

# La regolazione giuridica della vita familiare: un'evoluzione controversa

di Guido Maggioni

## 1. *Cambiamenti della famiglia contemporanea*

I cambiamenti, anche radicali, che si manifestano tra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta nei contenuti del diritto di famiglia in tutti i paesi occidentali devono essere situati entro il processo, complesso e non lineare, delle trasformazioni delle famiglie, rispetto alle quali si riposizionano e si riqualificano anche le identità adulte e i ruoli genitoriali. Nel corso del XX secolo, nonostante le esperienze traumatiche delle due guerre mondiali, sono emerse alcune linee di mutamento abbastanza precise. Si attenuano almeno alcune delle forti restrizioni precedenti che tendevano a rendere il matrimonio un'esperienza tutt'altro che universale e relativamente tardiva. A questa evoluzione contribuiscono la sempre maggiore diffusione del lavoro dipendente, inizialmente nell'industria e poi nei servizi, e l'aumento del potere d'acquisto dei salari, che consentono un più libero e precoce accesso al matrimonio ed alla riproduzione rispetto alle situazioni socio-economiche "pre-industriali", senza però che il modello cambi sostanzialmente. Poi, a partire dalla metà degli anni Sessanta del '900, tutti gli indicatori segnalano una serie di rapidi mutamenti, la cui interrelazione è certa, sebbene difficile da dimostrare analiticamente con precisione, considerate le numerose variabili comportamentali coinvolte e ancor più i molti fenomeni nuovi di tipo economico, culturale e anche giuridico che si manifestano in quella fase. La fecondità e la nuzialità regrediscono considerevolmente e di pari passo, mentre l'età al matrimonio cresce di almeno tre anni, come se si prospettasse un ritorno all'antico modello malthusiano della "restrizione prudenziale". Questa ipotesi è però subito smentita da evoluzioni del tutto nuove, come l'accentuazione dell'instabilità familiare, con il rapido incremento delle rotture di unione (separazioni di fatto e legali, divorzi), che nei paesi dell'Europa centrale e nord-occidentale finiscono ben presto per coinvolgere da un terzo alla metà dei matrimoni. Intanto, l'incidenza delle nascite fuori dal matrimonio aumenta

*Presentato dall'Istituto di Sociologia.*

sino a rappresentare in molti paesi prima un quarto, poi un terzo ed ora anche la metà del totale (ma non in Italia, dove è su valori molto più bassi). Il matrimonio come istituzione non gode più di buona salute, anche se l'aumento parallelo delle convivenze che si registra nei paesi dell'Europa centrale e settentrionale sembra confermare una diffusa propensione alla formazione delle coppie. A fonte di queste trasformazioni è evidente come per comprendere i mutamenti delle famiglie sia necessario porre attenzione ai cambiamenti delle relazioni sociali esterne alla famiglia, incluso l'ambito del diritto.

A sua volta il cambiamento della regolamentazione giuridica assume un pieno significato se guardato in connessione con i cambiamenti ora evocati. Nel loro insieme questi mutamenti complessi delimitano i contorni del mutamento di un modello non solo demografico, ma anche sociale e culturale, che spinge verso l'innovazione giuridica. Si tratta di un cambiamento paragonabile per rilievo e significatività a quello che ha caratterizzato l'affermarsi di tipi storici di famiglia, come il modello di matrimonio europeo-occidentale, nella sua forma più severa e restrittiva di *ancien régime* o in quella evoluta profilatasi con la modernizzazione economica e sociale.

La radicale modificazione di diversi caratteri essenziali del modello familiare e riproduttivo segnala anche la crisi di un modello di ciclo di vita individuale prima caratterizzato da una sequenza fissa e quasi universale di fasi successive l'una all'altra. Ora si delinea una gamma sempre più estesa di nuove forme familiari, tanto che comunque si guardi alla famiglia contemporanea, sempre risaltano gli aspetti della diversificazione e della complessificazione. Questa evoluzione non è una sorpresa, se è vero che l'aumento della complessità è stato da decenni individuato come la caratteristica saliente degli sviluppi della nostra epoca, tanto più nella fase della tarda modernità caratterizzata da un allontanamento sempre più radicale dal mondo della tradizione. Nella sua fase recente la modernità ha continuato a procedere decisamente sui percorsi che le sono state propri sin dalle sue origini: individualizzazione, precoce personalizzazione, indebolimento dei ruoli sociali vincolanti e delle istituzioni tradizionali. Tuttavia al tempo stesso sono emersi anche elementi di carattere comunitario, talvolta sotto forma di "invenzioni di tradizioni", talaltra in continuità con effettive permanenze culturali ereditate dal passato. Gli stessi percorsi di costruzione identitaria si fanno sempre meno lineari e prevedibili nel loro sviluppo ed esito. È resa più complessa la vita degli individui e quindi anche la vita della coppia e della famiglia: anche in quest'ultima gli individui intrecciano la loro relazione mediante una continua negoziazione, rinnovando, o anche revocando, la fiducia reciproca su cui si regge il loro rapporto. Nell'esperienza sociale questi mutamenti non agiscono in uno spazio vuoto, come se il contesto fosse caratterizzato da debolezza o addirittura assenza di vincoli normativi: piuttosto si inseriscono in un ambien-

te ancora ricco di punti di riferimento a livello istituzionale, dotato di un inquadramento giuridico ed istituzionale, sia pure orientato e strutturato in modi nuovi, più "miti" e "flessibili".

In effetti, ai grandi cambiamenti osservati nelle pratiche e nel costume a partire dagli anni Sessanta ha fatto riscontro nel campo del diritto, con notevole sincronia, una serie di innovazioni normative che sembrano aver mutato taluni principi di fondo del diritto di famiglia. Come dimostra l'introduzione ed il largo successo del divorzio incolpevole, l'ultimo scorcio del '900 sembra essere stato marcato dal progressivo ritirarsi dello Stato dalla regolazione della vita familiare, quasi ad esprimere una rinuncia a governare i cittadini in questo ambito, accogliendo la prospettiva di una diffusa privatizzazione dei rapporti. Ad uno sguardo più attento, però, la regolazione non risulta avere abbandonato il campo: infatti, un'accresciuta sensibilità per la tutela delle parti "più deboli", ed in particolare per la protezione dell'infanzia, che introduce come perno della legislazione familiare l'interesse del minore, tende a rendere potenzialmente più penetrante che in passato il controllo da parte delle agenzie pubbliche su una quota importante delle famiglie, incluse tutte quelle con figli minori. Si tratta di due prospettive evolutive ben diverse, che cercheremo di illustrare nelle pagine seguenti.

## 2. Regolazione giuridica ed autoregolazione nella vita delle coppie

Degiuridicizzazione, degiurisdizionalizzazione e deformalizzazione sono le impronunciabili parole-chiave che diffusamente vengono usate per descrivere le varie forme in cui si presenta un ampio processo che caratterizzerebbe l'evoluzione recente del diritto, con il progressivo indebolimento della dimensione istituzionale nel campo giuridico. Entro queste grandi tendenze di fondo si sarebbe sviluppata la tendenza verso l'autoregolazione delle famiglie ed il parallelo indebolimento della costrittiva e impositiva regolazione giuridica. Viene messa in rilievo la tensione verso l'autonomia e l'autodeterminazione che proviene dai soggetti sociali nella tarda modernità e che si esprime, ad esempio, nell'esigenza dei coniugi di gestire direttamente e personalmente le controversie in cui sono coinvolti, senza sentirsi subordinati ad un potere esterno.

La diffusione di una molteplicità di nuove forme familiari, unipersonali, unigenitoriali, di fatto, ricostituite, queste ultime a loro volta frammentate in una pluralità di sottotipi, le convivenze more uxorio, le relazioni di tipo LAT *living apart together*, può essere vista sia come effetto, sia come causa dell'accertato indebolimento della dimensione istituzionale della famiglia. A sua volta, la de-istituzionalizzazione viene correlata con i cambiamenti del diritto, che a loro volta esercitano un ruolo attivo nell'alimentare ulteriormente tali processi. L'eccezionale incremento registrato

dalle rotture di unione nel mondo occidentale negli ultimi decenni è un dato immediatamente indicativo del drastico indebolimento della norma tradizionale che subordinava i coniugi al vincolo matrimoniale e del contemporaneo prevalere di una nuova norma sociale, che prevede l'autodeterminazione della coppia e anche dei singoli coniugi al suo interno. Il divorzio è stato introdotto in tutte le legislazioni europee in cui non era ammesso e dappertutto il suo ottenimento è stato reso più facile e rapido: sono stati abbreviati i termini, sono state introdotte forme di divorzio consensuale o anche di divorzio unilaterale su domanda, e i coniugi sono anche in grado, ormai, di determinare autonomamente le condizioni e gli effetti del divorzio o della separazione tra loro (ma il punto è controverso e l'autonomia non si estende comunque alle decisioni riguardanti i minori). Questo atteggiamento astensionistico è stato certamente alimentato da una nuova visione delle dissoluzioni delle unioni, che se in passato erano considerate univocamente in maniera negativa e patologica, ora sono interpretate più positivamente, sino al punto che oggi la rottura matrimoniale è talvolta considerata come una manifestazione di buona salute per l'istituzione familiare poiché consente agli individui di uscire da un matrimonio ormai fallito e di costruire una nuova famiglia.

La separazione legale e il divorzio si situano quindi sotto il segno della *privatizzazione* per la maggior parte dei coniugi e sotto quello della consapevole *autoregolazione* per una parte forse minoritaria ma consistente.

La componente istituzionale appare recedere sempre più per il sostanziale astensionismo giudiziario, contrassegnato sia dalla tendenza a definire al di fuori delle aule dei tribunali i contenuti essenziali della rottura d'unione, sia dalla sempre minore formalizzazione del processo stesso. Ed anche se nella maggior parte dei casi a questi accomodamenti si perviene con l'aiuto di un avvocato, o di un legale per ciascuno dei coniugi, la dimensione istituzionale resta pur sempre relegata sullo sfondo, in quanto al giudice, solo formalmente terzo, viene presentata per l'omologazione una soluzione già definita in tutti i suoi aspetti dalle parti. Tuttavia, la tendenza qui rilevata non è affatto univoca. Già alla fine degli anni '80, nel corso di una fase di sostenuta crescita dell'instabilità familiare, era possibile infatti riscontrare una pluralità di modelli di gestione della separazione, da ricollegarsi alla pluralità di modelli di matrimonio che sembra caratterizzare le moderne società occidentali.

Si potrebbe quindi affermare che per quanto riguarda le relazioni di coppia, la legislazione si presenta sempre più come uno "schema-cornice", ossia pone regole di carattere elastico che possono essere utilizzate dai soggetti in modo vario e personalizzato. Ciò consente di poter offrire, in una prospettiva normativa pragmatico-gestionale, una vasta gamma di soluzioni quasi "ad hoc", che si ritengono equilibrate ed adeguate al grave problema di conciliare l'autonomia degli individui con le esigenze dell'organizzazione familiare e della stabilità relazionale, con riferimento agli as-

setti ed alle relazioni del periodo di post-divorzio. Si tratta di un accostamento duttile, che sembra tanto più adatto ai nostri tempi in quanto potrebbe garantire la progressiva convergenza verso la pari dignità delle differenti forme familiari anche in assenza di "grandi riforme". Un esempio di questo possibile modo di procedere lo si può trovare nel campo del riconoscimento della parità tra coniugi che, come è noto, trova ampio riscontro ma anche qualche limitazione. A questo riguardo sono state concretamente prospettate ipotesi di rimuovere proprio una di queste limitazioni, grazie alla revisione delle norme che impongono la trasmissione del cognome maschile: attraverso una "piccola riforma", settoriale, si potrebbe compiere un altro passo nella direzione della perfetta parità. L'attuale regolazione giuridica familiare presenta ancora alcuni caratteri contrattuali imperfetti che sono presenti anche nel campo del conflitto coniugale, per il quale l'indubitabile tendenza all'autoregolazione non si è realizzata compiutamente. Limitando la rigidità dell'intervento normativo diviene in effetti più ampio lo spazio d'azione nominalmente lasciato agli ex coniugi, ma permangono alcuni elementi legati al modello istituzionale. Anche nella più recente dottrina giuridica è da considerarsi ormai pacificamente acquisita la conclusione che la legge di riforma ha portato a compimento un processo di "privatizzazione" degli istituti propri del diritto di famiglia, e innanzitutto del matrimonio, che vede le sue origini già nei principi dettati dalla Costituzione. È apparso quindi naturale e quasi scontato accogliere nel diritto di famiglia il principio della piena operatività dell'autonomia privata. Peraltro, a un'attenta analisi, sembra potersi rilevare che l'ordinamento pone allo svolgimento dell'autonomia coniugale un insieme di limitazioni che sono riconducibili al riconoscimento dei valori dell'uguaglianza sostanziale e della solidarietà. Così, per soffermarci alle esemplificazioni più agevoli e significative, viene ritenuta assolutamente inderogabile la regola della proporzionalità nella contribuzione ai bisogni della famiglia e vengono tacciate di invalidità quelle pattuizioni tra i coniugi concluse in vista dello scioglimento del matrimonio che possano pregiudicare la posizione del coniuge economicamente più debole in quanto privo di redditi adeguati.

Resta aperta la questione se l'autonomia e l'interesse sovraindividuale possano convivere, godendo entrambi della protezione dell'ordinamento e degli operatori. L'obbligo alimentare, teso a salvaguardare la "parte debole" della ex coppia, costituisce certamente un'area di possibile frizione, e larghi fronti si aprono all'esercizio della discrezionalità dei giudici o degli esperti ogni volta che la separazione ed il divorzio coinvolgono figli minori.

Degiuridicizzazione significa attenuazione o esenzione dal controllo del diritto, così come degiurisdizionalizzazione implica l'indebolimento del controllo giudiziario. Tuttavia questi processi non implicano di per se stessi che venga a cessare il controllo sulla vita delle coppie e delle famiglie:

infatti spesso accade che si interpongano nuove agenzie di controllo. Un'evoluzione che è stata spesso osservata negli ultimi decenni vede il giudice restare sulla scena ma assumere al contempo un ruolo marginale: spesso si limita a chiedere l'aiuto di professionisti estranei al contesto giudiziario, al fine di coordinare in maniera più adeguata la definizione delle condizioni della separazione o del divorzio, obiettivo sul cui perseguimento ormai da tempo sembra concentrarsi l'interesse pubblico, non più orientato a conseguire un'improbabile riconciliazione. Dal punto di vista tecnico-procedurale, le soluzioni prospettate sono le più diverse: nel Regno Unito si prevede il caso dell'*in court conciliation*, per il quale il giudice può disporre la mediazione, in Francia si può ricorrere ad esperti che operano in particolari organismi chiamati *points de rencontre* e nei Paesi scandinavi si affianca al modello giudiziario quello amministrativo della gestione dei conflitti. Ciò che apparenta queste scelte tra loro, ed alle altre analoghe esperienze che si sono progressivamente aggiunte in diversi Paesi europei, è il fatto di esprimere una comune tendenza alla degiurisdizionalizzazione della gestione del conflitto coniugale, peraltro spesso accompagnata dalla diffusione della mediazione familiare.

Il mediatore, a differenza del giudice, non prende decisioni riguardanti la vita dei separandi, ma cerca di facilitare il dialogo per chiarire tutte le questioni relative al loro rapporto, dagli aspetti materiali e patrimoniali a quelli di carattere affettivo, come le disposizioni riguardanti la cura e l'affidamento dei figli. A questo proposito, uno dei principali obiettivi che la pratica di mediazione si prefigge è proprio quello di garantire la conservazione delle funzioni genitoriali anche dopo la fine del vincolo matrimoniale, sulla base del principio di cogenitorialità. L'esperienza della mediazione è stata variamente valutata nel suo significato e nei suoi effetti dai commentatori e dagli operatori. In alcuni di questi ha suscitato serie perplessità in termini di garanzia dei diritti individuali, specie in considerazione dell'esperienza di quei paesi che hanno reso le pratiche di mediazione un modello standardizzato. È stato affermato che la mediazione non rappresenta un percorso di crescita di autonomia e di autoregolazione, nella misura in cui si tratta di una pratica imposta dalla legislazione e che viene controllata nei suoi svolgimenti ed esiti. D'altra parte, dove l'esperienza è stata introdotta senza particolari tutele e controlli nei confronti delle procedure e dei risultati raggiunti, e dove in particolare i mediatori non sono in una posizione di autorità nei riguardi di coniugi che mantengono interamente i loro poteri di autodeterminazione, si è piuttosto affermato che la presenza di servizi di mediazione non pare avere modificato la situazione di disparità di fatto tra i soggetti coinvolti. Si ripropone, a questo proposito, un annoso problema: come fanno parti ineguali ad essere trattate, e a trattarsi, in modo eguale? Deve il controllo pubblico estendersi dalle forme ai contenuti dell'accordo, ed in caso affermativo, sulla base di quali criteri deve eventualmente accettarne alcuni e respingerne altri? In parti-

colare è la disparità sostanziale di genere che rivela i profondi problemi presenti nel passaggio di modello; il matrimonio, legato ancora al modello di status, si rivela essere a tutt'oggi un importante strumento di tutela per le parti più deboli, specialmente in Italia, dove il contesto è condizionato da politiche sociali e interventi pubblici che ancora associano la famiglia e la coppia al matrimonio.

Possiamo quindi affermare che nel complesso, pur tenendo conto di segnali contrastanti, il diritto sembra effettivamente ritrarsi dalla regolazione della vita delle coppie, anche nel momento cruciale della conflittualità coniugale. Tuttavia, la prospettiva dell'autoregolazione della gestione del conflitto non sembra essersi altrettanto affermata. Ostacolano il raggiungimento di un consenso intorno a questa prospettiva la consapevolezza delle disuguaglianze di fatto dei coniugi, che ne minano la capacità di partecipare alle procedure di trattamento e di risoluzione del conflitto in modo sostanzialmente paritario. L'applicazione di un modello di separazione autoregolato in assenza di queste condizioni sembra una forzatura, ed in effetti alcuni autori e operatori ritengono auspicabile per i casi più difficili una sorta di percorso protetto, tale da proteggere da accordi sfavorevoli ad una delle parti, come potrebbe accadere con una privatizzazione operata tra soggetti troppo diseguali sul piano della capacità e delle risorse necessarie per affermare con successo i propri legittimi interessi (ed eventualmente quelli del loro rapporto con la prole). È stato osservato infatti che i partners tendono a mantenere nelle relazioni che si instaurano in fase di separazione legale le stesse differenze di potere che hanno contraddistinto le loro relazioni, così condizionando l'esito dei loro accordi.

Si deve ancora segnalare che dal punto di vista della posizione delle parti nel procedimento, alcuni autori si preoccupano del fatto che all'aumento della "libertà contrattuale" dei coniugi corrisponde il declino del terzo nella regolazione del conflitto familiare, un esito ritenuto potenzialmente pericoloso. Piuttosto che ad un nuovo tipo di processo decisionale complesso, caratterizzato da una nuova modalità di intervento del terzo rispetto all'intervento tradizionale compiuto dal giudice, ci si troverebbe di fronte a situazioni di "automediazione".

La tendenza al ridimensionamento della giurisdizione nell'area del conflitto familiare ha quindi stimolato giudizi molto differenziati. Oltre agli scettici, troviamo infatti anche studiosi e operatori che si dichiarano apertamente ostili a questo orientamento, e che auspicano non un'ulteriore riduzione dell'intervento pubblico ma, al contrario, un più attivo ruolo dello Stato nella regolazione del divorzio, non solo quando vi siano figli minori, ma in tutte le situazioni di squilibrio. Soprattutto, e a ragione, si teme la confusione tra approcci diversi che si determina quando modelli alternativi a quello "classico" giurisdizionale vengono introdotti per giustapposizione, nell'area del trattamento del conflitto coniugale quando cioè si aggiungono alle modalità esistenti e consolidate, interferendo con

esse. Ronfani ad esempio giudica “non proficua” la sovrapposizione e confusione tra modelli giudiziari e modelli alternativi ed informali di regolazione del conflitto, da una parte, e fra mediazione sociale e mediazione giudiziaria, dall'altra, e ricorda anche l'opinione di chi insiste sulla necessità di decidere, prima di tutto, se il giudice della famiglia debba essere giudice dei diritti o mediatore dei conflitti. Dove prevale quest'ultima definizione del ruolo e delle funzioni, inevitabilmente l'ambito dell'attività finisce per spostarsi sempre più al di fuori delle aule dei tribunali, con forme di intervento affidate per lo più ai servizi sociali, le cui agenzie ed ambiti di azione si sono moltiplicati con lo sviluppo del Welfare State.

### *3. Le famiglie ricostituite e la centralità dei rapporti di filiazione*

Numerose unioni di fatto sono costituite da famiglie ricomposte, ossia da famiglie complesse, di tipo nuovo, costituite da uno o entrambi i partners con esperienze anteriori di unione e dai loro eventuali figli, anche di unioni precedenti. Una prima caratteristica da registrare è che si tratta di famiglie piuttosto fragili, ancor più di quello che sono diventate oggi le famiglie coniugali, che peraltro, come è noto, non brillano per solidità e durata in rapporto ad un passato ancora abbastanza recente. In Francia, in Scandinavia, in Inghilterra, cioè dove queste unioni sono più diffuse, il tasso di separazione nelle famiglie di fatto e in quelle ricomposte è alquanto più elevato rispetto a quello delle “normali” famiglie coniugali. Bisogna però usare qualche cautela nell'interpretare questi dati, in quanto le differenze osservate possono essere dovute anche a caratteristiche intrinseche di queste famiglie: chi sta in un'unione di fatto o forma una famiglia composta dopo un divorzio o una separazione, ha caratteristiche e orientamenti personali particolari, tipicamente correlati ad una maggiore propensione alla rottura di unione. Attraverso una sorta di preselezione della popolazione quelli che formano un'unione senza sposarsi sono infatti persone che più spesso hanno un elevato livello d'istruzione e appartengono ai ceti sociali più elevati, in Italia notevolmente più propensi alla separazione; soprattutto raramente sono influenzati da vincoli di tipo etico – religioso riguardo all'indissolubilità delle unioni. Di per sé più fragili, le unioni di fatto contribuiscono a loro volta ad un processo di de-istituzionalizzazione del matrimonio e della famiglia che rende tendenzialmente più effimero il rapporto. Ciò non impedisce, naturalmente, che molte unioni di fatto siano stabili e assicurino una vita familiare di qualità ai loro componenti. Per quanto riguarda i rapporti all'interno delle famiglie complesse, soprattutto in casi di compresenza di bambini che sono nati nell'unione attuale e in quelle precedenti, i dati di ricerca che si stanno accumulando in questi ultimi anni indicano una pluralità di assetti e di soluzioni, specie per quanto attiene al mantenimento, o meno, di relazioni

con il genitore o i genitori naturali non affidatari che sono presenti nella nuova costellazione familiare.

Si tratta di un campo di esperienza sociale per il quale non esistono validi precedenti. Le "nuove forme" di famiglie complesse non hanno molto a che fare con quelle del "buon tempo antico". Infatti, sono caratterizzate al loro interno da figli nati dalla coppia attualmente convivente, ma anche dai figli che la sola madre, e/o il solo padre hanno avuto da precedenti unioni, coniugali o non coniugali, e non come in passato dalla pluralità delle generazioni o dalla compresenza in famiglie estese di più nuclei di fratelli e sorelle. Nelle famiglie ricomposte dopo il divorzio di uno o di entrambi i coniugi il ruolo genitoriale risulta modificato, spezzettato, reso complesso e variegato, a seconda dell'intrecciarsi delle presenze e delle assenze dei genitori naturali e dei loro partners con il minore. Le situazioni di fatto sempre più spesso non coincidono con le situazioni previste dal diritto, che inevitabilmente fatica a tenere conto delle nuove situazioni, anche perché la stessa opinione pubblica appare incerta e divisa. Stentano ad emergere nuove norme socialmente riconosciute che possano regolare in modo soddisfacente queste realtà più complesse. In effetti, sembra esistere un ampio accordo dell'opinione pubblica sul fatto che il diritto privilegi nettamente il genitore naturale affidatario, anche se molti padri hanno parecchio da ridire su questo costume sociale e prassi giudiziaria, che di fatto favorisce quasi sempre le madri. Manca invece un sentire comune riguardo all'attribuzione di responsabilità genitoriali al genitore naturale non affidatario, e quindi non convivente con il minore, e più ancora al nuovo partner del genitore affidatario, che in alcuni casi funge effettivamente da genitore sociale. Nella maggior parte delle legislazioni i genitori biologici restano i soggetti a cui il diritto fa ancora riferimento come persone dotate della maggiore responsabilità per il loro bambino. Secondo alcuni, peraltro, la situazione di fatto dovrebbe prevalere su quella formale, e l'adulto effettivamente convivente con il bambino dovrebbe assumere la qualità di genitore sociale del bambino; ma non è chiaro come questa caratterizzazione possa effettivamente tradursi in diritti e doveri, specie se visti in concorrenza con quelli del genitore naturale non affidatario.

Nei paesi in cui queste situazioni sono più diffuse uno dei problemi essenziali consiste quindi nel definire il ruolo, la posizione e la funzione del genitore naturale che non convive e specularmente del partner del genitore biologico convivente. Questo è un campo nuovo, in cui il diritto muove i suoi primi passi, perché di queste situazioni non c'è memoria nella nostra tradizione e nella regolazione giuridica ereditata dalle generazioni passate. Sino ad ora, la maggior parte delle legislazioni non sembra avere compiuto passi significative verso il riconoscimento del cosiddetto "genitore sociale", come è stato chiamato con una definizione suggestiva il partner del genitore biologico che attivamente assuma nei confronti del figlio

del convivente un ruolo ed una funzione paterna. La maggior parte degli sforzi sembra essere stata piuttosto impiegata a far sì che il genitore biologico continui a partecipare alla complessa costellazione familiare del figlio a lui non più affidato. Negli Stati Uniti e nel Regno Unito da diversi anni i servizi sociali e la legislazione si orientano nel senso di recuperare i genitori naturali alle loro responsabilità. In questi paesi, infatti, più che in altri di analogo livello di sviluppo, sono relativamente numerosi i bambini che nascono da ragazze madri, spesso molto giovani. Si configura quindi un vero e proprio problema sociale rispetto al quale la responsabilizzazione dei padri è considerata un obiettivo prioritario, innanzitutto per indurli a pagare quanto dovuto per il mantenimento dei figli. Il primo obiettivo è quello di coinvolgere il padre biologico perché mantenga i propri figli anche se non vivono con loro, e questo vale non solo per i partner di ragazze madri, ma anche per i più numerosi padri separati o divorziati. Almeno in questi paesi si registra quindi la tendenza ad assegnare ai genitori naturali un ruolo maggiore che in passato, rimediando ad orientamenti giudiziari ed a pratiche dei servizi che in passato non avevano fatto nulla per facilitare l'assunzione o il mantenimento del ruolo di genitore. Ad accentuare tale orientamento verso una maggiore partecipazione dei padri non affidatari, negli ultimi anni molti di loro sono intervenuti di propria iniziativa, come singoli o riuniti in associazioni, per rivendicare sempre più spesso il diritto a mantenere un rapporto con il proprio figlio. La legge – essi affermano – non può stabilire solo il loro dovere di pagare, deve anche consentire ai padri di continuare a vivere il proprio ruolo genitoriale.

Mentre ci sono ormai numerose associazioni che mirano ad assicurare diritti e doveri a questi padri che rifiutano di considerarsi ex-genitori, per converso è stata sinora alquanto trascurata la posizione e il ruolo della persona che vive con i bambini pur non essendo il loro padre biologico. Per la maggior parte delle legislazioni questo soggetto (che naturalmente in un certo numero di casi può anche essere la partner del padre biologico) è un perfetto estraneo, non ha nessun diritto né dovere, nessun legame riconosciuto legalmente con un bambino che biologicamente non è suo figlio, ma rispetto al quale ha svolto e continua a svolgere, magari fin dalla più tenera età, la funzione di genitore, magari perché il genitore biologico non è più presente (o non lo è mai stato) nell'orizzonte sociale ed affettivo del bambino. In assenza di un consenso emergente e data la complessità delle situazioni qui evocate, forse non è nemmeno opportuno invocare nuove leggi: può essere necessario un periodo, anche prolungato, di attesa sino a quando dalla coscienza sociale non emergeranno orientamenti più chiari e condivisi. Non sarà un processo breve: i casi singoli sono molto diversificati tra loro e la disparità delle situazioni che si possono prospettare non aiuta a fare emergere una linea interpretativa capace di raccogliere vasto consenso. Senza entrare nel merito delle ulteriori com-

plicazioni che le tecniche di fecondazione assistita introducono per la questione della titolarità della genitorialità, sembra di poter provvisoriamente concludere che in questo campo c'è ancora molto, se non tutto, da decidere e da costruire.

La questione dello scarso rilievo attribuito ai cosiddetti padri sociali e delle difficoltà di coinvolgere i padri biologici non affidatari nella costellazione familiare dei figli, può essere spiegata dalla crescente rilevanza che ha assunto negli ultimi decenni il legame di filiazione (naturale) quale elemento strutturante dei legami familiari. In un contesto in cui il legame matrimoniale, tanto dal punto di vista culturale quanto da quello statistico, ha cessato di rappresentare il criterio di riferimento per la famiglia, quest'ultima tende a organizzarsi tramite il legame di filiazione, e specificamente secondo la linea materna. Infatti, con la procreazione extramatrimoniale si diffondono famiglie monoparentali, in cui tipicamente l'unico adulto presente è la madre, mentre anche le famiglie ricomposte, scaturenti da nuove unioni di separati e divorziati, appaiono strutturarsi sui rapporti di filiazione materni.

A questo esito contribuisce la generalizzata tendenza all'affidamento alla madre in seguito alla scissione coniugale, in concomitanza con l'affermarsi di una cultura puerocentrica che fa coincidere il supremo interesse del bambino con il mantenimento della relazione primaria con la madre. Chi propone una lettura delle trasformazioni recenti in chiave di fine della famiglia coniugale nucleare, tende a rilevare che il cambiamento fondamentale è già avvenuto da qualche tempo maturando dentro la famiglia coniugale stessa, dove la tradizionale differenziazione interna tra paternità e maternità sarebbe entrata profondamente in crisi e si sarebbe da tempo affermata un'immagine di genitorialità sostanzialmente modellata sulla figura materna, sia pure con l'acquisizione di alcuni tratti tradizionalmente attribuiti al ruolo paterno. Avrebbero influito due fattori concomitanti e correlati tra loro: da un lato l'appropriazione anche da parte dei padri della posizione di persona interna alla famiglia, attraverso l'interesse affettivo nei confronti dei figli, socialmente prescritto e interiormente sempre più sentito, dall'altro lato l'appropriazione anche da parte delle madri dei ruoli esterni alla famiglia maggiormente rilevanti per la vita sociale dei figli. Questo secondo aspetto sarebbe stato particolarmente funzionale alla prevalenza della filiazione materna.

In un contesto caratterizzato dalla presenza di reti familiari complesse e instabili, si può comprendere che il rapporto di filiazione possa effettivamente presentarsi come il principale, se non l'unico, punto di riferimento certo, anche se limitatamente al genitore naturale convivente. Infatti, quanto più si stempera nella coppia la dimensione istituzionale, tanto più si istituzionalizza la filiazione: non esistono più la famiglia o le famiglie, bensì essenzialmente rapporti genitore-figlio, intorno ai quali si costruiscono le reti di relazioni di tipo familiare. Nel quadro delle relazioni che at-

tualmente vanno configurandosi nei nuovi ma anche nei vecchi modelli familiari, è in capo alla madre che appare quindi assicurata la convergenza delle diverse funzioni genitoriali (procreazione, educazione e allevamento, trasmissione del nome e garanzia delle regole della filiazione). A questo carattere materno della filiazione, che si evidenzia nei fatti, il diritto ha risposto con un ridimensionamento del ruolo della paternità, come nei casi dell'interruzione volontaria della gravidanza per scelta della donna, dell'affidamento dei figli in caso di scioglimento della coppia ed ora probabilmente con il probabile cambiamento della normativa riguardante l'assunzione del cognome. Il modello tradizionale della paternità è dunque in crisi, senza che si sia affermato un modello diverso, ma di comparabile significato e rilevanza sociale.

#### 4. *L'“interesse del minore” e l'espansione del controllo nei confronti delle famiglie con figli*

In contrapposizione al (parziale) ritrarsi dello Stato dalla regolamentazione della coppia e dal trattamento giudiziario della sua dissoluzione, non è difficile riscontrare negli ultimi decenni una tendenza all'acuirsi del controllo pubblico in relazione all'interesse del minore e per questo tramite ai rapporti di filiazione. Del resto, in una prospettiva ormai pluridecennale l'elemento più importante nell'evoluzione del diritto e della giurisprudenza è stato comunemente individuato nell'emergere dell'interesse del minore come principio guida della regolazione giuridica in ambito familiare. E grazie al fatto che questo nuovo principio-cardine risulta indeterminato ed elastico, si è consolidata una normatività che amplia, di fatto, la sfera di intervento discrezionale dei giudici e degli esperti. Come è stato detto autorevolmente dal sociologo francese Jean Carbonnier, il concetto di interesse del minore si presenta come una “nozione magica” con la quale si possono giustificare le più diverse e contrastanti decisioni e prese di posizione. Per il suo carattere di principio dal contenuto vago e flessibile, oltre che variabile, l'interesse del minore si presta infatti molto bene a veicolare l'affermazione di particolari orientamenti ideologici sulle relazioni familiari e genitoriali, nonché di modelli educativi e pedagogici, ma non è in grado di costituire un riferimento affidabile per la decisione di casi concreti. L'accordo è ormai generale sulla considerazione che l'attuale ordine familiare e sociale si struttura largamente a partire dal minore, attraverso il riconoscimento delle sue esigenze e dei suoi diritti. Superando i tradizionali rapporti di genitorialità e di filiazione che tendevano a limitare la capacità negoziale del minore e a fissare i riferimenti della sua educazione secondo i principi della morale sociale, si perviene a riconoscere i bisogni di cura e di affetto dei minori stessi ed a costruire la genitorialità non più come un diritto assoluto, ma come un diritto funzionale, passibile di

riduzione nel momento in cui il genitore non riesce ad assolvere i doveri attinenti al suo ruolo. La stessa sfera dei doveri genitoriali ne risulta ampliata, in quanto non contiene più soltanto i compiti attinenti alla cura, ma anche la capacità di promuovere le multiformi potenzialità di sviluppo del minore. Questa "nuova" genitorialità si trova così molto esposta al giudizio discrezionale della sfera pubblica.

In contrasto con la lettura prevalente dell'evoluzione della regolazione giuridica della coppia coniugale, gli studiosi e gli operatori che si occupano dei minori sono pertanto propensi a mettere l'accento sulle tendenze ad allargare la sfera dell'intervento giudiziario ed il potere discrezionale del giudice. Ormai da una ventina di anni in diversi Paesi europei si moltiplicano gli interventi legislativi che prevedono un'estensione dell'azione del giudice. Si possono ricordare, ad esempio, le disposizioni contenute nella riforma della legislazione minorile adottata in Gran Bretagna con il *Children Act* del 1989 e l'istituzione, in Francia, nel 1993, del *Juge aux affaires familiales*. Dal punto di vista dei minori, la situazione si caratterizzerebbe quindi per il consolidarsi di una tendenza verso la giuridificazione o comunque l'aumento del controllo pubblico nel campo dei rapporti tra diritto, Stato e famiglia. Facendo riferimento ad un processo più che secolare, che trova le sue origini nella codificazione napoleonica, è stata largamente osservata, con una particolare accelerazione nella seconda metà del '900, una tendenza all'estendersi del controllo pubblico nello specifico settore dei rapporti familiari che riguarda le funzioni ed i ruoli dei genitori. Dove sono coinvolti i reali, o presunti, interessi dei minori, i rapporti familiari appaiono infatti interessati più che in passato dagli interventi di organismi pubblici e/o statali. L'esigenza, sempre più avvertita, di garantire gli interessi dei figli minori porta a giustificare l'intervento anche rispetto ai rapporti tra coniugi ed ex-coniugi nella separazione e nel divorzio, in aperto contrasto con la prospettiva liberale dell'autoregolazione.

È vero che negli anni '80 era diventato abituale parlare di una generale tendenza alla degiuridicizzazione che avrebbe pervaso da tempo numerosi settori del diritto, tra cui in posizione preminente quello della famiglia. Si affermava infatti che in questo ambito stava prevalendo una crescente privatizzazione delle relazioni fra i membri delle famiglie, alle quali il diritto sembrava delegare la funzione di (auto)regolazione, ritraendosi da un settore nel quale la sua legittimità non era stata sino ad allora contestata. Invece, constatiamo che negli ultimi venti anni sono state riposte crescenti speranze e si sono moltiplicate le aspettative nel ruolo risolutivo che assumerebbe proprio il diritto di fronte ai problemi dell'infanzia ed anche al conflitto familiare, almeno per quegli aspetti che coinvolgono i minori. Basti pensare alla crescita esponenziale dei discorsi intorno ai diritti dei minori ed alla loro attuazione, soprattutto a partire dall'approvazione da parte dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite della Conven-

zione sui diritti dei bambini e degli adolescenti (1989). Tuttavia l'esperienza e la riflessione di molti studiosi e operatori tende a limitare la portata e l'efficacia dello strumento giuridico in vista del conseguimento del benessere dei minori. È stato osservato che il diritto mostra carenze di carattere strutturale in riferimento ai compiti che dovrebbe svolgere per attuare sotto il profilo normativo l'interesse di bambini e adolescenti. Inoltre, si è anche ampiamente constatato che mentre la struttura giudiziaria è organizzata per produrre soluzioni definitive e irrevocabili, tali da esaurirsi puntualmente in un preciso momento, nel campo dei rapporti che coinvolgono la famiglia e i minori le decisioni richieste al diritto tipicamente tendono ad essere rivedibili. Circostanza forse ancora più importante, nella vita sociale della famiglia le questioni richiedono di essere trattate con provvedimenti di tipo ordinatorio che utilizzino le diadi utile/inutile o opportuno/non opportuno, piuttosto che quelle, tipicamente giuridiche, di legale/illegale o di lecito/illecito.

Tuttavia, come scriveva già negli anni '70 lo stesso Carbonnier, anche ammessa una tendenza all'espansione del controllo sociale e giuridico, bisogna esaminarne realisticamente gli effetti alla luce di una famiglia che cerca di recuperare nei fatti lo spazio che lo Stato le vuole sottrarre nel diritto. Riguardo al rapporto tra diritto e famiglie i segnali che provengono dall'esperienza sociale e giuridica degli ultimi decenni sono infatti tutt'altro che univoci. Ci troviamo di fronte a letture e decodificazioni di questa esperienza che risultano molto differenziate, in quanto accentuano unilateralmente alcuni aspetti a spese di altri

##### 5. *Il diritto e i rapporti tra adulti e minori*

Le questioni che emergono nell'area dei rapporti tra minori e adulti vengono trattate dal sistema giuridico con difficoltà. È problematico applicare a questi rapporti le distinzioni tipiche del diritto (ragione / torto, lecito / illecito), tanto più che è ardua già la decisione preliminare di accertare se sussistano condizioni tali da giustificare un qualunque intervento. Per compiere questa operazione sempre più spesso il diritto ha bisogno di un aiuto esterno, che tipicamente gli è fornito dalle scienze psicologiche o dei servizi sociali. Pertanto, alla base di una decisione giuridica che può condizionare o decidere il destino dei bambini e delle loro famiglie vi è una definizione proveniente dall'esterno del sistema giuridico stesso. Si tratta di una circostanza che, nella prospettiva sistemica, appare difficile da conciliare con il compito che tipicamente dovrebbe svolgere il sistema giuridico: semplificare e ridurre la complessità. Il rischio è di accrescerla ulteriormente. Accettando di sospendere una pena in cambio di una futura diagnosi che certifichi il successo di una terapia, il diritto rinuncia a controllare le proprie operazioni e viene di conseguenza incrementata l'in-

certezza del diritto. Il conflitto tra le ragioni del diritto e le ragioni della terapia, tipico approccio del sistema welfaristico, risulta insanabile. L'intervento terapeutico o di assistenza e l'intervento giuridico sono strutturati in sistemi sociali diversi e seguono logiche differenti, non compatibili.

A fronte di questi problemi e anche paradossi che derivano dai fondamenti stessi dei sistemi giuridico e sociale coinvolti nella protezione dell'infanzia, alcuni ordinamenti, come quelli scandinavi e delle isole britanniche, hanno cercato di risolvere le difficoltà di coordinamento tra i due sistemi operando già nel corso degli anni 1960-70 una scelta decisa a favore del sistema di welfare, sottraendo competenze e interventi al sistema giuridico. Nella prospettiva di trovare soluzioni ai "problemi" dei bambini e degli adolescenti, in questi paesi che non a caso sono stati all'avanguardia nella realizzazione del Welfare State, sono state elaborate politiche ed istituzioni per la protezione e la tutela dell'infanzia che hanno configurato un sistema coerente al suo interno e largamente indipendente da quello giuridico. Nella convinzione di dover assicurare l'attuazione del preminente interesse del bambino, e coerentemente con una concezione più individualistica e meno "familistica" del welfare rispetto a quella prevalente in Europa continentale, è stata operata una risoluta scelta di campo in cui si prospetta un'alleanza con il minore, che porta ad individuarne interessi che possono risultare non solo distinti, ma anche contrastanti con quelli della sua famiglia. La sottrazione alla sfera giuridica della materia riguardante le decisioni da prendere per i minori ha ulteriormente contribuito a ridurre le garanzie per le famiglie stesse ed ha indebolito i diritti dei genitori. Si è ritenuto che solo in tal modo il sistema di welfare avrebbe potuto tener fede al proprio orientamento rivolto in modo precipuo alla persona unica e specifica del bambino. Questo orientamento volto alla risoluzione di problemi entro l'ambito del sistema dei servizi è stato adottato sia per le situazioni di delinquenza minorile, sia per i casi di abbandono o abuso dei bambini. Il sistema che ne è derivato si è caratterizzato per una netta dissonanza rispetto all'accostamento tipico del diritto, con la sua logica binaria di lecito/illecito e con il suo concepire in termini di diritti / doveri le relazioni tra genitori e figli nell'ambito familiare. Ma le applicazioni del sistema, compresi alcuni casi clamorosi di interventi autoritari e repressivi contro le famiglie, che si sono viste sottrarre improvvisamente i propri figli a tempo indeterminato ed essere sottoposte a gravissime accuse rivelatesi poi del tutto infondate, hanno progressivamente incrinato questo modello, tanto che in questi paesi, sia pure in modo parziale e con varie incertezze ed aporie, ha cominciato a farsi strada un processo di ri-giuridicizzazione. Esso peraltro ha introdotto nelle pratiche dei servizi un elemento di seria difformità rispetto all'ideologia welfaristica sottostante, in quanto gli operatori dei servizi hanno dovuto cominciare a preoccuparsi in primo luogo di mettersi al riparo da denunce e procedimenti giudiziari a loro carico. È emersa nelle agenzie di welfare un'esasperata atten-

zione per gli aspetti formali dell'intervento a spese di quelli sostanziali, con la conseguente introduzione nelle procedure di aspetti di formalismo burocratico molto simili a quelli che venivano imputati al sistema giudiziario.

Attivati anche dalle enunciazioni programmatiche contenute nella Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti giuridici (*legal rights*) del bambino, alcuni attori sociali si sono fatti paladini dei diritti violati dei bambini e qualche volta anche delle loro famiglie nei procedimenti informali tipici dei sistemi di welfare, come i *Children's hearings* scozzesi. Di qui un'attenzione sempre più focalizzata sui diritti e sulle procedure legali, un'esasperazione dell'attenzione per la forma a spese della sostanza, con una dislocazione del contesto entro cui si trattano i minori e i loro casi dall'ambito dei servizi sociali a quello giuridico, anzi, giudiziario. L'aula del tribunale è tornata ad essere l'arena di uno scontro che, in quella sede, non può che essere legale: la preoccupazione essenziale del servizio sociale nel suo insieme e dei singoli operatori non appare più orientata ad assicurare il benessere del bambino ed a garantire il suo interesse (evidentemente in accordo con la nozione, certamente discutibile, che la cultura dei servizi elabora), ma di garantirsi prove certe degli atti e dei comportamenti illeciti subiti dal bambino nel proprio ambiente. In previsione di una sempre più probabile battaglia legale e di una messa in stato di accusa del loro operato, i servizi modificano le loro strategie per raccogliere solido "materiale di prova" da far valere nelle aule giudiziarie. La giuridificazione della cura dell'infanzia costituisce una drastica semplificazione dell'accostamento a questo ambito, ma probabilmente a spese della preoccupazione per il benessere del minore e per la giustizia sociale.

Negli ultimi decenni si è assistito più volte ad un movimento oscillatorio e a iniziative contrastanti sul piano della legislazione, delle prassi giudiziarie e dei servizi per quanto riguarda il supremo (o "soltanto" preminente?) interesse del bambino nelle sue relazioni con la famiglia di origine. I problemi non riguardano soltanto la complessità del sistema d'intervento, ma anche la circostanza che se viene introdotto l'obiettivo terapeutico-assistenziale di "salvare la famiglia", l'intervento finisce per focalizzarsi più su questa che sul bambino in difficoltà: in questa prospettiva il problema di come proteggere il bambino finisce per essere eluso.

Per la sua ottica radicalmente puerocentrica, la legge sull'adozione speciale del 1967 aveva marcato in Italia un radicale allontanamento dalla legislazione previgente, operando una rivoluzione copernicana, come era stato orgogliosamente affermato. La legge prevedeva che il bambino, per potere essere "salvato", dovesse lasciare definitivamente la famiglia naturale. Ma che cosa la poteva e doveva sostituire in alternativa? L'ipotesi privilegiata dalla legge del 1967, quella di una famiglia adottiva che sostituisce integralmente quella naturale con l'interruzione completa e definitiva di ogni eventuale rapporto sussistente con essa, si è rivelata praticabile sol-

tanto in un numero limitato di casi, almeno a partire da quando gli operatori hanno cominciato ad astenersi da forzature e soluzioni d'imperio. In una situazione in cui la maggior parte dei casi sembra essere costituita da "semi-abbandoni" (o comunque da situazioni ora definite come tali), data una cultura psicologica e dei servizi sociali che nega con forza la prospettiva degli Istituti per minori, e che limita a situazioni particolari ed a tempi molto ristretti l'utilizzo di comunità-alloggio, di gruppi famiglia e di altre analoghe sistemazioni, la via migliore è sembrata essere rappresentata dal percorso dell'affidamento familiare, prospettato a livello nazionale, dopo alcune innovative esperienze locali, con la legge di revisione dell'adozione speciale adottata nel 1983 e successive modificazioni. Queste soluzioni alternative all'istituzionalizzazione sono state tutte viste come un significativo progresso rispetto alle precedenti "istituzioni totali" ma non sono potute peraltro sfuggire ai rilievi di chi ha criticato il moltiplicarsi di situazioni incerte e provvisorie nel percorso di vita del minore in difficoltà e della sua famiglia. Infatti, il rientro nella famiglia di origine risulta spesso essere un obiettivo illusorio anche se faticosamente perseguito per anni, mentre si radicano i rapporti con la famiglia affidataria. Quest'ultima peraltro non può procedere all'adozione del minore, per il quale dovrebbe essere iniziato un procedimento del tutto nuovo di adottabilità, che avrebbe come esito l'adozione da parte di una famiglia diversa. Per evitare questa prospettiva, ritenuta contraria al "vero" interesse del minore, nella pratica giudiziaria e dei servizi si è teso a prolungare gli affidi, secondo un orientamento oggi reso possibile da recenti modifiche normative, magari fino al raggiungimento della maggiore età; ma da più parti sono stati segnalati i danni che deriverebbero dalla lunga durata della permanenza in queste forme provvisorie di inclusione alternative alla famiglia.

Quella dell'affido temporaneo solo formalmente temporaneo ma di fatto a tempo indeterminato (o sino alla maggiore età) appare una soluzione interessante dal punto di vista socio-giuridico perché non prevista normativamente, ma elaborata nella prassi dei servizi sociali e degli operatori giuridici, per molti dei quali rappresenta evidentemente, se non la soluzione ideale, almeno il male minore in certe circostanze. È questo un campo particolarmente delicato, in cui da parte dei non iniziati è facile sottovalutare le enormi difficoltà che incontrano gli operatori quando sono chiamati a prendere decisioni che sono decisive per la sorte di un minore e della sua famiglia, come nel caso di un accertamento di uno stato di abbandono morale e materiale, con conseguente dichiarazione di stato di adottabilità. Nella cultura degli operatori sembra prevalere negli ultimi anni una maggiore riluttanza ad attivare drastici interventi d'urgenza, sotto l'impulso di soddisfare immediatamente un bisogno del minore (pur sempre definito da adulti), specie se tali provvedimenti sono destinati ad avere di diritto, o anche solo di fatto, conseguenze irreversibili per il minore e per la sua famiglia. A maggior ragione perché le situazioni reali che gli operatori so-

ciali e giuridici devono trattare non appaiono loro in bianco e nero (“non abbandono” oppure “abbandono”), ma sembrano presentarsi, per così dire, con tutte le più diverse sfumature di grigio: configurano solitamente situazioni di semi abbandono, per di più da riferire a tipologie estremamente diversificate. Una maggiore attenzione per la famiglia, o meglio per il diritto del bambino alla *sua* famiglia, è evidente nella legge 28 marzo 2001, n. 149, che poggia su alcuni principi cardini: primo fra tutti, il diritto del minore a avere la sua famiglia, che comporta la consapevolezza che qualsiasi problematica o difficoltà debba essere prioritariamente risolta in seno al nucleo familiare; secondo, il principio per cui l'indigenza familiare non può costituire un elemento che discrimina l'esercizio delle funzioni di crescita ed educazione a vantaggio della prole. Entrambi i principi implicano, a livello operativo, la presenza di reti di servizi e professionalità con funzioni di sostegno della famiglia che versa in condizioni critiche di ordine economico e/o educativo, al fine di aumentarne l'autonomia.

Ecco perché la strada dell'affidamento familiare, con il mantenimento di quel poco o tanto di rapporti possibili con il genitore o i genitori naturali, è sempre più largamente praticata, anche quando finisce per risolversi in un affidamento che si prolunga sino alla maggiore età, magari non rispondendo più a quei requisiti di temporaneità che il legislatore aveva originariamente previsto introducendo questo istituto. Ma la realtà, complessa e multiforme, fatica a incanalarsi in nitide e schematiche costruzioni, mentre sempre più si diffonde la convinzione che sia da evitare, se non in casi estremi, la separazione netta e senza appello dalla famiglia naturale.

#### 6. *Le due evoluzioni: un bilancio provvisorio*

L'orientamento favorevole alla degiuridicizzazione, che ha conosciuto un notevole favore specialmente negli anni 1980-90, sembra entrato in una fase di declino negli anni più recenti, quando sembrano prevalere orientamenti ostili ad un rinvio della regolazione della famiglia alla famiglia stessa: a sfavore di questa prospettiva giocano l'asimmetria tra le parti in causa e l'interesse del minore, la cui tutela resta problematica soprattutto per la questione irrisolta della titolarità dei suoi diritti. Tanto sul versante “progressista”, quanto in quello “conservatore”, da più parti si prospetta un nuovo interventismo dello Stato e del diritto: l'intervento si giustifica nella visione dei progressisti per la necessità di colmare le disparità di fatto e di fare da supporto alle “parti deboli”, in quella dei conservatori per la necessità di rafforzare la famiglia, con una preferenza per quella coniugale, anche per stornare l'adempersi della profezia, più volte annunciata in passato, di una “società senza padre”. Da tutto ciò si denota la complessità della situazione e delle rappresentazioni della famiglia contempo-

reana, da cui nasce per molti l'esigenza di continuare ad utilizzare lo strumento del diritto e dell'innovazione giuridica per far fronte ai cambiamenti sociali. Come abbiamo visto, molte innovazioni sono state realizzate, di altre ancora si discute. Ma sembra superata la fase delle "grandi riforme" del diritto di famiglia, e forse è finita con gli anni '80 l'epoca delle riforme sorrette da un largo consenso nella convinzione che la via del "progresso" fosse tracciata e che ci si potesse limitare a tradurre in atti giuridici principi generali ampiamente condivisi. Da qualche tempo si registra piuttosto la diffusa consapevolezza che è finito il periodo euforico di innovazioni normative che mirano a modellarsi tempestivamente sulle reali (o presunte) trasformazioni familiari. La tendenza odierna è volta a realizzare interventi di regolamentazione flessibili e informali, che sembrano rispecchiare la non rigidità e la crescente instabilità dei rapporti coniugali.

Dobbiamo quindi prendere atto delle molteplici linee evolutive del rapporto tra diritto e famiglie e delle complicate problematiche che vi sono connesse, emblematicamente illustrate dalla frequenza con cui gli esperti del settore evocano nei titoli stessi dei loro lavori i "paradossi" e gli "enigmi" di tale rapporto. Si tratta in effetti di un rapporto a molte facce, che si presta a sollecitare valutazioni diverse, a seconda del percorso di ricerca e di analisi compiuto. Una parte delle diversità di interpretazione dipende certamente dalla differenza degli approcci adottati e dei temi indagati, ma un'altra parte sembra invece da attribuire ad un'effettiva disparità delle esperienze. Superati i paradigmi che sottintendevano una società come un tutto unitario composto di parti tra loro integrate e coordinate, è giunto il momento di accettare che le logiche regolative sociali e le logiche normative prodotte dagli ordinamenti giuridici sono plurali, diversificate, anche contraddittorie. Una volta constatato che l'ordinamento agisce attraverso molteplici agenzie autorizzate ad elaborare discorsi ed a seguire criteri di orientamento differenti, non è difficile comprendere come siano possibili letture così apparentemente contrastanti del rapporto diritto-famiglie come quelle della "deistituzionalizzazione" da una parte e della "giuridicizzazione" dall'altra.

Non c'è quindi accordo su quella che sarebbe la "vera" evoluzione, il suo significato e la sua reale portata. Di questo disaccordo non è certamente il caso di stupirsi, anche perché l'evidenza empirica riguardo a questa evoluzione non è univoca nei vari settori del diritto della famiglia (e minorile) e nei diversi paesi Occidentali. Il processo, se esiste, si presenta quindi come tutt'altro che lineare ed anzi per certi aspetti risulta confuso, tanto più se andiamo a considerare i diversi livelli della legislazione internazionale, sopranazionale, nazionale e regionale, e l'applicazione delle leggi da parte degli organi giudiziari. Infine, come abbiamo visto in precedenza, la tendenza alla giuridificazione è contrastata da ciò che avviene in aree significative dei comportamenti attinenti alla famiglia in cui *non* si assiste ad una «avanzata» del diritto, dove il principio cui si improntano

le legislazioni e le giurisdizioni occidentali sembra piuttosto essere quello della autoregolazione e della non ingerenza.

Non si può quindi rispondere alla questione di quale sia la “vera” tendenza evolutiva dell’intervento del diritto e dello Stato negli ambiti familiari, o almeno non è certo possibile individuarne univocamente una sola. Certamente non possiamo parlare di una tendenza generale e incontrovertibile alla degiuridicizzazione, ossia al sottrarsi del diritto (o al suo allontanamento) dai compiti della regolazione e del controllo sociale.

Mentre il processo recepisce un contenuto che appare ormai tipicamente amministrativo, pur mantenendo la sua struttura tipicamente giurisdizionale ed al tempo stesso, il sistema giuridico tende a ritrarsi da interventi diretti e ad affidare il controllo delle famiglie alle discipline psicologico-sociali, che sono propense a servirsi di un vago modello di “buon genitore”. Al prezzo di risultare delegittimato, il diritto sembra disposto a rinunciare alla propria autorità, alla cui perdita contribuisce anche il suo presentarsi con orientamenti palesemente difformi a seconda del grado del giudizio, del tipo di autorità giudiziaria coinvolta, anche del territorio. In Italia, ad esempio, riscontriamo tanto gli orientamenti astensionistici, più praticati dai tribunali ordinari, quanto quelli maggiormente interventistici, dominanti nei tribunali per i minorenni. Questi ultimi a volte si impegnano in prima persona, sino a dare l’impressione di confondere l’azione del giudice con quella dell’assistente sociale; altre volte tendono invece a spostare la responsabilità attiva degli interventi ai servizi. Sono ormai molti anni che esperti e operatori constatano questa diversificazione delle esperienze, delle pratiche e degli orientamenti, senza che sia emersa nel frattempo una prospettiva dotata di sufficiente consenso sociale ed autorevolezza sulla quale basare una strategia coerente di azione. Ma non è il caso di invocare ritualisticamente qualche “deus ex machina” che “risolva” i problemi della regolazione giuridica, e del controllo, delle famiglie e dei minori. In questo nostro tempo non sono possibili soluzioni univoche, unitariamente coerenti, legate a principi di certezza: il variegato panorama attuale è coerente con l’immagine di un “diritto debole” e di interventi ad hoc, di un’azione duttile e promozionale, sia pure a spese dell’ideale, un tempo prioritario, della certezza del diritto.

Se non ci accontentiamo della sterile denuncia ad effetto dei “paradossi”, delle “contraddizioni”, delle “ambivalenze” e delle “ambiguità” della regolazione giuridica delle famiglie e dei minori, possiamo seguire Pocar e Ronfani che vedono nel “modello relazionale” dei rapporti di genitorialità la modalità destinata ad affermarsi come orientamento delle pratiche giudiziarie e dei servizi. Si tratta di un modello che abbandona la vecchia configurazione a piramide per assumere quella di un cerchio, dove al centro è posto il bambino e dove la circonferenza è costituita dalle relazioni tra i genitori; o di una forma stellare che comprende le relazioni con e tra i genitori biologici e sociali, con il bambino sempre al centro. Il mo-

dello relazionale impedisce che i diritti dei componenti delle famiglie divengano pretesa assoluta, non senza una conseguenza paradossale. Se si è “genitori per sempre”, come dice un fortunato slogan, il modello individualistico dei legami di coppia, fondato sull'autonomia e sulla privatezza dei rapporti, sembra destinato a dovere convivere con la reintroduzione dell'indissolubilità della famiglia, grazie al dogma della indissolubilità del rapporto di filiazione, ormai disgiunto da quella della coppia. Tale indissolubilità rivive ed è prescritta attraverso la determinazione pragmatica dell'interesse del minore, la richiesta di cogenitorialità, il sostegno pubblico alla relazione genitoriale ed il controllo dell'attività dei genitori stessi. In questo senso già si colgono i segni dell'esigenza di riformulare gli obblighi che derivano dal “contratto” e di ridefinire le responsabilità. Significativamente anche in Italia il diritto si è mosso in questa direzione e recentemente si è giunti all'approvazione della legge 54/2006 che ha introdotto l'istituto dell'affidamento condiviso quale regime normalmente operante, in luogo dell'affidamento esclusivo, per ogni ipotesi di rottura del rapporto coniugale. Si è osservato a questo proposito che fino al 2005 si è verificato uno scarso ricorso in Italia all'affido congiunto e che questo ha comportato un mantenimento di una cultura tradizionale dei ruoli, mentre l'affidamento congiunto, per le proprie caratteristiche, può portare, meglio di altri istituti, a ridefinire i ruoli di genere.

Sono quindi comprensibili due aspetti, non necessariamente in contraddizione tra loro, ma nemmeno congruenti: da un lato il controllo agito dalla sfera pubblica sulla relazione tra genitori e figli, dall'altro il sostegno alla relazione stessa. Di qui i numerosi interventi previsti dalla legislazione, dalla prassi giudiziaria e dalle pratiche dei servizi pubblici e privati: l'affidamento familiare, l'affidamento congiunto nei casi di separazione e di divorzio, l'intervento della mediazione familiare per promuovere la cogenitorialità successiva alla dissoluzione della coppia coniugale, gli “incontri protetti” e i luoghi neutri. L'interesse del minore promuove un nuovo ordine familiare e sociale. Dopo l'accoglimento e l'abbandono, nel corso del tempo, di vari modelli provenienti dalle scienze psicologiche e dalla psicoanalisi, questo nuovo ordine si fonda non più sull'immagine di coppia coniugata, ma primariamente sull'immagine di una famiglia – binucleare, ricomposta, di fatto, ecc. – che resiste all'instabilità della coppia stessa in virtù dell'esistenza dei figli. In questo senso possono essere lette le richieste di un maggiore riconoscimento sociale e giuridico della plurigenitorialità, ossia della ridefinizione in termini legali del rapporto che intercorre tra i nuovi compagni dei genitori affidatari con i figli di questi ultimi. Questo riconoscimento, che attualmente segna una tra le ultime tappe del percorso di innovazione in tema di relazioni familiari, rivela anche le ulteriori difficoltà che questo percorso incontra. Si tratta di un tema delicato che scardina, alla pari di altri fenomeni quali la procreazione assistita e l'affidamento familiare, alcune certezze circa la non condivisione della genito-

rialità e l'attribuzione di diritti e di doveri nel senso tradizionale; ciò rende ancora più incerto il confine tra sfera pubblica e privata.

Un punto di equilibrio è tuttavia rintracciabile: considerato che i diritti e gli interessi dei minori sono di natura relazionale, che sono cioè fondati sull'interdipendenza e sulla reciprocità, è possibile immaginare un intervento della sfera pubblica che sia rivolto in modo particolare alla relazione che lega genitori e figli piuttosto che ai singoli soggetti. In questo modo gli obiettivi dell'intervento si configurerebbero come sostegno al mantenimento della relazione e/o allo sviluppo dell'autonomia.

### Bibliografia

- AA.VV., *Famiglia, figli e società in Europa*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli 1991.
- AA.VV., *Dentro la complessità della famiglia: crisi, risorse e cambiamenti*, Firenze, Giunti 1999.
- M. Barbagli, *Famiglia e mutamento sociale*, Bologna, Il Mulino 1998.
- M. Barbagli e D. Kertzer (a cura di), *Storia della famiglia italiana 1750-1950*, Bologna, Il Mulino 1992.
- M. Barbagli, *Provando e riprovando. Matrimonio e famiglia in Italia e in altri paesi occidentali*, Bologna, Il Mulino 1990.
- M. Barbagli e C. Saraceno (a cura di), *Lo stato delle famiglie in Italia*, Bologna, Il Mulino 1997.
- M. Barbagli, M. Castiglioni e G. Dalla Zuanna, *Fare famiglia in Italia. Un secolo di cambiamenti*, Bologna, Il Mulino 2003.
- B. Barbero Avanzini, *Dopo la famiglia nucleare*, Milano, Vita e Pensiero 1991.
- U. Beck Ulrich e E. Beck-Gernsheim, *Il normale caos dell'amore* (trad. it.), Torino, Bollati Boringhieri, 1997.
- M. Bonolis, *Struttura e mutamento della famiglia*, Roma, Meltemi 1999.
- A. Burguière, Ch. Klapisch-Zuber, M. Segalen, F. Zonabend, *Storia universale della famiglia*, (trad. it.) 2 voll., Milano, Mondadori 1988.
- F. De Singly, *Sociologia della famiglia contemporanea*, Bari, Palomar 1996.
- P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia*, Laterza, Roma-Bari 1998.
- P. Ginsborg, *L'Italia del tempo presente: famiglia, società civile, Stato 1980-1996*, Torino, Einaudi 1998.
- J. Goody, *Famiglia e matrimonio in Europa*, Milano, Mondadori 1984.
- IRPET, *Famiglia in mutamento*, Milano, Franco Angeli 1997.
- J. C. Kaufmann, *La vita a due. Sociologia della coppia*, Bologna, Il Mulino 1996.
- D.I. Kertzer e R. P. Seller, *La famiglia in Italia dall'antichità al XX secolo*, Firenze, Le Lettere 1998.
- G. Maggioni, *Il divorzio in Italia. Storia dell'applicazione di una legge nuova*, Milano, Franco Angeli 1990.
- G. Maggioni (a cura di), *Come il diritto tratta le famiglie*, Urbino, QuattroVenti 1996.
- G. Maggioni (a cura di), *Padri nei nostri tempi. Ruoli, identità, esperienze*, Roma, Donzelli 2000.

- G. Maggioni, V. Pocar e P. Ronfani, *La separazione senza giudice. Il conflitto coniugale e gli operatori del diritto*, Milano, Franco Angeli 1988.
- T. Montecchiari, *La potestà dei genitori*, Milano, Giuffrè 2006.
- T. Parsons e R. F. Bales, *Famiglia e socializzazione*, (trad. it.) Milano, Mondadori 1974.
- V. Pocar e P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari Laterza 2003.
- P. Ronfani (a cura di), *Quale giustizia per le famiglie? gli orientamenti della cultura giuridica nella società che cambia*, Milano, Giuffrè 2006.
- C. Saraceno, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Bologna, Il Mulino 1998.
- C. Saraceno e M. Naldini, *Sociologia della famiglia*, Bologna, Il Mulino 2001.