

Capitolo 17

La protezione civile del minore

1. Protezione e tutela

Dopo aver esaminato la *fisiologia* dei rapporti familiari del minorenne, occupiamoci ora della loro *patologia*, cioè del trattamento giuridico delle situazioni di difficoltà del bambino o dell'adolescente causate da relazioni di filiazione e parentela disturbate o distorte. I casi di difficoltà del minore del tutto indipendenti da problemi radicati nei rapporti con i componenti della propria famiglia non sono molti: sono principalmente quello dei bambini disabili e quello dei minori stranieri non accompagnati (cfr. sotto, §§ 11 e 12®).

Fra gli operatori è molto comune l'uso dell'espressione, atecnica, *tutela del minore* per fare riferimento all'insieme degli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico per la protezione dei minorenni che si trovano in una situazione in senso lato di difficoltà dovuta al comportamento dei genitori o alla loro mancanza. Quando è utilizzato in questo modo, il termine "tutela" è sinonimo di "protezione". Il suo impiego in questo significato può generare confusioni, poiché nel linguaggio del diritto privato il termine *tutela* ha un significato tecnico ben preciso e più ristretto: identifica uno specifico istituto di lunga tradizione (art. 343 e segg.), volto a proteggere il minorenne i cui genitori non possano esercitare la responsabilità genitoriale, per esempio perché morti o temporaneamente impossibilitati, attribuendo a un terzo la sua rappresentanza legale e la cura della sua persona e del suo patrimonio ⁽¹⁾). Per evitare questo rischio di confusione, preferiamo utilizzare il termine *protezione*, invece che *tutela*.

2. Il principio del superiore interesse del minore

Alla base del sistema del diritto minorile e familiare vi è il principio secondo il quale l'*interesse del minore*, il suo bene, è *superiore* ⁽²⁾: deve cioè avere sempre la precedenza, essere salvaguardato con *prevalenza* rispetto a ogni altro

¹ Ne tratteremo nel successivo § 10®.

² È molto frequente l'impiego della locuzione di lingua inglese: *best interests of the child*. Ricordiamo che la parola *child*, come la parola francese *enfant*, indica tutti i soggetti di minore età; in italiano non esiste invece un'unica parola per indicarli, sicché si utilizzano di solito le parole, di sapore un po' burocratico, *minore* o *minorenne*.

eventuale interesse confligente. È richiamato in una pluralità di norme di legge, di origine sia nazionale sia internazionale, e da decenni è costantemente ripetuto dalla giurisprudenza.

Il suo fondamento principale è spesso indicato nell'art. 3 CRC, in forza del quale «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente».

Tuttavia nel diritto italiano la menzione dell'interesse del minore come finalità dei provvedimenti che lo riguardano ha un'origine ben più remota: la si incontra già, per esempio, nell'art. 233 del codice civile del 1865, come scopo dei provvedimenti da prendere per la protezione del minore contro il genitore che abusi della «patria potestà».

È però solo fra gli anni '30 e gli anni '50 del XX secolo che inizia ad affermarsi l'idea secondo la quale la salvaguardia dei diritti e degli interessi dei minorenni deve essere considerata come prioritaria in ogni decisione che li coinvolge: diventa così un *criterio interpretativo* che guida molte decisioni giudiziarie, come quelle sull'affidamento dei figli nella separazione dei loro genitori, e dilaga nelle nuove norme di legge che regolano la materia minorile, dalla legge 888/1956, che riforma il sistema della protezione amministrativa dei minori (cfr. sotto, § 9®), alla legge 431/1967, che istituisce l'adozione speciale, alla legge 151/1975, che contiene la riforma organica del diritto di famiglia.

Interesse del minore è una formula assai generica, il cui contenuto è amplissimo e non precisamente circoscritto: comprende ogni aspetto della vita del minore e del suo complessivo benessere, non solo e non tanto sul piano patrimoniale (cui sembrerebbe più direttamente riferirsi la parola *interesse*), quanto soprattutto sul piano *non patrimoniale*, dei *diritti fondamentali della persona* e dei valori che vi sono sottesi, secondo la concezione che ne ha la società del nostro tempo; tutto ciò in vista del fine ultimo, la formazione dei minorenni affinché diventino degli adulti liberi, consapevoli e responsabili.

La locuzione *interesse del minore* contiene due aspetti diversi, spesso confusi fra loro nell'uso che comunemente se ne fa.

a) Da un lato si riferisce non tanto all'*interesse* quanto, più propriamente, ai *diritti* dei minori: esprime il principio secondo il quale i minori sono titolari di tutti i *diritti fondamentali* della persona umana, anche se subiscono forti limiti nel loro effettivo esercizio, in quanto sono privi della capacità di agire e quindi di farli valere personalmente. Ricordiamo che uno dei fondamenti dell'intero sistema giuridico minorile, sia italiano sia internazionale (a partire dalla convenzione dell'ONU sui diritti dei minori del 1989), è la piena realizzazione dei loro *diritti fondamentali*, con la garanzia di un sistema legislativo e amministrativo che assicuri loro le migliori condizioni di vita possibili e offra garanzie sostanziali e procedurali idonee alla loro realizzazione.

Buona parte delle norme del diritto minorile sono costruite in funzione del-

la protezione dei diritti dei minori: *realizzano quindi l'interesse dei minori incorporandolo direttamente nel testo normativo stesso*. Per esempio, la legge tutela il diritto del minore a vivere nella propria famiglia d'origine (artt. 8 e 9 CRC e art. 1 legge 184) anzitutto imponendo agli enti pubblici territoriali di intervenire a favore dei nuclei familiari a rischio, al fine di prevenire l'abbandono dei bambini; inoltre predisponendo garanzie sostanziali e procedurali che limitano l'ingerenza dell'autorità pubblica nella vita della famiglia a quanto è strettamente necessario per proteggere i minori.

In questo significato la locuzione non fa alcun riferimento alle singolarità del caso di specie da decidere, ma alla *categoria generale e astratta* dei minori di età: categoria destinataria di una normativa di favore.

b) Dall'altro lato si riferisce invece alle *circostanze concrete del singolo caso* in cui occorra prendere provvedimenti che decidono aspetti rilevanti della vita di un minore. Sono molti i casi in cui è la legge stessa a stabilire che la decisione debba tener conto prioritariamente di *ciò che appare il meglio per quel determinato minore*, vincolando in questa direzione l'ampia discrezionalità lasciata alle autorità, giudiziarie o amministrative, che hanno il compito di prendere il provvedimento. Si tratta di un'indicazione generale a contenuto aperto, non prefissato, volta a far sì che l'autorità chiamata a provvedere possa dare un contenuto alla decisione, e motivarla, proprio in base alle peculiarità del caso concreto, con sguardo ben attento non solo al diritto, ma anche alle indicazioni della neuropsichiatria infantile e dell'età evolutiva, della psicologia, della pedagogia.

L'interesse del minore in questo secondo significato è dunque anzitutto la guida principale per *interpretare* le norme di legge che devono applicare le autorità giudiziarie e amministrative, ma anche quelle private come i genitori esercenti la responsabilità o il tutore, quando assumono una decisione che coinvolga un minore.

Inoltre il principio di priorità dell'interesse del minore, così inteso, permette a chi è chiamato a decidere nel singolo caso concreto di spingere la sua discrezionalità fino a fare un'eccezione alle regole dettate dalla legge. Ormai però si vanno facendo sempre più rari i casi in cui tale eccezione non è espressamente prevista dalla legge⁽³⁾.

3. Il diritto del minore a una famiglia

È principio oggi pacifico in neuropsichiatria infantile e in psicologia che la famiglia sia l'ambiente *naturale* per il benessere e per la crescita dei bambini.

³ Un esempio: con riferimento alla differenza massima di età fra adottanti e adottato, una tale eccezione era stata affermata dalla giurisprudenza, pur senza una previsione legislativa, nel corso degli anni '90 del secolo scorso; successivamente la legge 149/2001 l'ha recepita in modo esplicito nell'art. 6 c. 5° legge 184. Ne tratteremo nel cap. 18 § 4®.

L'elaborazione scientifica compiuta di questo principio, risalente agli anni '50 del XX secolo, è basata su studi clinici realizzati su consistenti gruppi di minori istituzionalizzati, dai quali erano emerse in modo evidente e incontrovertibile le conseguenze dannose, spesso a lungo termine, sullo sviluppo della personalità e sulla salute mentale del soggetto in formazione, derivanti dalla mancanza o dall'insufficienza di cure materne e, più in generale, di un ambiente familiare idoneo. La ricerca più nota era stata quella sulla salute mentale dei bambini orfani o comunque privati della propria famiglia e affidati a istituti o ad altre organizzazioni di assistenza collettiva, commissionata nel 1950 dall'Organizzazione Mondiale della Sanità allo psicoanalista inglese John Bowlby⁽⁴⁾.

L'affermazione della crucialità dell'ambiente familiare è alla base del riconoscimento, sul piano giuridico, del *diritto del minore a una famiglia*. Nell'ordinamento italiano questo diritto è simbolicamente proclamato già dal titolo della legge 184/1983 sull'affidamento e l'adozione, così come modificato dalla legge 149/2001. Anche la Convenzione dell'ONU sui diritti del minore ribadisce più volte, in diversi contesti, che la famiglia è il luogo privilegiato e naturale per la sua crescita e il suo benessere⁽⁵⁾.

Il riconoscimento al minorenne del diritto *a una famiglia* ha un doppio significato.

a) Il minore ha in primo luogo il diritto alla *propria* famiglia (art. 1 c. 1° legge 184 e artt. 7 e 8 CRC), cioè a crescere ed essere educato nella famiglia *nucleare* (composta possibilmente da entrambi i genitori) in cui è nato o, in suddizione, all'interno della sua famiglia *allargata*, composta dai parenti più stretti, come i nonni e gli zii. Correlativamente, come già visto, il compito di curare, difendere, assistere, crescere i figli minori spetta in primo luogo ai loro genitori.

L'autorità pubblica ha due doveri, il primo in *negativo* e il secondo in *positivo*:

- quello di *non ingerirsi* nella vita del nucleo familiare, salvo che vi siano ragioni che impongano, nell'interesse del minore stesso, di controllare, limitare o recidere i rapporti giuridici o di fatto con la sua famiglia;
- quello di *attivarsi con opportuni interventi di aiuto e sostegno alle famiglie*, per mezzo delle sue articolazioni territoriali, affinché il rispetto di questo diritto sia effettivo (artt. 30 c. 2° e 31 cost., art. 1 c. 2° e 3° legge 184); la competenza legislativa in materia appartiene alle regioni, quella operativa principalmente ai comuni.

⁴ Pubblicata nel celebre libro *Cure materne e igiene mentale del fanciullo* (trad. it.); la sua edizione più recente è di Giunti-Barbera, Firenze, 1968.

⁵ Cfr. il preambolo della convezione e gli artt. 5, 8, 9, 16, 21, 22, 40.

b) Qualora la famiglia di origine, sia quella nucleare sia quella allargata, non abbia la capacità di offrire al minore un ambiente di crescita adeguato, questi ha *diritto a un'altra famiglia*: quella affidataria, nel caso in cui le difficoltà della famiglia d'origine siano di natura temporanea (art. 2 e segg. legge 184); quella adottiva, nel caso di abbandono completo e irreversibile (art. 8 e segg. legge 184). L'adozione è dunque *sussidiaria* rispetto alle altre modalità di protezione del minore: vi si può ricorrere solo se le altre si rivelano impossibili o inadeguate a proteggerlo.

L'allontanamento del minore dai genitori *non deve mai avere carattere sanzionario* nei confronti di questi ultimi; il suo unico obiettivo è quello di promuovere una migliore e più efficace protezione del soggetto in formazione.

La preferenza per un collocamento di tipo familiare del minore, qualora nel suo stesso interesse non possa crescere nella famiglia d'origine, ha anzitutto ispirato la scelta del legislatore del 1967 di introdurre nell'ordinamento italiano un'adozione, allora detta *speciale*, volta a proteggere i minori abbandonati, inserendoli in un nucleo familiare diverso da quello d'origine, nella posizione di figli a pieno titolo. Essa ha inoltre portato a superare progressivamente il collocamento negli *istituti*, cioè in grandi strutture residenziali di tipo educativo-assistenziale, a favore del collocamento dei minori in temporanea difficoltà presso famiglie affidatarie volontarie (l'affidamento detto *familiare*) o, in subordine, presso comunità di tipo familiare, cioè «caratterizzate da organizzazione e da rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia» (art. 2 c. 4° legge 184).

4. Il controllo sull'esercizio della responsabilità genitoriale

I principi descritti nei paragrafi precedenti sono realizzati attraverso un sistema, molto articolato e complesso, di interventi di diverso tipo a protezione dei minori: amministrativi, civili e penali.

In precedenza, nel capitolo 8®, abbiamo descritto le linee fondamentali dell'intervento pubblico nella vita della famiglia e gli organi amministrativi e giudiziari a ciò preposti. In questo capitolo descriveremo i principali tipi di intervento, civile e amministrativo, a protezione dei minori, sia all'interno che all'esterno della vita familiare, tranne quelli conseguenti alla rottura della convivenza fra i loro genitori, dei quali abbiamo già trattato nel cap. 16®.

Tali interventi incidono inevitabilmente sull'esercizio della responsabilità genitoriale: questa, in quanto *potere-dovere*, è infatti soggetta a un controllo da parte dell'autorità giudiziaria, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti di carattere personale, che sono di gran lunga i più importanti. Si tratta di uno degli aspetti di maggiore importanza pratica della *giuridicizzazione* dei rapporti fra genitori e figli, promossa dal legislatore italiano soprattutto negli ultimi decenni, in armonia con la linea di tendenza in materia che accomuna gli ordinamenti di tutti i paesi di matrice culturale europea. Ha il suo fondamento costituzionale.

zionale nell'art. 30 c. 2°, il quale prevede che «in caso di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti».

I principali strumenti previsti dal diritto privato per la protezione del minorenne che abbia subito un pregiudizio o rischi di subirlo sono i seguenti:

a) i provvedimenti presi dal tribunale per i minorenni secondo l'art. 333 (e nelle ipotesi più gravi secondo l'art. 330) in caso di condotta «pregiudizievole al figlio» di uno o di entrambi i genitori; il loro contenuto è estremamente vari, dalla semplice imposizione di regole di condotta ai genitori fino all'allontanamento del minore dalla sua famiglia; la loro durata è determinata dal giudice, senza che la legge stabilisca espressamente alcun limite; è frequente che la loro attuazione sia seguita dai servizi sociali; ne tratteremo nel § 6 e segg.®;

b) i provvedimenti di affidamento all'esterno della famiglia nucleare di appartenenza, presi secondo i casi dai servizi sociali o dal tribunale per i minorenni (art. 2 e segg. legge 184), volti a realizzare un progetto d'intervento elaborato dai servizi sociali, volto soprattutto al recupero o alla costruzione delle capacità genitoriali; hanno la durata massima di 24 mesi, ma sono prorogabili per decisione del giudice; ne tratteremo nel § 8 e segg.®;

c) la dichiarazione dello stato di adattabilità del minore, il suo affidamento preadottivo e la sua adozione da parte di un'altra famiglia, in caso di accertata inidoneità, completa e definitiva, dei genitori ad allevarlo; ne tratteremo del capitolo 18 § 3 e segg.®;

d) i provvedimenti presi dal tribunale ordinario in seguito alla divisione della coppia dei genitori (artt. 337-ter e segg.), dei quali abbiamo trattato nel cap. 16®.

È importante ribadire che i provvedimenti di protezione previsti dal diritto civile sono presi unicamente nell'*interesse del figlio*, per il suo bene: al centro della valutazione del giudice è il *pregiudizio* per il minore, e precisamente la gravità delle conseguenze che ha prodotto o che rischia di produrre. Non devono mai essere presi allo scopo di *punire* un genitore per il suo comportamento scorretto. Diversamente da quanto avviene nel diritto penale, in cui la condizione soggettiva di chi agisce ha un rilievo determinante, nel diritto civile minorile la condizione soggettiva del genitore non è di per sé rilevante: per esempio, potrebbe essere limitata la responsabilità genitoriale di una madre che non riesca a prendersi cura del minore per una disabilità psichica, dunque per una causa a lei ovviamente non imputabile.

Qualora la condotta del genitore, oltre a essere pregiudizievole per il figlio, costituisca anche *reato*, cioè sia incriminata da una norma penale, questi può subire una condanna penale: per esempio per il reato di abuso dei mezzi di correzione (art. 571 CP) o per quello di maltrattamenti in famiglia (art. 572 CP).

Il *pregiudizio* per il figlio, che giustifica l'intervento del giudice, non è sol-

tanto quello che gli causa un danno *attuale* sul piano psicologico, affettivo, educativo, esistenziale; è anche quello che gli causa un *probabile danno futuro*, cioè lo espone al forte rischio di subire, proprio in conseguenza dei comportamenti dei genitori, un danno che potrebbe manifestarsi solo in tempo successivo, magari diventare attuale solo nell'età adulta. La previsione del danno futuro è estremamente delicata, problematica, incerta: occorre che il nesso di causalità che fa dipendere i danni futuri dai comportamenti dei genitori sia molto netto e chiaro e che sia accertato con la massima attenzione; e occorre che il grado di probabilità del danno futuro sia molto alto e al tempo stesso che la probabilità di evitarlo adottando il provvedimento sia molto elevata.

Il comportamento pregiudizievole può essere tanto *commissivo* (fare qualcosa) quanto *omissivo* (omettere di fare qualcosa che si è tenuti a fare). Riguardo a questi ultimi, ricordiamo che i genitori hanno il dovere di fare tutto quanto è loro possibile per i figli, di attivarsi in loro difesa al massimo delle proprie capacità.

Non è necessario che la condotta pregiudizievole sia continua e ripetuta: anche una condotta tenuta una sola volta potrebbe in astratto essere sufficiente, se di tale gravità da produrre di per sé sola il pregiudizio.

Nel decidere se adottare uno dei provvedimenti indicati sopra e quale contenuto dargli, il giudice deve evitare di sovrapporre il proprio sistema di valori a quello della famiglia cui il minorenne appartiene. Tuttavia deve assicurare che sia rispettato in ogni caso un *minimo etico* di cura e attenzione del genitore verso i figli – garantito secondo i principi di fondo del sistema costituzionale e internazionale dei diritti umani – la cui assenza è incompatibile con qualsiasi corretta educazione di un bambino o di un adolescente. Ne abbiamo fatto un rapido cenno sopra, a proposito della famiglie multiculturali (cap. 15 § 4.6®).

Qualora i comportamenti di un componente della famiglia, oltre che «pregiudizievoli al figlio», siano anche fonte di un «grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà» di altri familiari maggiorenni, si ha una sovrapposizione fra i provvedimenti di competenza del tribunale per i minorenni secondo l'art. 333 e gli *ordini di protezione* di competenza del tribunale ordinario secondo l'art. 342-ter, dei quali abbiamo trattato nel cap. 13®.

In tutti i casi in cui il minore rimane privo di genitori che esercitino la responsabilità nei suoi confronti – perché sono morti, oppure in seguito ad alcuni degli interventi elencati sopra – dev'essere aperta la *tutela*. Il giudice tutelare nomina allora un *tutore*, che ha la funzione di legale rappresentante del minore e il compito di prendersi cura della sua persona e del suo patrimonio, secondo le prescrizioni ricevute dal giudice tutelare (art. 343 e segg.). Ne tratteremo nel § 10®.

5. La segnalazione dei servizi

I servizi sociali territoriali hanno un ruolo centrale nel sistema di protezione dei minori ⁽⁶⁾.

Quando vengono a conoscenza del fatto che un minore si trova in una situazione di difficoltà all'interno della propria famiglia, o che manifesta all'esterno un comportamento che esprime problematicità nelle sue relazioni sociali, sintomo di una sofferenza psicologica o sociale, i servizi devono valutare se sia opportuno intervenire. Se lo ritengono opportuno – sulla base di una prudente valutazione discrezionale delle circostanze – è loro preciso *dovere*, secondo i casi, *elaborare un progetto d'intervento sociale* a sostegno del minore e della sua famiglia, o *segnalare* il caso all'autorità giudiziaria, oppure fare entrambe le cose.

La *segnalazione* dev'essere presentata all'autorità giudiziaria competente per materia e per territorio. Se è presentata a un'autorità non competente, questa deve trasmetterla a quella competente. La competenza per territorio è determinata dal luogo in cui il minore risiede o in cui si trova stabilmente. Le indicazioni generali che consentono di individuare l'autorità giudiziaria competente per materia sono le seguenti.

In caso di comportamenti di un genitore ritenuti pregiudizievoli per i figli minori, la segnalazione dev'essere indirizzata alla *procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni*: presso tale ufficio operano infatti i magistrati che svolgono funzioni di pubblico ministero, cioè che hanno il compito di esercitare l'azione civile nei casi previsti dalla legge. Il pubblico ministero, valutata la segnalazione e acquisite le eventuali ulteriori informazioni che ritiene opportune, decide se archiviare il caso o se presentare ricorso al tribunale per i minorenni, per chiedere un provvedimento di limitazione responsabilità genitoriale o di decadenza del genitore dalla stessa, oppure la dichiarazione dello stato di adattabilità.

La segnalazione dev'essere presentata al *giudice tutelare*, affinché adotti i provvedimenti di sua competenza, qualora il minore sia soggetto a tutela, o sia privo di genitori e occorra un provvedimento d'urgenza a sua protezione (art. 361), oppure occorra il visto di esecutività per il provvedimento di affidamento al di fuori della famiglia nucleare del minore, preso dai servizi con il consenso dei genitori (art. 4 c. 1° legge 184; ne tratteremo sotto, nel § 8.5®).

La segnalazione dei casi giudicati bisognosi d'intervento è un *obbligo* per i servizi sociali; altrettanto per i soggetti che hanno il compito istituzionale di curare persone “fragili”, come gli insegnanti, i medici, gli agenti della pubblica sicurezza, gli operatori dei servizi sociali; è controverso se tale obbligo si estenda anche agli operatori delle comunità di accoglienza che operano in

⁶ I principi di fondo del sistema degli interventi di competenza dei servizi sociali e dei rapporti fra i questi e le autorità giudiziarie sono trattati nel cap. 8 §§ 5 e 6®.

convenzione con l'ente locale. Invece i privati (come parenti, amici di famiglia, vicini di casa) hanno solo la *facoltà* di segnalare all'autorità pubblica (ai servizi sociali, agli agenti di pubblica sicurezza, al pubblico ministero) le situazioni che a loro giudizio richiederebbero un intervento.

La segnalazione deve contenere ogni elemento ritenuto utile affinché il giudice decida: le generalità e l'indirizzo dell'abitazione delle persone coinvolte, se noti; i fatti ritenuti pertinenti, i tipi d'intervento ritenuti opportuni, il progetto di assistenza e sostegno eventualmente predisposto; se si tratta di casi in cui l'autorità giudiziaria era intervenuta in precedenza, è bene indicare se si tratta di fatti nuovi.

È importante sottolineare che in materia minorile i servizi non sono legittimati a presentare direttamente ricorsi al giudice per chiedergli un determinato provvedimento: sono tenuti soltanto alla segnalazione⁽⁷⁾.

L'art. 79-bis legge 184 prevede anche una segnalazione in senso inverso, dal tribunale al servizio sociale: «il giudice segnala ai comuni le situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedono interventi di sostegno per consentire al minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia». La norma, introdotta nel 2013 e di efficacia quanto meno dubbia, sarebbe volta ad attuare il principio dell'art. 1 c. 2° legge 184, che impone all'ente pubblico di disporre interventi di sostegno e aiuto per le famiglie bisognose.

6. I provvedimenti di cui agli artt. 333 e 330

Quando un genitore viola o trascura i propri doveri nei confronti dei figli, oppure abusa dei poteri connessi alla responsabilità parentale, il tribunale per i minorenni:

- può dichiararlo decaduto dalla responsabilità, quando il suo comportamento produce al figlio un pregiudizio di notevole gravità (art. 330), non altrettanto rimediabile;
- può adottare i «provvedimenti convenienti», secondo quanto ritiene sia più opportuno nell'interesse del minore, quando il suo comportamento gli provoca un pregiudizio rilevante, ma meno grave di quello che potrebbe dar luogo alla decadenza (art. 333).

In entrambi i casi il giudice può disporre l'*allontanamento* dalla residenza familiare del minore, affinché sia accolto in un luogo adeguatamente protettivo; in alternativa può disporre l'allontanamento del genitore autore del comportamento pregiudizievole, al quale è assimilato il convivente *more uxorio* del genitore.

La decadenza è sempre di competenza del tribunale per i minorenni. I provvedimenti di cui all'art. 333, meno invasivi, sono adottati di regola dal tri-

⁷ Diversa è invece la regola per l'amministrazione di sostegno: cfr. sotto, cap. 19 § 4.1®.

bunale per i minorenni. Se però fra i genitori è in corso un procedimento giudiziario per regolare la fine della loro convivenza, sono di competenza del tribunale ordinario davanti al quale questo è in corso (art. 38 c. 1° disp. att.): ne abbiamo fatto cenno nel cap. 16 § 5®.

6.1. *Il procedimento giudiziario*

La legittimazione a chiedere un provvedimento di limitazione o decadenza del genitore dalla responsabilità spetta all'altro genitore, ai parenti e al pubblico ministero (art. 336 c. 1°); quest'ultimo si attiva sulla base di segnalazioni ricevute, da chiunque provengano, come per esempio dagli operatori dei servizi sociali, dagli insegnanti, dai vicini di casa, dall'autorità di pubblica sicurezza.

È competente per territorio il *tribunale per i minorenni* del luogo di residenza del minore, o del luogo in cui questi si trova effettivamente in modo stabile, se diverso da quello di residenza anagrafica.

Il procedimento si svolge in camera di consiglio e ha carattere *contenzioso*, sicché dev'essere pienamente garantito il *contraddittorio*. I genitori devono essere assistiti da un avvocato e hanno accesso al gratuito patrocinio secondo le regole consuete (art. 336 c. 4°).

Il minore ha diritto di chiedere al giudice la designazione di un curatore speciale che lo rappresenti (art. 4 c. 1° conv. Straburgo 1996); questi può nominare a sua volta un avvocato per il compimento degli atti processuali. È prassi frequente che sia nominato curatore un avvocato, che così può compiere le attività processuali personalmente.

Il tribunale decide con un decreto motivato, preso in camera di consiglio (art. 737 e segg. CPC), sentito il pubblico ministero. È reclamabile in appello; non però è ricorribile in cassazione secondo l'art. 111 c. 7° cost., almeno allo stato attuale dell'evoluzione della giurisprudenza, in quanto non inciderebbe in via *definitiva* su *diritti soggettivi* (8). I provvedimenti nell'interesse dei figli, infatti, non diventano mai cosa giudicata in senso proprio, poiché sono sempre *modificabili* e *revocabili*, in conseguenza del mutamento delle circostanze di fatto.

Qualora l'intervento giudiziario riguardi i figli di una coppia la cui convivenza è cessata, si pone il problema di tracciare il confine fra i provvedimenti di cui all'art. 333 e quelli di cui all'art. 337-ter e segg.: sul punto rinviamo al cap. 16 § 5®.

6.2. *L'attività istruttoria dei servizi*

Per arrivare alla decisione, il giudice compie un'istruttoria, nel corso della quale può acquisire anche d'ufficio ogni elemento probatorio che ritenga utile per ricostruire la realtà dei fatti e giungere alla decisione. Per raccogliere le in-

⁸ Così è stato recentemente ribadito da Cass. 15341/2012.

formazioni necessarie sulla condizione del minore e del suo nucleo familiare, nonché sulle possibilità di intervento a sostegno delle persone coinvolte, l'autorità giudiziaria richiede spesso un'*inchiesta sociale* ai servizi sociali territoriali – che nel linguaggio di questi ultimi è spesso detta, impropriamente, *mandato giudiziario* – per approfondire la conoscenza delle condizioni di vita delle persone la cui situazione è al suo vaglio.

Talvolta è la legge stessa a prevedere che i servizi siano chiamati a collaborare all'istruttoria. Per esempio sono loro compito alcune indagini in materia di adozione: quelle sull'idoneità all'adozione degli aspiranti adottanti, sia per l'adozione nazionale (art. 22 c. 3° legge 184) sia per quella internazionale (art. 29-bis c. 4° legge 184) e quelle sulla conformità all'interesse del minore dell'adozione in casi particolari (art. 57 c. 2° legge 184).

In altri casi, invece, è il giudice a scegliere se e come coinvolgere i servizi nell'istruttoria: per esempio nelle decisioni sull'affidamento e sul collocamento residenziale dei minori in seguito alla fine della convivenza dei genitori.

Il fondamento giuridico della facoltà del giudice di chiedere la collaborazione dei servizi nello svolgimento dell'istruttoria non è identificato in modo unanime. Secondo un'opinione discende dall'art. 68 CPC, il quale prevede che «nei casi previsti dalla legge o quando ne sorga necessità, il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario si può fare assistere da esperti in una determinata arte o professione e, in generale, da persona idonea al compimento di atti che non è in grado di compiere da se solo». Secondo un'altra opinione discende invece dall'art. 23 lett. c d.p.r. 616/1977, che ha incluso tra le funzioni amministrative trasferite dagli organi amministrativi centrali agli enti locali gli «interventi in favore di minorenni soggetti a provvedimenti delle autorità giudiziarie minorili nell'ambito della competenza amministrativa e civile». In forza di tale norma, ogni autorità giudiziaria chiamata a decidere nell'esclusivo interesse dei minorenni (dunque sia il tribunale per i minorenni sia quello ordinario) può valersi dei servizi sociali territoriali per lo svolgimento di ogni attività ritenuta utile: dall'*inchiesta sociale*, al sostegno e alla vigilanza sul minore e il suo nucleo familiare.

Nel condurre l'*inchiesta sociale* gli operatori dei servizi operano quali *ausiliari* del giudice, quindi sotto la sua direzione e la sua responsabilità, e sono vincolati alle sue direttive. Le informazioni devono essere fornite entro la scadenza indicata e comunque entro un termine congruo, affinché sia garantita la ragionevole durata del processo. Nel condurre l'*inchiesta sociale*, benché su richiesta dell'autorità giudiziaria, i servizi non sono in posizione di subalternità al giudice: è un'attività che rientra nella loro specifica professionalità e che implica, come tale, la facoltà di chi la conduce di scegliere discrezionalmente gli strumenti e le tecniche da utilizzare.

I risultati delle indagini svolte dai servizi sono comunicati al giudice mediante una relazione, di solito scritta; possono però essere comunicati anche mediante dichiarazioni rese dall'operatore in udienza e poi raccolte nel verbale

dell'udienza stessa. Le informazioni raccolte dai servizi hanno valore di *consulenza tecnica* e sono dunque fra gli elementi più importanti che concorrono a formare la decisione del giudice. Pertanto dal momento in cui confluiscano nel fascicolo processuale *devono essere portate a conoscenza delle parti* (pubbliche e private) che intervengono nel processo, affinché queste possano presentare le proprie osservazioni e difese. La loro *segretazione* è dunque sempre *vietata*.

In caso di urgente necessità, il tribunale può adottare anche d'ufficio provvedimenti temporanei nell'interesse del figlio (cfr. sotto § 7.2®).

6.3. La decadenza dalla responsabilità genitoriale

Il provvedimento di *decadenza dalla responsabilità* (art. 330) ha un contenuto ben preciso: il genitore decaduto non può più compiere alcun atto di esercizio della stessa, non ha più la rappresentanza legale del figlio e la titolarità dell'usufrutto legale; è escluso per *indegnità* dalla successione a causa di morte del figlio, qualora questo muoia prima di lui (art. 463 n. 3-bis).

La decadenza dalla responsabilità non fa venir meno l'obbligo del genitore di contribuire al mantenimento del figlio ⁽⁹⁾: l'obbligo nasce infatti dal rapporto di filiazione e costituisce un'espressione del principio generale di responsabilità per la procreazione (cfr. cap. 15 § 2®).

La decadenza dalla responsabilità non pone sempre e necessariamente fine a ogni rapporto di fatto tra il minore e il genitore: il giudice che la pronuncia può decidere se, in quale misura e con quali modalità possa essere mantenuto qualche contatto, nel poco probabile caso che ciò corrisponda all'interesse del minore, prospettandosi la concreta possibilità di una futura revoca del provvedimento.

La decadenza dall'esercizio della responsabilità ha luogo di diritto per il condannato all'ergastolo (art. 32 CP).

Qualora sia decaduto un solo genitore, l'esercizio della responsabilità si concentra sull'altro, che ne diviene esercente unico. In questi casi il giudice può decidere di allontanare dalla casa familiare il genitore decaduto, se vi risiede ancora, qualora ciò corrisponda all'interesse del minore e permetta di conservargli un ambiente domestico adatto in cui vivere insieme con il genitore non decaduto.

Qualora siano dichiarati decaduti entrambi i genitori, il tribunale nomina un *tutore provvisorio* e lo allontana dalla casa familiare, qualora vi fosse ancora residente. A questo punto valuta le diverse eventualità possibili: se darlo a un componente della sua famiglia allargata in affidamento (art. 2 e segg. legge 184) o in adozione in casi particolari (art. 44 lett. d legge 184); oppure se collocarlo in affidamento presso una famiglia o presso una comunità, oppure ancora, se il pubblico ministero lo richiede, dichiararne l'adottabilità, al termine del procedimento giudiziario volta ad accertare il suo stato di abbandono.

⁹ Così espressamente Cass. pen. 16559/2007.

Affine alla decadenza dalla responsabilità, ma *temporanea*, è la sua *sospensione*, stabilità dalla legge per due casi: durante lo stato di adottabilità, cioè nel periodo di tempo intercorrente fra la dichiarazione dello stato di adottabilità e la sentenza di adozione (art. 19 c. 1° legge 184); come pena accessoria che accompagna la condanna del genitore alla reclusione per un tempo non inferiore a 5 anni; il giudice può però disporre diversamente (art. 32 CP).

Qualora le ragioni che avevano determinato la pronuncia della decadenza vengano meno e non vi sia il rischio che possa derivarne un pregiudizio per il figlio, il genitore può essere reintegrato, su sua richiesta, nell'esercizio della responsabilità (art. 332).

6.4. I «provvedimenti convenienti» di cui all'art. 333: le prescrizioni ai genitori

Nel caso in cui la condotta del genitore sia pregiudizievole per i figli, ma non vi siano i requisiti per pronunciare la decadenza, il giudice adotta i «provvedimenti convenienti» per la loro protezione. La legge lascia il contenuto di tali provvedimenti completamente aperto: spetta al tribunale il compito di individuarlo secondo le specifiche esigenze del minore.

I «provvedimenti convenienti» costituiscono sempre un limite ai poteri e alle facoltà dei genitori. Sono di due specie principali: l'imposizione ai genitori di *prescrizioni* sull'esercizio della responsabilità e l'*allontanamento* dalla casa familiare *del minore*. Se ciò apparisse opportuno, l'allontanamento potrebbe essere invece ordinato al *genitore* o al *convivente*.

Le *prescrizioni ai genitori* sono ordini dati loro dal giudice, che impongono un'astensione; in linea di principio non potrebbero imporre un fare attivo. Tuttavia il giudice talvolta le formula sul modello delle prescrizioni di cui all'art. 12 c. 4° legge 184, le quali possono anche imporre un fare nei confronti del figlio minore. In tal caso però il giudice non impone, né potrebbe farlo, un obbligo di condotta conforme alle prescrizioni; e queste sono ovviamente **incoercibili**. La condotta prescritta (in modo tecnicamente più proprio: suggerita) si pone come un *onere*, adempiendo il quale il genitore potrà evitare ulteriori e più incisivi provvedimenti.

A volte il giudice prescrive (suggerisce) trattamenti di tipo psicologico per il genitore stesso, che si concretano in un limite alla sua libertà personale. La questione è delicatissima. Si può forse anche comprendere la prescrizione al genitore tossicodipendente di seguire un trattamento di disintossicazione, che lo renda meglio idoneo occuparsi del figlio; ma è ben difficile da giustificare la prescrizione di sottoporsi, insieme con l'altro genitore, a un trattamento psicologico per migliorare la comprensione del significato e del contenuto della funzione genitoriale e della necessità di condividerla fra loro in modo armonioso, oppure di sottoporsi a percorsi psicoterapeutici individuali ⁽¹⁰⁾. Abbiamo

¹⁰ Così Cass. 13506/2015.

già trattato questo specifico punto nel cap. 16, § 5.1®, cui rinviamo.

La mancata osservanza delle prescrizioni da parte dei genitori, comunque siano formulate, può portare all'adozione di provvedimenti più incisivi, come l'allontanamento, la decadenza dalla responsabilità o la dichiarazione di adottabilità. Nei casi in cui il problema da risolvere sia per sua natura temporaneo e abbia una durata relativamente breve, può essere decisa dal giudice una *sospensione temporanea* della responsabilità, con nomina contestuale di un *tutore provvisorio*, che faccia ciò che i genitori si rifiutano di fare, nonostante le prescrizioni (impartite o anche solo minacciate): questa soluzione viene adottata, per esempio, per dare il consenso a un trattamento sanitario necessario per il minore, ma rifiutato dai genitori (cfr. cap. 15 § 4.4®).

Le prescrizioni possono avere il contenuto più vario; riportiamo qualche esempio di condotte che possono venire vietate al genitore:

- impedire al figlio (di qualunque età) di mantenere frequentazioni cui ha diritto, come incontrare i nonni del ramo parentale del genitore con il quale non convive (perché morto, separato, divorziato);
- rifiutare il consenso a determinati trattamenti sanitari giudicati utili per il minore, come le trasfusioni di sangue che si rendessero necessarie a tutela della sua salute;
- impedire al figlio (adolescente) di fare determinate cose che desidererebbe fare, purché ciò appaia ragionevole, come incontrare la persona con la quale ha una relazione amorosa, o lasciare lo studio per lavorare o viceversa;
- opporsi al progetto d'intervento sociale predisposto dai servizi nell'interesse dei figli.

6.5. I «provvedimenti convenienti» di cui all'art. 333: l'allontanamento

L'*allontanamento* dalla casa familiare è un provvedimento *ex art. 333* spesso adottato nella prassi: data la sua estrema importanza e delicatezza, ma anche per l'uso eccessivo che troppo di frequente se ne fa, merita una particolare attenzione. Per decenni è stato di un solo tipo: quello del *minore*. Solo con la legge 149/2001 si è introdotto anche l'allontanamento inverso, quello del genitore o del convivente *more uxorio*. Nonostante la nuova norma, la prassi è rimasta largamente ancorata alla disciplina del passato: il caso di gran lunga più frequente continua a essere l'allontanamento del minore.

Accade con preoccupante frequenza che l'allontanamento sia deciso dal giudice con un provvedimento d'urgenza assunto senza ascoltare i genitori, su suggerimento del servizio sociale, poi acriticamente confermato dopo averli ascoltati: ne discuteremo sotto, § 7.2®.

L'allontanamento del minore è spesso concepito dai servizi come il *rimedio per eccellenza* alle situazioni di difficoltà familiare in cui questi si trova. È una prassi in qualche misura *facile*, poiché non impegnă i servizi nel compito più gravoso, cioè elaborare *progetti di sostegno* alla famiglia, spesso difficili da realizzare e ancor più difficili da far accettare agli interessati. Il fine di questi pro-

getti dovrebbe essere proprio quello di *evitare* la misura dell'allontanamento, traumatica per tutti: per i genitori, ovviamente; ma anche per il minore, che per il suo bene futuro viene strappato ai suoi affetti e alla sua quotidianità. Lavorare sui progetti di sostegno alle famiglie, invece che intervenire con gli allontanamenti, sarebbe di certo più rispettoso del principio fondamentale secondo il quale il diritto del minore alla famiglia si rivolge anzitutto alla *sua* famiglia d'origine.

L'allontanamento non soddisfa in modo adeguato neppure il suo diritto a una famiglia sostitutiva: nella maggior parte dei casi, infatti, l'allontanamento non gli offre una *famiglia* alternativa alla sua, quanto meno in una prima fase (che però può durare anche molti mesi), ma semmai soltanto un collocamento in *comunità*.

6.6. *Il divieto di contatti dei figli con i genitori*

Con l'allontanamento viene a volte deciso anche il divieto di ogni contatto del minore con la sua famiglia, o con uno o più componenti di questa; oppure, in alternativa, il mantenimento di rapporti limitati non solo nel tempo (brevi e a cadenza non frequente) ma anche nelle modalità, cioè svolti nel cosiddetto *luogo neutro*.

Con questa locuzione si indica che i contatti dei figli con i genitori si devono svolgere in un luogo diverso dalla loro abitazione, estraneo ai luoghi abituali di vita sia del minore sia dei genitori; in uno spazio fisico, cioè, appositamente predisposto a tal fine, che consente agli operatori dei servizi o agli educatori dell'ente privato che lo gestisce di vigilare sugli incontri, presenziandovi apertamente oppure osservandoli di nascosto, per esempio attraverso l'uso di specchi unidirezionali e magari registrandoli. Dall'osservazione degli incontri gli operatori dei servizi possono trarre elementi da sottoporre all'attenzione del giudice in vista dell'adozione del provvedimento finale.

Il divieto di contatti, ma anche l'effettuazione dei contatti solo in luogo neutro, dovrebbero essere stabiliti solo qualora ciò sia *davvero indispensabile* per proteggere il minore⁽¹¹⁾.

È dato di per sé ovvio ed evidente, infatti, che il consolidamento nel tempo di una situazione di fatto nella quale i contatti tra i figli e i genitori sono impediti – o sono trasformati in simulacri di contatto, come spesso è di quelli in luogo neutro – non può non incidere assai fortemente sul futuro della loro relazione, fino a pregiudicarla in modo grave o addirittura irreparabile. Dopo un allontanamento accompagnato dalla sospensione dei contatti con i familiari per un tempo piuttosto lungo (tenendo doverosamente conto della percezione del tempo che hanno i bambini), reinserire il minore nel nucleo d'origine è

¹¹ Sul punto l'Italia è stata più volte condannata dalla CtEDU: cfr., fra i molti, *E.P. c. Italia*, 1999, *Scozzari & Giunta c. Italia*, 2000, *Roda & Bonfatti c. Italia*, 2006, *Clemeno c. Italia*, 2008.

estremamente difficile; in prospettiva futura, poi, può addirittura diventare impossibile, nell'interesse stesso del minore, eseguire l'eventuale provvedimento finale che ne decida il ritorno in famiglia.

La questione assume una particolare gravità quando la decisione di vietare o limitare al massimo i contatti è presa con un provvedimento d'urgenza (cfr. sotto, § 7.3®).

6.7. *L'esecuzione dei provvedimenti e la vigilanza successiva*

La questione dell'esecuzione coattiva dei provvedimenti riguardanti la persona di un minore è molto discussa. È opinione diffusa, benché non unanime, che essa debba avvenire *in via breve*, cioè sotto la direzione della stessa autorità giudiziaria, competente per il merito della controversia, che ha emesso il provvedimento: dunque il tribunale per i minorenni, per i provvedimenti ex artt. 330 e 333; il tribunale ordinario, per i provvedimenti di affidamento e di determinazione della residenza e dei tempi e modi di permanenza presso ciascun genitore in seguito alla cessazione della loro convivenza.

Al giudice tutelare spetta il compito di «vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilite per l'esercizio della responsabilità» (art. 337): il suo ruolo è però circoscritto a precisare i dettagli delle condizioni di esecuzione fissate dal giudice del merito e a un'opera di conciliazione fra le parti, qualora insorgano contrasti.

Nell'ambito della generale facoltà di richiedere l'assistenza dei servizi sociali, il giudice talvolta ne richiede l'intervento per dare attuazione materiale ai suoi provvedimenti. In questo caso, come già illustrato a proposito dell'inchiesta sociale, i servizi operano nell'esercizio della loro autonomia tecnico-professionale, ma sotto la direzione e la responsabilità del giudice competente. L'ausilio della forza pubblica è solo eventuale e dovrebbe essere rigorosamente limitato al solo caso in cui vi sia il fondato timore di resistenze *violente*.

I compiti dei servizi nella fase esecutiva del provvedimento giudiziario non si esauriscono peraltro nella mera (ed eventuale) messa in atto materiale del provvedimento. I servizi infatti possono svolgere nei confronti del nucleo familiare oggetto del provvedimento attività di vigilanza, sostegno e mediazione: devono cercar di risolvere i conflitti fra gli interessati, segnalare al giudice ogni difficoltà e ogni nuovo elemento di fatto che possa richiedere la modifica del provvedimento o la sua revoca.

7. *La protezione d'urgenza*

Talvolta avviene che gli strumenti di protezione del minore debbano essere adottati *con urgenza*, cioè senza che sia possibile *per ragioni di tempo* ricorrere alle *procedure ordinarie* stabilite dalla legge per l'intervento delle autorità amministrative o giudiziarie competenti.

Le situazioni possono essere molteplici. Gli esempi che seguono riportano in estrema sintesi casi tratti dalla realtà:

- a) una bambina accompagnata in un pronto soccorso ospedaliero presenta ferite e contusioni che ad avviso dei sanitari potrebbero derivare da percosse: il padre chiede con insistenza di riportarla a casa con sé;
- b) i genitori di un minore ricoverato in ospedale a seguito di un grave inci-dente stradale rifiutano di consentire alla trasfusione di sangue ritenuta dai sanitari necessaria per salvargli la vita;
- c) due carabinieri, su segnalazione dei vicini di casa, sfondano la porta di un'abitazione trovando un bambino abbandonato e piangente;
- d) la polizia municipale accompagna presso i propri uffici per accertamenti uno straniero privo di documenti di identificazione, trovato in possesso di merci di contrabbando in compagnia di un bambino dell'età apparente di cinque anni, che dichiara essere proprio figlio;
- e) il servizio sociale locale apprende che una madre intende far partecipare la figlia adolescente a una trasmissione televisiva per parlare di fatti di vio-lenza sessuale da lei subiti;
- f) un'assistente sociale viene contattata il venerdì sera dall'insegnante di un asilo nido che comunica che i genitori non hanno ritirato il figlio e sono irre-peribili;
- g) la madre dichiara ai servizi di essere convinta che suo marito separato abbia avuto atteggiamenti pedofili verso la loro figlia;
- h) un bambino viene trovato per strada da solo e non sa dare informazioni sui suoi genitori;
- i) un'insegnante o una psicologa scolastica segnalano la probabilità che una bambina affidata alle loro cure abbia subito attenzioni pedofile in fami-glia. Le modalità di protezione d'urgenza previste dal legislatore differiscono secondo il *tipo* di autorità pubblica informata della situazione di rischio per il minore e secondo il *grado di urgenza* e di possibile *pregiudizio* per il minore che il caso presenta.

7.1. La protezione amministrativa d'urgenza

Qualora un'autorità pubblica diversa da quella giudiziaria – non solo dunque gli organi preposti alla protezione dell'infanzia, come i *servizi sociali*, ma anche l'autorità di *pubblica sicurezza* – venga a conoscenza del fatto che un «minore è moralmente o materialmente abbandonato o è allevato in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità, ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere alla educazione di lui» e ritenga che il suo interesse richieda una misura talmente *urgente da non consentire di contattare l'autorità giudiziaria prima di adottarla*, deve provvedere direttamente, collocando il minore «*in luogo sicuro*» (art. 403). È norma di origine lontana nel tempo, quando non esisteva alcun sistema di protezione dei minori che non fosse l'intervento dell'autorità di pubblica sicurezza, cui era appunto destinata.

Si tratta dell'unico caso in cui l'autorità amministrativa può agire senza una preventiva autorizzazione del giudice anche contro la volontà dei genitori. Queste misure possono essere decise solo dall'autorità amministrativa (servizi sociali, pubblica sicurezza) che ha conoscenza diretta dei fatti: se invece il pregiudizio e l'urgenza di intervenire sono a conoscenza dell'autorità giudiziaria, si ricorre ad altre modalità, di cui diremo nel paragrafo successivo.

Non si sottolinea mai abbastanza che si tratta di misure che *oggi* possono essere applicate solo in casi *rigorosamente straordinari*: misure che trovano giustificazione non solo nell'alta probabilità di un pregiudizio molto grave per il minore, ma soprattutto nella necessità di intervenire *immediatamente* per scongiurare quel pregiudizio, mancando altre possibilità. Vi si può ricorrere, dunque, solo in casi *estremi*, ove il pericolo derivante dal *ritardo nell'intervenire* – un ritardo anche quantitativamente modesto – sia molto grave e non altrimenti evitabile.

Il fattore essenziale che giustifica queste misure, dunque, non è tanto il pericolo di un pregiudizio, anche gravissimo, per il minore, quanto piuttosto l'estrema *urgenza* dell'intervento necessario per porlo in salvo da questo pericolo. Per esempio, le misure *non* sono giustificate quando la situazione cui si vorrebbe porre rimedio presenta un certo grado di cronicità, di durata nel tempo, qualunque sia la gravità delle circostanze, e non si registrano fatti nuovi che vi incidano in modo significativo: in tal caso, infatti, manca un grado sufficiente di urgenza.

Riprendendo ora gli esempi fatti sopra, un provvedimento ex art. 403 potrebbe essere giustificato nei casi *sub c, d, f, h*; anche nel caso *sub a*, se manca il tempo di segnalare il fatto all'autorità giudiziaria, ma non negli altri. Nei casi *sub b* ed *e* la collocazione «in luogo sicuro» è evidentemente inappropriata a evitare il tipo di pregiudizio che incombe sul minore; nei casi *sub g* e *i* una certa tendenza alla cronicità e soprattutto l'estrema delicatezza della questione fanno passare in secondo piano l'esigenza di intervenire immediatamente, ancor prima di fare la dovuta segnalazione alla procura della Repubblica, sia a quella presso il tribunale per i minorenni (per un eventuale provvedimento protettivo del minore) sia a quella ordinaria (per segnalare l'eventuale commissione di un reato).

Il provvedimento di cui all'art. 403 non è soggetto a forme particolari: all'atto materiale di prendere il bambino e accompagnarla in un «luogo sicuro» deve comunque sempre seguire un atto scritto, che ne indichi le ragioni, di modo che se ne possano verificarne i presupposti e la congruità. È per sua natura *provvisorio*: ha infatti, o dovrebbe avere, una durata limitatissima nel tempo, cioè «sino a quando si possa provvedere in modo definitivo» alla protezione del minore.

Qualora la situazione di pericolo per il minore abbia fine di per sé, per esempio perché il genitore del bambino lasciato all'asilo nido oltre l'orario, o trovato per strada, viene rintracciato e va a prenderlo, gli effetti del provvedi-

mento cessano immediatamente e il bambino è restituito al genitore e alla sua vita normale. Altrimenti l'autorità che ha adottato la misura protettiva deve farne immediata segnalazione secondo le regole esposte sopra (§ 5@).

La brevissima durata nel tempo del provvedimento ex art. 403 e il dovere di immediata segnalazione all'autorità giudiziaria spiegano perché non sia soggetto a impugnazione: i controinteressati, come per esempio i genitori, potranno far valere le loro ragioni nel corso del procedimento giudiziario, che dovrà essere immediatamente aperto.

In molte aree del territorio italiano le prassi dei servizi sociali sembrano poco rispettose di questi principi, poiché fanno un impiego massiccio dell'intervento di cui all'art. 403, al fuori delle situazioni di *emergenza*, cui dovrebbe essere destinato. Un dato statistico pubblicato di recente ne dà una preoccupante conferma: alla fine del 2010 ben ¼ di tutti gli allontanamenti allora in corso aveva avuto inizio ricorrendo all'art. 403 (¹²).

L'autorità che adotta il provvedimento in violazione *macroscopica* dei limiti descritti, è *responsabile per gli eventuali danni* al minore o alla sua famiglia che ne potessero derivare, secondo la regola generale della responsabilità per i fatti illeciti (art. 2043 e segg.).

7.2. La protezione giudiziaria d'urgenza

L'autorità giudiziaria, come abbiamo accennato, non può ricorrere ai provvedimenti di cui all'art. 403. Anche in caso di urgenza, deve provvedere secondo le regole generali, dunque nella maggior parte dei casi secondo l'art. 333, che riguarda qualsiasi tipo di comportamento pregiudizievole tenuto nei confronti dei figli minori, oppure secondo le altre norme richiamate sopra e che abbiamo esposto in precedenza.

L'urgenza può però incidere sulle *modalità del procedimento giudiziario*, e precisamente sul suo *inizio* e sull'instaurazione del *contraddittorio*.

a) L'inizio del procedimento: in caso di «urgente necessità» può essere aperto *d'ufficio* dal tribunale per i minorenni, qualora questo sia venuto direttamente a conoscenza della situazione di pregiudizio per il minore, dovuta al comportamento di un genitore (art. 336 c. 3°). Si tratta però di un caso che dovrebbe essere fuori dall'ordinario: le segnalazioni devono infatti essere sempre rivolte alla procura, la quale, sottoposta la situazione a un primo vaglio, si rivolgerà poi al giudice, chiedendo l'adozione del provvedimento ritenuto più adeguato. Ciò in quanto la terzietà e l'imparzialità del magistrato che giudica (cfr. sopra, cap. 8 §§ 2.2 e 3@), fondamento della *garanzia giurisdizionale*, potrebbero essere a rischio in caso di intervento d'ufficio: il fatto stesso di deci-

^{¹²} Cfr. *Quaderni di ricerca sociale*, n. 19, in <www.lavoro.gov.it/Strumenti/StudiStatistiche/sociale>.

dere l'apertura del procedimento può costituire una sorta di “pre-giudizio”, che potrebbe incidere sulla decisione finale.

In caso di urgenza il giudice tutelare può iniziare anche d'ufficio il procedimento per prendere «i provvedimenti urgenti che possono occorrere per cura del minore o per conservare e amministrare il suo patrimonio» (art. 361). Emerge qui una possibile sovrapposizione fra la sua competenza e quella del tribunale per i minorenni, senza che vi sia una precisa regola di legge che tracci il confine fra le due competenze. Nella prassi accade che a volte siano più pronti a intervenire i giudici tutelari, la cui presenza è più articolata nel territorio, altre volte che lo siano invece i tribunali per i minorenni e le relative procure: è questione che dipende dallo stile e dalle abitudini di lavoro dei singoli uffici giudiziari.

b) L'instaurazione del contraddittorio: in due soli casi i provvedimenti urgenti possono essere presi in via *provvisoria* senza aver instaurato il *contraddittorio né ascoltato* le altre parti interessate, in particolare i genitori o altri familiari del minore:

- se vi è un'*estrema urgenza*, tale da non consentire neppure di convocarli in udienza per ascoltarli;
- se vi è la forte probabilità che il loro ascolto possa *cagionare al minore da proteggere un pregiudizio grave e non altrimenti evitabile*, come accade quando vi sono buone ragioni per supporre che il genitore, venuto a conoscenza di indagini giudiziarie sul suo comportamento verso il figlio minore, eserciti pressioni su di lui, cui è difficile resistere, o tenga comportamenti violenti o punitivi nei suoi confronti, dai quali è bene proteggerlo, oppure ancora lo porti in fuga con sé.

Questi provvedimenti provvisori, presi senza ascoltare né avvertire le controparti (di solito i genitori), raramente hanno altro contenuto se non l'ordine di *allontanamento del figlio*; per l'allontanamento del genitore e soprattutto per le prescrizioni, infatti, è materialmente inevitabile che questi sia avvertito, affinché si costituisca in giudizio, e sia sentito. Questi provvedimenti potrebbero anche avere per oggetto prescrizioni in materia di trattamenti sanitari, ma solo nel caso in cui il grado di urgenza dell'intervento sia intermedio, abbastanza alto da non dare il tempo di ottenere il consenso del genitore (per esempio lontano), ma non abbastanza da permettere al sanitario di intervenire senza consenso.

È sempre necessario che i provvedimenti provvisori presi senza ascoltare le altre parti siano seguiti nel più *breve tempo possibile* da una decisione *definitiva*, presa in *contraddittorio* con le altre parti interessate, in primo luogo con i genitori. Questi devono essere assistiti da un difensore tecnico, cioè da un *avvocato*.

Nel nostro ordinamento manca una disciplina unitaria dei procedimenti *giudiziari* minorili d'urgenza. La corte costituzionale⁽¹³⁾ ha suggerito di applicare alcune delle *regole fondamentali* stabilite dal codice di procedura civile per i *provvedimenti cautelari* (art. 669-bis e segg. CPC): entro 15 giorni dall'adozione del provvedimento le altre parti interessate devono essere convocate in udienza e ascoltate, prima di decidere sulla sua conferma o revoca (art. 669-sexies c. 2° CPC). Queste regole discendono dai principi del *giusto processo* e caratterizzano ogni provvedimento che incida sui diritti di una persona: la loro *ratio* è la stessa della norma che prevede la convalida del giudice per l'arresto eseguito in flagranza da un'autorità di pubblica sicurezza. Eppure, nonostante il loro fondamento costituzionale, solido e indiscutibile, nella prassi accade con preoccupante frequenza che non siano adeguatamente rispettate e che il provvedimento, preso d'urgenza senza ascoltare i controinteressati, resti efficace – illegittimamente – anche per mesi.

È controverso se i provvedimenti d'urgenza siano reclamabili in appello: l'applicazione dei principi processuali che governano i provvedimenti cautelari imporrebbe di ammetterne la ricorribilità, in modo da ottenere una riconsiderazione sulla sussistenza dei presupposti che ne hanno giustificato l'emissione. La giurisprudenza è incerta, ma dopo la citata sentenza della corte costituzionale della corte costituzionale emerge una linea di tendenza favorevole alla reclamabilità.

7.3. I rischi dei provvedimenti d'urgenza

Le misure protettive decise con procedure d'urgenza, sia amministrative sia giudiziarie, comportano rilevanti rischi. Ciò riguarda in particolare l'allontanamento dalla casa familiare dei figli e l'eventuale conseguente sospensione dei contatti tra i figli e i genitori, che sia completa o limitata a rari e brevi incontri in luogo neutro.

Nonostante l'allontanamento del minore dalla casa familiare sia una misura assai grave, è anche troppo frequente – come detto sopra (§ 7.1@) – che sia deciso con un provvedimento d'urgenza. Se è preso da un'autorità *non giudiziaria*, secondo l'art. 403, è da considerarsi senz'altro *illegittimo*, salvo si tratti di casi estremi come quelli indicati sopra a titolo di esempio (cfr. § 7, casi *sub c, d, f, h* e a volte anche *a*).

Se invece è preso dall'autorità giudiziaria *inaudita altera parte*, cioè senza che il genitore sia stato informato né tanto meno sentito, sicché non ha avuto la possibilità di presentare le proprie difese *prima* dell'adozione del provvedimento, è necessario che la situazione venga soppesata con particolare attenzione e prudenza, ricordando sempre che l'allontanamento è un provvedimento estremo, fonte comunque di sofferenza per tutti, anche per il minore, quanto

¹³ Con la più volte citata sentenza 1/2002.

meno sul breve periodo: il giudice è qui chiamato a un bilanciamento delicatissimo.

Non è raro che insieme con l'allontanamento venga ordinata anche la sospensione dei contatti dei figli con i genitori: questa dovrebbe essere invece evitata, se non è strettissimamente indispensabile, almeno fino alla pronuncia del provvedimento *giudiziario definitivo* – deciso in contraddittorio fra le parti e preso entro il più breve tempo possibile – che la giudica necessaria per proteggere adeguatamente il minore.

Non vi è dubbio che la situazione d'urgenza giustifichi, nell'interesse del minore, la scelta legislativa di consentire un intervento anche in deroga ai diritti sostanziali e processuali dei genitori. Ma non può in alcun modo giustificare, invece, un *pregiudizio irreparabile* arrecato ai loro rapporti con i figli dovuto alla sua eccessiva durata nel tempo. Tale pregiudizio sarebbe conseguenza di un provvedimento preso senza rispettare quell'elemento indispensabile della garanzia giurisdizionale che è il *contraddittorio*, quindi in contrasto con un principio intangibile del sistema costituzionale e internazionale dei diritti dell'uomo.

Proprio su queste questioni l'Italia ha subito una condanna dalla CtEDU (¹⁴). Il caso riguardava l'affidamento extrafamiliare di quattro fratellini, deciso nelle more del procedimento penale (conclusosi con una condanna) contro i genitori e altri parenti per violenze sessuali inflitte ai minori stessi. La corte ha condannato il nostro paese per violazione dell'art. 8 CEDU – sotto il profilo della lesione del diritto al rispetto della vita familiare – per essere stata negata ai genitori la possibilità di influire sull'andamento della procedura: infatti erano stati ascoltati solo *quattro* mesi dopo l'allontanamento d'urgenza dei figli e durante quel periodo la loro impugnazione del provvedimento d'urgenza era stata dichiarata inammissibile, in quanto ritenuto non era ancora definitivo e quindi non reclamabile in appello; inoltre, vista la non impugnabilità, era eccessivo il periodo di tempo intercorso fra l'allontanamento dei figli e la successiva decisione definitiva di merito, di dichiarare i genitori decaduti dalla responsabilità.

8. L'affidamento extrafamiliare

Il collocamento *temporaneo* al di fuori della famiglia nucleare per il tempo necessario affinché sia ricostituito (o costituito) un ambiente familiare idoneo ad accoglierlo è uno degli strumenti di protezione del minore più diffusi. L'obiettivo è attuare nel breve periodo il diritto del bambino e dell'adolescente a una protezione sostitutiva rispetto alla famiglia di origine e nel lungo periodo il suo diritto di crescere nella sua famiglia d'origine. La *transitorietà* della si-

^{¹⁴} Nel caso *Covezzi & Morselli c. Italia*, 2003.

tuazione di difficoltà della famiglia di origine distingue questa misura di protezione dall'affidamento preadottivo e dall'adozione, che sono invece disposti qualora si ritenga che le difficoltà non siano superabili in un periodo di tempo ritenuto congruo nell'interesse del figlio minore.

Poiché nella pratica circa metà dei collocamenti non avviene presso una famiglia (la famiglia allargata del minore o una famiglia diversa da quella d'origine), ma presso strutture di tipo assistenziale, genericamente descritte dal legislatore come «comunità di tipo familiare» (art. 2 c. 2° legge 184), l'espressione *affidamento extrafamiliare* appare preferibile rispetto a quelle – spesso usate – di affidamento *familiare* o di affidamento *eterofamiliare*, che se impiegate in modo proprio sono riferibili al solo collocamento presso famiglie.

Qualche dato statistico recente è utile per comprendere l'entità del fenomeno: al 31 dicembre 2010, su un totale di 29.309 bambini collocati fuori dalla propria famiglia nucleare, 14.781 risultavano collocati in comunità, mentre 14.528 erano in affidamento familiare, senza distinguere tra famiglia allargata del minore e altre famiglie⁽¹⁵⁾.

Fino alla metà del XX secolo la misura di protezione pressoché unica per i minori in difficoltà era la cosiddetta *istituzionalizzazione*, cioè il collocamento in grandi strutture pubbliche o private di tipo residenziale, vale a dire *istituti per l'infanzia*, detti brefotrofi o orfanotrofi: tale collocamento avveniva indipendentemente dalla gravità e dalla transitorietà della situazione di difficoltà del minore ed era raramente reversibile. Esistevano prassi di affidamento temporaneo dei neonati presso balie per la loro nutrizione (cosiddetto baliatico) o del bambino o adolescente presso una famiglia artigiana o contadina per imparare un mestiere: tali misure, che erano decise direttamente dal genitore o dagli istituti in cui i minori erano collocati, garantivano alle balie un contributo economico e fornivano forza lavoro a bassissimo costo ad aziende strutturate su base familiare.

Nella seconda metà del XX secolo l'intervento del legislatore segnò il progressivo riconoscimento della priorità dell'interesse del minore nella scelta e nella gestione della sistemazione extrafamiliare: venne riconosciuto, prima a livello formale e poi anche a livello sostanziale, il ruolo *sussidiario* dell'istituzionalizzazione rispetto al collocamento presso privati o piccole comunità di accoglienza; si richiese una valutazione preventiva dell'idoneità degli affidatari; vennero progressivamente riconosciuti all'affidatario diritti e doveri di tipo paragonitoriale.

Un decisivo impulso al collocamento presso famiglie volontarie diverse da quella di origine venne dalle fonti normative di origine infranazionale, che intervennero nella materia a seguito dell'attribuzione alle regioni e agli altri enti

¹⁵ Cfr. *Quaderni di ricerca sociale*, n. 26, *Bambini e bambini temporaneamente fuori dalla famiglia di origine*, a cura di Moretti e Gaballo, in <www.lavoro.gov.it/Strumenti/StudiStatistiche/sociale>.

locali territoriali di importanti competenze in materia di interventi sociali di sostegno alla famiglia e protezione dei minorenni in difficoltà⁽¹⁶⁾.

Le norme infranazionali, oggi soprattutto quelle regionali, continuano tuttora a integrare la normativa nazionale dettando regole particolari, per esempio secondo le caratteristiche dei minori affidati (disabili gravi, stranieri, neonati), o secondo i tempi dell'affidamento (*diurno*, in cui l'affidato trascorre con la famiglia affidataria parte della giornata e torna la sera dai genitori, o *residenziale*) e predisponendo altresì istituti di protezione sociale che possono essere ricompresi nella nozione di affidamento intesa in senso molto ampio (affidamento di ragazzi ultradiciottenni, affidamento familiare di madri con bambini, affidamento di famiglia a famiglia).

La prima regolazione organica nazionale dell'affidamento extrafamiliare fu data dalla legge 184/1983, che recepì alcune buone prassi nate e sviluppatesi a livello locale e che costituisce tuttora il testo normativo di riferimento. Tale legge disciplina unicamente l'affidamento *residenziale* (cioè giorno e notte) a *famiglie diverse da quella nucleare di origine* e stabilisce poi che le disposizioni ad esso relative si applichino «in quanto compatibili» anche al collocamento residenziale presso *comunità di tipo familiare* (art. 4 c. 7° legge 184).

8.1. *L'affidamento e i servizi sociali degli enti locali*

L'affidamento extrafamiliare è uno strumento di politica sociale per la protezione dei minori che rientra nelle competenze assistenziali dell'ente locale.

Quando viene a conoscenza della situazione di difficoltà di un minore (cfr. sopra, § 5®), il servizio deve approfondire la situazione e valutarla, eventualmente predisponendo, anche in collaborazione con i servizi sanitari del territorio, un *progetto di assistenza* per l'acquisto o il recupero della capacità genitoriale della famiglia di origine; se necessario, questo può anche prevedere che il minore sia allontanato dal suo nucleo familiare e collocato temporaneamente presso una comunità o una famiglia d'accoglienza.

Talvolta i servizi si attivano autonomamente, su segnalazione per esempio del genitore stesso o di un insegnante; talvolta invece l'attivazione consegue a un apposito incarico dell'autorità giudiziaria, il cosiddetto *mandato*. Al fine di avere un parametro certo per valutare i comportamenti dei diversi soggetti coinvolti, è opportuno che sia il progetto sociale riguardante la famiglia di origine sia il progetto educativo individuale relativo al minore siano redatti in forma scritta, sebbene la legge non lo richieda espressamente.

Qualora ritengano necessario che durante l'attuazione del progetto di recupero della famiglia di origine il minore ne sia allontanato, i servizi possono

¹⁶ Ricordiamo quale esempio che il primo servizio di affidamento *familiare* fu istituito dalla provincia di Torino nel 1971, con una delibera che regolamentava il reclutamento, l'informazione e la formazione delle famiglie affidatarie e l'attribuzione a esse di un rimborso per l'accoglienza del minore indipendente dal loro reddito.

disporne *direttamente* l'allontanamento con proprio provvedimento (art 4 legge 184), *purché i genitori esercenti la responsabilità vi consentano*. Altrimenti la decisione spetta dal tribunale per i minorenni, secondo le regole dell'art. 333. Per le procedure dell'affidamento cfr. sotto, § 8.5®.

Durante il collocamento extrafamiliare del minore, i servizi gestiscono il progetto di recupero della famiglia di origine (del quale sono per legge responsabili) e assistono il minore e la famiglia affidataria (art. 5 c. 2° legge 184). Sono tenuti a vigilare sull'andamento dell'affidamento e a riferire ogni evento di particolare rilevanza al giudice tutelare, se l'affidamento è consensuale, o al tribunale per i minorenni, se è giudiziale. Alle medesime autorità giudiziarie i servizi devono sottoporre semestralmente una relazione sull'andamento del programma di assistenza, sulla sua presumibile durata ulteriore e sull'evoluzione delle condizioni del nucleo familiare di provenienza (art. 4 c. 3° legge 184).

I servizi hanno il delicatissimo compito di gestire tanto i contatti del minore con la sua famiglia d'origine, quanto i contatti fra quest'ultima e la famiglia affidataria. In via di principio va ribadito che i servizi devono agevolare tutti i rapporti con la famiglia d'origine, in vista dello scopo finale dell'affidamento, che sarebbe il rientro nella stessa del minore (art. 5 c. 2° legge 184).

I servizi hanno anche il compito di sensibilizzare l'opinione pubblica sull'affidamento, nonché individuare, informare, formare e selezionare i potenziali affidatari.

8.2. La scelta della famiglia affidataria

Per garantire una famiglia a un minore, qualora non possa essere allevato dai propri genitori, il legislatore pone al primo posto l'affidamento a una «famiglia, preferibilmente con figli minori o ad una persona singola in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno» (art. 2 c. 1° legge 184).

La scelta di preferire le famiglie *con figli minori* può essere spiegata da un lato con la constatazione che la presenza di altri bambini facilita nella maggioranza dei casi l'integrazione familiare e sociale del minore in affidamento; dall'altro con la convinzione che la presenza di figli propri previene il rischio di un uso distorto dell'affidamento, che potrebbe essere piegato a strumento per soddisfare il proprio desiderio di genitorialità, quale sostituto dell'adozione.

Come per l'adozione, anche per l'affidamento è richiesta l'idoneità educativa e affettiva del nucleo familiare di accoglienza. A differenza dell'adozione, però, non si richiede né lo status coniugale né una differenza d'età precisa rispetto al minore: possono dunque accogliere un minore in affidamento anche i singoli, le coppie conviventi in unione libera e le persone sia molto giovani sia in età avanzata. La diversità dei requisiti legali è dovuta alle diverse funzioni attribuite dalla legge all'adozione e all'affidamento: la famiglia affidataria do-

vrebbe *affiancarsi temporaneamente* alla famiglia d'origine e non sostituirla *definitivamente*.

Onde limitare, per quanto possibile, gli effetti negativi dello sradicamento del minore dall'ambiente di origine, nella pratica si preferisce spesso, se possibile, l'affidamento all'interno della famiglia allargata del minore. Sebbene nei casi di affidamento a un *parente entro il quarto grado* la legge non richieda alcun intervento pubblico, indipendentemente dalla durata dell'affidamento, quindi né una preventiva valutazione dell'idoneità affettiva ed educativa, né alcuna verifica della conformità in concreto della misura di protezione all'interesse del minore (art. 9 c. 4° e 5° legge 184), spesso sono gli affidatari stessi a chiedere di formalizzare l'affidamento, per ragioni pratiche, come l'autorizzazione a una gita scolastica o a un trattamento sanitario ordinario per il minore.

8.3. *Il collocamento in comunità*

Ove non sia possibile l'affidamento a una famiglia o a una persona singola, il minore è collocato in «una comunità di tipo familiare» (art. 2 c. 2° legge 184), gestita da un ente del cosiddetto *terzo settore*. La locuzione è molto generica e consente di includervi una molteplicità di strutture socio-educative variamente denominate: comunità educative, alloggi ad alta autonomia, strutture di pronta accoglienza, comunità educative e psicologiche. Devono presentare le seguenti caratteristiche (art. 2 c. 4° e 5° legge 184):

- rispettare gli «standard minimi dei servizi e dell'assistenza» definiti a livello regionale;
- garantire un rapporto numerico tra minori ed educatori che assicuri una *relazione personalizzata*, quindi non troppo diversa da quella di una famiglia.

I servizi sociali dell'ente locale stipulano con le comunità appositi *contratti*, volti a regolare in generale l'attività di accoglienza, oppure il collocamento di un singolo minore: l'accordo si configura di solito come contratto a favore di terzo, cioè del minorenne, e attribuisce dunque a quest'ultimo il diritto a che il progetto educativo individuale elaborato dai servizi ed eseguito dalla comunità sia adeguato, a pena di responsabilità contrattuale degli operatori. Gli operatori rispondono inoltre dei danni (art. 2043).

Dalla fine del 2006 la legge vieta espressamente la collocazione dei minori in *istituti*, cioè in strutture residenziali pubbliche o private caratterizzate da un rapporto elevato tra il numero dei minori accolti e il numero degli operatori incaricati della loro cura. Vista tale regola, negli anni immediatamente precedenti a questa data la massima parte degli istituti preesistenti ha provveduto a trasformare la propria struttura edilizia e la propria organizzazione interna, in modo da conformarsi alla nozione di comunità.

8.4. *L'affidamento ai servizi sociali*

Accade con una certa frequenza che la qualifica formale di *affidatario* sia o sembri attribuita dal giudice al servizio sociale stesso. Talvolta il tribunale de-

cide di collocare il minore nella propria famiglia nucleare, ma sotto la loro stretta sorveglianza⁽¹⁷⁾. Molte altre volte lascia invece alla decisione autonoma del servizio il compito di individuare un'altra famiglia o una comunità presso la quale collocarlo; spesso precisa che si dovrebbe trattare di un “contesto di tipo familiare”, intendendo così che sarebbe preferibile una famiglia a una comunità.

L'attribuzione della qualifica di affidatario ai servizi spesso dà loro un margine di discrezionalità d'azione estremamente ampio, rendendo più difficile il controllo del tribunale sul loro operato: sembra essere, a ben vedere, qualcosa di non troppo diverso da una delega in bianco data a un'autorità amministrativa che, per sua natura, opera al di fuori delle garanzie della giurisdizione. Garanzie dalle quali non si dovrebbe invece mai prescindere in tutti i casi in cui siano dettate limitazioni alla responsabilità genitoriale e siano decise le modalità in cui si svolgeranno i rapporti tra genitori e figli.

La questione è delicatissima. Ricordiamo che proprio su questo punto – l'insufficiente controllo del tribunale sull'operato dei servizi – l'Italia ha subito numerose condanne da parte della CtEDU⁽¹⁸⁾.

8.5. Le procedure e il contenuto del provvedimento di affidamento

La competenza a disporre l'affidamento e la relativa procedura dipendono dal consenso dei genitori esercenti la responsabilità all'allontanamento del minore dal nucleo di origine.

Se questi (o il tutore, se mancano o sono decaduti dalla responsabilità) prestano il proprio consenso, l'affidamento è detto *consensuale*: è disposto con provvedimento del servizio sociale locale e reso esecutivo dal giudice tutelare con decreto (art. 4 c. 1° legge 184).

Il provvedimento amministrativo che dispone l'affidamento è adottato dal responsabile dell'ente competente per la funzione assistenziale, quindi dal sindaco, o dal funzionario da lui delegato: il dirigente del settore delle politiche sociali, se il servizio è comunale, il dirigente del consorzio, se i servizi sociali sono erogati su base consortile, come avviene soprattutto per i piccoli comuni.

Il controllo del giudice tutelare è di mera *legittimità* e non di merito: poiché le modalità di esercizio delle funzioni assistenziali rientrano nella competenza del servizio sociale locale, il giudice non può contestare il programma di assistenza predisposto dal servizio sociale locale, ma deve limitarsi a verificare che il provvedimento di affidamento extrafamiliare rientri nella competenza del servizio stesso e sia stato emanato nelle forme e con le finalità stabilite dalla legge,

¹⁷ Su questa particolare prassi, che ricorre più che altro in caso di divisione della coppia dei genitori, rinviamo alle osservazioni critiche fatte nel cap. 16 § 5.1®.

¹⁸ Ricordiamo fra gli altri i casi *Scozzari & Giunta c. Italia*, 2000; *Piazzì c. Italia*, 2010; *Lombardo c. Italia*, 2013.

dunque se è ragionevole prognosticare che l'allontanamento sia reversibile.

Qualora i genitori esercenti la responsabilità (o il tutore) non diano il consenso al collocamento extrafamiliare, provvede il tribunale per i minorenni, secondo le regole dell'art. 333, cui fa espresso rinvio l'art. 4 c. 1° legge 184; l'affidamento è detto allora *giudiziale*. In questo caso è necessario adottare un provvedimento di cui all'art. 333, poiché l'affidamento extrafamiliare limita molti dei diritti e della facoltà che compongono la responsabilità genitoriale, come per esempio il diritto dei genitori di fissare la residenza del minore o quello di educarlo e istruirlo senza ingerenze esterne.

Le statistiche mostrano che i casi di affidamento giudiziale in corso rappresentano circa l'80% degli affidamenti totali (19). Le ragioni principali sono due: spesso il consenso dei genitori, anche se viene dato, appare malfermo, dubioso, con il continuo rischio che sia revocato, sicché i servizi ritengono più sicuro fare la segnalazione al giudice, per ottenere il suo provvedimento, invece di decidere direttamente. La seconda ragione è la frequente lunga durata degli affidamenti: anche se iniziati come consensuali, possono essere prorogati oltre i 24 mesi solo per decisione del tribunale.

Indipendentemente dall'autorità che lo emette, il provvedimento di affidamento deve indicare:

- le motivazioni che hanno giustificato l'adozione della misura;
- i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario ;
- le modalità attraverso le quali i genitori e gli altri componenti il nucleo familiare d'origine possono mantenere i rapporti con il minore;
- il servizio sociale locale cui è attribuita la responsabilità del programma di assistenza, nonché la vigilanza durante l'affidamento;
- il periodo di presumibile durata dell'affidamento, che deve essere rapportato al complesso di interventi volti al recupero della famiglia d'origine.

8.6. *La durata*

L'affidamento dovrebbe essere una misura *a tempo determinato* per la sua *natura stessa*, dovendo essere attivato nei casi di impossibilità *transitoria* dei genitori di prendersi adeguatamente cura del minore.

La temporaneità è imposta dalla legge è assistita da garanzie sostanziali e processuali (art. 4 c. 4° legge 184): il provvedimento di affidamento deve espressamente indicarne la durata presumibile, che non può superare i 24 mesi; proroghe possono tuttavia essere disposte dal tribunale per i minorenni nei casi – dichiarati eccezionali dalla legge, ma in realtà assai frequenti – in cui «la sospensione dell'affidamento rechi pregiudizio al minore». I servizi devono costantemente vigilare sull'affidamento in atto, tenendo informata l'autorità giu-

¹⁹ Cfr. *Quaderni di ricerca sociale*, n. 26, cit., in <www.lavoro.gov.it/Strumenti/StudiStatistiche/sociale>.

diziaria, riferendole ogni evento di particolare rilevanza e presentando relazioni semestrali sul suo andamento (art. 4 c. 3° legge 184).

Le statistiche relative alla durata e all'esito dell'affidamento familiare dimostrano che nella maggioranza dei casi l'affidamento non si conclude con il rientro del minore nel nucleo familiare e che comunque, indipendentemente dal ritorno o no del minore nella famiglia di origine, dura ben più dei 24 mesi stabilito dalla legge. Gli ultimi dati statistici pubblicati indicano che il 60% circa degli affidamenti dura oltre tale limite ⁽²⁰⁾.

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» (art. 4 c. 5° legge 184). La semplice scadenza del termine non è sufficiente per farlo cessare, altrimenti il minore rischierebbe di trovarsi senza alcuna assistenza.

8.7. *I rapporti del minore con la famiglia d'origine e con quella affidataria*

Il minore in affidamento extrafamiliare ha due famiglie: quella *d'origine*, con la quale conserva rapporti giuridici, conserva o dovrebbe conservare rapporti di fatto e all'interno della quale dovrebbe poi essere riaccolto al termine del suo allontanamento; quella *affidataria*, che lo accompagna in un periodo difficile della sua vita.

I genitori del minore in affidamento extrafamiliare conservano in linea di principio l'*esercizio* della responsabilità, salvo vi sia stata pronuncia di decadenza (art. 330) o sia in corso un procedimento per dichiarare lo stato di adottabilità e la responsabilità sia quindi sospesa (art. 10 c. 3° legge 184). Nel caso in cui i genitori siano decaduti dalla responsabilità, al minore è nominato un *tutore*. L'esercizio della responsabilità è ovviamente soggetto a limiti, per lo più molto incisivi, determinati dal provvedimento di affidamento.

I genitori hanno il diritto di mantenere i contatti con il figlio: se però può derivarne a quest'ultimo un pregiudizio, i contatti possono essere ridotti sia quantitativamente sia qualitativamente (come per esempio prescrivendo che si svolgano in luogo neutro), o addirittura sospesi del tutto, nei casi più gravi: sui gravissimi problemi che si pongono davanti a queste prassi rinviamo a quanto scritto sopra, nel § 6.6 ®; occorre avvertire che nei fatti la frequentazione tra il minore e la famiglia di origine è spesso piuttosto ridotta.

Durante l'affidamento extrafamiliare l'*esercizio* della responsabilità genitoriale è *frammentato* tra i genitori e la famiglia affidataria. Questa deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento, educazione e

²⁰ Cfr. *Quaderni di ricerca sociale*, n. 26, cit., in <www.lavoro.gov.it/Strumenti/StudiStatistiche/sociale>.

istruzione «tenendo conto delle indicazioni dei genitori» che non abbiano subito un provvedimento di decadenza o di limitazione della responsabilità (art. 5 c. 1° legge 184). Sia i genitori sia gli affidatari devono essere sentiti nei procedimenti civili in materia di responsabilità, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato.

Nel provvedimento di affidamento devono essere indicati «i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri riconosciuti all'affidatario» (art. 4 c. 3° legge 184); «in ogni caso l'affidatario esercita i poteri connessi con la responsabilità parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie» (art. 5 c. 1° legge 184). Sono dunque gli affidatari che, per esempio, firmano il diario, giustificano le assenze scolastiche, autorizzano le uscite e le gite scolastiche, vanno ai colloqui individuali con gli insegnanti, partecipano ai consigli di classe e hanno l'elettorato attivo e passivo negli organi rappresentativi della scuola. Sono invece i genitori che scelgono, per esempio, il tipo di istruzione (pubblica o privata, professionale o non), se e come il minore sarà avviato a una determinata pratica religiosa (dunque tra l'altro il battesimo, la prima comunione e la cresima), se si avvarrà o no dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola elementare e media inferiore, se chiedere il rilascio di un documento d'identità valido per l'espatrio. Per quanto concerne le questioni sanitarie sono gli affidatari che si occupano delle vaccinazioni obbligatorie e scelgono le cure per le comuni malattie infantili, mentre sono i genitori che danno il consenso agli interventi sanitari che fuoriescono dall'ordinario.

Nell'esercizio di questi poteri e doveri di tipo paragenitoriale, gli educatori delle comunità sono equiparati alle famiglie affidatarie (art. 5 c. 3° e 1° legge 184).

Gli affidatari hanno anche altri riconoscimenti legislativi o giurisprudenziali: godono dei congedi parentali e dell'astensione dal lavoro previsti per i genitori biologici e adottivi; hanno diritto di costituirsi parte civile per ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale per la morte del minore loro affidato causata colposamente da terzi (per esempio in un incidente stradale).

Gli affidatari sono responsabili, soprattutto sotto il profilo dell'omessa sorveglianza, dei danni prodotti a terzi dai fatti illeciti del minore loro affidato: secondo l'art. 2047, se incapace d'intendere e di volere, secondo l'art. 2048, se già capace. Se il minore è ospitato in una comunità, la responsabilità grava sul legale rappresentante della comunità stessa ed eventualmente sull'operatore cui è attribuito il compito di seguire il minore; ma restano comunque responsabili i genitori, se il minore è capace d'intendere e di volere, sotto il profilo dell'insufficienza dell'educazione impartita.

La maggioranza degli enti locali prevede a beneficio degli affidatari l'erogazione di un contributo economico mensile, con possibilità di aumento in relazione a condizioni di particolare gravità del minore, come per esempio la disabilità, nonché rimborsi straordinari per spese sanitarie e scolastiche.

È discusso se i genitori restino tenuti al mantenimento dei figli in affida-

mento familiare e se, conseguentemente, l'ente locale possa agire in rivalsa contro di loro per il rimborso in tutto o in parte delle spese dell'affidamento, così come espressamente previsto da numerosi regolamenti locali. Secondo la corte di cassazione, la rivalsa è ammessa in caso di collocamento residenziale, mentre non sarebbe invece ammissibile in caso di affidamento a una famiglia, poiché gli affidatari hanno tra l'altro l'obbligo di «provvedere al mantenimento» dell'affidato (art. 5 c. 1° legge 184), che sarebbe sostitutivo di quello dei genitori (21).

9. L'affidamento amministrativo con funzione rieducativa

Il minore che dia «manifeste prove di *irregolarità della condotta o del carattere*» può essere affidato al servizio sociale per i minorenni o collocato in una casa di rieducazione (art. 25 r.d.l. 1404/1934, istitutivo del tribunale per i minorenni); soppresse queste ultime nel 1977, oggi il collocamento può essere fatto solo presso una comunità di accoglienza. Altrettanto può aver luogo per i minorenni che esercitano la *prostituzione* (art. 25-bis r.d.l. 1404).

Legittimati a chiedere il provvedimento, oltre al pubblico ministero e al servizio sociale stesso, sono anche i genitori o il tutore; in caso di urgenza il tribunale può procedere d'ufficio. Il procedimento ha carattere amministrativo, benché si svolga davanti al tribunale per i minorenni. Questo, con decreto motivato, adotta «i provvedimenti utili all'assistenza, anche di carattere psicologico, al recupero e al reinserimento del minore». Può anche nominargli un curatore speciale.

Questo tipo di affidamento era stato introdotto all'interno della legge del 1934 con le leggi 888/1956 (per il caso di irregolarità della condotta o del carattere) e 269/1998 (per il caso di prostituzione). Un tempo era l'unico tipo di affidamento previsto dalla legge per i minori in difficoltà ed era parte integrante del sistema di valori e dell'atmosfera culturale di cui era espressione anche l'art 319 del codice civile, abrogato con la riforma del 1975 (22).

L'affidamento amministrativo mantiene tuttavia uno spazio di applicazione di un certo rilievo in quanto strumento per contrastare *condotte socialmente devianti* del minore, che non possono essere ricondotte a comportamenti censurabili dei suoi genitori, sicché un provvedimento di limitazione della responsabilità apparirebbe ingiusto; oppure che vengono tenute da minori privi di genitori che si occupino di loro, per esempio perché fuggiti di casa o perché immigrati senza l'accompagnamento di un adulto. Nell'intendimento del legi-

²¹ Così Cass. 22678/2010.

²² «Il padre che non riesca a frenare la cattiva condotta del figlio, può [...] collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale»; questi, assunte sommarie informazioni, provvedeva con decreto non motivato e né impugnabile.

slatore sono misure con finalità soprattutto *preventiva*: evitare che la condotta deviante evolva in condotta criminale.

Gli uffici dei *servizi sociali per i minorenni* sono organismi operativi dei Centri per la giustizia minorile, il cui ordinamento è regolato dalla legge 1085/1962: sono uffici con competenza regionale, dipendenti dal ministero della giustizia, facenti quindi parte dell'amministrazione centrale dello stato e non delle autonomie locali. Le funzioni loro spettanti al di fuori del campo penale sono ormai residuali, dopo la creazione del sistema dei servizi sociali degli enti locali.

Il minore in affidamento amministrativo deve restare in contatto costante con l'operatore dei servizi per i minorenni incaricato della sua educazione, risiedere ove questi lo prescriva (a volte presso la propria famiglia, ma di solito presso una comunità); l'operatore educativo ha il compito di tenere sotto controllo i suoi comportamenti e le sue frequentazioni, di consigliarlo e di guidarlo, di offrirgli opportunità di inserimento sociale e di lavoro. Salvo diversa prescrizione del giudice, i genitori continuano a esercitare la responsabilità, pur nel rispetto degli indirizzi dati dall'operatore educativo.

L'art. 26 c. 3° r.d.l. 1404/1934 prevede che la misura di affidamento al servizio sociale possa essere adottata anche nei confronti di minori che subiscono condotte pregiudizievoli da parte dei loro genitori, con espresso rinvio ai casi di cui all'art. 333. La norma dà un fondamento testuale agli affidamenti ai servizi sociali pronunciati quando ricorrono tali casi, cui abbiamo fatto cenno in precedenza (23). Occorre comunque sottolineare che questi affidamenti ai servizi restano in ogni caso di tipo *amministrativo*, pur se pronunciati in caso di comportamenti pregiudizievoli dei genitori invece che di cosiddetta «irregolarità» del minore.

10. La tutela

Il termine “tutela”, come già accennato, individua uno specifico istituto di lunga tradizione volto a proteggere il minorenne privo di genitori che possono esercitare la responsabilità: il *tutore*, nominato dal giudice, ha la funzione di *rappresentante legale* del minore – detto *pupillo* – e deve *curarne la persona e amministrarne l'eventuale patrimonio*.

Il *giudice tutelare apre la tutela* quando entrambi i genitori sono *morti*, sono *ignoti* o «per altre cause *non possono esercitare la responsabilità genitoriale*» (art. 343 c. 1°): di solito si tratta di impossibilità *giuridica*, come quando i genitori ne sono decaduti o sono stati sospesi dal suo esercizio; potrebbe però anche trattarsi di impossibilità *di fatto*, come quando i genitori sono lontani e non possono occuparsi del figlio, per esempio perché emigrati per lavoro o perché latitanti.

²³ Cfr. cap. 17 §§ 8.2 e 8.3®.

Alcuni soggetti sono obbligati a segnalare al giudice tutelare queste situazioni (art. 345): fra questi i parenti entro il terzo grado del minore rimasto senza genitori; l'ufficiale dello stato civile che riceve la notizia della nascita di un figlio di ignoti o della morte di una persona con figli minori; il cancelliere dell'ufficio giudiziario che ha emanato una decisione alla quale consegue la necessità di nominare un tutore, come una condanna penale che incida sull'esercizio della responsabilità o la dichiarazione di morte presunta.

Se l'impossibilità di esercitare la responsabilità genitoriale appare transitoria, l'apertura della tutela può essere accompagnata da un affidamento extrafamiliare, secondo l'art. 2 e segg. legge 184 (cfr. sopra, § 8®). Se nel corso del procedimento per la dichiarazione di adottabilità il tribunale per i minorenni decide di sospendere la responsabilità dei genitori, nomina contestualmente un tutore provvisorio al minore (art. 10 c. 3° legge 184).

Lo strumento della tutela viene applicato a realtà sociali e a situazioni giuridiche molto diverse fra loro: le principali sono quella dei minori rimasti privi dei genitori, ma dotati di una famiglia allargata che provvede interamente a loro in modo adeguato; quella dei minori i cui genitori sono decaduti dalla responsabilità, per i quali di solito è necessario un intervento sociale di sostegno per trovare loro una collocazione esterna alla famiglia nucleare d'origine, come l'affidamento extrafamiliare o l'adozione; quella – oggi molto frequente – dei *minorì stranieri non accompagnati* (cfr. § 12.1®). Per queste ragioni le norme sulla tutela vengono spesso applicate insieme con altre regole, diverse, soprattutto con quelle sull'*affidamento extrafamiliare* e con quelle sui *minorì stranieri non accompagnati*: la sovrapposizione delle regole non è sempre del tutto armonica e pone qualche problema di coordinamento.

Il *tutore* è nominato dal giudice tutelare (art. 348): salvo il caso, raro, in cui il genitore che ha esercitato per ultimo la responsabilità abbia fatto una designazione e questa corrisponda all'interesse del minore, il giudice sceglie preferibilmente un *familiare* come tutore; in mancanza può scegliere una *persona estranea alla famiglia*, che sia disponibile a svolgere la funzione di tutore con spirito di *volontariato* e che ne abbia le capacità morali e operative. Tali persone scarseggiano: eppure ve ne sarebbe un grande bisogno. In qualche area del territorio nazionale sono stati organizzati negli ultimi anni dei corsi di formazione per tutori volontari, su iniziativa degli enti pubblici territoriali competenti (comuni e province) o delle autorità garanti dei diritti dei minori istituite in molte regioni (cfr. cap. 8 § 8®).

L'attuale scarsità di tutori volontari adeguatamente preparati porta alla conseguenza che, se mancano familiari idonei a svolgere la funzione di tutore, il giudice nomina di solito un tutore cosiddetto *burocratico*: l'art. 354 stabilisce infatti che la funzione tutelare possa essere attribuita «a un ente di assistenza nel comune dove ha domicilio il minore». Lo stesso articolo aggiungeva anche la possibilità di attribuirla «all'ospizio in cui questi è ricoverato»: la norma è stata abrogata (implicitamente) dall'art. 3 c. 2° legge 184, che vieta ai legali

rappresentanti delle comunità e alle persone che vi lavorano, anche come volontari, di svolgere la funzione di tutore per i minori ivi accolti.

Gli *enti di assistenza* in questione oggi sono gli *enti locali territoriali*, nella cui competenza rientra la gestione operativa del sistema dei servizi sociali: il principale è il comune, ma a volte la gestione operativa del sistema è invece attribuita a consorzi intercomunali per i servizi sociali. L'incarico di tutore viene in questi casi attribuito per lo più al sindaco, in quanto legale rappresentante dell'ente, all'assessore con delega per l'assistenza sociale, al direttore del consorzio erogatore dei servizi sociali o all'ASL in persona del suo legale rappresentante. L'ente non può rifiutare l'incarico, poiché costituisce un aspetto delle sue funzioni istituzionali fondamentali.

La legge, poi, consente all'ente locale di delegare l'esercizio concreto delle funzioni di tutela a un componente del suo personale: costituisce prassi consolidata che un operatore dei servizi sociali sia delegato a compiere singoli atti relativi al minore, come per esempio dare il consenso a un trattamento sanitario o gestire un libretto postale di risparmio nel suo interesse.

La funzione tutelare è gratuita; il giudice tutelare può però stabilire un'equa indennità, qualora l'attività necessaria sia particolarmente gravosa (art. 379). In caso di nomina di un ente di assistenza quale tutore di un minore i cui genitori sono *conosciuti*, il giudice tutelare dispone spesso a loro carico, se le condizioni economiche lo consentono, il pagamento di una somma di denaro che contribuisca alla gestione della tutela, come modalità di adempimento del loro dovere di mantenere i figli.

Le funzioni del tutore sono indicate dall'art. 357: «ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni». Sull'esercizio della tutela vigila il giudice tutelare. Fra le attività del tutore, il codice presta un'attenzione molto più analitica a quella di amministrazione del patrimonio che a quella di cura della persona: ciò corrisponde alle funzioni principali che aveva la tutela nel XIX secolo, quando i tutori erano per lo più nominati a minori rimasti orfani di entrambi i genitori, appartenenti a famiglie dotate di un patrimonio di una certa rilevanza; ma non corrisponde più di certo alle funzioni che nella maggior parte dei casi svolge oggi.

Nella sua attività di *cura della persona*, il tutore deve assicurare al minore un luogo di accoglienza, provvedere alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle sue capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni. Il tutore deve tenere costantemente informato il giudice tutelare: a quest'ultimo spetta il compito di controllarne l'attività, sia nella sfera personale sia in quella patrimoniale, e di prendere tutte le decisioni di maggiore rilievo per la vita del minore, a partire dalla sua collocazione familiare e abitativa, su proposta del tutore (art. 371).

Se il tutore non è il rappresentante legale di un ente, ma è una persona fisica che *convive* nei fatti con il minore, come accade quando è un parente che lo accoglie in casa propria, per lo più è anche obbligato a mantenerlo, come se

fosse un affidatario; inoltre risponde dei fatti illeciti commessi dal minore ai danni di terzi secondo al regola consueta dell'art. 2048.

Il tutore è il *legale rappresentante* del minore: ha quindi il compito di dare tutti i consensi che fossero opportuni nel suo interesse, come quelli all'affidamento extrafamiliare, ai trattamenti sanitari, all'interruzione volontaria della gravidanza.

Qualora il minore abbia un patrimonio, il tutore deve procedere all'inventario dei beni del minore entro 10 giorni dalla notizia della nomina (art. 362); per gli atti più rilevanti di amministrazione del patrimonio del pupillo deve ottenere l'autorizzazione del giudice, altrimenti sono annullabili (artt. 374 e 375). Deve amministrare il patrimonio del minore con diligenza ed è responsabile dei danni a lui cagionati violando i propri doveri (art. 382).

11. *La protezione dei minorenni disabili*

I bambini e gli adolescenti che «presentino una minorazione fisica, psichica o sensoriale [...] che sia causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione» (così è definita la persona *disabile* dall'art. 3 della legge quadro 104/1992 sull'handicap) in linea di principio beneficiano ovviamente di tutti gli strumenti ordinari di protezione civile previsti dall'ordinamento per le persone disabili e per i minori.

Essi possono dunque beneficiare dell'*indennità di accompagnamento* (o *assegno di accompagnamento*): si tratta di un sostegno economico mensile pagato dall'INPS, indipendentemente dal reddito del nucleo familiare, alle persone che non possono compiere gli atti quotidiani della vita, o che sono non deambulanti, o che hanno bisogno di assistenza continuativa, purché non siano ricoverati gratuitamente presso strutture pubbliche per più di un mese. L'indennità spetta anche ai minorenni non deambulanti bisognosi di assistenza continua e privi di aiuto ⁽²⁴⁾.

Tuttavia, data la loro condizione di soggetti particolarmente deboli, i minorenni disabili hanno bisogno di un livello specialmente alto di protezione, per la quale i consueti strumenti possono rivelarsi insufficienti. È dunque necessario che l'amministrazione pubblica sviluppi politiche di *azioni positive* a loro favore, tali da offrire loro una protezione rafforzata, con il fine ultimo di garantire l'*eguaglianza sostanziale* (art. 3 c. 2° cost.).

Tale indicazione è contenuta anche nella recente *Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, adottata dall'assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con legge 18/2009: l'art. 7 c. 1° impone agli stati partì di adottare «ogni misura necessaria a garantire ai bambini con

²⁴ Così Cass. 1377/2003.

disabilità il pieno godimento di tutti i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali su un piano di parità con gli altri bambini».

Nella pratica tuttavia l'applicazione degli strumenti di diritto civile a protezione dei minori disabili può rivelarsi assai problematica: per questi minori è più difficile reperire volontari sia per l'affidamento extrafamiliare sia per l'adozione, e il sostegno offerto dai servizi tanto nel periodo di affidamento quanto dopo l'adozione dev'essere prestato in modo particolarmente qualificato sul piano professionale, oltre che più intenso e attento che negli altri casi.

Consapevoli di queste difficoltà, sia il legislatore (nazionale e regionale) sia gli enti locali, ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze, dovrebbero prevedere particolari modalità di funzionamento degli strumenti generali di protezione dei minorenni – dunque una protezione *rafforzata* – a favore dei disabili.

Per promuovere l'affidamento di minori disabili, gli enti locali prevedono spesso la possibilità di aumentare il contributo mensile riconosciuto agli affidatari e di offrire loro rimborsi straordinari per i trattamenti sanitari necessari e per il sostegno scolastico individuale supplementare (le cosiddette ripetizioni private). Qualora il minore disabile sia adottato dalla famiglia che lo aveva avuto in affidamento, alcuni enti prevedono che il sostegno economico corrisposto durante l'affidamento sia mantenuto fino al compimento della maggiore età.

Regole particolari di protezione dei minori disabili *gravi* (come definiti dall'art. 3 c. 3° legge 104/1992) sono dettate sia in materia di affidamento condiviso dei figli (cfr. cap. 14 § 8®), sia in materia di adozione (cfr. cap 18 §§ 5 e 9.1®).

12. La protezione dei minorenni stranieri

Il diritto dell'immigrazione, cioè l'insieme delle norme che definiscono il trattamento giuridico degli stranieri, sia maggiorenni sia minorenni, si fonda su principi diversi e talvolta antitetici rispetto a quelli del diritto familiare e minore. Ciò è dovuto al fatto che la normativa sull'immigrazione (d.lgs. 286/1998), soprattutto nel testo attualmente vigente, è ispirata anzitutto alla scelta politica di limitare l'accesso dei cittadini stranieri extracomunitari al territorio nazionale e di circoscriverne i diritti: gli immigrati extracomunitari sono infatti spesso percepiti come potenziali perturbatori della pubblica sicurezza e come concorrenti indesiderati sia sul mercato del lavoro sia nell'accesso alle scarse risorse destinate alle politiche sociali. Solo in subordine a ciò, la normativa è ispirata all'esigenza di garantire un certo grado di rispetto dei loro diritti umani fondamentali: in particolare del *diritto a non essere discriminati* per ragioni di razza, lingua, opinioni politiche, religione, del *diritto al rispetto della propria vita privata e familiare* e del *diritto alla salute*. Il rispetto dei diritti fondamentali dovrebbe essere garantito a ogni straniero, indipendentemente dalla regolarità del suo soggiorno.

Per quanto più specificamente riguarda la protezione dei minori stranieri immigrati, le norme di legge e la loro applicazione esprimono un bilanciamento tra il tentativo di limitare il fenomeno migratorio e la garanzia dei diritti fondamentali della personalità umana, fra i quali centrale è il principio del superiore interesse del minore (art. 3 CRC). L'art. 28 c. 3° lett. a d.lgs. 286 precisa infatti che «in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare e riguardanti i minori, deve essere preso in considerazione con carattere di priorità il superiore interesse del fanciullo», conformemente a quanto previsto dall'articolo 3, c. 1° CRC. Per le attuazioni di questo principio, rinviamo al successivo § 12.2®.

12.1. *L'ingresso in Italia*

Le modalità di ingresso e di soggiorno in Italia dei minori stranieri dipendono da diverse circostanze, la più importante delle quali è la condizione familiare: se entra o si trova sul territorio nazionale *accompagnato*, cioè insieme con i genitori o con un adulto che ne abbia la rappresentanza legale, oppure da solo, cioè *non accompagnato* da un adulto che abbia una responsabilità legale nei suoi confronti.

Casi particolari sono quelli del minore vittima di una situazione di violenza o di grave sfruttamento, che ponga in pericolo la sua incolumità in modo concreto e attuale, che può ottenere il *permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale* (art. 18 d.lgs. 286); il caso del minore che ha il diritto di *asilo*, sul presupposto che nel suo paese d'origine gli è impedito l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla costituzione italiana (art. 10 c. 3° cost.), o che, pur senza avere i requisiti per ottenere lo status di rifugiato, abbia diritto a una «*protezione sussidiaria*», perché non può essere rinviauto nel paese di origine a causa del fondato timore che possa subire un grave danno alla sua vita o alla sua incolumità (d.lgs. 251/2007). Queste regole si applicano anche ai maggiorenni che si trovino nelle medesime situazioni.

a) *Minore accompagnato*

Il minore può giungere in Italia *con* i propri genitori o *per ricongiungersi* con essi. Può anche entrare nel nostro paese in vista dell'adozione internazionale da parte di una coppia qui vivente: ne tratteremo nel cap. 18 § 7®).

Nella maggioranza dei casi il minore cittadino extracomunitario giunge in Italia in un momento successivo all'emigrazione dell'adulto, in seguito alla domanda di *ricongiungimento familiare* avanzata dal genitore, dall'affidatario o dal tutore straniero già residente in Italia che sia titolare di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno di durata non inferiore a un anno (art. 29 c. 1° e 2° d.lgs. 286). Presupposto per il ricongiungimento è che il familiare residente in Italia abbia la disponibilità di un alloggio e di un reddito minimo annuo che rispettino le condizioni stabilite dalla legge (art. 29 c. 3° d.lgs. 286).

L'ingresso in Italia *al seguito* dei genitori è consentito qualora questi ultimi siano titolari della carta di soggiorno o di un visto di ingresso per lavoro, per

studio o per motivi religiosi e abbiano i requisiti di alloggio e reddito richiesti per il ricongiungimento familiare (art. 29 c. 4° d.lgs. 286).

Il figlio minore è iscritto nel permesso di soggiorno o nella carta di soggiorno dello straniero adulto fino al compimento dei 14 anni (art. 31 c. 1° d.lgs. 286). Successivamente ottiene un permesso di soggiorno per motivi familiari, valido fino alla maggiore età, o una carta di soggiorno (art. 31 c. 2° d.lgs. 286). Raggiunta la maggiore età, può ottenere un permesso di soggiorno per motivi di studio o di accesso al lavoro, oppure per esigenze sanitarie o di cura (art. 31 c. 2° d.lgs. 286).

L'iscrizione nel permesso di soggiorno dei genitori o il rilascio di un permesso di soggiorno autonomo consentono ai minori l'iscrizione al servizio sanitario nazionale e quindi l'accesso a alle prestazioni sanitarie. Poiché, come già ricordato, tutti i minori stranieri sono soggetti all'obbligo scolastico (art. 38 c. 1° d.lgs. 286), con le stesse modalità previste per quelli italiani, indipendentemente dalla regolarità del soggiorno, i genitori sono tenuti ad iscrivere i figli a scuola e a vigilare affinché essi frequentino le lezioni.

b) Minore non accompagnato

Il d.p.r. 535/1999 qualifica come *non accompagnati* i minorenni cittadini extracomunitari che si trovino sul territorio italiano senza un adulto (genitore, tutore) che abbia una responsabilità legale nei loro confronti. Può trattarsi di minori il cui titolo di residenza in Italia non è più valido oppure che vi sono entrati illegalmente.

Il minorenne straniero non accompagnato ha diritto, in quanto tale, di non essere espulso (art. 19 c. 1° lett. a d.lgs. 286) e di ottenere un permesso di soggiorno per minore età. Il rilascio del permesso consente l'iscrizione al servizio sanitario nazionale. È invece discusso se tale permesso consenta l'esercizio di un'attività lavorativa, nei limiti stabiliti dalla legge per il lavoro minorile: la circolare 13 novembre 2000 del ministero degli interni non lo ammette.

Malgrado il rilascio del permesso di soggiorno per minore età, la situazione di questi minori è estremamente precaria. Il suo rilascio, infatti, si accompagna alla segnalazione (obbligatoria, salvo richiesta di asilo da parte del minore) al *Comitato per i minori stranieri*. Questo dovrebbe avviare un'indagine nel paese d'origine del minore per valutare se il rimpatrio sia opportuno nel suo interesse e se garantisca il suo diritto all'unità familiare. In base all'esito di questi accertamenti, decide poi se ordinare il cosiddetto *rimpatrio assistito*; a tal fine è necessario anche il nulla osta del tribunale per i minorenni, che viene negato se vi sono procedimenti giudiziari a carico del minore o se sussistono inderogabili esigenze processuali.

La segnalazione della presenza di un minore straniero non accompagnato deve inoltre essere fatta *alla procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni* e al *giudice tutelare*. La prima esaminerà la situazione del minore e deciderà se richiedere al tribunale un affidamento extra o eterofamiliare o l'apertura di un procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità

(art. 37-*bis* legge 184). Se l'affidatario è cittadino straniero, il minore è iscritto nel suo permesso di soggiorno fino al compimento dei 14 anni; una volta compiuti, riceve un permesso di soggiorno per motivi familiari.

Il giudice tutelare disporrà l'apertura di una *tutela*: la legge italiana infatti prevede che se i genitori non possono esercitare la responsabilità – come non può non essere nel caso dei minori stranieri non accompagnati – al minore dev'essere nominato un tutore (art. 343 c. 1°). La segnalazione all'autorità giudiziaria deve ritenersi obbligatoria, malgrado la legge non le preveda esplicitamente, in virtù del suo compito istituzionale di provvedere alla protezione dei minorenni in difficoltà nei modi stabiliti dalla legge italiana, legge direttamente applicabile in quanto il minore è residente in Italia (art. 42 legge 218).

L'apertura della tutela e l'affidamento hanno inoltre un effetto pratico importante: attribuiscono al ragazzo straniero, al compimento della maggiore età, il diritto di ottenere il permesso di soggiorno, purché si trovi nelle condizioni di cui all'art. 32 c. 1 e 1-*bis* d.lgs. 286, per le quali rinviamo al termine del § successivo.

12.2. Il soggiorno

Il minorenne straniero, considerato in quanto tale e dunque indipendentemente dalla situazione dei suoi genitori (se soggiornanti in Italia o no, se soggiornanti regolarmente o no), *non può di regola essere espulso*; l'espulsione è limitata a casi eccezionali e deve comunque essere disposta dal tribunale per i minorenni e non dal prefetto, come avviene invece secondo le regole ordinarie. In mancanza di un altro titolo per restare in Italia, ha diritto a un permesso di soggiorno «per minore età» (artt. 19 c. 2° lett. *a* e 31 d.lgs. 286).

I minorenni stranieri titolari di un permesso di soggiorno hanno il *diritto all'assistenza sanitaria*: possono ottenere le prestazioni offerte dal servizio sanitario nazionale (medicinali, ricoveri in ospedale, visite mediche specialistiche ecc.) previa iscrizione a tale servizio (art. 34 d.lgs. 286), alle stesse condizioni dei minorenni cittadini italiani. L'iscrizione deve essere effettuata dal genitore o dal tutore presso l'ASL del luogo di residenza o di effettiva dimora. I minori stranieri privi di permesso di soggiorno, pur non potendo iscriversi al servizio sanitario nazionale, hanno comunque diritto alle cure ambulatoriali e ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia e infortunio, e ad accedere ai programmi di medicina preventiva (art. 35 d.lgs. 286).

Tutti i minorenni stranieri hanno *diritto all'istruzione* (artt. 34 cost., 28 CRC e 38 d.lgs. 286). I genitori o il tutore possono iscriverli – anzi, *devono* iscriverli, se sono soggetti all'obbligo scolastico – alla classe corrispondente all'età anagrafica, salvo che il collegio dei docenti ravvisi fondate ragioni per iscriverli a una classe diversa. Per l'iscrizione scolastica non è richiesto il permesso di soggiorno, sicché gli insegnanti, i dirigenti scolastici e gli operatori degli enti locali non possono pretendere che i genitori stranieri lo esibiscano al

momento della richiesta d'iscrizione dei figli (art. 6 c. 2° d.lgs. 286). A questo modo hanno la possibilità di ignorare l'irregolarità del soggiorno, sicché non sono tenuti a farne denuncia all'autorità giudiziaria, cui sarebbero altrimenti tenuti in quanto pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio (25).

Il principio di priorità dell'interesse del minore trova attuazione anche in un particolare ricongiungimento familiare *invertito*, cioè di un genitore, che si trova all'estero o che soggiorna clandestinamente in Italia, con il figlio minore qui regolarmente soggiornante; nella maggior parte dei casi la questione si pone quando il genitore si trova in Italia ed è minacciato di espulsione. Tale genitore può chiedere al tribunale per i minorenni l'autorizzazione al soggiorno in Italia «per un periodo di tempo determinato», dovuta a «gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano», in assenza di ogni altro requisito e «anche in deroga alle altre disposizioni» della legge (art. 31 c. 3° d.lgs. 286).

Sulle caratteristiche di tali «gravi motivi» non c'è unanimità: secondo maggior parte della giurisprudenza, soprattutto di merito, l'autorizzazione può essere negata solo se il minore non è ancora radicato nel contesto socio-culturale italiano e la famiglia potrebbe agevolmente ritrasferirsi nel paese di origine, o se i rapporti tra il minore e il genitore del cui allontanamento si discute non sono significativi o gli possono arrecare pregiudizio. Secondo una diffusa prassi amministrativa, invece, l'autorizzazione viene concessa solo in casi eccezionali, per lo più riconducibili a gravi motivi di salute del minore, che richiedano trattamenti sanitari non disponibili nel suo paese di origine. Fino alla decisione il genitore non può essere espulso e il suo soggiorno è temporaneamente legittimo.

Il minore straniero che si trovi in situazione di gravi difficoltà di vita ha *diritto alla protezione e all'assistenza* da parte dell'autorità, secondo le norme previste dalla legge italiana e senza discriminazione rispetto ai minori italiani: così stabiliscono gli artt. 1 e 2 della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 sulla competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione dei minori (cui rinvia l'art. 42 legge 218), l'art. 37 *bis* legge 184 e (per un caso particolare) l'art. 25-*bis* r.d.l. 1404/1934. Nella loro applicazione occorre tener conto del patrimonio culturale d'origine del minore e della sua famiglia, ma sempre nel rispetto dei principi del sistema internazionale e costituzionale per la protezione dei diritti dei minori: sul punto rinviamo alle considerazioni svolte in precedenza (cap. 15 § 4.6®). Citiamo quale esempio un caso realmente accaduto: risulta, dalle confidenze fatte alla maestra, che una bambina straniera è stata punita dai genitori sfregandole i genitali con un peperoncino, con conseguente grave irritazione; tale comportamento, evidentemente censurabi-

²⁵ Così art. 331 CPP, come modificato dalla legge 94/2009, il cosiddetto *pacchetto sicurezza*.

le, può di certo dar luogo a un provvedimento limitativo della responsabilità (mediante prescrizioni), nonostante si tratti di una pratica punitiva normalmente accettata nella loro cultura e che era stata subita dai genitori stessi in età infantile.

Qualora un minorenne straniero, privo di assistenza in Italia, sia vittima dei reati di tratta, di prostituzione o di pornografia minorile, il tribunale per i minorenni può adottare in via di urgenza, anche d'ufficio, «i provvedimenti utili all'assistenza, anche di carattere psicologico, al recupero e al reinserimento del minore»; prima di confermarli in via definitiva, deve prendere «gli opportuni accordi, tramite il ministero degli affari esteri, con le autorità dello Stato di origine o di appartenenza» (art. 25-bis c. 2° r.d.l. 1404/1934). Si tratta di un affidamento di carattere amministrativo (su questi affidamenti in generale, cfr. sopra, § 9®).

Il minore straniero in stato di abbandono sul territorio italiano può essere dichiarato in stato di adattabilità e poi adottato, secondo le norme dell'adozione *nazionale* (art. 37-bis legge 184). Qualora l'adottato che sia cittadino di uno stato islamico che la vieta, l'adozione decisa secondo la legge italiana lo porrebbe in una situazione giuridica contraddittoria (comunemente detta *claudicante*): siccome tale adozione non può essere riconosciuta nel paese di origine, il minore avrebbe due stati personali diversi, di figlio degli adottanti nel paese di accoglienza e di figlio dei genitori biologici nel paese di provenienza.

La possibilità che il minore, divenuto maggiorenne, possa ottenere il permesso di soggiorno per rimanere in Italia dipende dal tipo di permesso di cui era titolare in precedenza:

- il permesso di soggiorno per motivi familiari può essere convertito in permesso per motivi di studio, di accesso al lavoro, di lavoro subordinato o autonomo, per esigenze sanitarie o di cura (art. 32 c. 1° d.lgs. 286);
- il permesso per affidamento o tutela può essere convertito in permesso per studio o lavoro se concorrono le seguenti condizioni: che il minore si trovi in Italia da almeno 3 anni; che abbia seguito per almeno 2 anni un progetto di integrazione sociale e civile gestito da un ente pubblico o privato iscritto negli appositi registri previsti dalla legge; che frequenti corsi di studio o svolga attività lavorativa retribuita o sia in possesso di contratto di lavoro anche se non ha ancora iniziato a svolgerlo (art. 32 c. 1° bis e c. 1° ter d.lgs. 286);
- il minore che ha terminato l'espiazione di una pena detentiva e ha dato «prova concreta di partecipazione a un programma di assistenza e integrazione sociale» può ottenere un permesso per protezione sociale (art. 18 c. 6° d.lgs. 286), che consente l'accesso ai servizi assistenziali e allo studio, nonché l'iscrizione nelle liste di collocamento e lo svolgimento di lavoro subordinato; dura 6 mesi e può essere rinnovato per un anno.