



Corso di aggiornamento e qualificazione professionale in Diritto di Famiglia

Referente per il Diritto di Famiglia
Avv. Laura Landi

RELAZIONE

***“La sopravvivenza della famiglia nella legge n. 54 del 2006.
Una proposta interpretativa”***

(a cura dell'avv. Antonella Scarfiello - Foro di Salerno)

ANNO FORMATIVO 2009

INDICE

INTRODUZIONE	p. 3
P.1 LE RAGIONI, GLI OBIETTIVI E GLI STRUMENTI DIDATTICI DI UN CORSO DI DIRITTO DI FAMIGLIA “PENSATO” PER GLI AVVOCATI	p. 4
P. 2 LA FAMIGLIA NELL’ORDINAMENTO GIURIDICO	p. 6
P. 3 LA CRISI DELL’ISTITUTO FAMILIARE	p. 8
P. 4 SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA SOPRAVVIVENZA DELLA FAMIGLIA ALLA LUCE DELLA L. 54/2006	p. 9
Conclusioni	p. 14
Bibliografia	p. 15
ALLEGATO:	
SLIDE DI PRESENTAZIONE DEL CORSO DI DIRITTO DI FAMIGLIA	

INTRODUZIONE

Il presente lavoro nasce dall'idea di voler dare un contributo attivo al Corso di aggiornamento e qualificazione professionale in Diritto di Famiglia attraverso la rilettura delle prime tre lezioni su alcuni aspetti della nuova legge sull'affido condiviso n. 54/2006, proponendo una interpretazione personale degli artt. 155 e 155 *quater* c.c., scaturita dagli interventi dei relatori e dallo studio della legge in oggetto.

Il titolo del saggio che originariamente era "La tutela della famiglia nella l. 54/2006" è stato sostituito dal termine "sopravvivenza" poiché l'interrogativo principale è se anche in seguito alla separazione e successivamente al divorzio possa esistere ancora una famiglia seppur trasformata in seguito alla fine del matrimonio o del rapporto di convivenza oppure se come fa parte della dottrina si debba parlare unicamente di genitori che decidono in virtù dell'interesse del minore.

Un ringraziamento particolare va all'Avv. Laura Landi che ha indirizzato quest'opera e trasmesso l'entusiasmo per il diritto di famiglia facendo in modo che un corso di aggiornamento potesse diventare materiale vivo di discussione e di confronto.

Questa materia ha, finalmente, travalicato le aule dei Tribunali per diventare elemento di discussione quotidiana, per sensibilizzare gli avvocati sulle tematiche affrontate, per fare in modo che non si risolvesse tutto in una fredda applicazione delle norme.

Attraverso gli spunti di riflessione delle tematiche trattate durante il corso si può dire che il diritto di famiglia ci interroga, ci riguarda, ci fa riflettere, è *tra di noi*.

P.1 LE RAGIONI, GLI OBIETTIVI E GLI STRUMENTI DIDATTICI DI UN CORSO DI DIRITTO DI FAMIGLIA "PENSATO" PER GLI AVVOCATI

Il diritto di famiglia ha subito negli ultimi anni profonde modifiche per adattare gli istituti giuridici a nuovi orientamenti non solo giurisprudenziali, ma anche sociali. Gli interventi del legislatore nelle tematiche familiari sono stati variamente interpretati dalla dottrina poiché per alcuni non si è ritenuta giusta "l'invasività" del diritto nella famiglia che attiene più alla sfera degli affetti che a norme codificate.

A sostegno di questa tesi, anche una celebre dottrina (Jemolo) sottolinea il carattere metagiuridico della famiglia "come un'isola che il mare del diritto può lambire soltanto", quindi appartenente più al campo degli affetti che alle regole giuridiche. Lo stesso presidente della Commissione dei 75, On. Ruini, riferiva all'Assemblea di un generale consenso dei commissari sulla "missione e sull'importanza della famiglia, come nucleo essenziale della società".

Dobbiamo perciò considerare la realtà effettuale e la logica intrinseca dell'assetto dell'istituto familiare, come prodotto e condizionato da rapporti sociali e da forze che operano nello Stato e che esprimono il sentimento e gli interessi comuni. È indicativo, allora, considerare la famiglia come appartenente più alla c.d. Costituzione in senso materiale che a quella in senso formale. Infatti, secondo una celebre dottrina (Mortati), accanto alla Costituzione in senso formale, insieme di regole giuridiche scritte, esisterebbe una Costituzione in senso materiale, il nucleo dei fini e dei valori dell'ordinamento e l'insieme delle forze politiche, che ne assicurano la realizzazione, al di là ed eventualmente anche contro la Costituzione formale.

La famiglia riveste, quindi, una sfera di grande interesse per gli operatori del diritto al di là delle diatribe sul suo campo di applicazione o sul suo inquadramento giuridico.

Le ragioni del corso sono, allora, insite nelle tematiche affrontate dallo stesso.

Un corso sul diritto di famiglia "pensato" per gli avvocati avalla la tesi che in ogni questione, in ogni controversia, perfino negli aspetti più impensabili del diritto si potrà incontrare anche solo in via residuale un rapporto familiare, una parvenza di affetti tutelati dall'ordinamento che l'avvocato, nell'esercizio della sua professione, non potrà esimersi dal considerare.

Ed allora quando si parla di difensore di "fiducia", la parola stessa ci induce a sottolineare una maggiore sensibilità nell'ambito dei rapporti familiari, una tutela dell'affidamento che la famiglia compie quando ha bisogno di un consiglio, di un aiuto, di un modo per dirimere una controversia. Perché allora si parla di famiglia e non di singolo individuo o più tecnicamente del cliente?

Perché, a detta di una interpretazione personale, non possiamo considerare i singoli individui come avulsi da una realtà che si è creata in diritto o in fatto (convivenza) e perché nell'ambito dei rapporti familiari i figli rappresentano quel legame indissolubile che unirà anche pro futuro i loro genitori.

Dopo aver brevemente esposto le ragioni del corso è doveroso individuare gli **obiettivi** che si sono sin dalle sue prime battute, ravvisati grazie alla chiarezza di esposizione dei relatori ed al ruolo attivo della platea che non si è mostrata come ricettore passivo di informazioni e nozioni, ma ha partecipato costantemente al dibattito.

Alla luce di quanto sopra il corso aggiornamento e qualificazione professionale in diritto di famiglia intende *in primis fornire* gli strumenti metodologici necessari per affrontare le problematiche giuridiche in materia familiare, inducendo nei partecipanti spunti di riflessione in virtù delle ultime novità legislative.

Il secondo obiettivo, di carattere didattico, è quello di stimolare gli avvocati all'approfondimento delle nuove norme giuridiche e delle applicazioni negoziali e giurisdizionali connesse, maturando importanti competenze tanto da poter in futuro creare un apposito elenco di avvocati esperti in diritto di famiglia.

Il terzo obiettivo, di carattere formativo, rilevato è quello di acquisire maggiore "sensibilità" riguardo le tematiche familiari in quanto attinenti non solo ai diritti patrimoniali, ma anche non patrimoniali.

L'ultimo obiettivo formativo è quello di permettere la socializzazione tra gli avvocati che partecipano al corso e l'integrazione di colleghi che provengono da altri Fori, incentivando interventi e confrontando esperienze professionali.

La delicatezza della materia spinge sia il legislatore che l'operatore del diritto ad avvalersi poi dell'ausilio di altre figure professionali quali, il sociologo, il pedagogista, i mediatori familiari.

Nell'ambito di questo orientamento il corso si presenta proprio come un incontro tra queste diverse figure professionali, nell'ottica di un reciproco arricchimento e confronto.

Per quanto concerne gli strumenti didattici utilizzati il corso prevede all'inizio di ogni lezione dispense di supporto con allegate note a sentenze, questionari a scelta multipla per monitorare l'apprendimento in itinere, videoproiettore per registrare e riascoltare successivamente le lezioni.

Si può, in conclusione, affermare che l'argomento della famiglia resta uno dei temi più affascinanti della scienza del diritto e che "anche nelle Università occorre sviluppare l'insegnamento del diritto di famiglia e sensibilizzare i laureati a questi problemi, superando una strana ed ingiustificata tradizione civilistica di minore considerazione verso i problemi della famiglia" (Pietro Perlingieri).

P. 2 LA FAMIGLIA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO

Volendo ora precisare la nozione di **famiglia**¹ occorre osservare che la dottrina da tempo ha rilevato che non esiste un preciso concetto giuridico che valga a determinare l'ambito dei suoi componenti, perché nel sistema giuridico tale nozione non è costante. Lo stesso stato di famiglia² è un concetto tra "i più sfuggenti dell'intera scienza del diritto" in quanto è differentemente spiegato da ciascun autore a seconda di personali scelte ideologiche e di singole specializzazioni. Lo *status* non è definito da alcuna norma di diritto positivo, pur trovando tale parola cittadinanza nel nostro ordinamento in varie circostanze. Il problema della nozione della famiglia, allora, verrà posto unicamente con riguardo alle norme che, essendo dirette a determinare gli effetti di natura strettamente personale che derivano dal vincolo familiare, atterranno direttamente a tale vincolo, ne determineranno le conseguenze, e delimiteranno la posizione di ciascun membro nell'ambito del gruppo. La stessa affermazione dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che si legge nell'art. 29, cpv., Cost., non passò senza contrasti e giuristi come Calamandrei, ne contestarono la validità, segnalando nella disposizione "un nocciolo di ipocrisia". "[...]Sotto questo aspetto", rilevava il Calamandrei, "il nostro diritto vigente non è basato sull'eguaglianza giuridica dei coniugi, perché il capo famiglia è il marito [...]. E questa disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è un'esigenza di quella unità della famiglia, di questa società, che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e diretta da una sola persona".

Le disposizioni costituzionali hanno aperto discussioni e problemi, dai rilevanti aspetti giuridici e di politica del diritto che hanno posto capo alla riforma del diritto di famiglia con l. 19 maggio 1975, n. 151.

I punti centrali del nuovo diritto di famiglia riguardano: la rivalutazione del modello associativo nell'assetto dei rapporti coniugali e familiari, con l'affermazione della posizione paritaria, sul piano morale, sociale e quindi giuridico, di tutti i membri della famiglia (artt.143 - 148 e 315 e ss. cod. civ.); l'accordo come momento propulsore della vita familiare (artt.144 e 316 cod. civ.); il principio solidaristico di collaborazione di tutti i componenti della famiglia e nell'interesse (di tutti i componenti) della famiglia (artt.143, commi 2, 3 e 315 cod. civ.); una più accentuata strumentalizzazione dei rapporti patrimoniali alla realizzazione di quelli personali (art. 159 e ss. cod. civ.); la parificazione della filiazione naturale a quella legittima (artt. 261; 317 *bis*; 537 e 542 cod. civ.).

Il concetto costituzionale della famiglia, seppure sembra limitato al riconoscimento di quella legittima, non esclude che anche dalle unioni di fatto (in quanto non fondate sul matrimonio) si originino situazioni giuridicamente rilevanti e costituzionalmente protette come nel caso della filiazione naturale. Infatti, un consistente orientamento

¹ F. Cuocolo, in Enciclopedia giuridica Treccani, voce (famiglia: I), Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da E. Treccani, Roma, 1989, vol. XIV, pag. 1.

² Il riconoscimento costituzionale della famiglia deve essere considerato come garanzia di autonomia, per cui gli artt. 2, 29, 30, Cost. riserverebbero ai singoli il diritto di elaborare personalmente i valori ed i modelli di convivenza, interpretando in modo libero i fenomeni storici di trasformazione della esperienza familiare, senza interferenze *ab externo*. V. Crisafulli - L. Paladin, art. 29, in Commentario breve alla costituzione, a cura di V. Crisafulli - L. Paladin, Cedam, 1990, pag. 206.

dottrinale, rafforzato dal riconoscimento che l'unione naturale non fondata sul matrimonio riceve in numerose norme, in particolare dopo la riforma del 1975 (si pensi agli artt. 261 e 317 *bis* cod. civ.), è indirizzato ad attribuire alla famiglia non fondata sul matrimonio non soltanto rilevanza giuridica, com'è di tutti i fenomeni della realtà sociale, ma soprattutto meritevolezza di tutela da parte dell'ordinamento, allorché la famiglia "di fatto" è idonea a svolgere le medesime funzioni attribuite dall'ordinamento alla famiglia "legittima" e non si pone in contrasto con questa.

P. 3 LA CRISI DELL'ISTITUTO FAMILIARE

L'esigenza di ridefinire la famiglia in virtù della nuova legge n. 54/2006 sull'affido condiviso nasce da una critica dottrinale che sottolinea, già da tempo, la crisi dell'istituto familiare.

Cooper parlava nel 1971 di "morte della famiglia". Lo stesso Trabucchi³ afferma che la crisi legislativa ha influito sulla profondissima crisi del costume e della vita, infatti "le riforme nel modo di intendere la famiglia e nella disciplina legislativa sono state così radicali che non è mancato il grido d'allarme di chi ha parlato di *finis familiae*". E' chiaro che una legge cattiva possa peggiorare il costume morale, ma è anche vero che un vuoto legislativo sarebbe ancora più pericoloso poiché, nel silenzio della legge, ogni comportamento sarebbe lecito, incrementando abitudini e modi di pensare, difficili da "correggere".

Infatti il legislatore stesso ha dovuto tener presente l'effettiva natura degli istituti che hanno base in radicali posizioni naturali, morali e di costume dando rilievo al binomio libertà e responsabilità che sono il fondamento della materia. In questo senso libertà significa che nei rapporti familiari il diritto, come già affermato, dovrebbe entrare il meno possibile per lasciare alla coscienza morale dei soggetti "il più ampio dominio di scelta e di vita".

Tuttavia, l'organizzazione giuridica appare necessaria nei confronti dei soggetti che hanno bisogno di protezione e di assistenza.

Ci muoveremo, allora, in una prospettiva *de iure condito* e *de iure condendo* al fine di dare una risposta alla sorte di questo istituto, dimostrando, da un lato, l'attualità del dettato costituzionale in materia, dall'altro l'importanza della famiglia per l'attenzione che continua a ricevere da parte del legislatore. Ed allora, dall'analisi che segue si dimostrerà che non c'è crisi; nell'attuale sistema normativo l'istituto familiare è vivo più che mai.

P. 4 SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA SOPRAVVIVENZA DELLA FAMIGLIA ALLA LUCE DELLA L. 54/2006

La principale novità introdotta dalla legge n. 54/2006 è il completo ribaltamento del rapporto regola/eccezione in materia di affidamento: l'affido prima definito "congiunto", da mera opzione, peraltro scarsamente adottata in concreto è divenuta la regola, al punto che è necessaria una specifica motivazione, da riportare nel provvedimento giurisdizionale, per stabilire l'affidamento esclusivo.

Per evidenziare ancor meglio tale radicale inversione di tendenza, il legislatore ha perfino "ribattezzato" l'istituto con l'aggettivo "condiviso"⁴. In definitiva, mentre prima la tendenza era quella di abbandonare le altre due opzioni, quella dell'affidamento congiunto e quella dell'affidamento "alternato" (scelta, quest'ultima, ancor più scarsamente praticata per le immaginabili ripercussioni negative sia dal punto di vista psicologico che pratico), per procedere all'affidamento esclusivo (di regola alla madre), il nuovo art. 155 del codice civile impone al giudice di valutare "prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori", in modo da realizzare al meglio il diritto della prole a "mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi".

La nozione di condivisione non indica solo uno sviluppo ulteriore della nozione precedente (congiunto); nel caso di affidamento congiunto in passato occorre un apposito accordo tra i coniugi, altrimenti l'affidamento era esclusivo.

Oggi questo schema si è capovolto, perché *in primis* bisogna sforzarsi per la soluzione dell'affidamento ad entrambi i genitori, e ove questo non sia possibile, il giudice disporrà per l'affidamento unilaterale.

³ A. Trabucchi, Istituzioni di diritto civile, Cedam, Padova, 1995, pag. 247.

⁴ Nonostante i progressi intervenuti a tutela dei figli, tuttavia, specie negli ultimi decenni, da più parti si è lamentata l'inconciliabilità dell'assetto normativo e, soprattutto, della prassi con i principi sanciti dall'art. 30 della Costituzione ("è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio") e dagli articoli 9 e 18 della legge 176/1991, che ha ratificato la Convenzione di **New York** sui diritti del fanciullo. Quest'ultime norme impongono di evitare che il fanciullo sia "separato dai suoi genitori contro la loro volontà a meno che le autorità competenti non decidano, sotto riserva di revisione giudiziaria e conformemente con le leggi di procedura applicabili, che questa separazione è necessaria nell'interesse preminente del fanciullo". Anche in quest'ultima ipotesi, peraltro, è diritto del figlio, di regola, "intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori", poiché "entrambi i genitori hanno una responsabilità comune per quanto riguarda l'educazione del fanciullo".

La condivisione rispetto all'affidamento congiunto indica qualcosa di diverso perché con questo termine il legislatore vuole sottolineare l'esigenza di mantenere il legame nella famiglia nonostante i dissapori tra gli ex coniugi, di salvaguardare il legame per quanto riguarda i rapporti con i figli, mantenendo salda la nozione di famiglia costituita con il matrimonio.

A tale proposito, il dott. De Filippis⁵ sottolinea che quando l'art. 155 c.c. esordisce dicendo “*Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale*” è chiaramente espressa la voluntas del legislatore di evidenziare un *continuum* tra fase fisiologica e fase patologica dell'istituto familiare, in quanto non c'è più un interesse del minore, ma un vero e proprio diritto di mantenere un rapporto equilibrato con entrambi i genitori.

Quest'ultima affermazione crea una serie di interrogativi poiché se è pacifico che nell'adozione dei provvedimenti relativi alla prole il giudice debba applicare il principio dell'assoluta preminenza dell'interesse morale e materiale dei figli (art. 155, comma 2) non si capisce bene quale sia la sorte della famiglia d'origine.

Si può *sic et simpliciter* affermare che quest'ultima sia morta o sussiste ancora un certo legame tra i coniugi, dopo la separazione, magari un sentimento che con il tempo si è trasformato in rispetto reciproco? E' non è forse questo mutato sentimento che dovrebbero redimere le conflittualità tra i coniugi e lasciar spazio all'accordo in *re ipsa* richiesto dall'affido condiviso?

Sul punto è intervenuto durante il corso in oggetto il prof. Bruno Schettini⁶ che ha evidenziato come il legislatore, facendo propri i motivi di ordine psicopedagogico, abbia ritenuto di poter offrire opportunità di deflazione della litigiosità coniugale nonché genitoriale a vantaggio dei figli minori di età, ma anche delle figure adulte coinvolte nella fase evolutiva del ciclo di vita del sistema familiare e dei sistemi individuali⁷.

La normativa attuale recupererebbe, quindi, il sentimento di autostima nelle figure adulte attrici dell'evento critico, sostenendo anche la genitorialità nell'interesse preminente della prole e, infine, favorirebbe la corretta gestione del conflitto, ridefinendo il ciclo vitale della vita individuale, affettiva e relazionale⁸.

Schettini analizzando i rapporti dei coniugi dopo la separazione pone l'accento sul fatto che anche se il rapporto finisce sarebbe opportuno imparare a prendere qualcosa dell'altro e a lasciare qualcosa all'altro (ricordi di emozioni, spazi di vita vissuta).

In realtà, spesso, la fine di un rapporto è vissuto con senso di colpa e nell'ottica di un fallimento da parte dei coniugi che si attribuiscono reciprocamente le responsabilità.

Come è possibile, allora, parlare di affido condiviso se ci sono risentimenti, minacce, ingiurie?

Potrebbe l'istituto applicarsi dopo un periodo di tempo necessario per redimere i conflitti e fare in modo che i soggetti interessati acquistino un grado di maturità tale da poter addivenire ad un compromesso?

La nostra interpretazione è quella di ribaltare nuovamente il focus dell'attenzione, in un'ottica sicuramente da molti non condivisa, che è quella di considerare “l'interesse dei figli” cronologicamente posteriore ai rapporti tra i coniugi.

Più precisamente e seguendo anche l'ottica pedagogica, se la famiglia è una comunità educante o come afferma Cicerone *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*, seminario per la procreazione fisica degli uomini e per la loro formazione, si può con sicurezza affermare che con la separazione si scioglie indissolubilmente il legame tra i coniugi e che essi possano educare i figli senza sentirsi parte della famiglia?

Noi non saremmo pienamente convinti di tale assunto. Infatti, quando l'art. 155, 3 comma afferma che la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori e che le decisioni di maggior interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo dai genitori, questo implica già un legame tra di loro fatto di telefonate, colloqui ed incontri per discutere della vita dei figli.

In questo senso la famiglia d'origine sopravvive. Sicuramente i rapporti si sono trasformati, i legami sentimentali riguardano altre persone e magari il tempo a disposizione sarà poco o esiguo, ma il “bene” del figlio si costruisce insieme attraverso quel famoso processo di maturazione di cui abbiamo parlato sopra e che potrà essere realizzato con l'aiuto di professionisti quali lo psicologo e il mediatore familiare.

Successivamente, poi, a tale processo si potrà parlare di interesse del minore se si resta nell'ambito dell'affido condiviso. Per il nostro assunto quindi la condivisione è il frutto di quel processo di maturazione che ha posto fine alle liti a ad interessi egoistici ed ha recuperato il “senso” della famiglia come comunione d'intenti, di affetti, di rispetto, che dovrebbe continuare a sopravvivere, in questa nuova accezione, anche con il divorzio. .

⁵ B. De Filippis, Lezione del 26/02/2009- Corso di aggiornamento in Diritto di famiglia.

⁶ B. Schettini, Lezione del 12/03/2009- Corso di aggiornamento in Diritto di famiglia.

⁷ Per un approfondimento si veda B. Schettini, “Famiglia e minori, Il Sole 24 ore, Guida al Diritto, n. 6/2007, pag. 103.

⁸ L'applicazione della nuova legge non risolve certamente il problema della litigiosità degli ex coniugi, né garantisce che ambedue i genitori applichino il dettato legislativo senza contrasto. Per consultare i dati statistici sul primo anno di applicazione dell'affido condiviso si veda. B. Schettini, Per i bambini con disagi va imboccato con convinzione il sentiero della bigenitorialità, in Guida al Diritto- il Sole 24 ore, n. 10/2008, pag. 103 e ss.

Il legame degli ex coniugi, dopo il divorzio, può avvenire anche di riflesso; partecipando alla vita del figlio si partecipa indirettamente alla vita dell'ex partner. In tal senso il figlio stesso fungerebbe da mediatore nelle dinamiche familiari, ma anche come il punto di incontro di due realtà fortemente diverse e per certi versi opposte. Questa nostra interpretazione non vuole sminuire il superiore interesse del minore, anzi lo stesso interesse potrebbe essere definito una motivazione estrinseca a dirimere i conflitti. Ma anche in questo caso la risoluzione delle controversie è la condicio sine qua non per arrivare all'interesse del minore.

Il concetto di bigenitorialità sancito dall'art. 155 c.c. secondo la nostra interpretazione ristabilirebbe come protagonisti i genitori nell'ambito della separazione e non più il minore, non nel senso di sminuire il ruolo e la tutela di quest'ultimo, ma nella differente ottica che se i mutamenti sociali hanno portato ad un aumento a dismisura di separazioni e divorzi, questi ultimi sono diventati, purtroppo, dei fenomeni di massa e rispetto al passato c'è maggiore informazione su ciò che si deve e non deve fare in questi casi. Il profilo, poi, della bigenitorialità va difeso fino all'estremo perchè ognuno ha diritto ad avere una propria famiglia, nel senso di una madre e di un padre⁹.

Sembrano già lontani i tempi in cui il Tribunale di Roma il 13 giugno 2000 riconosceva il risarcimento del danno al genitore non affidatario per l'interruzione di ogni relazione con il figlio da parte dell'altro coniuge¹⁰.

Tuttavia se il legislatore ha dato un modello ideale da seguire non è detto che il meccanismo funzioni da subito e solo con il tempo e la prassi dei Tribunali si stabilirà se nel concreto la legge è stata attuata in pieno e se il minore ha trovato effettiva tutela nella separazione attraverso l'affido condiviso.

L'ultimo punto da chiarire nell'ottica dell'interpretazione data è l'assunto contenuto nell'art. 155 *quater* in tema di assegnazione della casa coniugale, laddove si afferma che "il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva *more uxorio* o contragga nuovo matrimonio".

Mentre le prime due ipotesi (assegnatario che non abiti più nella casa familiare ovvero cessi di abitarvi stabilmente) sono condivisibili dalla dottrina¹¹ numerose perplessità destano, invece, le altre due ipotesi (convivenza *more uxorio* o matrimonio del genitore assegnatario).

Appare, infatti, illogico prevedere che l'assegnazione della casa familiare, prioritariamente destinata a soddisfare l'interesse dei figli, possa venir meno per una causa riferibile ad una scelta di vita del genitore, le cui esigenze, però, non vengono in rilievo al momento dell'assegnazione medesima¹².

La disposizione appare anche in contrasto con le libertà del genitore assegnatario, costituzionalmente garantite (art. 2 e 29 Cost.), di contrarre un nuovo matrimonio e di instaurare una convivenza *more uxorio*, o, comunque idonea a condizionarne l'esercizio, per cui il nuovo matrimonio sarebbe in contrasto con l'interesse dei figli.

Altra parte della dottrina (Paladini¹³) ritiene, invece che le due cause di cessazione del godimento della casa familiare non sarebbero in contrasto con l'interesse della prole né con la tutela della libertà matrimoniale del genitore assegnatario. La finalità¹⁴ dell'assegnazione della casa familiare consiste, infatti, nell'esigenza di garantire alla prole la continuità nel medesimo *habitat* domestico antecedente la crisi coniugale, costituito dai medesimi rapporti affettivi e dalle medesime abitudini in cui si articolava la vita dell'originario "nucleo familiare".

In tale affermazioni ci sembra di cogliere ancora una certa parvenza della famiglia originaria sia pur costituita unicamente *pro* figli, ma cosa succede allora con l'ingresso del nuovo convivente o del nuovo coniuge? Cessando le ragioni di cui all'art. 155 *quater* può intendersi che a partire da questo momento il legislatore abbia inteso la fine della famiglia?

Tale assunzione nasce anche dall'interpretazione che durante il corso il prof. Quadri¹⁵ ha dato della norma de quo, ravvisando in questa una sanzione del comportamento dell'altro coniuge, una sorta di addebito per aver fatto venir meno l'*habitat* e gli equilibri della vita familiare.

In questo senso ci sembrerebbe di interpretare *strictu sensu* la norma che invece nella sua formulazione vuole tutelare unicamente il minore e lascia ampi margini ai coniugi di poter continuare la comunione di affetti e di vita anche se svincolati dalla casa coniugale.

In definitiva, anche nelle ipotesi contemplate dall'art. 155 *quater* la famiglia d'origine dovrebbe sopravvivere, anche se funzionalizzata all'interesse ed alla cura dei figli; infatti, se di addebito o sanzione si dovesse parlare, questo riguarderebbe unicamente il coniuge assegnatario e non il minore che dovrebbe poter continuare a fare

⁹ La legge 184 del 1983 apre con un'affermazione di principio: "il minore ha diritto di essere educato nell'ambito della propria famiglia", in tal senso anche Cass. 1992/2766.

¹⁰ Per un approfondimento della sentenza si veda G. De Marzo in „Famiglia e diritto, n. 1/2005, pag. 82 e ss.

¹¹ Villani, La nuova disciplina dell'affidamento condiviso dei figli ai genitori separati (Parte seconda), SJ 2006, pag. 667.

¹² Roma, sub art. 155 *quater*, Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli, Commentario a cura di Mantovani, NLC, 2008, pag. 151.

¹³ Paladini, L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso, FD 2006, pag. 329.

¹⁴ Cfr. anche Paladini, L'affidamento condiviso dei minori, Torino 2006, pag. 329.

¹⁵ E. Quadri, Lezione del 05/03/2009- Corso di aggiornamento in Diritto di famiglia.

affidamento su entrambi i genitori e su un'idea di famiglia come luogo in cui crescere, educarsi, confrontarsi e sviluppare integralmente la sua personalità.

CONCLUSINI

In definitiva gli aspetti positivi¹⁶ della legge **54/2006** che vanno sottolineati come una conquista che potrà influenzare le future generazioni dei genitori, sono: 1) l'enunciazione del diritto dei minori alla **bigenitorialità**' (peraltro già sancito da varie convenzioni internazionali): il principio-cardine della riforma è soprattutto la valutazione prioritaria da parte del giudice dell'affido condiviso; 2) l'enunciazione del diritto dei minori alla **biparentalità**', che stabilisce un principio molto innovativo; 3) l'affermazione della pari dignità dei genitori, nella condivisione delle responsabilità per l'esercizio congiunto della potestà e dell'amministrazione. 4) Ai genitori viene chiesto di **superare la conflittualità**', pervenendo ad una genitorialità cooperativa e consensuale, disposta a ridurre le problematiche dei figli (già lacerati dai conflitti tra i genitori).

Sul tema centrale della sopravvivenza della famiglia di origine seppur funzionalizzata all'interesse dei figli si spera che altri autori molto più meritevoli possano pronunciarsi. Tuttavia è indubbio che oggi non possa parlarsi di una crisi dell'istituto familiare, almeno da un punto di vista giuridico, per i numerosi interventi legislativi che negli ultimi anni sono stati fatti, anzi noi aggiungiamo che tale istituto può essere considerato un vero e proprio "vivaio di norme" da leggersi attraverso lo specchio della Costituzione.

Nonostante il risvolto negativo del prolungamento dei tempi giudiziari in un rito che, al contrario, dovrebbe essere caratterizzato, ancor più degli altri, dalla celerità (anche per evitare il protrarsi di situazioni "sospese" che nuocciono alla serenità dei figli), non si può che accogliere con speranza queste norme che premiano la maturità di genitori e figli nell'esprimere con chiarezza e civiltà le proprie intenzioni e lo sforzo di addivenire a soluzioni che trovino l'accordo di tutti coloro che sono i veri protagonisti della vicenda giudiziaria e, soprattutto, della vita quotidiana.

BIBLIOGRAFIA

- V. Crisafulli - L. Paladin**, art. 29, in *Commentario breve alla costituzione*, a cura di V. Crisafulli - L. Paladin, Cedam, 1990, pag. 206.
- F. Cuocolo**, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, voce (famiglia: I), Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondato da E. Treccani, Roma, 1989, vol. XIV, pag. 1.
- B. De Filippis**, Lezione del 26/02/2009- Corso di aggiornamento in Diritto di famiglia.
- G. De Marzo**, *Riconosciuto il risarcimento del danno al genitore non affidatario per l'interruzione di ogni relazione con il figlio*, in *Famiglia e diritto*, n. 1/2005, pag. 82 e ss.
- E. Mete**, *Commento alla legge sull'affido condiviso*, in www.diritto.net
- Paladini**, *L'abitazione della casa familiare nell'affidamento condiviso*, FD 2006, pag. 329.
- Paladini**, *L'affidamento condiviso dei minori*, Torino 2006, pag. 329.
- E. Quadri**, Lezione del 05/03/2009- Corso di aggiornamento in Diritto di famiglia.
- Roma**, *sub art. 155 quater, Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli*, Commentario a cura di Mantovani, NLC, 2008, pag. 151.
- B. Schettini**, Lezione del 12/03/2009- Corso di aggiornamento in Diritto di famiglia.
- B. Schettini**, *Per i bambini con disagi va imboccato con convinzione il sentiero della bigenitorialità*, in "Famiglia e minori", Il Sole 24 ore, Guida al Diritto-, n. 10/2008, pag. 103 e ss.
- B. Schettini**, *Il ricorso ai professionisti può aiutare i coniugi in crisi a dialogare senza aggressività*, in "Famiglia e minori", Il Sole 24 ore, Guida al Diritto, n. 6/2007, pag. 103.
- A. Trabucchi**, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 1995, pag. 247.
- Villani**, *La nuova disciplina dell'affidamento condiviso dei figli ai genitori separati* (Parte seconda), SJ 2006, pag. 667.

¹⁶ Si veda avv. Eugenio Mete, Commento alla legge sull'affido condiviso, in www.diritto.net