



Cosa è successo dopo, a che punto siamo e cosa succede di nuovo

Premessa

La famiglia è una istituzione sociale universalmente diffusa e si diversifica in una molteplicità di modelli di riferimento e che, in ragione della sua flessibilità, non si può ricondurre ad una definizione di carattere generale e onnicomprensiva.

Alla base dell'istituto familiare c'è senz'altro un'esigenza primaria dell'essere umano che è la propensione, la tendenza, a forme di vita aggregata.

Sotto questo aspetto, dunque, si può affermare che la famiglia è la prima struttura sociale dove l'essere umano esprime la sua natura di animale politico.

Nella famiglia, tuttavia, prima ancora che una generica aspirazione di socialità, si realizza un più specifico e atavico bisogno, cioè quell'insieme di aspirazioni legate alla riproduzione della specie, alla sessualità, all'educazione e allevamento della prole.

Nella storia ogni società si è data una regolamentazione, anche rudimentale, dei rapporti tra uomo e donna, definendo in termini giuridici il vincolo che lega i due soggetti e che da loro si estende i figli.

Nel nostro ordinamento la famiglia emerge quale “soggetto politico”, oltre che sociale, negli anni '30, quando il regime fascista, nell'individuare un efficace veicolo di trasmissione e accettazione per le nuove generazioni dei principi autoritaristici del regime stesso, propaganderà un preciso modello ideale di famiglia, quale cellula dei principi dell'unità di patria e di garanzia dell'ordine sociale, ponendo in essere il miglior sistema di controllo dei comportamenti privati.

In quest'ottica, il codice del 1942 accentuò fortemente il rilievo della nozione di unità familiare e del principio di autorità, in nome di una malcelata visione paternalistica della famiglia, che consentiva allo Stato di ingerirsi all'interno dei rapporti familiari, non semplicemente in termini di supplenza o integrazione, ma addirittura, molto spesso, in funzione di direzione e controllo.

Questa impostazione normativa, infatti, era l'estrinsecazione dell'idea che il diritto familiare non fosse tanto da ricondursi al diritto civile quanto, più correttamente, da intendersi come una branca del diritto pubblico, proprio a sottolineare la soggezione dei rapporti familiari al controllo dello Stato che così mostrava di voler rendere la famiglia il suo primo e basilare nucleo fondante.

Tale modello rimarrà apparentemente identico a se stesso per molti anni, sino a quando non si manifesterà prepotentemente l'insoddisfazione delle vari componenti, marito, moglie e gli stessi figli/e, a ridurre tutte le proprie ambizioni e aspirazioni all'interno delle cosiddette mura domestiche.

Sul finire degli anni 60, se le ribellioni sociali, e le pretese da ciò scaturenti, sembravano ormai ben delineate e prossime all'esaurimento, nel diritto l'evoluzione del modello familiare era ancora lontanissima.

Tuttavia, proprio in questo periodo inizia una vera e propria rivoluzione sul piano normativo, che sicuramente trova il suo incipit nella travagliata approvazione della Legge 1 dicembre 1970 n. 898 *“disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio”*. Il primo tentativo di regolamentare la questione risaliva ad almeno un secolo prima con almeno, ripetuti quanto inutili, dieci tentativi negli anni successivi, con la unica eccezione nel periodo del ventennio.

Il percorso di approvazione della Legge 151/1975, è stato, forse, meno travagliato che la legge sul divorzio, ma con effetti sicuramente più dirompenti e innovativi. La nuova formulazione del codice civile fu frutto sia del recepimento di principi normativi fondamentali, tra cui l'art. 2 della Costituzione **«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.»**, oltre che il risultato della presa d'atto da parte del legislatore degli intervenuti mutamenti nell'organizzazione e nella struttura della famiglia. Si può affermare senz'altro che la Legge 19 maggio 1975 n. 151 ha fatto nascere tutto il complesso di norme che formano il “diritto di famiglia” come è oggi inteso.

Non siamo, però, di fronte ad un gruppo di precetti entro il quale “rinchiudere” la famiglia, o meglio, un'idea funzionale di famiglia, bensì un insieme di norme che sono poste a tutela della famiglia e di ogni componente della stessa considerato come individuo portatore di diritti e di doveri, della funzione interpersonale e sociale della famiglia, della sua missione educativa, che oggi, con le ultime novelle, allarga la definizione di famiglia anche a realtà diverse da quelle di cui all'art. 29 comma 1 della Costituzione *“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*, forse con ciò facendo sorgere l'esigenza di una ridefinizione di famiglia

Le modifiche sul codice e gli effetti della L 151/1975

Alla vecchia legislazione della famiglia prima degli anni '70, la legge 151 apportò modifiche sostanziali, e dunque ha riconosciuto:

- la naturalità della famiglia;
- la legittimità della famiglia fondata sul coniugio;

- l'uguaglianza dei coniugi (temperata dall'esigenza di garanzia dell'unità familiare) e principio del consenso nell'amministrazione del rapporto e dell'educazione dei figli, e dalla potestà paterna (patria potestà) si arriva alla potestà condivisa dei coniugi;
- la parità di trattamento dei figli;
- il miglioramento della posizione successoria dei figli e del coniuge;
- l'allargamento dei presupposti per la separazione (non per colpa, ma per intollerabilità oggettiva della convivenza);
- la remunerazione del lavoro domestico (artt. 230-bis, 143, istituto della comunione legale dei beni, ma anche la rilevanza sotto il profilo della valutazione patrimoniale dell'apporto del lavoro domestico);
- l'eliminazione dell'istituto dotale (salvo il regime transitorio per le doti costituite anteriormente alla riforma);
- la solidarietà dei coniugi nel regime patrimoniale per la certezza del traffico giuridico e dei terzi;
- la tutela integrale della destinazione del fondo patrimoniale.

Questo insieme di principi ha avuto, nel corso degli anni, innumerevoli specificazioni, e ampliamenti, da parte della dottrina e della giurisprudenza, che hanno effettuato, nel tempo, numerosi ulteriori interventi.

Si può, senza tema di smentite, affermare che nell'ambito del diritto di famiglia si è assistito, e si assiste, a un fenomeno abbastanza singolare, se non unico per il nostro ordinamento, ovvero una vera e propria sovrapposizione sulle fonti tecnico-legislative da parte di fonti dottrinali e giurisdizionali attraverso un processo sempre più vicino a quello che accade negli ordinamenti di *common law*.

Controversie specifiche finiscono con il rappresentare la risorsa più usata nell'elaborazione delle regole giuridiche, con indubbie conseguenze, sia in ordine al principio di certezza del diritto, che sul piano sistematico, che possono generarsi in un ordinamento di *civil law*, che, successivamente, nel tempo, sono state recepite e codificate dal legislatore.

A fronte delle carenze e degli anacronismi del codice civile molto spesso i giudici sono stati chiamati a fronteggiare e a rispondere alle nuove istanze espresse dalla società. La famiglia forse diviene una struttura elastica per la cui regolamentazione acquistano necessario rilievo i contesti specifici.

Ogni comunità familiare (e/o di tipo familiare) si atteggia in modo diverso a seconda della concreta realtà in cui si inserisce: il contenuto dei valori fondamentali di fedeltà, convivenza, collaborazione,

contribuzione ai bisogni, non può costituire l'effetto di un giudizio uniforme che si livelli su standard riferibili a qualsiasi famiglia.

Sotto la spinta giurisprudenziale il legislatore arranca, tuttavia negli ultimi 40 anni sono stati effettuati importanti interventi.

La legge 8 febbraio 2006 n. 54

Va evidenziato che tutte le normative che si sono susseguite, a integrazione e modifica della legge 151/1975, hanno avuto come obiettivo principale la tutela dei figli.

Accanto ai numerosi interventi normativi relativi alla filiazione, adottiva e naturale, si può dire che circa dieci anni fa, il legislatore, ha operato una nuova rivoluzione, con il dettato della legge 54/2006, ancorché in ragione e nell'ottica della "crisi familiare", sia dal punto di vista sostanziale che processuale, attuando quella che è stata definita "la riforma più importante del diritto di famiglia dopo quella del 1975".

Tra le principali innovazioni va annoverato sicuramente il nuovo art. 155 del codice civile, intitolato "Provvedimenti riguardo ai figli" che, nel ribadire il diritto del minore di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere da entrambi cura, educazione ed istruzione, ha confermato l'interesse morale e materiale della prole come il "criterio guida" che il giudice deve seguire nell'adottare i provvedimenti relativi ad essa.

Con la legge 54/2006 si formalizza e si norma il concetto della indispensabilità della "bi-genitorialità", ossia il diritto dei figli di mantenere gli stessi rapporti con la madre e con il padre anche dopo la loro separazione, sulla base dell'incontestabile verità che si resta genitori per tutta la vita, nonostante il venir meno del vincolo matrimoniale.

L'art 30 della nostra Carta Costituzionale riconosce ad entrambi i genitori il diritto-dovere materiale di mantenere, istruire ed educare la prole, e nel sistema definito dalla legge attualmente in vigore, il compito dei coniugi che si stanno separando, insieme al giudice, è quello di creare un progetto di affidamento condiviso sui propri figli, dove padre e madre hanno uguali responsabilità, diritti e doveri, con tutte le difficoltà di effettiva attuazione del principio quando nella coppia è presente un elevato conflitto, e il raggiungimento di un accordo reciproco molto difficile.

In ogni caso non si può ignorare che separazione e divorzio sono dei processi che comportano un'evoluzione delle relazioni familiari su diversi piani: quello coniugale, quello genitoriale e quello relativo all'ambiente esterno, la famiglia di origine e gli amici.

La tutela dello status di figlio e la competenza giudiziale

Gli interventi legislativi che si sono succeduti alla riforma del 1975 hanno determinato mutamenti anche in ordine alla individuazione della competenza degli organi giudicanti.

Sino alla novella del 2006 sussisteva una netta differenza tra il giudice competente nei casi di conflitti, relativi ai figli sorti tra coppie unite in matrimonio, dove si individuava la competenza del giudice civile ordinario, e figli naturali, nati da coppie non sposate.

La legge 54/2006 aveva già individuato la competenza del Tribunale ordinario, senza distinzione tra figli nati dentro o fuori del matrimonio, riservando al Tribunale per i minorenni esclusivamente la competenza in ordine ai procedimenti *cd de potestate*

Da più parti si dibatte sulla necessità di istituire anche nel nostro ordinamento, come già in Francia e, per certi versi, in Spagna, di un Tribunale della famiglia con competenze esclusive su ogni aspetto del diritto di famiglia, che tuttavia è ancora di là da venire.

Attualmente il quadro normativo è radicalmente mutato con l'entrata in vigore della legge 10.12.2012, n. 219, che detta le disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali, cui ha fatto seguito il d.lgs. 28.12.2013, n. 154, entrato in vigore a decorrere dal 7.02.2014.

L'intervento riformatore ha inteso recepire taluni obblighi internazionali, i quali hanno imposto al legislatore nazionale di rimuovere le discriminazioni ancora esistenti a carico dei figli naturali.

La nostra legislazione interna, in particolare, strideva non soltanto con l'articolo 21 della Carta di Nizza sui diritti fondamentali dell'Unione Europea (resa vincolante a seguito dell'entrata in vigore – il 1° dicembre 2009 – del Trattato di Lisbona), ma anche con l'articolo 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, ove è prevista la protezione della vita privata e familiare, nonché il successivo articolo 14, nel quale è posto il divieto di ogni discriminazione.

L'intervento di riforma ha voluto affermare l'unicità dello stato di figlio; introdurre disposizioni circa l'ascolto del minore; prevedere nuove norme in tema di rapporto del minore con gli ascendenti, puntualizzare la nozione di stato di abbandono, prevedere la segnalazione di situazioni di disagio alle competenti autorità amministrative.

Con l'intento di evitare che condotte colpevoli dei genitori si traducevano in trattamenti deteriori per il minore, si è ampliata la possibilità di riconoscimento – già introdotta, pur con significative limitazioni, dalla Legge 19 maggio 1975, n. 151, di "*Riforma del diritto di famiglia*" – dei figli nati da un'unione incestuosa, sempre che il riconoscimento risponda al superiore interesse del figlio.

Significativa, inoltre, la devoluzione al tribunale ordinario di tutte le controversie tra genitori in materia di affidamento e determinazione dell'assegno per i figli, a prescindere dallo status dei genitori (si veda il novellato articolo 38 delle disposizioni attuative del Codice Civile), individuando specificamente i procedimenti di competenza del tribunale per i minorenni (quelli contemplati dagli artt. 84, 90, 330, 332, 333, 334, 335, 371, ultimo comma, 251 e 317 *bis* c.c.)

La riforma 219/2012, poi, ha stabilito che per i provvedimenti limitativi della responsabilità (art. 333 cc) resta esclusa la competenza del tribunale per i minorenni, nell'ipotesi in cui sia in corso, tra le stesse parti,

giudizio di separazione o divorzio o procedimenti sulla responsabilità genitoriale riferiti ai figli naturali, (art. 316 bis cc).

In tali casi, la competenza, per tutta la durata del procedimento, spetta al giudice ordinario. Infine, la norma prevede che nei procedimenti in materia di affidamento e di mantenimento dei minori si applichi il rito camerale, in quanto compatibile, consentendo all'autorità giudiziaria di assumere, collegialmente, decisioni in tempi brevi.

Erminia Cozza

18 maggio 2015