

## LA TUTELA DEL MINORE ADOTTATO ALL'ESTERO NELLA FASE DI AVVIO DELLA RELAZIONE ADOTTIVA

di Alessandra Conserva  
dott.ssa in legge

### **Applicazione della legge italiana al minore entrato in Italia sulla base di un provvedimento straniero di adozione o di affidamento a scopo di adozione**

L'articolo 34, 1° comma della legge 184/83 prevede che il minore straniero che abbia fatto ingresso nel territorio dello Stato italiano sulla base di un provvedimento di adozione o di affidamento a scopo di adozione sia titolare, sin dal momento del suo ingresso, di tutti i diritti attribuiti al minore italiano in affidamento familiare e possa quindi godere subito di quei diritti essenziali che non possono attendere la conclusione della procedura adottiva per essere riconosciuti, oltre che di quei benefici e di quelle agevolazioni previsti dalla legge (art. 80 della medesima legge<sup>1 2</sup>).

La norma in questione, quindi, disattendendo il principio ex art. 23, 1° comma della Convenzione dell'Aja in materia riconoscimento di pieno diritto dei provvedimenti pronunciati all'interno degli Stati parti, stabilisce che sia adottato sia adottando godano, dal momento del loro inserimento nella famiglia fino al riconoscimento del provvedimento straniero (artt. 35 e 36), dei diritti propri del minore in affidamento familiare e li parifica, quindi, quanto a regime, con conse-

---

<sup>1</sup> *Commento alla legge 31 dicembre 1998, n. 476, in Commentario breve al Codice civile – Leggi complementari*, a cura di ALPA-ZATTI, sub art. 34.

<sup>2</sup> Il d. lgs. 26 marzo 2001, n. 151 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità*) prevede all'art. 27 che il congedo di maternità, previsto per i primi tre mesi successivi all'ingresso del minore in Italia, spetta anche se il minore adottato o affidato abbia superato i sei anni e fino al compimento della maggiore età (a differenza dell'adozione di minore italiano). Si tratta di disposizioni specifiche per l'adozione internazionale. A questa si applicano però, in virtù del 1° comma dell'art. 34, anche le disposizioni dell'art. 80 della legge 184/83, in materia di assegni familiari, prestazioni previdenziali, detrazioni di imposta e benefici per il lavoratore.

guente compressione dei diritti dell'adottato<sup>3</sup>.

Va sottolineato, però, che il richiamo all'istituto dell'affidamento familiare (regolato dagli artt. 2-5 della legge 184/83) non si riferisce allo *status* giuridico del minore (per il quale è già stato pronunciato un provvedimento di adozione o di affidamento sia pur in attesa di riconoscimento), bensì ai benefici che l'affidamento familiare comporta<sup>4</sup>. Dalla lettura sistematica degli articoli 34 e 35 si comprende come ratio del 1° comma dell'art. 34 sia quella di tutelare il minore nei cui confronti sia stato emanato all'estero un provvedimento di adozione o un altro provvedimento qualificabile come affidamento preadottivo, in quella situazione transitoria in cui questi viene a trovarsi prima dell'intervento del giudice minorile<sup>5</sup>.

La legge in questo modo dà riconoscimento giuridico alla posizione dell'adottando la quale, altrimenti, avrebbe un rilievo meramente fattuale in quanto basata sul rapporto personale tra minore e adottanti o affidatari già costituitosi nella sostanza sulla base del provvedimento straniero ma in attesa di un riconoscimento formale da cui solo discenderà l'attribuzione dello *status* giuridico di figlio legittimo o in affidamento con i diritti che ne conseguono<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> B. POLETTI DI TEODORO, *Commento alla legge 184/83*, in *Le nuove leggi civili commentate*, '02, sub art. 34, p. 836.

<sup>4</sup> Il rinvio all'affidamento familiare risulta inappropriato tenuto conto che finalità di questo istituto è il reinserimento del minore nella propria famiglia d'origine. Più corretto sarebbe stato quindi parlare di affidamento preadottivo (M. DOGLIOTTI, *Il Codice Civile, Commentario, Adozione di maggiorenni e minori*, artt. 291, 314, l. 4 maggio 1983, n. 184, diretto da F. D. BUSNELLI, '02, sub art. 34, p. 703; B. POLETTI DI TEODORO, *op. cit.*, p. 837).

<sup>5</sup> L. SACCHETTI, *Il nuovo sistema dell'adozione internazionale*, Rimini, '99, p. 141.

<sup>6</sup> Dal combinato disposto degli artt. 34 e 35 si ricava che la decorrenza degli effetti del provvedimento straniero non è quella della sua emanazione bensì del suo riconoscimento. In tal senso A. C. MORO (*Una grande sfida: la legge sull'adozione internazionale*, in *Adozioni internazionali, Questioni e documenti*, n. 16, a cura dell'Istituto degli Innocenti, Firenze, '01, p. 16) secondo cui spetta al giudice "la decisione terminale attributiva della rilevanza nell'ordinamento giuridico italiano dello *status* di genitore adottivo per gli adulti e di figlio adottivo per il minore" e M. CAVALLO, (*Le procedure per l'adozione del bambino straniero*, in *Adozioni internazionali, Questioni e documenti*, n. 16, a cura dell'Istituto degli Innocenti, Firenze, '01, p. 36), secondo cui nonostante "l'enunciazione di principio della legge nel senso della massima apertura verso il prodotto di un ordinamento giuridico straniero", tale provvedimento non produce alcun effetto nel nostro ordinamento senza l'ordine di trascrizione da parte del Tribunale per i minorenni.

In altri termini, con l'inserimento del minore nella famiglia sulla base del mero provvedimento straniero di affidamento preadottivo o di adozione, si instaura di fatto un rapporto personale – pur se di natura sperimentale nella prima ipotesi – cui sono collegati effetti che anticipano in parte le conseguenze del riconoscimento<sup>7</sup>. I genitori adottivi o affidatari saranno quindi pienamente legittimati e tenuti a svolgere le funzioni di educare, mantenere, istruire e vigilare sulle condizioni di vita del minore<sup>8</sup>; eserciteranno, cioè, i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la scuola e con le autorità sanitarie, ma non ne avranno ancora la titolarità piena. La cura degli interessi personali e patrimoniali del minore e la rappresentanza legale in tutti gli atti civili personali e patrimoniali, di ordinaria e straordinaria amministrazione, spetteranno quindi al tutore nominato dal tribunale per i minorenni, ad eccezione però di quegli atti che costituiscono esercizio di diritti personalissimi del minore (espressione del proprio consenso, delle proprie opinioni e dei propri desideri riguardo all'adozione, in tutti i provvedimenti giurisdizionali o amministrativi che lo riguardano).

Gli effetti ulteriori dell'acquisto della potestà e della tutela in capo ai genitori e dello *status* di figlio legittimo da parte del minore discenderanno poi:

- dal riconoscimento del provvedimento straniero di adozione e
- in caso di affidamento preadottivo, dalla pronuncia di adozione da parte del giudice italiano al termine del periodo di prova, ma anche prima di tale momento (ad esclusione però dell'acquisto dello *status legitimitatis*), per effetto del riconoscimento del provvedimento straniero, se il tribunale – nel potere riconosciutogli dalla legge di fissare

---

Secondo B. POLETTI DI TEODORO, *op. cit.*, p. 836, una lettura della norma nel senso dell'immediata pienezza di effetti del provvedimento straniero dal momento della sua emanazione all'estero è esclusa sia dalla parificazione delle ipotesi di adozione già perfezionata e di affidamento preadottivo quanto all'applicazione del regime dell'affidamento, sia dal principio fondamentale della competenza esclusiva dell'organo giurisdizionale in ordine alla costituzione di uno *status familiare*.

<sup>7</sup> A. TRABUCCHI, voce *Adozione (in generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Torino, '88, p. 24.

<sup>8</sup> Da ciò discende la responsabilità dei genitori per i fatti illeciti del minore. Non potrebbe invece configurarsi una tale responsabilità in capo al tutore in quanto non convivente con il minore (art. 2048 c.c.). M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, sub art. 22, p. 609.

con ordinanza le modalità dell'affidamento preadottivo (art. 22, 6° comma legge 184/83) – decida di attribuire agli affidatari l'intera potestà e non solo la custodia o la guida del minore<sup>9</sup>.

I genitori affidatari o adottanti, dicevamo, saranno responsabili delle scelte in merito all'educazione ed all'istruzione del minore. Essi dovranno adempiere a tale obbligo nel rispetto delle sue capacità, inclinazioni ed aspirazioni. Questo, che è un principio generale dell'ordinamento italiano in materia di potestà dei genitori (art. 147 c.c.), diviene ancor più pregnante nell'adozione internazionale dove la necessità del rispetto della personalità e dell'identità culturale dell'adottando risulta più forte tenuto conto degli effetti che lo sradicamento dal proprio Paese d'origine può comportare per il minore.

La tutela della sua identità culturale e sociale, che all'inizio della procedura di adozione viene garantita da quegli adempimenti finalizzati all'acquisizione di tutte le informazioni utili per la conoscenza del bambino e della sua storia, qui si specifica nell'impegno dei genitori di rispettare e valorizzare quegli elementi della sua personalità e della sua cultura; impegno che rappresenta una circostanza fondamentale per una valutazione in termini positivi dell'inserimento del minore nella famiglia, necessaria ai fini della trascrizione del provvedimento straniero nei registri dello stato civile (art. 35, 6° comma). A questo fine si pone la necessità di un'attività non solo di vigilanza e di controllo ma anche di sostegno ed assistenza al nucleo familiare da parte dei servizi sociali e dell'ente autorizzato a curare la procedura adottiva, attraverso un progetto educativo e relazionale-affettivo, da concordare tra questi ed i genitori, che parta dalla ricostruzione della storia e delle caratteristiche del minore per riallacciare passato e presente in una relazione fondata sul rispetto della sua identità<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Tale ordinanza può impartire prescrizioni dal contenuto più vario e riguardare anche aspetti più minuti della vita quotidiana come ad esempio scuola, visite mediche, vaccinazioni, rapporto con il tutore etc. (M. DOGLIOTTI, *op. cit.*, sub art. 22, p. 608).

<sup>10</sup> Importanti a questo proposito le novità introdotte dall'art. 28 della legge 149/01 sulla conoscenza da parte dell'adottato della propria condizione di figlio adottivo (A. G. MILIOTTI, *L'adozione oggi: un obiettivo raggiungibile*, '03, p. 45).

L'autrice sottolinea come sia buona prassi consegnare ai genitori, al momento dell'arrivo del

Nell'ipotesi in cui la procedura adottiva debba perfezionarsi dopo l'arrivo del minore in Italia, il tribunale per i minorenni riconosce il provvedimento dell'autorità straniera come affidamento preadottivo se non contrario ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori (art. 35, 4° comma), valutati in relazione al superiore interesse dell'adottando. Da tale atto segue l'instaurazione di quel rapporto personale di convivenza da cui discendono, come visto prima, i diritti del minore al mantenimento, all'educazione, all'istruzione ed all'amore nei confronti degli adottanti.

Trascorso il periodo di affidamento preadottivo, il giudice, sentite le parti (coniugi adottanti, minore che abbia compiuto dodici anni ma anche di età inferiore in considerazione della sua capacità di discernimento o ricevuto il consenso dell'adottando che abbia compiuto quattordici anni), il pubblico ministero, il tutore ed i soggetti che abbiano svolto attività di vigilanza o sostegno, pronuncia l'adozione al termine dell'affidamento se l'inserimento nella famiglia ha avuto esito positivo. Ma la tutela del minore nella fase d'avvio della relazione adottiva potrebbe rendere necessaria una proroga del periodo di convivenza sperimentale. Una tale possibilità, non espressamente prevista in materia di adozione internazionale, deve infatti ritenersi ammissibile anche in tale fattispecie, o in via di applicazione analogica o sulla base dell'art. 34, 1° comma della legge 184/83 secondo cui al minore straniero vanno riconosciuti, sin dal momento del suo ingresso in Italia, i medesimi diritti attribuiti al minore italiano in affidamento; tra cui, deve ritenersi, anche quello ad un periodo ulteriore di convivenza necessario nei casi di difficoltà o di incertezza sull'esito della procedura.

Nel caso in cui l'inserimento del minore nella famiglia non corrisponda più al suo interesse, il tribunale – accertata l'esistenza di gravi difficoltà di idonea convivenza ritenute non superabili – revocherà l'affidamento nelle forme e nei modi previsti dall'art. 23 (se necessario anche prima del decorso del termine prestabilito) e potrà intervenire

---

bambino, un questionario per la raccolta di informazioni sulla storia di quest'ultimo, dal primo incontro a tutti gli aspetti salienti della crescita, alle notizie riguardanti lo stato di salute, l'inserimento socio-familiare, le difficoltà incontrate etc.

ai sensi dell'art. 37 bis adottando i provvedimenti più opportuni nell'interesse del minore (allontanandolo dalla famiglia che intendeva adottarlo e provvedendo temporaneamente alla sua cura, ad esempio collocandolo in un ambiente idoneo).

Successivamente quindi, consultata l'autorità competente dello Stato d'origine, provvederà al più presto ad assicurare al minore l'inserimento in un'altra famiglia a scopo di adozione o, se ciò non sia possibile, una soluzione alternativa a lungo termine. Solo in ultima istanza – in ragione della necessità di evitargli il trauma di un ulteriore sradicamento e di un ritorno nella situazione originaria – sarà possibile il rientro del minore nel suo Stato d'origine se ciò risponda al suo interesse.

Dal riconoscimento all'adottando straniero che abbia fatto ingresso nel nostro Stato sulla base di un provvedimento di affidamento o di adozione dei diritti propri del minore italiano in affidamento (*rectius* affidamento preadottivo) discende l'applicabilità dell'art. 25, 4° e 5° comma della legge 184/83 che disciplina gli effetti del verificarsi di alcuni eventi nella coppia successivamente all'affidamento preadottivo.

Secondo tali norme, la morte o l'incapacità di uno dei coniugi verificatisi durante l'affidamento preadottivo non impediscono che il giudice pronunci l'adozione, con effetti nei confronti di entrambi i coniugi, se a seguito di un suo prudente apprezzamento ritenga, nonostante le circostanze sopravvenute, che ciò continui a rispondere all'interesse del minore.

Ricorrendo sempre quest'ultima imprescindibile condizione, anche in caso di separazione dei coniugi<sup>11</sup> successiva all'affidamento potrà essere ugualmente pronunciata l'adozione, anche nei confronti di uno solo di essi pur se la domanda sia stata proposta da entrambi (art. 25, 5° comma). Deve ritenersi che tale fattispecie sia applicabile in via analogica anche in caso di revoca del consenso all'adozione da parte di uno degli adottanti, con la conseguenza che anche in questa ipotesi potrà pronunciarsi l'adozione nei confronti del solo coniuge che non abbia revocato il proprio consenso.

La *ratio* della deroga al principio generale ex art. 6 della legge 184/83

---

<sup>11</sup> Rileva anche la separazione di fatto.

secondo cui l'adozione legittimante è consentita solo a persone unite in matrimonio, risiede nell'evitare che il minore ormai inseritosi positivamente nella famiglia, pur se privata di un membro fondamentale, debba vivere nuovamente il trauma del distacco<sup>12</sup>.

Ci si è posta la questione di quale sia la rilevanza del consenso all'adozione degli adottanti nella procedura adottiva.

Occorre inizialmente osservare che se l'art. 25, 1° comma prevede espressamente la necessità di acquisire il consenso del minore quattordicenne perché si possa pronunciare l'adozione, nulla è detto invece con riguardo ai coniugi affidatari, se non che essi debbano essere sentiti prima dell'emanazione del provvedimento di adozione.

Se una parte della dottrina ritiene che la domanda di adozione sia ritirabile in ogni momento fino al momento della sua pronuncia con il risultato di interrompere la procedura adottiva, altri<sup>13</sup> esprimono seri dubbi sull'efficacia sostanziale alla pronuncia di adozione della revoca del consenso degli adottanti.

Si argomenta in quest'ultimo senso in considerazione degli interessi pubblicistici sottesi al procedimento di adozione e della circostanza che mentre è richiesta una persistente volontà del minore all'adozione, non è invece richiesto un analogo accertamento per i coniugi i quali, ai sensi dell'art. 23 della legge 184/83, non sono legittimati attivi a presentare istanza di revoca del proprio consenso, con la conseguenza che questa non varrà quindi come motivo di estinzione dell'affidamento preadottivo già disposto.

Il legislatore ha posto così un ostacolo ad iniziative precipitose, ritenendo inopportuno riconoscere un diritto di recesso *ad libitum* degli adottanti per non creare una nuova e traumatica situazione di abbandono per il minore anche se questi si fosse perfettamente inserito nella nuova famiglia<sup>14</sup>.

Negare la legittimazione attiva degli adottanti non implica però che si debba escludere ogni profilo di rilevanza al loro mutato atteggiamento

---

<sup>12</sup> A. e M. FINOCCHIARO, *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184), '84, p. 299.

<sup>13</sup> A. e M. FINOCCHIARO, *op. loc. ult. cit.*, p. 297.

<sup>14</sup> C.A. MORO, *L'adozione speciale*, Milano, '76, p. 331.

psicologico, e ciò proprio nell'interesse del minore<sup>15</sup>.

Mantenere l'affidamento nei confronti di chi non voglia più procedere all'adozione, qualunque sia il motivo, può infatti essere foriero di ben più gravi traumi per l'adottando il quale ben si accorge, con la sensibilità che contraddistingue i bambini, di non essere più ben accetto. Un'eventuale pronuncia negativa sulla adozione non dipenderà, quindi, dalla revoca del consenso in quanto tale, bensì come circostanza indicativa del venir meno della concreta ed oggettiva possibilità di continuare un rapporto, perché non sorretto più dal substrato ad esso essenziale di una convivenza armonica e non conflittuale tra il minore e gli affidatari<sup>16</sup>.

In altri termini va esclusa una lettura in termini soggettivistici della norma in questione, data la natura pubblicistica degli interessi coinvolti.

La previsione della necessità di un'istanza da parte del coniuge come conferma della persistente volontà di adottare necessaria per proseguire la procedura, si giustifica in ragione della gravità degli eventi della morte di uno dei coniugi o della loro separazione. Non si riconosce, cioè, all'adottante un *ius poenitendi*, un potere di disposizione degli interessi dell'adottando, ma la legge constata che quel fatto, per la sua entità, viene ad incidere notevolmente sulla situazione familiare e quindi sulla stessa valutazione dell'interesse del minore svolta in precedenza<sup>17</sup>.

Tale istanza, se necessaria, non è tuttavia sufficiente perché si pronunci la adozione. Questa, infatti, sarà sempre condizionata alla valutazione da parte del giudice della rispondenza all'interesse del minore della sua permanenza nel nucleo familiare anche se privato di un suo membro fondamentale.

### **Controllo, assistenza e sostegno del nucleo familiare nella fase di avvio della relazione adottiva**

La necessità di garantire al nucleo familiare appena costituitosi quel-

---

<sup>15</sup> In queste ipotesi, l'ente – constatata tale volontà dei coniugi – dovrebbe interrompere le pratiche adottive (si veda 22, 8° comma e art. 23, comma 1° comma).

<sup>16</sup> M. L. LOI, *Commento alla legge 184/83*, in *Le nuove leggi civili commentate*, '84, p. 107.

<sup>17</sup> A. CONSERVA, *Commento alla legge 149/01*, in *Le nuove leggi civili commentate*, '02, p. 1051.

l'assistenza e quel sostegno da parte dei servizi sociali e dell'ente autorizzato, necessari al fine di una corretta integrazione familiare e sociale del minore nella così delicata fase d'avvio della relazione adottiva che accompagna il mutamento radicale delle sue condizioni di vita e delle sue abitudini, è rimessa, nella legge italiana, ad una richiesta dei genitori (art. 34, 2° comma e 31, 3° comma lett. m). È prevalsa infatti in Parlamento la posizione di chi riteneva inopportuna un'interferenza esterna nell'autonomia educativa dei genitori, già dichiarati idonei all'adozione<sup>18</sup> <sup>19</sup>, sulla posizione di chi, al contrario, riteneva che la considerazione del superiore interesse del minore richiedesse l'obbligatorietà, e non la facoltatività, di tali interventi per far fronte a quelle difficoltà che solo l'inserimento concreto del minore nella famiglia può far emergere<sup>20</sup>. La tutela del minore, prevista dal 2° comma ultima parte dell'art. 34 (così come dall'art. 22, 8° comma in materia di vigilanza del tribunale sul buon andamento dell'inserimento del minore e della convivenza in caso di affidamento preadottivo) laddove si afferma che i servizi sociali e gli enti "in ogni caso" riferiscono al tribunale per i minorenni sull'andamento e sulle difficoltà dell'inserimento per gli opportuni

---

<sup>18</sup> Relazione al disegno di legge proposto il 13 ottobre 1998 dalle Commissioni permanenti di Giustizia e Affari esteri del Senato.

<sup>19</sup> Tra le altre motivazioni a sostegno di tale posizione, la constatazione della disparità di organizzazione ed efficienza nel funzionamento dei servizi sociali in alcune aree del territorio italiano – la cui insufficiente preparazione nel sostegno alla coppia è stata spesso causa del fallimento del rapporto adottivo (COLELLA, *Ruolo della Regione e dei servizi socio-assistenziali e sanitari*, in *Adozioni internazionali*, cit., p. 123) – ha reso necessario un intervento del legislatore per la realizzazione di una ristrutturazione dei servizi socio-assistenziali da integrarsi con quelli sanitari.

La legge-quadro 328/00 ("per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali") segna un'inversione nel ruolo dei servizi sociali da una posizione di subordinazione ad una di autonomia nell'adozione di misure di sostegno rispetto all'autorità giurisdizionale (G. DOSI, *Giustizia e servizi sociali: dalla subordinazione alla rispettiva autonomia*. Intervento al convegno nazionale dell'A.I.A.F., Firenze 23-24 marzo 2001).

<sup>20</sup> La legge italiana in questo modo dà attuazione solo parziale alla Convenzione dell'Aja la quale all'art. 9, lett. c) prevede l'assistenza al nucleo familiare anche nella fase successiva all'adozione. Non si comprende perché il legislatore abbia riconosciuto la necessità di un'opera di sostegno dei servizi sociali alla famiglia adottiva nell'adozione nazionale durante il periodo di affidamento preadottivo ed invece si sia ritenuta lesiva della libertà dell'adulto una previsione simile nelle ipotesi più complesse di adozione internazionale (A. C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, '02, p. 249).

provvedimenti, sembrerebbe poi smentita dalla subordinazione di tale intervento alla discrezionalità dei coniugi<sup>21</sup>. Ma tale contraddizione può essere sanata se teniamo conto di alcune considerazioni. Occorre distinguere, infatti, tra attività di assistenza e sostegno morale e psicologico, facoltativa ai sensi del 2° comma della norma in esame, ed attività di controllo, al contrario, obbligatoria sulla base delle disposizioni succitate, in quanto finalizzata alla emanazione da parte del tribunale per i minorenni dei provvedimenti necessari (a seconda dei casi, di trascrizione del provvedimento straniero di adozione; di pronuncia di adozione a seguito dell'esito positivo dell'affidamento preadottivo o in caso contrario di revoca dello stesso)<sup>22</sup>. La norma, quindi, preve-

---

<sup>21</sup> Deve notarsi l'illogicità della norma che, da una parte, prevede la facoltatività di tale assistenza e dall'altra fissa un periodo minimo di un anno. Più logico sarebbe stato prevedere un periodo variabile secondo le esigenze del caso concreto.

<sup>22</sup> La previsione di un controllo sull'andamento dell'inserimento nella nuova famiglia, previsto nell'art. 34 ai fini di una corretta integrazione familiare e sociale del minore, si estende anche nei confronti di quel nucleo adottivo cui sia già stato formalmente riconosciuto, anche da parte dell'ordinamento italiano, lo *status* di famiglia legittima. Scopo della norma è di consentire al tribunale per i minorenni, nel caso in cui sorgano delle difficoltà nella relazione adottiva, di emanare quei provvedimenti previsti dall'ordinamento italiano quando l'adozione divenuta definitiva risulti contraria all'interesse del minore (in questo senso M. DOGLIOTTI, *Il commento alla legge n. 476/98*, in *Fam. dir.*, '99, p. 15).

Il tribunale potrà cioè intervenire con provvedimenti sulla potestà fino, nei casi più gravi, con l'apertura dello stato di adottabilità, ad esempio:

- in caso di contrasto tra i coniugi su questioni di particolare importanza riguardanti il figlio, suggerendo su istanza di uno o di entrambi, dopo aver ascoltato tutte le parti, le determinazioni che ritenga più utili nell'interesse del minore e dell'unità familiare e, se il contrasto permanga, attribuendo il potere di decisione al genitore che nel singolo caso ritenga più idoneo a curare l'interesse del figlio (art. 316 c.c.);
- nominando, su richiesta del pubblico ministero, di uno dei parenti che vi abbia interesse o del figlio stesso, un curatore speciale in tutti i casi in cui l'esercente la potestà non possa o non voglia compiere uno o più atti eccedenti l'ordinaria amministrazione di interesse del figlio (art. 321 c.c.);
- pronunciando provvedimenti limitativi o di decadenza della potestà dei genitori in caso di loro condotta pregiudizievole al figlio (artt. 330 e 333 c.c.);
- nominando un tutore al minore in quei casi in cui i genitori non possano esercitare la potestà (art. 343 ss. c.c.);
- in caso di cattiva amministrazione del patrimonio del minore, stabilendo condizioni a cui i genitori devono attenersi e, nel caso di inadempimento, rimuovendo uno od entrambi i coniugi da tale amministrazione (art. 334 c.c.) ed in quest'ultima ipotesi nominando un curatore cui sarà affidata l'amministrazione;
- adottando i c.d. ordini di protezione contro gli abusi familiari (art. 342 *bis* e *ter* c.c.) e, in ultima istanza, nei casi più gravi, dichiarando il minore in stato di abbandono.

dendo che i servizi socio-assistenziali e gli enti, pur se non richiesti, riferiscano “in ogni caso” ed immediatamente al Procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni sull’andamento dell’inserimento dell’adottando e su eventuali comportamenti di chiusura e rifiuto da parte dei coniugi, segnalando le eventuali difficoltà per gli opportuni provvedimenti di protezione giudiziaria<sup>23</sup>, rappresenta di fatto “un incentivo alla collaborazione” per i genitori adottivi o affidatari e quindi un mezzo di tutela del minore. Va sottolineato, però, come la riduzione dell’intervento dei servizi sociali e dell’ente ad un’attività di mero controllo sull’inserimento del minore e di segnalazione per gli interventi autoritativi del tribunale, potrebbe rendere conflittuale il rapporto e quindi più difficile l’integrazione del minore nella famiglia.

Deve aggiungersi ancora come l’eventuale sussistenza di un contrasto tra i coniugi sul se richiedere o meno l’assistenza ed il sostegno da parte dei servizi sociali e dell’ente (contrasto per cui ciascuno dei coniugi può rivolgersi al giudice, ai sensi dell’art. 316 c.c., perché questi, ascoltate le parti, incluso il figlio quattordicenne – ma deve ritenersi anche il minore che abbia compiuto dodici anni o che comunque abbia capacità di discernimento<sup>24</sup> – indichi i provvedimenti ritenuti più opportu-

---

<sup>23</sup> Non è pacifico in dottrina se l’attività di informazione al tribunale sull’andamento dell’inserimento nella famiglia spetti sia ai servizi sociali sia agli enti. Nel senso che tale legittimazione spetti ad entrambi depone sia la struttura sintattica della frase – il pronome “essi” del 2° comma si riferisce ad entrambi i soggetti del periodo precedente – sia la necessità di evitare duplicazioni di interventi (M. FINOCCHIARO, *Adozione internazionale*, in *Guida al diritto*, '99, p. 46, p. 67). Nel senso opposto invece si esprime chi considera come, ai sensi dell’art. 22 in materia di affidamento preadottivo, tale funzione spetti solo ai servizi sociali come organi ausiliari del tribunale e non anche agli enti autorizzati tra le cui attività elencate all’art. 31, non compare infatti quella di controllo ed informazione ma solo di sostegno al nucleo familiare (lett. m). (B. POLETTI DI TEODORO, *op. cit.*, sub art. 34, p. 841-842).

<sup>24</sup> In questo senso Corte Cost., n. 1 del 2000 che rigettando la questione di incostituzionalità della mancata previsione dell’ascolto del minore nei procedimenti regolati dall’art. 336 c.c., ha affermato che tale diritto è stato reso obbligatorio in via generale dalla prescrizione dell’art. 12 della Conv. Onu del 1989.

Cass., 03-07-97, n. 6899, in *Dir. Fam. e Pers.*, '98, I, p. 54 e ss: “L’esigenza di ascoltare il minore, nella duplice previsione, facoltativa per i minori infradodicenni, obbligatoria per gli ultradodicenni, abbassando la soglia di età prevista per l’audizione in tema di potestà genitoriale dall’art. 316 c.c. [...] costituisce un comune denominatore della legge sull’adozione” la quale “intende attribuire alla personalità e alla volontà del minore un ruolo non indifferente in relazione all’adozione di provvedimenti che nell’interesse del minore trovano la loro ragion d’essere”.

ni e, in caso di perdurante disaccordo, attribuisca il potere di decisione a quello dei genitori che nel singolo caso ritenga più idoneo a curare l'interesse del figlio) potrebbe essere indice di una mancanza di armonia nella coppia e quindi, probabilmente, di una contrarietà all'interesse del minore della sua permanenza in quel nucleo familiare, ostativa alla trascrizione del provvedimento di adozione ai sensi dell'art. 35, 6° comma lett. e) della legge 184/83.

Dicevamo, quindi, che se il minore viene ad essere tutelato, anche se solo in via di fatto, dall'attività di controllo dei servizi sociali, resta comunque che a questi non viene riconosciuto quel diritto all'assistenza ed al sostegno ossia, in altri termini, ad una tutela preventiva (oltre che all'informazione ed alla consulenza sugli aspetti procedurali e istituzionali dell'adozione: iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale, permesso di soggiorno, rapporto con la scuola, opportunità e risorse del territorio, rapporto con il tutore). Potrebbe sostenersi, però, sulla base dell'art. 31, lett. m), che la subordinazione dell'intervento di assistenza e sostegno post-adoztivo alla richiesta dei coniugi riguardi l'attività dei soli enti autorizzati, non anche dei servizi socio-assistenziali dell'ente locale<sup>25</sup>, almeno nelle ipotesi di affidamento preadoztivo ex art. 22, 8° comma, in cui questi ultimi – a prescindere da una richiesta in tal senso – devono prestare la propria attività di sostegno psicologico e sociale al nucleo familiare in difficoltà, qualora il tribunale per i minorenni, nella sua attività di vigilanza svolta avvalendosi anche del giudice tutelare e dei servizi sociali e consultoriali, lo ritenga necessario.

Riteniamo, comunque, nonostante il silenzio della legge, che il minore abbia il diritto di richiedere, anche contro la volontà dei genitori, un intervento dei servizi e dell'ente attraverso la nomina di un rappresentante<sup>26</sup>: nomina possibile in passato sulla base della specifica

---

<sup>25</sup> R. PANOZZO, *L'evoluzione dell'adozione internazionale nell'ordinamento giuridico italiano – Brevi note relative alla disciplina previgente e prime osservazioni sulla legge 31 dicembre 1998*, n. 476, in *Stato civ. italiano*, '01, p. 92 e SCOLARO, *L'adozione di minori stranieri e le innovazioni a seguito della ratifica della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione*, in *Serv. Dem.*, '98, p. 1241.

<sup>26</sup> I servizi sociali, ad esempio, che ai sensi dell'art. 3 della legge 184/83 hanno il potere tutelare il minore (L. SACCHETTI, *op. cit.*, p. 70-71).

previsione dell'art. 19, 2° comma della legge 184/83<sup>27</sup> ed oggi prevista in via generale dalla legge n. 77 del 2003 di ratifica della Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo<sup>28</sup>.

Già la riforma del 2001, però, innovando totalmente rispetto al passato, aveva previsto in tutti i procedimenti volti alla limitazione od alla regolamentazione della potestà dei genitori (artt. 330 e ss.c.c.) la necessità della difesa tecnica per entrambe le parti (anche a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge). Se in questo modo, quindi, si era già riconosciuta al minore una capacità processuale<sup>29 30</sup> nelle procedu-

---

<sup>27</sup> Ma se la possibilità di nominare un rappresentante per il minore in conflitto con i propri genitori risultava pacifica per l'ipotesi di affidamento preadottivo, applicandosi ex art. 34, 1° comma, la disciplina propria del minore italiano, diverso era il caso di adozione pronunciata all'estero, dipendendo qui la soluzione dagli effetti e dalla rilevanza riconosciuti al provvedimento straniero di adozione. Accogliendo la tesi dell'efficacia immediata di tale provvedimento, la nomina di un rappresentante risultava infatti esclusa dall'acquisizione immediata della titolarità piena della potestà sul minore da parte dei genitori adottivi. Il diritto del minore all'assistenza post-adottiva rimaneva quindi privo di contenuto in quanto da questi non concretamente esercitabile. La tutela di cui disponeva in tale fattispecie rimaneva quindi esclusivamente quella del succitato diritto di ascolto e, qualora il comportamento dei genitori risultasse a questo pregiudizievole, degli altri strumenti di intervento sulla potestà previsti dalla legge fino, nei casi più gravi, alla dichiarazione di adottabilità.

Solo la Svizzera aveva espressamente risolto il problema del sostegno post-adottivo prevedendo che anche nel caso di minore adottato all'estero con adozione definitiva, l'autorità svizzera competente a vigilare sulle famiglie adottanti nel periodo di affidamento preadottivo, nominasse un curatore speciale per il minore (J. LONG, *L'adozione internazionale nei Paesi di accoglienza*, in *Adozioni internazionali sul territorio e nei servizi*, Studi e ricerche della collana della Commissione per le adozioni internazionali, '03, *op. cit.*, p. 131).

<sup>28</sup> Deve ritenersi che la norma dell'art. 4 della legge 77/03, che attribuisce al minore il diritto di richiedere al giudice la designazione di un rappresentante che curi i suoi interessi in caso di conflitto con i genitori, sia self-executing (C. FIORAVANTI, *I diritti del bambino dopo la ratifica della Convenzione di Strasburgo*, in *Studium iuris*, I, '03, p. 813). Nello stesso senso, F. PICCALUGA, *La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della Consulta*, in *Dir. fam. e pers.*, '01, p. 914, secondo cui la normativa internazionale ormai vigente in Italia permette la nomina di un curatore speciale al minore. Già la Convenzione dell'Onu sui diritti dei fanciulli del 1989 prevedeva all'art. 12, 2° comma che il minore fosse ascoltato in ogni procedimento amministrativo o giudiziario, personalmente o attraverso un rappresentante od un organo appropriato.

Devono ritenersi auto-applicative anche le disposizioni dell'art. 3, 6, 7, 8 e 9 ma non l'art. 4, 2° comma, 5, 9, 2° comma, 10, 2° comma, 11, 12 e 13, formulati in termini di discrezionalità in quanto limitantisi ad attribuire facoltà.

<sup>29</sup> Tale capacità, in deroga ai principi generali di cui agli artt. 2 c.c. e 75 c.p.c., sussiste in ogni caso e, quindi, anche nelle ipotesi in cui per la sua età il minore non abbia capacità di discernimento (A. e M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, '01, p. 165).

<sup>30</sup> Va comunque sottolineato che nell'ordinamento italiano la nomina di un curatore speciale

re in materia familiare che lo concernono, non si era prevista, però, paradossalmente, la nomina di un curatore speciale; figura oggi riconosciuta necessaria – in quanto deputata ad agire, in una posizione di parità rispetto alle altre parti private, per la tutela degli interessi del minore nelle controversie che lo vedono contrapposto ai genitori –, ed attraverso cui l'adottando, pur quando incapace di autodeterminarsi, è messo in grado di partecipare al procedimento, elaborando e comunicando la propria valutazione della situazione in cui è coinvolto e contribuendo così alla decisione che lo riguarda<sup>31</sup>.

Al di là dei problemi posti nelle righe precedenti, va comunque segnalata quella pratica “*praeter legem*” dei tribunali per i minorenni di inserire talvolta nei decreti con cui si ordina la trascrizione del provvedimento straniero nei registri dello stato civile, una disposizione in base alla quale i servizi sociali devono vigilare sull'inserimento del minore nella famiglia adottiva anche in assenza di una specifica richiesta di quest'ultima. Per non tacere poi della prassi negoziale degli enti autorizzati di inserire nei contratti stipulati con gli adottanti delle apposite clausole, la cui coercibilità ed azionabilità riteniamo però vadano escluse, di assistenza obbligatoria post-adozione e di impegno degli adottanti nei confronti della Commissione per le adozioni internazionali (al fine dell'espletamento delle relazioni post-adozione richieste dal Paese d'origine dell'adottato) a rendersi disponibili a dare informazioni, sia all'ente sia al servizio territoriale, circa la situazione del minore, pena, in caso di non osservanza dell'impegno assunto, la segnalazione da parte della

---

che rappresenti ed assista l'incapace nei casi di mancanza della persona cui spetti la rappresentanza e l'assistenza od in caso di conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, rappresenta un principio generale ai sensi dell'art. 78, 2° comma c.p.c. (in questo senso, *Tratt. di dir. di fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e tutela sociale della famiglia*, '02, p. 52 e Cass., 10-03-95, n. 2800).

<sup>31</sup> Il termine *rappresentante* non designa solo il soggetto che agisce in nome dell'interessato, ma si riferisce anche ad una forma di assistenza al minore, che si sostanzia in un aiuto integrativo e di sostegno diretto ad innescare un processo di maturazione autonomo delle proprie opinioni su questioni personali. Solo se questo processo non potrà realizzarsi il rappresentante valuterà l'opportunità di non coinvolgere direttamente il bambino nel giudizio (*Tratt. di dir. di fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e tutela sociale della famiglia*, '02, p. 61).

Commissione stessa all'ufficio giudiziario minorile territorialmente competente per eventuali provvedimenti limitativi della potestà.

Quanto a queste ultime clausole, deve ritenersi che non possa imporsi alla famiglia, né dalla Commissione né dal tribunale, un'ingerenza – peraltro richiesta da uno Stato estero – che per alcune legislazioni straniere può spingersi sino al compimento della maggiore età dell'adottato. Con riferimento alle clausole di assistenza obbligatoria, va detto che l'assistenza post-adozione è un'attività solidaristica di sostegno – libera ed insuscettibile di essere calata in schemi contrattuali per la causa non economica ma di ordine assistenziale che la ispira – la quale, insieme allo svolgimento di altre funzioni pubblicistiche da parte dell'ente, viene ad innestarsi sul rapporto contrattuale di mandato tra questo ed i coniugi. Secondo la dottrina l'attività di sostegno dell'ente sarebbe un'attività di natura para-assistenziale inquadrabile in figure di mero fatto, od al massimo in negozi giuridici unilaterali aventi ad oggetto l'offerta di assistenza, in cui le sole responsabilità giuridiche configurabili sarebbero di natura extracontrattuale cui potrebbe seguire esclusivamente un obbligo di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.

### **Trascrizione del provvedimento straniero di adozione nei registri dello stato civile**

La legge non menziona l'obbligo di richiedere il riconoscimento e la trascrizione dell'adozione al tribunale per i minorenni né i soggetti legittimati a farlo<sup>32</sup>. Non deve dubitarsi, tuttavia, che oltre al pubblico ministero, tanto gli adottanti quanto i minori adottandi, in quanto destinatari del provvedimento in questione, possano agire<sup>33</sup>. Se è vero, però, che con la ratifica della Convenzione di Strasburgo si è riconosciuto al minore il diritto di chiedere la nomina di un rappresentante

---

<sup>32</sup> Tale silenzio della legge non appare però pericoloso come in passato, essendo il tribunale già informato dell'affidamento disposto dall'autorità straniera e potendosi quindi attivare d'ufficio o su richiesta del pubblico ministero (L. FADIGA, *op. cit.*, p. 846).

<sup>33</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., voce adozione, tomo I, '03, p. 54).

che agisca in sua difesa e curi i suoi interessi nei procedimenti che lo riguardano, allo stato attuale della normativa è certo che solo nei procedimenti in cui sia ravvisabile un conflitto di interessi fra genitori e minore<sup>34</sup> vi è il diritto di quest'ultimo (ed il dovere per il giudice) di designare un curatore speciale ed anche, se del caso, un avvocato.

Il minore, quindi, nei procedimenti in questione non ha tutela in via di azione ma risulta solo destinatario, oggetto e non soggetto di provvedimenti che altri sollecitano e adottano anche se nel suo superiore interesse. Unico strumento di tutela è rappresentato dal diritto all'audizione (forma particolare di garanzia difensiva e strumento processuale previsto con diversa e graduale valenza in rapporto all'età del minore) ed all'acquisizione del suo consenso all'emanazione dei provvedimenti che lo riguardano.

Nonostante nulla sia previsto in proposito (l'obbligo dell'ascolto e dell'acquisizione del consenso del minore sono espressamente previsti per i soli casi in cui l'adozione internazionale debba pronunciarsi in Italia, e non anche per quelli in cui si debba procedere alla trascrizione del provvedimento straniero di adozione nei registri dello stato civile), deve ritenersi che tali diritti procedurali vadano riconosciuti al minore anche in questa fattispecie. Come già affermato in precedenza, infatti, si tratta ormai di un principio generale fondamentale del nostro ordinamento giuridico, soprattutto considerato che sono in questione diritti di *status*.

Quanto alle modalità di ascolto, la legge di ratifica della Convenzione di Strasburgo prevede (art. 6) il diritto all'ascolto assistito ed informato (attraverso forme di consulenza e di informazione del minore relative al procedimento ed alle eventuali conseguenze di questo e delle opinioni da lui espresse) e svolto secondo le modalità ritenute più appropriate tenuto conto della capacità di discernimento del minore. Ad ogni modo, però, questi non è in alcuna maniera rappresentato nel

---

<sup>34</sup> Sicuramente i procedimenti di separazione e divorzio nonché quelli aventi ad oggetto provvedimenti limitativi o ablativi della potestà genitoriale.

A. LIUZZI, *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. e dir.*, n. 3, '03, p. 290.

procedimento e la tutela dei suoi interessi spetta unicamente al pubblico ministero, organo a cui l'ordinamento giudiziario affida la tutela dei diritti degli incapaci (art. 73 ord. giud. R. D. 30/01/41, n. 12) e deputato a vigilare affinché il provvedimento adottato dal tribunale sia conforme a quello per cui il minore ha espresso il proprio parere o il proprio consenso.

Alla luce di quanto detto, risulta necessaria quindi una previsione generale della nomina di un curatore speciale in tutte le procedure giudiziarie in cui l'interesse del bambino – in quanto ontologicamente distinto da quello dei genitori – risulti, sia pur potenzialmente, in contrasto con questo. Diversamente, si lascia privo il minore di quel diritto fondamentale, costituzionalmente protetto, alla difesa, al contraddittorio e quindi ad una tutela effettiva<sup>35</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- ALPA-ZATTI *Commento alla legge 31 dicembre 1998*, n. 476, in *Commentario breve al Codice civile – Leggi complementari*, '03, sub art. 34.
- CAVALLO M., *Le procedure per l'adozione del bambino straniero*, in *Adozioni internazionali, Questioni e documenti*, n. 16, a cura dell'Istituto degli Innocenti, Firenze, '01.
- COLELLA, *Ruolo della Regione e dei servizi socio-assistenziali e sanitari*, in *Adozioni internazionali. Questioni e documenti*, n. 16, a cura dell'Istituto degli Innocenti, Firenze, '01.
- CONSERVA A., *Commento alla legge 149/01*, in *Le nuove leggi civili commentate*, '02, p. 1051.
- DOGLIOTTI M., *Il Codice Civile, Commentario, Adozione di maggiorenni e minori*, artt. 291, 314, l. 4 maggio 1983, n. 184, diretto da F. D. BUSNELLI, '02, sub art. 34.

---

<sup>35</sup> Si discute però se, già sulla base della legislazione attuale, possa essere nominato un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. (in questo senso, *Tratt. di dir. di fam.*, diretto da P. ZATTI, vol. VI, *Tutela civile del minore e tutela sociale della famiglia*, '02, p. 52) o se il minore possa intervenire nel processo nelle forme dell'intervento adesivo dipendente nella persona del curatore speciale nominato ex art. 320 c.c. (F. TOMMASEO, *Il processo minorile e il diritto di difesa*, in *Studium iuris*, '01, p. 294).

- DOGLIOTTI M., *Il commento alla legge n. 476/98*, in *Fam. dir.*, '99.
- DOSI G., *Giustizia e servizi sociali: dalla subordinazione alla rispettiva autonomia*. Intervento al convegno nazionale dell'A.I.A.F., Firenze 23-24 marzo 2001.
- FADIGA L., *L'adozione internazionale*, in *Trattato di Diritto di Famiglia*, diretto da P. ZATTI, II, Filiazione, '02.
- FINOCCHIARO A.e M., *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori* (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983, n. 184), '84.
- FINOCCHIARO M., *Adozione internazionale*, in *Guida al diritto*, '99.
- FIORAVANTI C., *I diritti del bambino dopo la ratifica della Convenzione di Strasburgo*, in *Studium iuris*, I, '03, p. 813.
- LIUZZI A., *La Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli: prime osservazioni*, in *Fam. e dir.*, n. 3, '03, p. 290.
- LOI M. L., *Commento alla legge 184/83*, in *Le nuove leggi civili commentate*, '84, p. 107.
- LONG J., *L'adozione internazionale nei Paesi di accoglienza*, in *Adozioni internazionali sul territorio e nei servizi*, Studi e ricerche della collana della Commissione per le adozioni internazionali, '03.
- MILIOTTI A. G., *L'adozione oggi: un obiettivo raggiungibile*, '03.
- MORO C. A., *Manuale di diritto minorile*, '02, p. 249.
- MORO C. A., *Una grande sfida: la legge sull'adozione internazionale*, in *Adozioni internazionali, Questioni e documenti*, n. 16, a cura dell'Istituto degli Innocenti, Firenze, '01.
- MORO C. A., *L'adozione speciale*, Milano, '769.
- MOROZZO DELLA ROCCA P., *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., voce adozione*, tomo I, '03, p. 54).
- PANOZZO R., *L'evoluzione dell'adozione internazionale nell'ordinamento giuridico italiano – Brevi note relative alla disciplina previgente e prime osservazioni sulla legge 31 dicembre 1998, n. 476*, in *Stato civ. italiano*, '01, p. 92.
- PICCALUGA F., *La rappresentanza del minore e la nomina di un curatore speciale: una sorprendente decisione della Consulta*, in *Dir. fam. e pers.*, '01, p. 914
- POLETTI DI TEODORO B., *Commento alla legge 184/83*, in *Le nuove leggi civili commentate*, '02, sub art. 34.

- SACCHETTI L., *Il nuovo sistema dell'adozione internazionale*, Rimini, '99.
- SCOLARO, *L'adozione di minori stranieri e le innovazioni a seguito della ratifica della Convenzione per la tutela dei minori e la cooperazione in materia di adozione*, in *Serv. Dem.*, '98, p. 1241.
- TOMMASEO F., *Il processo minorile e il diritto di difesa*, in *Studium iuris*, '01, p. 294).
- TRABUCCHI A., voce *Adozione (in generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Torino, '88, p. 24.