

1 giugno 2007 0:00

Diritto di famiglia e affidamento dei minori. Da quello esclusivo a quello ad entrambi i genitori

di [Claudia Moretti](#)

Un contributo schematico ma chiarificatore in materia di diritto di famiglia, redatto dall'avv. *Elisabetta Bavasso*. Riepilogativo dell'evoluzione normativa in materia, soprattutto in tema di affidamento del minore. Negli ultimi anni vi sono state modifiche importanti, quali quella dell'affidamento ad entrambi i genitori, anche chiamato affidamento congiunto, frutto di un lungo lavoro di oltre un decennio, di proposte e di lenta maturazione culturale per l'affermazione della bigenitorialita'.

Processi di modifica e di riforma

1970 introduzione del divorzio

1975 riforma diritto di famiglia

- Si ha finalmente affermazione della parita' tra i coniugi e si comincia a porre al centro la bigenitorialita' quale risvolto della stessa nei confronti dei figli.

? Si ha anche l'introduzione del "diritto alla separazione" su istanza unilaterale previsto dall'art. 151 codice civile, *"quando si verificano anche indipendentemente dalla volonta' di uno o di entrambi i coniugi , fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza, o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole"*. Cio' significa che e' sufficiente rappresentare al giudice la propria *valutazione soggettiva* e insindacabile della suddetta intollerabilita', affinche' il giudice si pronunci per la separazione.

? Viene introdotto il concetto di *"responsabilita'"* in sostituzione di quello di *"colpa"*, e l'addebito della separazione diviene *pronuncia eventuale* non necessaria -differenza sostanziale con la normativa precedente.

? Si prevede come regola generale l'affidamento ad uno dei genitori secondo l'ormai modificato art. 155 c.c.

1986 modifiche alla disciplina del divorzio

? Si ha l'introduzione *dell'affidamento alternato e congiunto*, in ossequio al principio della bigenitorialita', preceduto tuttavia da uno scarso dibattito e lavori preparatori.

? La giurisprudenza successiva alla riforma, si orienta nel senso di ritenere quale presupposto necessario ad esso, il consenso tra i coniugi.

Negli stessi anni si giunge all'affermazione del diritto del minore ad essere allevato in famiglia.

Si ha rafforzamento dell'adozione e dell'affidamento etero-familiare e si compiono interventi normativi sull'adozione nazionale (adozione speciale) ed internazionale, sull'obbligo di affidamento familiare di minori allontanati da entrambi i genitori, abolizione dei vecchi istituti.

Si emanano modifiche al processo penale minorile, in senso piu' favorevole e garantista in ragione della personalita' incompiuta e immatura degli imputati minorenni.

Tutte le riforme e innovazioni normative su elencate convergono verso l'affermazione del principio della centralita' dell'interesse del minore.

Ne sono diretta conseguenza:

? l'equiparazione dei diritti tra figli "legittimi" (nati da genitori coniugati) e naturali (abolizione della definizione di figlio "illegittimo") tranne qualche residua differenza in sede di successione;

? la possibilita' di riconoscimento di figlio naturale da parte di uomo coniugato;

? la possibilita' di disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio da parte della donna. Si ricorda infatti che vige tutt'oggi la presunzione di legge che un figlio nato da coppia coniugata sia figlio dei coniugi;

? la possibilita' di aggiunta e non sostituzione del cognome paterno in caso di riconoscimento successivo;

? assume, infine, sempre piu' rilevanza sociale e giuridica la famiglia di fatto.

Affidamento ad entrambi i genitori

Iter

Come detto, gia' negli anni 80 si evidenzia la tendenza giurisprudenziale secondo cui la pronuncia di affidamento

alla madre costituisce la norma, mentre l'affidamento al padre consegue solo all'esito dell'accertamento di gravi inadeguatezze della madre o per espressa volontarietà'.

Alla parità giuridica tra coniugi e genitori non corrisponde nella consuetudine una reale interscambiabilità dei ruoli, e sul presupposto che l'affidamento debba coincidere con la cura, esso, inevitabilmente, viene riconosciuto alla madre.

Dopo la riforma ci troviamo in famiglie regolate da "esercizio materno della potestà" in evidente contrasto con il contenuto stesso della riforma che aveva abolito la "patria potestà" in favore della potestà "dei genitori".

E' bene inoltre chiarire come tale stortura sia derivata anche da un'equivoca sovrapposizione dei concetti di cura e di potestà, che non sono la stessa cosa. Infatti, ancorché essa (la cura) costituisca un sostanziale attributo dei genitori e un mezzo consistente per assolvere al dovere di educare, istruire e mantenere la prole, detta funzione può concretizzarsi in modalità diverse in relazione a situazioni, consuetudini, ruoli, disponibilità di tempo, etc. e si diversifica nel corso dei venti anni ed oltre nei quali si concretizza l'allevamento di un figlio. Il che è concetto distinto rispetto alla relazione giuridica che lega, istituzionalizzandolo in termini di diritti e doveri il rapporto fra genitori e figli.

Negli anni 80 nascono iniziative per contrastare la tendenza alla omologazione delle decisioni giudiziarie, tra queste l'associazione *Istituto di studi sulla paternità* fondata e presieduta a Roma da Maurizio Quilici (giornalista Ansa), i cui scopi sono la rivalutazione dei ruoli paterni, in ambito familiare e sociale, e non solo nelle separazione. Come supporto divulgativo viene pubblicato il libro del presidente "il padre Ombra" che analizza, anche con dati statistici, i danni da assenza paterna nella formazione dei giovani. L'associazione rivolge la propria attenzione sia ai padri forzatamente allontanati sia ai padri indifferenti, si avvale di strumenti culturali.

Padri separati fondata e presieduta a Bologna da Aldo Dinacci (psicologo), ha una connotazione di rivendicazione, si schiera per i padri ingiustamente separati dai figli a causa delle disposizioni giudiziarie di affidamento alla madre, promuove iniziative come manifestazioni di piazza, marce, incatenamenti, proteste anche estreme, catalizza consensi e dissensi.

A Firenze nasce un nucleo che aderisce all'*Istituto degli studi sulla paternità*, alcuni soggetti ricevono delega per la formale rappresentanza in loco dell'Istituto, tra questi Marino Maglietta, che vivendo la propria vicenda di separazione, allargava l'attenzione al tema.

Marino Maglietta apprezzando i contenuti dell'associazione del Quilici, tuttavia individuava nella disposizione di legge che prevedeva la scelta di un genitore affidatario, l'origine della radicalizzazione del favore materno, per cui presto si muoveva per la promozione di un progetto di modifica.

Lo stesso Maglietta costituisce *Crescere Insieme*, la cui finalità si è presto condensata nella promozione dell'approvazione di una nuova normativa che affermasse il principio secondo cui **la separazione dei genitori non deve comportare la separazione dei figli dai genitori**.

Inizialmente le prime proposte erano presentate in collaborazione con l'ISP (Istituto Studi sulla Paternità), successivamente, per la determinazione e costanza che profondeva nel progetto, Maglietta ha proceduto autonomamente.

Così si è giunti con legge n. 54 del 2006 alla riforma dell'art. 155 codice civile.

Nella sostanza la novella sull'affidamento congiunto, ha avuto una preparazione di oltre 15 anni ed un percorso molto ostacolato. Ciò nonostante l'approvazione della modifica ha costituito una "sorpresa", ha suscitato sentimenti contrastanti, sollievo, timori di incremento della conflittualità, senso di rinnovata giustizia, riscatto, perdita di ruolo, perdita di potere, perdita di tutela.

Oggi è dunque affermato il principio secondo cui "i figli sono affidati ad entrambi i genitori", ma quale sarà l'applicazione giurisprudenziale nei fatti, affinché non sia cambiato solo il nome alle cose?