un limite di sopportabilità dell'intervento pubblico e che è pertanto necessario non solo garantire un ascolto corretto e procedure di ricorso contro le decisioni della amministrazione, ma soprattutto che è indispensabile la tempestività e la precisione diagnostica al fine di operare un intervento coerente con le reali necessità del minore stesso. Si tratta di casi antecedenti alla Convenzione internazionale di New York nei quali non si considera il diritto del minore a non vedere la propria famiglia sottoposta ingiustamente a controlli o sanzioni, bensì contempla esclusivamente quello dei genitori a difendersi contro l'amministrazione. Sono casi relativi a contese con il Regno Unito, il cui impianto legislativo è del tutto diverso dal nostro; è pertanto con molta prudenza che si può operare un parallelismo con la realtà dei nostri servizi. Ciononostante il principio della ingerenza tollerabile è utile guida al perfezionamento delle modalità di presa in carico delle situazioni familiari da parte del servizio.

(Milanese Bares, 2003 p 1513)

Per alcuni versi è vero che le leggi non dovrebbero, per essere efficienti, creare delle forti discontinuità con i dati di realtà e di esperienza tanto da essere infine inapplicabili; in questo caso,

invece, pur tenendo presente che troppi sono stati gli appelli inascoltati che il sistema dei servizi ha offerto al legislatore, è pur sempre vero che la volontà espressa del Parlamento nella forma della legge va seriamente presa in considerazione laddove, come per l'affido, indichi una strada, magari impervia, diversa da quella presente, ma assolutamente precisa.

4.- L'affidamento familiare: tipologie e natura dei provvedimenti.

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001, artt. 330, 333 c.c.

Bibliografia: Moro, 2002 – Campanato 2005 – Dogliotti 2002 – Milanese 2005 - Vercellone 2002

Con una formulazione evidentemente perentoria e volutamente provocatoria, ritengo sia ancora utile seguire una interpretazione che valutando il complesso dell'intervento di modifica proposto con la l.149/01, giunge a dire che l'affido, nel senso proprio del termine, inteso come affidamento eterofamiliare temporaneo è esclusivamente quello definito su base consensuale. Ciò perché, come ho già avuto modo di sostenere, è possibile distinguere la diversa fonte dei provvedimenti disposti ai sensi dell'art.4, comma 1 ovvero comma 2, sulla base di una interpretazione sistematica della natura dei provvedimenti descritti e del significato che il consenso esercita in questa difficile partita tra famiglia sistema dei servizi e bambini.

L'art. 2 della 184/83 così come riscritto dalla l. 149/01 dice che l'affido è disposto dal servizio sociale e che esso riguarda preferenzialmente famiglie con figli, ovvero senza, ovvero singoli, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno. In tal caso è evidente che le relazioni affettive di cui ha bisogno il minore in affido non debbono in alcun modo essere pensate come sostitutive della genitorialità naturale, ma di supporto alla stessa. Egli ha cioè bisogno di elaborare con la famiglia affidataria il vissuto di questo distacco, la possibilità di reincontrare i genitori in un nuovo contesto e seguirli verso la loro nuova condizione di vita.

“Definite così le priorità di intervento con l'art. 4 si stabilisce la natura giuridica dell'affidamento stesso. Esso non viene definito, come alle volte in modo approssimativo si dice, in due distinte forme di cui una consensuale l'altra giudiziaria; la legge detta le regole solo per l'affidamento consensuale in quanto si intende che la fonte giuridica che lo determina sia il consenso espresso come previsto nell'art. 4; laddove infatti manchi il consenso non si dice che l'affidamento è disposto dal giudice, ma si dice che “provvede il Tribunale” applicando gli art. 330 e seguenti”. Ciò significa che il tribunale aprirà un procedimento per valutare l'esercizio della potestà genitoriale elaborando, nella propria autonomia giurisdizionale, un nuovo progetto di intervento.

(Milanese 2005 p)

Il provvedimento che ne scaturisce dunque potrebbe anche essere quello del collocamento del minore al di fuori della famiglia, ma questo provvedimento non è assimilabile al percorso dell'affido in quanto è diversa la natura giuridica che lo determina.

L'affidamento familiare è un provvedimento che ha, e deve mantenere, un carattere di sostegno e si colloca tra gli strumenti a disposizione dei genitori e realizzati dal servizio in attuazione al dovere costituzionale definito dall'art. 30 (Dogliotti 2002). Diversamente da ciò il provvedimento che attua il decreto del giudice, pur simile nel dato esperienziale, si origina da un presupposto giuridico assai diverso e caratterizzato dall'intervento del giudice sulla potestà del genitore che trova le sue ragioni per motivarsi, anche e soprattutto, nelle esigenze di protezione del minore stesso. Originando, infatti, dagli art. 330 e333 del codice si colloca in quell'area di interventi il cui carattere marcatamente protettivo dipende dal giudizio sulla dannosità del comportamento del genitore che reca pregiudizio a figlio.

“Nell'ipotesi in esame (provvedimento del giudice nda) la proposta dei servizi locali di una misura confacente all'interesse del minore, appunto l'affidamento familiare, è respinta dai genitori: il Tribunale per i minorenni, se ritiene che questa contraria volontà sia pregiudizievole all'interesse del minore, la supera, disponendo che quell'affidamento si faccia ugualmente.”

(Vercellone 2002, p.161)

A motivare l'affido sono pertanto non già esigenze dettate dalla temporaneità di una incapacità recuperabile, ma esigenze di protezione che superano ogni contrario parere del genitore.

“Va pertanto seccamente smentita la convinzione, che ancora è presente in molti operatori, che una volta predisposto il piano per l'affido se non vi è il consenso dei genitori allora il giudice minorile lo disporrà d'autorità. Venendo meno il consenso dei genitori invece, viene meno la possibilità che il servizio autonomamente disponga il provvedimento, e dunque si rende necessario il ricorso al giudice, ossia si rende necessario per il servizio segnalare al giudice che da parte dei genitori vi è un comportamento che non risulta adeguato alle esigenze del figlio e che non vi è neppure la coscienza da parte dei genitori di tale inadeguatezza tal che la situazione si possa configurare come pregiudizievole al figlio stesso.
(Milanese 2005)

Come risulta chiaro da quanto fin qui esposto, mentre è del tutto evidente che l'autorità giurisdizionale operando ai sensi dell'art.330 e 333 non ha un vincolo alla forma del suo provvedimento godendo della prevista discrezionalità (a seconda dei casi dispone i provvedimenti convenienti), il servizio sociale ha dei vincoli maggiori che definiscono però, anche lo spazio specifico di una progettualità assai alta, se rettamente considerata. Il centro dell'intervento di cui è pertinente il sistema dei servizi sociali è il sostegno alla genitorialità in coerenza con il ribadito principio costituzionale art. 30 (dogliotti); ciò apre un campo assai vasto nel quale il servizio ha la facoltà di azione nella predisposizione di strategie di intervento di relazioni e di opportunità da offrire alla famiglia in ambito terapeutico, formativo, assistenziale e via dicendo. Di diretta pertinenza del giudice, invece, è quell'intervento il cui carattere marcatamente protettivo deve superare la contrarietà dei genitori ed infatti necessita dell'autorità giurisdizionale per essere compiuto (sul punto si vedano concordi Moro, 2002, Dogliotti 2002, Campanato 2005)

4.1. Il consenso al progetto.

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,
Bibliografia: Istituto degli innocenti, 2002 – Vercellone 2002 – Milanese 2005

Come si è più sopra già anticipato vi è uno stretto legame tra la dimensione progettuale che il servizio predisponde, l'espressione del consenso dei genitori e la temporaneità del provvedimento. Essi sono elementi essenziali che concorrono a determinare la legittimità stessa del provvedimento. Sono elementi però che spesso non sono così ben chiariti agli operatori nella loro concatenazione logica e giuridica. Spesso si attribuisce al consenso un mero valore formale, o peggio viene utilizzato strumentalmente onde convincere i genitori al provvedimento di affido, minacciando il ricorso al giudice. Più spesso i servizi messi di fronte a situazioni complesse e difficilmente risolvibili, decidono di attuare un affido e solo successivamente di cercare di costruire un progetto di recupero. Ciò fa sì che i genitori possano negoziare con il servizio un gioco estenuante tra il consenso all'affido ed il consenso al proprio recupero, precarizzando tutto l'intervento.

Non entro nel merito del fatto che è assolutamente scontato da punto di vista deontologico che interventi di carattere terapeutico, di consiglio, indirizzo, guida tra qualsiasi utente e un qualsiasi servizio necessitano di un consenso dell'utente per ottenere il necessario successo. Il consenso ai trattamenti ed alle prestazioni è anche un prerequisito giuridico delle azioni amministrative ed assistenziali non solo di quelle sanitarie dunque è del tutto scontato che il progetto che il servizio deve fare sull'affido abbia per fondamento il consenso dei genitori, ma tale consenso non deve essere separato e limitato all'intervento di affido in senso stretto, bensì a tutta l'azione di recupero delle loro capacità che il servizio deve mettere in atto onde rendere attuabile quella modificazione delle situazioni che hanno determinato la necessità dell'intervento stesso; solo così l'affido ha per obiettivo non secondario il rientro del minore nella sua famiglia, e solo così la determinazione del tempo è chiara fin dall'inizio e non superiore ai due anni.

Tale consenso espresso dei genitori muove dalla coscienza che essi hanno di intraprendere un progetto di recupero di natura assistenziale, di sostegno, educativo-riabilitativo, e dunque dalla condivisione dell'affido come uno degli strumenti per consentire questo recupero. Tale progetto sarà articolato in più fasi ed avrà degli obiettivi intermedi, dei tempi di verifica delle azioni, delle linee strategiche di sviluppo e degli indicatori di valutazione. Una delle azioni del progetto, una delle sue fasi, può essere caratterizzata dalla necessità di ricorrere all'affidamento, per consentire alla famiglia un percorso più intenso, come può accadere in una fase terapeutica specifica, per l'avvio di un lavoro

particolarmente disagiato, per un trasloco, una terapia... L'intero progetto di recupero può durare molto tempo mentre la fase che consiglia il temporaneo distacco dei figli dai genitori non può essere più lungo di 24 mesi.

Un tempo superiore è infatti contrario alla natura di provvedimento temporaneo.

“Ma l'affidamento ad altra famiglia è soggetto a norme precise e rigorose, in parte suggerite dal rischio che, tramite affidamenti, si pongano in essere rapporti che rischiano, col passare del tempo e il consolidamento dei vincoli affettivi tra affidatari e affidato, di creare irreversibili situazioni destinate o ad adozioni o a traumi gravi per affidato e affidatari.”

(Vercellone 2002, p.153)

Come dice una ampia letteratura al riguardo, oltre i ventiquattro mesi potrebbero invece determinarsi dinamiche affettive ben diverse con la famiglia affidataria ed attivarsi delle influenze sui percorsi di attaccamento sulle strutture di personalità con danni assai profondi che si possono strutturare quando la crescita di un bambino sia lacerata da ambivalenze affettive così forti (sugli aspetti psicologici delle ambivalenze nei riferimenti genitoriali si vedano gli autorevoli Ghezzi Vadilonga, 1986 gli studi di Malacrea, Slepj etc).

“Sapere che il tempo dell'affido è solo di 24 mesi, rappresenta una indicazione quantitativa e qualitativa perché quel tempo si dice deve essere rapportabile all'intervento di recupero della famiglia; ciò può finalmente aiutare i servizi a realizzare affidamenti precoci, in situazioni ancora non degradate, ove la possibilità dei minori e della famiglia di contenere i danni dei traumi da distacco, ma anche di non strutturare i peggiori comportamenti di incuria, sono ancora possibili e dunque l'affido può massimizzare i vantaggi del suo intervento. La scelta del servizio di utilizzare questo strumento discende dunque non solo dalla valutazione diagnostica operata dal servizio sul nucleo, ma è frutto di una progettualità prognostica. È il servizio che, valutata la famiglia, definisce, sulla base delle effettive capacità educative, economiche, relazionali, cognitive, affettive, se il tipo di provvedimento di cui c'è necessità è un intervento di affido. Esso si potrà realizzare quando si valuti che esista una ricuperabilità delle funzioni genitoriali della famiglia e che in un tempo, presuntivamente identificato in 24 mesi nel suo massimo, tale percorso possa essere compiuto nella porzione più radicale quella che implica una parziale separazione dei percorsi di vita tra i genitori e i figli. È da considerarsi invece un errore l'uso dell'affido eterofamiliare consensuale, come abbiamo visto spesso accade, nelle situazioni in cui sia necessario ed urgente allontanare il bambino; in questo caso il servizio potrà disporre un intervento d'urgenza ex art. 403 cc se ne ricorrano le condizioni ovvero farà semplicemente una segnalazione alla procura della repubblica presso il Tribunale per i minorenni. L'affido familiare consensuale deve essere infatti considerato un intervento che si colloca tra le forme di prevenzione dell'allontanamento, a servizio del diritto del minore di crescere nella sua famiglia, e dello sviluppo della genitorialità che quel diritto corrisponde.”

(Milanese 2005 p.)

Sapere che il tempo dell'affido non corrisponde al tempo complessivo di recupero della famiglia di origine ma ad un sua fase, la più intensa, e che dunque è necessario che tale progetto sia ben più ampio e che sia chiaro ai genitori che l'affido non è la sanzione sui loro comportamenti, ma la opportunità di indurre dinamiche virtuose a correzione di un forte rischio di degrado per il minore e per la famiglia, significa per il servizio saper progettare in modo diverso l'intervento, calibrandolo sui tempi e gli obiettivi del recupero e del reinserimento. Per fare questo il servizio deve accettare di darsi un tempo di decisione una visione strategica sul nucleo e sulla probabilità dello stesso di ricuperarsi. Quanto sia difficile realizzare le condizioni perché il servizio possa realizzare questo spazio di pensiero e di scelta è purtroppo ben noto ai tecnici ed a quanti operano costantemente a contatto con le condizioni del disagio personale e familiare dei bambini. Le difficoltà che i servizi stessi denunciano per carenza di risorse o di organizzazione sono raccolte nella citata indagine nazionale curata dal Centro nazionale di documentazione per l'infanzia e l'adolescenza:

“Questa frammentazione e separazione delle conoscenze ha fatto sì che il servizio abbia tenuto distinti i vari attori dell'affidamento familiare, e nel complesso il progetto non sia stato patrimonio comune tra i responsabili dei servizi e gli operatori responsabili dei casi, creando di conseguenza scollamenti tra la direzione centrale e l'attuazione del progetto.(...)”

È stata riscontrata un'altissima mobilità degli operatori e ciò rappresenta sicuramente il più alto fattore di rischio a sfavore della continuità del lavoro sul bambino e sulle famiglie. Da quanto rilevato è dunque presumibile che sia parzialmente inficiata la memoria storica del servizio, che possa verificarsi una perdita fisiologica delle informazioni dovuta al *turn over* degli operatori e che i nuovi operatori si trovino spesso nella condizione di dover ripartire da zero. (...)

Tra gli operatori si è creato un certo imbarazzo per l'insufficienza, se non addirittura la mancanza, dei dati sulla famiglia naturale e, a volte, anche sulla famiglia affidataria; in taluni casi il disagio è invece emerso per il dover dichiarare apertamente che l'unico criterio di abbinamento tra il bambino e la famiglia affidataria era stata l'urgenza, oppure la necessità o peggio ancora la disponibilità di quell'unica famiglia affidataria. Infatti, il reperimento (come del resto la formazione) delle famiglie affidatarie risulta molto faticoso, e per questo a volte gli operatori sono costretti addirittura a scegliere la via dell'istituzionalizzazione, perché "è più gestibile un bambino in comunità".

Istituto degli innocenti, 2002 p.117

4.2 Il provvedimento giudiziario.-

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001; artt. 330 e 333 c.c.

Bibliografia: Vercellone, 2002 – Campanato 2005 – Dogliotti 2003 – Milanese 2005 - Milanese Bares 2003.

L'intervento giudiziario in relazione al provvedimento di affido si origina in assenza del consenso dei genitori e si fonda sulla necessità di porre il minore in una condizione personale di protezione fino a che non si è ottenuto un sostanziale mutamento nelle relazioni che hanno determinato l'avvio dell'allontanamento.

"Poichè comunque l'affidamento familiare prevede l'allontanamento del figlio dalla residenza dei genitori, la procedura necessaria è quella prevista dagli art.330 e ss. c.c. (audizione del genitore, parere del pubblico ministero) così per ogni provvedimento che tale allontanamento disponga. Il richiamo legislativo agli artt.330 ss.cc. deve dunque intendersi in funzione non solo della procedura necessaria, ma anche della natura del provvedimento fondato sul controllo giudiziario, in quegli articoli previsto, dell'esercizio della potestà genitoriale, controllo che nel caso concreto si esplica nell'autorizzare l'affidamento familiare anche contro la volontà dei genitori." (Vercellone 161)

La dimensione temporale in questo caso non è definibile, aprioristicamente, in quanto l'esigenza protettiva che determina la scelta del tribunale implica che la famiglia naturale sia sottoposta ad un vaglio articolato e dimostri effettive modificazioni del suo comportamento. Ciononostante molti commentatori optano per una sostanziale equiparazione dei provvedimenti di affido disposto dal servizio ovvero disposto dal giudice in quanto a durata. È la natura del provvedimento che in qualche modo influisce anche sul tema della durata del medesimo. Lo stesso Vercellone è dell'avviso che anche l'affidamento disposto dal giudice dovrebbe essere regolato entro un massimo di ventiquattro mesi nei casi in cui il giudice si limiti a disporre un provvedimento il cui senso e natura siano unicamente rappresentati dal superamento del contrario parere dei genitori ad un intervento di esclusivo rilievo assistenziale. Purtuttavia egli stesso ammette che il riferimento agli art. 330 e ss. c.c. consente al giudice di esaminare in profondità le relazioni familiari del nucleo tanto da poter valutare il pregiudizio entro comportamenti rischiosi dei genitori e disporre pertanto un provvedimento il cui tempo sia anche più lungo della previsione della 184/83 novellata.

Di sicuro vi è però il dato effettivo che il riferimento agli art.330 e ss. c.c. apre un problema interpretativo sul provvedimento emanato dal tribunale per i minorenni. Se infatti tale ricorso alla autorità giurisdizionale si motiva sulla base dell'assenza del consenso dei genitori al progetto, si rende ancora più necessaria la corretta identificazione del valore del consenso stesso e del suo eventuale rifiuto. In linea puramente teorica infatti, si potrebbe ipotizzare che il rifiuto del consenso al provvedimento possa essere motivato dalla totale obnubilazione della capacità del servizio di operare una scelta oculata a causa di conflitti di posizione o di invischiamenti personali o di professionalità carenti. In sostanza se anche vi fosse una richiesta di aiuto da parte della famiglia la proposta del servizio sarebbe valutata eccessiva o abnorme e pertanto rifiutata, chiedendo al giudice invece di determinare quale sia il progetto più consono. Tra genitori e servizi insomma vi sarebbe un disaccordo sui modi di esercitare una funzione di aiuto. In tal caso il ricorso alla magistratura avrebbe una vera funzione di arbitrato per la quale potremmo ipotizzare quasi un ricorso alle fattispecie previste dal 316 c.c.

Tale ipotesi, che con lo sviluppo di una vera cultura del giusto processo e l'attuazione piena della stessa legge 149/01, potrebbe assumere maggiore concretezza, è oggi comunque meramente scolastica essendo diversa la interpretazione che si deve dare delle ragioni che determinano il ricorso al magistrato in caso di carenza del consenso al provvedimento. Il riferimento infatti agli artt 330 e 333 del codice civile lascia intendere inequivocabilmente che il giudice non dovrà porsi come arbitro in un

conflitto tra progetti configgenti, ma che dovrà valutare quanto quella mancanza di consenso al progetto di recupero che i servizi gli hanno sottoposto determina una carenza dell'esercizio della potestà genitoriale, li dove cioè il rifiuto dei genitori di aderire al progetto del servizio ha origine nella incapacità o indisponibilità degli stessi di verificare la propria condotta e riferirla criticamente inadeguata ai bisogni del figlio. Questa incoscienza del limite genitoriale si può essa stessa definire come pregiudizievole al figlio ovvero come comportamento gravemente trascurante.

Questa indisponibilità a modificarsi, a rendersi conto dei propri limiti, delle proprie incapacità e di migliorare per garantire al figlio un miglioramento della vita familiare può rappresentare, se ingiustificata, un motivo per decretare addirittura il decadimento stesso dalla potestà a maggior ragione può definire la fattispecie del comportamento pregiudizievole. Da ciò il provvedimento del tribunale deciso in base all'art.330 e 333 si connota come un collocamento protettivo presso una famiglia affidataria ed ha pertanto uno sviluppo anche procedurale e tecnico differente.

Non si tratta di un semplice intervento assistenziale, ma di una procedura giudiziaria che presuppone l'assunzione di informazioni, l'audizione delle parti interessate (genitore e minore), la verifica di tutte le condizioni poste a fondamento di tale scelta e del progetto del servizio sociale
(campanato 2005, p.308)

Il ruolo del servizio in tal caso sarà più quello di una interposizione tra famiglia naturale e famiglia affidataria onde garantire alla famiglia affidataria di poter svolgere con serenità il ruolo più protettivo che le viene affidato, contenere la famiglia naturale deve essere compito del servizio. Diversamente se il provvedimento serve solo a superare un dissenso iniziale, come nella prima ipotesi allora anche le modalità dell'affido stesso saranno più ordinarie.

Bisogna purtroppo constatare che assai di rado il Tribunale affida il minore direttamente ad una famiglia affidataria presso cui lo colloca, e ciò come si vedrà in seguito ha delle spiacevoli conseguenze per la famiglia stessa. Più ordinariamente i minori vengono affidati all'Ente Locale per idoneo collocamento presso una famiglia affidataria. Dunque i servizi dell'Ente Locale cui il minore è affidato operano come se fossero organo esecutore di un provvedimento dell'autorità giudiziaria e pertanto con un proprio atto amministrativo, indipendente dal consenso/dissenso della famiglia naturale scelgono la famiglia e determinano le modalità dell'affido ed in tal caso la durata dello stesso sarà la medesima del provvedimento del tribunale. È un errore fare affidamenti annuali rinnovabili, perché non sono in alcun caso previsti dalla legge. Per certi versi però è anche altrettanto accademico dibattere, in presenza di affidamento ad un ente locale ed in carenza di nomina di tutore al minore di altre forme di provvedimento che comunque dilazionano l'esecuzione di provvedimenti la cui ragione è essenzialmente protettiva.

“Quanto ai minori sottoposti a tutela affidata ad un ente pubblico, mentre parte della giurisprudenza ha ritenuto che occorra un provvedimento amministrativo dell'ente locale ed il successivo visto di esecutorietà del Giudice tutelare, un'altra parte ha ritenuto che non deve essere seguita questa procedura prevista dalla norma in esame, bensì quella di cui all'art.371c.c in tema di tutela, che prevede la proposta del tutore circa il luogo dove il minore deve essere allevato, istruito o preparato all'esercizio di un mestiere o professione e la delibera del giudice tutelare.”

(Campanato 2005, p. 306)

L'affido disposto dal giudice a mio avviso dovrebbe essere più correttamente definito un collocamento presso famiglia affidataria e dunque non soggiacere alle medesime regole di tempo che sono invece definite nel provvedimento tipicamente assistenziale decretato dal servizio locale. L'affido protettivo ha senso duri fino a che tali esigenze di proteggere il minore dalla sua famiglia sussistono.

Alle volte assistiamo ad una sorta di invasione reciproca dei campi di azione tra Tribunale e servizi che determina un esito paradossale degli interventi. Da un lato il servizio attende a segnalare situazioni di forte degrado e quando le segnala spesso non organizza i dati di segnalazione in modo sufficientemente ampio da motivare la richiesta al giudice di un provvedimento limitativo di potestà.

Per altro la segnalazione come si è detto non necessariamente da luogo al provvedimento che viene richiesto, in quanto il giudice ha una propria necessaria discrezionalità di intervento. Vero però che alle volte i provvedimenti del giudice ripropongono ai servizi di percorrere strade di sostegno alla

relazione genitoriale che il servizio ha già percorso senza successo. Se i servizi devono segnalare l'abbandono, ma i tribunali gli chiedono di operare ancora in fase di recupero, siamo di nuovo di fronte ad un paradosso per cui i tribunali e servizi dovrebbero trovare forme di dialogo e collaborazione più forti, al fine di attuare interventi maggiormente incisivi. Ogni contraddittorietà nell'intervento tra autorità giurisdizionale e amministrativa introduce elementi di irrazionalità dell'intervento che si possono anche configurare come dannosi ai minori stessi e pertanto anche sanzionabili dal punto di vista teorico e talvolta deontologico (Bares e Milanese, 2003)

5.- Il provvedimento di affido consensuale: fondamento, natura e contenuti.

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Bibliografia: Sacchetti 1986 - Ichino Pellizzi, 2002 – Campanato 2005 – Dogliotti 2003 – Milanese 2005 - Sanicola 1990 - Istituto degli innocenti 2002 - Vercellone 2002

La legge 149/01 anche se non in modo straordinariamente preciso definisce come si è detto le modalità dell'affidamento consensuale e indica che esso è disposto dal Servizio sociale locale locuzione che resta estremamente ambigua e che poco chiarisce quale dovrebbe essere il vero soggetto che ha la responsabilità e l'autorità per tale atto, certo però che la successiva definizione del contenuto del provvedimento chiarisce i dubbi che diversi commentatori nutrono e che ha determinato una applicazione così difforme dell'istituto dell'affidamento familiare sul territorio.

L'atto di affidamento per essere emanato necessita di questi requisiti: a) la relazione del servizio sociale che illustra le ragioni del progetto (tenuto conto degli obblighi di riservatezza dell'ufficio) e l'esito dei colloqui con il minore; b) il consenso dei genitori del minore al progetto di affidamento ed il consenso all'inserimento del minore nella famiglia affidataria scelta dal servizio, c) l'assenso della famiglia affidataria ad assumersi gli impegni previsti nel progetto del servizio sociale. Trattandosi di un provvedimento emesso da una autorità afferente all'area dei servizi sociali esso non può che corrispondere alla tipizzazione della delibera assunta dal sindaco o dall'ente cui egli abbia delegato le funzioni assistenziali di spettanza del Comune (ASL o consorzi intercomunali). Su questo vi è ampia trattazione in dottrina (Sacchetti 1986, Vercellone 2002, Campanto 2005, Dogliotti 2002)

Acquisiti questi elementi l'organo istituzionale abilitato a produrre tali atti amministrativi, visti gli atti preparatori, emanerà l'atto di affidamento, nella forma della delibera, nel quale verrà anche disposto per la famiglia affidataria il corrispettivo contributo di rimborso alle spese relative alla cura del minore affidato, secondo quanto le Regioni dispongono. Resta a carico dell'amministrazione che dispone l'affido la stipula di appositi contratti assicurativi tesi a garantire il minore affidato e la famiglia affidataria contro infortunio, danni e responsabilità civile.

Nel provvedimento di affidamento familiare devono essere indicate specificatamente le motivazioni di esso, nonché i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario, e le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti il nucleo familiare possono mantenere i rapporti con il minore. Deve altresì essere indicato il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento con l'obbligo di tenere costantemente informati il giudice tutelare o il tribunale per i minorenni, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2. Il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento, deve riferire senza indugio al giudice tutelare o al tribunale per i minorenni del luogo in cui il minore si trova, a seconda che si tratti di provvedimento emesso ai sensi dei commi 1 o 2, ogni evento di particolare rilevanza ed è tenuto a presentare una relazione semestrale sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile ulteriore durata e sull'evoluzione delle condizioni di difficoltà del nucleo familiare di provenienza.

(art.4 l.184/83 novellato)

Certo che non è una ingiunzione ma un atto deliberativo, il cui contenuto è sufficientemente definito nell'articolato normativo. La delibera di cui si parla dovrà contenere precise indicazioni sui compiti di una serie diversa e plurale di soggetti che sono coinvolti nel progetto, superando una prassi solitaria che troppe volte ha dato prova di una grave insufficienza determinando spesso il fallimento delle migliori intenzioni.

Proprio per questo motivo è importante che un operatore non sia solo nell'affrontare una situazione di affido, perché il lavoro e il confronto con altri permetta di tenere sempre presente la

globalità e la complessità della situazione e l'operatore possa identificarsi con ciascuno degli attori coinvolti senza allearsi con nessuno di essi (Sanicola, 1990, pag.192)

Che la situazione sia ancora lungi dal raggiungere una distinzione ed un raccordo tra servizi che operano la presa in carico del minore, della famiglia e del percorso di affidamento, e dunque che debbono lavorare in équipe, non implica che tale obiettivo non debba essere perseguito sia perché costantemente richiesto e denunciato dagli operatori sia perché qualificante il progetto di intervento.

“I limiti della gestione del servizio sono stati evidenziati dagli operatori stessi, moltissimi dei quali, peraltro, si sono fortemente impegnati a risolvere carenze e mancanze. Il carico di lavoro per ogni singolo operatore è alto e questo sicuramente influisce sulle possibilità d'intervento; oltretutto è un lavoro non senza difficoltà, dato che a volte deve fare i conti con l'impotenza di chi non si sente di avere i mezzi per potere intervenire. Più volte è stata infatti denunciata la mancanza di un'équipe di coordinamento del lavoro di valutazione e di preparazione, di accompagnamento del minore e della sua famiglia, e l'assenza di tempo dovuta alla scarsità del personale, al carico di lavoro e alle numerose competenze affidate, nonché alle emergenze di servizio: tutti elementi che sicuramente non giovano all'esito positivo dell'affidamento.”

(Istituto degli Innocenti, 2001, p. 117).

5.1.- Le motivazioni del provvedimento.-

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001

Il provvedimento come si è visto deve contenere “le motivazioni che lo ispirano”, con tale espressione si deve intendere che esse devono dare ragione della diversa natura del provvedimento. Altro è infatti che la motivazione sia quella dell'affidamento consensuale, ed altro che essa sia di carattere giudiziario. In questo secondo caso infatti il provvedimento deliberativo assume il carattere obbligatorio della esecuzione di un dispositivo giurisdizionale e dunque opportunamente esso dovrà richiamarlo, forse non solo negli estremi di protocollo, ma nella sua estesa parte argomentativa; oltre a ciò esso potrà opportunamente contenere le valutazioni del servizio in merito alle famiglie scelte per i minori dei quali il Tribunale avesse disposto un idoneo collocamento all'esterno della famiglia.

Sembra eccessivo rimarcare che in tal caso non solo non è necessario, ma è addirittura da escludersi il tentativo di aggiungere un qualsiasi atto di consenso della famiglia naturale all'affidamento, mentre permane l'obbligo di sentire il minore che ha compiuto i dodici anni e tendenzialmente anche prima se ciò è ritenuto opportuno. Se per un complesso di motivazioni tecniche e deontologiche il servizio ritiene che questa esperienza dell'allontanamento del minore dalla famiglia, anche se per un affidamento, possa rappresentare una opportunità per attuare un nuovo aggancio con la famiglia del minore, ciò deve essere distinto dalla esecuzione del provvedimento di affidamento del minore che, come si è detto, è un provvedimento in cui prevale il carattere protettivo e le cui modalità stanno nella esecuzione del decreto giurisdizionale.

Diversamente se l'affidamento è consensuale allora la parte relativa alle motivazioni conterrà la ricapitolazione del progetto di intervento a cui la famiglia naturale ha dato consenso e che tra l'altro prevede l'affidamento del minore. Sempre nelle motivazioni all'affidamento deve essere precisata anche la scelta della famiglia che accoglie il minore.

Questo provvedimento, che come è necessario avrà la forma di una delibera sarà legittimato ad avere il necessario potere regolamentare che non incida in nulla i diritti di tutti i soggetti coinvolti, ma ne regola i rapporti dando significato formale e con carattere di reciprocità ad un impegno ad un cammino in cui diverse sono le risorse che si attivano, la volontà della famiglia, la disponibilità di chi accoglie, il coinvolgimento del minore, la professionalità del sistema dei servizi che monitora la attività di recupero e fissa i regolari rapporti tra tutti i soggetti coinvolti.

Essendo il provvedimento che regola l'affidamento consensuale un provvedimento della Pubblica Amministrazione esso non può in alcun modo incidere su diritti personali ed ecco la natura diversa che si ha a seconda che il provvedimento abbia per sua fonte il consenso ovvero il decreto del giudice. Nell'un caso solo la legge potrebbe predefinire obblighi o limitazioni nel secondo caso invece sarà il giudice che ne definirà i contenuti limitando se del caso i poteri dei genitori o attribuendo agli affidatari

dei compiti specifici.

In tal senso anche la famiglia affidataria acquista nuovo ruolo e viene finalmente valorizzare come attiva parte del progetto intero

5.2. L'audizione del minore

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001, art.12 Conv int. l.176/1991

Bibliografia: Vercellone 2002 – Campanato 2005 – Dell'Antonio 2001

La novella del 2001 ha sicuramente ed intenzionalmente evitato di assumere la convenzione europea del 1996 ratificata dall'Italia solo successivamente, quale parametro procedurale e valoriale del rapporto che i servizi incaricati di prendere le decisioni di specie dovevano avere con i minori coinvolti.

La formulazione di legge ordinaria avrebbe infatti consentito comunque al parlamento di attuare delle modifiche procedurali al tema dell'ascolto di un minore in una procedura così coinvolgente e particolarmente complessa nella quale la collaborazione del minore è elemento essenziale ai fini della riuscita del suo stesso collocamento, indipendentemente dal fatto che la convenzione citata fosse stata ratificata o meno. Se necessitava al legislatore una fonte di diritto di ordine superiore per forzare le consolidate prassi burocratiche del nostro ordinamento in materia di ascolto dei minori sarebbe bastato leggere anche di sfuggita l'art.12 della convenzione internazionale di New York del 1989 ratificata dall'Italia nel 1991. Il diritto internazionale dichiara infatti come diritto del minore la possibilità di una corretta informazione nonché la opportunità di una espressione formale di parere, in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo riguardi (su questo si veda Dell'Antonio 2001). Così non è nel caso di specie e ciò non è sicuramente positivo.

“Non si richiede il consenso del minore che va in affidamento: egli deve essere sentito, se maggiore dei dodici anni, o anche di età inferiore, in considerazione della sua capacità di discernimento. L'Audizione sembra misura sufficiente, per valutare le reazioni del ragazzo e tenerne conto per decidere, anche in funzione della scelta di destinazione (quale famiglia, quale comunità):d'altronde, se si tratta di un adolescente, il suo disaccordo si manifesterà o prima o poi con la fuga o almeno con un rigetto psicologico della misura, che inevitabilmente porterà al fallimento della stessa.”

(Vercellone 2002, p. 153)

C'è da chiedersi se in età più piccola le manifestazioni del disaccordo del bambino o della bambina originate da una incomprensione dovuta al fatto che nessuno ha parlato con loro di ciò che sarebbe accaduto e si sono improvvisamente trovati dentro ad una nuova famiglia, si manifestano con la stessa forza di un adolescente o piuttosto non agiscono in modo oscuro ma profondo sulla personalità del minore determinando una ingiustificata sofferenza.

Anche se la norma non esplicita fino in fondo l'obbligo che è sotteso, cioè il coinvolgimento del minore, altri commentatori sottolineano questo essenziale momento come ineludibile e connaturato alla natura stessa del provvedimento che si assume.

“per il minore è prevista l'audizione non necessariamente il consenso, anche se è doveroso tenere conto delle sue aspettative, non solo se dodicenne, ma anche di età inferiore, se in grado di esprimersi. La norma fa espresso riferimento alla dizione capacità di discernimento, mutuandola dalle convenzioni internazionali che prevedono l'ascolto del minore in tutte le situazioni che lo riguardano, senza limiti di età e facendo riferimento a tale capacità. Con la nuova formulazione della norma si deve ritenere che è sempre da considerarsi opportuno l'ascolto del minore perché questo è un suo diritto conclamato in varie convenzioni internazionali. Invece resta alla valutazione degli operatori stabilire la capacità di discernimento del bambino onde dare valore a quanto da questi espresso e trarne utili indicazioni. La stessa regola vale per il Tribunale nel caso dell'affidamento non consensuale. In ogni caso, in sostanza, occorre tenere conto dei bisogni del minore e nessuno può esprimerli meglio dello stesso.”

(Campanato 305)

5.3. La resa esecutiva del giudice tutelare,

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Bibliografia: Ichino Pellizzi, 2002 - Vercellone 2002– Campanato 2005 - Sacchetti 1986 - Battistacci 1989

Il provvedimento così disposto “è reso esecutivo dal Giudice tutelare” competente per

territorio. La questione è assai delicata, sia sotto il profilo giuridico e della correttezza procedurale, che delle conseguenze pratiche. Secondo i più autorevoli commentatori, (sacchetti, vercellone) per altro critici sulla opportunità dell' intervento del giudice tutelare in un provvedimento disposto da enti autonomi già sottoposti a controlli amministrativi e di legittimità, al giudice spetta solo un sindacato di legittimità, non già di merito, in quanto l' ente locale è libero, nella sua discrezionalità, di adottare i provvedimenti opportuni nell' interesse del minore definendo il progetto di affido, scegliendo la famiglia affidataria ritenuta idonea etc.

“Se questo è vero, il giudice tutelare dovrà controllare che il provvedimento esista e sia stato emesso da chi è deputato ad emetterlo, che vi sia il consenso del genitore o del tutore prestato all' ente locale, che il minore sia stato sentito, che siano stati indicati durata e modalità dell' affidamento, che non risulti immediatamente, sulla base di altri atti, sussistere uno stato di abbandono del minore, cioè una privazione di assistenza materiale e morale tale da legittimare l'apertura di un procedimento di adottabilità.”(Battistacci 312,1989)

In realtà vi è chi sostiene che il giudice tutelare dovrebbe estendere l'esame al merito del provvedimento soprattutto alla valutazione dell'esistenza della condizioni per l'affido: temporaneità delle difficoltà, progetto, consenso etc.

“anche la giurisprudenza è divisa, essendovi chi si attesta sul puro dovere di controllo di legittimità e chi sostiene che il giudice debba entrare nel merito, possa svolgere indagini e richiedere informazioni e, se ritiene che l'affidamento non sia un mezzo idoneo, segnalare al tribunale per i minorenni lo stato di abbandono”

(Campanato 307)

Comunque descritto l'atto del giudice tutelare deve considerarsi come un “atto di garanzia giudiziaria di tipo omologatorio centrato sull'interesse del minore (...) Nel provvedimento di affido, infatti, sono coinvolti due interessi: uno pubblico, all'azione assistenziale, uno privato, del minore, che ha diritto ad essere educato nella propria famiglia”(sacchetti). Mentre l'atto amministrativo dell'ente locale soddisfa il primo interesse, non assorbe il diritto personalissimo del minore a tutela del quale è dunque chiamato il giudice. Questo giustifica il ruolo che, anche e soprattutto, successivamente all'avvio dell'affido, il giudice mantiene quale controllore e garante della correttezza dell'esperienza e della congruità delle sue forme all'interesse del minore, nonché il potere che gli spetta in merito all'attribuzione alla famiglia affidataria degli assegni familiari e di altre previdenze. Se la dottrina ne discute, l'esperienza mostra che si tratta di una prassi attualmente quasi del tutto inesistente sul territorio, forse anche a causa della sottovalutazione della norma da parte di molti giudici tutelari i quali si limitano ad una sorta di registrazione burocratica dell'atto stesso.

Le conseguenze pratiche di questo atto in realtà sono assai evidenti in quanto, in carenza del decreto del giudice tutelare, l'atto di affidamento potrebbe considerarsi imperfetto. La norma prevede che sia il giudice tutelare che rendendo esecutivo l'atto con cui l'ente locale dispone un affidamento familiare consensuale, ciò non significa che consente all'amministrazione di dare corso all' affido e di erogare le prestazioni economiche e di servizio correlate. Se così fosse sarebbe necessario attendere l'atto del giudice tutelare per attuare fattivamente il collocamento del minore, cosa questa che renderebbe spesso impraticabile il progetto stesso di fatto i tempi delle carte seguono e di lunghi periodi l'ingresso del minore in famiglia. Se come, appare evidente dalla prevalenza dei commenti, il controllo del giudice tutelare, sia esso solo formale o di merito, ha una funzione di perfezionamento dell'atto esso non necessariamente deve essere previo all'attuazione dello stesso. Se diversamente invece il giudice tutelare non rendesse esecutivo il provvedimento allora dovendosi ricorrere al Tribunale per i minorenni cesserebbe l'affido o comunque sarebbe necessario un atto d'urgenza per definire la corretta posizione del minore e dei servizi rispetto alla famiglia. Il perfezionamento dell'atto con la resa esecutività del provvedimento da parte del giudice tutelare ha anche lo scopo di meglio tutelare la stessa famiglia affidataria in relazione agli aspetti giuridici dell'ingresso del minore in famiglia. Tale atto infatti le conferisce la titolarità piena dei diritti previsti dalla normativa all'art 5 oltre a quelli in campo fiscale e assistenziale: permessi malattia, assegni familiari, detraibilità del figlio a carico, etc.

“Il giudice, se del caso ed anche in relazione alla durata dell'affidamento, può disporre che gli assegni familiari e le prestazioni previdenziali relative al minore siano erogati temporaneamente in favore dell'affidatario. 2. le disposizioni di cui all'art 12 del testo unico delle imposte sui redditi (...) si applicano anche agli affidatari di cui al comma 1. 3. alle persone affidatarie si estendono tutti i benefici in tema di astensione obbligatoria e facoltativa dal lavoro, i permessi di malattia, riposi giornali, previsti per i genitori biologici. 4. Le regioni determinano le condizioni e modalità di sostegno alle famiglie, persone e comunità di tipo familiare che hanno minori in affidamento, affinché tale affidamento si possa fondare sulla disponibilità e l'idoneità all'accoglienza indipendentemente dalle condizioni economiche.”

(L.184/83 art.80)

I dati che risultano dalle ricerche in tema rivelano in realtà che è relativamente poco diffusa la effettiva attuazione provvidenze riconosciute agli affidatari e ciò è dovuto da un lato alla debolezza delle famiglie nella relazione con i servizi, ma anche all'inerzia dei giudici ed alla vaghezza delle norme.

“Altro dato molto inquietante rilevato dalla ricerca, ma non dal legislatore, è quello del contributo economico assegnato agli affidatari dalle singole amministrazioni locali. Al riguardo emerge, secondo la ricerca, che il 36% degli affidi intrafamiliari (cioè a nonni, zii, ecc.) e il 16% degli eterofamiliari non può contare su alcun contributo mensile. Questa assurda situazione, la quale presuppone che gli affidatari siano o della gente molto abbiente, oppure degli eroi, non tocca minimamente la flemma del legislatore della legge 149/01, che al riguardo, in più riprese, si limita a ripetere (art.5, comma 4) che «lo Stato, le Regioni, gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci, intervengono con misure di sostegno e di aiuto economico in favore della famiglia affidataria». Espressione più vaga e meno impegnativa di così davvero il legislatore non poteva trovare. Anche la famiglia affidataria, dunque, ha dei bisogni...”

Francesca Ichino Pellizzi, 2002

Per questi motivi è importante che il decreto del giudice tutelare all'interno del quale dovrebbero essere riassunti, ricapitolandoli, tutti gli atti precedenti e concorrenti nella definizione corretta del provvedimento, sia consegnato alle famiglie.

5.4 La famiglia affidataria

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Bibliografia: Ichino Pellizzi, 2002 – Campanato 2005 – Dogliotti 2003 – Milanese 1999 - Moro

2002

1. L'affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall'autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 316 del codice civile. In ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. L'affidatario deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato

(art. 5 L. 184/83),

Accogliendo presso la propria casa un minore in affido la famiglia affidataria si fa carico di ogni onere umano ed economico che è proprio di un qualsiasi genitore; ha l'obbligo di fornire al minore l'alloggio, il mantenimento, la cura e l'assistenza, l'educazione e l'istruzione, come per un figlio proprio; inoltre ha l'obbligo di agevolare i rapporti del minore con la famiglia di origine onde favorirvi il rientro tenendo conto di quanto disposto nel progetto di affido preparati dal Servizio Sociale o nelle prescrizioni del Tribunale per i minorenni. La famiglia affidataria deve inoltre assicurare un'attenta osservazione dell'evoluzione del minore in affido con particolare riguardo alle condizioni psicofisiche ed intellettive, alla socializzazione ed ai rapporti con la famiglia d'origine, nonché la massima discrezione circa la situazione del minore in affido e la sua famiglia d'origine.

Si tratta dunque di obblighi che l'affidatario contrae nei confronti del minore e del servizio che deve vigilare sull'adempimento del progetto stabilito, non di obblighi verso la famiglia naturale. Nel caso di affidamento consensuale i genitori del minore mantengono intatti i loro obblighi verso il figlio, tant'è che se li trascurassero potrebbero incorrere in provvedimenti costringenti della loro potestà. Mantenendo intatti gli obblighi essi mantengono a maggiore ragione i diritti sul minore soprattutto per quanto concerne scelte educative fondamentali, quali l'indirizzo di studi, la scelta religiosa, e via dicendo.

Ciò significa che l'affidatario avrà cura di mantenere verso il genitore dell'affidato un costante rapporto che consenta di rinnovare nei fatti il consenso inizialmente prestato; non già che il genitore possa obbligare l'affidatario o interferire nei confronti del minore sulle direttive educative date dall'affidatario. Nei casi in cui vi sia un conflitto tra le due famiglie il legislatore ha previsto che si ricorra al giudice ai sensi dell'art. 316 c.c., opzione questa contestata da molti per il fatto che la scelta dell'affidamento potrebbe in realtà cessare con il contrasto in quanto da esso potrebbe originarsi la cessazione del consenso. (Moro 2002, pag 156 ss)

E' assai importante chiarire, prima ancora di conoscere fino in fondo motivazioni e problemi della famiglia affidataria, quale sia la posizione giuridica che l'affidatario assume. Secondo alcuni, infatti, l'affidatario diviene, in seguito al decreto del giudice tutelare, un esercente un pubblico servizio, il che lo obbligherebbe alle prestazioni, cui ha inizialmente aderito volontariamente, anche qualora egli, successivamente, non intendesse proseguire nell'esperienza, quasi in forza di una "coatta partecipazione alla funzione". Si tratta di una impostazione che vorrebbe l'affidamento un istituto tutto pubblicistico.

"Con maggiore attenzione alla realtà ed in considerazione del fatto che l'affidatario è un libero cittadino, e che nessuno può essere obbligato ad una prestazione personale o patrimoniale se non in forza della legge (art. 23 della Costituzione), si deve osservare che l'affidamento familiare, pure quando reso possibile da un provvedimento autoritativo del Tribunale per i minorenni, non può vivere che sul piano di una permanente e convinta adesione dell'affidatario. La sua essenza assistenziale è coniugata al volontarismo. Perciò il consenso in questo rapporto, (...) che non è di natura contrattuale avendo causa assistenziale e non patrimoniale, è imprescindibile anche nel momento funzionale. Non essendo un contratto (né di diritto privato, né di diritto pubblico) l'affidamento familiare non lega l'affidatario, che si obbliga in virtù di una unilaterale e revocabile manifestazione di volontà. Il che non significa scioglierlo dal dovere di adempiere la sua obbligazione con "la diligenza del buon padre di famiglia" (art. 1176 c.c.), immagine esemplificativa quanto mai calzante"

(Sacchetti 1986 pag 83)

Coloro che intendono rendersi disponibile per un affidamento eterofamiliare deve rivolgersi al servizio sociale del proprio comune o, ove esista, al servizio minori dell'ambito socio-assistenziale cui il proprio comune appartiene. La novella del 2001 ha precisato che

1. Il minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo, nonostante gli interventi di sostegno e aiuto disposti ai sensi dell'articolo 1, è affidato ad una famiglia, preferibilmente con figli minori, o ad una persona singola, in grado di assicurarli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno

L.184_/83 art.2 comma 1

dunque non necessariamente l'affidatario è una famiglia e ciò perché la funzione essenziale dell'affido non è quella di offrire una famiglia sostitutiva ed una definitiva e stabile nuova relazione genitoriale, ma mettere a disposizione una risorsa di accoglienza in un momento difficile della vita di un minore e della sua famiglia.

La scelta dell'affidatario spetta al servizio sociale al quale la legge non ha fissato molti criteri di scelta se non quello che si può desumere dall' art. 80 della 184/83, allorché si prevede che le Regioni debbano definire servizi e modalità di sostegno alla famiglia affidataria anche di tipo economico in modo che l'affidamento "si possa fondare sulla disponibilità e l'idoneità all' accoglienza indipendentemente dalle condizioni economiche". Non sono previste, a differenza che per l' adozione, particolari procedure per la selezione, e questo, da un lato lascia margini assai ampi al servizio sulla scelta della famiglia, dall' altro rende decisamente soggettivo ed alle volte arbitrario tutto il percorso.

"La selezione dunque è indispensabile premessa al buon esito dell' affidamento, e deve verificare che esistano nella famiglia delle condizioni idonee all'accoglienza, ponendo dunque peculiare attenzione alle motivazioni che conducono la famiglia all' affido ed in particolare che:

- non pensino all' affido come ad una forma indiretta di adozione;
- abbiano presente il ruolo di servizio verso il minore che implica anche il sacrificio di una propria compensazione semi-genitoriale;
- sappiano accettare assieme al bambino le relazioni con la sua famiglia e dunque con un mondo assai distante dal proprio per valori e comportamenti;
- non sovraccarichino l' affidamento di attese eccessive in ordine al cambiamento del bambino, che, se avviene, è molto lento e nascosto;
- accettino un itinerario formativo, o la partecipazione a gruppi di auto-aiuto ove confrontare la propria esperienza familiare con altre che vivono situazioni simili.
- abbiano ben presenti gli obiettivi del rientro del bambino nella sua famiglia.
- non vi siano manifesti disturbi di personalità in alcuno dei componenti il nucleo.
- non vi siano forti resistenze e disparità di vedute sull' affidamento tra i componenti del nucleo."

(Milanese,1999 pag)

La selezione non è ancora l' abbinamento; individuata una famiglia come possibile risorsa affidataria, si deve valutare se essa sia idonea, oltre che disponibile, di fronte al caso concreto. E' in situazione che la famiglia dimostra la sua capacità di empatia verso il bambino, la disponibilità verso di

lui e la sua storia senza giudizio sulla famiglia di origine, la eventuale rigidità educativa, e via dicendo.

Per valutare correttamente questi aspetti della relazione che si instaura tra il minore e la famiglia è necessario guidare l'approccio, consentendo, per quanto compatibile con il progetto complessivo dell'affido, una gradualità nella reciproca conoscenza e nell'avvio della convivenza.

2. Il servizio sociale, nell'ambito delle proprie competenze, su disposizione del giudice ovvero secondo le necessità del caso, svolge opera di sostegno educativo e psicologico, agevola i rapporti con la famiglia di provenienza ed il rientro nella stessa del minore secondo le modalità più idonee, avvalendosi anche delle competenze professionali delle altre strutture del territorio e dell'opera delle associazioni familiari eventualmente indicate dagli affidatari.

(l.184_/83 art.5 comma 2)

Conviene sia alla famiglia che al servizio che questioni così delicate come le relazioni tra le famiglie e all'interno della famiglia affidataria siano da subito correttamente impostate al fine di non commettere errori che possono avere conseguenze assai pesanti sulla convivenza del minore nella famiglia affidataria. In questo periodo alla famiglia devono essere offerti tutti gli elementi di conoscenza del minore e del nucleo, ossia le storie personali e familiari, le eventuali patologie, i problemi sociali, le risorse attivabili, i percorsi già falliti etc.

Alle volte da parte dei servizi vi è una certa ritrosia a fornire un quadro completo della situazione del minore, per il timore che ciò vizi o comprometta la relazione all'interno della famiglia affidataria. Viceversa queste informazioni, se correttamente offerte, aiutano molto la coppia affidataria a gestire il complesso mondo di relazioni in cui si trova il minore, e con cui essa dovrà fare i conti.

“il passaggio di informazioni è un fattore determinante nel costruire una relazione di fiducia tra operatori e affidatari: questi ultimi, se resi partecipi del progetto complessivo, si sentono considerati meno come “risorse” e più come collaboratori, corresponsabili nella gestione del percorso. (...) Sono errori da non ripetere: una mentalità nuova va acquisita soprattutto dai servizi sociali che devono accettare questa difficoltà: cioè prendere coscienza dell'ambivalenza intrinseca dell'affido e degli affidatari, che sono sì degli utenti del servizio perché hanno bisogno di molti aiuti, ma sono soprattutto dei **collaboratori** i quali strada facendo acquisiscono una **professionalità** e che vanno trattati col rispetto dovuto a dei colleghi e non come degli incompetenti.”

Francesca Ichino Pellizzi, 2002, p.10)

La famiglia affidataria ha diritto all'informazione più ampia possibile sul minore, nonché di partecipare alla verifica periodica dell'affidamento, collaborando con tutti i servizi che hanno in carico il minore o la famiglia per definire progressivamente le mete del progetto di affido.

“Gli affidatari, in particolare, erano sì festeggiati e ringraziati, ma considerati come puri strumenti che dovevano tacere, obbedire, non sapere tutto del caso e non comparire possibilmente mai davanti al Giudice (parlo dei primissimi tempi). Gente senza diritti e con molti doveri di cui veniva continuamente portata alle stelle l'oblatività, nel costante timore che potessero avvicinarsi all'affido per interesse. A più di vent'anni da allora colpisce il confronto fra le mie sensazioni di allora e i risultati quasi identici di una ricerca della Provincia e del Comune di Torino, affiancati dall'ANFAA, risultati pubblicati nel dicembre 2000, quindi recentissimi, nel bel libro del sociologo Franco Garelli che individua nella disinformazione degli affidatari una delle maggiori cause di disamore da parte delle famiglie disponibili. Dice Garelli: «Nel caso dell'intervento del tribunale, la maggioranza delle famiglie intervistate dichiara che mai o solo in casi eccezionali, ha rapporti con il giudice: sembra quasi che gli affidatari, nella realizzazione dell'affido, siano considerati sì operatori sociali volontari, ma non interlocutori né collaboratori da convocare e consultare con una certa regolarità».”

(Francesca Ichino Pellizzi, 2002, p.12)

Secondo il novellato art.5 della legge 184/83 la famiglia affidataria deve essere sentita dal giudice per tutti gli atti che riguardano il minore affidato. Alla famiglia affidataria, nel proprio decreto, il giudice tutelare può riconoscere il diritto a beneficiare degli assegni familiari e delle altre prestazioni previdenziali relative al minore. Inoltre spettano tutti i diritti dell'astensione obbligatoria dal lavoro per le lavoratrici madri (estesa alla opzione di parità fra genitori), e relativo trattamento economico e la detrazione d'imposta sui redditi delle persone fisiche. Nell'affidamento a tempo pieno il minore viene iscritto nel proprio stato di famiglia dalla famiglia affidataria, che lo richiederà all'ufficio anagrafe del proprio comune, presentando una copia del decreto del giudice tutelare, ovvero una certificazione da parte dell'amministrazione che ha disposto l'affidamento. Il minore è iscritto come “convivente”.

Con la novella del 2001 si è inoltre chiarito definitivamente che alla famiglia affidataria spettano i compiti ordinari dell'esercizio della potestà relativi alla tutela della salute del minore ed alla sua vita scolastica. Ciò significa che gli affidatari hanno diritto di accesso alle informazioni sanitarie sul minore da parte delle autorità preposte, possono attuare le cure ordinarie, sottoporre il minore ad analisi diagnostiche, ma non possono fornire il consenso necessario per atti straordinari di carattere sanitario, come quelli relativi ad interventi chirurgici, trattamenti o esami particolarmente invasivi. Nei confronti delle autorità scolastiche la famiglia affidataria può acquisire le informazioni sull'andamento del minore partecipare alle attività della scuola come genitore esprimendo l'elettorato attivo e passivo in rappresentanza dello stesso e negli organi collegiali.

“Ma la novità vera e più importante è quella contenuta nel seguito dell'art. 5, laddove si dice che «l'affidatario deve essere sentito nei provvedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adottabilità, relativi al minore affidato». Questa obbligatoria presenza in tribunale degli affidatari, considerata in un recente passato disdicevole e scorretta, sempre per la presunta ambiguità dell'*animus* dell'affidatario, del cui totale disinteresse si dubitava, viene oggi accettata, anzi richiesta, per la vera difesa dell'interesse del minore. È un grosso riconoscimento che eleva il livello di importanza e di qualità degli affidatari nel concetto dei servizi sociali e di tutti.”

(Francesca Ichino Pellizzi, 2002, p.14)

5.4.1 L'accesso alle provvidenze di legge.-

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, art. 80

I diritti di cui la famiglia affidataria è titolare non dipendono dalla natura del provvedimento di affido. Dall'articolato infatti non si può desumere una diversa titolarità di diritti dell'affidatario a seconda che l'affido sia disposto dal servizio sociale locale, ovvero sia disposto dal tribunale per i minorenni. L'unico elemento che fa pensare ad una diversa modalità di esercizio della potestà è relativo alla previsione che ai genitori naturali sia stata sospesa la potestà sui figli. Ciò che nella forma è identico, però nella pratica è spesso di difficile realizzazione. Come si è già avuto modo di sottolineare troppo spesso il Tribunale non emette un provvedimento che determini la indicazione della famiglia affidataria e stabilisca il collocamento, le sue modalità e preveda nei suoi dispositivi tutti necessari elementi costitutivi del provvedimento riferiti al combinato disposto degli art. 4 e 80 della legge in esame; più frequentemente affida nei suoi provvedimenti il minore all'Ente Locale per idoneo collocamento in famiglia affidataria. Al servizio il compito di individuare la famiglia affidataria valutarla idonea e attuare l'affido; se ciò è positivamente apprezzato dai servizi che sentono rispettata l'autonomia professionale dell'operatore ha delle conseguenze pratiche sulle famiglie non altrettanto felici.

L'ente locale come abbiamo detto provvederà a seguito del decreto del tribunale per i minorenni ad emettere un provvedimento che colloca effettivamente il minore in quella famiglia, ma non potrà sostituirsi al giudice nella definizione di quegli aspetti di natura amministrativa che sono previsti nell'art. 80 l.184/83 che però dettano il diritto di accesso a provvidenza di pertinenza non già regionale, ma statale.

Nell'art.80 tale compito è attribuito in modo volutamente generico al giudice, proprio perché esso può essere tanto il giudice tutelare che rende esecutivo il provvedimento dei servizi, quanto il giudice minorile che dispone l'affido ai sensi dell'artt 330 o 333 c.c.. L'esperienza ci dice che quasi mai il tribunale affida direttamente alla famiglia il minore, ma che il più delle volte tale intervento si attua a seguito di un affidamento all'ente locale. All'evidenza dell'esperienza che ho maturato nell'ufficio di Pubblico tutore dei minori della regione Friuli Venezia Giulia vi sono molti casi di conflitto tra famiglie e servizi dettate proprio dalla impossibilità delle famiglie di avere accesso ai benefici di legge che solo il giudice può determinare in capi agli affidatari. Abbiamo così situazioni paradossali di genitori che si vedono sospesa la potestà genitoriale, che hanno i figli in affidamento, ma che continuano a percepire gli assegni familiari per il minore, che lo mantengono nella certificazione di residenza come con essi convivente solo perché l'ufficiale dell'anagrafe non intende assumersi la responsabilità di variare la residenza del minore in assenza di un disposto del giudice. La famiglia naturale dunque può contare il minore appartenente al proprio nucleo anche in relazione ai parametri di reddito equivalente (i

cosiddetti ISEE) da cui aver accesso a contributi o detrazioni fiscali. Tutto ciò mentre la famiglia affidataria che ha effettivamente l'onere quotidiano della gestione educativa, ma anche economica ed organizzativa di un figlio in più, non può accedere a questi medesimi benefici.

Se i tribunali all'atto di affidare all'ente locale per l'idoneo collocamento disponessero che il comune al momento di definire l'affido ha l'obbligo di emanare un provvedimento che riconosce alla famiglia i benefici in oggetto, sarebbe forse completo questo passaggio di competenze, e potrebbe bastare un atto dell'ente locale ben più articolato di quelli attualmente circolanti, ma sicuramente più capace di garantire tutti i diritti in gioco. Del pari è opportuno che il servizio disponendo l'affido consensuale e chiedendo al giudice l'atto di resa esecutività richieda al giudice stesso di comprendere nel proprio decreto il diritto per l'affidatario di godere delle provvidenze previste all'art.80 della legge in oggetto.

5.5. Conclusione dell'affido

Legislazione: L.184 del 4 maggio 1983, l. 149 del 28 marzo 2001,

Bibliografia: Moro 2002 – vercellone 2002

L'affido si può concludere in diversi modi e ciò a seconda degli esiti che il progetto ha avuto, e alla coerenza dei comportamenti che i soggetti coinvolti sono stati capaci di mantenere.

“la cessazione può avere luogo in diversi casi:

- a) può aver luogo quando sia venuta meno la situazione di difficoltà temporanea della famiglia; è questa la fine auspicata del rapporto di affidamento.
- b) la prosecuzione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore. La formula è ampia. Può riferirsi a un fallimento del rapporto di affidamento per il venir meno di una accettabile armonia di rapporto tra l'affidatario e il minore o per il rifiuto insuperabile di quest'ultimo a proseguire, o per l'altrettanto insuperabile venir meno della disponibilità degli affidatari. Ma pregiudizio al minore può anche essere recato dalla prosecuzione dell'affidamento quando la situazione familiare si è tanto deteriorata da rendere indispensabile l'apertura di un procedimento per la dichiarazione dello stato di adattabilità. Ovviamente sarà questione da risolvere caso per caso, come si è visto, se davvero andare verso un'adozione o piuttosto verso un affidamento a tempo indeterminato.
- c) Può aver luogo perché è scaduto il termine previsto e comunque quello dei ventiquattro mesi. In tal caso il tribunale per i minorenni può prendere altri provvedimenti, tra i quali la proroga: direttamente e autonomamente se era un affidamento giudiziario o su richiesta del giudice tutelare a norma del comma 6 dell'art.5 se era un affidamento consensuale.”

(Vercellone 2002p.172)

In primo luogo l'affido si conclude nella sua forma naturale e positiva con il rientro del minore nella sua famiglia naturale quando sono venute meno le condizioni di disagio o preoccupazione che hanno determinato l'affido stesso. Come ho avuto modo diffusamente di esprimere poco sopra, è ben evidente che un progetto di sostegno e recupero delle capacità genitoriali può avere bisogno di un tempo più lungo dei ventiquattro mesi previsti, ma in questo tempo ritengo sia possibile mettere in atto progetti di sostegno e recupero che riescano ad attivare risorse positive della famiglia ed iniziare un percorso virtuoso. La modificazione della famiglia e la sua coerente adesione ad un progetto di recupero è una condizione plausibilmente sufficiente per il reinserimento del minore nella famiglia di origine e, coerentemente, integra la previsione normativa sulla conclusione naturale dell'affido.

L'affido però essendo un provvedimento cessa con un provvedimento emanato dalla stessa autorità che lo ha disposto, dunque dal Tribunale per i minorenni se si tratta di collocamento in affido del minore ovvero da parte del servizio sociale locale. Al giudice tutelare verrà in tal caso solo data una comunicazione formale(cfr. Moro 2002, p.201) È opportuno considerare che la fine di questo provvedimento non corrisponde alla archiviazione di una pratica amministrativa, se non appunto per il giudice tutelare. In realtà i soggetti che hanno per due anni attivato una relazione così intensa, siano operatori del servizio, affidatari, genitori e lo stesso minore, non possono all'improvviso concludere al loro esperienza con un taglio netto alle relazioni che si sono instaurate. Sarà dunque opportuno che il servizio nell'emettere il provvedimento di conclusione dell'affido definisca le modalità di un graduale e progressivo rientro del minore in famiglia cui corrisponderà successivamente un tempo in cui anche il

distacco dagli affidatari sia regolato attraverso dei incontri, programmati che offrano la possibilità di una rielaborazione dei vissuti e l'avvio eventuale di una relazione spontanea di vicinanza.

Ovviamente l'affido può anche essere revocato anticipatamente a motivo che il suo prosieguo comporterebbe pregiudizio per il minore così come l'affido può essere prorogato, ma solo dal Tribunale ed in considerazione della medesima protezione del minore da un eventuale pregiudizio cui sarebbe esposto rientrando nella famiglia.

La prima ipotesi è legata al fallimento della accoglienza, dovuto a limiti o incapacità degli affidatari ovvero ad eccessive interferenze della famiglia naturale o a motivate richieste del minore che non intende stare lontano dai suoi genitori, e via dicendo. Ci sono moltissimi motivi che possono indurre i servizi a concludere anticipatamente l'esperienza dell'affido, e purtroppo alle volte ciò denota il fallimento del progetto stesso, altre volte invece nasce dalla constatata impossibilità a proseguirlo perché sono mutate alcune delle sue condizioni essenziali.

Nella seconda ipotesi invece quando l'affido venga prorogato siamo di fronte ad una diversa valutazione del fallimento. Il servizio infatti può decidere di ricorrere al tribunale per ottenere una proroga dell'affido in quanto la famiglia naturale non è sufficientemente mutata in quegli aspetti che hanno determinato l'avvio del progetto stesso. Anzi possono aver interrotto il percorso terapeutico, possono aver radicalmente mutato condizione, vi può essere in corso una separazione, vi possono essere degli elementi nuovi emersi dalla separazione tra genitori e figli che hanno consentito a questi di denunciare atti o comportamenti meritevoli di essere segnalati alla magistratura, e via dicendo. Si tratta cioè di quegli elementi nuovi e rilevanti che il servizio ha l'obbligo di segnalare ai sensi dell'art. 4, e che costituiscono la base per una evoluzione della situazione in qualsiasi direzione ciò possa indirizzarsi.

L'affidamento è infatti un provvedimento complesso, che si costituisce come temporaneo, non solo perché limitato nel tempo e cioè reversibile, ma anche perché necessariamente caratterizzato dalla sua dimensione evolutiva. Il provvedimento che si realizza nell'affido è infatti l'esito di un progetto che determina una evoluzione nella condizione di tutti i soggetti che ne sono coinvolti e perciò la sua stessa conclusione scaturisce dalla dinamica dello sviluppo del progetto e può determinare l'avvio di una nuova fase nella vita di relazione del nucleo.