



CONSIGLIO NOTARILE
DI BERGAMO

Le **famiglie** nel terzo millennio: l'evoluzione nei rapporti sociali, giuridici e patrimoniali.

16 ottobre 2015 • Bergamo
Centro Congressi Giovanni XXIII

ATTI DEL CONVEGNO

INTRODUZIONE AI LAVORI

Nel corso di quest'anno il legislatore è intervenuto sul tema delle separazioni e dei divorzi.

Lo ha fatto con la legge 55 del 6 maggio 2015 (Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi: nel gergo giornalistico *divorzio breve*):

Con tre articoli:

- si è ridotto da tre anni a dodici/sei mesi il termine previsto dall'art. 3 della legge 898/70: il termine dei 12 mesi decorre dall'avvenuta comparizione dei coniugi innanzi al presidente del tribunale nella procedura di separazione personale ed a sei mesi nel caso di separazione consensuale, anche quando il giudizio contenzioso si sia trasformato in consensuale;
- si è introdotto un nuovo comma all'art. 191 c.c. in materia di regime patrimoniale fra coniugi, del seguente tenore: ***Nel caso di separazione personale, la comunione tra i coniugi si scioglie nel momento in cui il presidente del tribunale autorizza i coniugi a vivere separati, ovvero alla data di sottoscrizione del processo verbale di separazione consensuale dei coniugi dinanzi al presidente, purché omologato. L'ordinanza con la quale i coniugi sono autorizzati a vivere separati e' comunicata all'ufficiale dello stato civile ai fini dell'annotazione dello scioglimento della comunione;***
- si è prevista l'applicazione ai procedimenti pendenti (e cioè ai procedimenti iniziati prima dell'entrata in vigore della legge).

Si è inteso rendere più rapido il passaggio dalla separazione al divorzio e far cessare anticipatamente il regime di comunione legale, ma le norme faticano a trovare attuazione, almeno in questa fase iniziale, e specialmente per i procedimenti in corso.

Alla fine dell'anno scorso dapprima con il decreto legge n. 132 del 12 settembre 2014 e poi con la legge di conversione n. 162 del 10 novembre 2014, il legislatore è intervenuto nella materia della separazione e del divorzio, orientandosi alla

“degiurisdizionalizzazione” facilitando l’accesso a strumenti alternativi al contenzioso civile: si è previsto (nel primo Capo) in caso di istanza congiunta delle parti, il trasferimento di giudizi in corso non giunti alla decisione in sede arbitrale; nel secondo Capo si tratta della cd. negoziazione assistita, procedimento verosimilmente nato con le migliori intenzioni, che però incontra non pochi ostacoli, almeno in questa fase di prima attuazione. Qualche considerazione, un contributo di valutazione oggi ci verrà dato.

Nei lavori parlamentari spicca il tema degli accordi in vista della futura separazione, ed anche questo argomento sarà approfondito, con il contributo del prof. Carlo Rimini.

Ma il tema più caldo, di cui si sta occupando il Parlamento e che sarà approfondito nel pomeriggio, riguarda i diritti e i doveri che possono nascere nelle unioni civili, che hanno alla base un fenomeno di convivenza.

E’ a tutti noto l’ampio e acceso dibattito su questo argomento: ci basti ricordare

- l’istituzione in alcuni comuni di “Registri delle Unioni Civili” (con un valore simbolico?): tra l’altro, ricordiamo che con deliberazione n. 30 del 26 luglio 2012 il Consiglio Comunale di Milano ha approvato il Regolamento sull’istituzione del Registro delle Unioni Civili. Nel Regolamento è stata definita l’organizzazione e la disciplina per l’iscrizione e la cancellazione nel registro amministrativo delle Unioni Civili. L’iscrizione può essere richiesta da due persone maggiorenni, di sesso diverso o dello stesso sesso, di qualsiasi nazionalità, residenti, coabitanti anagraficamente nel Comune di Milano e iscritti sul medesimo stato di famiglia. Nel caso in cui gli stessi non siano residenti, coabitanti e iscritti sul medesimo stato di famiglia è necessario rivolgersi prima presso qualsiasi sportello anagrafico per effettuare la variazione. Gli interessati non devono essere legati tra loro da vincoli di matrimonio, parentela, affinità, adozione, tutela e non devono appartenere ad alcuna altra forma di Unione Civile, comunque riconosciuta.
- alcuni statuti regionali (Toscana, Emilia Romagna, Umbria, Calabria) che si esprimono favorevolmente sulle unioni civili, anche omosessuali;
- la totale assenza di norme in Italia volte ad attribuire diritti nella successione in favore del o della convivente;

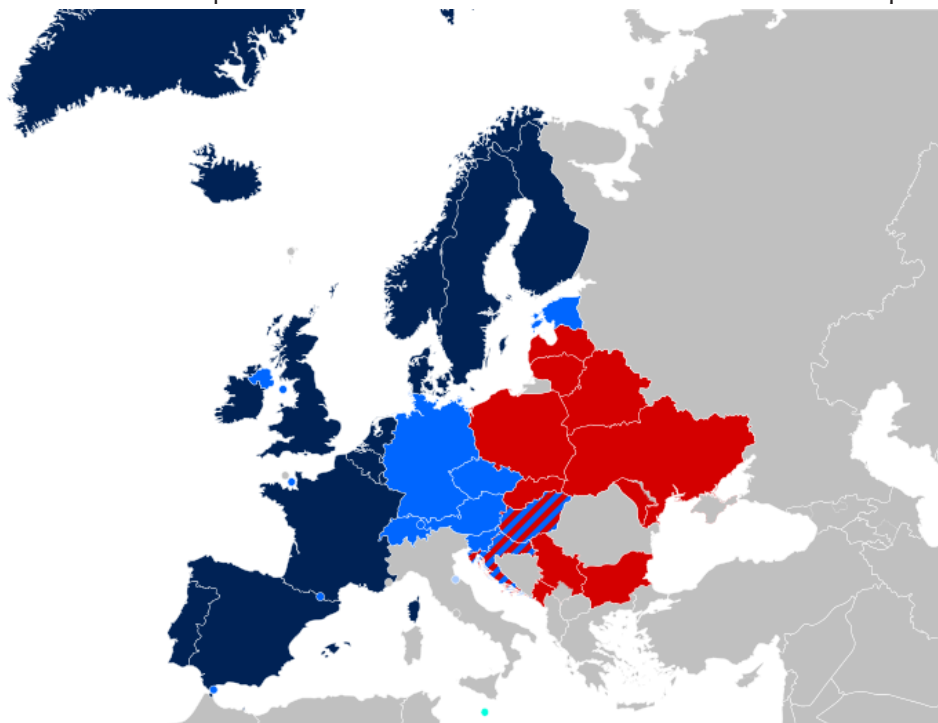
- il dibattito sulla possibilità di regolare convenzionalmente alcuni aspetti patrimoniali relativi al rapporto di convivenza;
- le resistenze di una parte dell'opinione pubblica a riconoscere il diritto all'adozione e al trattamento pensionistico nelle unioni civili omosessuali;
- i ripetuti inviti provenienti dalla Comunità Europea volti a intervenire legislativamente per la tutela delle unioni civili anche omosessuali;
- la condanna all'Italia della Corte Europea sui diritti dell'uomo del 21 luglio 2015: **per la violazione dell'art. 8 Convenzione Diritti umani**. Il giudizio è stato emesso analizzando il caso di tre coppie omosessuali, che hanno fatto ricorso a Strasburgo contro l'impossibilità di vedersi riconoscere in patria l'unione. Le tre coppie omosessuali hanno chiesto ai loro Comuni di fare le pubblicazioni per potersi sposare ma si sono viste rifiutare la possibilità. "La corte ha considerato che la tutela legale attualmente disponibile in Italia per le coppie omosessuali non solo fallisce nel provvedere ai bisogni chiave di una coppia impegnata in una relazione stabile, ma non è nemmeno sufficientemente affidabile", si legge in una nota della Corte. Per la corte dunque "un'unione civile o una partnership registrata sarebbe il modo più adeguato per riconoscere legalmente le coppie dello stesso sesso";

Altro tema delicato è quello della trascrizione in Italia di matrimoni celebrati all'estero, e delle ricadute in ambito successorio dei rapporti matrimoniali o dei rapporti derivanti da unioni civili attuate nei paesi che si sono dati una legislazione.

Mi riferisco in particolare alle successioni che presentano profili di internazionalità, argomento di grande attualità, visto che lo scorso 17 agosto 2015 è entrato in vigore il Regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio in data 4 luglio 2012, n. 650/2012.

Si accresce l'interesse alla conoscenza delle legislazioni di altri paesi, specialmente europei, non solo nell'ambito delle norme successorie, ma – ancor prima – in tema di matrimonio e unione civile.

Ecco un quadro della situazione a livello europeo:








Situazione legislativa in Europa. Matrimonio omosessuale Unioni civili Riconoscimento delle convivenze La costituzione definisce matrimonio solo l'unione tra un uomo e una donna Nessun riconoscimento o dati non disponibili

Paesi europei che non hanno mai approvato legislazioni specifiche

I seguenti Paesi non hanno mai approvato alcuna legislazione specifica per la regolamentazione delle unioni civili:

- Albania
- Bulgaria
- Bielorussia
- Bosnia ed Erzegovina
- Cipro
- Italia
- Lettonia
- Lituania
- Moldavia
- Monaco

-  Montenegro
-  Polonia
-  Macedonia
-  Romania
-  Russia
-  San Marino
-  Serbia
-  Slovacchia
-  Turchia
-  Ucraina
-  Città del Vaticano

In Italia, presso il Senato della Repubblica, è in corso l'esame, da parte della Commissione Giustizia, del Disegno di Legge n. 1211, che prevede l'istituzione di un registro nazionale delle unioni civili, il diritto al cognome del convivente,

Si stabilisce che:

- le parti dell'unione civile hanno l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale ed alla collaborazione per la vita in comune; gli stessi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro, professionale o casalingo, a contribuire alla vita in comune;
- si possa scegliere il regime patrimoniale: in assenza di scelta opererebbe il regime della comunione legale;
- sia estesa al convivente la disciplina previdenziale ed assistenziale (compresa la pensione di reversibilità) oltre ai diritti in materia sanitaria e penitenziaria;
- vengano equiparati i diritti successori tra convivente e coniuge;
- possa esserci l'esonero dal pagamento dell'imposta sulla successione per il convivente (la norma è scritta male: potrebbe avere un senso l'equiparazione al coniuge, ma sarebbe sicuramente incostituzionale una norma che prevedesse un trattamento tributario più favorevole al convivente);
- in caso di unione civile la parte contraente è considerata genitore del figlio dell'altra parte fin dal momento del concepimento in costanza di unione civile, anche quando il concepimento avviene mediante il ricorso a tecniche

di riproduzione medicalmente assistita. La parte dell'unione civile può adottare il figlio minore anche adottivo dell'altra parte dell'unione.

So bene che le opinioni su questi punti possono essere anche molto diverse, e che la materia attende da tempo una definizione: al momento non esiste ancora una normativa, ma è forte la sensazione che possa arrivare presto, ispirandosi a questi principi.

Oggi vogliamo fare qualche passo in avanti nella conoscenza di queste problematiche, analizzando innanzitutto il presente.

Poche settimane fa la Corte di Cassazione si è occupata del caso di un immobile trasferito a terzi dall'ex convivente, immobile nel quale abitavano la ex convivente ed i figli, affermando che:

anche nelle convivenze di fatto, in presenza di figli minori nati da due conviventi, l'immobile adibito a casa familiare è assegnato al genitore collocatario dei predetti minori, anche se non proprietario dell'immobile o conduttore in virtù di rapporto di locazione o comunque autonomo titolare di una posizione giuridica qualificata rispetto all'immobile. Egli, peraltro in virtù dell'affectio che costituisce il nucleo costituzionalmente protetto (ex art. 2 Cost.) della relazione di convivenza è comunque detentore qualificato dell'immobile ed esercita il diritto di godimento su di esso in posizione del tutto assimilabile al comodatario, anche quando proprietario esclusivo sia l'altro convivente...

...anche nell'ambito delle convivenze di fatto, quando l'originario proprietario dell'immobile ha trasferito a terzi la proprietà dello stesso, rimane «immutato e senza soluzione di continuità il vincolo costituito dal comodato preesistente, giustificato da un doppio qualificato titolo detentivo: il primo costituito dalla convivenza di fatto con il proprietario dante causa, il secondo dalla destinazione dell'immobile a casa familiare, prima della alienazione a terzi, e dalla cristallizzazione di tale ulteriore vincolo mediante l'assegnazione della casa familiare».

A tale riguardo, vale a dire rispetto a quest'ultima affermazione di diritto, la Corte di Cassazione precisa ulteriormente che:

- non rileva, nel caso di specie, che il trasferimento immobiliare sia anteriore rispetto al provvedimento giudiziale di assegnazione dell'immobile a casa

familiare, in quanto ciò che conta, ai predetti fini, è che la qualità di detentore qualificato in capo al destinatario di tale provvedimento giudiziale sia pacificamente preesistente al trasferimento immobiliare, così come indiscussa risulti essere la pregressa destinazione dell'immobile a casa familiare;

- La relazione con l'immobile, in virtù di tale destinazione non ha natura precaria ma, al contrario, è caratterizzata da un vincolo di scopo che si protrae fino a quando le figlie minori o maggiorenni non autosufficienti conservino tale habitat domestico.

Insomma, c'è di che rimettere sotto i riflettori il tema della convivenza e della tutela giuridica del convivente.

RESPONSABILE SCIENTIFICO

Guido De Rosa

INDICE

pag. 13	L'Autonomia privata nella gestione del conflitto coniugale: nuove riflessioni sulla base dell'introduzione della negoziazione assistita Carlo Rimini, <i>Avvocato in Milano, Professore di Diritto di Famiglia nell'Università degli Studi di Pavia</i>
pag. 25	Le più recenti e significative pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di famiglia Mario Finocchiaro, <i>Presidente della Sesta Sezione della Corte di Cassazione</i>
pag. 43	L'impresa e la sua trasmissione nei rapporti familiari Raffaele Rizzardi, <i>Dottore Commercialista, pubblicista</i>
pag. 53	Affetti familiari e assetti societari Carlo Marchetti, <i>Notaio in Milano, Professore associato di Diritto Comparato nell'Università degli Studi di Milano</i>
pag. 59	Relazioni familiari e convivenza more uxorio Luigi Balestra, <i>Professore ordinario di Diritto Civile nell'Università di Bologna</i>
pag. 69	L'autonomia privata e la crisi della convivenza Giuseppe Amadio, <i>Professore ordinario di Diritto Civile nell'Università di Padova</i>
pag. 81	L'attuazione della tutela del convivente Ubaldo La Porta, <i>Notaio in Milano, Professore associato di Diritto Privato nell'Università del Piemonte Orientale</i>
pag. 85	La riforma della filiazione e le ricadute nel diritto delle successioni Guido De Rosa, <i>Notaio in Bergamo, Docente della Scuola di Notariato della Lombardia</i>
pag. 99	La tutela patrimoniale della famiglia e del convivente e le ragioni dei creditori Giampaolo Marcoz, <i>Notaio in Aosta</i>
pag. 107	L'influenza del diritto dell'Unione Europea sul diritto di famiglia italiano Emanuele Calò, <i>Direttore della Collana di Diritto europeo delle Edizioni Scientifiche Italiane</i>

Patti fra coniugi e crisi del matrimonio

S

Due diversi campi di indagine

- I patti in vista della crisi del matrimonio (prenuptial agreement).
- I patti stipulati al momento della separazione in vista del divorzio.

I patti in vista della crisi del matrimonio

- L'inderogabilità dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio: l'art. 160 c.c. e la sua collocazione nel Capo VI del titolo VI del Libro I
- L'eccezione costituita dalla possibilità di scegliere il regime di separazione dei beni e la forma prevista dall'art. 162, 2° comma.
- Il confronto con gli ordinamenti di common law: requisiti formali e disclosure a tutela del coniuge più debole.

I patti in vista del divorzio

Un sillogismo:

- gli effetti del divorzio sono comunque, seppure indirettamente, effetti del matrimonio;
- gli effetti del matrimonio sono regolati dall'art. 160 c.c. che impedisce ai coniugi di derogare ai diritti e ai doveri che derivano dal matrimonio;
- quindi i coniugi non possono validamente stipulare un patto che abbia ad oggetto la sussistenza e la misura di un futuro assegno divorzile

I patti in vista del divorzio

Elementi che rafforzano il sillogismo

- Natura assistenziale dell'assegno divorzile
- Valutazione di equità dell'una tantum ex art 5, 8° comma, l 898/70

I patti in vista del divorzio

La conclusione del sillogismo è assoluta e immodificabile?

L'art. 160 c.c. non deve essere considerato come un dogma assoluto e ciò alla luce dei «**valori di autodeterminazione e di negoziabilità** che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando»

Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270. La Corte era chiamata a pronunciarsi sul problema della validità dei patti diretti a modificare il regime della separazione consensuale, non sottoposti al giudice per l'omologazione

I patti in vista del divorzio

Ciononostante la giurisprudenza di legittimità ha sempre, sino ad oggi, sostenuto la nullità dei patti in vista del divorzio ed, in particolare, degli accordi con cui i coniugi, al momento della separazione, determinano gli effetti economici del futuro divorzio

- ◆ Cass. 25 gennaio 2012, n. 1084
- ◆ Cass. 28.1.2008, n. 1758
- ◆ Cass. 5 marzo 2006, n. 5302
- ◆ Cass. 11 giugno 1981, n. 3777

I patti in vista del divorzio

Pertanto si deve segnalare che proprio sulla base della natura assistenziale dell'assegno, la Cassazione afferma che solo il coniuge più debole può invocare la nullità dei patti in vista del divorzio, mentre il coniuge più forte che ha effettuato un'attribuzione patrimoniale a fronte della rinuncia dell'altro all'assegno divorzile, non può revocare l'attribuzione effettuata sulla base della nullità del patto (**nullità relativa**)

- Cass. 14 giugno 2000, n. 8109
- Cass. 1 dicembre 2000, n. 15349

I patti in vista del divorzio

La motivazione sulla base della quale viene affermata la nullità è tuttavia singolare e non è basata (esclusivamente) sull'art. 160 c.c.

«La nullità di accordi patrimoniali fra coniugi per l'eventualità e in vista di un futuro divorzio, [deve essere affermata] per motivi di ordine pubblico attinenti **alla idoneità di tali patti ad influire sulle determinazioni delle parti in ordine allo status personale**»

I patti in vista del divorzio

L'accordo preventivo fra le parti si configurerebbe come «una transazione non su meri profili patrimoniali conseguenti ad un determinato *status*, ma sullo stesso *status*, atteso che i vantaggi patrimoniali riconosciuti ed accettati assolvono sostanzialmente la funzione di **prezzo del consenso al divorzio**»



Cass. 13 gennaio 1993, n. 348



Cass. 4 giugno 1992, n. 6857

I patti in vista del divorzio

- La debolezza di tale argomentare
 - L'ulteriore conferma che si ricava dall'art. 5 del Regolamento (UE) n. 1259 del 2012 che consente ai coniugi di stipulare un patto relativo alla legge applicabile al divorzio e ai suoi presupposti.
 - Il d.l. 132/2014 e il divorzio conseguente a negoziazione assistita
- La verità è che l'argomentare della corte di legittimità nasconde un diverso atteggiamento: appare eticamente intollerabile che i coniugi, durante il matrimonio, si occupino del loro divorzio e delle sue conseguenze poiché il divorzio è l'estrema sciagura che, sino all'ultimo, si deve evitare

I patti in vista del divorzio

La giurisprudenza di merito:

- ❑ Vi è sempre stato un tradizionale ossequio alla giurisprudenza di legittimità
- ❑ L'orientamento dissonante di **Trib. Torino (ord.), 20 aprile 2012**, in *Fam. e dir.*, 2012, 803

I patti in vista del divorzio

A conferma del fatto che i tempi sono forse finalmente maturi per un mutamento dell'orientamento tradizionale, anche la cassazione ha recentemente affermato la validità di un patto in vista del divorzio

Cass. 21 dicembre 2012, n. 23713

Con una scrittura privata firmata il giorno prima delle nozze, la moglie si impegnava, in caso di fallimento del matrimonio a trasferire al marito un immobile di sua proprietà **quale indennizzo** delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di un altro immobile da adibire a casa coniugale

I patti in vista del divorzio

La sentenza è tuttavia rilevante per il problema che qui stiamo trattando per due ragioni:

- innanzitutto viene per la prima volta considerato vincolante un impegno assunto nella prospettiva di un eventuale divorzio e viene quindi infranto il dogma per cui il divorzio non può essere oggetto di pattuizioni;
- in secondo luogo la corte tratta incidentalmente anche il problema dei patti che hanno ad oggetto l'assegno divorzile per effettuare una ricognizione del contrasto che si è creato fra la giurisprudenza tradizionale e una parte della dottrina

I patti in vista del divorzio

In questa prospettiva:

- la Cassazione riferisce che la propria giurisprudenza tradizionale è stata criticata per non essersi adeguata alla «evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più ampi spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale»
- la Corte di legittimità definisce «assai singolare» il proprio precedente orientamento che distingue fra i patti in vista del divorzio e i patti in vista della nullità del matrimonio

I patti in vista del divorzio

Un secondo avvertimento di un possibile prossimo cambiamento nella giurisprudenza della Corte di legittimità viene da

Cass. 20 agosto 2014, n. 18066

In questo caso la Corte ha affrontato il problema che ci occupa incidentalmente, essendo chiamata ad affrontare la questione della efficacia delle conclusioni conformi presentate dalle parti nell'ambito di un giudizio di divorzio durante il quale è stato raggiunto un accordo

I patti in vista del divorzio

In questo contesto, trattando incidentalmente il problema dei patti in vista del divorzio si afferma:

- «tali accordi [gli accordi in vista del futuro divorzio] sono molto frequenti negli altri Stati, segnatamente quelli di cultura anglosassone, dove essi svolgono una **proficua funzione di deflazione delle controversie** familiari e divorzili»;

e conclude il ragionamento ricordando

- «le critiche di parte della dottrina all'orientamento tradizionale, che trascurerebbe di considerare adeguatamente non solo i principî di diritto di famiglia ma la stessa evoluzione del sistema normativo, ormai orientato a riconoscere sempre più spazi di autonomia ai coniugi nel determinare i propri rapporti economici, anche successivi alla crisi coniugale, ferma ovviamente la tutela dell'interesse dei figli minori»

17

I patti in vista del divorzio

Riflessioni per il futuro:

- L'unica norma che espressamente si occupa, nel nostro ordinamento, della rinuncia, da parte di un coniuge, ai diritti di contenuto economico conseguenti al divorzio: l'art. 5, comma 8, l. div..
- nessuna rinuncia definitiva a “qualsiasi” domanda di contenuto economico relativa a pretese conseguenti al divorzio è possibile se non effettuata al momento del divorzio e confermata dalla valutazione di equità compiuta *ex ante* dal tribunale

I patti in vista del divorzio

- Questa norma indica che i diritti di contenuto economico conseguenti al divorzio, ed il diritto all'assegno divorzile in particolare, non sono liberamente disponibili e che gli accordi raggiunti dai coniugi in relazione a tali diritti sono soggetti ad una valutazione di equità da parte del giudice.
- ciò non significa che i patti in vista del divorzio debbano essere considerati nulli

I patti in vista del divorzio

Quale è l'efficacia dei patti in vista del divorzio?

- ❑ Solo l'accordo per la capitalizzazione in un'unica soluzione dell'assegno divorzile, raggiunto al momento del divorzio e valutato equo dal giudice ha l'effetto di precludere qualsiasi pretesa futura anche nel caso in cui si verifichi un fatto nuovo che modifichi la situazione economica delle parti
- ❑ Conseguentemente, qualsiasi altro accordo che abbia ad oggetto i diritti economici successivi al divorzio, e l'assegno divorzile in particolare, ha la stessa efficacia che ha il giudicato in tale materia e dunque è soggetto alla clausola *rebus sic stantibus* potendo essere modificato se mutano le circostanze che ne costituiscono i presupposti di fatto

I patti in vista del divorzio

- L'art. 160 c.c. non comporta la nullità degli accordi che hanno ad oggetto l'assegno divorzile, neppure se stipulati in vista del futuro divorzio. Tuttavia la norma attribuisce al giudice il potere di valutare, nei limiti del possibile, l'equità dell'accordo raggiunto e dunque di considerare inefficaci accordi manifestamente iniqui. Tale valutazione di equità deve essere effettuata dal giudice *ex post* cioè solo allorché uno dei coniugi, dopo avere sottoscritto un accordo, formuli – al momento del divorzio o successivamente ad esso – pretese incompatibili con l'accordo medesimo, sostenendone l'iniquità.

I patti in vista del divorzio

- Se l'accordo è soggetto ad un **controllo di equità**, è necessario che i presupposti di fatto che hanno condotto i coniugi a sottoscriverlo siano chiari e siano manifestati nell'accordo stesso. Solo una totale trasparenza sui presupposti, permette *ex post* al tribunale di valutarne l'equità. È dunque necessario che il patto sia accompagnato da una *full disclosure* da parte dei coniugi sulla situazione patrimoniale e reddituale di ciascuno

Le più recenti e significative pronunce della Corte di Cassazione in materia di diritto di famiglia.

1. Da oltre 50 anni “seguo”, cioè cerco di studiare e di comprendere la giurisprudenza della Corte di cassazione, e di scoprire quindi – al di là delle ricorrenti modifiche legislative – come questa si evolva nel tempo.

La mia – personale – impressione è che se un tempo l'attività di interpretazione era asettica, svolta – cioè – come in una sala operatoria, da cui erano tenuti fuori tutti gli elementi patogeni, idonei a inquinarla, sì che l'interprete, allorché si accingeva a interpretare una norma, si spogliava di quelle che erano le proprie convinzioni, specie se influenzate dalla politica, attualmente tale attività si svolge in un ambiente non solo aperto, ma anche inquinatissimo, con tutte le conseguenze del caso.

In altri termini, se, una volta [e neppure tantissimi anni addietro], come ho accennato, nelle aule di giustizia e, in particolare, nell'ambito della Corte di cassazione, si ci comportava come in una sala operatoria, attualmente la condotta degli addetti alla *interpretazione* non è diversa da quella di una serie di operatori ecologici intenti a operare una prima selezione della spazzatura o, per essere più eleganti di una assemblea comitato di fabbrica (un mio caro amico definiva le camere di consiglio di una certa sezione della cassazione – che per riservatezza non nomino – riunioni del *soviet*).

Del resto, mentre un tempo la Cassazione era costante (e sostanzialmente lo è anche ora, a leggere le massime ufficiali) nell'affermare che nella lettura dei testi normativi quello previsto dall'art. 12 preleggi (secondo cui *nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore*) è il criterio *interpretativo fondamentale* (Cass., 30 luglio 2007, n. 16864) o *prioritario* (Cass., 12 aprile 2005, n. 7454) o, ancora *il principale* (Cass., 30 marzo 2004, n. 6321) e di conseguenza il criterio di interpretazione teleologica [*id est* la intenzione del legislatore] può prevalere sull'interpretazione letterale soltanto ove quest'ultima dia luogo ad un effetto incompatibile con il sistema normativo e non un effetto meramente inadatto alla finalità pratica cui la norma è intesa (in termini, Cass., 23 maggio 2005, n. 10874), attualmente, si tende a privilegiare, piuttosto la *interpretazione sistematica*, nonché – soprattutto - la diretta interpretazione, da parte del giudice, dei precetti costituzionali, totalmente prescindendo

dalla regola di cui all'art. 134 della Costituzione, secondo cui *la Corte costituzionale giudica sulle controversie delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni*.

Sì che è frequente che una disposizione normativa allorché appare – agli interpreti – non in armonia con i principi costituzionali [come a sua volta soggettivamente interpretati dagli stessi giudici] viene disapplicata in favore di una lettura *costituzionalmente orientata della norma* (molte volte in contrasto con la sua stessa formulazione letterale), totalmente omettendo il passaggio – a mio avviso indispensabile – alla Corte costituzionale.

Specie tenuto presente che se alcuni principi costituzionali sono di immediata comprensione (ad esempio il divieto di discriminazione tra sessi) e agevolmente applicabili, altri – a mio sommesso avviso – non possono trovare attuazione, in assenza di una *legge ordinaria* di attuazione o di una pronuncia della Corte costituzionale, come ad esempio, i principi riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. (*i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*), potendosi la disposizione colmare secondo le scelte insindacabili offerte dallo stesso interprete della legge.

Negli ultimi anni, inoltre, gli interpreti oltre a privilegiare la diretta interpretazione, da parte della Cassazione, delle norme costituzionale, richiamano – specie allorché ogni altra lettura è preclusa – i principi fondamentali della Comunità europea, nonché, i più esperti (o che si credono tali, per avere letto qualche articolo di dottrina in italiano che si è intrattenuto sul tema) i principi costituzionali di altri ordinamenti, come di quello tedesco o di ordinamenti anglosassoni e affermano che gli stessi non possono non trovare immediata cittadinanza anche nel nostro, provincialissimo e limitatissimo, ordinamento giuridico (totalmente prescindendo dalla autonomia e completezza di ogni sistema).

2. Fatta questa – eccessivamente prolissa e pessimistica – introduzione e entrando nel vivo del tema assegnatomi, peraltro, vorrei, segnalare una recente pronuncia dalla nostra Cassazione, in tema di diritto di famiglia che incontra il mio illimitato plauso, anche se dubito che un siffatto principio troverà conferma, nella giurisprudenza successiva.

Cass., 1° luglio 2015, n. 13506 – in particolare – ha affermato che, in tema di separazione (e di divorzio) la prescrizione ai genitori di sottoporsi a un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso di sostegno alla genitorialità da seguire insieme è lesiva del diritto di libertà personale costituzionalmente garantito e alla disposizione che vieta la imposizione, se non nei casi previsti dalla legge, di trattamenti sanitari.

Tale prescrizione, pur volendo ritenere che non imponga un vero obbligo a carico delle parti, comunque le condizioni a effettuare un percorso psicoterapeutico individuale e di coppia configgendo così con l'art. 32 Cost.

Lo stesso, inoltre non tiene conto del penetrante intervento, affidato dallo stesso giudice di merito, al servizio sociale che si giustifica in quanto strettamente collegato alla osservazione del minore e al sostegno dei genitori nel concreto esercizio della responsabilità genitoriale. Laddove la prescrizione di un percorso psicoterapeutico individuale e di sostegno alla genitorialità da seguire in coppia esula dai poteri del giudice investito della controversia sull'affidamento dei minori.

Al riguardo è bene segnalare che – con tale pronuncia – per la prima volta, la S.C. ha affrontato un tema particolarmente rilevante - in termini opposti rispetto a quanto, purtroppo è frequente leggere in pronunce di merito.

Ritenendosi investiti, oltre che della funzione di dirimere le controversie tra i due genitori, anche di quella di creare dei genitori *perfetti* – in particolare – è frequente leggere statuizioni, dei giudici di merito, che prescrivono:

- *a ciascuna delle parti di iniziare ovvero proseguire un percorso individuale psicoterapeutico* (così ad esempio, Trib. Monza, sentenza 11 aprile 2014, n. 2014, in *Dejure*, 2014 resa a conclusione di un procedimento di separazione personale dei coniugi, che aveva disposto, altresì, contestualmente, l'affidamento condiviso dei figli minori):

- *dispone che l'ente affidatario [del figlio minore] monitorizzi la situazione dei minori attraverso colloqui con entrambi i genitori, attivi un intervento di educativa domiciliare presso l'abitazione della madre e, se possibile, anche del padre, fornisca ad entrambi genitori, ed immediatamente alla madre, un supporto alla genitorialità, appresti un intervento di sostegno psicologico e/o psicoterapeutico a favore della madre* (Così, in

particolare, Trib. Milano, sentenza 28 febbraio 2013, ivi, 2013, pur essa resa in un giudizio di separazione personale);

- è ... indispensabile, mantenere uno spazio terapeutico per il minore, che lo aiuti ad elaborare il proprio vissuto e che la [madre, separanda] continui nel percorso psicologico di sostegno alla capacità genitoriale, in modo che la stessa possa essere di supporto nel percorso di crescita del figlio. L'affidamento al servizio sociale dovrebbe garantire che tali interventi vengano svolti. Il servizio dovrà offrire un percorso di sostegno alla capacità genitoriale del [marito] qualora si trovi in Italia. Se lo stesso si trovasse all'estero per lavoro dovrebbe attivarsi per seguire autonomamente un percorso di sostegno alla genitorialità (In termini, Trib. Roma, 6 luglio 2012, ivi, 2012).

Ancorché nel passato la S.C. - pur avendo preso atto che da parte dei giudici di merito si fosse fatto ampiamente ricorso all'ordine, ai coniugi, di seguire percorsi psicoterapeutici al fine di trasformarsi in ottimi genitori (secondo gli schemi ufficiali della psicologia) e in perfetti coniugi (cfr., ad esempio, specie in motivazione, Cass., 20 marzo 2013, n. 7041 e 24 maggio 2012, n. 8225, nonché ordinanza 1° ottobre 2012, n. 16711) – non abbia mai stigmatizzato tali abusi posti in essere dai giudici di merito – in quanto, palesemente, mai censurati espressamente dalle parti – non può, come anticipato, non plaudirsi alla pronuncia in rassegna.

A prescindere dal considerare che non risulta assolutamente dimostrato che i percorsi in questione – oltre a giovare, specie economicamente, agli esperti incaricati – conducano, veramente a superare le crisi coniugali e a trasformare i coniugi in bravi genitori (leggendo le pronunce, di merito e di legittimità in cui si dà atto che il giudice istruttore aveva ordinato ai genitori detti percorsi, si scopre che nella generalità dei casi non sono stati raggiunti risultati positivi) rimane insuperabile il rilievo che l'art. 32 Cost. prevede – espressamente – che nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge e al momento (ringrazziando il cielo) l'art. 337-ter c.c. sul punto tace.

3. Più complesso diviene il discorso in tema di assegno di mantenimento (in caso di divorzio come di separazione).

Il codice civile del 1865, premesso, all'art. 132 che *il marito è il capo della famiglia: la moglie segue la condizione civile di lui, ne assume il cognome ed è obbligato*

ad accompagnarlo dovunque egli crea opportuno di fissare la sua residenza, all'art. 133 disponeva che il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione alle sue sostanze.

Se si confrontano tali *regole* con quelle del codice 1942 si osserva che le stesse erano rimaste immutate con gli articoli 144 e 145 (che peraltro, aveva introdotto il principio assente nel codice precedente, che *la moglie deve contribuire al mantenimento del marito, se questi non ha mezzi sufficienti*).

In margine all'art. 145, comma 1, anzi è opportuno segnalare che la Corte costituzionale, nel lontano 1970, prima della *Riforma del diritto di famiglia*, ne aveva dichiarato la illegittimità costituzionale *nella parte in cui non subordina alla condizione che la moglie non abbia mezzi sufficienti il dovere del marito di somministrarle, in proporzione alle sue sostanze, tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita.*

Tutte le prerogative e i privilegi del marito, racchiusi nei ricordati articoli, sono – come d'incanto – caduti con la *Riforma del diritto di famiglia* del 1975.

Peraltro il marito, a far data dal 20 settembre 1975, se – da un lato - ha cessato di essere il capo della famiglia, dall'altro non è stato più onerato *expressis* di somministrare alla moglie ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione alle sue sostanze.

Con riguardo alla separazione personale, l'art. 156 del codice 1942, ancora, nella sua originaria formulazione distingueva a seconda che uno dei coniugi avesse o meno la colpa della separazione, prevedendo che il coniuge in colpa non avesse altro diritto che agli alimenti, mentre il coniuge non in colpa conservava tutti i diritti inerenti alla sua qualità di coniuge non incompatibili con lo stato di separazione.

In margine a tale regime è intervenuta in diverse occasioni la Corte costituzionale statuendo:

- da un lato, la illegittimità costituzionale dell'art. 156, comma 1, nella parte in cui pone a carico del marito, in regime di separazione consensuale senza colpa di nessuno dei coniugi l'obbligo di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, indipendentemente dalla condizioni economiche di costei (C. cost., 23 maggio 1966, n. 46);

- dall'altro non fondata la questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo nella parte in cui pone a carico del marito, in regime di separazione per colpa di lui, di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della moglie, indipendentemente dalle condizioni economiche di lei (C. cost., 26 marzo 1969, n. 45).

Per effetto della *Riforma del diritto di famiglia* (legge 19 maggio 1975, n. 151) – infine – è stato previsto che *il giudice pronunciando la separazione stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia redditi propri. L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato.*

Pur nella non equivocità di tale testo normativo (*quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia redditi propri*) se si sfogliano i massimari di giurisprudenza si scopre che la giurisprudenza, specie di cassazione, è fermissima nell'affermare che sia in regime di separazione che di divorzio deve essere assicurato, al coniuge economicamente più debole – anche se, per ipotesi dotato di redditi che gli assicurano un *adeguato mantenimento* – lo stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio.

In altri termini la giurisprudenza ha letto il testo normativo là ove afferma che il marito (nella generalità dei casi il coniuge più abbiente, con maggiori redditi) è tenuto a corrispondere all'altro *quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia redditi propri*, come dicesse (come già il codice 1865) che per effetto del matrimonio la moglie *la moglie segue la condizione civile* del marito che deve somministrarle *vita natural durante* (o almeno finché la moglie non contragga un nuovo matrimonio, evidentemente con un uomo con maggiori possibilità economiche) un assegno periodico in modo da garantirle un tenore di vita quale avrebbe potuto godere in costanza di matrimonio.

Notare, *avrebbe potuto godere, non godeva.*

I nostri giudici di cassazione – infatti – hanno, in molteplici occasioni, precisato che se il marito, per parsimonia, o per qualsiasi altro motivo, aveva imposto alla moglie un tenore di vita spartano, ciò non esclude che l'assegno di separazione prima e quello di divorzio, poi, non devono essere proporzionati al patrimonio reale del coniuge obbligato.

In una singolare pronunzia di qualche anno addietro la Suprema Corte ha – a mio avviso – superando se stessa, affermato che al fine di escludere l'obbligo del *marito* di corrispondere alla moglie un congruo assegno di mantenimento era irrilevante la circostanza che questa ultima fosse titolare di un patrimonio immobiliare di particolare valore economico, se tale patrimonio era tale da non garantirle un reddito adeguato, mentre il marito (non ricordo se imprenditore e libero professionista), ancorché privo di un patrimonio in qualche modo paragonabile a quello della moglie godeva di un reddito elevato sì che non poteva sottrarsi all'obbligo di corrispondere alla moglie un congruo assegno (atteso che la legge parla di *redditi* non di *patrimonio* e considerato che – altrimenti – per sopravvivere la moglie, poverina, avrebbe dovuto alienare almeno in parte il suo patrimonio).

Sono anni che denuncio, in ogni occasione, siffatta disapplicazione delle norme positive, ma la mia, purtroppo è unicamente una *vox clamans in deserto*.

4. Per essere obiettivi, peraltro, devono segnalarsi alcune recenti pronunce che, pare si muovano in senso diverso rispetto ai principi cui sopra ho sommariamente fatto riferimento.

In qualche (rarissima) occasione, pertanto si è affermato che nella determinazione dell'assegno di mantenimento deve tenersi conto del tenore di vita "normalmente" godibile in base ai redditi percepiti dalla coppia, e, pertanto, colui al quale è riconosciuto il diritto a quell'assegno può chiedere, per tale titolo, le somme necessarie ad integrare entrate sufficienti a soddisfare le sue esigenze di vita personale in relazione al medesimo livello già raggiunto durante il matrimonio, dovendosi, peraltro, escludere, di regola, importi che consentano atti di spreco o di inutile prodigalità del suo destinatario (Cass., 3 aprile 2015, n. 6864).

In altri termini, fermo il principio che la separazione, prima, e la pronunzia di divorzio, pur facendo venire meno qualsiasi vincolo tra le parti e in particolare tutti gli obblighi che derivano dal matrimonio, primo fra tutti quello della coabitazione e della fedeltà, non fanno cessare l'obbligo del coniuge per qualsiasi motivo più abbiente, di corrispondere all'altro un assegno proporzionato al suo patrimonio, con l'unico limite che tale assegno *non consenta atti di spreco o di inutile prodigalità* (ovvero sia di entità tale da apparire del tutto sproporzionato, rispetto ad un *adeguato mantenimento*).

E' evidente, pertanto, che non si ispira a tale regola la celebre sentenza che qualche tempo fa ha quantificato un assegno di divorzio, mi pare in un milione e trecento mila euro mensili, certo essendo che si è a fronte – a prescindere da quelle che possa essere in concreto la capacità economica dell'obbligato – di cifre da capogiro, assolutamente prive di qualsiasi logica [e che si giustificano unicamente in una logica punitiva del titolare di un patrimonio eccessivo, a giudizio dei giudici]

5. A prescindere dai casi *limite* la necessità di *tutela* per il coniuge più debole (ossia, per le mogli, separate o divorziate) è – specie in sede di merito –talmente pressante da pervenire a risultati che non possono non definirsi assurdi.

Si è pertanto affermato – in sede di legittimità – che se la inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente costituisce valido criterio di attribuzione, la liquidazione dell'assegno di divorzio, pur considerando in via tendenziale la somma necessaria a colmare il relativo divario, non può prescindere ai sensi dell'art. 156, comma 2, c.c., delle circostanze e dai redditi dell'obbligato (Cass., 7 luglio 2015, n. 14051).

Nella specie – in particolare - il giudice del merito, dopo avere accertato che l'ex marito aveva un reddito mensile, di lavoro dipendente, di 900 euro, aveva posto a suo carico - e a favore dell'ex coniuge - un assegno mensile di 760 euro, con conseguente impossibilità, per l'obbligato, di provvedere alle proprie esigenze primarie di vita, sul rilievo che lo stesso avrebbe omesso di integrare le proprie produzioni documentali relative ai suoi rapporti assicurativi e bancari, senza che la beneficiaria dell'assegno avesse mai fornito alcuna prova sull'esistenza di tali rapporti e di altri fonti di redditi, contestati dall'obbligato. In applicazione del principio che precede la S.C. ha cassato tale statuizione.

Analogamente, in altra occasione, si è osservato che il livello della vita coniugale fruito o fruibile dal coniuge beneficiario, sebbene tendenzialmente presieda alla determinazione dell'assegno di mantenimento, non assume valenza esclusiva ed assorbente nella valutazione del *quantum*, dovendo correlarsi alle altre circostanze ed ai redditi dell'obbligato, contemplati dall'art. 156, comma 2 Cc, che in teoria ben possono assumere in sede separatzia connotati limitativi e riduttivi rispetto alla sua valorizzazione (Cass., 2 gennaio 2014, n. 13, specie in motivazione).

6. Sempre in tema di lotte tra *poveri* devo segnalare una pronunzia non recentissima, ma comunque sintomatica dell'*aria che tira* in sede di legittimità, nei confronti dei mariti.

Si è affermato, in particolare, che in caso di separazione dei coniugi, la comparazione dei redditi e delle potenzialità di reddito delle parti, al fine della determinazione dell'assegno di mantenimento, non può utilizzare l'argomento per cui l'avente diritto potrebbe comunque procurarsi da guadagnare ricorrendo al mercato del lavoro domestico in nero, perché le si imporrebbe così o di violare la normativa fiscale e previdenziale o di assumersi la responsabilità di tale più che legittimo rifiuto, vedendo ridotta la misura dell'assegno di mantenimento.

Nella specie, a fronte di un reddito mensile, di lavoro dipendente del marito di euro 1260 era stato quantificato, in favore della moglie, un assegno di euro 200: in sede di revisione delle condizioni della separazione l'assegno era stato elevato a euro 450 mensili, atteso che la moglie era stata licenziata.

In applicazione del principio di cui sopra la Suprema Corte ha cassato il provvedimento della Corte di appello che aveva quantificato in 200 euro mensili l'assegno, atteso altresì che mancava, quanto al licenziamento della moglie, qualsiasi prova di un comportamento fraudolento della stessa (Cass., 19 marzo 2012, n. 4312).

La decisione suscita molte perplessità.

A prescindere dalla circostanza che contraddice quanto già affermato in altra occasione dalla stessa Corte di cassazione, allorché ha ritenuto che anche eventuali *attività non dichiarate* (cioè in nero) possono giustificare il diniego di un assegno periodico a favore di chi le svolge (Cass., 2 novembre 2004, n. 21047) [come del resto non si dubita che il reddito del coniuge obbligato, al fine della quantificazione dell'assegno di mantenimento, comprende anche i compensi non denunciati] si osserva che come costantemente si ripete da parte anche della Corte di cassazione, le norme ordinarie non possono interpretarsi se non in modo conforme a Costituzione.

Deriva – a mio sommo avviso – da quanto precede che l'obbligo — per il marito — di concorrere al mantenimento della moglie separata non possa non essere soggetto a limiti, tesi a garantire allo stesso, se non una « esistenza libera e dignitosa » (cfr. art. 36 cost.) almeno i suoi « diritti inviolabili » (art. 2 cost.).

Se, pertanto, può essere — almeno in tesi — giustificato, a fronte di un reddito di 1,800 euro attribuirne un terzo alla moglie ci pare lesivo delle richiamate norme costituzionali a fronte di un reddito di 1260 distrarne ben 450 (cioè oltre un terzo) in favore di una moglie certamente in grado di svolgere attività lavorativa remunerata anche se, eventualmente, in violazione delle norme fiscali e previdenziali.

7. Altro punto *dolens* in tema di assegno di mantenimento è il ricorso, da parte del giudice alla polizia tributaria al fine di accertare quale sia, la reale situazione patrimoniale dei coniugi in lite sulla misura dell'assegno di mantenimento.

Come noto, la norma positiva prevede che *i coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune e che in caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria* (art. 5, comma 9, l. 1° dicembre 1970, n. 898).

E' palese, pertanto, che in tanto possono disporsi indagini sui patrimoni e su redditi dei coniugi in quanto si *contesti* da parte almeno di un coniuge la non rispondenza al *reale* della documentazione prodotta dall'altro.

Recentemente la Cassazione è intervenuta sulla questione specifica precisando, molto opportunamente, che il giudice del merito, ove ritenga — *aliunde* — raggiunta la prova della insussistenza dei presupposti che condizionano il riconoscimento di un assegno periodico in favore di uno dei coniugi può direttamente procedere al rigetto della relativa istanza, anche senza avere prima disposto accertamenti d'ufficio attraverso la polizia tributaria, che non possono assumere valenza esplorativa, atteso che l'esercizio del potere officioso in questione rientra nella sua discrezionalità, non trattandosi di un adempimento imposto dalla istanza di parte, purché esso sia correlabile anche per implicito a una valutazione di superfluità della iniziativa e di sufficienza dei dati istruttori acquisiti (Cass., 7 luglio 2015, n. 14050).

Sempre nella stessa ottica, in altra occasione, si è affermato, da un lato, che in tema di determinazione dell'assegno di mantenimento in sede di scioglimento degli effetti civili del matrimonio, l'esercizio del potere del giudice che, ai sensi dell'art. 5, comma 9, della legge n. 898 del 1970, può disporre — d'ufficio o su istanza di parte —

indagini patrimoniali avvalendosi della polizia tributaria, costituisce una deroga alle regole generali sull'onere della prova, dall'altro, che l'esercizio di tale potere discrezionale non può sopperire alla carenza probatoria della parte onerata, ma vale ad assumere, attraverso uno strumento a questa non consentito, informazioni integrative del "bagaglio istruttorio" già fornito, incompleto o non completabile attraverso gli ordinari mezzi di prova, da ultimo, che tale potere non può essere attivato a fini meramente esplorativi, sicché la relativa istanza e la contestazione di parte dei fatti incidenti sulla posizione reddituale del coniuge tenuto al predetto mantenimento devono basarsi su fatti specifici e circostanziati (Cass., 28 gennaio 2011, n. 2098, che ha ritenuto correttamente motivata la decisione di merito che aveva negato ingresso alle indagini richieste dalla parte, la quale si era limitata a prospettare un'astratta potenzialità lavorativa del coniuge tenuto al mantenimento, collegandola genericamente alla possibilità del medesimo, dipendente pubblico, a svolgere un secondo lavoro. Non diversamente, Cass., 22 maggio 2014, n. 11415, ove la precisazione che non deriva, l'esigenza di tali indagini dal mero fatto che vi sia contestazione delle parti in ordine alle loro rispettive condizioni patrimoniali e reddituali, trattandosi di un potere d'intervento a fine d'indagine patrimoniale eccezionale e di natura sussidiaria, che si giustifica e trova ingresso nel solo caso in cui risulti insufficiente o inappagante il risultato dell'ordinaria dinamica dell'attività istruttoria espletata dalle parti in giudizio.

Non può tacersi – peraltro – che in altre occasione la stessa Corte di cassazione (cfr., ad esempio, Cass., 18 giugno 2008, n. 16575 , nonché Cass., 17 maggio 2005, n. 10344) ha affermato che la discrezionalità del giudice nel ricorrere alle indagini in questione, tuttavia, incontra un limite nella circostanza che il giudice stesso, potendosi avvalere di siffatto potere, non può rigettare le istanze delle parti relative al riconoscimento e alla determinazione dell'assegno sotto il profilo della mancata dimostrazione degli assunti sui quali si fondano, giacché in tal caso il giudice ha l'obbligo di disporre accertamenti d'ufficio, avvalendosi anche della polizia tributaria. In termini parzialmente diversi.

8. Maggiore rilevanza – in tema di assegno di separazione o di divorzio – ha, peraltro, un'altra decisione di qualche mese addietro, secondo cui una famiglia di fatto, espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole da parte di uno dei coniugi,

eventualmente potenziata dalla nascita di figli (circostanza che esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale con l'altro coniuge) deve essere necessariamente caratterizzata dalla assunzione piena di un rischio, in relazione alle vicende successive della famiglia di fatto, mettendosi in conto la possibilità di una cessazione del rapporto tra conviventi.

Deriva da quanto precede, pertanto, che la stabile convivenza, tale da dare luogo a una vera e propria famiglia di fatto, da parte della moglie, separata e poi divorziata, con un altro uomo esclude il sorgere, in favore di questa, del diritto a un assegno di divorzio a carico del marito anche nella eventualità nelle more del giudizio di divorzio venga meno l'apporto economico del convivente.

Specie considerata la condizione del coniuge, che si vorrebbe nuovamente obbligato, e che, invece, a fronte della costituzione di una famiglia di fatto tra il proprio coniuge e un altro partner, necessariamente stabile e durature, confida – all'evidenza – nell'esonero definitivo da ogni obbligo (Cass., 3 aprile 2015, n. 6855).

Nella specie i giudici del merito dopo avere accertato essere pacifica sia la convivenza *more uxorio* della moglie divorzianda con altro uomo, sia la nascita, da tale rapporto, di due figli, sia, infine, la cessazione di ogni apporto economico alla famiglia di fatto da parte del convivente già nelle more del primo grado di del giudizio di divorzio, avevano condannato il marito al pagamento di un assegno divorzile in favore della ex moglie.

Diversamente in applicazione del principio che precede la S.C. ha cassato tale pronuncia e, decidendo nel merito, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, ha rigettato la domanda della moglie diretta a ottenere un assegno di divorzio.

In particolare, Innovando principi - diremmo consolidati - ripetutamente espressi dalla Suprema Corte (cui, pressoché supinamente si era, purtroppo, adeguata anche la giurisprudenza dei giudici di merito) la pronuncia che ora si annota costituisce - a mio sommo avviso - il superamento [da lunghi lustri da più parti auspicato] di una interpretazione della normativa sul divorzio in chiave chiaramente *antimaschile*.

Nella specie i giudici del merito - dopo avere accertato essere pacifica che sia la convivenza *more uxorio* della moglie divorzianda con altro uomo, sia la nascita, da tale rapporto, di due figli, sia, infine, la cessazione di ogni apporto economico alla famiglia

di fatto da parte del convivente già nelle more del primo grado di del giudizio di divorzio, avevano condannato il marito al pagamento di un assegno divorzile in favore della ex moglie.

In applicazione del principio sopra riassunto come anticipato, la S.C. ha cassato tale pronuncia e, decidendo nel merito, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, ha rigettato la domanda della moglie diretta a ottenere un assegno di divorzio.

Al riguardo, deve ricordarsi che - come a tutti tristemente noto - la giurisprudenza anteriore era ferma su alcuni principi che possono così riassumersi:

- solo le nuove nozze dell'ex coniuge creditore dell'assegno di divorzio di cui all'art. 5 legge 1° dicembre 1970 n. 898, fanno cessare l'obbligo, a carico dell'altro, di corrispondergli l'assegno stesso, e non la semplice instaurazione di una convivenza *more uxorio*, non implicando la stessa alcun diritto al mantenimento (in questo senso, ad esempio, tra le tantissime, già Cassazione, sentenza 30 ottobre 1996, n. 9505);

- la convivenza del coniuge avente diritto all'assegno con un terzo può influire solo sulla misura dell'assegno, ove si dia la prova, da parte dell'ex coniuge onerato, che essa - pur se non assistita da garanzie giuridiche di stabilità, ma di fatto consolidata e protraentesi nel tempo - influisca *in melius* sulle condizioni economiche dell'avente diritto, a seguito di un contributo al suo mantenimento da parte del convivente, o quanto meno di apprezzabili risparmi di spesa derivatigli dalla convivenza (in questo senso, ad esempio, Cassazione, sentenza 10 novembre 2006, n. 24056, che sottolinea, comunque, che pur una volta raggiunta la prova che dalla convivenza *more uxorio* il titolare dell'assegno trae benefici economici idonei a giustificare la revisione dell'assegno, tali benefici - avendo natura intrinsecamente precaria - debbono ritenersi limitatamente incidenti su quella parte dell'assegno di divorzio che, in relazione alle condizioni economiche dell'avente diritto, sono destinati ad assicurargli quelle condizioni minime di autonomia economica giuridicamente garantita che l'art. 5 della legge sul divorzio ha inteso tutelare finché questi non contragga un nuovo matrimonio);

- il diritto all'assegno di divorzio - in altri termini - non viene meno se chi lo chiede abbia instaurato una convivenza *more uxorio* con altra persona, rappresentando detta convivenza soltanto un elemento valutabile al fine di accertare se la parte che richiede l'assegno disponga o meno di *mezzi adeguati* rispetto al tenore di vita goduto in

costanza di matrimonio: la convivenza *more uxorio*, infatti, avendo natura intrinsecamente precaria, non fa sorgere obblighi di mantenimento e non presenta quella stabilità giuridica, propria del matrimonio, che giustifica la definitiva cessazione dell'obbligo di corrispondere l'assegno divorzile (Cassazione, sentenze 26 gennaio 2006, n. 1546, nonché 20 gennaio 2006, n. 1179, che sottolinea che la prova di una convivenza *more uxorio* non può essere limitata a quella della mera instaurazione e della permanenza di una convivenza, risultando detta convivenza di per sé neutra ai fini del miglioramento delle condizioni economiche dell'istante e dovendo l'incidenza economica della medesima essere valutata in relazione al complesso delle circostanze che la caratterizzano, laddove una simile dimostrazione del mutamento *in melius* delle condizioni economiche dell'avente diritto può essere data con ogni mezzo di prova, anche presuntiva, soprattutto attraverso il riferimento ai redditi e al tenore di vita della persona con la quale il richiedente l'assegno convive, i quali possono far presumere, secondo il prudente apprezzamento del giudice, che dalla convivenza *more uxorio* il richiedente stesso tragga benefici economici idonei a giustificare il diniego o la minor quantificazione dell'assegno, senza che, tuttavia, ai fini indicati, possa soccorrere l'esperimento di indagini a cura della polizia tributaria. Sempre nella stessa ottica, altresì, Cassazione, sentenza 8 luglio 2004, n. 12557, tra le altre);

- l'eventuale nascita di un figlio non costituisce elemento di prova di per sé sufficiente e idoneo a dimostrare l'esistenza di una situazione di convivenza *more uxorio* tra il coniuge beneficiario dell'assegno ed un terzo, avente nel tempo i caratteri di stabilità e continuità tali, da far presumere che il beneficiario dell'assegno tragga da tale convivenza vantaggi economici che giustificino la revisione dell'assegno medesimo (Cassazione, sentenza 4 febbraio 2009, n. 2709);

- ancorché il parametro dell'adeguatezza dei mezzi rispetto al tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale da uno dei coniugi possa - per ipotesi - venire meno di fronte alla instaurazione, da parte di questi, di una famiglia, ancorché di fatto; la conseguente cessazione del diritto all'assegno divorzile, a carico dell'altro coniuge, non è però definitiva, potendo la nuova convivenza - nella specie, uno stabile modello di vita in comune, con la nascita di due figli ed il trasferimento del nuovo nucleo in una abitazione messa a disposizione dal convivente - anche interrompersi, con reviviscenza del diritto

all'assegno divorzile, nel frattempo rimasto in uno stato di quiescenza (in termini, Cassazione, sentenza 11 agosto 2011, n. 17195, in questa *Rivista*, 2011, f. 44, p. 63).

Come già ho avuto modo di osservare in altre occasioni (**M. Finocchiaro**, "*Convivenza extraconiugale*" e "*convivenza more uxorio*". *Differenze (ai fini del diritto all'assegno di divorzio)*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1002) deve osservarsi - in termini opposti a quanto ritenuto dalla sopra ricordata giurisprudenza della Suprema Corte - che le due espressioni «convivenza extraconiugale» e «convivenza *more uxorio*» non sono affatto, né nel comune linguaggio, né per le implicazioni giuridiche che ne derivano, coincidenti.

In entrambe le ipotesi due soggetti, fuori del vincolo matrimoniale, «convivono», cioè «coabitano sotto lo stesso tetto», eventualmente intrattenendo tra di loro rapporti sessuali.

Mentre, peraltro, nel primo caso non esiste, tra i conviventi, alcun «legame», totalmente diversa è la situazione nella seconda ipotesi.

Se, infatti, due persone convivono *more uxorio* ciò non può non significare che le stesse, pur non essendo unite in matrimonio, si comportano, in realtà, nei loro reciproci rapporti, e nei confronti dei terzi, «come se fossero marito e moglie».

Dimostrato che i due partner si comportano nel modo suddetto, cioè *more uxorio*, da tale premessa non può non derivare che gli stessi si ritengono, in linea di fatto, tenuti all'osservanza dei diritti e dei doveri di cui all'art. 143 Cc e, quindi, tra l'altro, con l'obbligo reciproco della assistenza morale e materiale e alla collaborazione nell'interesse della famiglia (di fatto) e alla coabitazione.

È palese, pertanto, che ai fini di una corretta applicazione dei principi giurisprudenziali sopra ricordati mentre incombeva al coniuge tenuto al pagamento dell'assegno, al fine di vedere escluso (o ridotto) tale suo obbligo, dimostrare esclusivamente che l'altro stabilmente conviveva *more uxorio* con un terzo, era - reciprocamente - onere dell'altro coniuge dimostrare che la convivenza dallo stesso instaurata priva del detto requisito ed è in realtà, se non una «relazione» puramente occasionale, una semplice «convivenza extraconiugale».

Specie tenuto presente che in pratica - diversamente argomentando, alla luce degli insegnamenti della Suprema Corte - si poneva a carico del coniuge obbligato al pagamento dell'assegno un onere *diabolicum* e, in particolare, quello di dimostrare quale fosse il concreto assetto patrimoniale della famiglia di fatto instaurata dall'altro coniuge,

che come ben noto è ben più difficile da provare della stessa esistenza, tra i due, di rapporti sessuali.

In passato, pertanto, come si ricava dalla lettura delle numerose pronunce sopra ricordate gli *ex mariti* - dotati di redditi più cospicui di quelli delle *ex mogli* - ben raramente hanno visto ridurre, o sospendere, l'assegno a loro carico, anche nei casi più eclatanti (*unioni di fatto* protrattesi per lustri, allietate dalla nascita di numerosa prole), vuoi perché era sempre possibile che la convivenza *more uxorio* cessasse senza alcuna adeguata tutela giuridica per la ex coniuge, vuoi perché - per la esigenza di tutelare la *privacy* del convivente - non potevano essere disposti accertamenti a mezzo della polizia tributaria delle possibilità economiche di detto convivente, vuoi - come pure in qualche decisione è stato affermato - perché le condizioni economiche di quest'ultimo erano precarie, rispetto a quelle dell'ex marito.

Tale essendo lo stato della giurisprudenza anteriore non può non plaudirsi alla pronunzia da ultimo ricordata.

Questa, infatti, - come anticipato sopra - ha, finalmente, esaminato le problematiche in questione, non solo ponendosi dal punto di vista dell'ex marito, cioè di colui che solo per avere contratto matrimonio, era, per legge, sino alla fine dei suoi giorni (e anche dopo, beneficiando l'ex coniuge della pensione di reversibilità, in via esclusiva o in concorso con il nuovo coniuge del defunto) obbligato a garantire a quella che un tempo era stata sua moglie lo stesso tenore di vita di cui questa aveva goduto [o, al limite, avrebbe potuto godere, nell'eventualità i coniugi non avessero tenuto un tenore di vita proporzionato al patrimonio e al reddito del marito] in costanza del rapporto matrimoniale, ma adeguando la giurisprudenza alle realtà *giuridiche* e *sociali* del nuovo secolo [realtà cui era rimasta totalmente insensibile la giurisprudenza anteriore].

Quanto al primo profilo non può non evidenziarsi che il divorzio, timidamente introdotto in Italia solo nel 1970, dopo 44 anni può dirsi *definitivamente* acquisito alla coscienza degli italiani.

E' ben singolare, pertanto, l'assunto - esclusivamente giurisprudenziale - secondo cui, da un lato, la *indissolubilità* una volta propria del vincolo matrimoniale, fosse rimasta unicamente a tutela del coniuge economicamente più debole (cioè la moglie), prevedendosi che questa, salvo non contraesse con un terzo, un nuovo matrimonio con effetti civili, potesse beneficiare, vita natural durante, dello stesso tenore di vita in

precedenza goduto, a prescindere dalle sue scelte (ancorché la formula legislativa faccia chiaramente riferimento non al detto tenore di vita ma ai bisogni).

Contemporaneamente non può non evidenziarsi che il vigente regime giuridico tende a dare la massima tutela, nell'ambito dell'art. 2 della Costituzione, anche [come del resto pare, al momento, indiscutibile, a prescindere dal *genere* dei partner] alle *unioni* fuori dal matrimonio (non solo ai fini della tutela dei figli, nati da queste unioni, ma anche ai rapporti tra i conviventi, ad esempio in caso di successione nei contratti di locazione [C. cost. 7 aprile 1988, n. 404], o per il risarcimento dei danni da morte [Cassazione, sentenza 16 settembre 2008, n. 23725]).

Certo quanto sopra è palese la impossibilità di considerare tali *unioni* [fuori dal matrimonio] pressoché totalmente irrilevanti unicamente quanto agli obblighi di natura patrimoniale a carico dell'ex marito di una delle parti.

La circostanza che tali unioni, libere, non offrano - specie alla parte economicamente più debole, cioè alla donna - una tutela giuridica paragonabile a quella garantita dal matrimonio (quanto al diritto a godere di un assegno di mantenimento, dopo la cessazione, nonché quanto all'assenza di aspettative successorie) è una realtà obiettiva e indiscutibile.

Appare, peraltro - a mio sommo avviso - assolutamente ingiustificato ritenere che di tali conseguenze, negative, debba farsi carico l'ex coniuge (cioè il marito divorziato) e non chi - con il proprio comportamento e per propria autonoma scelta - vi ha dato causa (cioè la ex moglie).

In altri termini, pronunciato il divorzio, il coniuge economicamente più debole cui sia stato attribuito un assegno periodico, ove ritenga [specie se in età ancora giovanile] di instaurare un nuovo legame sentimentale, con una terza persona, è posto di fronte all'alternativa o di contrarre un nuovo matrimonio [e così liberare l'ex coniuge dall'onere dell'assegno periodico] o di optare per una *libera unione*, cioè per una convivenza *more uxorio*.

Certo che quest'ultima opzione, da un lato, è priva del disfavore sociale che una volta accompagnava la unioni di fatto, dall'altro non è *conseguenza* della pronuncia di divorzio (né, tantomeno, è auspicata o incoraggiata dal coniuge divorziato) è palese - come puntualmente evidenzia la sentenza che si annota - che occorre che chi la pone in essere ne accetti tutte le conseguenze, comprese quella di non avere più diritto, neppure

nell'eventualità questa - per qualsiasi motivo - venga meno, a un assegno a carico dell'ex marito.

Se, infatti, la pronunzia di divorzio può imporre a uno degli ex coniugi di *somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno, quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati* [al proprio sostentamento] o *comunque non può procurarseli per ragioni oggettive* è evidente che nel momento in cui taluno instaura, con un terzo, una convivenza *more uxorio*, posto che da questa deriva, *in primis*, oltre che l'obbligo della assistenza *materiale* anche quello di *contribuire ai bisogni della famiglia*, di fatto, *in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo* è palese che da quel momento cessa l'obbligo - dell'ex coniuge - di contribuire al mantenimento della ex moglie.

Obbligo che sia l'ex coniuge opti per la costituzione di una nuova famiglia *de iure*, sia per una convivenza *more uxorio*, comunque si estingue definitivamente (e dovendo, eventualmente, imputare a se medesima e alla propria errata scelta, la ex moglie l'eventuale fallimento anche della nuova *avventura*).

Infatti - come puntualmente e correttamente sottolineato nella motivazione della sentenza in commento - *di fronte alla costituzione di una famiglia di fatto tra il proprio coniuge e un altro partner necessariamente stabile e duratura* [elementi questi indispensabili perché possa configurarsi una convivenza *more uxorio*] l'ex coniuge non può non confidare *nell'esonero definitivo di ogni obbligo*. (*Mutatis mutandis*, non si è mai affermato che nella eventualità il coniuge più debole, contratto un nuovo matrimonio, e cessato, pertanto, l'obbligo dell'ex coniuge di corrispondere un assegno divorzile, in caso di divorzio dal secondo marito, possa avanzare pretese non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche del primo: analogo discorso è evidentemente da ripetere nella eventualità il coniuge economicamente più debole opti per una *convivenza more uxorio* anziché per un matrimonio).

Lo spirito imprenditoriale non si eredita, ma di regola il titolare di un'impresa ne immagina l'evoluzione naturale con la trasmissione dell'attività ad un familiare.

In Germania esiste un proverbio con cui si declinano tre verbi per indicare cosa fanno i componenti di ciascuna generazione:

- nella prima **werben**, operano, costruiscono;
- nella seconda **erben**, ereditano
- nella terza **verderben**, distruggono.

Queste sono le situazioni di maggiore frequenza, anche se non sono rari i casi in cui la seconda o la terza generazione è quella che crea maggiore sviluppo, specie quando le migliori condizioni economiche della famiglia hanno dato ai figli la possibilità di istruzione e formazione, che non erano state possibili per il *self made man* che aveva fondato l'impresa.

Prima di esaminare quali sono le regole del nostro ordinamento giuridico, in particolare di natura tributaria, sulla trasmissione dell'impresa ai familiari, occorre che il *dominus* dell'attività si ponga il problema dell'alternativa alla successione rispetto alla vendita tempestiva dell'azienda, specie quando l'impresa sta per passare alla terza generazione, quando cioè i pretendenti all'attribuzione dell'utile di esercizio rischiano di essere troppo numerosi e potenzialmente in conflitto di interessi tra di loro. Al riguardo, come vedremo in seguito, è opportuno dare all'attività una struttura societaria che agevoli la risoluzione delle possibili e probabili liti tra i destinatari dell'azienda.

Un'altra distinzione nella trasmissione dell'impresa riguarda le modalità di passaggio della mera titolarità (azienda o partecipazioni di controllo) piuttosto che del coinvolgimento nella gestione. In altri termini occorre distinguere tra l'imprenditore che inizia ad affidare l'attività ad uno o più managers, piuttosto che intenda collocare il familiare nella posizione di titolare della funzione gestoria.

In uno studio sul passaggio generazionale nel *family business* e i fattori strategici di successo per la continuità aziendale¹ sono riportate queste tabelle di sintesi nella comparazione tra il modello "famiglia" e il modello "impresa".

¹ Cinzia Vallone – analisi comparata tra Italia e Gran Bretagna – Centro Studi Aziendali – Università degli Studi di Milano-Bicocca – Giuffrè editore 2009

INTERAZIONI TRA NORME DELLA FAMIGLIA E DELL'IMPRESA

Regola	Norme della famiglia	Norme dell'impresa
Selezione	Assunzione di persone della famiglia	Assunzione di persone competenti
Formazione	In base alle esigenze del singolo	In base alle esigenze dell'organizzazione
Valutazione	La persona vista come fine secondo il principio egualitario	La persona vista come mezzo per i fini dell'impresa secondo il principio meritocratico, in base alle capacità e ai risultati
Ricompensa	In base al fabbisogno del singolo (aiuto incondizionato secondo le necessità individuali: criterio affettivo)	In base al valore delle prestazioni (compenso condizionato a competenze, risultati e mercato del lavoro)

Fonte: I.S. LANSBERG, *La gestione delle risorse umane: il problema della sovrapposizione istituzionale*, in *Problemi di gestione*, n. 1, 1994

PUNTI DI FORZA E DI DEBOLEZZA NELLA RELAZIONE IMPRESA/FAMIGLIA

Punti di forza	Punti di debolezza
Coesione	Autoreferenzialità
Condivisione	Conformismo
Capacità di mobilitazione	Sottovalutazione dei segnali critici
Reputazione – tradizione	Favoritismo – nepotismo
Solidarietà	Tensioni – disaccordi
Logiche di lungo termine	Bassi livelli di competizione interna
Relazioni con il territorio	Scarsa disciplina al profitto
Attenzione al prodotto e alla qualità	

Fonte: F. FERRARI, *Il passaggio generazionale nelle PMI*, Franco Angeli editore 2005

La nozione di famiglia nella normativa economica e nella giurisprudenza dell'Unione europea

Questo convegno è l'occasione per una riflessione sull'attribuzione dei diritti civili alle “nuove” famiglie, ed in particolare a quelle formate da due persone dello stesso sesso, alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, pronunciata il 21 luglio 2015, nella causa *Oliari e altri*.

Si ricorda al riguardo che l'Unione europea, in base al parere della Corte di Giustizia del 18 dicembre 2014, non può aderire formalmente al Consiglio d'Europa e alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali («CEDU»), ma i relativi principi sono stati recepiti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, adottata dal Parlamento europeo il 12 dicembre 2007.

Vediamo un paio di sentenze della Corte di Giustizia in questo ambito.

Nel procedimento C-217/08 promosso dalla Signora Rita Mariano contro l'INAIL, la Corte si è pronunciata con ordinanza del 17 marzo 2009 affermando che in base alle disposizioni del trattato l'Unione europea deve combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, ma non può intervenire sulla disciplina nazionale, in base alla quale la signora Mariano non si era vista riconoscere la pensione di reversibilità per la morte del convivente, da cui aveva avuto un figlio, unico destinatario di una quota della rendita. Analogo diniego nei confronti di questa ricorrente era arrivato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 86/2009), che aveva però raddoppiato la quota spettante al minore, in quanto la mancata attribuzione della reversibilità alla madre diminuiva la possibilità di mantenimento del figlio.

E nel procedimento C-267/12 promosso dal signor Frédéric Hay la sentenza del 12 dicembre 2013 aveva riconosciuto il diritto al congedo “matrimoniale” previsto dal contratto collettivo di lavoro alla coppia che aveva sottoscritto un patto civile di solidarietà previsto dalla normativa francese.

Si osserva infine una maggior apertura della nozione di famiglia nella direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, per l'assistenza e la protezione delle vittime di reato, in cui vengono qualificati come “familiare”: il coniuge, la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, i parenti in linea diretta, i fratelli e le sorelle, e le persone a carico della vittima.

La nozione di famiglia nell'ordinamento economico e tributario italiano

L'innovazione di maggior rilievo per la trasmissione dell'impresa in ambito familiare è stata introdotta dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55, istitutiva delle regole relative alla formazione del cd. “patto di famiglia”, ed alle relative conseguenze, mediante

l'introduzione nel codice civile del capo V-bis del libro II, titolo IV degli articoli 768-bis a 768-octies, come deroga al divieto di patti successori prevista dall'articolo 458.

L'obiettivo principale di questo istituto è quello, da un lato di tutelare i legittimari contro atti di disposizione lesivi del diritto di uno o più di essi, e dall'altro di evitare che il trasferimento dell'azienda o della partecipazione di controllo possa poi determinare, in sede successoria, l'effetto reale della falcidia.

L'articolo 768-bis richiama espressamente il rispetto della normativa sull'impresa familiare (art. 230-bis), anche ai fini della tutela del diritto agli incrementi del familiare collaboratore, e di quella relativa alle differenti tipologie societarie.

Destinatari del patto di famiglia sono esclusivamente uno o più discendenti².

Nell'impresa familiare l'articolo 230-bis del codice individua i familiari nel seguente modo:

- coniuge
- parenti entro il terzo grado
- affini entro il secondo.

Possiamo vedere, a questo punto la nozione di famiglia nel testo unico delle imposte dirette – TUIR (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917). L'articolo 5, comma 5 replica la normativa civilistica del punto precedente, qualificando come familiari il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo.

In relazione a quanto sopra evidenziato, si può concludere che la nozione di “famiglia” negli aspetti civilistici e fiscali che interessano il trasferimento dell'azienda è tuttora quella “tradizionale”, peraltro codificata nell'articolo 29 della Costituzione, secondo cui la famiglia è una società naturale fondata sul matrimonio.

Il disegno di legge S. 197 recante modifiche al codice civile in materia di disciplina del patto di convivenza, al quale il Parlamento ha assegnato il titolo breve di “*Disciplina delle coppie di fatto e delle unioni civili*”, nel testo all'esame della Commissione Giustizia dal 10 settembre 2015 è carente della disciplina legata ai principali aspetti economici e tributari. L'unica assimilazione al coniuge è prevista per i diritti relativi all'assistenza sanitaria e penitenziaria.

² Ai fini dell'esenzione dall'imposta di successione o donazione l'articolo 3, comma 4-ter del D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 ha concesso, a determinate condizioni, l'esenzione dall'imposta per i trasferimenti a favore dei discendenti, “anche” mediante patto di famiglia. Considerando la natura non tassativa della modalità di trasferimento, ai fini di questa agevolazione, la legge finanziaria 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244) ha esteso l'esenzione ai trasferimenti di azienda o quote al coniuge.

Un po' poco, se si pensa a tutte le implicazioni fiscali (oneri, detrazioni, esenzioni o riduzioni di aliquota piuttosto che franchigie per donazioni o successioni) e a quelle previdenziali, tra cui la più onerosa riguarda la pensione di reversibilità.

La disciplina fiscale del trasferimento di azienda

L'unica agevolazione fiscale per la quale non sia richiesta l'esistenza di un formale rapporto di famiglia è disposta dall'articolo 58, comma 1, secondo periodo, del TUIR, secondo cui il trasferimento di azienda per causa di morte o per atto gratuito non costituisce realizzo di plusvalenze dell'azienda stessa. Questa conseguenza negativa non si manifesta pertanto anche nel caso in cui l'azienda sia donata o lasciata in eredità ad un soggetto oggi estraneo al nucleo familiare, come potrebbe essere un convivente.

Ma il vantaggio è semplicemente di natura transitoria, analogo a quello che si manifesta nelle operazioni naturalmente neutrali, come i conferimenti di azienda, le fusioni o scissioni di società. La norma infatti prosegue stabilendo che l'azienda è assunta ai medesimi valori fiscalmente riconosciuti nei confronti del dante causa.

Se questa operazione venisse invece considerata realizzativa al pari di una cessione, ci sarebbe il pagamento delle imposte sulla plusvalenza (differenza tra il corrispettivo di cessione, con una presunzione relativa che non sia inferiore al valore normale), che verrebbero però recuperate dal cessionario al quale risultano attribuiti valori fiscali più elevati da portare in deduzione diretta (magazzino) o mediante quote di ammortamento (beni strumentali).

Torniamo all'esenzione dall'imposta di donazione o successione (articolo 3, comma 4 ter, D.Lgs. 346/90).

Le ipotesi considerate dalla norma riguardano distintamente il trasferimento di azienda (o di un ramo di azienda) e quello relativo a quote o azioni, quando la titolarità giuridica dell'azienda è riferita ad una struttura societaria.

Ai fini della continuità nella gestione, la norma agevolativa pone la condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso.

Il mancato rispetto di questa condizione comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del D.Lgs. 471/97 (30% dell'imposta) e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta avrebbe dovuto essere pagata.

Per l'applicazione di questa normativa, dobbiamo raggruppare le operazioni in due classi:

- aziende o quote delle società di persone
- azioni o quote delle società di capitali.

Per queste ultime viene posta la condizione che si tratti di partecipazioni di controllo ex articolo 2359, primo comma, numero 1) del codice civile, cioè con la maggioranza dei voti nell'assemblea ordinaria, escluse quindi altre forme di controllo.

Nello specifico di questa agevolazione occorre che gli intestatari della stessa quota o delle stesse azioni siano titolari del controllo, in modo unitario. In tal senso la circolare dell'Agenzia delle entrate n. 11/E del 16 febbraio 2007: l'agevolazione spetta soltanto per il trasferimento della partecipazione di controllo a favore di più discendenti in proprietà (articolo 2347 c.c.).

Nel caso, ad esempio, che il trasferimento del 60% delle azioni o quote sia fatto a favore di tre figli, occorre che la partecipazione rimanga *pro-indiviso* per il periodo di cinque anni dall'atto di attribuzione. In altri termini se il padre avesse invece donato il 20% a ciascuno dei figli, l'atto non sarebbe agevolato, nemmeno se gli stessi sottoscrivessero un patto di sindacato quinquennale non revocabile per il voto congiunto.

Il conferimento dell'unica azienda e la cessione delle quote

Molte attività nascono e continuano ad essere esercitate nella forma di impresa individuale. Per la comprensione del regime fiscale – imposte dirette – occorre avere presente la nozione della doppia “sfera”: i beni sono giuridicamente del titolare, e diventano beni di impresa per effetto della loro destinazione.³ La loro uscita dal regime di impresa, a qualsiasi titolo, comporta la tassazione della differenza tra il valore corrente del bene al

³³ La disposizione civilistica è l'articolo 2217 del codice, che prescrive l'obbligo di inventario per l'individuazione dei beni destinati all'attività di impresa, con evidenza anche dei beni personali. La norma tributaria è l'articolo 65 del TUIR, che – oltre a fare riferimento alla norma del codice - detta una speciale disciplina per l'immobile dove l'imprenditore individuale esercita l'attività. Questo soggetto è libero – al momento dell'acquisto – di considerarlo bene personale piuttosto che bene di impresa, manifestando quest'ultima scelta con l'iscrizione in inventario o nel registro dei beni ammortizzabili per le imprese in contabilità semplificata.

Peraltro questa modalità è stata inserita con la legge finanziaria del 1992 (articolo 58, legge 30 dicembre 1991, n. 413), e si riferisce solo ad acquisti successivi a questa data. Gli immobili precedentemente destinati all'attività erano sempre considerati beni di impresa, per il mero fatto della destinazione, con la conseguente tassazione nel caso di estromissione, anche per effetto della cessazione dell'attività. Gli immobili preesistenti potevano essere “privatizzati” in modo fiscalmente agevolato, in base alle disposizioni della norma sopra citata: articolo 58, comma 2, della legge 30 dicembre 1991, n. 413) e oggetto di successive proroghe, di cui l'ultima scaduta il 30 aprile 2008, per effetto della legge finanziaria 2008, articolo 1, comma 37. In tal senso Corte di Cassazione – sentenza 20 ottobre 2006, n. 22587 – avente ad oggetto una causa relativa al periodo di imposta 1989.

momento dell'estromissione e il costo fiscalmente riconosciuto (articolo 58, comma 3, TUIR).

L'operazione fiscalmente meno onerosa per il passaggio dall'impresa individuale alla società, anche in funzione della successiva attribuzione di quote ai familiari, è attualmente⁴ costituita dal conferimento. Dopo varie vicissitudini, iniziate con le disposizioni agevolative del 1975, che non avevano preso in considerazione il fatto che il conferimento dell'unica azienda comporta la cessazione dello *status* di imprenditore, e quindi l'uscita dei beni dalla sfera di impresa, la disposizione ora vigente nel TUIR è l'articolo 176, comma 2-bis, che in modo estremamente sintetico enuncia la regola, secondo cui la successiva cessione delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento è disciplinata dall'articolo 67, comma 1, lettera c) del TUIR, assumendo come costo della partecipazione il valore fiscalmente riconosciuto dell'azienda conferita.

Questa enunciazione sottende un principio di notevole rilevanza, con le conseguenze altrettanto rilevanti:

- l'azienda conferita era nella sfera dell'impresa;
- il conferimento è un'operazione fiscalmente neutra che comporta un fatto permutativo tra l'azienda uscita e la partecipazione entrata;
- se il conferimento avesse ad oggetto un'azienda o ramo di azienda e fosse fatto da un imprenditore individuale che mantiene il suo *status* la partecipazione rimane nel regime di impresa, con la conseguente tassazione nel caso di qualsiasi uscita, ivi compresa la donazione;
- se il conferimento ha invece per oggetto l'unica azienda, con la conseguente cessazione dello *status* dell'imprenditore, la partecipazione ricevuta passa direttamente dalla sfera di impresa a quella personale senza nessuna tassazione, che ci sarà solo nel caso di una cessione a titolo oneroso (e quindi non nel caso di un atto a titolo gratuito), in quanto il regime dei redditi diversi, definito dall'articolo 67, comma 1, lettera c) del TUIR, postula la condizione della onerosità dell'operazione tassabile.

Sempre con riferimento all'articolo 176 del TUIR, il relativo comma 3 dichiara (unico caso dell'ordinamento) la non elusività del conferimento di azienda in regime di neutralità fiscale, seguito dalla cessione delle quote.

Nelle operazioni estranee alle riorganizzazioni familiari, l'amministrazione finanziaria – in ciò seguita dalla giurisprudenza prevalente – si è scatenata nel ritenere che questo *modus agendi* sia un aggiramento delle norme sulla tassazione indiretta delle cessioni di azienda⁵, invocando talora l'abuso del diritto talaltra l'articolo 20 del testo unico di

⁴ Cioè a far tempo dalla legge finanziaria 2008

⁵ Imposta proporzionale anziché tassa fissa

registro sulla tassazione degli atti secondo i loro effetti giuridici, indipendentemente dal *nomen iuris*.

Che una norma dell'ordinamento tributario dichiarare un atto espressamente non elusivo e che lo si voglia considerare tale per un'altra imposta è una palese violazione del principio generale di coerenza. La questione dovrebbe essere teoricamente risolta dalla confluenza della disposizione sull'abuso ai fini delle imposte dirette (articolo 37-bis D.P.R. 600/73) nella regola generale del nuovo articolo 10-bis dello statuto dei diritti del contribuente (legge 212/2000), introdotto dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, in attuazione della legge delega numero 23/2014, rilevante ai fini di qualsiasi tributo.

Un'ultima riflessione sulla società a responsabilità limitata

Le operazioni di conferimento e quelle di gestione ordinaria delle imprese a base familiare vedono l'utilizzo della struttura di società a responsabilità limitata. Prima della riforma del 2004 la s.r.l. era una sottospecie della società per azioni.

L'attuale disciplina, negli articoli da 2462 a 2483, la rende molto più simile ad una società di persone, pur con la limitazione di responsabilità estesa a tutti i soci.

Si osservi al riguardo che in nessuno di questi articoli è presente la nozione di "statuto", facendosi invece sempre riferimento all'atto costitutivo⁶. Il che significa che l'individuazione nominativa dei soci deve essere sempre presente per qualsiasi modifica.

La tipologia della s.r.l. è particolarmente flessibile, e deve essere adattata in funzione delle criticità presenti e, soprattutto potenziali. Al riguardo segnalo due possibili clausole, concretamente inserite in atti costitutivi di s.r.l.:

- mantenimento dello *status* di socio condizionato alla sua partecipazione attiva nella gestione. Nel caso in cui non intenda o non possa continuare in questo impegno, viene concessa una "moratoria" di un anno, dopo di che la quota viene liquidata secondo regole previste nell'atto costitutivo;
- esclusione del socio che agisca contro l'interesse della società, quando cioè tenga un costante comportamento che condizioni l'operato dell'organo amministrativo, con ciò compromettendo o paralizzando l'operatività della società.

⁶ Deve essere sfuggito l'inserimento del richiamo allo statuto nel primo comma dell'articolo 2477, relativo alla composizione dell'organo di controllo. Si tratta comunque di una disposizione che non interferisce nei rapporti tra i soci

Il primo caso è di tutta evidenza, specie nelle società con modesto apporto di capitale. Non per nulla si può fare una s.r.l. con un euro di capitale, perché l'operatività della società dipende dall'apporto di lavoro (in senso lato) dei soci. E se un socio, per mille motivi leciti, non può o non vuole proseguire la collaborazione è bene che debba lasciare la quota, e di conseguenza il posto, a chi desidera entrare per dare il proprio apporto alla gestione.

Il secondo caso è sicuramente più delicato, in quanto postula un apprezzamento di merito sulla condotta del socio, che dovrà essere necessariamente ascoltato per far valere le sue ragioni, così come dovrà essere adeguatamente informato sulla motivazione del provvedimento adottato nei suoi confronti dall'organo amministrativo.

Raffaele Rizzardi

Dottore Commercialista

Componente del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne

Convegno del 16 ottobre 2015 - Bergamo

Affetti Familiari e assetti societari
- SINTESI DI INTERVENTO-

1. La questione del passaggio generazionale delle imprese è come noto uno dei temi centrali nel dibattito sul futuro delle piccole e medie imprese italiane. Dibattito, ed anche questa è cosa ben nota, che diventa poi dibattito sul futuro dell'economia tutta del Paese, considerata la struttura tipica delle nostre imprese. I termini della questione sono quelli soliti: da un lato, ci troviamo di fronte ad un quadro regolatorio che, ad oggi, non agevola affatto l'apertura delle imprese familiari a investitori esterni, considerati i significativi limiti imposti alla libertà di disporre della propria successione. Dall'altro lato, si deve anche osservare che, a prescindere dai vincoli giuridici, la cultura tipica dell'imprenditore italiano appare comunque tuttora orientata a conservare all'interno della famiglia la propria impresa: chiunque abbia avuto rapporti con la piccola e media impresa italiana familiare sa bene che vi è una tendenziale identificazione tra azienda e famiglia, e sa bene che l'aggregazione delle nuove generazioni attorno all'impresa è generalmente considerata un motivo di orgoglio, e non certo una debolezza.
2. Se dunque sia il quadro normativo esistente sia il comune approccio culturale continuano a supportare una fisionomia delle PMI fondata sulla famiglia, è del tutto intuitivo come con l'ampiamiento della famiglia stessa e quindi con il progredire delle generazioni l'impresa si trova esposta a rischi per così dire comportamentali sempre maggiori. L'impresa familiare dominata dall'imprenditore singolo, dal fondatore, può sì rischiare di rimanere "prigioniera" degli errori del "capo": ma certamente l'unicità della guida è un elemento di certezza e di stabilità. Invece, con il crescere di figure familiari presenti all'interno della società cresce il rischio che questa compattezza si perda, e dunque cresce il rischio che le frizioni, i contrasti, le incertezze che inevitabilmente prima o poi si registrano tra i familiari – imprenditori producano un impatto negativo in termini di efficienza e di stabilità della conduzione imprenditoriale.
3. A me pare che il giurista possa e debba contribuire a gestire questi rischi. E mi pare che un buon modo per contribuire a tale gestione possa essere un efficace utilizzo degli schemi societari che oggi sono a

disposizione delle imprese. L'obiettivo, più precisamente, diventa quello di costruire un vestito societario idoneo a soddisfare e contemperare due esigenze: la prima, è l'esigenza di consentire la partecipazione all'impresa (nelle varie forme in cui tale coinvolgimento può avvenire) a tutti coloro che nella famiglia intendano farlo. La seconda, che è specchio della prima, è quella di assicurare che ciò non si traduca in una potenziale turbolenza nei confronti della vita quotidiana dell'azienda. Lo sforzo primario, dunque, deve essere quello di proteggere l'impresa e la produzione, quello di evitare che il passaggio generazionale bruci la ricchezza principale della nostra economia: non dipende certo solo dalle soluzioni giuridiche che si riescono ad architettare, ma io penso che uno sforzo in questo senso possa essere di grande aiuto. Al contempo, il giurista renderebbe un cattivo servizio se cercasse di impedire l'allargamento dell'impresa alle nuove generazioni, perché non è questo ciò che, ad oggi, l'imprenditore italiano vuole fare. Si tratta, come sempre, di trovare soluzioni equilibrate e funzionali.

4. Una piccola digressione. L'esigenza di proteggere la ricchezza di famiglia, e dunque anche la ricchezza che abbia la forma dell'impresa, senza volere però escludere le nuove generazioni dal beneficio della ricchezza stessa, è una esigenza che ha origini lontane e non si tratta certo solo di una esigenza italiana. Se si dà un'occhiata in chiave storica a quello che accade in altri sistemi giuridici, si può ad esempio ricordare che il trust nacque nel XVI secolo in Inghilterra proprio per soddisfare anche necessità di questo tipo. L'idea di collocare, per così dire, la ricchezza in un "luogo sicuro" senza voler escludere nessuno dalla partecipazione ai frutti del patrimonio è proprio lo schema di base del trust. Schema, ricordo, in cui i beni, e dunque anche ad esempio un'impresa familiare, vengono collocati in un fondo separato, come è il trust, con una serie di regole liberamente modellabili relative alle dinamiche decisionali che dovranno essere rispettate, all'indirizzamento dei benefici dell'attività, e così via.
5. Ma torniamo ai modelli societari nostrani. Si diceva dello sforzo primario consistente nella protezione dell'impresa. A tale fine, un assetto che mi pare necessario suggerire è quello di separare la società operativa dal veicolo societario che raccoglie i vari soci di famiglia che partecipano al capitale. Molte realtà imprenditoriali, come noto, sono già caratterizzate da una simile configurazione; ma molte vedono invece ancora la presenza dell'imprenditore prima, e poi dei suoi familiari, direttamente nel capitale della società operativa. In questi casi, a me pare sia opportuno procedere ad un conferimento dell'azienda operativa in una società a valle, destinata ad essere controllata in via totalitaria dalla conferente, la quale, ad operazione ultimata, diventa, per così dire, la "cassaforte" di famiglia detentrica del 100% del capitale dell'impresa operativa.

6. L'operazione di conferimento dell'intera azienda operativa solleva alcune tematiche giuridiche di rilievo. Se ne possono ricordare, sia pure in estrema sintesi, due. In primo luogo, lo scorporo di pressochè l'intera azienda è operazione che, come una felice dottrina osserva, rientra verosimilmente nelle "competenze implicite" dell'assemblea. Di per sé, infatti, il conferimento è atto gestionale, come tale di competenza dell'organo amministrativo. Tuttavia, la portata di tale scelta è di tale importanza da poter essere considerata alla stregua di un'operazione straordinaria non lontana, dal punto di vista del suo significato economico ed organizzativo, da una fusione, da una scissione, e così via. Questa visione sostanzialistica dell'operazione induce a richiedere necessario il coinvolgimento non solo degli amministratori, ma anche dell'assemblea dei soci, e dunque, in ultima istanza, dei vari familiari che partecipano al capitale dell'azienda.
7. Un secondo profilo connesso all'operazione di scorporo dell'intera azienda riguarda poi l'eventuale sussistenza del diritto di recesso a favore di chi, tra i soci familiari, non fosse d'accordo con l'operazione. Come noto, infatti, la modifica dell'oggetto sociale, in alcuni casi, dà luogo a recesso, e ci si chiede se la trasformazione, per così dire, di una impresa da società operativa a società holding (e cioè a società avente ad oggetto la detenzione e la gestione della società operativa) dia appunto luogo ad una variazione dell'oggetto idonea a fare insorgere il diritto di recesso. La questione solleva qualche incertezza, e vi sono alcune pronunce risalenti (anteriori alla riforma del 2003) che propendevano per il riconoscimento di un diritto di exit. A mio giudizio, però, l'operazione, di per sé, non è idonea a fondare il recesso. Da un primo punto di vista occorre infatti ricordare che affinché recesso vi sia – penso soprattutto alla disciplina delle società per azioni – è necessario che vi sia una formale variazione della clausola dell'oggetto sociale, dal momento che il mero mutamento della attività in concreto svolta non assume rilevanza. Da un secondo e più sostanziale punto di vista, vi è poi da ricordare come la dottrina anche precedente alla riforma aveva sottolineato come il recesso per modifica dell'oggetto sociale si giustifica se ed in quanto con la modifica la società sia messa nella condizione di svolgere una attività di impresa caratterizzata da un profilo di rischio diverso da quello preesistente. L'impostazione, come noto, è oggi espressamente recepita nella disciplina codicistica. In quest'ottica, a me pare che la "societarizzazione" dell'azienda e dunque il passaggio da società operativa ad holding non sia operazione capace di modificare il "mix di rischio" proprio dell'investimento del socio, dal momento che il "sottostante" ultimo, e cioè il mercato in cui si colloca l'attività di impresa svolta dalla controllata, non cambia.
8. L'operazione di conferimento in una società autonoma dell'azienda operativa spesso porta a conservare nella società che rimane "a monte" della catena partecipativa anche altri asset rispetto alla partecipazione nella nuova società controllata. Capita di sovente,

infatti, che nel corso degli anni l'imprenditore collochi nella propria società anche asset per così dire personali, quali case, quadri, e così via. L'operazione di scorporo deve però a mio giudizio essere l'occasione per spostare altrove questi beni: la "cassaforte di famiglia" mi pare infatti debba essere solo la cassaforte dell'azienda, così da evitare l'insorgere di possibili conflitti che abbiano ad oggetto beni diversi dall'azienda stessa. Lo strumento forse più utile a tale fine è la scissione.

9. Una volta dunque che si sia allontanata l'attività operativa dalla presa diretta dei soci familiari, occorre curarsi dell'altra primaria finalità che ci deve ispirare, e cioè la preparazione, come già dicevo, del "vestito giuridico" più appropriato per gestire e disciplinare i rapporti tra i soci familiari. Anche qui, mi pare che lo sforzo debba essere quello di procedimentalizzare in canali formali e predeterminati le occasioni di incontro e di confronto tra i vari soci: ciò non vuole dire ovviamente rendere le procedure ingessate o prive di contenuto. Vuole dire, al contrario, evitare che le dinamiche di confronto e decisione seguano regole comportamentali eccessivamente informali e "familiari", e così evitare che le dinamiche psicologiche spesso irrazionali tipiche dei rapporti interpersonali finiscano con l'avere il sopravvento. La procedimentalizzazione delle decisioni e del confronto vuole insomma evitare che le scelte ultime dell'impresa vengano assunte secondo la legge del più forte o del più influente, legge che spesso porta a risultati non ottimali. Ricordo, sul punto, come ormai fiorisca un solido filone di studi che si occupa proprio di svelare l'irrazionalità dei processi decisionali dei soggetti che assumono decisioni economiche: nessuno, nelle scienze economiche, crede più al mito – che invece era l'assunto di base del modello dell'economia neoclassica – dell'agente razionale che assume decisioni sempre economicamente efficienti. L'imposizione di regole, di percorsi, di procedure da seguire vuole cercare di attutire i rischi di tali irrazionalità.
10. Ecco dunque che lo statuto della nostra cassaforte, per proporre qualche esempio, dovrà disciplinare con rigore le materie da discutere nell'assemblea generale dei soci, magari individuando le materie di importanza strategica meritevoli, appunto, della discussione "plenaria" assembleare, e magari stabilendo maggioranze differenziate a seconda delle decisioni stesse. La libertà statutaria, come noto, è la più ampia, e mi pare che uno strumento utile a tale fine possa essere anche rappresentato dalla previsione di voti "determinanti" attribuiti a singoli soci (o a singole categorie azionarie): voti, cioè, da soli non sufficienti per assumere una decisione di particolare importanza, ma voti senza i quali essa non può essere validamente presa. Analogamente, si potrà pensare a prevedere diversi diritti per quanto concerne la stessa attivazione del processo assembleare: esempi di tali clausole possono essere l'attribuzione di diritti speciali consistenti nel proporre all'assemblea una certa operazione – anche magari in assenza di una preventiva delibera

dell'organo amministrativo -, o magari la costruzione dei diritti di voto (si pensi oggi al voto plurimo) che consentano ad un socio o a un gruppo di soci di proporre prima, e addirittura imporre poi, una certa decisione (una fusione, la quotazione della società, un aumento di capitale, e così via).

11. Si dovrà poi disciplinare con altrettanto rigore la procedura di nomina degli amministratori, al fine di assicurare un'equilibrata presenza in Consiglio di Amministrazione di rappresentanti delle varie "anime" della famiglia. In quest'ottica, si potrà pensare all'attribuzione di diritti speciali di nomina per quanto concerne la società a responsabilità limitata, o a sistemi di voto per liste per quanto concerne la società per azioni. Tali sistemi possono poi essere utilizzati per stabilire regole per la designazione delle più alte cariche della società, ed in particolare per la designazione del Presidente e dell'Amministratore Delegato.
12. Lo statuto, ancora, dovrà poi disciplinare i lavori e le maggioranze dell'organo amministrativo, ed anche in questo contesto si potranno prevedere diritti speciali di iniziativa, diritti di veto, diritti di proposta. A me pare si debba ritenere legittimo anche l'attribuzione di voti determinanti a singoli amministratori, come la giurisprudenza in materia di *casting vote* testimonia.
13. Oltre ai profili di *governance*, che sono quelli appena riepilogati, si dovrà naturalmente disciplinare la circolazione delle partecipazioni sociali. Gli strumenti di protezione tradizionale sono quelli della prelazione, sia *inter vivos* sia *mortis causa*. Ma ben può esservi spazio anche per strumenti relativamente più innovativi, come ad esempio sono le clausole di covendita (sia sotto forma del diritto di covendita, sia sotto forma dell'obbligo). Con riferimento al funzionamento di tali clausole, e in particolare alla clausola di prelazione, un accorgimento che può essere particolarmente utile è la suddivisione dei soci per stirpi, suddivisione che può avvenire, ancora una volta, mediante il ricorso ai diritti speciali individuali per quanto concerne le società a responsabilità limitata, o alle categorie azionarie per quanto concerne le società per azioni. La suddivisione per stirpi consente infatti di individuare diversi gruppi di soci quanti sono i nuclei familiari; il che presenta significativi vantaggi nell'ottica di mantenere inalterati i rapporti di forza esistenti tra i nuclei medesimi. Si pensi all'ipotesi di un diritto di prelazione che dapprima consenta l'esercizio della prelazione stessa a soggetti appartenenti al proprio nucleo familiare, e poi - ma solo poi - si rivolga agli altri soci familiari.
14. Nella definizione del migliore vestito da offrire alla società cassaforte rimane naturalmente l'interrogativo di vertice: quale tipo sociale adottare? Quale modello di amministrazione e controllo? Una risposta che vada bene per qualunque realtà non è possibile. In linea generale,

però, si può osservare come ad oggi la società a responsabilità limitata offra di certo una maggiore flessibilità rispetto alla società per azioni: quando dunque il numero di soci non è eccessivo, a me pare che sia questa la opzione preferibile. Quanto al modello di *governance*, a me sembra che quello tradizionale rimanga in fondo il più funzionale ed intelleggibile. Nell'ottica di una separazione tra piano dell'azionariato e piano della gestione anche il sistema dualistico può peraltro assicurare efficacia e funzionalità.

PROFILI DI RILEVANZA DELLA CONVIVENZA MORE UXORIO

di Luigi Balestra

SOMMARIO: 1. La rilevanza della convivenza *more uxorio*. – 2. La convivenza omosessuale. – 3. Gli interessi patrimoniali scaturenti dalla convivenza. La regolamentazione attraverso l'esplicazione dell'autonomia contrattuale.

1. La rilevanza della convivenza more uxorio.

La convivenza c.d. *more uxorio* è un fenomeno ormai da lungo tempo diffuso nella realtà sociale che ha indotto i legislatori di molteplici Paesi a dettare, sia pure secondo modalità e con contenuti estremamente differenti, una disciplina parallela a quella matrimoniale.

In Italia manca una disciplina omogenea che, sulla falsa riga di quanto stabilito per i coniugi, contempli uno statuto della coppia non coniugata. Il convivente *more uxorio* viene nondimeno in considerazione, mediante una vera e propria equiparazione alla figura del coniuge, in numerose disposizioni legislative¹. Ciò accade perché le difficoltà di natura politica, sperimentate negli ultimi lustri allorché si è tentato di introdurre una disciplina organica, si dissolvono ogniqualvolta l'oggetto dell'intervento consista, più genericamente, nella regolamentazione di interessi tipicamente inerenti alla sussistenza di un legame affettivo; in queste occasioni si assiste, quasi sotto silenzio, all'emersione della figura del convivente quale soggetto titolare di interessi aventi un chiaro substrato familiare-affettivo. Possono menzionarsi, con riferimento agli interventi più recenti, l'art. 417 c.c. – richiamato dall'art. 406 c.c. – così come modificato dalla legge introduttiva dell'amministrazione di sostegno; norma che, indipendentemente da ogni disquisizione in merito al fatto se la figura della persona stabilmente convivente possa evocare anche soggetti diversi dal convivente *more uxorio*, inquadra il convivente tra i componenti della famiglia. Emblematico – sotto il profilo dell'atteggiamento tenuto dal legislatore, poco incline come detto a impegnarsi in una discussione politica sul tema delle convivenze, ma per nulla riottoso ad estendere al convivente *more uxorio* la disciplina in ordine a specifici interessi concernenti il coniuge – è l'art. 5 della legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistita, ove la chiara equiparazione della coppia convivente a quella coniugata, con l'ovvia precisazione, tenuto conto degli specifici interessi da regolamentare, che deve trattarsi di coppia maggiorenne di sesso diverso. La rilevanza della norma in questione si accresce viepiù se si considera che l'apertura nei confronti delle coppie di fatto è contenuta in una legge etichettata come fortemente restrittiva, soprattutto se comparata all'esistente nel panorama internazionale, frutto di specifiche scelte ideologiche².

¹ Per un'indicazione v. BALESTRA, *La famiglia di fatto, Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da Ferrando, vol. II, Bologna, 2008, p. 1035 ss.

² Un'ulteriore e recente novità normativa è rappresentata dall'art. 4, comma 2 della legge sull'affidamento condiviso (l. n. 54/2006) ove è stabilito che le relative disposizioni si applicano anche ai procedimenti relativi ai figli dei genitori non coniugati. Sia pur con la precisazione che le norme in questione concernono anche soggetti che non abbiano mai convissuto e che, comunque, trattasi di disposizioni che hanno quale primario obiettivo la tutela degli interessi della prole, non v'è dubbio che la norma si collochi nel solco di quel processo – inaugurato con l'art. 317-

La convivenza *more uxorio* non può essere annoverata tra i rapporti di fatto, in quanto essa ha una propria dimensione nonché una rilevanza giuridica che si ricava, ancor prima che dalla sopra menzionata legislazione ordinaria, dalla riconduzione del fenomeno, per opinione ormai acquisita, nell'alveo dell'art. 2 Cost.³. L'espressione «di fatto», sovente adoperata per indicare la convivenza non originata dal matrimonio è in grado di identificare unicamente l'origine del rapporto, essendo del tutto inidonea a svolgere una funzione qualificatrice sotto il profilo della rilevanza giuridica⁴. Peraltro, nella ricerca dell'anzidetta rilevanza, risulterebbe scorretto muoversi in una prospettiva atomistica, vale a dire collegata alle singole disposizioni che in modo disorganico regolamentano specifici interessi, in quanto, alla luce dell'art. 2 Cost., la convivenza *more uxorio* condensa un rapporto integralmente e complessivamente volto a consentire lo sviluppo della personalità di ognuno dei protagonisti⁵.

Il riconoscimento del rango di formazione sociale è giunto a metà degli anni Ottanta del secolo scorso anche dalla Corte costituzionale, ancorché il Giudice delle leggi – è bene precisarlo – abbia sempre negato l'equiparabilità della convivenza *more uxorio* alla famiglia fondata sul matrimonio, in ciò salvaguardando la specificità dell'art. 29 Cost. quale norma destinata a riservare una dignità giuridica superiore alla coppia coniugata⁶.

La sussistenza di interessi meritevoli di protezione nell'ambito della convivenza *more uxorio* – testimoniata, come detto, dal crescente numero di disposizioni legislative che equiparano la posizione del convivente a quella del coniuge – deve dunque indurre l'interprete, conformemente al ruolo demandatogli al cospetto dell'ordinamento civilistico e indipendentemente da qualsiasi intervento legislativo in merito, a interrogarsi circa la tutelabilità degli interessi di volta in volta azionati. In assenza di una previsione legislativa occorrerà argomentare, oltre che dal sistema del diritto patrimoniale comune – nei casi in cui, come frequentemente accade, vengano in rilievo profili di carattere patrimoniale –, anche dalla disciplina dettata per la famiglia legittima, all'uopo verificando se l'istituto astrattamente invocabile presupponga necessariamente il matrimonio. Di modo che, il problema della famiglia non fondata sul matrimonio non si porrà nei termini di una rigida alternativa tra non tutela e tutela - e quindi come equiparazione totale alla famiglia legittima⁷ - ma come

bis c.c. introdotto con la riforma del diritto di famiglia – che da tempo ha preso coscienza del fatto che esistono forme differenti di organizzazione familiare nell'ambito delle quali il fenomeno della filiazione trova esplicazione.

³ Per una ricostruzione del dibattito avutosi a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, v. BESSONE, *sub* art. 29 Cost., in *Comm. cost.*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1976, in part. p. 32 ss., ove si affermava che soltanto un autentico pregiudizio ideologico poteva condurre ad escludere, in assenza di figli, la natura di formazione sociale della convivenza *more uxorio*; il dibattito in Italia ebbe modo di svilupparsi soprattutto in seguito a un importante convegno tenutosi a metà degli anni Settanta del secolo scorso: AA.VV., *La famiglia di fatto*. Atti del convegno nazionale di Pontremoli (27-30 maggio 1976), Montereggio-Parma, 1977.

⁴ In senso diametralmente opposto TRABUCCHI, *Famiglia e diritto nell'orizzonte degli anni '80*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. Bilanci e prospettive*, Padova, 1986, p. 34, per il quale «parlare della famiglia di fatto come entità giuridicamente rilevante è un non senso (...)».

⁵ BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1118.

⁶ Corte Cost., 18 novembre 1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2353; cfr. da ultimo Corte Cost., 27 marzo 2009, n. 86, in *Corriere giur.*, 2010, p. 97, con nota di Nascimbene.

⁷ Per l'applicazione in via analogica della tutela prevista per la famiglia legittima, si pronuncia PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, 1980, in part. p. 245 ss., ove comunque vengono escluse quelle norme aventi come *ratio* la celebrazione del matrimonio; nonché FURGUELE, *Libertà e famiglia*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 285; cfr. anche PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra*

problema di regolamentazione dei singoli rapporti, siano essi quelli che vedono coinvolti i conviventi tra di loro, ovvero quelli tra genitori e figli o quelli con i terzi⁸. L'esigenza di impedire ogni equiparazione alla famiglia legittima⁹ non pare dunque porsi in contrasto con la possibilità che i problemi più scottanti cui la famiglia di fatto può dar luogo, soprattutto nel momento in cui si manifesta la crisi, possano essere risolti attingendo a quei principi espressione della solidarietà tipica dei rapporti affettivi. In questa prospettiva, che finisce col ridimensionare le forti implicazioni ideologiche che la tematica propone, ed apre, conseguentemente, qualche spiraglio in più verso la predisposizione di forme di tutela, l'interprete potrà infatti desumere dalla disciplina della famiglia legittima alcuni principi generali per risolvere i problemi più significativi che si pongono con riferimento alla famiglia di fatto, purché si tratti di principi che abbiano un contenuto essenzialmente generalizzabile¹⁰.

2. La convivenza omosessuale.

Il rilievo acquisito dalla famiglia non fondata sul matrimonio a livello costituzionale pone peraltro la necessità di verificare se, al cospetto dell'ordinamento, il rango di formazione sociale ex art. 2 Cost. competa anche alle convivenze omosessuali, vale a dire a quelle unioni – sempre più emergenti nella realtà sociale – in cui v'è carenza di un requisito fondamentale per contrarre matrimonio; sicché la mancata formalizzazione dell'unione non è, contrariamente a quanto accade per le coppie eterosessuali (almeno per quelle in cui i *partners* non siano astretti da precedenti vincoli matrimoniali), frutto di una libera scelta.

Lo studio delle convivenze in Italia ha, sino a un recente passato e a differenza di quanto accaduto all'estero, essenzialmente riguardato le unioni eterosessuali, essendo stato il tema delle convivenze omosessuali relegato sovente a margine delle trattazioni, quando non addirittura totalmente obliterato. L'atteggiamento di parte

l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia di fatto, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 143, il quale tuttavia sottolinea come questa impostazione presenti degli eccessi; da ultimo, si è pronunciato a favore di un largo ricorso all'analogia, specialmente con riguardo alla disciplina prevista per la separazione personale tra i coniugi, SCHLESINGER, *Diritti e doveri nella coppia*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di D'Usseaux e D'Angelo, Milano, 2001, p. 140. Contrari all'applicazione della disciplina dettata per la famiglia legittima, TRABUCCHI, *Pas pour cette voie s'il vous plait*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 353; MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 4; per la generale inestensibilità della disciplina dettata per la famiglia legittima, v. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, p. 18 ss.

⁸ Cfr. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio: rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, p. 184.

⁹ Sottolineata, in una prospettiva comparatistica, da DE VITA, *Note per una comparazione*, in *Matrimonio, matrimonii*, a cura di D'Usseaux e D'Angelo, Milano, 2001, p. 171.

¹⁰ Cfr. BUSNELL – SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, pp. 131-132; ROPPO, *Come tutelare la famiglia di fatto*, in *Pol. dir.*, 1980, 20 ss., in part. 24, il quale propone l'adozione di uno statuto delle coppie conviventi che assicuri alla famiglia di fatto un minimo di giuridicità; contra MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, p. 4.

della dottrina è stato improntato a cautela¹¹ e, frequentemente, si caratterizza per un tendenziale rifiuto verso qualsivoglia equiparazione¹².

La mancanza di dati testuali che facciano riferimento alle convivenze omosessuali deve armonizzarsi con quanto dispone l'art. 2 Cost.¹³, norma che si presta – stante il suo carattere aperto con chiara vocazione al pluralismo – a racchiudere ogni esperienza capace di garantire il pieno sviluppo della persona umana. Beninteso, all'interprete è affidato un compito delicato quanto essenziale, poiché non ogni indiscriminata relazione tra individui di natura affettiva può essere annoverata tra le formazioni sociali di cui alla norma in questione. La prospettiva lungo la quale esprimere la valutazione è, evidentemente, quella dell'ordinamento, e non quella particolare dei singoli protagonisti della relazione affettiva col proprio bagaglio di idee, aspirazioni, desideri, alle volte bizzarri e totalmente innaturali¹⁴; ma di un ordinamento che, in questa materia più che in altri settori, atteso il «pluralismo atipico» delle formazioni sociali¹⁵, deve sapersi confrontare con quanto accade nella realtà allo scopo

¹¹ Cfr. ROPPO – A. M. BENEDETTI, voce *Famiglia di fatto* (postilla), in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1999, p. 1; dello stesso A. M. Benedetti si veda tuttavia il recente lavoro *Tutto ciò che è reale è ...naturale? Riflessioni sull'art. 29, 1° comma, Cost.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 589, che, sia pure in chiave problematica volta a sottolineare la necessità di un vaglio esterno ed interno, contiene aperture nei confronti del matrimonio di persone dello stesso sesso.

¹² Cfr. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2005, p. 26 nota 53; v. anche QUADRI, *Rilevanza attuale della famiglia di fatto ed esigenze di regolamentazione*, in *Dir. fam. pers.*, 1994, p. 293; perentorio anche M. STELLA RICHTER, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 144: <(...) va espunta la relazione omosessuale dall'ambito della famiglia di fatto, qualunque dimensione e funzione ad essa voglia in concreto attribuirsi>; v. anche COPPOLA, *La successione del convivente more uxorio*, in *Famiglia*, 2003, I, pp. 697-698; SEGRETO, *Il convivente more uxorio nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. fam. pers.*, 1989, p. 824; CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. fam. pers.*, 2007, p. 912 ss.; BONILINI, *La famiglia*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, vol. I, t. 2, 2009, p. 81.

Un'apertura, a prescindere dalle questioni legate al matrimonio, verso il fenomeno delle unioni omosessuali si riscontra in AULETTA, *Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia*, in *Famiglia*, 2005, I, p. 409; FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 2002, V, I, p. 276 ss.; SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 702; RUSCELLO, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale: dove va la famiglia?*, in *Studi in memoria di Cantelmo*, II, Napoli, 2003, p. 676 ss.; BALESTRA, *Un recente convegno francese sulle convivenze fuori dal matrimonio*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 440 ss.; R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, p. 1066 ss.; OBERTO, *Le prestazioni lavorative del convivente more uxorio*, Padova, 2003, p. 125 ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 970, che definisce paraconiugale una convivenza tra persone dello stesso sesso; A. SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 713; D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Padova, 2003, p. 17, ove si fa riferimento all'art. 2 Cost. In conclusione, tuttavia, l'A. (36-37) esclude decisamente, sia *de iure condito* che *de iure condendo*, ogni assimilazione di tale fenomeno tanto alla famiglia legittima quanto, parzialmente, all'unione di fatto; LEVA, *I contratti di convivenza. Dalla legge francese alle proposte italiane*, in *I contratti di convivenza*, a cura di MOSCATI e ZOPPINI, Torino, 2002, pp. 279-280; PETITTI, *I diritti attuali nelle famiglie di fatto: attualità e futuro*, in *Famiglia*, 2003, I, p. 1021; MAZZOTTA, *Le relazioni omosessuali in Italia*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, II, p. 163 ss.; CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 2004, I, p. 107 ss.

¹³ Norma alla stregua della quale l'omosessualità deve essere considerata come situazione meritevole di protezione, in quanto esplicazione della libertà di vivere le proprie preferenze sessuali senza condizionamenti e restrizioni: così Cass., 25 luglio 2007, n. 16417, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 271, con nota di Pizzorno.

¹⁴ BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, cit., p. 1123 ss.

¹⁵ Questo non significa che vi sia un'indifferenziata valorizzazione delle formazioni sociali, all'uopo occorrendo che esse siano idonee a favorire il libero sviluppo della persona: cfr. BARBERA, *sub art.*, in *Comm. cost.*, a cura di Scialoja, Bologna-Roma, 1975, p. 109, ove ulteriormente si precisa la non necessità che siano precipuamente rivolte a tale scopo.

di individuare l'insieme dei valori condivisi su cui poggia la pacifica convivenza civile¹⁶. Il tutto deve avvenire con la matura consapevolezza che i valori, cui fanno capo tutte le leggi dell'operare umano e, dunque, anche quelle giuridiche¹⁷, «non sono conoscibili direttamente, né per dimostrazione, né per intuizione. Dei valori è possibile soltanto una conoscenza analogica, mediata dalle idee di valore che si formano nello spirito umano, selezionate in base al riscontro di figure tipiche, e quindi esemplari, di comportamento»¹⁸.

La vicenda francese conclusasi con l'approvazione a fine millennio della legge sul Pacs può fornire elementi di riflessione al fine di tentare un approccio scevro da pregiudiziali ideologiche. Al di là di quello che si è portati comunemente a pensare, la normativa sul Pacs è primariamente caratterizzata dall'introduzione di una norma con cui si è dettata una definizione, con chiara valenza precettiva, di *concubinage* idonea a comprendere la relazione omosessuale (art. 515-8 code civil); si è così inteso sconfessare la Corte di cassazione che, per ben due volte, aveva negato l'equiparabilità della convivenza omosessuale a quella eterosessuale. Invero, la chiusura dei Supremi giudici aveva dato luogo ad un'ampia riflessione sfociata nel descritto intervento del legislatore il quale, con posizione certamente più progredita dell'interprete, ha saputo cogliere i cambiamenti in atto della società francese.

Nel contesto italiano – considerata la sostanziale riluttanza del legislatore a intervenire su tematiche gravide di implicazioni per quel che concerne le scelte fondamentali dell'individuo incidenti sullo sviluppo della persona – un ruolo di primo piano è ricoperto dall'interprete¹⁹, la cui sensibilità è chiamata a porsi in relazione d'ascolto con quanto accade nell'esperienza in rapporto all'insieme delle relazioni affettive; ciò al fine di coglierne – beninteso attraverso un'attività di selezione condotta alla luce dei principi costituzionali – la dimensione di formazione sociale. In presenza di una convivenza omosessuale dotata dei caratteri, ormai comunemente individuati, affinché una relazione tra due individui possa essere qualificata *more uxorio*, la scelta di non procedere ad un'assimilazione – chiaramente con riguardo ai rapporti cosiddetti orizzontali – potrebbe apparire, a differenza di quella che nega l'accesso al matrimonio, connotata da irragionevolezza²⁰. La stessa Corte costituzionale

¹⁶ Cfr. sul problema dei valori condivisi BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 16 ss.; sulla necessità di un confronto aperto sui valori quando si affrontano temi legati alla famiglia, v. SALVI, *La famiglia tra neogiuridismo e positivismo giuridico*, in *Studi in memoria di Cantelmo*, II, Napoli, 2003, in part. p. 892.

¹⁷ FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 4a ed., Milano, 1992, p. 20 ss.

¹⁸ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 14 ss., il quale si sofferma sul «problema centrale della scienza giuridica; il problema della fondabilità conoscitiva dei valori».

¹⁹ La giurisprudenza italiana, pur essendosi occupata raramente di controversie relative alla convivenza omosessuale, ha in più di una occasione significativamente proceduto all'equiparazione della convivenza omosessuale a quella eterosessuale: (cfr. Trib. Roma, 20 novembre 1982, n. 13445, in *Temi Romana*, 1983, p. 379; Trib. Firenze, 11 agosto 1986, in *Dir. eccl.*, 1989, II, p. 367; v. anche Trib. Milano, 1 luglio 1993, in *Gius*, 1994, p. 103; Corte Assiste Torino, 19 novembre 1993, in *Riv. pen.*, 1994, p. 55; Trib. Milano, 13 novembre 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 409, con nota di Bilotta; l'annotatore dà conto di un analogo provvedimento inedito pronunciato dal Gup del Tribunale di Roma di cui ha dato notizia la stampa nell'estate del 2007 (BILOTTA, *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?*, ivi, p. 413, nota 1).

²⁰ Il ricorso, sotto il profilo argomentativo, alla ragionevolezza costituisce ormai un momento imprescindibile del giudizio di legittimità costituzionale – e, più in generale, dell'esercizio di tutte le pubbliche funzioni – nonostante le evidenti difficoltà di afferrarne con precisione il significato e la portata: cfr. PALADIN, voce *Ragionevolezza* (principio di), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 899 ss.; nonché l'ampio studio di MORRONE, *Il custode della*

di recente, sollecitata ad intervenire in ordine alla prospettata questione di legittimità costituzionale di una serie di norme del codice civile nella parte in cui non ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha esplicitamente affermato che l'unione omosessuale è annoverabile tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.²¹ Per cui ben può affermarsi che, al cospetto dell'ordinamento, la convivenza omosessuale deve essere equiparata a quella eterosessuale e che, pertanto, essa è idonea a esprimere interessi meritevoli di tutela. Il corollario è che i conviventi *more uxorio* omosessuali, oltre ad essere destinatari di tutte quelle disposizioni legislative il cui termine di riferimento soggettivo sia il convivente *more uxorio* (eccezione fatta per la richiamata norma in tema di procreazione medicalmente assistita), devono essere collocati sullo stesso piano dei conviventi eterosessuali con riferimento alle prerogative a questi ultimi riconosciute in ordine all'esplicazione dell'autonomia contrattuale al fine di regolamentare gli interessi scaturenti dalla comunione di vita²².

3. Gli interessi patrimoniali scaturenti dalla convivenza. La regolamentazione attraverso l'esplicazione dell'autonomia contrattuale.

La stabilità degli affetti e la comunione di vita che caratterizzano la famiglia di fatto non possono non comportare ripercussioni sul piano patrimoniale, nel senso di creare un legame tra due sfere patrimoniali in precedenza assolutamente distinte. La relazione affettiva determina l'intrecciarsi dei patrimoni facenti capo ai conviventi, i quali, in misura più o meno marcata, appaiono destinati a soddisfare le esigenze derivanti dal vivere insieme come coniugi. Esigenze che non solo sono espressione della necessità di soddisfare bisogni imprescindibili di vita, ma, in modo più ampio, possono ad esempio sottendere la volontà di manifestare il proprio affetto verso il *partner* mediante regali o acquisti che rappresentino un investimento nell'interesse della stabile unione. Di qui la necessità di precisare la natura e il regime applicabile alle elargizioni effettuate da un convivente all'altro per provvedere ai bisogni derivanti dalla vita in comune ovvero con l'intento di realizzare una liberalità. Si tratta ancora di accertare se il convivente che non sia stato parte del contratto di acquisto di un bene possa vantare una pretesa sul piano della titolarità o, quantomeno, sotto il profilo obbligatorio; e, inoltre, se ciò possa avvenire per il sol fatto che un bene sia stato acquistato durante la convivenza o in virtù di una contribuzione o di una collaborazione fornita.

ragionevolezza, Milano, 2001, p. 1 ss., ove si pone in luce che «dietro lo schermo della "ragionevolezza" la Corte costituzionale ricomprende una pluralità di oggetti differenti».

²¹ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Fam. dir.*, 2010, p. 653, con nota di Gattuso; in *Giur. it.*, 2011, 537, con nota di Bianchi; in *Foro it.*, 2010, I, 1361, con nota di Romboli e Dal Canto; in *Fam. pers. succ.*, 2011, 179, con nota di Fantetti; successivamente Cass., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 588, con note di Ferrari e Fiorato; in *Giur. it.*, 2013, p. 329, con nota di Marotti; in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 857, con nota di Fantetti, ha, nell'ambito della nota questione dell'impossibilità di trascrivere il matrimonio omosessuale celebrato all'estero, in un lungo *obiter* è giunta ad affermare l'esistenza di un diritto alla vita familiare dei componenti la coppia omosessuale e del diritto inviolabile di vivere liberamente la condizione di coppia.

²² Non condivisibile appare, alla luce di quanto sin qui osservato, l'opinione di Calò, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, 2000, 15, secondo cui vi sarebbe la possibilità di un'obiezione di coscienza del notaio chiamato a ricevere un accordo contrattuale tra *partners* omosessuali.

In assenza di una disciplina assimilabile a quella dettata per i coniugi, il settore dei rapporti patrimoniali palesa situazioni di debolezza bisognose di tutela, che si manifestano in tutta la loro evidenza alla cessazione della convivenza. Invero, la rottura rappresenta il momento in cui con maggiore forza emergono i nodi problematici della fattispecie, di modo che, proprio in relazione a tale momento, risulta di tutta evidenza il ruolo che può svolgere l'esplicazione dell'autonomia contrattuale.

Il contratto di convivenza è volto a dettare la regola di governo degli interessi patrimoniali scaturanti dall'instaurazione di un vincolo a forte connotazione affettiva²³. I profili di natura personale rimangono fuori dall'area della contrattualità e, qualora vengano presi in considerazione dai conviventi, pongono immediatamente l'interrogativo non solo e non tanto della validità della specifica clausola, ma della specifica incidenza sul complesso delle pattuizioni contrattuali. La consapevolezza della difficoltà – per non dire alle volte dell'impossibilità – di scindere i molteplici interessi collegati alla comunione degli affetti, ha fatto sì che la dottrina occupatasi del tema si sia sempre data carico di valutare la liceità di tali contratti alla luce del buon costume e dell'ordine pubblico, sottolineando la necessità che ogni valutazione al riguardo venga effettuata in relazione al contenuto dei singoli contratti²⁴.

Rispetto a un intervento del legislatore volto a introdurre uno statuto delle convivenze non matrimoniali, il contratto è concepito dalla dottrina, con varietà di opinioni²⁵, come strumento esclusivo, ovvero concorrente o alternativo.

Il giudizio sulla validità di un siffatto contratto è sempre stato apertamente condizionato, almeno nelle impostazioni della dottrina che in modo specifico si è occupata del tema, dalla questione degli effetti dell'obbligazione naturale e, più in particolare, dalla possibilità di attrarre il relativo adempimento nello schema negoziale attraverso l'assunzione di un obbligo di effettuarlo. Ed invero in passato un autorevole studioso, in una prospettiva concernente in via generale la possibilità di esplicitare l'autonomia contrattuale con riferimento alle obbligazioni naturali, con limpidezza di pensiero affermava che «se la *causa novandi* non è sufficiente (...) a creare sulla base di un'obbligazione naturale un'obbligazione civile, a maggiore ragione si deve ritenere che la nuova obbligazione costituita come strumento per adempiere la prima, non può essere mai un'obbligazione civile. Il negozio destinato a creare il nuovo obbligo, sarebbe irrimediabilmente un negozio senza causa perché nessuna funzione praticamente rilevabile, se si elimini quella di accertamento, potrebbe esercitare sul

²³ BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 133 ss.; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. diretto da Bonilini e Cattaneo, continuato da Bonilini, 2^a ed., II, Torino, 2007, p. 531 s.

²⁴ Oltre a FRANZONI, *op. cit.*, si veda OBERTO, voce *Convivenza* (contratti di), in *Contr. impr.*, 1991, p. 377 ss.; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 85 ss.; DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 978 ss.

²⁵ Cfr. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., p. 156 ss.; QUADRI, *Famiglia e ordinamento civile*, Torino, 1998, p. 41; TRABUCCHI, *Pas pour cette voie s'il vous plait!*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 349 ss.; PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrelevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, cit., in part. p. 144 s.; ZOPPINI, *Tentativo di un inventario per il "nuovo" diritto di famiglia: il contratto di convivenza*, in *I contratti di convivenza*, cit., p. 29; ZATTI, *Famiglia, Famillae – Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Famiglia*, 2002, I, p. 346.

rapporto preesistente»²⁶.

Tali conclusioni si inserivano in un quadro in cui l'attenzione era essenzialmente indirizzata a valorizzare e a collocare la portata delle singole regole e degli Istituti secondo una prospettiva di razionalità sistematica, piuttosto che a porre l'accento sugli interessi tutelabili al cospetto dell'ordinamento nella sua complessità. In epoca contemporanea l'impostazione della problematica deve avvenire su basi diverse, adottando una prospettiva volta a privilegiare gli interessi emergenti dal sistema, ancor più quando essi si riferiscano allo sviluppo della persona umana. Senza poi dimenticare come, nell'ambito di un dibattito colto, si sia posta in luce la necessità di guardare alla persona umana in una prospettiva unificante dei molteplici interessi inerenti all'essere, che valga a superare «l'insufficienza di una tutela esclusivamente riferita alle tecniche di azione proprie del diritto soggettivo»²⁷.

La meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso un contratto volto a «garantire» l'adempimento di doveri morali e sociali – doveri che, peraltro, in una situazione come quella del genere descritto, assumono una specifica connotazione in termini assistenziali-solidaristici²⁸ – non pare dunque poter essere messa in discussione²⁹. D'altra parte la tutela riservata, quanto meno in via indiretta alla stregua degli artt. 2 e 3, comma 2 Cost., alla libertà di stipulare donazioni³⁰ – e, dunque, di concludere un atto volto a perseguire finalità non necessariamente altruistiche e/o solidaristiche – conduce, a maggior ragione, ad attribuire piena efficacia al contratto mediante il quale venga assicurato l'adempimento del dovere morale³¹. In definitiva, anche alla luce della rilevanza assunta dagli interessi scaturenti dalla convivenza *more uxorio* sul piano costituzionale, non par dubbio sia possibile sganciare la tematica in questione da quella concernente gli effetti dell'obbligazione naturale³².

Il porre l'accento sulla meritevolezza degli interessi perseguiti rende d'altra parte privo di specifica utilità il tentativo, operato dalla dottrina che si è specificamente occupata del tema dei contratti di convivenza, di dimostrare l'autonomia della causa di

²⁶ NICOLÒ, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, c. 41 ss. Recentemente, per un'impostazione che ricalca sostanzialmente quella tradizionale, v. PROTO, *Le attribuzioni patrimoniali tra conviventi fuori dal matrimonio*, in *Fam. pers. succ.*, 2006, in part. p. 264 ss., il quale assume a base del ragionamento un presupposto ad avviso di chi scrive non condivisibile: il collocamento della convivenza da parte del legislatore nell'ordinamento extrastatuale.

²⁷ LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, in part. p. 420 ss.

²⁸ BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, XLIII, Milano, 2004, p. 107.

²⁹ V. GAZZONI, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, cit., pp. 163-164.

³⁰ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, 2^a ed., Milano, 2011, p. 77.

³¹ BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., p. 108; fa proprio quest'ordine di idee Trib. Bologna, 16 febbraio 2011, in *Fam. dir.*, 2011, p. 403, con nota di BARDARO; v. già Id., 7 agosto 2010, commentata da BALESTRA, *Contratto di convivenza, transazione e adempimento dell'obbligazione naturale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 921 ss.; in giurisprudenza sulla meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso un contratto di convivenza si è pronunciato a più riprese il Tribunale di Savona (24 giugno 2008, n. 549, in *Fam. dir.*, 2009, p. 385, con nota di ASTIGGIANO; 7 marzo 2001, in *Fam. dir.*, 2001, p. 529, con nota di DOGLIOTTI; 29 giugno 2002, in *Fam. dir.*, 2003, p. 596, con nota di FERRANDO).

³² Già in passato v. GANGI, *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 114; RESCIGNO, voce *Novazione*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 437; più di recente cfr. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, sub art. 2034, Bologna-Roma, 1981, p. 355 ss.; NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 375 ss.; SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, cit., in part. p. 144 ss.; FRANZONI, *Le convenzioni patrimoniali tra conviventi more uxorio*, cit., p. 534 ss.

detti contratti rispetto alla preesistente obbligazione naturale attraverso l'istituzione di una corrispondenza biunivoca tra la prestazione oggetto dell'obbligazione naturale e una controprestazione, giuridica o «naturale» che, al limite, potrebbe consistere nell'obbligo di effettuare il lavoro domestico³³; ciò che, nelle intenzioni dei propugnatori, servirebbe a relegare la volontà di adempiere il dovere morale e sociale sul piano dei motivi. Si tratta di una ricostruzione che, del resto, costringe a ricorrere allo schema della donazione ogniqualvolta l'esplicazione dell'autonomia contrattuale – come spesso accade, posto che nei contratti stipulati tra persone legate da un vincolo affettivo per soddisfare interessi scaturenti dal predetto vincolo la corrispettività non è, per ragioni facilmente intuibili, un obiettivo normalmente perseguito – non abbia dato luogo alla sopra descritta corrispondenza biunivoca.

In conclusione, non può trascurarsi come l'evidente utilità che per i conviventi, o almeno per quello economicamente più debole, lo strumento contrattuale presenta, si scontri con le difficoltà insite nella stessa decisione di concludere un contratto che si proponga di disciplinare situazioni a chiara connotazione affettiva, soprattutto allorquando ciò avvenga in una prospettiva di dissoluzione dell'unione. Difficoltà che sono per lo più di natura psicologica, considerato che un contratto siffatto andrebbe stipulato proprio nel momento in cui il rapporto affettivo funziona, cioè in un momento in cui si è portati a ritenere che il substrato affettivo di cui è esso è permeato impedirà il sorgere di ogni problematica o, comunque, ne consentirà il superamento senza che si creino attriti. In altri termini, il contratto – strumento tradizionalmente preposto alla risoluzione di un conflitto di interessi – dovrebbe essere stipulato in una fase – quella dell'inizio o dello svolgimento della relazione di coppia – in cui non è in atto alcun conflitto di interessi e, quindi, nella mera previsione del suo possibile profilarsi.

Lo strumento contrattuale, che è certamente da incoraggiare, rappresenta dunque – nella prospettiva di tutela essenzialmente legata al sopraggiungere della crisi del rapporto affettivo – un'alternativa all'operatività (per così dire in via automatica) delle regole del diritto patrimoniale comune. Esso consente di decretare l'emersione e, quindi, la rilevanza del rapporto affettivo – e delle sue specifiche caratteristiche – con riferimento agli interessi patrimoniali scaturenti dal predetto rapporto.

³³ OBERTO, voce *Convivenza* (contratti di), cit., p. 373 ss.; Id., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, p. 156 ss.; più di recente Id., *Contratto e famiglia*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo, vol. VI, Milano, 2006, p. 359 ss.; seguito da GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da SACCO, 2^a ed., Torino, 2008, p. 175; nonché da GREMIGNI FRANCINI, *Autonomia privata e famiglia di fatto*, in *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, a cura di Amram e D'Angelo, Padova, 2011, p. 340; addirittura ad avviso di BERNARDINI, *La convivenza fuori dal matrimonio*, Padova, 1992, p. 209, nel caso in cui un solo *partner* disponga di risorse patrimoniali, di modo che solo questi si obblighi al mantenimento, potrà presumersi l'illiceità della convenzione.

CRISI DEL RAPPORTO DI CONVIVENZA E AUTONOMIA PRIVATA

Premessa

Se è vero, in linea generale, che il tema degli accordi regolativi della convivenza pone all'interprete [quale che sia l'angolazione da cui lo si riguardi] le difficoltà tipiche di ogni fenomeno privo di disciplina normativa, il profilo specifico, affidato al mio intervento, si distingue per la sua particolare delicatezza e peculiare rilevanza.

L'esperienza notarile [dalla quale, in questa sede, è necessario muovere] insegna che la domanda di regolazione pattizia del rapporto, proveniente dei conviventi, pare accentuarsi proprio al momento, o in vista della sua dissoluzione. Ed è domanda che, assai spesso, interviene a valle di attribuzioni già realizzate durante la convivenza, e il più delle volte, intuitivamente, fondate "causalmente" su di essa.

In un intervento dedicato alla crisi delle convivenze non matrimoniali, Gilda Ferrando segnala che il momento della dissoluzione del rapporto altro non esprime che la libertà delle parti, la quale, in tale specifico ambito, trova esplicazione al di fuori di qualsiasi norma e di qualsiasi controllo del giudice.

Aggiungerei, a questo lucido rilievo, che

- mentre la scelta di costituire il rapporto implica, anche al di fuori del matrimonio, una consapevole (auto)limitazione della libertà individuale, che ben si presta a una regolazione pattizia impegnativa,

- la decisione inversa, in quanto volta a recuperare quella libertà, a prima vista parrebbe non richiedere (o a dirittura non tollerare) la determinazione negoziale di regole di comportamento.

E tuttavia, è innegabile che il bisogno di una tutela, assente sul piano normativo, assume massima evidenza proprio al momento della cessazione del rapporto; ed è pertanto in relazione a tale momento che lo strumento contrattuale è chiamato a svolgere la sua principale funzione.

Che non sarà (come avviene - viceversa - nel rapporto coniugale) integrativa, o derogatoria di una disciplina legale, applicabile in via di *default*, ma creativa di quella disciplina.

Non è un caso che il bisogno di regolazione dello sciogliersi della convivenza sia stato colto da tempo, in dottrina e giurisprudenza, in ordine all'ipotesi fisiologica e necessaria di cessazione, quella legata alla morte di uno dei conviventi: ne danno testimonianza gli orientamenti, ormai consolidatisi, relativi alla tutela risarcitoria o alla casa d'abitazione. Ed è ovvio che la stessa esigenza si riproponga, anzi accentuandosi (in ragione dell'acuirsi dei conflitti) con riguardo all'ipotesi patologica di rottura del rapporto.

Il tema assume quindi rilievo decisivo. Esso va delimitato e precisato, almeno in due direzioni.

Innanzi tutto, sottolineando come il momento di esplicazione dell'autonomia privata possa incidere significativamente sul contenuto e sul ruolo dell'accordo.

Ha ragione chi ammonisce che il contratto dovrebbe essere stipulato in una fase (quella di avvio, o di svolgimento della convivenza) in cui non è in atto alcun conflitto, o in cui, quanto meno, la contrapposizione degli interessi è attenuata.

E tuttavia, il titolo assegnatomi è abbastanza ampio da ricomprendere sia gli accordi stipulati *per* la crisi, che quelli conclusi *nella* crisi: voluti, i primi, in vista della regolazione preventiva di conflitti eventuali e futuri, i secondi al fine di regolare una situazione (e, spesso, dirimere una controversia) in atto.

Distinzione che non si riduce al rilievo (banale) della diversa scansione dell'efficacia [differita nel primo caso, attuale nel secondo], ma che sottolinea il

valore assunto dal contesto, in cui l'autonomia privata trova esplicazione: poiché è chiaro che solo l'accordo preventivo sulla crisi futura si colloca normalmente all'interno di una regolazione convenzionale più ampia, volta a disciplinare anche la fase di costanza del rapporto. Realizzando, così, pienamente la funzione antiprocessuale che l'accordo tra conviventi dovrebbe primariamente perseguire.

La seconda precisazione (che qualcuno potrebbe giudicare superflua, ma che comunque è opportuno segnalare, una volta di più, come generale criterio valutativo della regola privata, e come chiave di lettura del fenomeno assunta in questa sede) attiene al fondamento della negozialità pre-crisi: che non potrà essere inquadrato in modo diverso da quanto proposto, in linea generale, per tutti gli accordi di convivenza.

Vengono qui in rilievo le conclusioni, che la dottrina specialistica ha già raggiunto, in ordine alla giustificazione causale degli accordi stessi, e delle attribuzioni su di essi fondate: e in particolare, con specifico riguardo ai patti in vista della crisi, la possibilità/necessità di superare la prospettiva del dovere morale o sociale, ancor oggi praticata dalla giurisprudenza, per portare piuttosto l'attenzione sugli interessi posti dalle parti a fondamento delle loro determinazioni d'autonomia.

Dovremmo dire allora che il problema non è più l'indagine sulla causa *dell'obbligazione*, ma sulla causa *del contratto*: e dedurne che il richiamo alla coscienza sociale vale non tanto a fondare una valutazione di doverosità delle attribuzioni tra conviventi, quanto piuttosto un giudizio di meritevolezza degli interessi regolati pattiziamente.

E si potrebbe aggiungere [nella medesima prospettiva] che l'esito, cui la dottrina contemporanea è approdata, circa la configurabilità di una "causa familiare" idonea [nei rapporti tra coniugi] a sorreggere accordi e attribuzioni pattuiti in vista dello scioglimento del vincolo, ben si presta a essere esteso all'ambito delle convivenze non matrimoniali. Nelle quali il substrato assiologico, di cui la relazione si alimenta (la solidarietà discendente dall'affetto e dalla consuetudine di vita), consente l'individuazione di una causa "parafamiliare", sufficiente a fondare, in

termini generali, la negoziabilità pre-crisi, e destinata a trovare specificazione di volta in volta nel singolo accordo.

Se si conviene, dunque, sulla liceità degli accordi tra conviventi [data la meritevolezza degli interessi in essi dedotti], gran parte dei problemi di disciplina del rapporto, e della sua cessazione, perdono consistenza. E tutte (o quasi tutte) le costruzioni suggerite dalla dottrina [dai faticosi tentativi di tracciare i confini tra obbligazione naturale, donazione remuneratoria e liberalità d'uso, alla questione della novabilità dell'obbligazione naturale in obbligazione civile], al fine di garantire fondamento e stabilità alle attribuzioni tra conviventi, diventano superflue.

Riconosciuta, alla luce del capoverso dell'art. 1322, *sanzione giuridica* all'accordo, ha poco senso ricercare al di fuori di esso la causa di quelle attribuzioni.

Così, per fare un solo esempio, l'attribuzione al convivente debole di un assegno con cui far fronte al proprio mantenimento non dovrà più necessariamente dar luogo a un'improponibile (e anche di recente esclusa dalla giurisprudenza di legittimità [decis. n. 1277 del gennaio 2014]) novazione di un'obbligazione naturale preesistente; quanto piuttosto alla costituzione *ex novo* di un'obbligazione [civile], causalmente fondata sull'accordo stesso.

A questo punto, il compito, cui è chiamato l'interprete, sarà ricostruire la trama di interessi sottesi alla singola manifestazione d'autonomia, e valutare il rapporto in cui essi si pongono con le strutture precettive in cui si articola il regolamento.

In questa prospettiva vorrei condurre le brevi note che seguiranno: una ricostruzione del rapporto **tra** interessi perseguiti **e** regola pattizia, in cui, a ben vedere, si risolve il concetto di causa (aggiungerei "concreta", se non si ritenga di accogliere la critica serrata che a quel concetto ha dedicato, in tempi recenti, una dottrina autorevole).

L'ambito riservato all'autonomia privata e suoi strumenti

La chiave di lettura appena proposta consente, innanzi tutto, di definire *l'ambito* in cui si colloca la negozialità in vista della crisi, e il *rapporto* in cui essa si pone, rispetto agli strumenti normativamente previsti.

È naturale [o quanto meno è documentato nella prassi] che gli accordi tra conviventi [e non solo quelli conclusi in vista della cessazione del rapporto] rivelino una logica "imitativa" del modello familiare (e della sua disciplina).

Obiettivi della regola privata saranno così: assicurare all'ex-convivente debole mezzi per la conservazione del regime di vita anteriore; riconoscere il contributo del singolo alla formazione del patrimonio comune; regolare la sorte dei beni acquistati; disciplinare il diritto di abitare nella casa già comune, e via dicendo.

Ci si può chiedere, allora, se i singoli obiettivi possano essere assicurati solo attraverso strutture precettive di diritto comune. Analogamente a quanto si propone in dottrina [per la fase di costanza del rapporto] quando si suggerisce il ricorso al comodato, al contratto di mantenimento, o agli atti costitutivi del vincolo di destinazione patrimoniale ex 2645 ter.

Ora, è evidente che determinati effetti [e penso, ovviamente, all'opponibilità e alla segregazione patrimoniale, previste in quest'ultima norma] non potranno raggiungersi, se non con l'impiego dello schema tipico: ma ciò, per il banale rilievo che si tratta di effetti in danno dei terzi, come tali non conseguibili in forza del contratto.

Quando però gli effetti dell'accordo siano destinati a operare esclusivamente *inter partes*, mi chiedo se non sia possibile, in forza del valore socialmente (e per taluni aspetti - ormai - anche giuridicamente) riconosciuto alla convivenza non matrimoniale, riconoscere la tipicità sociale della negozialità tra conviventi; e di conseguenza, fondare liceità ed efficacia di impegni e attribuzioni direttamente

sull'accordo in quanto sorretto dalla *causa familiare* ampiamente intesa.

Ciò vale, in primo luogo [e dato l'uditorio di oggi], per le attribuzioni immobiliari: che nell'ambito della crisi coniugale (e del relativo accordo) hanno trovato ormai sufficiente inquadramento, sia in dottrina che in giurisprudenza, grazie agli schemi dell'atto solutorio [o al più novativo e solutorio] degli obblighi legali di mantenimento.

Per tali attribuzioni sembra possibile, nel diverso quadro normativo [o se vogliamo nel difetto di regolazione normativa] che caratterizza la crisi della convivenza non matrimoniale, fondare analoghi obblighi di dare e connessi adempimenti traslativi sull'impegno contrattualmente assunto e sorretto dalla causa parafamiliare, considerata come causa sufficiente dell'attribuzione.

Problema del tutto simile a quello sorto, in tempi recenti, con riguardo al trasferimento strumentale alla destinazione di cui all'art. 2645 ter, e analogamente risolto in termini di valutazione dell'interesse perseguito.

Ovviamente, gli ultimi rilievi aprono il tema [al quale mi limito a dedicare qualche cenno] dei limiti di rilevanza dell'interesse familiare, come *causa dell'attribuzione*. Qui si tocca il profilo forse più arduo del problema qualificatorio: che, in passato, ha indotto la dottrina al reiterato tentativo di tracciare (si noti: in mancanza di un regolamento pattizio tra le parti) i criteri di distinzione tra attribuzioni fondate sulla convivenza e liberalità.

Di qui il ricorso a categorie come, ancora una volta, il dovere morale o sociale, ovvero la "conformità agli usi", e la costruzione dell'uso non come connesso alla specifica ricorrenza, ma come dipendente dal tipo di relazione esistente tra i soggetti.

L'esigenza (comprensibile) è sottrarre le attribuzioni tra conviventi [ma nei medesimi termini, anche quelle tra coniugi] sia al requisito di forma della donazione, che alla disciplina materiale delle liberalità [disapplicandosi, a quelle "d'uso", istituti quali la revocazione, l'imputazione *ex se*, la riduzione, e la collazione].

Il problema, dicevamo, è individuare un limite oltre il quale l'interesse che trae origine nella convivenza e che giustifica il fine di assicurarne lo svolgimento prima, e alleviare le conseguenze della cessazione poi, lascia il posto al puro interesse a donare.

Qui credo soccorra il raffronto (in tempi recenti suggerito da Giacomo Oberto) con la disciplina e la prassi giurisprudenziale relativa al rapporto coniugale e agli accordi di separazione: e che dunque sia possibile, alla stregua di quei modelli, una verifica in concreto di quale sia l'interesse che l'attribuzione intende realizzare, anche alla stregua di parametri quantitativi.

Nella nostra prospettiva [che è quella della regolazione convenzionale della crisi], il dubbio investe la possibilità per le parti di qualificare preventivamente o *a posteriori*, il titolo dell'attribuzione: che dovrebbe tradursi in un'accordo configurativo o ricognitivo della causa del contratto e delle attribuzioni che da esso discendono (con tutti i limiti che l'una e l'altra figura porta con sé).

La funzione dell'accordo

Se si ritiene di accogliere questa prospettiva, il criterio ermeneutico fornito dal rapporto tra interessi e struttura precettiva, consente di approfondire l'analisi di funzione, segnalando una possibile alterazione del fine tipico dell'accordo in vista della crisi.

Se è vero infatti che esso mira direttam e [*potremmo dire*] "fisiologicam" a regolare le conseguenze della rottura della convivenza [considerata come scelta per sua essenza totalmente libera e autonoma];

non può escludersi che esso venga piegato a un'indiretta [e anomala] funzione incentivante/disincentivante la decisione in merito alla prosecuzione del rapporto.

In entrambi i casi, trattandosi di accordo in vista di una vicenda futura e

incerta, la fine della convivenza sarà costruita come evento condizionante l'efficacia della regola.

Ma, nel primo caso, si tratta di *regola* volta a disciplinare la sorte delle attribuzioni pregresse e/o provvedere alle conseguenze negative del venir meno della convivenza (schema sostanzialmente imitativo delle regole che disciplinano la separazione tra coniugi): e conseguentemente l'*evento* viene assunto come mero presupposto di fatto della vigenza della disciplina pattizia.

Nel secondo caso, la *regola* è diretta ad attribuire un vantaggio patrimoniale, e l'*evento* è configurato come causa della mancata acquisizione o della mancata conservazione di tale vantaggio

Tanti anni fa (tentando di criticare la costruzione di Angelo Falzea del rapporto tra condizione negoziale e interessi delle parti) avevo proposto di distinguere:

- i casi in cui alla condizione è affidato il compito di accertare il concretarsi del conflitto di interessi che il contratto intende disciplinare [controllo della base negoziale]
- dalle ipotesi (tipicamente ricorrenti nelle attribuzioni liberali), in cui essa funge da meccanismo premiale.

Da quella distinzione la dottrina successiva ha tratto spunto per elaborare la categoria delle "promesse premiali" (ovvero per rivisitare concetti che Gino Gorla aveva importato nel nostro sistema dal *common law* - con l'immagine delle promesse condizionate a una prestazione - già molti anni prima).

Nel nostro ambito, la distinzione torna utile per orientare la valutazione di liceità dell'accordo: che in linea di principio (salvo quanto dirò tra un istante) dovrà negarsi, ogni qual volta essa si traduca nella patrimonializzazione di una scelta che non tollera condizionamenti di ordine economico (e che infatti giurisprudenza e dottrina negano radicalmente possa costituire fonte di responsabilità).

Il contenuto dell'accordo

Poche parole ancora, sui possibili contenuti dell'accordo pre-crisi.

Nella maggior parte dei casi, esso detterà la disciplina delle conseguenze patrimoniali dello scioglimento essenzialmente in tre direzioni:

- prevedendo la sorte dei beni acquistati in comune;
- regolando il rilievo di attribuzioni (sia di beni che di lavoro) già effettuate;
- o disponendo attribuzioni nuove per il futuro.

Anche qui viene in rilievo il rapporto tra contenuto della regola e interesse perseguito.

Semplificando al massimo la descrizione degli effetti potremmo ridurre la fenomenologia a due tipi:

1. da un lato, gli accordi che ricollegano alla cessazione del rapporto un incremento patrimoniale per una delle parti
2. dall'altro, gli accordi che viceversa vi ricollegano un depauperamento [il che nella quasi totalità dei casi consisterà nella perdita di attribuzioni patrimoniali acquisite in costanza di rapporto].

A prima vista, su tale contrapposizione di effetti si potrebbe esser tentati di fondare direttamente la valutazione di liceità.

La prima categoria, in quanto tipicamente finalizzata ad ovviare al deterioramento delle condizioni di vita dell'ex convivente, e/o a riconoscere il valore dell'apporto da questi prestatto ai bisogni della vita di coppia (a imitazione degli strumenti che perseguono gli stessi fini nell'ambito della crisi coniugale), dovrebbe ritenersi senz'altro coerente con la solidarietà che connota la convivenza e su quella causa parafamiliare di cui sin qui s'è parlato.

La seconda categoria, collegando all'interruzione del rapporto un decremento patrimoniale, potrebbe ritenersi intrinsecamente illecita in quanto tipicamente realizzativa del meccanismo premiale/penale appena illustrato, e dunque incidente

sulla decisione relativa alla fine del rapporto.

La realtà è, invece, più complessa, in quanto lo schema effettuale appena descritto (decremento patrimoniale alla cessazione della convivenza) si presta a regolare, altresì, il regime delle restituzioni.

Il tema è stato oggetto di una celebre decisione di legittimità (intervenuta, a dire il vero, su di una vicenda fortemente connotata sul piano del fatto), che ha liquidato il problema in termini di nullità degli atti (qualificati come donazioni) per difetto di forma e che il primo commentatore ha giudicato a dirittura come un ritorno al Medioevo.

Se si trasferisce l'analisi dal piano della struttura a quello della funzione, e si convenga nel riconoscere l'*affectio*, che connota la relazione di vita, come causa idonea a giustificare autonomamente (pur se entro i limiti in precedenza segnalati) la stabilità dell'attribuzione, al giudizio di invalidità potrà sostituirsi una valutazione di inefficacia (o di caducazione degli effetti) connesso al venir meno della base negoziale oggettiva, intesa come concreta situazione di interessi che giustifica l'operatività della regola pattizia.

Ovviamente, la valutazione non potrà prescindere dalla natura degli interessi in gioco.

Ma su questo piano gli esempi non sono difficili.

Si pensi al gioiello, o all'orologio di grande pregio, appartenuti a un genitore del convivente, e da questi attribuiti (uso volutamente un termine neutro) all'altro, che successivamente decida di interrompere la relazione.

La validità di un patto relativo alla loro restituzione, non credo potrebbe seriamente mettersi in dubbio, se appena si proceda alla ricognizione degli interessi rilevanti coinvolti nella vicenda.

Autonomia privata parafamiliare e disciplina normativa

Questa brevissima indagine, come l'intera nostra giornata di studi, pongono all'attenzione dell'interprete la regolazione convenzionale delle convivenze non matrimoniali.

Resta da chiedersi, con specifico riguardo alla negozialità pre-crisi, (come, sul piano generale, si è costantemente domandata la dottrina occupatasi degli accordi di convivenza) quale sia il rapporto tra regola pattizia e disciplina normativa: valutando, in altri termini, se e in che misura un fenomeno a forte connotazione personale (vorrei dire, impiegando forse impropriamente una celebra formula, un "fatto di sentimento") se tale fenomeno possa divenire oggetto di una regolazione eteronoma e (magari) imperativa.

Devo osservare, da non specialista della materia, che la lettura dei contributi specifici testimonia di una diffusa istanza di intervento del legislatore. E ciò in singolare controtendenza, rispetto a quanto sostenuto da tutti con riguardo al rapporto (e alla crisi) coniugale.

Mi torna in mente una serie di interventi (collocati sul finire degli anni Novanta dello scorso secolo), taluni dei quali fortemente influenzati dal pensiero del femminismo giuridico nordamericano, volti a incentivare la contrattualizzazione delle relazioni di coppia (auspicata in primo luogo, tra coniugi), come reazione al paternalismo legislativo e di riallocazione del potere tra sessi. Di qui l'affermata liceità di accordi anche a contenuto non patrimoniale, volti a dirittura a derogare pattizamente alle regole in tema di fedeltà o coabitazione.

A quel tempo, mi ero sentito di levare un monito contro la "mistica" del contrattualismo (già difficilmente concepibile con riguardo agli aspetti personali, ma comunque) estremamente rischiosa nella sua applicazione anche ai profili patrimoniali di rapporti, come quelli tra coniugi, spesso contraddistinti da una rilevante asimmetria di potere contrattuale.

Oggi mi sento di riproporre (dato il contributo dato a suo tempomalla

teorizzazione del contratto asimmetrico) quell'avvertenza, e quindi di sottoscrivere l'istanza di intervento normativo nella materia delle convivenze non matrimoniali. A patto che si tratti di un intervento volto a tracciare uno statuto minimo del rapporto e dunque limitato a garantire un nucleo di diritti e obblighi fondamentali (nella direzione in cui sembrava orientarsi il testo recentemente oggetto di discussione parlamentare), laddove fa discendere dal fatto della convivenza unicamente un'obbligo di natura alimentare.

Quasi a rivendicare [ricordando Jemolo], anche al fenomeno delle convivenze non fondate sul matrimonio, la natura di isola che il diritto "può lambire, ma lambire soltanto".

Al di là di questo statuto minimo, credo [e con questo concludo] che qualsiasi scelta, in ordine alla disciplina patrimoniale di un rapporto che si fonda su decisioni personalissime e quasi "intime", debba essere lasciata alla libera determinazione delle parti: ivi compresa quella di sottrarre la relazione a qualsiasi vincolo giuridico ulteriore. Per garantire (parafrasando un'altra formula nota) oltre al diritto di avere diritti, anche la libertà di non averne.

Prima di porre un problema di *cause suffisante* il “nostro” accordo pone una questione di *cause juste et raisonable*, di ricerca di un elemento che assegni con certezza rilevanza giuridica alla relazione, sollevandola dalla mera fattualità della condivisione di spazi, che, invero, può connotare coabitazioni che nessun effetto giuridico intendono produrre (così, ad esempio, le coabitazioni tra studenti) o che trovano disciplina giuridica per mezzo di accordi contrattuali riconducibili agli schemi tradizionali dello scambio (coabitazione tra persone anziane allo scopo della divisione delle spese).

In questa prospettiva, in assenza di operazioni economiche sottostanti – l'accordo intende, infatti, assegnare giuridica rilevanza a una relazione di vita, espressione della personalità individuale in una dimensione sociale –, il dato formale assume rilevanza significativa proprio sotto il profilo della comune volontà dei conviventi di assegnare alla relazione rilevanza giuridica, fissando, peraltro, quando di data certa, l'inizio della stessa.

La collocazione, corretta quanto ormai pacifica, della convivenza nell'ambito delle formazioni sociali riconosciute dall'art. 2 Cost. – che peraltro, come ben affermato da attenta dottrina, la esclude dal novero dei rapporti di fatto – consente di riconoscere rilevanza giuridica a tale accordo, munito, peraltro, di *cause suffisante* a escludere la rigidità formale della donazione, per mezzo dell'art. 1322, comma 2, c.c.

Certamente meritevole di tutela, in quanto espressivo di una modalità di svolgimento della personalità individuale, il contratto di convivenza, al quale difficilmente si ricorre – come ben scritto da attenti studiosi – nella fase fisiologica dell'inizio del rapporto, ha, innanzitutto, il pregio di fissare nel tempo l'inizio di una relazione che, proprio per scelta delle parti, nessun evento sacramentale segna. La stipula del patto (avente data certa) innanzitutto fissa nel tempo l'inizio della relazione, soddisfacendo l'esigenza, quanto meno probatoria, di certezza dell'esistenza di un vincolo tra le parti. Già soltanto la fissazione del dato temporale assume rilevanza nella fattispecie di riferimento, servendo, anche in assenza di altre pattuizioni, a riconoscere l'esistenza di una relazione di vita tra due individui – e, a questo punto, davvero del tutto irrilevante diventano il sesso, l'età o le condizioni di salute dei medesimi – idonea a far sorgere, in testa a ciascuno doveri morali e (proprio con riferimento all'art. 2 Cost.) sociali riproduttivi in qualche modo di quelli che a carico dei coniugi discendono dal matrimonio, almeno sotto il profilo patrimoniale¹.

¹ Per tali effetti il contratto potrebbe essere sostituito da registri pubblici, tenuto dalla pubblica amministrazione o da pubblici ufficiali in regime di diritto privato, nei quali annotare, soltanto al fine di conferire data certa, l'inizio della relazione, su concorde dichiarazione dei conviventi.

In questa prospettiva assume particolare rilevanza, la doverosità dell'assistenza materiale e morale e quella della contribuzione alla soddisfazione dei bisogni di ciascuno nello svolgimento della relazione, in quanto fondati sull'appartenenza volontaria del singolo individuo a una formazione sociale giuridicamente rilevante.

La formalizzazione dell'accordo è manifestazione della volontà di assumere sul piano giuridico la relazione: la *forma juris*, ricorrendo una "causa debole" – almeno sotto il profilo patrimoniale – sostiene la manifestazione di volontà assegnando a essa rilevanza giuridica senza che occorra alcun particolare "intreccio" patrimoniale. L'atto pubblico, infine, potrebbe assolvere alla ulteriore funzione di ben richiamare l'attenzione dei conviventi sull'importanza dell'atto e sulle conseguenze giuridiche che ne derivano, riconducibili a quelle ben messe in luce dalla Corte di Cassazione, che, riprendendo antica tradizione giurisprudenziale - sebbene maturata in relazione al concubinato - già alla fine del 1800, dopo aver premesso che *"le unioni di fatto, quali formazioni sociali che presentano significative analogie con la famiglia formatasi nell'ambito di un legame matrimoniale e assumono rilievo ai sensi dell'art. 2 Cost., sono caratterizzate da doveri di natura morale e sociale di ciascun convivente nei confronti dell'altro, che si esprimono anche nei rapporti di natura patrimoniale"*, ha statuito che *"le attribuzioni patrimoniali del convivente more uxorio alla compagna durante la convivenza costituiscono adempimento di doveri morali e sociali, che trovano la loro regolamentazione nell'art. 2034 del codice civile, che disciplina le obbligazioni naturali, le quali determinano, come effetto, la soluti retentio, ovvero l'impossibilità di ottenere la ripetizione di quanto spontaneamente pagato, a condizione che la prestazione risulti adeguata alle circostanze nonché proporzionata all'entità del patrimonio e delle condizioni sociali del solvens"* (Cass. civ. Sez. I, 22/01/2014, n. 1277).

In questa prospettiva, la formalizzazione dell'inizio della relazione di convivenza, in primo luogo aiuta, almeno sotto il profilo processuale, a ricostruire le vicende patrimoniali che possono darsi nel corso del suo svolgimento; essa segna l'avvio di un rapporto interpersonale cui s'intende attribuire rilevanza giuridica, sollevando l'interessato, nel momento della crisi, dal ponderoso onere di provarlo per vederne discendere le conseguenze che la Corte di legittimità correttamente a essa riconduce.

E', tuttavia, evidente che i "doveri morali o sociali" di cui all'art. 2034 c.c. non possono trovar fonte nel patto, cessando altrimenti di essere tali, ma è altrettanto evidente che nella fase iniziale di svolgimento della relazione, e per tutta la sua durata ove mai sopraggiunga crisi del rapporto, i conviventi saranno spesso poco inclini all'assunzione di specifiche obbligazioni, che, in quanto avvinte da un nesso di reciprocità, almeno astratta, ben si sosterebbero causalmente.

La strada segnata dalla Corte di Cassazione, sebbene con riguardo a relazione non formalizzata in accordo, dovrebbe poter essere conservata pur nella ricorrenza di un patto, occorrendo, per questo, che il patto non si esprima per mezzo dell'assunzione di

obbligazioni, manifestando differente profilo di efficacia. Il patto obbligatorio non riuscirebbe a rappresentare sul piano formale la realtà degli interessi che i conviventi intendono tutelare (e che, non a caso, nel matrimonio sono tutelati dalla legge): tali interessi dinamicamente maturano nel quotidiano svolgimento della relazione e non riuscirebbero facilmente a essere cristallizzati dall'atto che ne documenta l'inizio. La fonte della doverosità morale e sociale, che a sua volta giustifica e regge le attribuzioni patrimoniali che dovessero tra i conviventi intervenire durante lo svolgimento della stabile relazione, è appunto nel suo stesso svolgersi ed è a esso che l'accordo deve riferirsi.

Il piano di efficacia più idoneo a dar soddisfazione agli interessi coinvolti è quello c.d. "impegnativo", cui la dottrina ha fatto ricorso per spiegare una modalità di produzione delle conseguenze giuridiche dell'accordo diversa da quelle tradizionali dell'efficacia traslativa e dell'efficacia obbligatoria.

La categoria è stata utilizzata per spiegare i c.d. negozi di configurazione, accordi contrattuali che impegnano le parti ad assegnare rilevanza giuridica, nella forma e per gli effetti identificati nel contratto, a fatti o atti destinati a prodursi in futuro tra loro. Le parti, in altri termini, configurando lo svolgimento di un futuro rapporto tra loro, non assumono immediatamente obbligazioni ma si vincolano ad assumere sul piano giuridico i futuri accadimenti, fattuali o volontari, che si daranno in relazione al rapporto disciplinato per gli effetti ch'esse stesse individuano e che si produrranno al verificarsi degli eventi "configurati".

Questo profilo di efficacia ben sembra dar risposta alle esigenze dei conviventi. Il patto tra loro stipulato dovrebbe assumere rilevanza programmatica, configurando i fatti (la prosecuzione della stabile convivenza o il suo svolgimento secondo determinate modalità) e gli atti (i singoli atti giuridici dai quali si vuole derivino effetti per il convivente) al verificarsi dei quali si produrranno gli effetti giuridici perseguiti dai contraenti. Con il patto di convivenza, i contraenti disciplinano, per gli effetti patrimoniali che intendono ottenere, lo svolgimento della relazione destinata a svolgersi tra loro, assegnando alla combinazione di eventi contemplata nel contratto la rilevanza giuridica di fatto causativo.

Gli effetti patrimoniali che si possono veder realizzati nel corso della convivenza sono innanzitutto quelli diretti a garantire la stabilità delle attribuzioni che dovessero volontariamente darsi tra i conviventi, al fine di assicurarne l'irripetibilità, sollevando ciascuno dagli oneri formali della donazione.

Non pare ripetibile, proprio in considerazione della sua eccezionalità rispetto alle ordinarie regole di acquisto, l'automaticità del regime legale della comunione tra coniugi,

dependente esclusivamente dal matrimonio, per cui non paiono legittime clausole che assegnino al fatto giuridico “acquisto di un bene da parte del singolo convivente” l'effetto, ulteriore, di determinare l'automatico incremento, *pro quota*, del patrimonio dell'altro. Forse praticabile, al contrario, la clausola che impegni ciascun convivente a non acquistare da solo da terzi, così autolimitando la propria autonomia negoziale attraverso una disposizione che assegni, per ciascun convivente, efficacia produttiva dell'acquisto soltanto all' “atto” congiunto” dei conviventi, rendendo la modalità “reale”.

Il contratto potrebbe, poi, disciplinare, programmaticamente, la divisione futura del patrimonio comune alla cessazione della relazione di convivenza, impegnando, altresì, il convivente superstite, per il caso in cui la cessazione derivi dalla morte di uno dei due, a proseguire, almeno per un certo, tempo ad assolvere ai doveri morali e sociali maturati nei confronti degli eredi.

Più spinosa la valutazione dell'eventuale regolamentazione pattizia dei rapporti successori che deve, evidentemente, essere oggetto di valutazione anche con riguardo al divieto di cui all'art. 458 c.c. La categoria dei negozi *post mortem*, ma soprattutto di quelli *trans mortem* potrebbe costituire un ottimo punto di riferimento, passando attraverso lo schema dispositivo generale di cui all'art. 1412 c.c.

La riforma in materia di filiazione e le ricadute nel diritto delle successioni.

1. L'inizio di un'evoluzione.

Nella prima metà del secolo scorso, nel definire i figli nati fuori dal matrimonio, si usava il termine *figli illegittimi*: il tema era scandaloso, nel contesto di una diffusa disapprovazione sociale delle relazioni extraconiugali. Nei testi giuridici dell'epoca si leggeva:

*“Il diritto protegge lo stato di famiglia, ed assicura alla prole legittima i suoi diritti, elevando una presunzione di paternità legittima pei figli nati nel matrimonio. Ma la debolezza dell'umana natura spiega i frutti della colpa, ed accanto ai figli legittimi pongonsi quelli, che nascono da illegittimi amori, cioè i figliuoli naturali. Il diritto non dee proteggere e favorire illecite unioni, riprovate dal costume, ma dee garantire la condizione dei figli naturali di fronte ai genitori. L'umana volontà dee rimanere razionalmente responsabile delle proprie azioni, e se la morale impone dei doveri ai genitori naturali, il diritto non dee assolutamente lasciare all'arbitrio dei genitori l'adempimento dei debiti sacri verso infelici, venuti al mondo per effetto di una colpa.”*¹

Ma già l'Assemblea Costituente, negli anni tra il 1946 ed il 1948, assumeva un atteggiamento più flessibile. La famiglia fondata sul matrimonio resta un valore assoluto, degno della più alta protezione, ma la posizione dei figli nati fuori dal matrimonio, nel terzo comma dell'art. 30, inizia ad avere una tutela di rango costituzionale: *“La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e morale compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima.”*

Si percepisce chiaramente una scala di valori, e quindi una tutela più netta (per i membri della famiglia legittima) ed una più sfumata (per i figli nati fuori dal matrimonio) ma comunque affermata e garantita.

In quell'epoca, e cioè tra il 1942 ed il 1975, il Codice Civile conteneva ancora norme e principi tipici di una famiglia patriarcale. Nel maggio del

¹ F. FILOMUSI GUELFÌ, *Diritto ereditario*, Terza edizione, Roma, 1885, § 72 e 77.

1975, con la legge 151, si ha una prima vera rivoluzione del diritto di famiglia; ai nostri fini ricordiamo che sparisce il termine *figlio illegittimo* che è sostituito con *figlio naturale*, e si assiste ad una *tendenziale equiparazione* nei diritti del figlio naturale nei confronti del proprio genitore, rispetto ai diritti riconosciuti al figlio legittimo.

Restano però diversi residui discriminatori: i figli naturali non acquisiscono vincoli o rapporti giuridici con i parenti del genitore, persiste l'istituto della cd. commutazione, e la revocazione delle donazioni avviene solo per la sopravvenienza di figli legittimi.

Nel 2000 a Strasburgo viene proclamata la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (la cd. *Carta di Nizza*), sintesi dei principi ai quali deve attenersi il diritto comunitario, nella quale si riconoscono i più alti diritti, tra i quali v'è quello dell'uguaglianza o non discriminazione. Con un'espressione di rivoluzionaria modernità questa Carta ci insegna, all'art. 21, che “*È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.*”. Principio ricollegabile a quanto si afferma nell'art. 24: “*In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente.*”

L'eliminazione delle discriminazioni fondate sulla nascita può dirsi oggi tendenzialmente compiuta con la legge 10 dicembre 2012 n. 219, entrata in vigore il giorno 1 gennaio 2013, e successivamente completata con Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154².

² Per un approfondimento sul percorso storico giuridico che ha portato alla fondamentale riforma cfr M. BIANCA, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella L. n. 219 del 2012*, in *Giustizia Civile*, 2013, 5-6, p. 205 ss.

La riforma si struttura intorno a tre pilastri normativi:

1. Il novellato art. 74 del codice civile, nei termini seguenti: *La parentela è il vincolo tra le persone che discendono da uno stesso stipite, sia nel caso in cui la filiazione è avvenuta all'interno del matrimonio, sia nel caso in cui è avvenuta al di fuori di esso, sia nel caso in cui il figlio è adottivo. Il vincolo di parentela non sorge nei casi di adozione di persone maggiori di età, di cui agli articoli 291 e seguenti.*
2. Il nuovo testo dell'art. 315, che funge da *slogan* paradigmatico della riforma: *«Art. 315 (Stato giuridico della filiazione). - Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico».*
3. L'estensione degli effetti del riconoscimento del figlio - art. 258 - in base al quale *“Il riconoscimento produce effetti riguardo al genitore da cui fu fatto e riguardo ai parenti di esso”.*

Come spesso accade, il *comune sentire* della collettività si traduce in modifiche al tessuto normativo. Mi riferisco ai fenomeni della convivenza e alle cd. famiglie ricomposte. La centralità della famiglia legittima convive con un codice civile nel quale la filiazione, quand'anche avvenuta al di fuori del matrimonio, genera un rapporto che crea diritti e doveri del tutto equivalenti: non è poco, considerando la lettura del fenomeno che veniva data nella prima metà del novecento.

Trovandoci nel centro del dibattito sulle evoluzioni sociali e normative, in tema di figli, convivenza, riconoscimento delle unioni omosessuali, ecc., è opportuno ricordare che se, per un verso, l'art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea vieta le discriminazioni (anche se fondate sulle tendenze sessuali), per altro verso, la nostra Carta Costituzionale, all'art. 29, attribuisce una rilevanza centrale alla famiglia fondata sul matrimonio³. Ma questo argomento, estremamente delicato,

³ Sul confronto tra art. 29 e 30 Cost. alla luce della Riforma del 2012 M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, I, p. 1 ss.

richiederà ulteriori riflessioni in futuro, anche all'esito dei lavori che stanno prendendo corpo nel Parlamento.

2. Le ricadute della riforma nell'ambito successorio.

Meritano segnalazione⁴:

- l'estensione dei rapporti successori con i parenti del genitore;
- una riflessione sul concorso, nella successione legittima, dei fratelli del de cuius (art. 570 c.c.);
- l'indubbia estensione al fratello naturale, in tema di rappresentazione, della posizione di rappresentato;
- l'estensione all'ascendente naturale della qualifica di legittimario;
- l'abrogazione del diritto di commutazione.

Prima della riforma, i parenti del "genitore naturale" non avevano alcun rapporto giuridico, nell'ambito successorio, con il figlio di quest'ultimo. Ma la riscrittura degli artt. 74, 258 e 315 del codice civile ha determinato un radicale cambiamento di prospettiva⁵.

Provando ad esemplificare, se Tizietto è figlio naturale di Tizio e Tizia (entrambi premorti) e viene a mancare, in assenza di testamento, essendo celibe e senza discendenti, il fratello di Tizio (o di Tizia) avrà diritto a succedergli *ab intestato*. Altri esempi che possono aiutare a meglio comprendere la portata della riforma⁶ sono quelli:

⁴ Nelle considerazioni che seguono si useranno più volte termini e denominazioni che la riforma ha inteso sfumare o eliminare, e quindi si farà spesso riferimento a figli legittimi e naturali, a fratelli naturali, per contrapporli ai fratelli legittimi: queste forzature nel linguaggio sono utili per chiarire meglio alcuni concetti.

⁵ F. DELFINI, *Riforma della filiazione e diritto successorio*, in *Corriere Giur.*, 2013, 4, p. 545 ss ricorda l'evoluzione della materia, che ha avuto inizio con la "celebre sentenza additiva (di accoglimento), redatta da Luigi Mengoni, n. 184 del 12 aprile 1990, con la quale la Corte aveva dichiarato <l'illegittimità costituzionale dell'art. 565 del codice civile, riformato dall'art. 183 della legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), nella parte in cui, in mancanza di altri successibili l'infuori dello Stato, non prevede la successione legittima tra fratelli e sorelle naturali, dei quali sia legalmente accertato il rispettivo status di filiazione nei confronti del comune genitore>". L'introduzione dei fratelli naturali quali successibili *iure sanguinis* dopo i parenti legittimi di sesto grado e prima dello stato è, nel tempo, stata ritenuta insoddisfacente e riduttiva; la sentenza ha però avuto il merito di riconoscere, per la prima volta, rapporti successori verso i parenti naturali diversi dal genitore.

⁶ C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, in *Notariato* 2014, 2, p. 139

- della successione *ab intestato* di Tizio, al quale sopravvivono il coniuge ed un “fratello naturale riconosciuto”. Prima della riforma non c’era concorso, e l’eredità era interamente devoluta al coniuge: ora si avrà – in applicazione dell’art. 582 c.c. – la devoluzione per due terzi al coniuge e per un terzo al fratello naturale riconosciuto;
- della successione *ab intestato* di Tizio, al quale sopravvivono i propri genitori ed un “fratello naturale riconosciuto”. Secondo la lettura del codice ante riforma, Tizio non annoverava tra i suoi successori il fratello naturale; ora, invece, in applicazione dell’art. 571, il fratello naturale/unilaterale concorre con i genitori;
- della successione *ab intestato* di Tizio, al quale sopravvivono un fratello naturale ed uno zio. Prima della riforma, in assenza di diritti successori in favore del fratello naturale, l’eredità era interamente devoluta allo zio. Ora accade esattamente l’opposto: in applicazione del principio per il quale il parente prossimo esclude il più remoto, l’eredità è interamente devoluta al fratello naturale.

La seconda segnalazione⁷ riguarda l’ipotesi di successione *ab intestato* di Tizio, al quale sopravvivono unicamente un fratello legittimo ed un fratello naturale. In precedenza, l’eredità era interamente devoluta al fratello legittimo, in assenza di diritti successori per il fratello naturale. Ora si ha una forma di concorso disciplinata dall’art. 570 comma secondo (norma di non agevole lettura in passato, che ora spiega appieno il suo significato: i fratelli e le sorelle unilaterali hanno diritto a conseguire la metà della quota che conseguono i fratelli germani; quindi al fratello legittimo spettano i due terzi dell’eredità, al fratello naturale/unilaterale spetta un terzo).

Veniamo ora al diritto di rappresentazione. L’art. 468 indica i soggetti che possono essere rappresentati, e cioè quei soggetti che, qualora non possano o non vogliano venire alla successione, trasmettono *jure repraesentationis* i loro diritti ai discendenti. Il Codice, sul punto, non ha subito modifiche, ed indica i *fratelli e sorelle del defunto*. Non v’è dubbio alcuno che, dopo la

⁷ C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, cit., p. 139 s.

riforma, anche il fratello naturale rinunziante trasmette ai discendenti i suoi diritti alla successione. Se Tizio muore e a lui sopravvivono il fratello Caio, che rinuncia avendo un figlio di nome Caietto, ed uno zio, l'eredità è devoluta interamente a Caietto.

Com'è stato segnalato in dottrina⁸ la riforma ha comportato la modifica dell'art. 536, norma che elenca i soggetti ai quali la legge riconosce il diritto ad una quota di legittima. Prima del 2013, nell'elenco erano presi in considerazione gli *ascendenti legittimi*. Ora l'aggettivo scompare: anche l'ascendente *naturale* entra a far parte del novero dei legittimari. Credo si possa concordare sul fatto che, se il genitore ha compiuto il riconoscimento, il suo diritto sull'eredità del figlio possa essere equiparato al genitore di un figlio legittimo. Quindi il genitore naturale se concorre con il coniuge ha diritto ad un quarto dell'eredità (art. 544 c.c.), in assenza del coniuge, ha diritto ad un terzo (art. 538, comma 1)⁹.

L'ultima segnalazione concerne la modifica dell'art. 537 del codice civile¹⁰, e quindi il venir meno del diritto di commutazione¹¹: questo diritto, potestativo ma sottoposto a controllo giudiziale, che aveva il figlio legittimo nei confronti del figlio naturale (di escluderlo dalla comunione ereditaria) rappresentava una discriminazione, ed è stato soppresso, accogliendo gli inviti che la dottrina aveva già in passato rivolto al legislatore¹². Si trattava di un diritto che ha avuto scarsa fortuna (nel senso di scarsa applicazione),

⁸ V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, in *Famiglia e Diritto*, 2014, 5, p. 497 ss.; C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, cit., p. 140.

⁹ E' un po' meno comprensibile l'estensione dello status di legittimario al "nonno naturale" (qualora quest'ultimo sopravviva al "genitore naturale"). Non è questa la sede per approfondire l'attualità del limite posto dalla successione necessaria all'autonomia del testatore o del donante. Da più parti si è sottolineata l'esigenza di una riscrittura delle norme a tutela dei legittimari, per circoscriverne la portata. La riforma, sul punto, ha portato ad un allargamento della cerchia dei possibili legittimari: si tratta di una scelta legislativa sulla quale le opinioni possono divergere. Con toni critici sull'estensione legislativa della legittima agli ascendenti naturali cfr. V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit.

¹⁰ il terzo comma dell'art. 537 – ora soppresso – si esprimeva in questi termini *I figli legittimi possono soddisfare in denaro o in beni immobili ereditari la porzione spettante ai figli naturali che non vi si oppongano. Nel caso di opposizione decide il giudice valutate le circostanze personali e patrimoniali.*

¹¹ Sul punto ampiamente M. CINQUE, *Profili successori nella riforma della filiazione*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2013, 12, p. 657 seguenti (in particolare nel par. 6); V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit.,

¹² G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Quarta Edizione, Torino, 2006, pag. 21. Del resto lo stesso L. MENGONI, in *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, in tratt. Cicu Messineo, Sesta Edizione, Milano, 1999, p. 74 e ss, già in precedenza parlava di norma residuale a tutela degli interessi della famiglia legittima.

anche sotto il vigore della norma ora abrogata, e che – per unanime opinione dottrinale¹³ – non era estensibile alla successione testamentaria. Si osservava che se il testatore aveva attribuito al figlio naturale, nel suo testamento, il diritto ad una quota dei beni ereditari, questo diritto non era vanificabile per volontà dei figli legittimi.

Ora, però, raccogliendo una suggestione di autorevole dottrina¹⁴, possiamo domandarci se sia ricevibile, in un testamento pubblico, una disposizione del testatore che voglia prevedere un diritto simile all’abrogata commutazione. Può ben accadere, infatti, che un figlio naturale non abbia avuto rapporti con la “famiglia legittima”, e che questa situazione possa essere fonte di potenziali difficoltà nella divisione di un’eredità. Sono certamente condivisibili le considerazioni svolte sulla problematicità di un testamento nel quale, istituiti eredi i figli legittimi ed il figlio naturale, si preveda una liquidazione di quest’ultimo con beni (denaro) non ereditari. Certamente, una simile disposizione strida con il concetto stesso di “eredità” e di diritto dell’erede necessario ad una “pars bonorum”. Per evitare il crearsi di una comunione ereditaria, è ben possibile ricorrere alla divisione del testatore (art. 734), anche parziale (tale sia soggettivamente che oggettivamente), al legato in sostituzione di legittima ex art. 551 c.c. (che ha maggiori possibilità di tenuta se ha per oggetto beni o diritti graditi al legatario, che preferirà conseguirli, piuttosto che rinunciare ad essi¹⁵), che può coesistere con una norma divisionale (ex art. 733) con la quale il testatore indica quei beni come oggetto di futura assegnazione al figlio naturale, nel momento in cui si addiverà alla divisione.

In particolare si ricorda che una pronunzia di Cassazione¹⁶ ha affermato la validità della “*clausola testamentale che attribuisce ad uno degli eredi la facoltà di scelta dei beni per la formazione delle varie porzioni, rientrando*

¹³ L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione legittima*, cit., p. 90; G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, volume I, Seconda Edizione, Milano, 2002 p. 280.

¹⁴ C. ROMANO, *I riflessi successori della riforma della filiazione naturale*, cit., p. 135;

¹⁵ Si fa strada in dottrina l’idea che il legato in sostituzione di legittima possa avere ad oggetto beni non ereditari: sul punto G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Terza Edizione, Milano, 2009, p. 501, ove si afferma che il legato in sostituzione di legittima “[...] possa avere ad oggetto tutto ciò che può costituire oggetto di un normale legato. In particolare il testatore può disporre [...] un legato di cosa propria o altrui.” Cfr anche F. MAGLIULO, *La tacitazione della legittima con beni non ereditari*, in *Notariato*, 2001, 4, p. 412 ss. .

¹⁶ Cass. 8 agosto 1990 n. 8049 in *Giust. Civ. Mass.* 1990, fasc. 8.

detta facoltà nella previsione del comma 1 dell'art. 733 c.c. e prescindendo dalla stima dei cespiti ereditari e dalla formazione delle varie porzioni da assegnare ai condividenti, facoltà, queste ultime, non delegabili dal testatore a un erede o legatario, ai sensi del comma 2 del citato art. 733¹⁷. Una simile disposizione potrebbe avvicinarsi all'interesse del testatore; si deve ribadire però che l'assegno divisionale, sia esso semplice o qualificato, deve avere ad oggetto necessariamente beni compresi nell'asse ereditario.

3. Le conseguenze della decadenza dalla responsabilità genitoriale – l'art. 448 bis c.c.

Gli articoli 330 e ss. del codice civile si occupano dei casi di decadenza dalla responsabilità genitoriale che il giudice pronuncia quando il genitore **viola o trascura i doveri ad essa inerenti, ovvero abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio.**

La violazione di tali doveri è stata presa in considerazione dalla riforma, nell'art. 448 bis c.c., secondo il quale *Il figlio, anche adottivo, e, in sua mancanza, i discendenti prossimi non sono tenuti all'adempimento dell'obbligo di prestare gli alimenti al genitore nei confronti del quale è stata pronunciata la decadenza dalla responsabilità genitoriale e, per i fatti che non integrano i casi di indegnità di cui all'articolo 463, possono escluderlo dalla successione.*

Ci interessa in questa sede analizzare l'inciso finale della norma: *possono escluderlo dalla successione.*

Si tratta, secondo l'opinione che sembra prevalere in dottrina¹⁷, di una vera e propria *fattispecie di diseredazione* (dunque di una disposizione testamentaria tipica), e non di un'azione in giudizio diretta ad escludere l'ascendente o di una nuova forma di indegnità a succedere. La norma è

¹⁷ F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448bis c.c.*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 1; M. CINQUE, *Profili successori nella riforma della filiazione*, cit., (in particolare nel par. 5); V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit.

anzitutto conferma legislativa dell'ammissibilità della diseredazione nel nostro ordinamento, anche come unica disposizione contenuta nel testamento (in tal senso la recente Cass. 8352/2012¹⁸). Inoltre è un'eccezione – che opera sulla base di comportamenti gravissimi del genitore – al principio, consolidato in giurisprudenza, per cui è nulla la disposizione diseredativa del legittimario (art. 549 c.c.). In questa fattispecie l'ordinamento ammette, proprio per la gravità dei comportamenti del genitore, che questi perda non solo i suoi diritti di erede legittimo, ma anche il diritto alla quota di riserva. **L'ambito oggettivo** di applicazione sembra particolarmente ridotto: escluse le condotte che importano decadenza dalla responsabilità genitoriale ex art. 330 c.c. (già fonte di indegnità ex art. 463 n. 3bis), restano i casi di perdita della responsabilità genitoriale previste come pena accessoria alla condanna di ergastolo (32,2 c.p.) e per il delitto di mutilazione degli organi genitali femminili (583 bis,4 c.p.).

Parte della dottrina¹⁹ assume un'interpretazione estensiva – ma allo stato, in assenza di giurisprudenza sul punto, tale lettura sembra contrastare il dettato della norma, che richiede espressamente una pronuncia di decadenza dalla responsabilità genitoriale.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma è ancor più discutibile.

Sembra cioè che oltre al figlio (il cui genitore è decaduto dalla responsabilità genitoriale) la norma conceda diritto di diseredare anche ai discendenti del figlio stesso. Il tema è molto controverso in dottrina: i più sostengono che l'inciso “*e in sua mancanza i discendenti prossimi*” sia palesemente mutuato dall'art. 433 n. 2, e dunque vada riferito esclusivamente alla parte della norma che si occupa dell'obbligo

¹⁸ In *Foro It.*, 2012, 12, I, p. 3400.

¹⁹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit.: “*Si deve pensare che il legislatore abbia inteso riferirsi a comportamenti del genitore che — pur non avendo dato adito alla declaratoria di decadenza, ovvero in caso di successiva reintegrazione nell'esercizio della responsabilità genitoriale — costituiscano grave violazione dei doveri familiari, quali ad esempio quelli di cui all'art. 333 c.c., nonché quelli oggetto di recente analisi dottrinale e giurisprudenziale sotto il riguardo della conseguente responsabilità del genitore ex art. 2043 c.c.*”.

alimentare²⁰. Si tratterebbe di una svista dovuta all'infelice formulazione della norma, che in un'unica frase disciplina la materia degli alimenti e della successione. Non sarebbe cioè configurabile un diritto dei nipoti di escludere il nonno (decaduto dalla potestà rispetto al padre) dalla propria successione, né una facoltà per i nipoti di escludere il nonno dalla successione del padre *ex post*, in quanto si violerebbe il principio di personalità della volontà testamentaria.

4. Il diritto transitorio e la retroattività alla luce di C.Cost. 146/2015

L'art. 104 del D.L. 154 del 2013 (il decreto attuativo alla L. 219 del 2012) non è proprio una norma di agevole lettura. La richiamo all'attenzione dei lettori, con qualche sottolineatura, chiedendo loro di soffermare l'attenzione sui comma 2, 4 e 5:

1. Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, sono legittimati a proporre azioni di petizione di eredità', ai sensi dell'articolo 533 del codice civile, coloro che, in applicazione dell'articolo 74 dello stesso codice, come modificato dalla medesima legge, hanno titolo a chiedere il riconoscimento della qualità di erede.

2. Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, possono essere fatti valere i diritti successori che discendono dall'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla medesima legge.

3. Le disposizioni di cui al comma 1 e al comma 2 si applicano anche nei confronti dei discendenti del figlio, riconosciuto o la cui paternità o maternità sia stata giudizialmente accertata, morto prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219.

²⁰ In particolare F. OLIVIERO, *Decadenza dalla responsabilità genitoriale e diritti successori: il nuovo art. 448bis c.c., cit.* – il quale tra l'altro ricorda che la relazione illustrativa alla legge si riferisce esclusivamente alla facoltà di "escludere il genitore dalla successione" e non l'avo.

4. I diritti successori che discendono dall'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, sulle eredità aperte anteriormente al termine della sua entrata in vigore si prescrivono a far data da suddetto termine.

5. Nei casi in cui i riconoscimenti o le dichiarazioni giudiziali di genitorialità intervengano dopo il termine di entrata in vigore della presente legge, i diritti successori che non sarebbero spettati a persona deceduta prima di tale termine possono essere fatti valere dai suoi discendenti in rappresentazione e dai suoi eredi. Essi si prescrivono a far data dall'annotazione del riconoscimento nell'atto di nascita o dal passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della paternità o maternità.

6. Fermi gli effetti del giudicato formatosi prima dell'entrata in vigore della legge 10 dicembre 2012, n. 219, nei giudizi promossi ai sensi dell'articolo 533 del codice civile, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, si applicano l'articolo 74 del codice civile, come modificato dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219, e le disposizioni del libro secondo del codice civile, come modificate dal presente decreto legislativo.

Il legislatore italiano del 2013, come il legislatore francese rivoluzionario del 1793, ha voluto “*salvare non solo il futuro ma anche il passato*”, disponendo eccezionalmente la retroattività di tutte le nuove norme della riforma, comprese quelle incidenti sulle successioni.

Il legislatore fa cioè salvo solo il giudicato formatosi al tempo di entrata in vigore della legge del 2012 (1 gennaio 2013). Sono quindi potenzialmente rimesse in discussione tutte le successioni, apertesì in qualsiasi tempo e non giunte a giudicato prima dell'entrata in vigore della legge del 2012.

Il termine di prescrizione decennale per le “nuove” azioni spettanti ai parenti naturali inizia a decorrere dal 1 gennaio 2013.

Sono stati cioè riaperti i termini prescrizionali e coinvolti i risultati di tutti i processi non giunti a giudicato entro l'1 gennaio 2013 – dunque si è aperto un decennio, sino al 31 dicembre 2022, in cui le sorti delle successioni (anche remote nel tempo) che coinvolgono parenti naturali possono essere ridiscusse.

E' stato affermato in dottrina che *“la disciplina transitoria in esame consentirà al figlio nato fuori del matrimonio (o ai suoi discendenti) il riconoscimento della propria qualità ereditaria contro eredi di un parente premorto, ma altresì, si osservi, consentirà ai nuovi parenti del figlio premorto di far valere la corrispondente qualità sulla di lui eredità. Si pensi ad un soggetto deceduto senza testamento, prima dell'entrata in vigore della legge, che avesse un fratello “legittimo” e un fratello “naturale”: l'eredità si era, quindi, devoluta integralmente al fratello “legittimo”, in forza dell'art. 570 c.c.. A seguito della novella, il fratello “naturale”, che non fu chiamato alla successione, è ora divenuto parente del de cuius e, quindi, ben potrà invocare l'applicazione dell'art. 104, commi 1, 2 e 4, D.Lgs. n. 154/2013, accettando l'eredità – nei dieci anni dal primo gennaio 2013 – e agendo in petizione contro i precedenti chiamati”*²¹.

Un altro Autore²² pone cioè in dubbio il significato della “salvezza del giudicato” enunciata dal legislatore: se i parenti naturali non sono stati coinvolti nella successione del figlio (o viceversa il figlio non ha partecipato al processo concernente la successione del proprio parente naturale) il giudicato non dovrebbe essere per loro vincolante.

Molta dottrina ha posto in dubbio la legittimità costituzionale della norma stessa²³, ritenendo che essa non tuteli un principio imperativo di interesse pubblico generale e che, comunque, l'interesse protetto dalla nuova norma non prevalga sull'affidamento legittimamente sorto in capo ai consociati e sul principio di certezza del diritto.

Sul punto il dibattito è stato, almeno in prima battuta, risolto dalla Corte Costituzionale, che si è pronunciata sul punto con la sentenza n. 146 del 24 giugno / 9 luglio 2015. In breve, la vicenda è la seguente: il tribunale di

²¹ M. SESTA, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, cit. .

²² V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit. .

²³ *Ex multis* V. BARBA, *Principi successori del figlio nato fuori del matrimonio e problemi di diritto transitorio*, cit.

Genova solleva la questione di costituzionalità dell'art. 104 D.L. 154/2013 in un giudizio di petizione di eredità nel quale l'attore chiede di essere dichiarato erede e immesso nel possesso dei beni della cugina naturale di quarto grado. La vicenda ovviamente ha soluzioni diverse a seconda che si applichi la normativa previgente o quella attuale, e il Decreto Legislativo 154 ha disposto la retroattività della nuova "rete di parentele" ingenerata dalla parificazione dei figli naturali.

Il giudice *a quo* ritiene che la retroattività sia "irragionevole" e non giustificata dalla natura di norma di interpretazione autentica dell'art. 104. Afferma poi che la normativa sarebbe viziata da un eccesso di delega. La Corte Costituzionale dichiara infondata la questione sollevata, sotto ogni profilo, confermando quindi la piena operatività retroattiva della nuova normativa. Ciò perché la parificazione di tutti i figli è un risultato di interesse generale, coerente al "bene della vita familiare" protetto dall'art. 8 CEDU e ancorato nella costituzione. Si rigetta anche il tema dell'eccesso di delega, segnalando che la delega conteneva l'obiettivo dell'adeguamento della disciplina successoria anche in relazione ai giudizi pendenti.

Con questa recentissima sentenza si ribaltano gli orientamenti maggioritari, che leggevano con occhi critici la retroattività. Per quanto il legislatore si sia espresso in maniera non sempre cristallina, la volontà di "salvare anche il passato" e ottenere una parificazione sostanziale sembra si stia avverando, anche (potenzialmente) a detrimento della certezza processuale e della stabilità dei diritti.

ASSET PROTECTION DELLA FAMIGLIA

L'INDIVIDUAZIONE DI STRUMENTI DI PROTEZIONE DEL PATRIMONIO PERSONALE A TUTELA DELLA FAMIGLIA.

Premessa – La crisi e la protezione patrimoniale.

In un periodo di crisi economica, il quadro delle esigenze che il professionista, ed in particolare il Notaio, è chiamato a soddisfare appare quanto mai articolato. L'esigenza di protezione del patrimonio della famiglia risulta essere particolarmente sentita in ogni fascia sociale; ci si preoccupa principalmente di "mettere al riparo" dalle pretese di un eventuale ceto creditorio il maggior numero possibile di cespiti, specie immobiliari, di guisa che gli stessi possano un domani rappresentare un patrimonio sicuro, una garanzia per i propri discendenti chiamati ad affrontare tempi sempre più incerti sul profilo del benessere economico.

Tale esigenza si accompagna quasi sempre con la paura che i propri discendenti non siano in grado di gestire autonomamente il patrimonio loro destinato e che essi possano pertanto dissolvere tale ricchezza in modo scellerato; si è quindi desiderosi di attribuire alle nuove generazioni i propri *asset* patrimoniali, ma al tempo stesso si vorrebbe limitarne i poteri gestionali e dispositivi e, magari, conservare in capo a sé il maggior controllo possibile su quanto faticosamente si è realizzato e che gelosamente si vorrebbe continuare ad amministrare con oculatezza.

Non di meno si vuole mantenere la disponibilità materiale del proprio patrimonio; non si vuole doversi sentire ospiti a casa di altri e si vuole evitare il rischio di vedersi privati dei propri beni.

A queste esigenze di carattere sostanziale, si aggiunge la preoccupazione in ordine al possibile carico fiscale di una futura successione che ad oggi si presenta particolarmente leggero, ma che si teme possa in un futuro più o meno lontano aggravarsi. Il risparmio fiscale rappresenta ancora oggi una importante spinta decisionale nelle scelte dei proprietari di immobili che si sentono già notevolmente colpiti sul piano delle imposte.

Per soddisfare tutte queste esigenze il cliente si rivolge al Notaio il quale può orientare il proprio consiglio in due diverse direzioni.

Proporre di addivenire ad un atto di vincolo che non trasferisca la proprietà in favore dei discendenti; gli istituti giuridici da utilizzare possono essere il fondo patrimoniale, il vincolo di destinazione ai sensi del 2645-ter e il trust. Qualunque sia la scelta consigliata, essa soddisfa l'esigenza di mantenimento di un più o meno intenso controllo gestionale sul patrimonio, ma non produce alcun passaggio generazionale.

Sarà forse meglio addivenire alla scelta di un atto che comporti il trasferimento della proprietà in capo ai propri discendenti; l'elemento di criticità in tali casi sarà dato dall'inserimento di clausole che effettivamente garantiscano in modo efficace – e quindi opponibile ai terzi – un potere del disponente in ordine alla gestione e alla disposizione dei beni trasferiti. Si dovrà quindi cercare di superare il principio cardine che regolava le donazioni nel diritto consuetudinario francese e che impediva al donante di trattenere a proprio vantaggio anche solo una parte di quanto donato: *donner et retenir ne vaut*.

La scelta di addivenire ad un atto di trasferimento dei beni in favore dei propri discendenti impone di valutare se addivenire ad un atto gratuito - liberale, primo fra tutti la donazione o se diversamente si preferisce addivenire ad un atto con natura oneroso, primo fra tutti il vitalizio assistenziale. Quest'ultimo rappresenta di certo la figura che unica può evitare problemi connessi alla azioni di riduzione e/o di restituzione di eventuali legittimari pretermessi. Il suo utilizzo si scontra però con l'elevato costo fiscale di tale operazione¹.

Il particolare favore che oggi il legislatore italiano riserva alla donazione a discapito dell'onerosità del vitalizio assistenziale, impone di addivenire quindi alla analisi se l'utilizzo della donazione possa effettivamente soddisfare le esigenze della nostra clientela che abbiamo illustrato che possono essere così riassunte:

- .. spendere il meno possibile;
- .. evitare il rischio dell'aumento delle imposte;
- .. pianificare la propria successione insieme ai propri figli, evitando così liti future tra gli stessi;

¹ Il vitalizio assistenziale rappresenta, come detto, certamente lo strumento negoziale più idoneo per permettere la circolazione del bene trasferito al vitalizante e per evitare i problemi connessi alla azione di riduzione/restituzione; esso presenta però il grave inconveniente costituito dal suo carico fiscale. Si rinvia sul punto a A. BUSANI, *L'imposta di registro*, Ipsoa, 2009, 968: la rendita costituita a titolo oneroso a fronte della cessione di un immobile sconta l'imposta di registro; TUR ne parla all'art. 46 che individua la base imponibile è data dal maggiore tra il valore dei beni ceduti e quello della rendita (aliquota è quella della art. 1 TP1). Bisogna quindi calcolare il valore della rendita: annualità x il coefficiente: 73/75 anni coefficiente è 10,75 e quindi 5.000 al mese è uguale a 60.000 x 10,75: 645.000. Su questo c'è il 3% se è un capitale o il 9% se un immobile.

- .. evitare che eventuali coniugi non graditi possano ereditare quanto donato, distraendo dalla famiglia di origine quote di cespiti;
- .. mantenere la disponibilità diretta del proprio patrimonio;
- .. mantenere la possibilità di vendere in caso di necessità o meglio ancora a semplice piacimento;
- .. evitare che i creditori propri o del figlio possano aggredire l'immobile;
- .. evitare che la presenza di una donazione renda il bene più difficilmente commerciabile;
- .. mantenere comunque la possibilità di ipotecare il bene per i bisogni della famiglia.

L'obiettivo che si pone al notaio sembra essere quello di creare un patrimonio destinato all'interesse della famiglia, totalmente segregato, nella libera disponibilità del disponente, che abbia già scontato le imposte di successione. La soluzione che si cercherà di proporre è rappresentata da una **donazione con la riserva di usufrutto (o di abitazione), di disporre di alcuni cespiti e con previsione della reversibilità**.

Si cercherà di dimostrare nella presente relazione come l'utilizzo congiunto delle tre indicate clausole rappresenti davvero uno strumento di grande efficacia, idoneo a soddisfare pressoché tutte le esigenze della clientela e che non presenta alcun tipo di criticità², creando un vero e proprio asse *pseudo ereditario* non aggredibile né dai creditori del donante né da quelli dei donatari, del quale il disponente può godere e disporre in modo pieno ed incondizionato e che ha già scontato (con una tassazione quanto mai ridotta stante la detrazione del valore dell'usufrutto) l'imposta di successione³.

Analizziamo nel dettaglio le clausole da apporre alla donazione, fatta eccezione per la riserva di abitazione che non credo necessiti di alcun approfondimento.

² E' stata rilevata da U. MORELLO, *La donazione con riserva di disporre: le regole, la prassi (un'antica norma rivisitata)*, in *Notariato*, 2015, 4, 373 l'assenza di precedenti editi in giurisprudenza dal 1942 ad oggi (fatta eccezione per una remota pronuncia in tema di fiscalità della donazione con riserva costituita dalla pronuncia della Corte di Appello di Bologna del 1886); l'autore nega che tale circostanza sia da collegare alla assenza di applicazioni concrete della norma stessa.

³ Evidenzia proprio tale esigenza nell'incipit del suo lavoro A. ZOPPINI, *La donazione "ha forza di legge tra le parti" (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, 1, 222, il quale sottolinea altresì la criticità dello strumento della donazione connesse generalmente alla perdita del bene della *revocabilità*. Sul tema dell'utilizzo di strumenti alternativi al testamento si rinvia a A. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 14 ss. e M. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2009, 19 ss.

La riserva di disporre di alcuni beni donati⁴.

La riserva di disporre è disciplinata dall'art. 790 c.c. che così dispone: "*Il donante può riservarsi al facoltà di disporre di qualche oggetto⁵ compreso nella donazione*".

La norma deriva dal principio, di cui abbiamo già fatto cenno, "*donner et retenir ne vaut*", che nasceva proprio in un clima storico di grande avversità nei confronti delle donazioni, per cui si cercava di dissuaderne l'utilizzo in chiave successoria, prevedendo appunto la sua irrevocabilità. Vi era all'epoca del diritto consuetudinario francese una notevole avversità nei confronti delle donazioni e si riteneva che il principio della irrevocabilità della donazione potesse limitare le donazioni che non fossero sufficientemente meditate.

Tale premessa di carattere storico appare di grande interesse in quanto evidenzia come la revocabilità, anche solo parziale, della donazione possa rappresentare proprio quell'elemento, che sdoganerebbe la donazione come strumento principe in chiave di pianificazione successoria anticipata⁶.

La norma è stata oggetto di uno scarsissimo interesse da parte della dottrina tradizionale; è possibile, al contrario, riscontrare una rinnovata attenzione nei confronti di tale fattispecie nelle più recenti riviste.

In particolare appare di grande importanza sottolineare come la più recente e autorevole dottrina stia cercando di evidenziare come l'irrevocabilità non rappresenti più

⁴ Sul tema si rinvia in generale a B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1961, 854; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, ed. VI, 1997, 535; A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 1956, 165.

Nello specifico sul tema della riserva di disporre D. FEOLA, *Donazione e clausola di restituzione del bene donato*, in *Contratti*, 1996, 90 ss.; A. NATALE, *La riserva di disporre di cose determinate*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, vol. VI, Milano, 2009, 929; A. NATALE, *La donazione con riserva di disporre una prestazione assistenziale in favore del donante*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, 125; C. CERA – M. POLIZZANO, *La donazione con riserva della facoltà di disporre*, in *Riv. Not.*, 1998, 1991; A. ZOPPINI, *La donazione "ha forza di legge tra le parti" (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, 1, 222 e ss.

⁵ Viene evidenziato da U. MORELLO, *op. cit.* 373 come l'espressione *qualche oggetto* possa sembrare solo ad una prima analisi letterale e criticabile della norma tale da circoscriverne l'applicazione alle sole donazioni di beni mobili.

⁶ A. ZOPPINI, *La donazione "ha forza di legge tra le parti" (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, 1, 222 e ss.; l'autore evidenzia la "*crisi funzionale del diritto delle successioni*" e si interroga in ordine alla compatibilità tra lo spirito di liberalità e la riserva di disporre. A. SEMPRONI, *La donazione con riserva di disporre tra il Codice Civile del Regno d'Italia e il Codice Civile del 1942*, in *Trust*, 2014, 5, 498, il quale evidenzia come l'attualità e l'irrevocabilità non sono più requisiti essenziali della donazione; U. MORELLO, *op. cit.*, 376 il quale espressamente afferma che "*mentre un tempo la irrevocabilità delle donazioni era considerato un valore, oggi, all'opposto è considerato un limite*".

un carattere distintivo e caratterizzante, e come tale imprescindibile, della donazione⁷; ne sarebbero infatti venute meno le ragioni di ordine pubblico che storicamente avevano giustificato tale principio.

La riserva di disporre presenta, peraltro, non poche problematiche di ordine sia esegetico che sistematico.

Occorre in primo luogo cercare di ricostruirne la natura giuridica. Da un lato viene sottolineato come la riserva acquisisca una importanza tale da permeare la causa stessa della donazione⁸. Tale impostazione di pensiero trova il suo fondamento proprio nella pretesa irrevocabilità della donazione e considera pertanto non accettabile che la causa donativa possa essere accompagnata da una più o meno ampia facoltà del donante di riappropriazione dei beni donati. Una seconda impostazione di pensiero autorevolmente espressa ricostruisce l'istituto in esame in termini di scissione tra titolarità e legittimazione⁹; al donatario verrebbe attribuita con la donazione la titolarità piena di quanto trasferitogli, ma sui beni oggetto di riserva il donante tratterrebbe per sé la legittimazione a disporre in favore di soggetti terzi a suo piacimento e pertanto senza necessità di alcun consenso da parte del titolare donatario.

La teoria che ha maggiormente riscontrati i favori della dottrina riconduce la riserva nel più generale alveo della condizione, proponendone una ricostruzione in termini di condizione risolutiva non meramente potestativa¹⁰, il cui evento dedotto sia costituito dall'atto di disposizione che viene posto in essere proprio dal donante (l'esercizio della riserva). Secondo la ricostruzione proposta la condizione dovrebbe essere considerata come non meramente potestativa in quanto il donante non avrebbe la facoltà di riappropriarsi del bene donato, ma dovrebbe attribuirlo a soggetti terzi; sotto il profilo letterale infatti il legislatore sembra avere concesso al donante la facoltà di "disposizione" di alcuni beni donati e pertanto si ritiene che tale potere dispositivo debba essere indirizzato in favore di terzi. La ricostruzione proposta non appare esente da elementi di criticità: a livello generale, si evidenzia come non sarebbe stato necessario prevedere questa espressa fattispecie dal momento che la generale apponibilità alla donazione di elementi accidentali del negozio deriva direttamente dall'essere la donazione riconducibile

⁷ Sul punto U. MORELLO, *op. cit.*, 375.

⁸ U. MAJELLO, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, Napoli, 1962, 149; L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Milano, 3^a ed. 1975, 4.

⁹ A. TORRENTE, *op. cit.*, 566.

¹⁰ A. C. PELOSI, *La proprietà risolvibile nel negozio condizionato*, Milano, 1975, 316; C. CERA – M. POLIZZANO, *La donazione con riserva della facoltà di disporre*, in *Riv. Not.*, 1998, 1991;

alla generale categoria contrattuale; sarebbe poi artificioso immaginare un ritorno del bene donato nel patrimonio del donante stesso, per poi da questi trasferirlo; la previsione norma nega la trasmissibilità in favore degli eredi sembra in qualche modo riferirsi a qualcosa di diverso rispetto alla condizione che è un evento e non una facoltà. Non si tratterebbe comunque, nonostante qualche voce contraria, di *donatio mortis causa*, in quanto vi è una immediata, ancorché non definitiva, attribuzione del bene al donatario.

Un altro elemento che merita un approfondimento è quello relativo all'oggetto della riserva: può il donante riservare per sé la facoltà di disporre di tutti i beni oggetto della donazione o la riserva deve essere limitata a solo alcuni oggetto della donazione stessa? La lettera dell'art. 790 c.c. appare molto chiara nella sua portata limitativa, ma non mancano comunque in dottrina voci che ne ammettono l'estensione all'intero contenuto della donazione. La tesi per esempio che ricostruisce la riserva in chiave di condizione risolutiva non meramente potestativa ne sottolinea la non eccezionalità e quindi la facoltà per l'autonomia privata di estenderne l'applicazione anche all'intero contenuto della donazione¹¹. Sotto il profilo pratico, peraltro, la questione in esame non sembra essere davvero significativa in quanto appare facilmente superabile nell'ipotesi in cui l'oggetto della donazione appaia costituito da una pluralità di immobili e perché appare comunque sempre percorribile la via dell'inserimento all'interno della donazione di una somma di denaro. Sul tema si è peraltro autorevolmente (ZOPPINI) segnalato un rischio di frode alla legge nella misura in cui il valore dei beni esclusi dalla riserva sia di gran lunga inferiore rispetto a quelli riservati. A mio avviso appare quanto mai difficile intraprendere un'analisi di frode alla legge sul punto, nella misura in cui il dato testuale sia rispettato.

Appare poi necessario analizzare la legittimità di una riserva non solo di disporre verso terzi di parte dei beni donati, ma anche di riappropriarsi degli stessi. Si è detto come la dottrina più prudente¹² limiti l'oggetto della disposizione al trasferimento a terzi di quanto donato. E' bene sottolineare al riguardo che il trasferimento a terzi possa avvenire sia con atto oneroso sia con una nuova donazione in esercizio di tale riserva. Si ritiene inoltre del tutto legittimo per il donante che lo stesso disponga della sua riserva attraverso una disposizione testamentaria. Non mancano però voci autorevoli che ammettono la riserva

¹¹ C. CERA – M. POLIZZANO, *La donazione con riserva della facoltà di disporre*, in *Riv. Not.*, 1998, 1991;

¹² C. CERA – M. POLIZZANO, *La donazione con riserva della facoltà di disporre*, in *Riv. Not.*, 1998, 1991.

anche in favore del donante stesso, rappresentando in tale caso la facoltà di disporre una vera e propria revoca dell'attribuzione¹³.

Sotto il profilo pratico si propone l'adesione alla tesi della condizione in quanto la stessa presenta dei vantaggi indiscutibili che conseguono alla pubblicità immobiliare dell'evento condizionale e alla sua conseguente opponibilità ai terzi. La pubblicità dell'evento condizionale permette di ottenere proprio quel risultato pratico che ci eravamo prefissati all'inizio della nostra analisi costituito dalla segregazione del patrimonio donato con la riserva; si cercherà infatti di dimostrare come tali cespiti divengano, decorso il lasso temporale di soggezione alla revocatoria ordinaria, un vero e proprio patrimonio non soggetto a nessun tipo di azione da parte del ceto creditorio. La riserva di disporre ricostruita quindi in chiave di condizione risolutiva permette quindi di soddisfare quella esigenza che era stata evidenziata di trasferire senza rischi rispetto a eventuali colpi di testa del donatario o azioni nei suoi confronti. La pubblicità immobiliare della riserva (ricostruita in termini di condizione e quindi con l'indicazione della stessa nel QUADRO A della nota di trascrizione della donazione) rende opponibile la stessa a qualsivoglia avente causa del donatario e ai creditori dello stesso. Ma non solo: la riserva di disporre permette anche di segregare il patrimonio donato nei confronti dei creditori del donante stesso atteso che la facoltà di disporre deve essere ricostruita quale facoltà personale del donante non suscettibile di azione surrogatoria da parte dei suoi creditori. Laddove poi si aderisca alla tesi per la quale la riserva ha per oggetto solo ed esclusivamente la facoltà di disposizione esclusivamente nei confronti di soggetti terzi ecco che qualsivoglia attività surrogatoria dei creditori perde di significato.

Abbiamo precisato come tale effetto segregativo debba superare un primo periodo temporale nel quale la donazione è soggetta alla azione dei creditori del donante i quali potranno agire:

.. ai sensi del nuovo art. 2929 bis, se muniti di titolo esecutivo e nel primo anno dalla donazione, procedendo direttamente con il pignoramento del bene donato presso il donatario;

.. con l'azione di revocatoria ordinaria decorso l'anno e qualora non sussistano i presupposti per l'applicazione del novello art. 2929 bis.

¹³ A. ZOPPINI, *La donazione "ha forza di legge tra le parti" (per una rilettura della riserva di disporre del bene donato)*, in *Riv. Dir. Civ.* 2014, 1, 222

Un ultimo spunto di riflessione merita l'apposizione della riserva di disporre ad una donazione che si sia già perfezionata. Non sembra nemmeno necessario sottolineare l'importanza pratica di una soluzione di questo genere, che permetterebbe una nuova circolazione ai beni con provenienza donativa. L'adesione alla tesi della condizione risolutiva sembra dimostrare la sua particolare efficacia: l'apposizione di una condizione ad un contratto già perfezionato che ne sia esente sembra infatti non presentare particolare problematiche, nella misura in cui venga, ovviamente, rispettati i diritti dei terzi.

Merita infine qualche cenno di riflessione l'altra clausola che si propone di apporre alla donazione costituita dalla **condizione di reversibilità**. Essa è prevista dall'art. 791 c.c. che dispone sostanzialmente il ritorno del bene donato nella sfera patrimoniale del donante, qualora il donatario dovesse premuovere allo stesso. *Il donante può stipulare la reversibilità delle cose donate, sia per il caso di premorienza del solo donatario, sia per il caso di premorienza del donatario e dei suoi discendenti. Nel caso in cui la donazione è fatta con generica indicazione della reversibilità, questa riguarda la premorienza, non solo del donatario, ma anche dei suoi discendenti. Non si fa luogo a reversibilità che a beneficio del solo donante. Il patto a favore di altri si considera non apposto.*

Tale clausola ha assunto un rilievo pratico significativo a seguito della riforma del diritto di famiglia e la conseguente attribuzione al coniuge non più di un mero usufrutto vitalizio sul patrimonio ereditario, ma una quota di piena proprietà. Tale scelta legislativa non sembra essere priva di conseguenze pratiche che spesso vengono giudicate negative dalla clientela dei nostri studi notarili. Nell'ipotesi di decesso di un discendente, magari giovane, sposato con figli infatti si corre il rischio che una quota anche rilevante di patrimonio familiare possa essere distratta dal nucleo originario di una famiglia. Il caso esemplare è rappresentato proprio dalla acquisizione a titolo di eredità di una quota di patrimonio che sia stato donato al coniuge poi defunto, cui segua un nuovo matrimonio e l'arrivo di una nuova discendenza.

Alla donazione, dunque, è apposta una **condizione risolutiva**, tale da comportare, al suo avveramento, la cessazione degli effetti della donazione¹⁴. Quanto all'oggetto del patto, può riguardare l'intero oggetto della donazione, così come può essere limitata ad una parte di essa o ad una sua quota.

¹⁴ Feola, *Il patto di reversibilità*, in Bonilini (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, VI, Milano, 2009, 957

LA NUOVA FAMIGLIA: COME L'UNIONE EUROPEA CAMBIA L'EPILOGO DE "GLI INDIFFERENTI".

"Ricordati" le mormorò "di essere...come dire?...gentile con Pippo (...) è un buon partito"

ALBERTO MORAVIA *"Gli indifferenti"*

1. La famiglia e la società liquida di Zygmunt Bauman

Alberto Moravia, nel 1929, pubblicò, a proprie spese, *"Gli indifferenti"* (ma anche Pablo Neruda, nel 1923, pubblica a proprie spese *"Crespusculario"*), un romanzo in cui la borghesia dell'epoca era tratteggiata come ignava e opportunistica. La cornice era quella della grande depressione e, a distanza di quasi cent'anni, l'Italia tutta rivive la medesima deriva, ma la cornice, costituita dalla famiglia da lui descritta, è totalmente mutata.

La famiglia descritta da Moravia è la prima vittima della crisi e si sfalda nel gorgo d'un intreccio di rapporti amorosi che esondano e come rivoli impazziti intraprendono percorsi tanto inattesi quanto aberranti. Oggi giorno, però, la famiglia non è più cristallizzata come allora nella trama di codici e leggi speciali, che spesso disciplinano una società che più non esiste)perché, nel frattempo, l'Italia è entrata a far parte di un più vasto consorzio, e l'intelaiatura del proprio sistema è diventata un'opzione fra altre.

Vieppiù, si può uscire dal codice civile per avventurarsi nel mare aperto di infiniti sistemi e infiniti orditi, resi disponibili da congegni previsti – sulla carta – per le sole vicende transfrontaliere.

"La foresta della vita lo circondava da tutte le parti, intricata, cieca", scriveva Moravia. Ora, forse, è molto meno cieca. Il movimento di *Law & Literature*, dopotutto, ha spesso dimenticato che la legge è il regno della coerenza, mentre la letteratura è il regno della libertà. Ora, invece, la legge si schiude alla società, offrendo a ciascuno la possibilità di organizzarla secondo le proprie esigenze, piegandola alla propria volontà.

Il sistema giuridico postmoderno sembrerebbe dar ragione alla constatazione di Zygmunt Bauman sulla natura "liquida" della società attuale, col florilegio di scelte messe a disposizione dell'individuo. Non solo, la prevalenza dell'individuo sulla società, slegata da solidi valori borghesi, rischia di diventare non più una scelta di libertà bensì un *vulnus* alle regole di comune convivenza, laddove i diritti non siano più correlati ai doveri. Non a caso, Bauman rileva: *The present-day 'liquefied', 'flowing', dispersed, scattered and deregulated version of modernity may not portend divorce and the final break of communication, but it does augur the advent of light, free-floating capitalism, marked by the disengagement and loosening of ties linking capital and labour. One may say that this fateful*

departure replicates the passage from marriage to 'living together' with all its corollary attitudes and strategic consequences, including the assumption of the temporariness of cohabitation and of the possibility that the association may be broken at any moment and for any reason, once the need or desire dries out"¹. Tant'è vero che in Francia i Pacs sono ormai in numero pressoché pari ai matrimoni², se si considera che, mentre nel 2006 vi erano 274.000 matrimoni contro 77.000 Pacs, nel 2013 troviamo 238.592 matrimoni contro 168.126 Pacs³.

Certamente, vi sono meccanismi di disincentivo, perché nel Pacs non vi è, ad esempio, la pensione di reversibilità, il che ci autorizza ad ipotizzare che questa sia una delle ragioni per cui i Pacs non superano il numero di matrimoni.

2. Il tramonto della cittadinanza

Il diritto internazionale privato interno, internazionale ed europeo, non sono neutrali nei riguardi dei valori sottostanti, anzi, essi ne sono l'espressione più vivida e ne riflettono le caratteristiche. Il diritto internazionale privato italiano, nel codice civile del 1865, in quello del 1942 e nella legge 218/1995 è stato sempre imperniato sul principio di nazionalità. Oggi giorno così non è, anzi, sembrerebbe esservi una certa convergenza nel segnalare l'esistenza di un inarrestabile "*déclin de la nationalité*"⁴, rappresentato nel diritto europeo dalla sostituzione del criterio di collegamento della cittadinanza, che si trova nella maggior parte delle legislazioni nazionali, con quello della residenza. Ed è appena un paradosso che con ciò si ritorni alle idee di Von Savigny⁵, qualora se ne volesse, in modo alquanto forzato, fare una citazione vichiana.

Questo declino in qualche modo era stato addirittura anticipato nel 1942 da Arthur Nussbaum, nel contesto di un contributo⁶, che riguardava il più vasto problema della *law of nations doctrine*. Nussbaum menzionava come, nel 1853, Pasquale

¹ ZYGMUNT BAUMAN, *Liquid Modernity*, Cambridge UK, 2000, p.149.

² http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?ref_id=NATTEF02327

³ Sul fenomeno, vedi EMANUELE CALÒ, *La giurisprudenza come scienza inesatta* (nota a Cass. 17 febbraio 1988, n. 1701, avente ad oggetto prestazioni lavorative espletate in seno alla famiglia di fatto), *Foro it.*, 1988, I, 2306; *id.*, *Le convivenze registrate in Europa – verso un secondo regime patrimoniale della famiglia* – Collana Studi del Consiglio Nazionale del Notariato – Commissione Studi Unione Europea, Giuffrè, Milano, 2000, Supplemento di aggiornamento – 2003, *id.*, *Matrimonio à la carte – Matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l'intervento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2009, *id.*, *Sul matrimonio omosessuale un grand arrêt della Cassazione: come dovrà ora comportarsi il Notaio?*, (nota a Cass. 15 marzo 2012, n. 4184), *Notariato*, 2012, p. 504

⁴ B. ANCEL, H. MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»*, in *Revue critique droit int. privé*, 2001, p. 417.
F.D. DI SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano attuale*, traduzione di V. Scialoja, Torino, 1898, vol. VIII, p. 300 ss (il quale, inverso, si basava sul domicilio).

A. NUSSBAUM, *Rise and Decline of the Law-of-Nations Doctrine in the Conflict of Laws*, 42 *Colum. L. Rev.* 189 (1942).

Stanislas Mancini⁷ nel suo discorso all'Università di Torino sulla nazionalità come base della legge delle nazioni, si discostasse da Von Savigny, imperniando sulla cittadinanza (anche se la sua base ideologica era la nazionalità) il criterio di collegamento nella norma di conflitto. Il pensiero di Mancini viene considerato da Nussbaum come liberale e cosmopolita, in quanto, malgrado il richiamo al nazionalismo, ogni nazione è trattata su una base di eguaglianza. “*The Mancinian nationality principle* – dice Nussbaum – *conquered Western and Central Europe and some non – European countries such as Japan and Brazil – one of the most momentous and amazing events in the evolution of Private International Law. It might be difficult to find in legal history another instance of so potent a juristic theory*. La “*tremendous wave*” – soggiunge costui – del principio di nazionalità di stampo italiano non ha esercitato alcun effetto sulla norma di conflitto del *common law*, ragion per cui costui prende atto della scarsa utilità del principio di nazionalità e della maggior razionalità del criterio del domicilio.

Martin Van Creveld ha teorizzato il declino dello Stato, in quanto organizzazione della convivenza sociale⁸ mentre Roger Scruton, prendendo posizione, ha esaltato il bisogno di entità nazionali, e scrive che lo Stato nazione è minacciato (*the nation state is under threat*)⁹. È anche vero che essendovi degli Stati in cui si compera la cittadinanza (*citizenship by investment*)¹⁰ la decadenza e il declino sono *in re ipsa*.

La Commissione UE ha ora dichiarato pubblicamente e ufficialmente che gli Stati membri possono vendersi la cittadinanza (il caso è sorto con Malta, ma anche altri Stati non sono molto lontani da questo approccio); poiché il cittadino di uno Stato UE è al contempo cittadino europeo, troverà applicazione l'art. 20 del Trattato UE¹¹. Si tratta di un evidente caso di abuso del diritto, ma anche di scarsa

YUKO NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht. Eine Untersuchung auf der Grundlage der neu zutage gekommen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, C. Winter – Verlag, Heidelberg, 2000; id, *Mancini e l'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 23 ss.

⁸ MARTIN VAN CREVELD, *The Rise and Decline of the State*, Cambridge University Press, 1999

⁹ Cfr. R. SCRUTON, *The need for nations*, Civitas (London), 2004.

¹⁰ <http://www.ciu.gov.kn/>

¹¹ Trattato UE Articolo 20

1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce.

2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro:

- a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri;
- b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;
- c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato;
- d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua

sensibilità delle istituzioni o, peggio, di mancata consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni.

Van Creveld colloca il declino dello Stato dal 1975 in poi, basandosi sul venir meno delle guerre globali e del welfare nonché sulla diffusione della tecnologia e del terrorismo. Il venir meno delle guerre globali ha ridotto la necessità della leva e dell'esercito, il crepuscolo del welfare intacca il ruolo dello Stato, la diffusione della tecnologia intacca i monopoli statali delle telecomunicazioni, l'insicurezza diffusa porta all'autodifesa e alle polizie private.

Roger Scruton, con maggior lungimiranza, individua nel WTO il primo responsabile del declino dello Stato – nazione. Prima ancora, Scruton riporta il proverbio: “*io e mio fratello contro mio cugino; io e mio cugino contro il mondo*”, che espone, ancorché in modo rozzo, il particolarismo e l'asocialità che non sono molto lontani dalla realtà che viviamo. La gente non può dividere un territorio, soggiunge, se non ha in comune i costumi, il mercato e la religione. La legge tratta l'individuo come portatore di diritti e doveri, e mostra una preferenza per il contratto anziché per lo status; in questo, Scruton ci riporta agli insegnamenti di Sumner Maine¹². Per esempio, nell'America Latina la convivenza è disciplinata come status, in Europa come convenzione.

Scruton scrive che il WTO, perseguendo il libero commercio a tutti i costi, minaccia la sovranità nazionale. Ora, non sta a noi giudicare se costui abbia ragione o torto, però sta a noi appurare quali siano gli esiti, in campo giuridico, del processo di globalizzazione. Le procedure legislative dell'Unione Europea, che riflettono i governi anziché i parlamenti, si sovrappongono, invece, ai Parlamenti nazionali. A sua volta, il Parlamento europeo è un'entità rispettabilissima ma dai poteri radicalmente diversi da quelli dei suoi omologhi nazionali e, per di più, è anche transumante, con periodici spostamenti fra Bruxelles e Strasburgo, per non far torto a nessuno¹³.

Appare significativo che un marxista come Bauman addivenga a conclusioni non molto diverse da quelle del liberale Scruton: “*If the principle of nation-states' sovereignty is finally discredited and removed from the statute-books of international law, if the states' power of resistance is effectively broken so that it needs no longer to be seriously reckoned with in the global powers' calculations, the replacement of the 'world of nations' by the supranational order (a global political system of checks-and-balances to constrain and regulate the global*

Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi.

¹² Vedi nell'opera collettanea di STEFANO RODOTA - *Il diritto privato nella società moderna*; Bologna, 1971.

¹³ “*The examples that I have considered illustrate the deep incompatibility between transnational legislation and national sovereignty. They also show what is dangerous when unelected assemblies presume to dictate legislation to national parliaments. A national parliament is accountable to the people who elected it, and must serve their interests. It must strive to reconcile the competing claims that come before it, to balance one claim against another, and to achieve a solution that will enable people to live in harmony as neighbours. A transnational assembly need obey—and can obey—no such constraints*”(Scruton, cit., p. 45).

economic forces) is but one – and from today's perspective not the most certain – of the possible scenarios”¹⁴.

Roger Scruton scrive che “*Citizenship is the relation that arises between the state and the individual when each is fully accountable to the other. It consists of a web of reciprocal rights and duties, upheld by a rule of law which stands higher than either party. Marxists believe that law is the servant of economics, and that ‘bourgeois legality’ comes into being as a result of, and for the sake of, ‘bourgeois relations of production’ (by which is meant the market economy). This way of thinking has been so influential that even today it is necessary to point out that it is the opposite of the truth. The market economy comes into being because the rule of law secures property rights and contractual freedoms, and forces people to account for their dishonesty and for their financial misdeeds*”. Paradossalmente, la teoria gramsciana dell’egemonia non sembrerebbe allontanarsi di molto da queste riflessioni.

Nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea si cercherà invano la parola “doveri” (che si trova nel solo preambolo) mentre la parola “diritti” campeggia ovunque; questa potrebbe essere una delle spiegazioni della crisi delle istituzioni europee.

La Corte di Giustizia CE (sentenza del 2 Ottobre 2003, in causa C-148/02), ha proprio messo in discussione, in una controversia riguardante la formazione del cognome, il principio della prevalenza della legge nazionale nel caso di doppia cittadinanza, basandosi sugli artt. 12 e 17 CE, e asserendo che la cittadinanza europea è destinata ad essere lo statuto fondamentale dei cittadini europei¹⁵.

¹⁴ BAUMAN, *Liquid Modernity*, cit., p. 193.

¹⁵ Cfr. J. BASEDOW, *Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union Européenne*, *Revue critique d. int. privé*, 2010, p. 427; A. BARONE, E. CALO, *Il cognome dei soggetti bipoliti nell’ordinamento comunitario* (nota a Tribunale Roma 15 ottobre 2004 (decreto), *Corr. Giur.*, 2005, p. 680; in particolare vedi p. 686 e, in seguito, l’opinione conforme di S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato e comunitario*, Milano, 2009, p. 75. Nelle nostre conclusioni, abbiamo messo in chiaro in modo esplicito – quanto meno a parere di chi scrive – il ruolo dell’autonomia privata in questa vicenda. Da ultimo, è da segnalare T. MARZAL YETANO, *The constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law*, *Journal of Private International Law*, 2010, laddove prende lo spunto dalla citata sentenza García Avello per asserire che “*Introducing party autonomy into private international family law has important consequences in domestic law, and serves to bring liberalisation*” (p. 178 ss.), la quale liberalizzazione avrebbe luogo attraverso l’autonomia privata, idonea a rendere la legge nazionale “semi – mandatory” (norme d’applicazione semi – necessarie, termine che l’a. fa risalire a LG Radicati di Brozolo. Oltre all’esercizio dell’autonomia privata, altri mezzi sarebbero il trasferimento all’estero e la concorrenza fra sistemi. All’uopo, richiamiamo il nostro “*Matrimonio à la carte – matrimoni, convivenze registrate e divorzi dopo l’intervento comunitario*, Milano, 2009”, onde segnalare che le tesi ivi esposte sembrerebbero trovare conferme anche in dottrina. Nella nostra giurisdizione, cfr. Cass. civ., sez. un., 9 gennaio 2001, n. 1: “*Ai fini del riparto della giurisdizione e della individuazione della legge applicabile, i provvedimenti in materia di minori devono essere valutati in relazione alla funzione svolta; pertanto quelli che, pur incidendo sulla potestà dei genitori, perseguono una finalità di protezione del minore, rientrano nel campo di applicazione non dell’art. 37 ma dell’art. 42 l. n. 218 del 1995, il quale rinvia alla convenzione dell’Aja del 5 ottobre 1961; nel caso di minore con doppia cittadinanza italiana e tedesca, non può applicarsi l’art. 4 della convenzione, che stabilisce la prevalenza delle misure adottate dal giudice dello stato di cui il minore è cittadino su quelle adottate nel luogo di residenza abituale; non può applicarsi neppure l’art. 19 l. n. 218 del 1995, che prevede, tra più cittadinanze, la prevalenza di quella italiana, in quanto, essendo i soggetti interessati cittadini dell’Unione europea, darebbe luogo ad una discriminazione fondata sulla nazionalità, vietata dall’art. 12 del*

Si registra spesso il caso di provvedimenti di volontaria giurisdizione nei quali si applica, con una certa disinvoltura, l'ultima frase dell'ultimo comma dell'art. 19, in presenza, ad esempio, della cittadinanza italiana e di un'altra cittadinanza dell'Unione Europea, nei casi in cui coincidono la residenza e la cittadinanza di un altro Stato U.E., nonché di trattazioni sullo stato civile dove si asserisce ancora il contrario di quanto risulta dalla giurisprudenza europea e nazionale. Ad applicare la legge – lasciando da parte il profilo attinente alle scelte del soggetto – diventa imbarazzante preferire la cittadinanza italiana, come se il risalente indirizzo nazionalista giurisprudenziale e ora finalmente codificato, fosse realmente compatibile col diritto dell'Unione Europea.

Potrebbe anche accadere che nel decidere quale sia la legge applicabile ai rapporti patrimoniali fra coniugi, ci si trovi in presenza di coniugi aventi più cittadinanze. Potranno costoro scegliere fra le cittadinanze possedute se tali cittadinanze fossero dell'Unione Europea?

Il problema dell'attribuzione del cognome, nelle sue diverse implicazioni, richiama il cuore degli ordinamenti delle nazioni incastonate nella vecchia Europa, ciascuna col proprio irriducibile diritto delle persone. La questione, confinata di regola in ambito statale, quando s'interseca con altre variabili, quali, segnatamente, la doppia cittadinanza e la libertà di circolazione delle persone, subisce gli adattamenti e le modifiche dettati dall'incontro col diritto dell'Unione Europea.

In sede U.E., la questione è stata affrontata nell'ottica della particolare normativa applicabile (e, quindi, con riferimento alle disposizioni del Trattato che sanciscono il divieto di discriminazioni in base alla nazionalità e delineano lo status di cittadinanza dell'Unione) e risolta dalla Corte di giustizia delle Comunità europee con la sentenza 2 ottobre 2003, in causa C-148/02, Carlos García Avello¹⁶.

Nella fattispecie, il signor C. García Avello, cittadino spagnolo, e la sig.ra I. Weber, cittadina belga, residenti in Belgio, hanno due figli, cittadini sia belgi che spagnoli. Conformandosi al diritto belga, l'ufficiale di stato civile belga aveva indicato sull'atto di nascita dei figli il patronimico del padre, vale a dire «García Avello», come loro cognome. Con istanza motivata indirizzata al Ministro della Giustizia il 7 novembre 1995, il sig. García Avello e la moglie avevano chiesto, in qualità di legali rappresentanti dei loro due figli, il cambiamento del cognome di questi ultimi in «García Weber», affermando che, secondo l'uso invalso in diritto

trattato Ce; deve pertanto ritenersi sussistere la giurisdizione dello stato che presenti col minore il collegamento più stretto (nella specie individuato con lo stato, la Germania, in cui il minore ha la residenza abituale)».

¹⁶ Edita in: *Europa e Diritto Privato*, 2004, p. 217 (sola massima), con nota di G. PALMERI, *Doppia cittadinanza e diritto al nome*; *Giust. Civ.*, 2004, p. 1; *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2004, p. 559, con nota di A. ILIOPOULOU, *What's in a name? Citoyenneté, égalité et droit au nom*; *Famiglia e Diritto*, 2004, p. 437, con ampia nota di M.N. BUGETTI, *L'attribuzione del cognome tra normativa interna e principi comunitari*, e ivi una aggiornata descrizione comparatistica, reperibile anche in CARBONE, *Quale futuro per il cognome?*, cit. Per ulteriori commenti P. LAGARDE, *Revue critique DIP*, 2004, p. 192 e S. TONOLO, *La legge applicabile al diritto al nome dei bipoliti nell'ordinamento comunitario*, *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2004, 957, ove si rinviene un'analisi approfondita delle possibili ricadute internazionalprivatistiche della pronuncia.

spagnolo¹⁷, il cognome dei figli di una coppia coniugata è composto dal primo cognome del padre seguito da quello della madre. L'istanza era stata però respinta dal Ministero della Giustizia belga ed il richiedente aveva proposto ricorso di annullamento dinanzi al *Conseil d'État* il quale, a sua volta, aveva deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: «*Se i principi del diritto comunitario in materia di cittadinanza europea e di libertà di circolazione delle persone, riconosciuti in particolar modo agli artt. 17 [CE] e 18 .CE., debbano essere interpretati nel senso che ostano a che l'autorità amministrativa belga, cui è stata rivolta una domanda di cambiamento di cognome per figli minorenni residenti in Belgio e titolari della doppia cittadinanza belga e spagnola, motivata, senza altre circostanze particolari, con il fatto che tali figli dovrebbero portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione spagnoli, rifiuti tale cambiamento, sostenendo che questo genere di domanda è abitualmente respinta poiché in Belgio i figli portano il cognome del padre, in particolar modo qualora la prassi generalmente seguita dall'autorità derivi dal fatto che essa ritiene che la concessione di un cognome diverso possa, nell'ambito della vita sociale in Belgio, dare origine a questioni relative alla filiazione del figlio in questione, e qualora, al fine di attenuare gli inconvenienti connessi alla doppia cittadinanza, venga proposto ai richiedenti che si trovano in tale situazione di adottare solo il primo cognome del padre, ma eccezionalmente, ove sussistano scarsi legami con il Belgio o occorra ristabilire l'unità di cognome tra fratelli, possa essere adottata una decisione favorevole*».

La Corte di Lussemburgo ha risolto il quesito sottoposto statuendo che “*Gli artt. 12 CE e 17 CE devono essere interpretati nel senso che ostano al fatto che, in circostanze come quelle della causa principale, l'autorità amministrativa di uno Stato membro respinga una domanda di cambiamento del cognome per figli minorenni residenti in questo Stato e in possesso della doppia cittadinanza, dello stesso Stato e di un altro Stato membro, allorché la domanda è volta a far sì che i detti figli possano portare il cognome di cui sarebbero titolari in forza del diritto e della tradizione del secondo Stato membro*”.

Per giungere alle suesposte conclusioni, la Corte ha anzitutto riconosciuto la riconducibilità della fattispecie in esame nell'ambito di applicazione del Trattato con riferimento specifico alle disposizioni relative alla cittadinanza dell'Unione.

Ad avviso dei giudici della Corte “*l'art. 17 CE conferisce a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro lo status di cittadino dell'Unione che “è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri. Tale status consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, nell'ambito di applicazione ratione materiae del Trattato CE, indipendentemente dalla cittadinanza e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico.*

Tra le situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae del diritto comunitario figurano” ha proseguito la Corte “*quelle relative all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, in particolare della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall'art. 18 CE. E, sebbene, allo stato attuale del diritto comunitario, le norme che disciplinano il cognome di una persona rientrino nella competenza degli Stati*

¹⁷ V. nota 8.

membri, questi ultimi, nell'esercizio di tale competenza, devono tuttavia rispettare il diritto comunitario e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà, riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione, di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri. Essi non possono, perciò, limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza ai fini dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato".

Così inquadrata la fattispecie controversa¹⁸ la Corte ha soggiunto che *"i figli del ricorrente nella causa principale possono avvalersi del diritto, sancito dall'art. 12 CE, di non subire alcuna discriminazione in ragione della propria cittadinanza con riferimento alle norme che disciplinano il loro cognome"*.

Una discriminazione siffatta, tuttavia, per la Corte si realizza per effetto della contestata prassi belga, in conseguenza della quale *"contrariamente alle persone che posseggono unicamente la cittadinanza belga, i cittadini belgi che abbiano anche la cittadinanza spagnola portano cognomi diversi sotto il profilo dei due sistemi giuridici interessati. In particolare, in una situazione come quella della fattispecie, i figli di cui trattasi si vedono negato il diritto di portare il cognome risultante dall'applicazione della normativa dello Stato membro che ha determinato il cognome del padre. Ed a una simile situazione di diversità di cognomi è tale da generare per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o documenti redatti con il cognome riconosciuto nell'altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza"*.

Né, per la Corte, sussistono motivi validi ed adeguati sotto il profilo della proporzionalità per giustificare la prassi controversa ed il *vulnus* da questa inferto al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, interpretato ed applicato in correlazione funzionale con le disposizioni del Trattato concernenti la cittadinanza.

"Per quanto riguarda, in primo luogo, il principio dell'immutabilità del cognome invocato dallo Stato belga in quanto strumento destinato a prevenire i rischi di confusione in merito all'identità o alla filiazione delle persone, occorre rilevare che, sebbene tale principio certamente contribuisca ad agevolare il riconoscimento dell'identità delle persone e della loro filiazione, non è tuttavia tanto indispensabile da non poter ammettere una prassi consistente nel

¹⁸ S. TONOLO, *op. cit.*, p. 963 ss., sottolinea che il *revirement* della Corte in ordine alla sottoponibilità al suo sindacato delle regole di conflitto nazionali, in precedenza espressamente esclusa (v. sentenza 10 giugno 1999, causa C-430/97, *Johannes*, *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 2000, p. 236), si fonda sulla giurisprudenza con la quale la stessa Corte ha ampliato l'ambito di operatività del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità di cui all'art. 12 CE, allo scopo di realizzare gli obiettivi cui è preordinata la previsione della cittadinanza europea e delle prerogative ad essa connesse (v. per es., Corte giust., 11 luglio 2002, in causa C-224/98, *D'Hoop*, in *Raccolta*, 2002, p. I-6191 e 17 settembre 2002, in causa C-413/99, *Baumbast*, *ibid.*, p. I-7091). Per P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 196-197, la Corte, riconoscendo alla cittadinanza europea l'idoneità ad allargare il campo di applicazione del diritto comunitario, avrebbe oltrepassato i limiti della portata attribuita alla nozione di cittadinanza delle disposizioni del Trattato. Lo stesso Autore critica l'impostazione della sentenza García Avello che, a suo parere, avrebbe erroneamente individuato nella doppia nazionalità la condizione sufficiente per "creare l'internazionalità della situazione" e rendere, quindi, la fattispecie controversa non puramente interna, ma rilevante per il diritto comunitario.

permettere ai figli che siano cittadini di uno Stato membro e che abbiano anche la cittadinanza di un altro Stato membro di portare un cognome composto da elementi diversi da quelli previsti dal diritto del primo Stato membro, cognome che costituisce, peraltro, oggetto di un'iscrizione in un registro ufficiale del secondo Stato membro. È inoltre pacifico che, segnatamente a causa della vastità dei flussi migratori all'interno dell'Unione, diversi sistemi nazionali di attribuzione del cognome coesistono in uno stesso Stato membro, cosicché la filiazione non può essere necessariamente valutata nella vita sociale di uno Stato membro con il metro del loro sistema applicabile ai cittadini di quest'ultimo Stato. A ciò va aggiunto che un sistema che consenta la trasmissione di elementi del cognome dei due genitori, lungi dal provocare confusione sul legame di filiazione dei figli, può al contrario contribuire a rafforzare il riconoscimento di questo legame rispetto ai due genitori.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'obiettivo d'integrazione asseritamente perseguito dalla prassi controversa, è sufficiente ricordare che, tenuto conto della coesistenza negli Stati membri di sistemi diversi per l'attribuzione del cognome applicabili alle persone che vi risiedono, una prassi come quella di cui trattasi non è necessaria e nemmeno idonea a favorire l'integrazione dei cittadini di altri Stati membri in Belgio”.

Per una attenta dottrina, la Corte, nella pronuncia in esame, è parsa voler presupporre che i valori giuridici desunti da un soggetto in virtù del vincolo di appartenenza con uno Stato membro non possono essere disconosciuti dagli altri Stati membri, soprattutto quando ciò determini, anche solo potenzialmente, conseguenze negative sull'integrazione dei cittadini in altri Stati membri e, in definitiva, sulla libertà di circolazione¹⁹.

La sentenza, cioè, tenderebbe ad esprimere (sulla scia di precedenti decisioni della Corte²⁰) un principio di riconoscimento in ambito U.E. degli *status* personali e familiari, fondato sulla correlazione fra le disposizioni del Trattato relative alla cittadinanza dell'Unione ed il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, (principio) che sopperisce alla mancanza di norme europee di armonizzazione e tende a garantire la libera circolazione delle persone e, quindi, la realizzazione del mercato interno²¹.

Certo è che dalla pronuncia traspare un approccio funzionale volto a risolvere il conflitto tra differenti nazionalità unicamente in funzione degli obiettivi del Trattato, privilegiando cioè quella che meglio consente all'interessato di esercitare le libertà previste dalla disciplina dell'Unione Europea.

¹⁹ Così R. BARATTA, *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 199 ss..

²⁰ V. per esempio Corte giust. 2 dicembre 1997, causa C-336/94, Dafeki, *Raccolta*, pag. I-6761 per la quale, nei procedimenti intesi a determinare i diritti alle prestazioni previdenziali di un lavoratore migrante, cittadino comunitario, gli enti nazionali competenti in materia di previdenza sociale e i giudici nazionali di uno Stato membro sono obbligati ad attenersi ai certificati e agli atti analoghi relativi allo stato civile emessi dalle competenti autorità degli altri Stati membri, a meno che la loro esattezza non sia gravemente infirmata da indizi concreti in relazione al singolo caso.

²¹ Ancora, R. BARATTA *op. cit.*, il quale non manca di evidenziare come dall'enunciato principio discendano, per un verso, il tendenziale divieto di applicazione delle norme nazionali anche di conflitto *in subiecta materia* e, per altro verso, l'obbligo per lo stato membro di recepire al proprio interno gli effetti prodotti dallo *status* giuridico nell'ordinamento di origine.

Il tutto, all'interno di un quadro sistematico nel quale, accanto alla erosione della sfera di applicazione delle norme dello stato (che, per effetto della applicazione delle norme sulla cittadinanza europea, finiscono per non poter essere applicata ai cittadini dello stesso Stato), si registra l'accresciuta autonomia dei privati finanche nell'ambito del diritto delle persone, con la correlativa possibilità di scelta dell'ordinamento nazionale più confacente. Tant'è che si è giustamente scritto che l'impostazione seguita dalla Corte di Giustizia privilegia la volontà del soggetto che attraverso il proprio comportamento al momento del sorgere del potenziale conflitto sceglie l'ordinamento, qualificabile come ordinamento d'origine, nel quale radicare la propria identità personale, che poi deve essere riconosciuta in tutti gli Stati membri, qual che sia il criterio di collegamento da essi utilizzato, cittadinanza compresa²².

In seguito, la Corte di Giustizia, con sentenza del 14 ottobre 2008, in causa C-353/06, basata sugli articoli 12 CE²³ e 18CE²⁴ è intervenuta in un caso riguardante un minore nato in Danimarca da genitori tedeschi e ivi residenti, il cui cognome, secondo le regole danesi, era costituito dai cognomi del padre e della madre. Poiché la norma di conflitto tedesca (art. 10, n. 1 EGBGB) applica ai nomi la legge nazionale, come prevista dall'art. 1617 BGB, gli uffici dello stato civile tedeschi si sono rifiutati di riconoscere tale cognome.

Non era proponibile l'addotta discriminazione basata sulla nazionalità ex art. 12 CE, in quanto il minore in questione era soltanto cittadino tedesco, e lo Stato nei cui riguardi agiva era la Germania. Ad avviso della Corte, invece, il mancato

²² Con queste parole, giustamente, BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato e comunitario*, cit., p. 75. Come prima accennato, nel 2005 abbiamo cercato di porre in luce il ruolo dell'autonomia privata proprio in questo ambito, ed evidentemente questa opinione non è rimasta isolata alla luce di quanto stabilito dalla citata prestigiosa dottrina.

²³ Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, può stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni.

²⁴ *Articolo 18*

1. Ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal presente trattato e dalle disposizioni adottate in applicazione dello stesso.

2. Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere questo obiettivo e salvo che il presente trattato non abbia previsto poteri di azione a tal fine, il Consiglio può adottare disposizioni intese a facilitare l'esercizio dei diritti di cui al paragrafo 1. Esso delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251.

3. Il paragrafo 2 non si applica alle disposizioni relative ai passaporti, alle carte d'identità, ai titoli di soggiorno o altro documento assimilato né alle disposizioni relative alla sicurezza sociale o alla protezione sociale.

riconoscimento del cognome come formato nello Stato di residenza contrasta con il diritto alla libertà di circolazione riconosciuto dall'art. 18 CE.

Dalle sentenze Garcia Avello e Grunkin - Paul si evince che la giurisprudenza comunitaria ha attribuito il potere di far valere i diritti che discendono dalla residenza o dalla cittadinanza, accordando in sostanza un diritto di scelta, in deroga alle norme nazionali contrastanti e, nel nostro caso, in deroga all'art. 19 della legge italiana di diritto internazionale privato. Beninteso, tali deroghe sono passibili di estensione anche ad altri ambiti.

Ormai, inoltre, si discorre apertamente di scelta anche nella Corte di Giustizia. Al riguardo, possiamo riportare conclusioni dell'Avvocato Generale presentate il 12 marzo 2008 in causa C-168/08 (Hadady):

“65. Alla luce delle suesposte considerazioni si può affermare, in sintesi, che la limitazione della nozione di cittadinanza di cui all'art. 3, n. 1, lett. b), alla cittadinanza prevalente non corrisponde né al tenore letterale né alle finalità del regolamento n. 2201/2003. Il regime della competenza del regolamento in materia di scioglimento del matrimonio non si basa, in generale, sul principio dell'esclusione di una molteplicità di fori. È invece prevista espressamente la coesistenza di più fori di pari rango.

66. Ne discende necessariamente un diritto di scelta del ricorrente. Il fatto che persone aventi doppia cittadinanza possano, a questo proposito, operare una scelta fra le autorità giurisdizionali di due Stati membri, competenti esclusivamente in base alla cittadinanza, non si pone in contraddizione con il regolamento. Dal momento che l'art. 3, n. 1, lett. b), presuppone che entrambi i coniugi posseggano la cittadinanza del foro, l'applicazione della suddetta disposizione garantisce che entrambi i coniugi abbiano il medesimo legame con tale foro e che non possa essere investito di una causa un giudice la cui competenza sia totalmente imprevedibile o remota per l'uno o per l'altro dei coniugi”.

Nel caso menzionato, con sentenza del 16 luglio 2009, la Corte ha deciso che *“qualora il giudice dello Stato membro richiesto debba accertare, in applicazione dell'art. 64, n. 4, del regolamento (CE) del Consiglio 27 novembre 2003, n. 2201, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000, se il giudice dello Stato membro di origine di una decisione giurisdizionale sarebbe stato competente in forza dell'art. 3, n. 1, lett. b), dello stesso regolamento, quest'ultima disposizione osta a che il giudice dello Stato membro richiesto consideri i coniugi che possiedono entrambi la cittadinanza sia di questo Stato sia di quello di origine unicamente come cittadini dello Stato membro richiesto. Il detto giudice, al contrario, deve tener conto del fatto che i coniugi possiedono anche la cittadinanza dello Stato membro di origine e che, pertanto, i giudici di quest'ultimo Stato avrebbero potuto essere competenti a conoscere della controversia. Qualora entrambi i coniugi possiedano la cittadinanza di due stessi Stati membri, l'art. 3, n. 1, lett. b), del regolamento n. 2201/2003 osta a che la competenza giurisdizionale dei giudici di uno di tali Stati membri resti esclusa per il fatto che il ricorrente non presenti altri elementi di collegamento con questo Stato. Al contrario, i giudici degli Stati membri di cui i coniugi possiedono la cittadinanza sono competenti in forza di*

tale disposizione, potendo questi ultimi adire, a loro scelta, il giudice dello Stato membro al quale la controversia sarà sottoposta.

Non a caso si sostiene, giustamente, che la sentenza García Avello (e, aggiungiamo, ciò vale anche per quelle inseritisi sulla sua scia), avrebbe aperto la strada ad “*un'altra e ben più massiccia intrusione del diritto comunitario nell'ambito del diritto di famiglia*”²⁵.

Come dianzi accennato, l'art. 19 d.i.p., al secondo comma, dispone che se la persona ha più cittadinanze, si applica la legge di quello tra gli Stati di appartenenza con il quale essa ha il collegamento più stretto. Se tra le cittadinanze vi è quella italiana, questa prevale. I futuri sviluppi della materia e la loro vasta ricaduta, come detto, riguardano il divieto posto agli Stati di far prevalere la propria cittadinanza su altre cittadinanze dell'Unione Europea.

Vi è da aggiungere, però, un altro aspetto, forse non meno rilevante, che riguarda l'analoga preclusione nei riguardi della scelta del criterio del collegamento più stretto, quando una delle due cittadinanze sia europea e l'altra di uno Stato non membro dell'UE.

La sentenza Micheletti (Corte Giust. 7 luglio 1992 in causa C-369/90)²⁶ ha stabilito che le disposizioni di diritto comunitario in materia di libertà di stabilimento ostano a che uno Stato membro neghi ad un cittadino di un altro Stato membro, che è simultaneamente in possesso della cittadinanza di uno Stato terzo, il diritto di avvalersi di detta libertà per il solo motivo che la legislazione dello Stato ospitante lo considera come cittadino dello Stato terzo. Aveva prima stabilito la Corte che la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro, competenza che deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario. Non spetta, invece, alla legislazione di uno Stato membro, limitare gli effetti dell'attribuzione della cittadinanza di un altro Stato membro, pretendendo un requisito ulteriore per il riconoscimento di tale cittadinanza al fine dell'esercizio delle libertà fondamentali previste dal Trattato. Non è pertanto ammissibile – sempre ad avviso della Corte – un'interpretazione dell'art. 52 del Trattato secondo la quale allorché il cittadino di uno Stato membro è simultaneamente in possesso della cittadinanza di uno Stato terzo, gli altri Stati membri possono subordinare il riconoscimento dello status di cittadino comunitario ad una condizione come la residenza abituale dell'interessato sul territorio del primo Stato. Conclusione tanto più cogente, soggiunge la Corte, in quanto ammettere detta possibilità avrebbe come conseguenza che il campo di applicazione *ratione personae* delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento potrebbe variare da uno Stato membro all'altro. Tale posizione è stata ribadita da Corte Giust. 19 ottobre 2004, in causa C-200/02. Vi è, però, l'altro opposto versante, per cui gli Stati membri dell'Unione Europea potrebbero, con norme molto lassiste e con interpretazioni ancora più lassiste (basta pensare alla lettura delle nostre norme che porta ad attribuire la cittadinanza sulla base di un'infinita catena d'ascendenti) attribuire in modo indiscriminato la propria

²⁵ S.M. CARBONE, I. QUEIROLO, *Unione Europea e diritto di famiglia: la progressiva “invasione” degli spazi riservati alla sovranità statale*, in *Diritto di famiglia e Unione Europea*, a cura di S.M. CARBONE e I. QUEIROLO, Torino, 2008, p. 27.

²⁶ Cfr. lo stimolante studio di C. MARGIOTTA, O. VONK, *Doppia cittadinanza e cittadinanza duale: normative degli Stati membri e cittadinanza europea*, *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, p. 13.

cittadinanza, e con essa quella europea, a masse non prevedibili di residenti extraeuropei²⁷.

Nella sentenza Micheletti si legge: “E' d'uopo rilevare che il rigetto dell'amministrazione spagnola si fondava sull' art. 9 del Codice civile spagnolo ai cui sensi, in caso di doppia cittadinanza, che non sia quella spagnola, deve prevalere quella corrispondente alla residenza abituale dell' interessato prima del suo arrivo in Spagna, ossia, nel caso di specie, la cittadinanza argentina.” Stante le indubbie analogie con il nostro art. 19 d.i.p. possiamo constatare che esso appare segnato da una coeva doppia esarazione, sempre ad opera del diritto dell'Unione Europea.

3. L'autonomia della volontà

Vi è una irreversibile tendenza a consentire la scelta della legge applicabile²⁸, tendenza che troviamo anche nel diritto di famiglia, nei suoi diversi versanti. L'autonomia della volontà non risiede soltanto nel poter scegliere la legge applicabile o nella facoltà di predisporre una convenzione adeguata alle nostre esigenze. Il *forum shopping* consente, per via del riconoscimento automatico delle sentenze, di far valere nella nostra giurisdizione una legge straniera a noi favorevole.

Potremmo soggiungere che non vi è necessariamente qualcosa di totalmente nuovo; i farisei credevano nella provvidenza, ma accordavano all'uomo una certa libertà, fondata sulla collaborazione fra l'uomo e D-o, i sadducei non credevano nella provvidenza e sostenevano che la libertà dell'uomo è inalienabile, mentre gli esseni insistevano nell'esistenza di una predestinazione assoluta²⁹.

In Italia, si è segnalato³⁰ che, nella contrapposizione fra una teoria istituzionale della famiglia ed una teoria di matrice contrattuale, si era innestata una concezione neo istituzionale (bilanciata fra autonomia, solidarietà e pari dignità), che nega che la famiglia possa risolversi in un affare privato. Il pur pregevole contributo, però, andrebbe arricchito con l'effettivo funzionamento del diritto europeo, laddove consente il riconoscimento automatico di pronunce di divorzio col solo limite dell'ordine pubblico (art. 22 reg. 2201/2003).

4.- Conclusioni

La concorrenza fra ordinamenti in seno all'Unione Europea è alla base di tanta parte delle riforme legislative intervenute. Certamente, è pressoché miracoloso che i mass media non abbiano collegato il c.d. divorzio breve al Regolamento 2201/2003 (c.d. Bruxelles II bis).

²⁷ Vedi ancora sul punto MARGIOTTA, VONK, *Doppia cittadinanza e cittadinanza duale: normative degli Stati membri e cittadinanza europea*, cit. . p. 34.

²⁸ A. BONOMI, *Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêt des entrepreneurs: aspects de droit matériel et de droit international privé*, *Revue suisse de droit international et européen (RSDIE)*, 2004, p. 459; O. FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea*, *Riv. Dir. Int.*, 2013, p. 424.

²⁹ DAVID FLÜSSER, *La secte de la mer Morte*, PARIS, 2002, P. 68 SS.

³⁰ A. NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo- istituzionale?*, *Europa e Diritto Privato*, 2012, p. 169; vedi anche V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi- Parte prima: Dalla “famiglia – istituzione” alla “famiglia – comunità”: centralità del rapporto e primato della “persona”*, *Riv. Dir. Civ.*, 2013, p. 1043.

Torneremo sull'argomento, provvedendo ad esaminare il nuovo ruolo dell'autonomia della volontà, la vendita (non virtuale ma reale) della cittadinanza, le bizzarre somiglianze fra la sentenza *Centros* della Corte di Giustizia e il diritto di famiglia, le nuove possibilità offerte dal Regolamento successioni 650/2012, la pianificazione consentita da Roma III nell'ambito del divorzio; una congerie di cambiamenti indotti dal diritto europeo, che farebbero la felicità dei cultori del filone *Law& Literature*.

SEGRETERIA ORGANIZZATIVA

Consiglio Notarile di Bergamo

V.le Vittorio Emanuele, 44 - 24121 Bergamo

Tel. 035.224065 - Fax 035.244578

www.notaibergamo.it

consigliobergamo@notariato.it