LIBER AMICORUM
PER
PAOLO ZATTI
II

comitato promotore

GUIDO ALPA - ARIANNA FUSARO - GIOVANNI IUDICA
MANUELA MANTOVANI - ROBERTO PUCELLA

responsabile di redazione

STEFANO CORSO

LIBER AMICORUM
PER
PAOLO ZATTI

VOLUME SECONDO

JOVENE

In copertina:
Paolo Zatti, *L'impagliato*, autoritratto, 1992.

Opera pubblicata con i contributi del Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali dell'Università degli Studi di Padova e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI
© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
www.jovene.it info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

VOLUME PRIMO

Presentazione ..... p. XV

Giovanni Iudica, *Paul-Anton Masstele* ..... » XVII

TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

Fabio Addis
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat ..... » 3

Angelo Barba
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato ..... » 21

Giovanni Furgiuele
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico ..... » 35

Paolo Gaggero
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione ..... » 45

Mauro Grondona
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione ..... » 59

Mario Libertini
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università ..... » 71

Filippo Nappi
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma formativo per il giurista italiano ..... » 85

Andrea Nervi
Legis-latio e *iuris-dictio*; una storia infinita ..... » 99

Massimo Paradiso
I. A. Il computer di Buridano ..... » 113

Elena Pariotti
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali ..... » 123

Alessandro Somma
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo ..... » 133

Giuseppe Vettori
Eguaglianza e sostenibilità ..... » 151

GIUSEPPE ZACCARIA
Normatività giuridica e normatività algoritmica ..... p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA
Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE
La compravendita immobiliare tramite persona interposta ..... » 183

ROBERTO BOCCHINI
Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice ..... » 205

NICOLA BRUTTI
Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* ..... » *225*

CARMELITA CAMARDI
Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI
Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN
Abbandono e rinuncia alla comproprietà nel prisma della circolazione degli immobili ..... » 265

GIOVANNI CINÀ
Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense ..... » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS
Autoresponsabilità e contratto di assicurazione ..... » 293

ALESSANDRO D'ADDA
Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» ..... » 305

ENRICO DEL PRATO
Sul quarto libro del codice civile ..... » 325

MASSIMO FRANZONI
La responsabilità civile in un codice europeo? ..... » 339

DANIELA M. FRENDA
Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI
La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca ..... » 365

GREGORIO GITTI
L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI
Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" ..... » 401

MICHELE LOBUONO
Le fideiussioni *omnibus* conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato ..... » 409

ETTORE MARIA LOMBARDI
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciberspazio e iperuranio, dove condurrà il "futuro prossimo venturo"? ..... » 419

EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario ..... » 437

MARCELLO MAGGIOLO
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica ..... » 445

ENRICO MINERVINI
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura ..... » 451

PIER GIUSEPPE MONATERI
Il "*quantum*" del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona ..... » 457

STEFANO PAGLIANTINI
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela ..... » 467

GIOVANNI PASSAGNOLI
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia ..... » 479

ROBERTO PUCELLA
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo ..... » 487

FRANCESCO RICCI
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023) ..... » 503

NICOLA RIZZO
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno ..... » 519

VINCENZO ROPPO
L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili ..... » 533

CLAUDIO SCOGNAMIGLIO
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale ..... » 545

ANNA SCOTTI
Proposta di direttiva "*due diligence*": le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell'attività di impresa, il contratto e i codici di condotta ..... » 563

MAURO TESCARO
Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo ..... » 577

EMILIO TOSI
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo ..... » 591

PATRIZIA ZIVIZ
Il declino della perdita di *chances* di sopravvivenza ..... » 609

ANDREA ZOPPINI
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio "chi inquina paga") ..... » 619

BIODIRITTO

Marco Azzalini
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura ..... » 633

Lucia Busatta - Carlo Casonato - Simone Penasa - Marta Tomasi
Le "maschere" della vulnerabilità nella cura della persona ..... » 651

Francesco Donato Busnelli
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore ..... » 665

Elena Cadamuro
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica ..... » 679

Damiano Canale
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso ..... » 693

Stefano Canestrari
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento») ..... » 705

Giovanni Di Rosa
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito ..... » 713

Vincenzo Durante
Quando continuare a vivere diventa intollerabile ..... » 723

Enrico Antonio Emiliozzi
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita ..... » 739

Elena Falletti
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica ..... » 755

Massimo Foglia
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura) ..... » 769

Francesca Giardina
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana ..... » 775

Antonio Gorgoni
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia ..... » 791

Laurence Klesta Chabaud
Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française ..... » 813

Arturo Maniaci
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio ..... » 823

Gaia Marsico
Accogliere una richiesta di "aiuto a morire" può restituire uno spazio di vita? ..... » 839

Tiziana Montecchiari
Disposizione *post mortem* del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10 ..... » 853

Enrico Moscati
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione ..... » 865

Luciano Orsi
Le cure palliative come icona di una medicina gentile ..... » 875

Elisabetta Palermo Fabris
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari ..... » 879

Erica Palmerini
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia ..... » 893

Mariassunta Piccinni
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal "palliativo" non dirimente al "*pallium*" che cura ..... » 905

Debora Provolo
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. "scelte tragiche" ..... » 925

Marco Rizzuti
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi ..... » 939

Daniele Rodriguez - Anna Aprile - Paolo Benciolini
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219 ..... » 947

Sandro Spinsanti
L'etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità ..... » 959

Ines Testoni
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia ..... » 971

VOLUME SECONDO

DIRITTO DELLE PERSONE

Benedetta Agostinelli
Minori in rete: l'illusione del consenso e l'equivoco della *privacy* ..... » 983

Francesca Bartolini
Transessualismo, persona e famiglia ..... » 1001

Andrea Belvedere
Paolo Zatti giurista analitico ..... » 1013

Alberto Maria Benedetti
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni ..... » 1021

Giovanna Capilli
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR ..... » 1031

Gabriele Carapezza Figlia
Guarda de hecho e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili ..... » 1047

Giuseppe Carraro
Persona giuridica, società, libertà fondamentali ..... » 1061

MICHELA CAVALLARO
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative ..... » 1075

PAOLO CENDON
L'uomo che voleva punire se stesso ..... » 1087

MARTA CENINI
La c.d. legge "dopo di noi": l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili ..... » 1091

GIOVANNI DE CRISTOFARO
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE..... » 1099

MARIA VITA DE GIORGI
Memorie di una Garante del contribuente ..... » 1121

MAURIZIO DI MASI
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali » 1127

CHIARA FAVILLI
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali..... » 1143

GIAMPAOLO FREZZA
"Diritti di stato della persona", trascrizione della domanda di revocazione *ex* art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* e inapplicabilità della relativa disciplina ..... » 1159

ARIANNA FUSARO
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi ..... » 1169

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI
Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano ..... » 1193

CLAUDIA IRTI
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione ..... » 1215

GIOVANNI MARINI
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico..... » 1225

MARISARIA MAUGERI
Intersezionalità e diritto dei contratti ..... » 1245

ARNALDO MORACE PINELLI
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età ..... » 1251

TERESA PASQUINO
La dignità tra *ethos* e *nomos* nel "diritto gentile" di Paolo Zatti ..... » 1261

FABRIZIO PIRAINO
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili ..... » 1277

PIETRO RESCIGNO
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile ..... » 1295

ANNARITA RICCI
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali..... » 1297

UMBERTO ROMA
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace? ..... » 1311

LILIANA ROSSI CARLEO
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarietà ..... » 1321

ROBERTO SENIGAGLIA
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore ..... » 1331

MICHELE TAMPONI
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore ..... » 1345

MANUELA TOLA
Pagamenti digitali e fragilità della persona ..... » 1359

ANGELO VENCHIARUTTI
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità ..... » 1371

ALBERTO VENTURELLI
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione ..... » 1381

FILIPPO VIGLIONE
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità ..... » 1401

DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale» ..... » 1419

GUIDO ALPA
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni ..... » 1429

GIUSEPPE AMADIO
Lo scioglimento della convivenza ..... » 1447

ANTONINA ASTONE
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata ..... » 1463

FEDERICO AZZARRI
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta ..... » 1475

VALERIO BRIZZOLARI
La famiglia "sovraindebitata" ..... » 1487

LORENZA BULLO
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile ..... » 1505

ENRICO CAMILLERI
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile ..... » 1529

LISIA CAROTA
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione ..... » 1545

Bianca Checchini
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento ..... » 1563

Maddalena Cinque
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto ..... » 1579

Alessandra Cordiano
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia.... » 1597

Francesca Cristiani
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza ..... » 1613

Matteo Dellacasa
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato ..... » 1627

Valentina Di Gregorio
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia ..... » 1647

Gilda Ferrando
Lo stato di figlio nel prisma dell'interesse del minore ..... » 1663

Paolo Gallo
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell'arricchimento ..... » 1677

Attilio Gorassini
Gli adulti adulterati e la fame di "famiglia". Il nuovo cannibalismo dell'antropocene ... » 1691

Giovanni Iorio
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia ..... » 1703

Leonardo Lenti
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti ..... » 1717

Manuela Mantovani
Sullo *status* dei bambini nati da gestazione per altri all'estero. *Nihil novi?* Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162 ..... » 1727

Maria Rosaria Marella
Fra modernizzazione e tradizione: l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari ..... » 1753

Francesca Naddeo
Crisi coniugale ed accordi preventivi ..... » 1773

Salvatore Patti
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni ..... » 1789

Enrico Quadri
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare ..... » 1795

Silvio Riondato
"Persona comunque convivente" e legalità penale, nell'album di "famiglia" del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.) ..... » 1809

Filippo Romeo
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all'unità familiare ..... » 1825

UGO SALANITRO
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile ..... » 1839

FRANCESCO SANGERMANO
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a "fonte" ispiratrice della norma giuridica ..... » 1849

MICHELE SESTA
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari ..... » 1857

ARIANNA THIENE
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile ..... » 1867

STEFANO TROIANO
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività ..... » 1885

DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI

MINORI IN RETE: L'ILLUSIONE DEL CONSENSO E L'EQUIVOCO DELLA *PRIVACY*

SOMMARIO: 1. "Emancipazione digitale" e responsabilità genitoriale. – 2. La questione del consenso digitale del minore: dal GDPR al codice privacy. – 3. Baby-consumatore e baby-internauta: la rilevanza dello sviluppo fisico, psichico e morale. – 4. I sistemi di *parental control*: un'arma (spuntata) in mano ai genitori. – 5. Il nuovo *Digital Services Act* e l'individuazione di un "rischio sistemico" per i minori. Verso una tutela effettiva?

1. *"Emancipazione digitale" e responsabilità genitoriale*

Il *web* è, a tutti gli effetti, una "rete": connette e include, ma può anche intrappolare.

Certo nessuno può ragionevolmente pensare al tempo attuale, ingaggiando una battaglia di palese ed inutile retroguardia, di frenare quella che è stata chiamata "rivoluzione digitale" e che permea la vita quotidiana di ciascuno in misura sempre crescente.

Il fenomeno, tuttavia, proprio perché dirompente come impatto e capillare come effetto, non può essere guardato passivamente rinunciando a sondarne le criticità e a riconoscere i punti deboli che scopre, soprattutto per i soggetti di per sé anch'essi deboli, quali i minori.

E sebbene la stessa Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza[1] configuri il diritto del fanciullo alla libertà di espressione quale «libertà di ricevere e di divulgare informazioni e idee di ogni specie, indipendentemente dalle frontiere, sotto forma orale, scritta, stampata o artistica, o con ogni altro mezzo a scelta del fanciullo» (art. 13), non andrebbe enfatizzata la prospettazione di un vero diritto (addirittura fondamentale) all'accesso ad internet[2], ormai rappresentato quest'ultimo come una proiezione spaziale, benché virtuale, della sfera del singolo, ove esprimere la propria personalità, esercitando – come in uno spazio fisico – le libertà di manifestazione del pensiero, di parola e di partecipazione alla vita associata delle "comunità" (virtuali anch'esse) di cui si è, o ci si sente, parte.

I profili giuridici dell'uso ed abuso degli strumenti telematici, peraltro, sono più che mai intrecciati a quelli sociologici e persino antropologici, avendo l'avvento della rete mutato la struttura mentale dei nostri giovani: la vera e propria dipendenza delle nuove generazioni dalla tecnologia (e in particolare dall'uso dei social network) ha ali-

---

[1] Approvata dall'Assemblea Generale ONU nel 1989 e ratificata dall'Italia nel 1991.

[2] Per la configurabilità del diritto di accedere alla rete internet quale "diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo individuale e sociale", v. la "Dichiarazione dei diritti in Internet" (art. 2, comma 1°) pubblicata il 28 luglio 2015 dalla Commissione di studio per i diritti e i doveri in Internet costituita presso la Camera dei deputati. Sulla questione v. da ultimo D'IPPOLITO, *Diritti digitali*, in *Diritto privato digitale*, a cura di BATTELLI, Giappichelli, 2022, 4 ss. Sul tema già RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Laterza, 2014; COSTANZO, *Miti e realtà dell'accesso a Internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in *consultaonline*, 2012.

mentato, con preoccupante anticipazione, nei casi più gravi, fenomeni di ansia, depressione, disturbi del sonno e distorsioni dell'immagine corporea[3].

Il fenomeno ha finito per incidere anche sulle stesse relazioni umane, intra ed extra familiari[4].

Ciò induce a valutare l'importanza del momento regolatorio *ex ante* e del controllo *ex post* degli effetti che tale uso o abuso ingenera, specialmente nelle fasce più vulnerabili, ma anche più assidue, dei suoi frequentatori: i minori, appunto che, come tali, sono anche figli soggetti alla responsabilità genitoriale.

L'ambito stesso dell'educazione da parte dei genitori è, dunque, sensibilmente mutato negli ultimi anni e impone di verificare l'adeguatezza degli strumenti di cui sono dotati per esercitare il loro ruolo.

Come riportato nella Relazione al Parlamento 2021 dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza[5], il Commento generale n. 25 adottato dal Comitato Onu sui diritti dell'infanzia nell'86^ sessione (2021) richiama in primo luogo quattro principi generali della Convenzione di New York: non discriminazione, superiore interesse del minore, diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo e rispetto delle opinioni del minore. Tali principi sono destinati ad operare come guida per determinare le misure necessarie a garantire la realizzazione dei diritti dei minorenni anche nell'ambiente digitale.

In ambito domestico, l'Autorità garante per le comunicazioni, ha emanato di recente la le Linee Guida in materia di sistemi di "protezione dei minori dal rischio del cyberspazio"[6].

La proclamazione di uno specifico riguardo della categoria "minori" nel contesto tecnologico in cui la gran parte di loro si muove sembra cogliere la serietà e gravità del tema, ma occorre chiedersi come ciò si riverberi, in particolare, sulla fondamentale relazione genitori-figli e come leggere il fenomeno attraverso la lente dello strumentario del diritto di famiglia, il primo, per prossimità al minore, ad essere investito della sua salvaguardia.

Al diritto spetta, infatti, di svelare le eventuali inadeguatezze delle soluzioni tecniche offerte dal mercato, configurandosi il *web* come tale, in quanto luogo di soddisfazione di bisogni, di scambio e di incontro tra domanda e offerta. Così è, del resto, evidentemente considerato nell'Unione europea, impegnata negli ultimi anni in un massiccio

---

[3] Nell'ambito dei suoi rapporti sulla salute mentale dei giovani, l'Ocse ha diffuso nel 2019 lo studio Young People's Mental Health in the Digital Age - Shaping the Future, effettuato in 28 Paesi europei, dal quale è emerso che il 10% dei ragazzi e il 14% delle ragazze dagli 11 ai 14 anni, che trascorrono in media su internet circa 29 ore settimanali, hanno riferito di *"sentirsi a disagio"* più di una volta alla settimana; 61% dei quindicenni non ha una piena consapevolezza della quantità di tempo impiegato per l'utilizzo dei dispositivi digitali e più della metà (54%) ha riferito di sentirsi male davanti all'impossibilità di connettersi ad internet (cfr. *www.asvis.it*). La cronaca, poi, com'è tristemente noto, restituisce, da varie parti del mondo, notizie drammatiche di episodi di autolesionismo e addirittura suicidio tra giovanissimi in risposta a sollecitazioni mirate provenienti da piattaforme assai frequentate da bambini anche minori di 13 anni.

[4] Il tema è approfondito da Nardi, *La famiglia e gli affetti nell'era digitale*, ESI 2020.

[5] In *www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2022-06/agia-relazione-parlamento-2021.pdf*

[6] Delibera AGCOM 9/23/CONS del 25 gennaio 2023; l'art. 7-bis del d.l. n. 28/2020 cui dà attuazione prevede che i contratti di fornitura nei servizi di comunicazione elettronica devono prevedere tra i servizi preattivati sistemi di controllo parentale ovvero di filtro di contenuti inappropriati per i minori e di blocco di contenuti riservati ad un pubblico di età superiore agli anni diciotto; disattivabili solo su richiesta del consumatore e gli operatori di telefonia, di reti televisive e di comunicazioni elettroniche assicurano adeguate forme di pubblicità dei servizi preattivati.

e continuo tentativo di regolamentare la rete – di cui si predica neutralità ed apertura-funzionale, appunto, ad un "mercato unico digitale"[7].

I minori sono infatti parte e destinatari di tale mercato che li considera doppiamente interessanti: nell'immediato, quali consumatori attuali; in prospettiva, quali consumatori adulti, ormai avvezzi e ambientati.

Mai come oggi, peraltro, probabilmente, gli educatori sono (anche molto) meno attrezzati degli educandi e sono indubbiamente i primi a doversi munire dell'educazione digitale che dovrebbero impartire ai figli, a cominciare da un uso (auto)responsabile del mezzo e dalla consapevole conoscenza dei plurimi rischi della navigazione incontrollata.

Sempre valido, dunque, resta l'autorevole insegnamento per cui "l'educazione deve tendere a far emergere la concreta capacità di esercitare i diritti della persona: di avere opinioni, di avere credenze, di dire il suo pensiero, di avere relazioni affettive, di lavorare, di accedere alla vita sociale e politica"[8]. Si tratta oggi di calarlo nello specifico contesto dell'ambiente digitale, dove ormai prevalentemente i figli si muovono e dove devono quindi essere ugualmente presidiati quei "beni" essenziali alla natura stessa dell'educazione e riconducibili al c.d. "minimo etico", individuati nella salute, nel buon costume, nella difesa dalla violenza fisica e morale, nella dignità sociale, nelle libertà fondamentali (personale e di manifestazione del pensiero)[9].

Ciò rende evidentemente più gravoso nel tempo attuale il compito genitoriale: rispetto alla tecnologia galoppante, infatti, non solo pare più difficile per i genitori (che non siano, come spesso pure accade, "intrappolati" loro stessi nella rete) arginare le "insidie" telematiche ma finanche percepirne la stessa esistenza o l'incombenza; specialmente, come si dirà, quando l'accesso alla rete divenga, in ragione del raggiungimento della c.d. "maturità digitale", del tutto autonomo per il figlio e (praticamente) insondabile per il genitore.

Tra le altre prospettabili, almeno due sono le possibili ricadute di tale condizione sul fronte aperto della responsabilità genitoriale: quanto all'esercizio dei diritti personali (che sarebbero, secondo la lettura dominante, nell'esclusiva gestione dei titolari, pur minori), il rischio di lesione è sempre più frequente e la prevenzione sempre più difficile; quanto al danno cagionato dagli stessi minori, la responsabilità dei genitori *ex* art. 2048 c.c. tende ad una crescente "oggettivizzazione", per la fisica, materiale impossibilità di "vigilanza" del minore sul *web*[10].

---

[7] Cfr., tra gli ultimi e più significativi interventi, reg. UE n. 2065/2022 (*Digital Services Act*, o DSA), da combinarsi con il coevo reg. UE n. 1925/2022 (*Digital Markets Act*, o DMA), su cui v. *infra*, par. 5; dir. UE n. 770/2019; dir. UE n. 1808/2018; reg. UE n. 679/2016 (GDPR); reg. UE n. 2120/2015; reg. UE n. 531/2012.

[8] Zatti, *Familia, familiae. Declinazioni di un' idea. I) La privatizzazione*, in *Familia*, 2002, 39.

[9] V. ancora Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di De Cristofaro e Belvedere, Giuffrè, 1980, 238.

[10] I rischi generati dall'uso dei *social network* sono riconducibili a tre principali tipi: il *content risk* dato dalla generale esposizione del minore ai possibili contenuti lesivi della rete telematica; il *contact risk* rappresentato dall'iniziativa di un adulto che con il minore interagisca; il *conduct risk* legato ai possibili pregiudizi connessi all'uso di Internet da parte del minore in un contesto relazionale con i propri pari. In argomento Gatto, *Responsabilità genitoriale e controllo Facebook*, in *The best interest of the child*, a cura di M. Bianca, Sapienza Università Editrice, 2021, 986 ss.; Scia, *Minori e illeciti digitali nel sistema della responsabilità civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 559 ss.

2. *La questione del consenso digitale del minore: dal GDPR al codice privacy*

Proprio l'accesso alla rete rappresenta il primo cruciale elemento di valutazione dell'adeguatezza delle norme rispetto alla tutela dei minori.

La disciplina che contempla tale momento e segna la conquista dell'indipendenza rispetto ai genitori è nata, tuttavia, in un ambito che non risulta adeguato rispetto alla categoria protetta e alla *ratio* della sua protezione. Si tratta, infatti, della normativa in tema di autorizzazione al trattamento dei dati personali che, declinata rispetto ai minori, non coglie l'aspetto principale della questione che, se pur riguarda anche il profilo della riservatezza e dell'identità del minore, abbraccia l'intero (e ben più vasto) ambito del suo sviluppo fisico, psichico, morale, un vero e proprio *a priori* rispetto ad ogni singola manifestazione della sua personalità *in fieri*[11]. In altri termini, la sicurezza del minore *on line* che certo riguarda anche i dati personali da lui stesso (o da altri) immessi non si esaurisce in questo ma comprende tutto ciò con cui può venire in contatto (anche grazie ad una prima immissione di tali dati) durante la navigazione.

Com'è noto, il recente Regolamento europeo per la protezione dei dati (Reg. EU 2016/679, o GDPR), ha fissato all'art. 8 una disciplina specifica, che però non tocca (espressamente) la generale capacità di agire del minore, come regolata da ciascun ordinamento nazionale[12].

La norma dispone che ove il trattamento preveda il consenso dell'interessato, se vi è "un'offerta diretta di servizi della società dell'informazione" ai minori, tale trattamento "è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni", in caso di età inferiore va prestato o autorizzato da chi esercita la responsabilità genitoriale. Il limite di questa sorta di "maggiore età digitale" può venire ulteriormente abbassato dagli Stati nazionali (ma non al di sotto dei 13 anni)[13].

Il legislatore italiano, col decreto di adeguamento del codice privacy[14], ha ritenuto, contro il parere dell'Autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza[15] e con il favore,

---

[11] Il TUSMA (Testo unico servizi media audiovisivi) di cui al d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, attuativo della dir. UE n. 1808/2018, infatti, all'art. 4 contempla, tra i suoi principi, la "promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore, garantiti dalla Costituzione, dal diritto dell'Unione europea, dalle norme internazionali vigenti nell'ordinamento italiano e dalle leggi statali e regionali" e all'art. 37 vieta espressamente le "trasmissioni televisive gravemente nocive allo sviluppo fisico, psichico o morale dei minori, e, in particolare, i programmi che presentano scene di violenza gratuita o insistita o efferata ovvero scene pornografiche, nonché i film la cui proiezione o rappresentazione in pubblico ai minori di anni diciotto sia stata vietata dalle Autorità a ciò competenti".

[12] Per un commento puntuale della norma si rinvia a Montaruli, *La protezione dei dati personali e il minore*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio e Ricciuto, Giappichelli, 2019, 275 ss.; Lucchini Guastalla, *Privacy e data protection: principi generali*, in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, a cura di Tosi, Giuffrè, 2019, 76 ss.; Caggiano, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 2018, 3 ss. Spoto, *Disciplina del consenso e tutela del minore,* in *La nuova disciplina europea della privacy*, a cura di Sica, D'Antonio e Riccio, Cedam, 2016, 111 ss.

[13] In ciò il GDPR riproduce in sostanza la previsione del *Children's Online Privacy Protection Act 1998* (Coppa), che negli USA limita il necessario *parental consent* al raggiungimento dei 13 anni.

[14] Sull'adeguamento del "vecchio" codice privacy (d.lgs. n. 196/2003) avvenuto con il d.lgs. n. 101/2018 secondo una tecnica di novellazione assai discutibile, Cuffaro, *Quel che resta di un codice: il D.Lgs. 10 agosto 2018, n. 101 detta le disposizioni di adeguamento del codice della privacy al regolamento sulla protezione dei dati*, in *Corr. giur.*, 2018, 1181 ss.

[15] V. parere 23 maggio 2018, n. 1008 (*www.garanteinfanzia.it*), che suggeriva di confermare l'opzione dei 16 anni, età più idonea a garantire un più avanzato stadio di maturazione dell'adolescente, e già stabilita, ad es., per il riconoscimento del figlio e per la cessazione dell'obbligo scolastico. L'AGIA è, peraltro,

invece, del Garante Privacy[16], di fissarlo nei 14 anni, stilando una norma (art. 2 *quinquies*, d.lgs. n. 193/1996) ancora più chiara: "il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione".

Il GDPR, sulla scorta dell'attenzione eurounitaria verso i minori particolarmente esposti durante la navigazione in rete[17], proclama uno speciale riguardo nei loro confronti al *considerando* 38[18], che li riconosce apertamente "meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali" e al *considerando* 58, dove si prescrive un linguaggio "semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente" per qualsiasi informazione e comunicazione "quando il trattamento dati li riguarda".

Peraltro resta salva anche per i minori la possibilità sia di revocare il consenso dato sia di invocare il diritto all'oblio, inteso qui ed evolutosi in diritto alla cancellazione dei dati, successivamente al raggiungimento della maggiore età rispetto all'epoca in cui il consenso fu espresso (art. 17)[19].

L'introduzione di un "consenso digitale" anticipato rispetto alla soglia legale della maggiore età – una novità rispetto all'originaria dir. 96/46/CE in materia[20] – sollevando complesse questioni di sistema non indagabili in questa sede[21], ha incontrato un favore generalizzato, venendo prevalentemente letta come un passo ulteriore nella direzione di una maggiore autonomia dei giovani che (non è un caso) sono assidui (quando non compulsivi) fruitori dei "servizi della società dell'informazione" in questione, quali, ad es., i servizi di messaggistica istantanea, le piattaforme per la condivisione di fotografie o video o lo scambio di beni.

Premesso che "dati personali" sono elementi identificativi del soggetto (quali quelli anagrafici, l'indirizzo IP, la localizzazione, le preferenze rispetto ai siti visitati) e che possederli consente sia di conoscere sia di orientare i gusti, indirizzando pubblicità mi-

---

tornata a chiedere un ripensamento, ribadendo l'opportunità di assestarsi sull'età individuata dal GDPR per l'accesso ai social network (v. comunicato della Presidente Garlatti "*Bene la proposta francese di alzare l'età, ma l'Italia scelga 16 anni*", *www.garanteinfanzia.org*).

[16] V. Parere 22 maggio 2018, n. 312 (*www.garanteprivacy.it*) che invocava l'analogia con altre previsioni positive, quali l'assenso all'adozione e la promozione autonoma della tutela nei casi di cyberbullismo. Anche altri paesi hanno utilizzato la deroga: se, ad es., Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Romania, Slovacchia, Ungheria hanno lasciato il limite dei 16 anni, Grecia, Repubblica Ceca, Slovenia, Francia l'hanno abbassato a 15, mentre Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania, come l'Italia, a 14 anni e Belgio, Regno Unito, Spagna, Svezia, Inghilterra, Danimarca, Finlandia, Polonia, Portogallo addirittura a quello minimo di 13 anni.

[17] Per i programmi di protezione impostati a livello europeo si rinvia a C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei* social networks, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1327 ss.

[18] "(…) Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore (…)".

[19] Infatti "Tale diritto è in particolare rilevante se l'interessato ha prestato il proprio consenso quando era minore, e quindi non pienamente consapevole dei rischi derivanti dal trattamento, e vuole successivamente eliminare tale tipo di dati personali, in particolare da internet". Per un commento, Di Ciommo, *Diritto alla cancellazione, diritto di limitazione del trattamento e diritto all'oblio*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 353 ss. In argomento, di recente tornato in auge anche grazie all'avvento del GDPR, v. Livi, *Quale diritto all'oblio?,* Jovene, 2020; Bellomia, *Diritto all'oblio e società dell'informazione*, Cedam, 2020; in particolare sull'efficacia dell'ordine di rimozione, v. Astone, *Il diritto all'oblio* on line *alla prova dei limiti territoriali*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 223 ss.

[20] E così rispetto al d.lgs. n. 196/2003 di recepimento.

[21] All'impatto sistematico interno della norma dedica un'ampia riflessione, tra gli altri, Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, 2021, 75 ss.

rata e alimentando così il mercato "finale", non v'è ormai dubbio che essi rappresentino una merce preziosa e che quindi rispetto ad essa sia configurabile un (seppure peculiare e prodromico) "mercato dei dati"[22] dove diventano merce – e mezzo – di scambio. Soprattutto, aldilà di ogni possibile lettura giuridica del fenomeno, per il fatto che la loro cessione, che il consenso al "trattamento" implica, si presenta nella maggior parte dei casi come la *condicio sine qua non* per l'accesso al servizio stesso.

Ora, al netto della facile aggirabilità "tecnica" dell'ostacolo dell'età minima che rende la c.d. *age verification* un vero nodo (ancora) irrisolto e che solleva legittime perplessità sulla reale efficacia della norma, c'è da dubitare, invece, che il sedicenne e *a fortiori* il quattordicenne possano essere *in toto* equiparati in questo contesto, in ragione di tale "emancipazione digitale", a qualsiasi altro "interessato" al trattamento.

Se, poi, è lecito ancora dubitare (è tema assai noto e discusso) di un consenso autenticamente libero ed informato da parte degli stessi adulti, rispetto ai giovani(ssimi) ancor più facilmente questo elemento può esser percepito come "imposto"[23] invece che libero e più come ostacolo da rimuovere per soddisfare un desiderio che strumento di consapevolezza per entrare nel mondo digitale.

Soprassedendo qui sulla dibattuta questione della configurabilità e validità di un simile contratto che abbia nella cessione dei dati la controprestazione dei minori per il servizio, le implicazioni negoziali di detta cessione, che appaiono già intricate e oscure rispetto all'interessato adulto, rispetto al minore rischiano di far perdere di vista l'obiettivo ultimo della sua tutela, in questo specifico scenario; scenario che rappresenta, invece proprio uno di quelli in cui massimamente si svolge la personalità del minore e si articola quindi il suo sviluppo psico-fisico. È infatti evidente come l'uso dei *social network* in particolare, tra i servizi offerti, sia uno dei principali mezzi di socializzazione e di manifestazione del pensiero, concorrente quindi nella costruzione stessa dell'identità personale del giovane utente e responsabile della sua "esistenza digitale"[24].

In ciò si manifesta un'ormai evidente aporia: in un uno degli ambiti (il c.d. ambiente digitale) in cui il minore è più attivo ed esposto[25] rischia di essere meno tutelato.

Senz'altro è bene spiegare soprattutto ai minori e in modo per loro comprensibile a che cosa esattamente acconsentono, immettendo i dati e autorizzandone il trattamento, nonché la ragione di scambio sottesa alla richiesta, che può arguirsi (solo), quando opera, dal meccanismo escludente, per cui senza autorizzazione l'accesso è negato. A tal

---

[22] Come intende Cuffaro, *Il diritto europeo sulla protezione dei dati e la sua applicazione in Italia: spunti per un bilancio*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, a cura di Mantelero e Poletti, Pisa University Press, 2018, 35 s. per "rimarcare che la circolazione dei dati ha ormai da tempo assunto un rilievo sul piano economico che sarebbe ingenuo se non ipocrita ignorare". Sulla "lettura patrimonialistica" del fenomeno, v. Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 23 ss.; Senigaglia, *Minore età e contratto*, cit., 65 ss.; Zeno-Zencovich, *Do "Data Markets" Exist?*, in *MediaLaws*, 2019, 2, 21 ss. In giurisprudenza, v. di recente, Cons. Stato, 29 marzo 2021, n. 2630 e n. 2631, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 609, con nota di Midiri.

[23] Cfr. Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 266 ss. che sottolinea la prevalenza nel GDPR del momento circolatorio rispetto a quello identitario.

[24] "che talvolta assorbe o prevarica la loro esistenza fisica non virtuale": così M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di Senigaglia, Pacini, 2019, 150.

[25] Una dettagliata analisi del tema è contenuta nel Libro bianco "Media e minori" (2018) curato dall'AGICOM (*www.agcom.it*).

proposito, la raccomandazione circa la semplicità e la chiarezza del linguaggio[26] appare, tuttavia, a ben vedere, un presidio più apparente che reale, più di forma che di sostanza, inadeguato ad un'efficace e completa tutela.

Una certa qual disinvoltura nel cedere i dati, infatti, già ampiamente riscontrabile negli adulti – cui si può, tuttavia, imputare e rimproverare una scarsa ponderazione – tanto più la si riscontra mediamente nei minori, anche compiuti i 14 anni, proprio per l'inesperienza e la curiosità che li caratterizza e che giustificherebbe – per loro – un'analoga scarsa ponderazione.

Il minore, inoltre, quand'anche arrivasse a comprendere (grazie al linguaggio chiaro e sempre che ci si soffermi) le finalità per cui saranno trattati i suoi dati ben potrebbe non comprendere appieno o affatto la natura negoziale del gesto né i rischi della cessione propagabili nel tempo e nello spazio: coordinate entrambe potenzialmente infinite nel *web*.

E non si può omettere di considerare come sovente il linguaggio pur chiaro resti del tutto generico nell'indicare le finalità della raccolta, senza rappresentare né le possibili ulteriori finalità, né i possibili rischi connessi alla profilazione[27], né tanto meno la possibilità di incorrere o subire illeciti durante l'uso: profili sicuramente non ricompresi nelle "informazioni e comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi"[28].

Se, come è stato osservato[29], con l'avvento della rivoluzione digitale siamo di fronte ad una nuova forma di identità, anch'essa digitale, legata alla circolazione di simili dati, esprimere il consenso in tale ambito significa più complessivamente gestire *in toto* tale identità, ammettendo che i suoi estremi circolino.

La consapevolezza del duplice effetto della cessione – "divulgativo" e al contempo "costitutivo" della stessa identità digitale – spesso manca negli adulti: presumerla nei ragazzi, senza adeguate contromisure, rende ancora più illusoria l'autodeterminazione che il consenso dovrebbe rivelare e rende altresì illusoria l'attesa (o pretesa) da parte dell'art. 2 *quinquies*, cod. privacy di un consenso realmente "significativo".

---

[26] Tradotta così nel nuovo art. 2, *quinquies*, c. 2, cod. privacy: "In relazione all'offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi".

[27] Ovvero il trattamento automatizzato dei dati che rielabora particolari aspetti e abitudini della persona: v. *considerando* 71 del GDPR, ove peraltro si prevede che non dovrebbe "riguardare i minori". La raccomandazione non è stata poi riprodotta nell'articolato, per cui si discute se sia cogente; per un approfondimento si rinvia a Pierucci, *Elaborazione dei dati e profilazione delle persone*, in *I dati personali nel diritto europeo*, cit., 448 s. Sulla c.d. "*filter bubble*" coniata da Eli Pariser, che metaforicamente "evidenzia l'inglobamento della persona in una virtuale gabbia che raccoglie i dati, le preferenze, le scelte di prodotti o di servizi e che, attraverso un algoritmo, individua un preciso profilo" v. le riflessioni di M. Bianca, *La* filter bubble *e il problema dell'identità digitale*, in *MediaLaws*, 2019, 2, 39 ss.

[28] Lo rileva anche Bozzi, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss.

[29] Alpa, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 723 ss., per il quale "l'identità è diventata un concetto liquido. E il diritto alla identità un diritto connesso con una realtà fattuale fluttuante, dinamica, fluida, quasi inafferrabile. Di questa identità si è impossessata l'informatica, e l'ha piegata strumentalmente ai suoi usi patrimoniali, nella ricerca del profitto per connettere ciascun aspetto dell'identità ai beni, ai servizi, ai contatti che possono essere utili alla persona o, con la forza della pubblicità, divenire bisogni indotti che debbono essere soddisfatti". Sulla neonata "identità digitale" nelle sue varie, possibili accezioni v. anche Pasquino, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione,* in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, cit., 93 ss.

Quel grado di ponderazione in più allora sarebbe stato prudente, invece che estrometterli da ogni controllo, lasciarlo affidato e pretenderlo – per lo meno sotto forma di autorizzazione se non di sostituzione – dai genitori, posto che tale attività di assistenza – che infatti "resiste" fino al quattordicesimo anno – si inscrive pienamente nella responsabilità e nel dovere di cura cui sono tenuti *ex* artt. 315 *bis* e 316 c.c.

Così come ricade nel raggio del dovere educativo dei genitori il compito di impartire ai figli le regole del rispetto di se stessi e degli altri, specialmente ove più vulnerabili e, in generale, quelle per un uso responsabile dei mezzi di comunicazione; la potenzialità lesiva di questi dovrebbe essere adeguatamente illustrata, rappresentando, ad esempio, come la diffusione non autorizzata di informazioni, dati, immagini relative a minori da parte di altri minori possa integrare la violazione del diritto d'autore, del diritto alla riservatezza, all'immagine, alla reputazione o all'identità personale[30], quando non addirittura, per i suoi connotati specifici, le fattispecie di *cyberbullismo* (l. n. 71/2017)[31].

3. *"Baby-consumatore" e "baby-internauta": la rilevanza dello sviluppo fisico, psichico e morale*

I 14 anni rappresentano, dunque, una "maturità digitale" che è stata salutata, sull'onda di un certo "protagonismo minorile", come una conquista evolutiva del minore, sempre più e prima slegato dall'autorizzazione genitoriale, e direttamente ammesso a gestire in modo autonomo i suoi diritti personali nonché per tale via, secondo alcuni, anche quelli patrimoniali immediatamente connessi[32].

Ma, a ben vedere, anche questa maturità digitale, non diversamente da quella ordinaria di cui all'art. 2 c.c., sconta, con i limiti propri di ogni criterio standard, l'automatismo di una data: il compimento del quattordicesimo anno, a prescindere dalla valutazione circa la cruciale "capacità di discernimento"[33], di cui non si fa menzione alcuna e che, invece, è di recente assurta a criterio-guida negli spazi di autonomia esistenziale previsti (art. 315 *bis* c.c., ad es.) e che sola giustificherebbe una simile anticipazione.

---

[30] Per quanto meno agevole possa essere immaginare, per un minore, una proiezione sociale della persona, idonea a reclamare una specifica tutela. Sull'indefettibile riferimento alla proiezione sociale, quindi esterna, della persona nel delineare l'identità personale, CATAUDELLA, *L'identità personale*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, a cura di COMPORTI e MONTICELLI, I, ESI, 2005, 319.

[31] Configurate all'art. 1 da "qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo".

[32] Cfr. CAMARDI, *Minore e privacy nel contesto delle relazioni familiari*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, cit., 125 ss.; SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., *passim*. La questione, nei suoi termini essenziali, è annosa: v., ad es., GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Jovene, 1984; BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1982, 60 ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene, 1976.

[33] Sul punto, BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione: per una lettura non retorica del fenomeno*, cit., 265 ss., che considera come presunto il discernimento del quattordicenne alla base del suo consenso. In tema, RUSCELLO, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, in *Fam. e dir.*, 2011, 404 ss.

Diversamente dal passaggio alla maggiore età, tuttavia, che presume il raggiungimento di un sufficiente grado di maturità idoneo alla cura generale dei propri interessi, su cui si fonda il relativo potere di gestione[34], la maturità digitale non è chiaro a quale tipo, o sottotipo, di maturità alluda.

Dunque, che quello fornito spuntando una casella sia un autentico, per quanto superficiale, consenso, non è che una mera (ma utile) illusione.

Peraltro se è risaputo che lo sviluppo personale è il risultato dell'interazione di alcuni processi – biologici, cognitivi e socio-emotivi – e che nel *continuum* del processo di crescita possono distinguersi vari stadi evolutivi, è altrettanto risaputo che la maturità cognitiva non coincide necessariamente con quella emotiva, che consente di gestire le emozioni e prendere coscienza delle possibili conseguenze delle prozie azioni[35].

La perizia tecnologica di cui sono capaci i nativi digitali, quindi, non sempre e non da subito si accompagna ad un'adeguata consapevolezza.

Così come è ormai noto, anche ai gestori delle piattaforme *on line*, che proprio nella delicata fase dell'adolescenza, durante la quale i ragazzi sono sovraesposti e fruitori continui della rete, in ragione dello sviluppo graduale dell'encefalo, ancora naturalmente incompiuto, la zona più istintiva relativa alle emozioni e agli impulsi – particolarmente sensibile alle reazioni di gradimento e ai meccanismi di gratificazione – è relativamente preponderante rispetto a quella deputata a sede del controllo cognitivo e del giudizio ponderato, ancora in formazione e destinata a maturare per ultima.

Proprio l'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore (che andrebbe rispettato e considerato nelle sue specifiche tappe evolutive) risulta il grande assente del GDPR: così designato, invero, non compare affatto.

L'unico "sviluppo" di cui il regolamento si occupa è apertamente quello "dell'economia digitale in tutto il mercato interno" (*considerando* n. 7).

L'ottica del GDPR, del resto, che esplicita come suo scopo quello di incentivare l'economia digitale, "che vive e si nutre della circolazione dei dati, garantendo il diritto fondamentale alla protezione di questi, all'insegna della creazione di un clima di fiducia e di collaborazione"[36], sembra orientata più a *promuovere* che a *proteggere*, svelando così la natura "bifronte"[37] del diritto alla privacy, nella rinnovata accezione di diritto sulla circolazione dei propri dati.

In questo contesto, dunque, al giovane di 14 anni viene aperta una strada che può percorrere in autonomia ma non la si rende per lui più adatta e sicura, sicché risulta essere la medesima che percorreranno i maggiorenni e con i medesimi mezzi[38].

---

[34] Cfr., per tutti, DEL PRATO, *Le basi del diritto civile*, 4a ed., rist. agg., Giappichelli, 2021, 285.

[35] Sono, infatti, previste attualmente valutazioni specifiche di questi diversi aspetti del funzionamento mentale dell'individuo in età evolutiva: v. *Manuale diagnostico psicodinamico PDM-2 0/18. Infanzia e adolescenza*, ed. italiana a cura di LINGIARDI, MCWILLIAMS e SPERANZA, Raffaello Cortina Editore, 2020, 5 ss.

[36] Sul punto v. POLETTI, *Comprendere il Reg. UE 2016/679: un'introduzione*, in *Regolare la tecnologia. Il Reg. Ue 2016-679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo tra Italia e Spagna*, cit., 11 ss.

[37] Derivante dal carattere sia personale, per le implicazioni identitarie, che patrimoniale, correlato alla circolazione dei dati: M. BIANCA, *Il minore e i nuovi media*, cit., 151 ss. che per via di tale natura valuta come inadeguato l'attuale apparato di rimedi.

[38] Per C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei* social networks, cit., 1329, è necessario che "le concrete facoltà di utilizzo derivanti dall'iscrizione al *social site* siano differenziate tra minori di età e maggiori di età, sì che i minori non possano relazionarsi sui *social* con le medesime modalità dei maggiori di età", non essendo sufficiente in tal senso il ricorso di molti operatori a sistemi di filtraggio e di codifica dei contenuti.

Quindi lo stesso "baby-consumatore", protetto dal cod. consumo come soggetto vulnerabile[39], risulta esposto poi come "baby-internauta" agli stessi potenziali pregiudizi cui lo si era sottratto sotto l'altra veste, con l'aggiunta peraltro del pericolo, non sufficientemente valutato, di venire qui, per la innovativa interazione resa possibile dal mezzo, in contatto con altri utenti, anche sconosciuti, e di incorrere (attivamente o passivamente) in illeciti *on line*[40].

E così, per esempio, il minore "in situazioni pericolose" che non avrebbe potuto vedere in televisione, in pubblicità o in programmi destinati alla fascia "protetta"[41], può trovarlo rappresentato in un video caricato da un coetaneo su una piattaforma di condivisione e cedere alla temuta tentazione emulativa, come purtroppo la cronaca talvolta tragicamente racconta; lo stesso dicasi per l'esposizione a scene di abusi e violenza gratuita e insistita.

Si pensi poi a come i minori vengono sollecitati dai media, spesso in modo subliminale, a prestare il loro consenso digitale per accaparrarsi il servizio che viene offerto come gratuito[42] e come si ingeneri un meccanismo a catena di inviti pubblicitari sapientemente inseriti durante la navigazione, anche solo nel corso di un videogioco, consentendo al gestore di realizzare e sfruttare forme di pubblicità targettizzata e comportamentale, basata appunto sull'uso fatto dall'utente inconsapevole[43].

Per colmare la lacuna e correggere la contraddizione che ne deriva, all'offerta di servizi della società dell'informazione dovrebbero estendersi allora le precauzioni di cui all'art. 31 cod. consumo, specialmente quando la tecnica di inserimento di banner pubblicitari si configuri come "pratica commerciale" ai sensi dell'art. 18, lett. d) cod. consumo[44]. Una pratica commerciale, si direbbe, doppiamente scorretta proprio per-

[39] Art. 31 (Tutela dei minori): "1. La televendita non deve esortare i minorenni a stipulare contratti di compravendita o di locazione di prodotti e di servizi. La televendita non deve arrecare pregiudizio morale o fisico ai minorenni e deve rispettare i seguenti criteri a loro tutela: a) non esortare i minorenni ad acquistare un prodotto o un servizio, sfruttandone l'inesperienza o la credulità; b) non esortare i minorenni a persuadere genitori o altri ad acquistare tali prodotti o servizi; c) non sfruttare la particolare fiducia che i minorenni ripongono nei genitori, negli insegnanti o in altri; d) non mostrare minorenni in situazioni pericolose".

[40] Sui rischi per i minori in rete (i fenomeni di *grooming*, *sexting*, *blue whale*, *cyberbulling*, ecc., sono ormai noti) v. Andreola, *Minori e incapaci in* Internet, ESI, 2019.; Ead., *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, in *Fam. e dir.*, 2021, 849 ss.; Battelli, *Minori e* social network: *cyberbullismo e limiti della* parental responsability, in *Corr. giur.*, 2021, 1269 ss.; Thiene, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, Vol. 9, n. 13/2017, 26 ss. Sostiene la necessità, per la loro difesa, di una "strategia pluridimensionale" che combini la collaborazione di genitori, scuola e operatori dei *social network*, C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei* social networks, cit., 1327.

[41] Si fa riferimento al citato TUSMA nonché al Codice di autoregolamentazione Media e Minori e all'art. 31 cod. cons. (v. nota 40) che, in vario modo, con l'intento di promuovere il benessere, la salute e l'armonico "sviluppo fisico, psichico e morale" del minore, dettano disposizioni sulla pubblicità e sulla tipologia di programmi che per contenuto (violento, pornografico, pericoloso) non possono essere mandati in onda (o con opportune segnalazioni) in fasce orarie predeterminate, potenzialmente frequentate da minori. In argomento per maggiori approfondimenti sia consentito rinviare ad Agostinelli, *Informazione e minori: una lettura integrata per una tutela uniforme*, in *Juscivile*, 2022, 334 ss.

[42] Il Consiglio di Stato (29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631, cit. nota 20) ha ravvisato gli estremi della pratica ingannevole nella modalità di iscrizione a Facebook, non venendo adeguatamente rappresentato che il servizio fornito dalla piattaforma come gratuito era legato alla messa a disposizione dei dati per finalità commerciali non meglio definite.

[43] È noto il caso di TikTok (piattaforma per divulgare video), responsabile di diverse violazioni delle norme sulla privacy e di quelle a tutela dei consumatori; sugli stimoli al consumo suscitati in rete v. le riflessioni di Criscuolo, *Minore-consumatore e diritto all'identità*, in *The best interest of the child*, cit., 986 ss.

[44] Anche quando non si tratti di meri "messaggi evocativi, suggestivi, volti ad attirare l'attenzione del consumatore", v. sul punto Alpa, in *Diritto dei consumatori*, a cura di Alpa e Catricalà, il Mulino, 2016, 183. L'art. 18 cod. consumo definisce, infatti, pratica commerciale "qualsiasi azione, omissione, con-

ché si rivolge ai destinatari più vulnerabili, per i quali andrebbe sempre ricordato che l'abilità tecnica nell'uso del dispositivo, propria dei "nativi digitali", non postula affatto una pari capacità critica; non solo, alla fisiologica curiosità e mancanza di esperienza del singolo si contrappongono sistemi di intelligenza artificiale che adottano meccanismi di "raccomandazione" (*recommendation*)[45] automatici, collegati alle preferenze che l'utente ha inconsapevolmente rivelato soffermandosi nella fruizione di specifici video e nella selezione di ulteriori sullo stesso tema.

In definitiva, il minore vulnerabile davanti allo schermo della TV resta tale, o lo è vieppiù, davanti a quello di un cellulare o di un tablet e, a differenza dell'adulto, che viene considerato "debole" (solo se e) quando veste i panni del consumatore, lo è a prescindere dal ruolo rivestito: di qui il senso della sua stessa protezione che per essere effettiva deve risultare uniforme, senza spazi che, asseritamente guadagnati alla sua autonomia, finiscono per restare vuoti di tutela.

Una simile aporia – parzialmente superata ora dal nuovo TUSMA[46], dalle citate Linee Guida AGICOM, ad esso connesse, nonché dall'ultimo Regolamento UE in materia di servizi digitali (DSA), come si vedrà – tradisce (o, forse, tradiva) una certa sottovalutazione dei plurimi riflessi che, ad esempio, la semplice iscrizione ad un *social network*, per nulla neutra, produce, e pone un problema di effettività e pienezza della protezione. Protezione che, in questa prospettiva, la spinta all'autonomia indotta dal consenso anticipato – pur in astratto condivisibile obiettivo di legislatore e interprete – rischia di compromettere o, in qualche misura, depotenziare. Non si può non riconoscere, infatti, che il minore si trova spesso più *solo* che *autonomo* nel venire in contatto con una realtà virtuale della cui incidenza sulla sua sfera personale può non percepire la reale portata e che il guadagnato consenso, finalmente scevro da condizionamenti genitoriali, può però aprire ad una serie indefinita di altri condizionamenti da parte di terzi, sottratti questi ad ogni controllo[47].

4. *I sistemi di* parental control*: un'arma (spuntata) in mano ai genitori*

La protezione del minore *on line* non si esaurisce certo con la regolazione del consenso al trattamento dei dati, qualunque natura gli si attribuisca[48]; coinvolge, piuttosto,

---

dotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori".

[45] Ossia un "sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate" (v. DSA, art. 3, lett. s).

[46] Che all'art. 42 prevede che "i fornitori di piattaforme per la condivisione di video soggetti alla giurisdizione italiana devono adottare misure adeguate a tutelare: a) i minori da programmi, video generati dagli utenti e comunicazioni commerciali audiovisive che possano nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale a norma dell'articolo 38, comma 3".

[47] Noti i fenomeni, dilaganti specie nei ragazzini più fragili e condizionabili, che accettano tragiche "sfide" sui social, prestandosi ad atti di autolesionismo, fino all'estremo, o esibendo immagini intime di sé o di altri, condividendo contenuti su temi delicatissimi quali la depressione o i disturbi dell'alimentazione o il cyberbullismo. Altrettanto noto il rischio di *grooming*, ossia l'adescamento on line, favorito proprio dalla facile creazione di un'identità fittizia anche da parte degli adulti che possono apparire minori.

[48] Il GDPR non assoggetta la persona fisica che tratti i dati nell'ambito di un'attività a carattere squisitamente personale o domestico, come la corrispondenza, l'uso dei *social network* e l'attività *on line*. Così come esula la violazione che sia posta in essere dai medesimi genitori: si pensi al caso della pubblicazione

il momento della fruizione dei vari servizi in rete che, a prescindere dal primo accesso, poi avviene normalmente in totale indipendenza. Lì si apre allora il più complesso scenario della responsabilità legata ai contenuti immessi, auspicabilmente da estendersi meglio al *provider* fornitore del servizio di *hosting*, prevedendo forme di più stringente controllo e prevenzione[49].

In questa direzione sembra almeno in parte volersi muovere, come si vedrà, il nuovo *Digital Services Act* che finalmente mostra – e/o dichiara – una maggiore attenzione al minore in rete e tenta di prendere contromisure, la cui efficacia (specialmente preventiva) è però ancora tutta da verificare, all'esito della concreta implementazione della normativa.

Non si può tuttavia disconoscere che una vigilanza scrupolosa nel momento dell'ingresso (più consapevole) nella rete – una nuova "casa di vetro"[50] – resta ancora il primo baluardo a difesa del giovane navigante cui di tale casa vengano affidate idealmente le chiavi e che non è ai soli gestori delle piattaforme che può essere delegata la tutela.

La frequentazione da parte dei minori del c.d. "ambiente digitale", atto a divenire sempre prima per i nativi un ambiente familiare, infatti, non è una questione (solo) di trasparenza negoziale né una questione (solo) di privacy, pur coinvolgendo senza dubbio lo specifico aspetto della circolazione e sfruttamento dei loro dati: è prima di tutto una questione di responsabilità genitoriale. Funzione, questa, non delegabile e non fungibile che, peraltro, con il diritto alla riservatezza del minore deve pure a sua volta fare i conti per parte sua, in un delicato e modulabile bilanciamento tra le istanze parentali di guida e vigilanza e quelle filiali di riserbo ed esclusione.

Il taglio con cui si è regolato (grazie al GDPR) l'accesso dei minori, attraverso l'autonomo consenso, quindi, non coglie che un aspetto della vicenda ma non l'ampia gamma di effetti che la navigazione conseguente a tale accesso produce.

Considerato, infatti, che la normativa sulla privacy risponde ad una logica diversa e specifica calibrata peraltro sugli adulti, maturi e consapevoli e non esposti perciò ai medesimi rischi dei minori, il parametro della tutela invocata (la privacy, appunto) si rivela un grande "equivoco" e l'apparato normativo risulta inadeguato rispetto all'esercizio del compito genitoriale che abbraccia una tutela ben più estesa.

---

sui *social network* delle fotografie dei propri figli (c.d. *sharenting*, crasi tra *sharing* e *parents*). Sul fenomeno, del cui divieto per legge si discute in Francia e che preoccupa – specie il fronte della pediatria – anche in Italia, per le variegate ripercussioni di una precoce esposizione, v. ANDREOLA, *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, cit., 857; SCIA, *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, ESI, 2020; TRIB. TRANI, ord. 30 agosto 2021, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, I, 25, con nota di ZANOVELLO; TRIB. MANTOVA, 19 settembre, in *Fam. e dir*., 2018, 380 ss.

[49] Cruciale l'inquadramento dei soggetti coinvolti a vario titolo nella diffusione dei contenuti illeciti, su cui la giurisprudenza fonda il giudizio di responsabilità: emblematica in tal senso, CASS. PEN., 17 dicembre 2013, n. 5107, in *Giur. it*., 2014, 2016, con nota di MACRILLÒ che, nella nota vicenda Google-Vividown, per l'immissione in rete di un video con soprusi ad un ragazzo con sindrome di Down da parte di coetanei, ha escluso la responsabilità del *provider* in quanto non considerabile come titolare del trattamento; in proposito, MONTARULI, *La protezione dei dati personali e il minore*, cit., 313. Sulle figure soggettive implicate dal GDPR (il titolare del trattamento -*data controller*- il responsabile -*data processor*- e il soggetto interessato, portatore dell'informazione -*data subject*), v. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate dal GDPR: la novità del Data Protection Officer*, in *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, cit., 117 ss. Il tema, già oggetto della dir. 2000/31/CE è ora rivisto dal DSA, sui cui v. anche *infra*, par. 5.

[50] CLARIZIA, Internet*: gli interrogativi del civilista*, in *Dir. di internet*, 2022, 5, avverte che "La tecnica sopravanza il diritto e rende impossibile una concreta tutela della riservatezza. La persona è accerchiata e si scopre oggetto di continua attenzione, sotto riflettori che è impossibile oscurare o spegnere".

Emblematico di ciò il meccanismo dei sistemi di controllo parentale (SCP)[51] che, attivabili sul dispositivo proprio e dei figli, consentono una supervisione dei genitori sull'uso del mezzo, attraverso, ad esempio, l'autorizzazione o il blocco delle applicazioni, l'impostazione del tempo di riposo, il calcolo della quantità di tempo trascorso in rete, la verifica dei siti visitati, la geolocalizzazione del *device*.

Detti sistemi, installabili volontariamente con apposite applicazioni, non possono essere ridotti solo ad una serie di accorgimenti tecnici per monitorare o co-gestire l'account del figlio ma vanno opportunamente considerati quale vera e propria "sottovoce" dell'educazione (l'"educazione digitale", appunto) che i genitori devono impartire ai figli e rispetto alla quale non dovrebbero trovarsi ad avere le mani legate[52].

Invece, il passaggio dal 13° al 14° anno di vita per un minore dotato (come l'ormai totalità degli adolescenti), grazie all'iniziale concorso del genitore, di un proprio *account*, non è paradossalmente meno brusco di quello dalla minore alla maggiore età. La piattaforma fornitrice dell'account del figlio che si approssima al fatidico compleanno normalmente avvisa via mail separatamente figlio e genitore che da quel giorno il primo potrà decidere come gestire il proprio account, presentando le opzioni possibili tra cui scegliere: "continuare a utilizzare le impostazioni di supervisione dei genitori già esistenti"; "configurare la supervisione per ragazzi di età superiore a 14 anni", ossia la minima richiesta; "gestire autonomamente l'account".

Nel caso la scelta cada sull'autonoma gestione (che evidentemente il GDPR dà per scontata), si "sbloccano" simultaneamente tutti i canali prima preclusi, le funzionalità di "filtro" (anche di contenuti inappropriati) e tutte le autorizzazioni necessarie, sino a quel momento, per "accompagnare" e vigilare relativamente sulla navigazione del figlio che potrà ora ricevere annunci personalizzati fino a quel momento inibiti *ratione aetatis.*

In altri termini, una maturità digitale tanto repentina quanto assoluta.

I filtri disattivati sarà certo possibile installarli di nuovo ma solo con il consenso del figlio che, in una distopica inversione di ruoli, dovrà a ciò autorizzare il proprio genitore e che in ogni caso e in ogni momento potrà successivamente interrompere la supervisione.

Alla ricezione di un simile avviso, automatico e impersonale, il genitore percepisce che insieme al suo (relativo) controllo ha perduto la possibilità di una (relativa) protezione e che ora il figlio sarà oltreché più autonomo più solo; il figlio, per parte sua, percepisce invece che si spalanca di fronte a lui lo sconfinato mondo della rete, senza canali preclusi, dove per ogni nuova acquisizione (e acquisto) non necessita più di alcuna autorizzazione.

Quindi tra i 14 e i 18 anni i genitori si trovano ad essere deprivati (da un gestore telematico), insieme al vaglio preventivo dei luoghi digitali frequentati dal figlio, di una "quota" di responsabilità genitoriale; si apre, per loro, una sorta di zona virtuale "franca" che sfugge alla conoscenza prima ancora che al controllo, dove la tutela dei minori e dai minori stessi si fa ulteriormente più complicata.

---

[51] Cfr. D'Ambrogio, Parental control*: accorgimenti tecnici per escludere la fruizione da parte dei minori di contenuti classificati a visione non libera*, in *Familia*, 2018, 25 ss.

[52] Sulla necessità di una specifica "dimensione digitale" nell'educazione, da non confondere con l'educazione digitale come "complesso di regole di competenza sull'uso della rete", v. M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, cit. 161; in argomento sia consentito rinviare anche ad Agostinelli, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 155 ss. Sul fronte della psicologia molti gli studi: v., ad es., Volpi, *Genitori digitali. Crescere i propri figli nell'era di internet*, il Mulino, 2017.

Tale sorta di "sottrazione" di competenza, automatica ed estesa, non fa che confermare che quello dei minori in rete non è (e non crea solo) un problema di privacy, all'altare della quale viene improvvidamente sacrificato l'esercizio effettivo e compiuto della responsabilità genitoriale.

Difficile negare che siano state quanto meno sottovalutate le ricadute, in caso di condotte illecite, anche sul piano di un'eventuale culpa *in vigilando* se non *in educando* (*ex* art. 2048 c.c.): considerando che la nota prova liberatoria dalla relativa presunzione[53] è già di per sé ritenuta diabolica, calata nel contesto di un atto *on line* diviene praticamente impossibile, se persino l'addestramento diretto e partecipato al corretto uso del mezzo telematico viene inibito ai genitori in nome di un'irretrattabile autonomia dei figli (appena) quattordicenni.

Ai genitori, che non sono messi in condizione di esercitare come prima la medesima vigilanza, vengono, per così dire, "spuntate" le armi proprio nel momento e nel luogo della massima esposizione al pericolo per i figli (sia di commettere sia di subire abusi) e proprio quando la necessità della specifica educazione digitale si fa più urgente.

5. *Il nuovo Digital Services Act e l'individuazione di un "rischio sistemico" per i minori. Verso una tutela effettiva?*

Se agli operatori del web è dato un così consistente (e sottovalutato) potere di incidere sulla sfera personale della relazione familiare, gli stessi sembrano dover essere ora maggiormente coinvolti in prima persona e "responsabilizzati" nella tutela dei minori rispetto ai contenuti reperibili nella navigazione.

E così le citate nuove Linee Guida dell'AGICOM[54], emanate a seguito della consultazione pubblica con i principali operatori ed associazioni di categoria, sono volte a orientare gli operatori stessi in ordine alle modalità di realizzazione della protezione dei minori (in parte, come s'è detto, regolata anche dal TUSMA, cui le Linee danno seguito) attraverso la messa a disposizione del consumatore di sistemi di controllo parentale (da configurarsi gratuitamente e in modo semplice e intuitivo) o di filtro di contenuti inappropriati per i minori o di blocco di quelli riservati a un pubblico maggiorenne[55].

Da ultimo, poi, come anticipato, è stato emanato il Reg. UE 2022/2065 (*Digital Services Act*) in combinazione con il Reg. UE 2022/1925 sui mercati digitali (*Digital Markets Act*) all'interno di un unico disegno normativo volto a disciplinare, con modalità e mezzi diversi, l'offerta di prodotti e servizi all'interno del mercato digitale, coerentemente con la strategia per l'Europa digitale ed il Piano d'azione per la democrazia europea presentati nel 2020[56].

---

[53] "Di non aver potuto impedire il fatto", che, secondo l'interpretazione dominante, consiste nella prova (positiva) "di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato su di lui una vigilanza adeguata, il tutto conforme alle condizioni sociali, familiari, all'età, al carattere, all'indole del minore": v., *ex plurimis*, Cass., 20 ottobre 2005, n. 20322; Cass., 6 dicembre 2011, n. 26200. Emblematico il caso della responsabilità per la pubblicazione delle immagini intime di una minore ad opera di coetanei deciso da Trib. Sulmona, 9 aprile 2018, su cui Thiene, *Ragazzi perduti* online*: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2018, I, 1618.

[54] V. *supra*, nota 6.

[55] Le principali categorie di contenuti a visione non libera sono state individuate in: contenuti per adulti, gioco d'azzardo, armi, violenza, odio e discriminazione, pratiche dannose per la salute, *anonymazer.*

[56] Cfr. Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 67 final, "Plasmare il futuro digitale dell'Europa" (*https://eur-lex.europa.eu*); "Un'Europa pronta per l'era digitale: proposta della Commissione di nuove norme per le piattaforme digitali", Bruxelles, 15 dicembre 2020, (*ec.europa.eu*).

Obiettivo in particolare del DSA è "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari stabilendo norme armonizzate per un ambiente online sicuro, prevedibile e affidabile che faciliti l'innovazione e in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compreso il principio della protezione dei consumatori, siano tutelati in modo effettivo" (art. 1).

Sembra essere acquisito, dunque, che la rivoluzione digitale, aumentando le potenzialità tecnologiche della rete e diffondendosi oltre ogni confine, finisce per lasciare scoperte ampie zone della sfera personale del singolo, ove i suoi diritti sono suscettibili di venire compromessi, violati o impediti, specialmente con la profilazione dell'utente e con l'immissione in rete di contenuti illegali e nocivi.

Evidentemente a fronte della illusoria neutralità e libertà *della* e *nella* rete, la conta dei variegati danni alla persona che di essa si serve cominciava a pesare sull'altro piatto della bilancia, inducendo a perseguire formalmente appunto un "ambiente digitale sicuro, prevedibile e affidabile".

Il DSA, infatti, distinguendo tra gli operatori quelli di "grandi dimensioni" (c.d. "*gatekeepers*")[57], tenuti ad una particolare condotta e soggetti ad una particolare auto-vigilanza, individua tra i "rischi sistemici", "reali o prevedibili", che gli operatori dovranno calcolare e comunicare (*considerando* 80-83): quelli relativi all'esercizio dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta di Nizza, inclusi i diritti del *minore*, e quelli legati alla progettazione o all'uso, "anche mediante manipolazione, di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, con ripercussioni negative, effettive o prevedibili, sulla tutela della salute pubblica e dei *minori* e gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona o per la violenza di genere".

In particolare, quanto ai rischi per i diritti dei minori, i *gatekeepers* dovrebbero valutare quanto sia facile per loro comprendere la progettazione e il funzionamento del servizio, nonché come possano essere esposti a contenuti nocivi per la loro salute o il loro sviluppo fisico, mentale e morale, rispetto, a esempio, alla progettazione di interfacce online[58] che sfruttano le debolezze e l'inesperienza dei minori o che possono causare comportamenti di dipendenza.

I servizi dovrebbero poi essere organizzati in modo da consentire ai minori di accedere facilmente ai meccanismi previsti dal regolamento, se del caso, compresi quelli di segnalazione e reclamo e dovrebbero essere attivate misure atte a "proteggere i minori dai contenuti che potrebbero nuocere al loro sviluppo fisico, mentale o morale e fornire strumenti che consentano un accesso condizionato a tali informazioni".

Con simili premesse, che lascerebbero presagire un intervento in chiave di precauzione, che inibisca almeno ai minori l'accesso ove non adeguatamente sicuro, la regolamentazione normativa poi si risolve nell'art. 14 (Termini e condizioni) per cui "Se un servizio intermediario è principalmente destinato a minori o è utilizzato in prevalenza da questi, il prestatore di tale servizio intermediario spiega in modo comprensibile per i minori le condizioni e le restrizioni che si applicano all'utilizzo del servizio"; nell'art. 28 ("Protezione online dei minori"), che prescrive ai "fornitori di piattaforme online accessibili ai minori" di adottare "misure adeguate e proporzionate per garantire un

[57] La "soglia operativa" attualmente stabilita è di 45 milioni di utenti, equivalente al 10% della popolazione dell'Unione.

[58] Per "interfaccia online" il reg. intende "qualsiasi software, compresi i siti web o parti di essi, e le applicazioni, incluse le applicazioni mobili" (art. 3, lett. m).

elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio" e di non presentare sulla loro interfaccia pubblicità basata sulla profilazione, usando i dati personali del destinatario del servizio "se sono consapevoli, con ragionevole certezza, che il destinatario del servizio è minore".

Se il divieto di trattare per fini commerciali i dati dei minori era già stato stabilito dalla Dir. (UE) 2018/1808 sui servizi audiovisivi, la novità apportata dal DSA è che gli eventuali danni sui minori rientrano nell'obbligo di valutazione del "rischio sistemico" (art. 34).

Tuttavia il rispetto di tali prescrizioni "non obbliga i fornitori di piattaforme online a trattare dati personali ulteriori per valutare se il destinatario del servizio sia minore", il che sembra lasciare impregiudicato e quasi ineluttabilmente irrisolto il problema (centrale) dell'ardua *age verification*[59].

In estrema sintesi, la maggiore tutela generale offerta dal DSA dovrebbe passare, all'esito della compiuta implementazione del provvedimento, scandita in diverse tappe[60], da un lato, per le prescritte valutazioni preventive di impatto dei "rischi sistemici", dall'altro lato, per una serie di "misure" atte a contrastare la circolazione di beni, servizi o contenuti illeciti online. Tra tali misure rientrano: un meccanismo per consentire agli utenti di segnalare tali contenuti e alle piattaforme di collaborare con 'segnalatori attendibili'; il divieto di determinati tipi di messaggi pubblicitari mirati sulle piattaforme online; misure di trasparenza per le piattaforme online su vari aspetti, compresi gli algoritmi utilizzati per i suggerimenti; una struttura di vigilanza che rifletta la complessità dello spazio online.

Sullo specifico fronte dei minori, questa nuova attenzione alla rete come fonte di rischi (oltreché di pluralismo ed opportunità) ha consentito in particolare il "ritorno" dell'armonico sviluppo del minore, assente, come si è rilevato, nel GDPR: il che di per sé appare un buon segno anche se le attese di chi sperava in un obbligo di controllo in ingresso da parte degli *internet service provider* sono state vane[61], confermata com'è la

[59] Suggerisce ad esempio l'AGIA di introdurre una sorta di spid per minori: v. Dichiarazione stampa "*Safer internet day, l'Autorità garante: 'Attenzione ai rischi, ma proibire non è realistico'. Garlatti: 'Una Rete sicura permette di tutelare i ragazzi e di esercitare diritti preziosi sfruttando appieno le possibilità offerte dal web'* (*www.garanteinfanzia.org*). Con riferimento al recente, noto problema dell'uso di ChatGPT (piattaforma sviluppata e gestita dalla società statunitense OpenAI L.L.C. in grado di elaborare un linguaggio similare a quello di una conversazione umana, basata su domande e risposte, grazie ad algoritmi avanzati di apprendimento automatico), il Garante Privacy domestico ha disposto in via d'urgenza la limitazione provvisoria in Italia del trattamento dei data da parte di OpenAI, anche in quanto ha rilevato "l'assenza di qualsivoglia verifica dell'età" che, secondo i termini pubblicati da OpenAI, è riservato a soggetti che abbiano compiuto almeno 13 anni e "considerato che l'assenza di filtri per i minori di età di 13 anni espone gli stessi a risposte assolutamente inidonee rispetto al grado di sviluppo e autoconsapevolezza degli stessi" (v. provvedimento del 30 marzo 2023 n. 112, *www.garanteprivacy.it*). Successivamente, sulla base delle rassicurazioni ricevute dalla società circa la sua intenzione di collaborare e ottemperare alle richieste del Garante, quest'ultimo ha intanto sospeso la limitazione provvisoria (v. Provvedimento dell'11 aprile 2023 n. 114, www.garanteprivacy.it), imponendo però ad OpenAI di redigere entro il 31 maggio 2023 "un piano per l'adozione di strumenti di age verification idoneo a escludere l'accesso al servizio agli utenti infratredicenni e a quelli minorenni in assenza di un'espressa manifestazione di volontà da parte di chi esercita sugli stessi la responsabilità genitoriale. L'implementazione di tale piano dovrà decorrere, al più tardi, dal 30 settembre 2023".

[60] Le piattaforme online entro febbraio 2023 dovevano comunicare il numero degli utenti finali attivi sui loro siti web. Sulla base di tale numero, la Commissione valuterà chi debba essere designata come piattaforma o motore di ricerca di grandi dimensioni e questa disporrà di 4 mesi per conformarsi agli obblighi previsti dalla normativa sui servizi digitali, fra i quali la conduzione del primo esercizio annuale di valutazione del rischio.

[61] Cfr. *Digital services act, Scorza: "Le luci e le poche ma gravi ombre delle nuove regole Ue"* (*www.garanteprivacy.it*).

generale "assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti" da parte dei prestatori di servizi intermediari (art. 8)[62].

La tutela articolata dalla nuova regolamentazione sembrerebbe, dunque, nonostante l'impostazione in termini di rischio preventivato *ex ante*, più che altro affidata ad un sistema di rimozione *ex post* o, meglio, di "attenuazione" del rischio (art. 35) all'esito delle ricevute "segnalazioni".

Che si possa, dunque, invertire completamente la rotta nella direzione di una rete davvero "sicura" pare difficile, considerato che il modello di business digitale si fonda proprio sulla massimizzazione del "tempo di cattura" dell'attenzione degli utenti (anche minori) e che il rischio, da rivalutare ciclicamente, è di per sé gestibile.

Se la sanzione all'inottemperanza dei potenti operatori dei servizi della società digitale, ad es., sarà pecuniaria (art. 52), il rischio da prevalutare può tradursi in un rischio calcolato che l'operatore si assume a fronte del ritorno economico comunque in grado di perseguire e quindi un esito autenticamente morigeratore e autocontenitivo è difficile da garantire, per quanto sia da auspicare.

Andrà verificato, dunque, se, con tale vistoso limite, la protezione dei minori, proclamata al *considerando* 71 come "un importante obiettivo politico dell'Unione" sarà concretamente perseguita e se, quindi, si rivelerà effettiva.

In questo nuovo pacchetto normativo il minore, pur (ri)comparendo e in misura più consistente, sembra, infatti, restare comunque fuori fuoco; centrale è e rimane l'obiettivo, a più riprese dichiarato (e di gran lunga preponderante), di "migliorare il funzionamento del mercato interno e garantire un ambiente online sicuro e trasparente" (*considerando* 41).

E ancora incombente resta allora il sospetto che, di fronte al progresso incessante delle tecniche di attrazione dei neo-utenti, si renda il minore sempre prima autonomo e l'ambiente digitale apparentemente più "sicuro" e "affidabile" perché in un mercato meglio funzionante divenga quanto prima un nuovo, indipendente ed attivo consumatore[63].

---

[62] Art. 8: "Ai prestatori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali".

[63] Sui giovani, "consumatori perfetti", v., in chiave sociologica, SECONDULFO, *Born to buy. La socializzazione del giovane consumatore*, in *The best interest of the child*, cit., 1049 ss.

FRANCESCA BARTOLINI

TRANSESSUALISMO, PERSONA E FAMIGLIA

Perché Fernanda è proprio una figlia
Come una figlia vuol far l'amore
Ma Fernandiño resiste e vomita
E si contorce dal dolore
E allora il bisturi per seni e fianchi
In una vertigine di anestesia
Finché il mio corpo mi rassomigli
Sul lungomare di Bahia

F. De André, *Prinçesa* (Anime salve, 1996)

SOMMARIO: 1. Il fenomeno del transessualismo tra legge e ruolo dei giudici. – 2. La persona: genere e rettificazione, oltre il paradigma biologico. – 3. Cambio di sesso e rapporti familiari. – 4. Prospettive.

1. *Il fenomeno del transessualismo tra legge e ruolo dei giudici*

La «doppia verità» del corpo, di cui scrive Paolo Zatti[1], trova nelle vicende giuridiche del transessualismo un avvincente campo di prova; oggettività e soggettività si fronteggiano qui in un terreno di incontro/scontro, sul quale si misura la sensibilità del diritto civile rispetto al fenomeno della percezione di sé e della libertà di manifestarsi pienamente in linea con essa.

La protezione giuridica della persona transessuale si realizza attraverso la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone transgender, ovvero di quelle persone che non si identificano – soggettività – con il genere assegnato loro alla nascita in base ai caratteri sessuali primari – oggettività –.

In un contesto socio-culturale ancora arretrato come quello italiano[2], in cui restano (troppo) ampi spazi per una confusione terminologica (e dunque concettuale), con sgangherate sovrapposizioni fra sesso, genere e orientamento affettivo, il compito di fare

[1] ZATTI, *Principi e forme del governo del corpo*, in *Il governo del corpo*, a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ e ZATTI, nel *Trattato di biodiritto* diretto da RODOTÀ e ZATTI, Giuffrè, 2011, 99 ss.: «Il diritto del corpo si confronta con due fondamentali ambiguità, che tra loro si intrecciano: la doppia verità del corpo, che appare ora come indistinguibile dal soggetto, che vi si riconosce in termini di essere, ora come oggetto di diritti, decisioni, appropriazioni; e la doppia verità dell'appartenenza, che appare ora come un nesso interno dall'identità ("mio" come "parte di me") ora come un legame di possesso oggettuale ("mio" dunque "non-me"). Queste due ambiguità fondamentali sono attraversate da altre dicotomie, altri opposti tra cui il corpo oscilla: il corpo come insieme di parti uguali e/o diverse, il corpo come entità naturale e artificiale. Il diritto del corpo non può ignorare queste ambiguità né superarle con qualche pratica semplificazione: deve assumere su di sé il peso delle duplici verità (…)».

[2] Ne dà atto Luca Bruno, componente del *Sexual and Gender Diversity Studies Committee,* in *Varianze di genere, uno sguardo internazionale per gli psicoanalisti italiani*, *repubblica.it*, 3 febbraio 2023. Il parallelismo fra linguaggio corrente e inquadramento scientifico della «sindrome transessuale» emerge bene dalla lettura della voce di FAGGIONI, *Transessualismo*, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, Esi, 2017, XII, 260 ss., cui si rinvia.

ordine, inquadrando gli esatti termini della questione, è condiviso fra scienziati di diverse aree, ma è toccato anche ai giudici, chiamati a definire sul piano delle regole vicende esistenziali complesse e delicate[3].

Si sono posti in particolare due problemi centrali: da una parte, la questione dell'identificazione dei presupposti della rettificazione del sesso anagrafico, sollecitata dalla richiesta di allineamento del documento di identità al genere sentito come il proprio; dall'altra, il problema della sorte del vincolo matrimoniale quando uno dei coniugi intraprenda e finalizzi un percorso di transizione.

Con la prima vicenda emerge limpida l'importanza assunta dall'identità di genere quale nucleo essenziale dell'identità personale, valore che costituisce certamente un diritto inviolabile della persona (art. 2 Cost.); le iniziative giudiziali sono originate infatti dall'esigenza di non vedersi imposto un intervento chirurgico per veder rettificato il documento: un feticcio burocratico, che costringe però a fare i conti con un'identità che repelle; e l'oppressione che l'ordinamento giuridico provoca sulla persona imponendo una compromissione violenta del corpo.

L'art. 3 della l. n. 164/1982 suonava infatti così: «il tribunale, quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, lo autorizza con sentenza. In tal caso il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio».

La disposizione è stata poi abrogata con il d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, il quale ha peraltro trasferito in altra sede, quella processuale, le stesse sostanziali regole, attraverso il richiamo all'art. 1 della l. n. 164/1982, ove «[l]a rettificazione si fa in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali». Letta la disposizione in combinato con il comma 4° dell'art. 31, secondo cui «[q]uando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare mediante trattamento medico-chirurgico, il tribunale lo autorizza con sentenza passata in giudicato», si poneva il medesimo problema interpretativo.

Quel «quando risulta necessario un adeguamento» etc. e quel «a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» che cosa potevano significare, se non l'obbligo di un intervento chirurgico che eliminasse ogni traccia dei caratteri sessuali 'originari'? L'orientamento assolutamente prevalente così riteneva. Ma, come si dirà nel prosieguo – par. 2 – da un caso posto a un Tribunale si è innescato il percorso verso il cambiamento, avvenuto tutto in ambito giurisprudenziale. L'intervento chirurgico, da unico viatico per la libertà, è oggi una scelta lasciata alla persona in transizione.

La seconda situazione, di grande impatto anche mediatico, mostra il percorso dall'idea che un'unione spirituale e materiale fra due persone, costituita nel prisma e sotto la 'protezione' dell'ordinamento giuridico, possa essere da quest'ultimo cancellata, a un certo punto, contro la loro volontà, verso un'apertura a soluzioni compatibili con le aspirazioni dei componenti della famiglia. Dallo scioglimento – imposto – del matrimonio, alla conversione in «altra forma di convivenza registrata». Anche qui, un lavorìo tutto di matrice giurisprudenziale, che rifiuta l'antica idea di famiglia come istituzione

[3] Fra i giuristi il tema fu, salva qualche pregevole – e autorevole – eccezione (P. Perlingieri, *Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso*, in *Dir. e giur.*, 1970, 830 ss.; studi poi sviluppati in D'Addino Serravalle, P. Perlingieri, Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Esi, 1981 nonché i contributi di Salvatore Patti a partire dai primi anni '80) sostanzialmente ignorato.

da proteggere nei suoi presupposti formali, valorizzandone l'essenza di formazione sociale capace di veicolare la realizzazione dei singoli.

Gli artt. 2 e 4 della l. n. 164/1982 introducevano infatti il c.d. divorzio automatico nell'ipotesi in cui uno dei coniugi, successivamente al matrimonio, avesse proceduto alla rettificazione del sesso nei termini e con le modalità stabilite dalla citata legge. Dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, oggi le stesse regole si trovano all'art. 31, comma 6, d.lgs. n. 150/2011[4], ma con la fondamentale "istruzione interpretativa" dettata dalla Corte costituzionale nel 2014, di cui si dirà nel prosieguo – par. 3 –. Qui il legislatore ha recepito l'input della Corte, introducendo nella disciplina delle unioni civili (l. 20 maggio 2016, n. 76), all'art. 1, comma 27°, la regola per cui «[a]lla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»[5].

2. *La persona: genere e rettificazione, oltre il paradigma biologico*

Il sesso "documentale" è associato alla persona, alla nascita, in base ai caratteri genitali esteriori, che individuano il sesso biologico[6]. Ma il sesso è anche soggettivo-psicologico, perché la persona percepisce sé stessa come appartenente a un dato genere[7]; ed è anche "sociale", nella misura in cui si manifesta sé stessi nella vita di relazione[8].

---

[4] Art. 31, comma 6°, d.lgs. n. 150/2011: «[l]a sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso non ha effetto retroattivo. Essa determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso. Si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1° dicembre 1970, n. 898».

[5] Per un commento si rinvia a Troiano, *Comma 26-27*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Giappichelli, 2017, 412 ss.

[6] Il legame è cristallizzato nell'art. 35 d.p.r. n. 396/2000 – e relative circolari esplicative –, ove si prescrive che il nome debba corrispondere al sesso del neonato. Sul tema, con particolare riguardo agli imbarazzi suscitati dal caso "Andrea", si veda Viggiani, *Il genere dei nomi nel nuovo ordinamento dello stato civile: il caso «Andrea»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 9 ss., e, in giurisprudenza, Cass., 20.11.2012, n. 20385, in *Fam. e dir.*, 2013, 766 ss., con nota di Bardaro, *La svolta della Cassazione: il nome Andrea è ambigenere*, nella cui motivazione si legge che «[l]'art. 35 introduce un ulteriore limite all'esercizio della scelta [del nome da attribuire al figlio da parte dei genitori, n.d.r.], costituito dalla corrispondenza del nome al sesso, al fine di escludere che un profilo d'indubbio rilievo della propria identità come il genere possa essere posto in dubbio o ingenerare ambiguità incidenti sul rispetto della dignità personale».

Il sesso biologico, come categoria distintiva in «maschio» e «femmina» legittimata dalla scienza, scopre il suo successo nella seconda metà del Seicento. Per comprenderne le radici filosofiche, e la connessione con altre varianti dell'identità sessuale, merita una lettura Laqueur, *Making Sex. Body and Gender from the Greeks to Freud*, Harvard University Press, Boston, 1990, trad. it. di Ferrara degli Uberti, *L'identità sessuale dai greci a Freud*, Laterza, 1992 (spec. 203 ss.).

[7] L'identità di genere, secondo Money e Erhardt, *Man and Woman, Boy and Girl: The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, Johns Hopkins University Press, Baltimora, 1972, e (rist.) Aronson, Northvale, 1996, è «il senso di sé stessi», l'unità e la persistenza della propria individualità "maschile o femminile", ovvero l'«esperienza di percezione sessuata di sé stessi e del proprio comportamento».

[8] Il sesso "sociale" può essere definito come espressione esteriore dell'identità di genere, come l'insieme dei messaggi che la persona invia all'ambiente circostante, manifestando il grado, l'entità e l'armonia della propria sessualità. Nel prisma del giurista, affronta il tema dell'identità sessuale in prospettiva ampia, S. Patti, *Aspetti oggettivi e soggettivi dell'identità sessuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 335 ss.

Altra cosa è l'orientamento sessuale, che individua la direzione dell'attrazione affettivo-sessuale che un individuo sente verso un'altra persona[9]. Questo multiforme concetto di sesso è tutt'altro che immobile; anzi, tutte le sue varianti possono mutare, a causa di un'evoluzione ambientale o per intervento umano[10]. Il transessualismo è fenomeno che, appunto, lascia emergere un'asimmetria fra il sesso biologico (e per ciò, si è detto, documentale) e quello soggettivo-psicologico (identità di genere).

Poiché l'appartenenza a un genere è un dato di significativa rilevanza giuridica[11], il legislatore non ha potuto fare a meno di intervenire, per consentire di dare a questa asimmetria un riconoscimento formale[12], nel senso di far prevalere il genere percepito come il proprio su quello assegnato alla (e dalla) nascita.

Le coordinate del quadro culturale precedente di qualche anno la prima iniziativa del legislatore italiano sono ben rappresentate dalla motivazione di una sentenza della Corte Costituzionale[13], esito di una questione incidentale di legittimità degli artt. 165 e 167 dell'Ordinamento dello stato civile e dell'art. 454 c.c. – che non prevedevano il diritto a ottenere la rettificazione dell'atto di nascita – sul parametro degli artt. 2 e 24 Cost. La Corte, in quell'occasione, inaugurò il palleggio con il legislatore, chiudendosi alla tutela di matrice costituzionale, ma invitando a una riflessione su un possibile intervento normativo. E, infatti, da una parte, rifiutò la lettura valorizzatrice del diritto all'identità sessuale quale diritto inviolabile dell'uomo *ex* art. 2 Cost., fatta propria dal Pretore di Livorno[14]; dall'altra, percepita l'opportunità di dar seguito a

---

[9] Nozione di Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Esi, 2011, 6-7 come «scelta del genere del partner nell'ambito della sfera erotico-affettiva. S'intende così descrivere a livello di attrazione e/o condotta la direzione dell'affettività e sessualità di un individuo, indipendentemente dal genere, maschile o femminile, a cui appartiene». La distinzione netta fra identità di genere e orientamento sessuale può apparire scontata, ma non lo è: ne dà atto, soffermandovisi, già Corte cost., 14.4.2010, n. 138, in *Foro it.* 2010, I, 1361 (s.m.), con nota di Romboli e Dal Canto e *ivi*, 1701 (s.m.), con nota di Costantino, in *Giust. civ.* 2010, I, 1294, in *Iustitia* 2010, 311 (s.m.), con nota di Costanza, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 1491 (s.m.), con nota di Morlotti, in *Dir. fam. e pers.* 2010, 1077, in *Dir. fam. e pers.* 2011, 3 (s.m.), con nota di Tondi della Mura, in *Giur. cost.* 2010, 1604 (s.m.), con nota di Romboli e *ivi* 2715 (s.m.), con nota di Pezzini.

[10] Lo osserva P. Perlingieri, *Note introduttive*, cit., 830, secondo il quale i diversi profili che si combinano nella fattispecie "sesso" «non si traducono in entità fisse ed immutabili ma costituiscono entità variabili».

[11] E lo è in ognuna delle sue declinazioni, anche se la sfera delle relazioni, cui il diritto si interessa per disciplinare i rapporti fra i consociati, assume una rilevanza preminente. Sotto questo profilo, si è rilevato, è la componente psicologica a prevalere su quella biologica (Sellaroli, *La regolamentazione giuridica del c.d. cambiamento di sesso*, in *Giust. pen.*, 1968, III, 86). Cfr. anche S. Patti, voce «Transessualismo», nel *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, XIX, Utet, Torino, 1999, 416.

[12] Ciò sulla spinta delle istanze degli interessati e rispondendo a una sollecitazione da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, avverte S. Patti, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163.

[13] Corte cost., 1°.8.1979, n. 98, in *Giur. it.*, 1981, I, 23 ss., con nota di Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali.*

[14] Vi si legge che «[l]'oggetto della garanzia costituzionale che, secondo il giudice *a quo*, le impugnate norme del codice civile e della legge sullo stato civile avrebbero violato, sarebbe il diritto all'"identità sessuale" quale altro fra i diritti inviolabili dell'uomo enunciati nell'art. 2 della Costituzione e tutelabili in giudizio in virtù dell'art. 24 della stessa […] la Corte ritiene che le norme costituzionali invocate non pongano fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica». Del resto, la Corte più volte ferma l'attenzione su un *distinguo*: un conto è l'identità sessuale, altro è la libertà del comportamento sessuale, che non è contestabile. Quindi, tornando ai diversi profili evocati nel testo: il sesso relazionale può esprimersi con la massima libertà; del sesso biologico può farsi ciò che si ritiene, e infatti non è in discussione la liceità civile e penale dei trattamenti chirurgici volti a modificare e i caratteri sessuali esterni; ma il sesso "documentale" non si tocca, perché non esiste un diritto al riconoscimento giuridico del sesso soggettivo-psicologico.

istanze sociali[15], rinviò così: «[i]l problema può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio».

Naturalmente si trattava di scegliere il più adatto strumento tecnico per il riconoscimento del mutamento di sesso da parte del sistema[16]. Sul tavolo c'erano due opzioni: l'azione di stato, con il relativo procedimento contenzioso[17], e il procedimento di rettificazione, lasciato alla volontaria giurisdizione. Il legislatore scelse questa seconda via, disciplinando, con la menzionata l. n. 164/1982, la «rettificazione di attribuzione di sesso»[18]. La scelta si dimostrò buona a metà, perché la disciplina si limita a dettare, per la complessa vicenda, disposizioni di carattere burocratico-processuale. Vi si stabilisce la possibilità di ottenere la rettificazione dei registri dello stato civile presentando una sentenza «del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali» (art. 1); il procedimento, che si apre con ricorso, prevede che dell'udienza di trattazione sia data notizia a eventuali coniuge e figli del ricorrente, e che il pubblico ministero sia coinvolto nel giudizio. La sentenza di accoglimento della domanda di rettificazione di attribuzione di sesso, che non ha effetto retroattivo – art. 4, oggi 31, comma 6 d.lgs n. 150/2011 –, contiene l'ordine all'ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione nel relativo registro (art. 2) e «provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso» (art. 4).

La scelta del nostro legislatore si caratterizzò, come si accennava in apertura, per un aspetto fondamentale: l'obbligo del trattamento chirurgico per ottenere la rettificazione (e, dunque, la corrispondenza fra i caratteri sessuali esteriori e il sesso "documentale"); e fino a tempi recenti non si discuteva su esiti interpretativi diversi da quello suggerito dal tenore letterale della menzionata disposizione.

Tuttavia, nel corso del tempo questo approccio iniziò a percepirsi come lontano dal sentire degli interessati e si creò uno spazio di manovra per interpretazioni più aggiornate sul piano del sentire comune. In questo percorso il legislatore finì con l'essere totalmente estromesso.

Sono stati proprio i giudici, recependo le istanze sociali e in linea con quanto già accadeva in altri ordinamenti, a mettere in discussione l'equazione rettificazione docu-

[15] Scrive P. Perlingieri, *Note introduttive*, cit., 834: «[i]n un momento, come il nostro, di rapida trasformazione dei costumi e della morale, in un regime di ampie libertà riservate ai cittadini, in un clima di rinnovamento degli studi sociali e giuridici, sempre più ispirati a realismo ed al principio dell'effettività, non sarebbe proficuo eludere questo grave problema – valutabile moralmente in piena autonomia – condannando *sic et simpliciter* il fenomeno dal quale trova origine e considerandolo, se non antigiuridico, non conforme al diritto».

[16] Il che esprime una scelta di *policy* sul grado di incisività che l'ordinamento sente di dover esprimere sul tema "transessualismo". Risolvere le questioni in burocrazie, lasciando l'area amministrativa a chiudere la vicenda formale del riconoscimento del nuovo genere; affidarsi al giudice, che valuti, volta a volta, la sussistenza di presupposti da ritenersi idonei alla formalizzazione del mutamento; ovvero mostrare il lato onnivoro dell'"interesse pubblico" e usare la legge come suo scudo di protezione. Cfr. S. Patti, *Transessualismo*, cit., 419.

[17] La giurisprudenza preferiva questa via, sulla base dell'assunto per cui il procedimento camerale di rettificazione doveva servire alle sole rettificazioni di errori od omissioni materiali occorsi nella redazione dell'atto, e non a intervenire su questioni di stato, area cui si riconduceva il fenomeno del mutamento di sesso. Così, ad es., App. Bari, 22.3.1962, in *Foro it*., 1962, I, 1033. Sul punto si vedano Stanzione, *Transessualità*, in *Enc. dir*., XLIV, Giuffrè, 1992, 880-881 e S. Patti, «Transessualismo», cit., 416-417.

[18] In dottrina, sull'associazione fra intervento chirurgico e rettificazione del dato documentale cfr. Vecchi, *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Familia*, 2001, 343.

mentale=intervento ablativo[19]; a superare cioè quel «paradigma biologico»[20] così legato a un determinismo specchio di una società (e di un diritto) ormai superata.

Decisivo fu il ruolo dei giudici di merito, primi intercettatori dei bisogni e delle istanze delle persone e, per questo, primi interpreti a porsi il problema dell'attendibilità di letture non più attuali.

Una decisione importante in questo lavorìo erosivo si trova nel Tribunale di Genova del 5 marzo 2015, che ha accolto la domanda di rettificazione in quanto «[i]l dato letterale della norma consente tale interpretazione, costituzionalmente orientata, prevedendo che l'intervento debba essere autorizzato in via preventiva solo quando necessario, senza comunque specificare se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o quelli secondari e sino a che punto debbano essere modificati. Così, «nei casi di transessualismo accertato il trattamento chirurgico è necessario nella misura in cui occorra assicurare all'interessato uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosessualità ed il sesso anatomico determini nello stesso interessato un negativo atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali, mentre nei casi in cui non si riscontri tale conflittualità non si deve ritenere necessario l'intervento chirurgico per consentire la rettifica dei dati anagrafici».

In questa prospettiva, l'intervento non è necessario, perché la persona ha già pienamente fatto propria un'identità sessuale di cui l'ordinamento deve prendere atto, e non deve pretendersi che a questa piena maturazione si accompagni l'intervento chirurgico, se non voluto.

La vicenda si chiude con una decisione della nostra Corte di Cassazione[21], che cristallizza quella intuizione in un precedente difficilmente superabile: per ottenere la

[19] Il binomio bisturi-rettificazione, in origine ritenuto indissolubile, è andato in crisi proprio grazie ad alcune coraggiose decisioni dei giudici di merito. V. ad es. Trib. Rovereto, 3.5.2013, n. 194 (il cui testo è reperibile in *www.certidiritti.it*), dopo una giurisprudenza tutta romana – Trib. Roma, 18.10.1997, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, I, 1033 ss., con nota di La Barbera, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento chirurgico*; Trib. Roma, 11.3.2011, in *Dejure*, con la quale si apre alla rettificazione dei registri dello stato civile anche senza previo trattamento chirurgico (il caso del 2013 è l'unico nel quale il ricorrente non aveva provveduto nemmeno con l'impianto al seno). Ciò che, del resto, corrisponde alle regole vigenti in Spagna, Argentina, Portogallo, Germania, Regno Unito e Austria. Il Tribunale segue i precedenti romani, secondo i quali il dato letterale della l. n. 164/1982 consente la rettificazione in assenza di interventi chirurgici, «in quanto prevede solo che debba essere autorizzato quando necessario, (senza peraltro precisare i termini dello stato di necessità e nemmeno specificare se per caratteri sessuali debbano intendersi quelli primari o secondari e fino a che punto debbano essere modificati)», mentre «nei casi di transessualismo accertato il trattamento medico chirurgico previsto dalla legge 164/82 è necessario nel solo caso in cui occorre assicurare al soggetto transessuale uno stabile equilibrio psicofisico, qualora la discrepanza tra psicosessualità ed il sesso anatomico determini nel soggetto un atteggiamento conflittuale di rifiuto nei confronti dei propri organi genitali». La motivazione accenna inoltre alla lettura costituzionalmente orientata della disciplina in questione, che impone di riconoscere un «concetto ampio di identità sessuale *ex* art. 2 e 32 Costituzione». Il riferimento è a Corte cost., 23.5.1985, n. 161 (in *Foro it.*, 1985, I, 2162, commentata da S. Patti, *Identità sessuale e tutela della persona umana: si conclude un lungo dibattito?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1986, 349 ss. e da Dogliotti, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 235 ss.), che dichiarò inammissibili o infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Cassazione sulla disciplina allora recentemente introdotta.

[20] Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, 254 (il superamento del paradigma biologico apre nuovi spazi alle decisioni della persona).

[21] Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Corr. giur.*, 2015, 1349, con nota di F. Bartolini, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione "costituzionalmente orientata"*. Sulla stessa linea Corte cost., 5.11.2015, n. 221: «[d]eve essere dichiarata non fondata, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 164 del 1982 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), sollevata, in riferimento agli artt. 2, 3, 32, 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848 del 1955. La mancanza di un preciso riferi-

rettificazione documentale del sesso non è necessario ricorrere a un intervento chirurgico modificativo dei caratteri sessuali primari.

Ma ecco il caso: una persona di sesso maschile chiede al Tribunale l'autorizzazione al trattamento medico chirurgico prodromico alla rettificazione anagrafica; la ottiene, ma non procede con l'operazione, ripresentandosi poi, dieci anni più tardi, con l'istanza di rettifica documentale [non preceduta da intervento chirurgico]; a sostegno della – più recente – domanda adduce sia la pericolosità dell'intervento per la propria salute, sia l'inopportunità dell'intervento, laddove i trattamenti ormonali ed estetici da tempo intrapresi avevano consentito di vivere un'armonica appartenenza al genere femminile senza che si percepisse la necessità dell'intervento chirurgico ablativo dei caratteri sessuali primari.

In primo grado la domanda è respinta, perché il Tribunale, sulla base di un'interpretazione letterale della l. n. 164/1982, ritiene necessario l'intervento chirurgico, nonostante la CTU avesse accertato la sostanziale irreversibilità della condizione dell'istante, ormai del tutto ascrivibile "socialmente" al genere femminile.

In secondo grado la Corte d'Appello – con un'interpretazione che la Cassazione giustamente definisce «originalista» – ritiene che l'unica lettura possibile della disciplina del 1982 sia quella impositiva della modifica dei caratteri sessuali primari, condizione sufficiente, ma necessaria, per ritenere effettivamente irreversibile la nuova identità sessuale; d'altra parte, argomentano i giudici di secondo grado, vanno esclusi profili di incostituzionalità, considerando che l'intervento, pur se oggettivamente invasivo, è meramente facoltativo, poiché «la norma non preclude di vivere la propria transessualità senza la rettificazione dello stato civile». La Cassazione accoglie il ricorso contro la decisione di secondo grado, muovendo, prima di tutto, dalla ricognizione delle disposizioni applicabili al caso concreto, per poi procedere con un'interpretazione funzionale che ne adegui il contenuto ai principi costituzionali nazionali e sovranazionali.

Non si comprenderebbe, però, il senso e l'importanza di questa decisione se non se ne cogliesse l'humus culturale prima ancora che giuridico, del quale occorre tratteggiare almeno i caratteri fondamentali.

Questo importante passaggio, per cui oggi in Italia è possibile la rettificazione con intervento giudiziale sì, ma senza necessità di intervento chirurgico, se non ne sente la necessità la persona coinvolta, è stato possibile grazie a una rilettura (più) coerente del concetto di identità di genere, secondo una rinnovata valorizzazione del dato costituzionale, partendo da una prospettiva socioculturale, su presupposti ricavati dal dialogo con altre scienze, presupposti biologici e psicologici.

Non si tratta di un caso isolato, ma di un punto di arrivo che può dirsi ormai acquisito in seno alla giurisprudenza. Un esempio che merita menzione, in tal senso, è offerto dalla decisione del Tribunale di Perugia[22], che identifica il «bisogno identitario» della persona, corrispondente a una «scelta meditata e stabile», che prescinde del tutto dall'intervento sul corpo fisico, ma che è «irreversibile» ai fini dell'accoglimento della

---

mento testuale alle modalità con cui addivenire ad una variazione dei caratteri sessuali primari implichi la necessità di un trattamento chirurgico, che è soltanto una delle tecniche potenzialmente usufruibili. Spetta esclusivamente al singolo individuo scegliere le modalità attraverso cui porre in essere il proprio percorso di transizione, essendo la scelta di modificare chirurgicamente i propri caratteri sessuali l'esito di un processo di autodeterminazione».

[22] Trib. Perugia, 27.1.2021, n. 161. V., sempre sulla scia di Cass., n. 15138/2015, anche Trib. Roma, 7.6.2017, n. 80. Così pure, recentemente, alcune decisioni della giurisprudenza di merito: v. Trib. Brescia, 5 dicembre 2022, n. 2958, Trib. Rovigo, 30 gennaio 2023, n. 68, Trib. Bologna, 13 aprile 2023, n. 816.

richiesta di rettificazione del sesso e che, intuitivamente, pone quali protagonisti del processo i giudici, i loro poteri, ma soprattutto le loro sensibilità[23].

3. *Cambio di sesso e rapporti familiari*

La persona transessuale, anche nel contesto della formazione sociale più significativa – la famiglia – si trovava a dover fare scelte dolorose, o a subire effetti non voluti, ma imposti dall'ordinamento.

La situazione che ha trovato nella giurisprudenza un importante motore di progresso riguarda il legame matrimoniale: con la sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014, la Consulta[24] si è pronunciata sulla legittimità costituzionale degli artt 2 e 4 della l. n. 164/1982: queste disposizioni introducevano il c.d. divorzio automatico nell'ipotesi in cui uno dei coniugi, successivamente al matrimonio, avesse proceduto alla rettificazione del sesso nei termini e con le modalità stabilite dalla citata legge[25].

Il caso da cui prese le mosse la decisione della Consulta è noto, ma vale la pena ripercorrerne le tappe essenziali.

Alessandro, coniugato con Alessandra, chiese al Tribunale di Bologna la rettificazione dell'attribuzione di sesso, con modifica del prenome in Alessandra. Il Tribunale di Bologna (30.6.2009) ordinò l'annotazione nell'atto di nascita, nulla disponendo circa gli effetti del matrimonio. Pur in assenza di una decisione sul punto, l'ufficiale di stato civile del luogo di nascita di Alessandro, annotata la rettificazione nell'atto di nascita *ex* art. 49 d.P.R. 396/2000 – ordinamento dello stato civile – appose altresì, a margine dell'atto di matrimonio, la formula: «la sentenza ha prodotto, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164 del 1982, la cessazione degli effetti civili del matrimonio di cui all'atto controscritto a far data dal 29 giugno 2009 così come previsto al paragrafo 11.5 del nuovo massimario dello stato civile».

Con ricorso *ex* art. 95 ord. stato civile, le (ormai due) Alessandre chiesero al Tribunale di Modena la cancellazione dell'annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sulla base di questo argomento: l'art. 4, l. 164/1982 non conduce all'automatico scio-

[23] Il superamento del paradigma biologico apre la questione della legittimità delle c.d. terapie di conversione, oggetto di una specifica disciplina in Germania: v. su questo tema Pescatore (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Giappichelli, 2021. Per uno sguardo su un'interessante vicenda giurisprudenziale statunitense relativa alle terapie ormonali sui minori, v. H. Chua, *Consent to Treatment for Transgender Youth: The Next Chapter – Bell & Anor v The Tavistock and Portman NHS Foundation Trust & Ors*, Modern Law Review, (2023) 86(1), 214 ss.

[24] Corte cost., 11.6.2014, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, 2674 [«sono costituzionalmente illegittimi gli art. 2 e 4 l. 14 aprile 1982 n. 164 (norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio consenta, comunque, ove entrambi i coniugi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed i doveri della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore; in via consequenziale, è costituzionalmente illegittimo l'art. 31 comma 6 d.lg. 1 settembre 2011 n. 150 (disposizioni complementari al c.p.c. in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 l. 18 giugno 2009 n. 69), nella parte in cui non prevede che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che determina lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso»].

[25] Sulle critiche già formulate a questa disciplina rinvio a F. Bartolini, *Divorzio del transessuale e «conversione» del matrimonio eterosessuale: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 235 ss. e *Il divorzio del transessuale*, in *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, a cura di Queirolo, Benedetti e Carpaneto, Aracne, 2014, 111 ss.

glimento, perché, in base agli artt. 1 e 3 della legge sul divorzio, per procedere a tale "adempimento" serve una sentenza provocata da un ricorso rimesso all'azione dei coniugi. La sentenza di rettificazione, dunque, è solo un presupposto previsto dalla legge come modificata nel 1987. Quanto al massimario dello stato civile evocato dall'ufficiale, che prevede l'obbligo di annotazione a margine dell'atto di matrimonio, sostennero le due Alessandre che esso avesse natura amministrativa, e, quindi, non potesse efficacemente contrastare con disposizioni di natura legislativa.

Il Ministero dell'interno si oppose, ma il Tribunale di Modena, con decreto 28 ottobre 2010[26], accolse il ricorso, affermando che in assenza di un provvedimento di natura giurisdizionale sul punto l'ufficiale di stato civile non può, *sua sponte*, provvedere sul vincolo matrimoniale. E ordinò con decreto di cancellare la formula.

La Corte di Appello di Bologna[27] accolse il reclamo, affermando che l'obbligo di annotazione deriva senz'altro direttamente dalla l. 164/1982, art. 4, il quale obbliga l'ufficiale a procedere all'annotazione sia sull'atto di nascita sia sull'atto di matrimonio. E l'annotazione è legittima, perché l'art. 4 non è stato affatto abrogato dalle modifiche della legge sul divorzio, volte soltanto a precisare alcuni aspetti della disposizione, e non certo a tradirne il senso. Sarebbe incompatibile con i principi dell'ordinamento lasciar permanere un vincolo matrimoniale privo di un suo presupposto essenziale (la diversità sessuale fra i coniugi). In un settore, quello dello stato della persona, di pubblico interesse.

Nei gradi del merito prevalsero, dunque, gli argomenti sottesi alla "strategia" legislativa culminata nel d.lgs n. 150/2011: un'interpretazione sistematica che tenta l'emersione dagli imbarazzi lasciati da quella letterale[28].

La Cassazione[29], peraltro, condividendo alcune delle tesi delle ricorrenti, nel rimettere alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità sull'art. 4 della l. n. 164/1982, chiariva che: (*i*) l'impianto normativo voluto dal legislatore nel 1982 non intese subordinare lo scioglimento del vincolo alla domanda di parte; (*ii*) la novella del 1987 ebbe come unico scopo la razionalizzazione del sistema, con l'instaurazione di un modello processuale più spedito ed efficiente, non certo il sovvertimento dei modelli matrimoniali metabolizzati dall'ordinamento in quel contesto socio-culturale; (*iii*) con il d.lgs. n. 150/2011 il legislatore ha pienamente confermato la scelta di predisporre una fattispecie di «divorzio "imposto" *ex lege* che non richiede, al fine di produrre i suoi effetti, una pronuncia giudiziale *ad hoc*, salva la necessità della tutela giurisdizionale limitatamente alle decisioni relative ai figli minori»[30].

Facendo un passo ulteriore, poneva la domanda centrale: se la soluzione del divorzio automatico di cui all'art. 4 l. 164/1982, oggi art. 31 d.lgs. 150/2011, obbligata nello spettro

---

[26] Trib. Modena, 28.10.2010, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 72 ss., e commentato in *Giur. merito*, 2012, 570 ss. (Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*).

[27] App. Bologna, decr. 4.2.2011, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 629 ss., e commentato, insieme alla decisione di primo grado, in *Giur. merito*, 2012, 570 ss. (Winkler, *Cambio di sesso del coniuge e scioglimento del matrimonio: costruzione e implicazioni del diritto fondamentale all'identità di genere*).

[28] Osserva giustamente Azzarri, voce «Unioni civili (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV. *Famiglia*, diretto da Macario, Giuffrè, 2022, 1329 ss., e spec. 1347, che fra interesse statuale a non modificare il paradigma eterosessuale del matrimonio e l'aspirazione della coppia a continuare a esser riconosciuta come comunità prevaleva il primo.

[29] Cass., ord. 6.6.2013, n. 14329, in *Corr. giur.*, 2013, 1519 ss., con commento di S. Patti, *Un ben motivato rinvio alla Corte Costituzionale in materia di divorzio «automatico» della persona transessuale* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 21 ss., con commento di Schuster, Quid est matrimonium? *Riattribuzione del genere anagrafico e divorzio*.

[30] Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

del rigore ermeneutico, fosse «compatibile con il sistema costituzionale, integrato dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo come interpretata dalla Corte di Strasburgo (da ritenersi operante come parametro interposto), sistema costruito: sul riconoscimento e tutela del diritto ad autodeterminarsi nelle scelte relative all'identità personale, di cui la sfera sessuale esprime un carattere costitutivo; sul diritto alla conservazione della preesistente dimensione relazionale, quando essa assuma i caratteri propri del vincolo coniugale; sul diritto a non essere ingiustificatamente discriminati rispetto a tutte le altre coppie coniugate, alle quali è riconosciuta la possibilità di scelta in ordine al divorzio; sul diritto dell'altro coniuge di scegliere se continuare la relazione coniugale»[31].

Il piano della discussione mutava, così, radicalmente, permettendo di identificare la vera questione: il sistema costituzionale italiano si era già trasformato, rispetto a quello di trent'anni prima, al punto da rendere necessario un adeguamento, da parte dei "tecnici delle regole", per garantire la compatibilità costituzionale del sistema?

I punti critici erano due, e su di essi la Cassazione invitava la Consulta a una verifica di tenuta costituzionale: il diritto all'autodeterminazione e l'impianto dei modelli relazionali accolti dal nostro ordinamento.

Sul primo profilo, l'invito era a porsi nuovamente il quesito se l'identità di genere rappresenti una parte di quel diritto di autodeterminarsi che, trentaquattro anni prima, non era stato ritenuto meritevole della tutela costituzionale riconosciuta ai diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 Cost. Ma il diritto di autodeterminarsi è un «catalogo aperto»[32] la cui consistenza necessariamente muta sulle sollecitazioni del contesto di riferimento. La Corte Costituzionale aveva negato questa apertura[33], ma poi aveva dovuto fare i conti con nuove, pressanti, forze tendenti a una chiara valorizzazione dell'autodeterminazione: in Germania si discuteva già la legge sul divieto dei trattamenti di conversione, volta a vietare qualunque forma di imposizione dell'orientamento sessuale, per lasciare alla persona scegliere da sé[34]; nel contesto italiano già si metteva in discussione la classificazione binaria del carattere sessuale[35], e si ragionava sull'uso di "genitore 1" e "genitore 2", o di "genitore" e "altro genitore" in luogo di "padre" e "madre".

In secondo luogo, la Cassazione chiedeva alla Corte costituzionale di rompere il silenzio su questioni fino a quel momento scaricate sul legislatore. Anni prima la Consulta si era espressa negando tutela al diritto al mantenimento del legame familiare preesistente[36] della persona che avesse rettificato il proprio sesso. Ma, avvertiva la Cassazione, ciò si giustificò contestualizzando la vicenda: in quella fase, la frontiera da raggiungere era il riconoscere e promuovere una tutela per le situazioni minoritarie o anomale, garantendo un'attenzione adeguata ai valori di dignità e di libertà della persona. L'obiettivo, allora, era garantire una cesura con quella parte di sé nella quale la persona non si riconosceva, legittimandone la liberazione definitiva. Non c'era spazio, in quel contesto, per inserire fra quei

[31] È sempre Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

[32] Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

[33] Corte cost., 1.8.1979, n. 98, cit.

[34] Su cui rinvio a Pescatore, *La legge tedesca sui "Trattamenti di conversione": al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, in Id (a cura di), *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 1 ss. Oggi la legge tedesca è in vigore e in Spagna nel febbraio 2023 è stata approvata una legge che consente il libero cambio di genere a partire dal compimento del sedicesimo anno di età (Ley 4/2023, de 28 de febrero, *para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI,* c.d. Ley trans, in https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/28/4).

[35] Cfr., per una critica del concetto binario nel sesso, Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 597 ss.

[36] Corte cost., 23.5.1985, n. 161, cit.

diritti, da riconoscere e promuovere, quello al mantenimento del vincolo matrimoniale preesistente; ciò che avrebbe comportato, nel bilanciamento fra la tutela della vita privata e l'interesse statuale al mantenimento dei modelli familiari, il soccombere del secondo.

Il diritto all'autodeterminazione non poté così tanto, allora, ma poi il contesto sociale si è profondamente rinnovato e si è iniziato a guardare ai modelli familiari con una nuova lente[37], tenendo conto della «felice contaminazione»[38] delle fonti costituzionali europee, convenzionali e internazionali che valorizzano i diritti della persona[39].

La riflessione, naturalmente, si è perciò concentrata sulla possibilità di consentire la sopravvivenza di un vincolo matrimoniale fra persone dello stesso sesso, preso atto che l'eterosessualità non è da tempo canone di ordine pubblico né interno né internazionale. Così come la rottura *ex lege* di una relazione stabile e continuativa che abbia dato vita a un nucleo familiare costituzionalmente protetto integrerebbe un'«eliminazione chirurgica» di un interesse costituzionalmente protetto, mentre nel nostro ordinamento è oggi largamente condivisa l'esigenza di riconoscere alle unioni di fatto anche fra persone dello stesso sesso uno statuto di diritti e obblighi con un trattamento "omogeneo" a quello delle coppie coniugate.

Oggi, dunque, per effetto della sentenza resa dalla Corte costituzionale, quando una persona sposata, rettificata l'attribuzione di sesso, dichiara all'ufficiale di stato civile, con il coniuge, l'intenzione di mantenere il legame giuridico, vede sciogliersi il matrimonio e contestualmente nascere l'unione civile[40].

E così, evidentemente, la questione si pone anche con riferimento alla menzionata disciplina delle unioni civili, il cui art. 1, comma 26, dispone: «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso»; è prevedibile, e auspicabile, che la soluzione, quando potrà essere utilmente esaminata dalla Corte costituzionale[41], sarà la medesima adottata con riferimento alla rettificazione del sesso del coniuge nel matrimonio[42].

4. *Prospettive*

Preso atto dei significativi risultati ottenuti sul piano dell'evoluzione sintonica con il sentire sociale, la tentazione sarebbe di ritenersi appagati. Ma questo non è (anco-

---

[37] Luciani, *Transizioni familiari. Transessualismo, genitorialità e tutela del minore*, in Ruspini, Inghilleri (a cura di), *Transessualità e scienze sociali*, Liguori, 2008, p. 2: «(…) sebbene la famiglia non costituisca una realtà «naturalmente» data, quanto una realtà socialmente negoziata e convenuta, il modello familiare storicamente affermatosi come l'unico e legittimo modo di fare famiglia è quello fondato sull'unione tra uomo e donna».

[38] Cass., 6.6.2013, n. 14329, cit.

[39] Per i profili di diritto internazionale e dell'Unione Europea, cfr. F. Pesce, *Mutamento di genere e orientamento sessuale tra diritto interno, europeo ed internazionale*, in *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali*, a cura di Queirolo, Benedetti e Carpaneto, cit., 85 ss.

[40] Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2021, 497-498.

[41] Corte cost., 27.12.2022, n. 269, che non ha potuto affrontare la questione nel merito («[s]ono inammissibili, per irrilevanza, le q.l.c. del combinato disposto degli art. 1, comma 26, l. 20 maggio 2016 n. 76, 31, commi 3 e 4-bis, d.lg. 1° settembre 2011 n. 150 e 70-octies, comma 5, d.P.R. 3 novembre 2000 n. 396, nella parte in cui prevede che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina lo scioglimento dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, senza alcuna possibilità di conversione in matrimonio, previa dichiarazione congiunta dell'attore e dell'altro contraente dell'unione, in riferimento agli art. 2, 3, comma 1, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 e 14 Cedu»).

[42] Cfr. Azzarri, voce «Unioni civili (dir. civ.)», cit., 1349: «[s]ulla norma in parola gravano nondimeno seri dubbi di legittimità costituzionale».

ra) possibile: la Corte europea dei diritti dell'uomo[43] ha dichiarato che l'interruzione forzata dei rapporti fra un genitore transessuale e il proprio figlio viola gli artt. 8 e 14 della Carta europea dei diritti dell'uomo; le decisioni dei tribunali russi avevano imposto l'interruzione delle visite del genitore in mancanza di alcuna prova scientifica circa eventuali rischi che il transessualismo potesse provocare sul minore: ne emerge una chiara violazione del diritto al rispetto della vita familiare, da un lato, e una violazione del diritto di eguaglianza rispetto ad altri genitori.

In Montana[44] è da poco stata approvata una legge la legge che vieta gli interventi farmaceutici e chirurgici per il cambio di sesso ai minori di 18 anni.

Molti giusti passi avanti si sono fatti nella direzione della piena attuazione giuridica di sensibilità dalle quali, ancora con Paolo Zatti, il diritto non può rimanere estraneo[45], ma il percorso è ancora lungo e non privo di ostacoli.

---

[43] Corte eur. dir. uomo, 6.7.2021, ric. n. 47220/19, in *Fam. e dir.*, 2021, 1071

[44] Si tratta della legge SB99, approvata il 24 marzo 2023 dalla Camera dei Rappresentanti del Montana (e già approvata dal Senato), poi firmata, dopo molte polemiche, dal Governatore il 28 aprile 2023. Il testo della legge può essere reperito qui: https://leg.mt.gov/bills/2023/billhtml/SB0099.htm; il 20 aprile 2023, la Camera dei rappresentanti degli USA, a maggioranza repubblicana, ha approvato una legge ("*Protection of Women and Girls in Sports Act*") che vieta alle donne transgender di far parte di squadre di sport femminili nelle scuole e nelle università; la legge ora passerà al voto del Senato, a maggioranza democratica.

[45] Zatti, *L'intendance suivra…?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 181 ss., in partic. 182: «Mi è ben chiaro che sul versante dei valori e degli interessi protetti, il diritto è tutt'altro che estraneo al mondo del sentire. Anzi: al sentire, prima che all'operare, attengono valori fondamentali: giustizia, dignità, libertà, eguaglianza, identità, immagine, non discriminazione, salute come benessere fisico e psichico; diritti della persona, relazioni familiari, relazioni di lavoro; autonomia, volontà e suoi vizi: si andrebbe avanti a lungo prima di esaurire i campi e gli aspetti in cui il diritto prende in considerazione il sentire e ne fa oggetto di tutela».

ANDREA BELVEDERE

PAOLO ZATTI GIURISTA ANALITICO

1. – Nel 1975 Paolo Zatti pubblicava la poderosa monografia *Persona giuridica e soggettività*[1], che nel sottotitolo manifestava il proposito dell'Autore di mettere a fuoco i rapporti tra la nozione giuridica di *persona* e la titolarità di diritti e di obblighi.

Il programma era molto impegnativo, come dimostra la complessità del discorso dell'Autore, che sarebbe vano (e presuntuoso) tentare di riassumere in poche paginette: mi sono quindi accostato all'opera, rileggendola, non come un recensore, ma come un lettore interessato a cogliere motivi di riflessione nelle argomentazioni proprie dell'Autore e anche nei suoi riferimenti ad opere altrui.

Le mie saranno dunque delle "note a margine", senza pretese di coerenza, "occasionate" dalla rilettura dell'opera di Zatti piuttosto che relative al merito dei suoi contenuti.

Preliminarmente, però, va segnalata la padronanza che l'ancor giovane Zatti manifestava nei confronti degli strumenti metodologici propri di quella che possiamo chiamare (forse un po' genericamente) dottrina "analitica" (e che lo stesso Zatti così più volte chiama); dottrina e metodologia che rappresentano del resto l'oggetto di un mio grande interesse.

Indubbiamente l'argomento dell'opera imponeva un confronto con tale dottrina, soprattutto dopo i fondamentali studi di Floriano D'Alessandro[2], che il nostro Autore ha ben presenti, ma a me sembra che Zatti dimostri una conoscenza del metodo analitico che va al di là dell'argomento specifico della sua opera, e gli consente di confrontarsi con esponenti della teoria generale del diritto (di orientamento analitico) del livello di Herbert L. A. Hart[3] e Uberto Scarpelli[4].

Sottolineare la personalità di Paolo Zatti teorico del diritto[5] accanto alla sua figura – probabilmente più nota in questi ultimi anni – di giurista positivo particolarmente attento a temi socialmente e politicamente "sensibili", come la Salute o la Famiglia[6], è

---

[1] ZATTI, *Persona giuridica e soggettività,* Cedam, Padova, 1975.

[2] F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, negli *Studi in onore di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, 1963, e ora Cedam, 1989 (da questa edizione saranno tratte le citazioni); ID., *Recenti tendenze in tema di concetti giuridici*, in *Riv. dir. comm.,* 1967, I, 15 ss.

[3] Sul cui pensiero cfr. in particolare i saggi raccolti, nella traduzione italiana, da V. Frosini nel volume H. L. A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964.

[4] Sul quale cfr. soprattutto SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959; v. ora la nuova edizione a cura e con l'introduzione di Anna Pintore, Giuffrè, Milano, 1985, dalla quale saranno tratte le citazioni.

[5] Anche se *persona giuridica* è un termine appartenente non solo alla teoria generale del diritto privato, ma anche al linguaggio del nostro Codice Civile, questo studio di Zatti non ha carattere esegetico, e non intende confrontarsi direttamente con la formulazione e la disciplina degli artt. 11 ss., c.c. (disciplina peraltro, com'è noto, profondamente mutata, venticinque anni dopo il suo libro, con il D.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361), o con le disposizioni del Libro V del Codice in materia di società. V. comunque *infra* il par. 8.

[6] È sufficiente ricordare qui la sua direzione del *Trattato di diritto di famiglia* e quella (con Stefano Rodotà) del *Trattato di biodiritto*, entrambi editi da Giuffrè.

L'interesse di Zatti per il diritto di famiglia è risalente nel tempo; già all'indomani della riforma del 1975 è stato tra i promotori dello studio interdisciplinare svolto nell'ambito degli Istituti giuridici dell'Università di Verona che ha poi portato alla pubblicazione del volume *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980 (che comprende il suo lungo saggio *Rapporto educativo e intervento del giudice*),

stato del resto forse il mio principale proposito nella scelta del tema per il contributo al presente *Liber Amicorum.*

Le fonti dottrinali dell'opera di Zatti non si limitano agli orientamenti analitici, e sterminata, anzi, è la sua bibliografia. Tuttavia, volendo concentrare l'attenzione, per mia scelta e interesse, su quegli orientamenti, è facilmente rilevabile l'importanza per l'Autore del pensiero di D'Alessandro e Scarpelli[7].

Particolarmente intenso è il confronto del nostro Autore con Scarpelli, con esiti non necessariamente adesivi, ed anzi talora apertamente critici, tanto che Zatti, rispetto alle tesi di Scarpelli, arriva ad ipotizzare persino un confronto tra "difesa" e "accusa"[8].

Resta comunque il fatto che Zatti si avvale, come punto di partenza, della classificazione di Scarpelli relativa ai diversi generi di concetti (o termini)[9] che incontriamo nel linguaggio giuridico, e considera *persona giuridica* come un termine *qualificatore*[10].

2. – Com'è noto, secondo Scarpelli vi sono termini che designano elementi di mero fatto (ad es., *albero*, *fumo*, *muro*), per il cui corretto uso in una determinata situazione si può prescindere da ogni indagine relativa a norme giuridiche; vi sono al contrario termini che designano proprio norme, parti o sistemi di norme (*regolamento, statuto*); vi è infine un terzo genere di termini che Scarpelli chiama *qualificatori*[11].

In questo vengono compresi sia termini che esprimono una qualificazione normativa di fatti o comportamenti (*valido*, *vietato*, *obbligatorio*), sia termini usati per indicare fatti o comportamenti che siano (in un determinato modo) giuridicamente qualificati[12].

Questa terza categoria di termini è quindi eterogenea, e personalmente ritengo che la loro denominazione come *qualificatori* sia congrua e "trasparente" solo per quei termini (più precisamene, aggettivi) che appunto qualificano (sulla base di norme) situazioni o comportamenti[13], non invece per quelli che indicano le situazioni o i comportamenti qualificati[14].

---

[7] V. sopra le note 2 e 4.

[8] Zatti, *op. cit.*, 209; altre quasi dieci pagine sono poi dedicate all'esame critico – e al confronto con la *Zurechnung* kelseniana – della nozione di *riferimento* adottata da Scarpelli per esprimere il collegamento di atti e fatti alla stessa persona fisica o allo stesso gruppo organizzato, per il tramite dell'ordinamento della persona giuridica (v. *infra* il par.4).

[9] Sia Scarpelli che Zatti parlano di *concetti*. Io cercherò invece di evitare questa impegnativa espressione ricordando quanto dice altrove lo stesso Scarpelli (voce «Semantica giuridica», nel *Noviss. dig. it.*, XVI, Utet, 1969, 983) – cioè che i concetti altro non sono che i significati (intensionali) dei termini che li designano – e cercherò dunque di parlare sempre di *termini*. Cfr. anche Scarpelli, *Contributo,* cit., 52 e 152 (nt. 10).

[10] Cfr. il par. seguente.

[11] Su questa ripartizione classificatoria dei termini giuridici v. D' Alessandro, *Recenti tendenze*, cit., 23 s.; Zatti, *op. cit.*, 197, nt. 4.

[12] Quindi, mentre *scomparso* (art. 48 c.c.) è un termine fattuale, *assente* sarebbe un termine *qualificatore* perché il suo corretto uso non presuppone semplicemente la irreperibilità della persona (come per *scomparso*), ma richiede il rispetto delle procedure stabilite dall'art. 49 c.c.

[13] E che, secondo Scarpelli, *op. cit.*, 215 ss., più propriamente designano le figure (o categorie) della qualificazione normativa). Altrove per contrassegnare gli altri tipi di termini qualificatori ho ritenuto preferibile ricorrere all'aggettivo *normativo*, indubbiamente più generico, ma comunque in grado di segnare la differenza fondamentale – di "grande divisione" parla Pintore a p. 15 della sua Introduzione al *Contributo* (cfr. sopra la nt. 4) – tra i termini *fattuali* e quelli per il cui corretto uso è necessario fare riferimento a norme giuridiche (cfr. A. Belvedere, voce «Linguaggio giuridico», in *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994, 559, nt. 31).

[14] Come *assente* (v. sopra la nt. 12)

Zatti però (giustamente) non indugia sulla terminologia ed è interessato a confrontarsi con la considerazione come termine qualificatore di *persona giuridica*[15], e prima ancora di *persona*, che è parimenti un termine qualificatore, anche quando riferito alle persone fisiche[16].

3. – Secondo Scarpelli[17], infatti, *persona* è un termine di genere, passibile di due diversi usi, nel significato di persona fisica e di persona giuridica, accomunati i due usi da una identica funzione, quella di indicare ciò che consente di collegare tra loro una pluralità di fattispecie e di effetti giuridici che vengono così considerati in modo unitario[18].

Nel caso della persona fisica questo collegamento è più facilmente individuato e rappresentato dalla identità corporea e psicologica dell'essere umano[19] cui vengono riferite fattispecie ed effetti, senza che ciò ne pregiudichi la natura di termine *qualificatore,* perché il suo uso non dipende unicamente dalla vicende (nascita, permanenza in vita, morte) di ogni uomo. Come già chiarito da Scarpelli[20] "non basta l'esistenza di un uomo", perché "l'uomo deve essere oggetto di un trattamento giuridico di un certo tipo", e in passato non mancavano esseri umani privi di ogni capacità giuridica (gli schiavi).

Nel caso della persona giuridica, sempre secondo Scarpelli, tale collegamento avviene invece attraverso "il riferimento ad uno stesso ordinamento"[21], che consente di collegare tra loro fattispecie ed eventi anche non riconducibili alle medesime persone fisiche.

Questo è l'ordinamento proprio di ogni persona giuridica, che possiamo considerare (e chiamare) *particolare* rispetto al superiore ordinamento giuridico generale, ossia al diritto in senso oggettivo.

È ovvia la necessità che l'ordinamento particolare[22] sia conforme a quello generale, che ne fissa in particolare l'ambito di applicazione, ma mantiene comunque una sua specificità, e anche una sua indispensabilità per la disciplina delle attività della persona giuridica, o quando si tratti di stabilire, nelle singole concrete occorrenze, i suoi diritti ed obblighi (a meno che le norme imperative dell'ordinamento generale siano così stringenti ed invasive da azzerare in pratica l'autonomia di coloro che istituiscono e governano quella certa categoria di persone giuridiche).

È questa duplicità di livelli di disciplina giuridica – con il rinvio dell'ordinamento generale a quello particolare – che impedisce di equiparare l'ordinamento particolare

---

[15] Secondo Scarpelli (v. la Introduzione di Pintore al *Contributo,* cit., 27, nt. 28), i termini che designano situazioni o fatti qualificati dal diritto possono designare fatti o situazioni attuali, fatti o situazioni eventuali, oppure, insieme, fatti o situazioni attuali ed eventuali. Quest'ultimo è il caso di *persona giuridica* che designa un ordinamento attuale, punto di riferimento di fatti anche solo eventuali (*Contributo,* cit. 199 e 202).

[16] Un altro termine qualificatore di cui Zatti si occupa è *diritto soggettivo* (in particolare *op. cit*., 237 ss.), nell'ambito di un ampio e approfondito discorso sulla titolarità delle situazioni giuridiche soggettive, riferibile distintamente alla persona fisica e alla persona giuridica); v. anche *infra* il par. 5.

[17] *Op. cit*., 181 ss., 189 ss. In merito cfr. anche Zatti, *op. cit*., 201 ss.

[18] Graficamente potremmo immaginarci la *persona* al centro di una raggiera di collegamenti con fattispecie ed effetti in grado di interagire tra loro solo per il tramite di tale comune punto di riferimento.

[19] "In carne ed ossa", come più volte si esprime un po' ironicamente D'Alessandro, *op. cit., passim.*

[20] *Contributo,* cit., 189 e 197 s.

[21] *Contributo,* cit., 192. Si noti peraltro che nella sua classificazione Scarpelli, come abbiamo già visto, tiene distinti i termini qualificatori, come *persona giuridica* da quelli che designano norme o insiemi di norme. Ma cos'è un "ordinamento" se non un *corpus* di norme ?

[22] Banalizzando, atto costitutivo e statuto della persona giuridica.

della persona giuridica a quello che Scarpelli chiama – a proposito della persona fisica – il trattamento giuridico dell'uomo[23] da parte dell'ordinamento giuridico (generale, o, più semplicemente, senza aggettivi)[24].

4. – Il carattere che accomuna in uno stesso genere *persone fisiche* e *giuridiche* è logico-funzionale, legato a quel collegamento tra fattispecie ed effetti di cui si è detto, e non riguarda la loro intrinseca natura, trattandosi nell'un caso di uomini e nell'altro di ordinamenti. Zatti è interessato ad entrambi questi profili.

Per quanto riguarda il primo, il nostro Autore, escluso ogni automatismo, svolge un approfondito studio delle condizioni per "l'equiparazione della persona giuridica, nel ruolo di soggetto di propri diritti ed obblighi, alla persona fisica"[25].

Sotto il secondo profilo, Zatti si occupa, come già Scarpelli[26], delle "basi sociologiche" di tali nozioni.

Secondo Scarpelli, "la base sociologica del particolare tipo di disciplina giuridica che costituisce condizione di impiego del concetto di persona sta nell'esistenza di un centro di interessi", specificando che "nel caso della persona fisica tale centro di interessi è l'uomo", mentre nel caso della persona giuridica "è dato da un gruppo organizzato per il conseguimento di certi scopi, oppure da un bene o da un complesso di beni a certi scopi destinati".

Aggiungendo che, nelle persone giuridiche, costitutivo del centro di interessi è l'ordinamento con cui, per certi scopi, si formano i gruppi e si destinano i beni, e che è la "base della disciplina giuridica della persona"[27], a cominciare (aggiungiamo noi) da quei collegamenti tra fattispecie ed effetti da cui dipende (come abbiamo visto) la possibilità stessa di richiamare la nozione di *persona giuridica*.

Secondo Zatti[28], "la base sociologica della disciplina, esistendo la quale trova impiego il concetto di persona, è dunque data dall'esistenza di un centro di interessi." Nel caso della persona fisica è l'uomo; nel caso della persona giuridica "elemento unificatore degli interessi è un ordinamento, la cui posizione istituisce un gruppo[29], ne determina gli scopi, le attività e i mezzi". Altrove l'Autore, con un mutamento di prospettiva, contrappone all'uomo della persona fisica il "gruppo organizzato istituito tramite la posizione di un ordinamento"[30].

Al riguardo farei due osservazioni. Innanzitutto mi sembra che il discorso prima che sociologico sia semantico, continuando a riguardare, con qualche precisazione, il corretto uso del termine *persona giuridica*. Il focalizzare l'attenzione più sul fenomeno regolato che sulla normativa che lo regola valorizza la componente fattuale del suo significato, coerentemente con la sua classificazione come termine *qualificatore*[31]. Non nuoce poi la maggiore concretezza del riferimento del termine all'esistenza di un gruppo (o di

---

[23] *Contributo,* cit., 198

[24] V. sopra, in corrispondenza della nt. 20.

[25] *Op. cit.*, 302 ss., 389.

[26] *Contributo,* cit., 193 ss.

[27] Nel passo citato Scarpelli parla di *persona* e non di *persona giuridica*, ma è chiaro che il riferimento ad un ordinamento riguarda quest'ultima figura.

[28] *Op. cit.*, 204, 359, 399, 406 s.

[29] Si noti che qui, come anche in Scarpelli, l'attenzione è prevalentemente rivolta agli enti aventi una struttura associativa, trascurando un po' enti come le fondazioni (magari unilateralmente istituite con un testamento).

[30] *Op. cit.*, 209.

[31] Secondo la classificazione di Scarpelli: v. sopra il par. 2.

un complesso di beni[32]), cioè di un fenomeno più facilmente percepibile, rispetto alla volatile presenza di un "ordinamento".

5. – Il presupposto fattuale del significato dei termini qualificatori è al centro di un'altra questione relativa a tali termini, di cui anche Zatti si occupa, quella riguardante la loro possibile funzione conoscitiva[33].

Per Scarpelli[34] questa funzione è indubbia: i termini qualificatori designando situazioni di fatto qualificate da norme, richiedono per il loro corretto uso due presupposti, uno relativo ai fatti in questione, ed uno relativo alle norme che disciplinano queste situazioni; se sappiamo cosa dicono queste norme, l'uso (che si presuppone corretto) del termine qualificatore ci informa della esistenza della situazione regolata.

Pertanto, l'uso del termine *persona giuridica* ci rivela la esistenza di un gruppo di uomini o di un complesso di beni organizzato e disciplinato da un proprio ordinamento particolare[35].

Zatti si confronta però con il pensiero di Scarpelli anche riguardo ad altri importanti termini qualificatori, come *diritto soggettivo* o *proprietà*, ai quali dedica una approfondita analisi volta a mettere a fuoco i presupposti per una corretta formulazione di proposizioni del tipo "X ha un diritto"[36].

Si tratta indubbiamente di termini la cui funzione conoscitiva è assai problematica a cominciare dalla individuazione dei fatti dei quali potrebbero veicolare la conoscenza. Nell' uso di simili termini, infatti, come dice Scarpelli "i fatti cui si riferisce la qualificazione [cioè i comportamenti del titolare dei diritti] non sono attuali, ma possibili"[37], e quindi – semplificando molto – l'affermazione che X ha quel certo dritto nulla ci dice riguardo al fatto che si siano effettivamente verificati quei comportamenti di X, che, se realmente tenuti, risulterebbero leciti.

Scarpelli[38] è il primo a rendersi conto di ciò, ma al tempo stesso vuole tenere ferma la funzione conoscitiva anche di questo tipo di termini qualificatori, ipotizzando però una funzione conoscitiva solo *indiretta*, perché relativa alla fattispecie (o ad una delle fattispecie[39]) a cui l'esistenza del diritto è collegata.

A me sembra tuttavia che in questo modo non si stia descrivendo una diversa modalità conoscitiva (indiretta anziché diretta) di una medesima realtà, ma si rivolga l'attenzione ad aspetti diversi della situazione rappresentata dalla titolarità di quel certo diritto da parte di X. Un po' grossolanamente potremmo dire che si volge lo sguardo alle fattispecie da cui nasce il diritto, allontanandolo dal suo contenuto, cioè gli eventuali comportamenti del suo titolare, sui quali termini come *diritto soggettivo*, o, più specificamente, *proprietà*, nulla sono in grado di dirci. Né direttamente, né indirettamente.

A questa critica, che potremmo definire *esterna* alla tesi di Scarpelli, se ne può aggiungere un'altra, per così dire *interna*, rilevando una contraddizione nel suo pensiero.

---

[32] V. sopra la nt. 29.

[33] Cfr. ZATTI, *op. cit.*, 199, 204 s.

[34] *Contributo,* cit., 146, 179.

[35] Alla luce del quale saranno qualificati i comportamenti e le situazioni non attuali riferibili alla persona giuridica (v. sopra la nt. 15).

[36] ZATTI, *op. cit.*, 227 ss., 237 ss.

[37] *Contributo,* cit., 177.

[38] *Ivi*, 179 s.

[39] A quale però non sappiamo.

Secondo Scarpelli[40], infatti, non fa parte delle condizioni d'uso di termini (qualificatori) come *diritto soggettivo* o *proprietà* la menzione delle fattispecie da cui i diritti originano[41]. E allora l'uso di questi termini[42] nulla ci può dire su ciò che può aver determinato la nascita di tali diritti. Questa conoscenza può derivare solo per il tramite di diverse e ulteriori proposizioni che indichino i loro modi di acquisto (cfr. l'art. 922 c. c.)[43].

Anche Zatti[44] sottopone ad un approfondito esame critico la applicazione delle tesi di Scarpelli a proposizioni come "X ha un diritto". I suoi dubbi riguardano soprattutto la possibilità di espungere dal significato di queste ultime ogni riferimento alle fattispecie, se si intende fare riferimento ad un concreto soggetto X, e non limitarsi a fare un discorso su norme giuridiche, volto ad includere o ad escludere facoltà o poteri da un certo diritto. L' affermazione della titolarità del diritto da parte di X implica l'affermazione che una delle fattispecie dalle quali dipende l'acquisto del diritto si è verificata con riferimento a X[45].

In conclusione – dice l'Autore[46] – "se si ritiene di dover escludere dalle condizioni di uso dei concetti del tipo «diritto soggettivo» la menzione del rapporto tra fattispecie e conseguenze, lo schema proposto per la loro definizione non può riprodursi ... con riguardo a un soggetto concreto", e il richiamo alle fattispecie "si affida alla relazione di titolarità".

Se invece – continua l'A. – "si comprende tra le condizioni d'uso il richiamo al verificarsi di una tra le fattispecie", allora "l'attribuzione della titolarità si riduce a indicazione del soggetto interessato ai fatti e atti ... collegati nel modo che già il concetto richiama".

6. – Un' ultima questione prima di concludere questo breve scritto, riguardante il rapporto tra le nozioni (nel nostro caso quella di *persona giuridica*) elaborate dalla dottrina e quelle fatte proprie dal legislatore.

Il problema va impostato tenendo conto del tipo di opera dottrinale con cui fare i confronti, perché ci sono opere con mere finalità esegetiche, dirette ad individuare le norme da applicare, ed opere che, invece – dando come nota la trama delle regole legislative – hanno, per così dire un orizzonte più ampio (talora con prospettive storiche o comparatistiche) e sono più interessate ad un confronto con i discorsi di altri studiosi piuttosto che con il linguaggio del legislatore. Più interessate, in sintesi, a rappresentare razionalmente il quadro dei problemi da affrontare piuttosto che a descrivere come il legislatore (di riferimento) li ha affrontati cercando di risolverli. E mi sembra che questo possa dirsi per gli studi di Scarpelli e di Zatti di cui ho parlato.

Gli autori di questo secondo genere di opere sono più liberi di adottare significanti e significati diversi da quelli adottati dal legislatore, anche se la migliore dottrina esclude in generale – e quindi anche quando (rispetto ad un discorso-oggetto normativo) il meta-discorso giurisprudenziale abbia finalità meramente esegetiche – la necessaria

---

[40] *Contributo*, cit., 154 ss.

[41] In polemica, com'è noto, con Alf Ross, del quale si vedano i saggi *Tû-tû* e *Definition in legal language*, entrambi ora in traduzione italiana nel volume *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di SCARPELLI, Edizioni di Comunità, 1976.

[42] In frasi come "X è proprietario (della cosa y)".

[43] Cfr. PINTORE, *Introduzione*, cit., 23.

[44] *Op. cit.*, 227 ss., 237 ss.

[45] *Ivi*, 244.

[46] *Ivi*, 248 s.

identità dei termini (e significati) *descrittivi* rispetto a quelli *descritti*[47]. In ogni caso però deve restare chiara la differenza tra i due livelli di discorso, quello delle norme e quello giurisprudenziale (in senso lato).

Il pericolo di confusioni e sovrapposizioni è molto maggiore, se gli stessi termini compaiono nei discorsi dei due diversi livelli: è massimo allora il rischio che i significati risultanti dalla elaborazione teorica della giurisprudenza vengano sovrapposti a quelli con cui questi termini sono stati usati dal legislatore, con una sorta di *spillover* da una specie concettuale ad un'altra.

Si potrebbe pensare che simili rischi potrebbero essere molto ridotti evitando nei discorsi giurisprudenziali l'uso di termini uguali, ma con significati diversi, e ricorrendo quindi anche a *significanti* diversi, con il conio, se necessario, di nuove parole o espressioni.

Questa potrebbe essere sicuramente una via da seguire, ma non sarebbe comunque sempre risolutiva. Lo dimostra l'esperienza italiana relativa al sintagma *negozio giuridico*, cui faccio riferimento anche perché compreso nel suo studio sui termini qualificatori da Scarpelli[48], il quale ne mette in luce le differenze semantiche rispetto a *diritto soggettivo* e *persona giuridica* per quanto riguarda l'attualità o l'eventualità dei fatti cui rimandano[49], ma non ritiene essenziale segnalare che si tratta di un termine che, a differenza degli altri, non trova alcun riscontro nel linguaggio del diritto positivo italiano.

La questione però è importante perché *negozio giuridico* è un termine sistematico (*descrittivo*, nel senso sopra indicato) che ha finito con l'essere considerato parte del linguaggio-oggetto del legislatore e strumento per l'esegesi delle disposizioni del Codice Civile, acquistando la stessa "realtà normativa" di figure legislativamente previste, come il contratto o il testamento[50].

7. – Non mi sembra che Scarpelli e Zatti corrano il rischio sopra denunciato dello *spillover,* nonostante che *persona giuridica* sia un termine appartenente sia alla teoria generale del diritto privato sia al linguaggio del nostro Codice Civile, e hanno cura di sottolineare l'autonomia dei loro discorsi quando ci potrebbero essere punti di contatto con la disciplina positiva delle persone giuridiche.

Così, quando Zatti[51] distingue[52] tra persone giuridiche riconosciute e non riconosciute, chiarisce che sta facendo riferimento all'ampio significato di *persona giuridica* "additato da Scarpelli". Altrimenti, infatti, con riferimento al linguaggio legislativo, le

---

[47] Cfr. Jori, *Definizioni e livelli di discorso giuridico*, in Belvedere-Jori-Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie,* Giuffrè, 1979, 494 ss., 503 ss.

[48] *Contributo,* cit., 126 ss.

[49] *Ivi*, 159 ss., 177, 179. V. anche sopra il par. 2, nt. 15.

[50] Tutti noi conosciamo, o ricordiamo, manuali di Istituzioni di Diritto Privato che trattavano aspetti importanti degli atti giuridici con riferimento al *negozio giuridico*, o con riferimento congiunto al *negozio* e al *contratto*, come se queste due figure si potessero collocare su uno stesso piano. V., ad es., Torrente, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, 1952, 135 ss., in cui viene riversata in un discorso sul negozio giuridico la disciplina codicistica del contratto, in materia di vizi (o mancanza) della volontà, interpretazione, invalidità, apposizione di condizioni o termini.

Per non parlare poi dei casi in cui la categoria del *negozio giuridico* era utilizzata come una sorta di letto di Procuste, rispetto alla disciplina legislativa degli atti che venivano considerati *negozi*. Così Giuseppe Stolfi (*Teoria del negozio giuridico*, Cedam, 1961, 101 e 145), ritenendo che "la sostanza del negozio è costituita dalla volontà reale dell'interessato" e che pertanto ove alla dichiarazione non si accompagni tale volontà il negozio debba considerarsi nullo, considerava "come non scritto" l'art. 1429, n. 1 del codice civile, che prevede invece (insieme all'art. 1428 c.c.) l'annullabilità del contratto.

[51] *Op. cit.*, 327, in nota; sul tema del riconoscimento, v. anche 289 ss.

[52] Seguendo Scarpelli, *Contributo*, cit., 198 s.

espressioni "persona giuridica riconosciuta e non riconosciuta" risulterebbero la prima pleonastica e la seconda contraddittoria, dal momento che nel nostro diritto positivo gli enti privati acquistano la personalità giuridica solo mediante un "riconoscimento", ora "determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche"[53], e in passato, com'è noto, concesso con decreto del Presidente della Repubblica (art. 12, c.c., abrogato).

Più delicato è il discorso di Scarpelli, anche perché non esclude la sostituzione – con la sua definizione – del termine *persona giuridica* nel testo delle disposizioni legislative in cui figura[54]; il suo pensiero sui rapporti con il linguaggio legislativo si manifesta però soprattutto quando affronta la questione "se, come sono disciplinate nel diritto italiano, le società di persone, o alcune delle società di persone, siano, o no persone giuridiche"[55], aggiungendo che "la risposta, affermativa o negativa, può comportare importanti implicazioni"[56].

Vorrei prima di tutto fermarmi un attimo su quest'ultima affermazione: le conseguenze della inclusione di una certa realtà in una determinata figura giuridica, dotata di una sua disciplina, dipendono da chi ha "disegnato" questa figura e l'ha regolamentata.

Pertanto, le "implicazioni" riguardanti la disciplina delle società di persone derivanti da una loro considerazione (o no) come persone giuridiche si possono avere solo se si adotta una nozione di persona giuridica cui è collegata una certa disciplina, una nozione quindi legislativa, dal momento che le nozioni dottrinali non possono avere alcuna "carica"[57] normativa.

Mi sembra però che queste lievi incertezze di Scarpelli sui rapporti tra nozioni dottrinali e legislative[58] vengano superate nel prosieguo del suo discorso sulle società di persone, in cui, pur sostenendo che queste società rientrano nell'uso allargato – da lui proposto e sostenuto – di *persona giuridica*, non tenta alcuna forzatura per influire, per il tramite della sua definizione, sulle regole a loro applicabili, riconoscendo la possibilità di tenere distinte disciplina positiva e definizione dottrinale: "una volta accertato come le società di persone sono regolate dal nostro diritto, l'affermazione che esse siano o no persone giuridiche si ricava analiticamente in base alla definizione del concetto di persona giuridica, e sta a noi decidere quale debba essere tale definizione"[59].

---

[53] Art. 1. d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361.

[54] *Contributo*, cit., 200 ss., a proposito dell'abrogato art. 17 c.c.

[55] *Ivi*, 195 ss.

[56] Implicazioni riguardanti – si presume voglia dire l'A. – la loro disciplina.

[57] Volendo grossolanamente ricalcare un termine della Fisica, per indicare la loro idoneità a fungere da vettore di norme giuridiche nei confronti delle figure che in esse possono essere sussunte.

[58] Incertezze manifestatesi anche precedentemente (*Contributo,* cit., p. 175) a proposito di *diritto soggettivo*, là dove l'Autore denuncia il rischio che una propria ridefinizione "troppo in contrasto con l'uso" costringesse a riscrivere costituzioni e codici. Questo rischio ovviamente non sussisterebbe se si sottolineasse la differenza di livello tra il proprio linguaggio e quello del legislatore.

[59] *Contributo*, cit., 197.

ALBERTO MARIA BENEDETTI

«FIDUCIARIO» (NELLE DAT) E «ESECUTORE» (TESTAMENTARIO): AFFINITÀ, DIFFERENZE, INTEGRAZIONI

SOMMARIO: 1. Il fiduciario nelle DAT. – 2. Prima questione: il fiduciario è titolare di un «ufficio di diritto privato»? – 3. Seconda questione: il fiduciario è (come un) esecutore testamentario? – 4. Terza questione: in che misura la disciplina dell'esecutore testamentario può integrare quella del fiduciario?

1. *Il fiduciario nelle DAT*

Il fiduciario, nella legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento, DAT (l. n. 219/2017), è figura che Paolo Zatti descrive ricorrendo a un'immagine forte: un *avatar* del paziente nella relazione con il medico[1], o, detto diversamente, un «guardiano»[2] della volontà del disponente.

Vale la pena di soffermarsi su questa figura, una e trina[3].

Una, perché è sempre utilizzato il termine «fiduciario»; trina perché compare *a.* nell'art. 1, come l'incaricato di esprimere il consenso o di ricevere le informazioni relativamente ai trattamenti sanitari; *b.* nell'art. 4, come il soggetto indicato dal disponente nelle DAT per la loro attuazione; *c.* nell'art. 6, come l'incaricato di ricevere le informazioni relativamente all'evoluzione del percorso terapeutico.

«Il nome nei tre casi è lo stesso, ma le funzioni non sono identiche»[4].

All'art. 1, comma 3°, compare nella veste di «persona incaricata di ricevere le informazioni e di esprimere il consenso in sua vece» (in relazione al consenso informato per il trattamento medico-chirurgico); nelle DAT, il fiduciario (art. 4, comma 1°, cpv. 2°) è «indicato» dall'interessato come «persona di sua fiducia» che «ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie»; all'art. 5 (pianificazione condivisa delle cure), il fiduciario riceve le informazioni relative al possibile evolversi di una patologia ed esprime il consenso alla pianificazione (art. 5, comma 2° e comma 3°).

La fonte primaria tratteggia, senza troppi dettagli, i caratteri di un ufficio (sempre parole di Paolo Zatti[5]) stabilendo *i.* una denominazione (fiduciario); *ii.* i requisiti di capacità del nominato (maggiorenne e capace di intendere e di volere, con ciò intendendo

---

[1] ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 247 ss., in partic. 248; con riferimento al fiduciario, scrive: «E' un "alter ego", un *avatar* giuridico che ripristina la relazione di "cura e fiducia" con il medico e *l'équipe* sanitaria in vista delle decisioni da prendere, ma sulla base di una investitura che ha una base di scelte fatte dal paziente-disponente».

[2] Così lo identifica FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 191.

[3] Sui rapporti tra il fiduciario di cui alla l. n. 219/2017 e l'art. 1, comma 40° e 41°, l. n. 76/2016 (che autorizza il convivente a designare l'altro quale proprio rappresentante per le determinazioni sulla salute in caso di incapacità di intendere o di volere o per la donazione gli organi, v. BELLELLI, *40°-41° comma*, in S. PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, nel *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2020, 509 ss., in partic. 512-517 (nel senso di un suo sostanziale assorbimento nella disciplina, cronologicamente successive, sulle DAT).

[4] Così, ancora, ZATTI, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 248.

[5] Così sostiene CARUSI, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 293 ss., in partic. 297.

la necessità di un *surplus* di capacità naturale, aggiunta a quella legale); *iii.* il procedimento di nomina: indicazione da parte del disponente, nelle disposizioni anticipate di trattamento, seguita dall'accettazione (sottoscrivendole o con atto successivo allegato[6]) e consegna di copia al fiduciario; *iv.* atti interruttivi del procedimento (rinuncia con atto ricettizio, revoca con atto formale e immotivato); *iv.* i poteri del fiduciario in ordine all'applicazione e, soprattutto, alla possibile disapplicazione delle DAT.

Un quadro certamente ispirato da un'organicità molto debole, all'insegna di una disciplina «leggera», probabilmente ritenuta dal legislatore utile a rendere più agevole l'utilizzo di questa figura.

2. *Prima questione: il fiduciario è titolare di un «ufficio di diritto privato»?*

Va affrontata una prima questione: il fiduciario, nel contesto delineato dalla l. n. 219/2017, è titolare di un «ufficio di diritto privato» oppure è legato al disponente da un rapporto giuridico assimilabile al mandato o alla rappresentanza? Non si tratta di mera questione teorico-dottrinale, ma di un problema dalla cui soluzione possono discendere importanti conseguenze in punto disciplina applicabile.

La categoria dell'«ufficio di diritto privato» – costruita soprattutto sulla storica figura dell'esecutore testamentario[7] – è di matrice dottrinale, con ampia recezione giurisprudenziale[8]; l'idea, sostanzialmente, nasce dalla constatazione che, in talune situazioni tipizzate dal legislatore, alcuni amministrano interessi non propri, in ragione di un (presunto) interesse pubblico. Il prototipo, come detto, si può individuare nella figura dell'esecutore testamentario: nominato dal testatore, agisce per proteggere anche un interesse generale, sia pure non facilmente identificabile; è quindi titolare di un «ufficio» che, al pari di altre figure (tutori, curatori) conosciute dal diritto privato, è finalizzato alla salvaguardia di interessi di natura privata, ma di rilevanza anche pubblica.

Si discute della stessa consistenza della categoria «ufficio di diritto privato», vuoi perché non oggetto di disciplina organica e generale, vuoi perché, anche a volerla ammettere, i suoi confini appaiono o troppo ristretti o troppo allargati[9] o, in ogni caso, sostanzialmente incerti.

---

[6] L'assenza di allegazione non incide sulla validità della nomina, essendo, semmai, onere del medico attivarsi per verificare l'accettazione del fiduciario designato: così Lenzi, *Disposizioni anticipate di trattamento e effettività del consenso*, in *Notariato*, 2020, 136 ss., 141-142.

[7] In Italia, sempre sull'esecutore testamentario come «ufficio di diritto privato», Messineo, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, Roma, 1923, II, 68 ss.; oggi, per tutti, basta vedere C.M. Bianca, *Le successioni*, 2.2., a cura di M. Bianca e Sirena, Milano, 2022, 81 e Cuffaro, *L'esecutore testamentario*, in Calvo - G. Perlingieri, *Diritto delle successioni e delle donazioni*, Napoli, 2015, 1301-1305. Scrive Messineo, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, cit., 74: «Chi, nell'interesse altrui, in obbedienza ad un dovere e in forza di un diritto proprio, commisurato al dovere medesimo, esplica in proprio nome una data attività (…) non può essere, in siffatta veste, se non il titolare di un ufficio».

[8] Sull'esecutore testamentario, ad es., v. Cass., 26.11.2015, n. 24147, in *Fam. e dir.*, 2016, 329, con nota di Bonilini, *Sulla remunerazione dell'esecutore testamentario, con particolare riferimento alla tariffa* («L'istituto dell'esecutore testamentario si concreta in un ufficio di diritto privato, con alcuni accenti pubblicistici, in base al quale l'esecutore, nominato dal testatore *intuitu personae* in forza della clausola testamentaria, è investito del potere di compiere in nome proprio determinati atti, i cui effetti ricadono direttamente sul patrimonio ereditario, come se li avessero compiuti gli eredi. In particolare, compito dell'esecutore testamentario è quello di dare attuazione alle disposizioni di ultima volontà del "de cuius", a tal fine prendendo possesso della massa ereditaria, amministrandola e compiendo tutti gli atti di gestione occorrenti»).

[9] In tempi recenti, la categoria è stata evocata con intelligenza nel contesto dei rapporti di credito finanziario, bancario e assicurativo, specie per potenziare, se così si può dire deprivatizzandola, le respon-

Ma per quanto sia di matrice certamente dottrinale, almeno quanto alla sua definizione, in molte situazioni è il Codice civile a qualificare in termini di «ufficio» un determinato incarico; per es., giusto a proposito dell'esecutore testamentario, si evoca in più occasioni la categoria dell'«ufficio»: art. 700, comma 3°, art. 707, 1° comma; art. 708; art. 710, art. 711, con lo scopo di porre l'accento sulle «funzioni» cui l'esecutore è preposto per scelta del testatore, in un quadro di regole cogenti e sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Se il Codice civile si esprime in termini di «ufficio», non si può affermare, se non forzando, che questa categoria sia artificiosa o frutto di ingiustificate aspirazioni classificatorie; certamente non ne esiste una compiuta identificazione né una disciplina organica né una definizione, ma la nozione è indiscutibilmente viva e presente nel dato codicistico e nel discorso dottrinale, in un contesto assai variegato di figure ad essa ricondotte per espressa menzione normativa, non tutte riducibili a un unico paradigma[10] ma certamente tutte qualificate come «uffici».

I tratti comuni di questi «uffici»[11] sembrano essere tre: *a.* il titolare esercita funzioni nell'altrui interesse; *b.* il giudice controlla, in vari momenti, l'attività del titolare; *c.* l'ufficio incide su situazioni giuridiche di diritto privato (ma oggetto di una particolare protezione da parte dell'ordinamento).

Se è così, il «fiduciario», pur in assenza di una espressa indicazione nel dato legislativo, ricopre senz'altro un «ufficio» di diritto privato: perché *i.* opera nell'interesse del disponente (come garante dell'attuazione della sua volontà); *ii.* lavora su situazioni giuridiche altrui (il diritto alla salute del disponente) e *iii.* è esposto, nei modi di cui si dirà tra breve, a un possibile controllo giudiziale.

Non sono utili a ricostruire la natura di questa figura né i richiami al mandato[12] né quelli alla rappresentanza, per quanto specialissima e atecnica[13], anche in ragione del carattere personalissimo degli atti da compiere[14]: si tratta di un «ufficio di diritto privato» che deriva sì dalla volontà del disponente ma che risponde, nella *ratio* delle disposizioni di fonte legislativa che lo prevedono, a un interesse (assunto come) generale dall'ordinamento (quello secondo cui chi deve essere destinatario di un trattamento medico, ma non è in grado di esprimere il proprio consenso, deve poter indicare qualcuno di sua fiducia che curi l'applicazione delle direttive anticipate); il richiamo legislativo

sabilità e gli obblighi dei professionisti nei confronti dei risparmiatori: Maffeis, *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, in partic. 384 ss. (l'A. scrive, *ivi*, 125: «L'ufficio di diritto privato ha per contenuto un *facere* variamente predeterminato con norme imperative di condotta, esattamente come l'attività dell'intermediario (…)».

[10] Come peraltro osserva già Messineo, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, cit., 85: «Non tutte le forme di ufficio si equivalgono, quanto a collocazione nel sistema, contenuto, struttura, disciplina e finalità. Resta integra in ogni modo l'unità del concetto».

[11] Il Codice civile si esprime in termini di «ufficio» a proposito della tutela minorile: artt. 349, 350, 351, 383, 384 c.c. e in tema di curatela del minore emancipato (art. 392 c.c.). Analogamente a proposito della tutela dell'interdetto e alla curatela dell'inabilitato (artt. 422, 426 c.c.). Nell'amministrazione di sostegno, invece, si preferisce esprimersi in termini di «incarico» o di «compiti» (art. 405, comma 5°; art. 410 c.c.). V. sul punto Ghidoni, *Le designazioni di diritto privato*, Napoli, 2020, 175 (nt. 164) che preferisce, riprendendo un'antica opinione, utilizzare il termine «officio» in luogo del più diffuso «ufficio» (per quanto oggetto di espresso utilizzo codicistico, anche nel contesto del diritto privato).

[12] In questo senso Calvo, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium Iuris*, 2018, 689 ss., in partic. 693.

[13] Come sottolinea Mantovani, *Art. 4*, nel *Commentario del Codice civile*, diretto da Gabrielli, *Delle persone*, II, *Leggi collegate*, a cura di Barba e Pagliantini, Milano, 2019, in partic. 1592.

[14] Cfr. su questo Di Rosa, *La rete di prossimità e il ruolo del fiduciario*, in *Resp. med.*, 2019, 49 ss., in partic. 52.

alla «rappresentanza» (nel rapporto col medico) è del tutto privo del suo significato giuridico, perché il fiduciario non manifesta mai una volontà propria, ma esprime quella manifestata dal disponente[15], al più interpretandola, ma mai sostituendosi a essa.

3. *Seconda questione: il fiduciario è (come un) esecutore testamentario?*

Va affrontata una seconda questione: il fiduciario, nelle DAT, è figura assimilabile a quella dell'esecutore testamentario? Se sì, in che termini la sua esile disciplina può trovare in quella più corposa dell'esecutore testamentario (art. 703 e ss. c.c.) una fonte di integrazione analogica della sua disciplina?

La via dell'accostamento è stata suggerita da Pietro Rescigno[16] e merita senz'altro di essere esplorata al fine di capire, a una verifica empirica, se il primo possegga i requisiti dell'ufficio di diritto privato, certamente presenti nel secondo (e, in fondo, al di là della denominazione un po' fredda scelta dal legislatore, le DAT sono, appunto, un «testamento» biologico e il «fiduciario» può essere accostato a un esecutore testamentario).

Vanno prese le mosse dai dati salienti dell'ufficio di esecutore testamentario.

i. la scelta dell'esecutore testamentario è rimessa a una disposizione testamentaria legalmente condizionata all'accettazione dell'esecutore, nelle forme e con gli oneri pubblicitari previsti dall'art. 702 c.c.;

ii. perfezionata la designazione, l'esecutore assume le «funzioni» dell'ufficio definite dal codice agli art. 703 ss. c.c., con una responsabilità verso gli eredi dalla quale il testatore non può esonerarlo (art. 709, ult. comma., c.c.);

iii. l'origine negoziale dell'ufficio – che può nascere solo dalla volontà del testatore – si manifesta in spazi ulteriori per la sua autonomia: può designare possibili sostituti (art. 700, comma 1°, c.c.); in caso di più esecutori, può stabilire di dividere le loro attribuzioni (art. 700, comma 2°, c.c.); può stabilire che l'esecutore non amministri i beni o non ne consegua il possesso (art. 703, 2° comma, c.c.); può disporre che l'esecutore non erede né legatario possa procedere alla divisione dei beni tra gli eredi (art. 706 c.c.); può stabilire una retribuzione per l'esecutore a carico dell'eredità (art. 711 c.c.). Nel novero degli «uffici di diritto privato», l'esecutore testamentario si distingue per la sua eventua-

[15] Su questo la dottrina è concorde. Fra i tanti basta vedere Delle Monache, *La nuova disciplina sul "testamento biologico" e sul consenso ai trattamenti medici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, I, 997 ss., in partic. 1014-1016.

[16] Rescigno, *La scelta del testamento biologico*, in *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, Milano, 2005, 16-17: «Nel sistema del diritto successorio è contemplata la figura dell'esecutore testamentario, investito dell'incarico di curare che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto; per singoli affari lo strumento del mandato *post mortem* può garantire un'efficacia proiettata al di là della vita del soggetto; il testamento biologico deve affidarsi, come l'esperienza legislativa e pratica dimostra, in termini di sicura opportunità e forse di insuperabile necessità, alla relazione fiduciaria con soggetti che "eseguano" o siano in grado di vigilare sulla "esecuzione" delle direttive. L'appartenenza alla cerchia familiare dell'autore del *living will*, il sodalizio nato dall'amicizia o dalla condivisione di ideali interessi, l'instaurazione del rapporto professionale di assistenza e trattamento col medico o l'infermiere rendono agevole la scelta dell'interessato e semplificano la ricerca e l'individuazione di chi debba in definitiva decidere – l'anonima struttura e gli uomini che per essa operano –, delle persone da consultare e ascoltare. Alla sopravvivenza "assistita" – poiché sulla durata di essa incide il testamento biologico – si connettono principalmente due temi, quello dei trapianti, poiché il consenso all'espianto di organi può essere materia di un *living will*, e soprattutto la "presa di posizione" del soggetto, nel prefigurarsi una situazione irreversibile senza possibilità di recupero, circa il ricorso e i limiti di uso delle "tecniche" di sostegno della vita, ma di mantenimento in una vita intesa nel senso puramente "materiale" della parola». Analoga prospettiva è accolta da Delle Monache, *op. cit.*, in partic. 1016.

lità (c'è se è voluto; se non è voluto, non c'è); ma questa sua origine integralmente riferibile all'autonomia del *de cuius* si accompagna a una copertura normativa talmente ampia da rendere inutile[17] il ricorso a schemi del diritto contrattuale, qui del tutto superflui (anche con riferimento alla posizione del fiduciario nelle DAT).

Volendo sintetizzare: la figura dell'esecutore oscilla tra privato e pubblico; la sua disciplina è esposta all'autonomia del testatore, in un quadro in cui il legislatore – nel disegnare una regolamentazione «più organica, compiuta ed efficace»[18] – ha contemperato le esigenze dell'interessato (che può decidere di ricorrere a questo istituto e, in parte, definirne alcune regole operative) e dell'ordinamento (che indirizza questa scelta in un quadro di regole cogenti e di controlli da parte dell'autorità giudiziaria, dovendo contemperare interessi diversi e potenzialmente confliggenti).

Ne deriva, appunto, un «ufficio» dotato di «poteri» i cui «accenti pubblicistici»[19], a voler riprendere un'espressione in voga tra i giudici, derivano non tanto dall'interesse protetto (che è privato) quanto dalla necessità, avvertita dal legislatore, che l'esercizio dell'incarico avvenga in modo equilibrato, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria; ed è in forza di questi poteri attribuiti dalla legge (non già per l'artificioso operare di meccanismi variamente autorizzatori) che gli effetti degli atti compiuti dall'esecutore ricadono sul patrimonio ereditario, «come se li avessero compiuti gli eredi»[20].

Tratteggiati così, per quanto sommariamente, i caratteri dell'ufficio di esecutore testamentario, si può verificare se il «fiduciario», nell'intero contesto della l. n. 219/2017, ripeta le medesime caratteristiche. E allora:

i. il fiduciario è certamente indicato dall'interessato in modo totalmente discrezionale (salva la previsione di una capacità «rafforzata»: legale e naturale, al contempo[21]);

ii. è un esecutore (o guardiano o custode) della volontà del disponente e non manifesta in alcun modo una volontà propria (è pertanto un rappresentante «atecnico»[22]);

iii. è un istituto eventuale, non necessario (potendo darsi l'ipotesi di DAT non accompagnate dalla nomina di un fiduciario);

iv. l'art. 4 – cui può essere assegnato il ruolo (anche in ragione del rinvio allo stesso articolo 4 nella disposizione di cui all'art. 5, 5° comma) di disciplina generale del «fiduciario» uno e trino – detta un procedimento relativo alle condizioni sostanziali e procedimentali per la designazione: *a.* deve essere persona maggiorenne e capace di intendere e di volere; *b.* deve accettare con atto formale (sottoscrivendo le DAT o con atto successivo); *c.* la nomina è rinunziabile o revocabile con le stesse modalità con cui è avvenuta (art. 4, 2° e 3° comma);

v. nel merito, il fiduciario esegue le DAT ma partecipa anche alla loro disapplicazione nei casi di cui all'art. 4, 5° comma; con accordo medico-fiduciario si decide di non applicarne quando appaiano «palesemente incongrue» o non corrispondenti alla

---

[17] Bonilini, voce «Esecutore testamentario», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, *sez. civ.*, VII, Torino, 1999, in partic. 548.

[18] Come si legge nella Relazione al Codice civile, n. 335, 1° cpv.

[19] Si legge in Cass., 26.11.2015, n. 24147, cit., che l'esecutore testamentario «si concreta in un ufficio di diritto privato, con alcuni accenti pubblicistici, in base al quale l'esecutore, nominato dal testatore *intuitu personae* in forza della clausola testamentaria, è investito del potere di compiere in nome proprio determinati atti (..)».

[20] Cass., 26.11.2015, n. 24147, cit.

[21] Con una designazione negoziale teoricamente costruibile anche con elementi accidentali: v. in tal senso Ghidoni, *op. cit.*, 176-177.

[22] Vedi su questo Maffeis, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 1436 ss., in partic. 1447.

condizione clinica attuale del paziente» o «sussistono terapie capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita»;

vi. in caso di conflitto tra fiduciario e medico sulla disapplicazione delle DAT, interviene il giudice tutelare *ex* art. 3, 5° comma su ricorso del medico stesso, del rappresentante legale del paziente, dei soggetti di cui agli artt. 406 ss. c.c. (amministratore di sostegno) o del rappresentante legale della struttura sanitaria.

Il nucleo essenziale di quanto previsto dal Codice civile per l'esecutore testamentario si ritrova, *mutatis mutandis*, nel fiduciario delle DAT; ciò che manca deriva dalla natura esclusivamente non patrimoniale dell'interesse (del disponente) che il fiduciario deve preservare (il rispetto della sua volontà) quando, all'evidenza, nell'esecuzione del testamento, gli interessi sono quanto meno compositi (patrimoniali e non patrimoniali) e i soggetti coinvolti dall'attività dell'esecutore sono più d'uno (gli eredi, i creditori e così via). Ma la radice dell'incarico è quella propria di qualunque «ufficio di diritto privato»: legittimazione (per volontà dell'interessato sanzionata da una previsione di legge) ad agire nell'interesse altrui, assunto dall'ordinamento come interesse generale (che giustifica un *surplus* protettivo, rispetto all'ordinario strumento della tutela giurisdizionale); designazione in base a un mero rapporto fiduciario che lega designante e designato; controllo giudiziario sull'attività del designato.

In questo quadro, il fiduciario non è solo un muto custode della volontà del disponente, ma può essere chiamato a valutazioni di «adeguatezza» delle DAT a situazioni sopravvenute che comportano non tanto la manifestazione di una volontà propria (diversa da quella del disponente), quanto un'interpretazione adeguatrice delle DAT, quando il contesto specifico ne imponga la disapplicazione. In questo caso, il fiduciario esercita una qualche discrezionalità, che, in caso di conflitto col medico, dà luogo a una parentesi giurisdizionale di cui il fiduciario è parte a pieno titolo. Non si tratta, come d'altronde avviene per tutti i titolari degli «uffici» di diritto privato[23], di una figura che si limita a svolgere il ruolo di *bouche* del disponente; può svolgerne uno molto più incisivo quando, «in accordo» con il medico, concorre alla decisione (del medico) di disapplicare, in tutto o in parte, le DAT, in nome di una migliore protezione dell'interesse e della volontà del disponente che, proprio in quanto «fiduciario», è meglio di chiunque altro in grado di interpretare e proteggere[24]; non esprime una nuova volontà, ma interpreta «autenticamente»[25] le originarie disposizioni, quando si renda indispensabile un loro superamento in ragione di circostanze sopravvenute imprevedibili al tempo in cui il disponente le aveva espresse. O, meglio, apprezza la sopravvenienza, esprimendo una condivisione o un dissenso rispetto alla necessità, manifestata dal medico, di non applicare le DAT.

---

[23] Aur. Candian, *C.d. «ufficio privato» e, in particolare dell'esecutore testamentario*, in *Temi*, 1958, 379 ss., in partic. 391: secondo questo A., l'ufficio di diritto privato ha tre caratteristiche (l'impulso statale, la struttura, i modi e sanzioni dell'agire). V. anche Messineo, *Contributo alla dottrina della esecuzione testamentaria*, cit., 74: «Chi, nell'interesse altrui, in obbedienza ad un dovere e in forza di un diritto proprio, commisurato al dovere medesimo, esplica in proprio nome una data attività (…) non può essere, in siffatta veste, se non il titolare di un ufficio».

[24] In questo contesto, il ruolo del fiduciario è fondamentale, insostituibile e delicato ma d'altra parte la stessa previsione di un fiduciario risiede nell'avvertita necessità di trovare regole più flessibili nell'applicazione delle DAT: così auspicava (prima della confezione della disciplina legislativa) Clarizia, *Autodeterminazione e dignità della persona: una legge sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Dir. fam. e pers*., 2017, 947 ss., in partic. 958-959.

[25] Sul fiduciario come «interprete autentico» delle volontà del disponente v. Masoni, *Il principio di autodeterminazione in materia medico-sanitaria nelle D.A.T. e nella P.C.C., di cui alla l. n. 219 del 2017*, in *Dir. fam. e pers*., 2019, 341 ss., in partic. 351.

Non si può, da un lato, azzerare totalmente il ruolo del fiduciario[26] in quest'ambito, giacché l'art. 4, 5° comma, impone un «accordo» tra medico e fiduciario e, in caso di conflitto tra loro, affida al giudice tutelare la scelta migliore nell'interesse del paziente; né, dall'altro, è pensabile attribuirgli un «potere indiscriminato»[27] di opporsi anche quando l'interessato non ha manifestato alcuna volontà in relazione a cure non prospettate, talvolta nemmeno prospettabili, nelle DAT.

Ha ragione chi paventa possibili degenerazioni volontaristiche, come se il fiduciario, anche di fronte a situazioni totalmente impreviste nelle DAT, sia chiamato a impossibili ricostruzioni della volontà del disponente[28], il più delle volte silente su circostanze, del tutto nuove, esposte dal medico nell'attualità del trattamento medico necessario.

Il fiduciario, come custode delle DAT, è legato inscindibilmente alla loro applicazione; e quando il medico gli prospetta la loro incongruità o il loro superamento in favore di terapie nuove, su basi rigorosamente oggettive, mi pare sia l'interesse del disponente a costituire il primo elemento su cui esprimere o non esprimere il suo accordo alle scelte mediche; che, poi, consiste in un assenso di tipo «tecnico» a una scelta innanzi tutto del medico, unico soggetto capace, professionalmente, di cogliere la dimensione del rapporto tra le DAT e la situazione concreta al momento in cui occorre scegliere un certo trattamento medico o di capire se, in rapporto all'evoluzione scientifica, siano praticabili nuove terapie non prevedibili al tempo in cui il disponente manifestò le sue direttive, appunto, anticipate[29].

Probabilmente il fiduciario dovrebbe limitarsi: *i.* a verificare che sussistano le situazioni oggettive delineate dalla legge (art. 4, 5° comma) per la disapplicazione delle DAT; *ii.* a prendere atto degli argomenti individuati dal medico e della loro esplicitazione[30]; *iii.* a risolvere, quando gli vengono posti, i problemi di interpretazione del contenuto delle DAT, ricostruendo la volontà dell'interessato in ragione del suo bagaglio identitario, che solo il fiduciario in quanto tale, non il medico, è in grado di conoscere e ricostruire. Salva quest'ultima ipotesi, nelle prime due situazioni il fiduciario, nell'esprimere il proprio assenso o dissenso alle proposte del medico, deve ispirarsi al solo migliore interesse del disponente, essendo irrealistico ipotizzare una ricostruzione della volontà del disponente per situazioni che non potevano essere previste al tempo delle DAT; allo stesso modo, non paiono del tutto appaganti quelle prospettive secondo le quali il fiduciario dovrebbe ricostruire una «biografia»[31] del disponente per poterne dedurre una volontà

[26] Su questo punto v. la differente opinione di Maffeis, *Prometeo incatenato: la redazione non informata, o informata per modo di dire, e l'attenuata vincolatività delle DAT*, cit., 1447 (secondo cui la disposizione citata nel testo va letta nel senso che il fiduciario può ricorrere al giudice tutelare per far valere il suo disaccordo col medico, in relazione alla disapplicazione delle DAT).

[27] La preoccupazione è manifestata da Carusi, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, cit., 298.

[28] In questo senso, Nicolussi, *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?* in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 457 ss.

[29] E proprio per questo esposte a sopravvenienze che potrebbero renderle inadeguate, nella prospettiva, ovviamente, della migliore protezione della salute del disponente (e che quest'ultimo non poteva conoscere quando, previa assunzione di «adeguate informazioni tecniche», come previsto dall'art. 4, comma 1°, l. 219/2017, emanò le sue DAT).

[30] Non potendosi escludere che, in questi casi, il fiduciario possa consultare altri medici, diversi da quelli che curano il disponente, per capire meglio se effettivamente sussistono quelle condizioni delineate dalla legge per la disapplicazione delle DAT; condizioni la cui ponderazione può comportare la conoscenza di nozioni tecniche non necessariamente note al fiduciario.

[31] Come pure autorevolmente sostenuto da Mantovani, *Art. 4*, cit., 1593, nota 77: quando le DAT siano espresse in modo generico « (…) si apprezza il ruolo del fiduciario, che, quale interprete autentico della volontà del disponente, avrà il compito di adattare e concretizzare le indicazioni contenute nelle DAT

ipotetica (che può essere utile in un contesto senza DAT; ma non quando il disponente si è comunque espresso). Il rischio, in queste situazioni, è che il fiduciario finisca, sostanzialmente, con l'esprimere una volontà nuova, magari ricostruita in modo coerente con la personalità del disponente, ma senza quell'aggancio rassicurante con il tenore delle DAT, divenute inattuali per circostanze imprevedibili o impreviste.

La dialettica medico/fiduciario, in queste situazioni, può esprimersi facendo riferimento ai due poli della scienza/oggettività (medico) e della volontà/soggettività (paziente/fiduciario), dalla sintesi dei quali l'«accordo» cui fa riferimento l'art. 4, comma 4°, l. n. 219/2017, dovrebbe emergere la decisione migliore e più in linea con la personalità dell'interessato.

Per ragioni del tutto analoghe, se il fiduciario, come l'esecutore testamentario, è garante del rispetto di una volontà altrui (espressa in forme rigorose legislativamente stabilite proprio in funzione di certezza), la designazione del solo fiduciario, senza DAT, non sembra potersi ammettere[32], mentre è vero il contrario (le DAT sono del tutto operative anche senza l'indicazione di un fiduciario o anche qualora esso venga meno per qualunque causa); una diversa conclusione (volta ad ammettere la disposizione anticipata con la sola designazione del fiduciario) significherebbe, da una parte, spezzare quella garanzia di corrispondenza tra la scelta del fiduciario e la personalità dell'interessato, trasformando il primo in uno strumento non di auto ma di eterodeterminazione, e, dall'altra, sottrarre al giudice il compito che a lui solo spetta: quello di nominare un amministratore di sostegno[33] ogni volta in cui manchi l'indicazione del fiduciario o questo venga meno per una qualunque causa o, appunto, anche «in caso di necessità» (art. 4, comma 4°, l. n. 219/2017).

4. *Terza questione: in che misura la disciplina dell'esecutore testamentario può integrare quella del fiduciario?*

Se il fiduciario è titolare di un «ufficio» di diritto privato assimilabile a quello ricoperto dall'esecutore testamentario, si può considerare se la scarna disciplina del primo sia in qualche modo colmabile con la più ricca disciplina del secondo? La questione può avere un suo rinnovato interesse, specie laddove si consideri che, oltre al caso delle DAT, in altre situazioni il legislatore recente ha evocato figure simili per situazioni differenti: ad es., nel d.lgs. n. 101/2018, l'art. 2-*terdecies*, comma 1°, si evoca un «mandatario»[34] per

anche a situazioni non previste dal disponente stesso, scegliendo la soluzione che meglio rispetti le sue credenze, convinzioni, preferenze, la sua concezione dell'esistenza: la sua "identità"».

[32] Si esprimono invece in senso positivo per l'ammissibilità di un fiduciario senza disposizioni anticipate di trattamento Lenzi, *op. cit.*, 143-144 e Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, cit., 248. In senso contrario v. Delle Monache, *op. cit.*, in partic. 1017.

[33] L'opinione è di Delle Monache, *op. cit.*, in partic. 1019: «Il problema sembra doversi risolvere negativamente, giacché la cura personae, con le scelte conseguenti in materia sanitaria (al di là e oltre le disposizioni di trattamento anticipato dettate dal soggetto divenuto incapace), è compito che può essere attribuito soltanto dal giudice e che può svolgersi unicamente sotto la sua sorveglianza».

[34] Art. 2-*terdecies*, comma 1°, d.lgs. n. 101/2018: «I diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del Regolamento riferiti ai dati personali concernenti persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione». Il mandatario, qui, non è titolare di un «ufficio», giacché il legislatore avverte la necessità di una designazione flessibile e semplice e che, comunque, gli consente esclusivamente il mero esercizio di diritti spettanti alla persona deceduta in relazione alla protezione dei dati personali: in tal senso Bartolini - F.P. Patti, *Identità digitale e circolazione dei dati post mortem*, in Mantucci -

la gestione *post mortem* dell'identità digitale; nell'art. 3, commi 2°-3°-4°, l. n. 10/2020[35] (*Norme in materia di disposizione del proprio corpo e dei tessuti* post mortem *a fini di studio, di formazione e di ricerca scientifica*) si evoca invece un «fiduciario» del tutto assimilabile (lo si deduce essenzialmente dalla sua disciplina) a quello previsto dalla disciplina sulle DAT.

Insomma, sembra potersi registrare la grande attualità della categoria degli «uffici di diritto privato», in ragione, soprattutto, dell'avvertito interesse a garantire che chi non può più esprimere una volontà, perché impedito o impossibilitato, possa contare su una persona scelta da lui (non dal giudice o da terzi) per attuare una volontà resa anticipatamente.

Il legislatore, in questi casi, cerca di coniugare flessibilità e precisione, rendendosi conto, in ogni caso, che la delicatezza dell'incarico conferito suggerisce una cornice legislativa non troppo fumosa, pur se sintetica e coerente con il carattere non patrimoniale degli interessi in gioco.

A me pare che proprio la figura dell'esecutore testamentario – cui l'art. 703, comma 1°, c.c. assegna il compito di «curare che siano esattamente eseguite le disposizioni di ultima volontà del defunto» – possa fornire ai «fiduciari» (nelle DAT, nel consenso alla disposizione del proprio corpo *post mortem*) un serbatoio di regole comuni a completamento di discipline per lo più scarne o, comunque, minimaliste, con l'ovvio limite della «compatibilità» con la specifica funzione affidata dalla legge al fiduciario nelle DAT o negli atti di disposizione del proprio corpo dopo la morte; dall'estensione analogica di regole dettate per l'esecutore si può ricavare un quadro regolatorio più completo e armonico, nel contesto, appunto, della comune appartenenza alla categoria degli «uffici» di diritto privato.

E allora: *a.* può dirsi che il disponente possa nominare uno o più sostituti del fiduciario nel caso in cui questi venga meno per una qualunque ragione (arg. *ex* art. 700 c.c.), ma non che possa nominare più fiduciari (essendo necessaria un'interlocuzione col medico sicura e rapida, garantita dall'unicità del designato); *b.* l'accettazione del fiduciario non può essere sottoposta a condizione e termine (arg. *ex* art. 702, comma 2°, c.c.); *c.* l'autorità giudiziaria può fissare un termine per l'accettazione, su istanza di qualunque interessato (arg. *ex* art. 702, comma 3°); *d.* l'incarico del fiduciario è certamente gratuito, ma non si può escludere la facoltà del disponente di prevedere rimborsi spese, in relazione, ad esempio, agli accertamenti che il fiduciario può essere chiamato a compiere

G. Perlingieri - D'Ambrosio, *Dibattito sulle ricerche della dottrina civilistica nel biennio 2017-2018*, Napoli, 2021, 463 ss., in partic. 470, nt. 30.

[35] Disposizione in cui si legge: «il disponente, nella dichiarazione di cui al comma 1, indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», cui spetta l'onere di comunicare l'esistenza del consenso specifico al medico che accerta il decesso, come individuato dal regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 settembre 1990, n. 285. Nella stessa dichiarazione il disponente può indicare un sostituto del fiduciario che ne svolge il ruolo in caso di morte o di sopravvenuta incapacità di questi, laddove avvenute prima della morte del disponente, nonché nel caso di oggettiva impossibilità per il fiduciario di svolgere tempestivamente i compiti previsti dalla presente legge. 3. Il fiduciario e il suo eventuale sostituto devono essere persone maggiorenni e capaci di intendere e di volere. L'accettazione della nomina da parte del fiduciario e del sostituto avviene attraverso la sottoscrizione della dichiarazione di consenso. Al fiduciario e al sostituto è rilasciata una copia della dichiarazione di consenso. Il fiduciario e il sostituto possono revocare la propria accettazione in qualsiasi momento con atto scritto, che è comunicato al disponente. 4. L'incarico del fiduciario, nonché del suo sostituto, può essere revocato dal disponente in qualsiasi momento con le stesse modalità previste per la nomina e senza obbligo di motivazione». Sull'affinità delle due figure di «fiduciario» (nella legge sulle DAT e nella legge sulla disposizione *post mortem* del proprio corpo) v. Ghidoni, *op. cit.*, 180-181.

quando un medico ritenga di disapplicare le DAT; *e.* il controllo giudiziale sull'attività dell'esecutore testamentario può essere esteso, *mutatis mutandis*, anche al fiduciario: e allora «su istanza di ogni interessato» l'autorità giudiziaria può esonerare il fiduciario in caso di gravi irregolarità nell'adempimento dei suoi obblighi[36] o «per inidoneità all'ufficio[37] o per aver commesso azione che ne menomi la fiducia» (arg. *ex* art. 710, comma 1°): decide il giudice sentito il fiduciario (arg. *ex* art. 710, comma 2°); *f.* il disponente, al pari dell'esecutore, è responsabile per l'esercizio della sua funzione: «in caso di colpa», risponde dei danni cagionati al disponente o ai suoi eredi (arg. *ex* art. 709, comma 2°)[38].

Qualificare il fiduciario come il titolare di un «ufficio di diritto privato», in breve, non significa descrivere o catalogare[39], ma consente di sfruttare un quadro di regole generali poste dalla disciplina sull'esecutore testamentario (prototipo, anche ragionando in prospettiva storica, della categoria), la cui estensione ai «fiduciari» (intesi, similmente all'esecutore, come custodi della volontà espressa in anticipo di chi è nell'impossibilità di esprimerne una attuale) è subordinata all'esistenza di una lacuna nella disciplina specifica[40] e a una valutazione di «compatibilità» della regola da applicarsi analogicamente con le funzioni concretamente assegnate dalla legge al fiduciario, nel singolo settore considerato.

---

[36] Nel medesimo senso, v. Lenzi, *op. cit.*, 144.

[37] Come può avvenire, ad es., in caso di sopravvenuta incapacità legale del fiduciario, con conseguente venir meno di uno dei presupposti previsti dalla legge per la sua indicazione.

[38] Non dovrebbe destare stupore che anche il fiduciario delle DAT risponda del suo operato; pur trattandosi di un incarico gratuito e nato, appunto, da un sentimento di affinità tra le persone del disponente e dell'indicato, l'accettazione dell'incarico comporta l'assunzione di un «ufficio» di diritto privato, con obblighi che la legge definisce con precisione e secondo scopi ben delineati; non è realistico pensare che la loro inosservanza sia priva di una qualunque sanzione, specie considerata la rilevanza costituzionale degli interessi e dei diritti che il fiduciario è chiamato a garantire con il suo ufficio. Non sembra pertanto irragionevole addossare su di lui una responsabilità simile a quella dell'esecutore con una intuibile differenza: che il fiduciario risponde non solo nei confronti degli eredi del disponente ma anche verso il disponente stesso, laddove, ovviamente, sia ancora in vita e lamenti una «colpa» del fiduciario nell'esecuzione dell'incarico. L'unica ipotesi concretamente prospettabile potrebbe essere quella di un consenso del fiduciario alla disapplicazione delle DAT laddove ne mancassero totalmente i presupposti di legge; qui il riferimento alla «colpa» consente una valutazione pienamente concreta, tenendo conto delle effettive competenze, anche tecniche, del fiduciario.

[39] Per quanto la qualifica di «ufficio di diritto privato» non possa che rafforzare ulteriormente il ruolo del fiduciario nelle DAT.

[40] Essendo pacifico che un «ufficio» di diritto privato deve sempre trovare nella previsione legale un suo (per quanto scarno) fondamento.

GIOVANNA CAPILLI

ETÀ DEL CONSENSO DIGITALE DEL MINORE ALLA LUCE DEL GDPR

SOMMARIO: 1. Il consenso prestato dal minore: il rapporto tra età e capacità. – 2. Le condizioni applicabili al consenso del minore ai sensi dell'art. 8 del GDPR. – 3. Le modalità di prestazione del consenso al trattamento dei dati da parte di minori di età nel Regolamento comunitario. – 4. La "capacità anticipata" del quattordicenne. – 5. Il consenso del minore. Le scelte di alcuni Stati membri. Cenni di diritto comparato. – 6. Conclusioni

1. *Il consenso prestato dal minore: il rapporto tra età e capacità*

L'interesse di studiosi ed operatori attorno all'attuazione del Regolamento Privacy GDPR (*General Data Protection Regulation*) n. 679/2016, entrato in vigore il 25 maggio 2018, è dovuto alle sostanziali modifiche che lo stesso ha apportato ai sistemi dei Paesi membri.

Sebbene si tratti di un Regolamento, in certi ambiti, il legislatore comunitario ha ritenuto di consentire agli Stati membri di adattare la norma alle diverse realtà e caratteristiche dei singoli ordinamenti dando luogo ad una armonizzazione parziale.

L'Italia, come altri Paesi che esamineremo in seguito, ha predisposto un decreto legislativo recante *"Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché' alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)"* pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 205 del 4 settembre 2018, ed entrato in vigore il 19 settembre 2018. Per quanto qui interessa, una delle questioni oggetto di analisi, a seguito dell'entrata in vigore del decreto che ha modificato il codice privacy, riguarda il tema del consenso prestato dal minore di età in caso di offerta diretta di servizi della società dell'informazione[1].

Si tratta, infatti, di uno degli ambiti in cui il legislatore comunitario ha previsto che gli Stati membri possano stabilire regole diverse.

---

[1] Ricordiamo che nelle Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 dell'EDPB si specifica che: "*Laddove un servizio presenti due componenti economicamente indipendenti, una delle quali è la componente online (ad esempio l'offerta e l'accettazione di un'offerta nel contesto della conclusione di un contratto, o le informazioni relative a prodotti o servizi, comprese le attività di marketing) e l'altra è la consegna fisica o la distribuzione di merci, la prima rientra nella definizione di servizio della società dell'informazione, mentre la seconda no. La consegna online di un servizio rientrerebbe nell'espressione servizio della società dell'informazione di cui all'articolo 8 del regolamento generale sulla protezione dei dati*".

CORTE GIUST. UE, 2 dicembre 2010, nella causa C-108/09, (Ker-Optika), punti 22 e 28.

In relazione ai "servizi compositi", si veda la causa C-434/15 (Asociacion Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL), punto 40, al quale si afferma che un servizio della società dell'informazione che costituisce parte integrante di un servizio generale la cui componente principale non è un servizio della società dell'informazione (in questo caso un servizio di trasporto), non rientra nella qualificazione di "servizio della società dell'informazione".

Per comprendere le innovazioni che in tale materia sono state introdotte è opportuna una riflessione sul ruolo e sulla capacità dei minori al giorno d'oggi[2], partendo dalla consapevolezza di quanto sia cambiato il mondo in cui viviamo, in cui la popolazione senza distinzione tra minori e adulti, ha avuto la possibilità di accedere a computer ed internet, di utilizzare telefoni cellullari, tablet e smartphone[3], la cui diffusione ha incrementato anche lo sfruttamento di piattaforme digitali, l'utilizzo di applicazioni attraverso cui si acquistano beni e servizi e ci si connette con altri utenti mediante comunità virtuali, quali ad esempio i *social network*; tutto ciò è stato amplificato dalla pandemia Covid-19 che ha costretto la popolazione (mondiale) ad avvalersi di sistemi online anche per porre in essere le più semplici attività quotidiane (es. scuola, lavoro, giochi etc.).

Ormai è evidente come questo processo abbia profondamente inciso sulle nostre vite coinvolgendoci tutti, ma soprattutto i minori di età[4], i c.d. "nativi digitali"[5] la cui abilità nell'utilizzo delle tecnologie è appunto "innata".

I dati riportati sul sito dell'Unicef sono emblematici di un fenomeno sempre in crescita e le stime sono impressionanti. Circa 175.000 bambini e ragazzi si connettono per la prima volta nella loro vita a Internet: in media, uno ogni mezzo secondo[6] e, a livello globale, un utente su tre è minorenne. E proprio i minorenni rappresentano il gruppo di età di gran lunga più connesso[7].

---

[2] Il tema di grande attualità è stato indagato anche dalla dottrina soprattutto relativamente alla contrattazione dei minori, tra gli altri in particolare: Alpa, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *Contratti*, 2004, 517-526; Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, Torino, 2012; Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità,* Padova, 2007; Panuccio Dattola, *Minori ed internet*, Torino, 2009; Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020.

[3] I dati si possono ricavare dal Rapporto Annuale dell'Unicef del dicembre 2017 e scaricabile dal sito *https://www.unicef.it/doc/7997/rapporto-unicef-2017-figli-era-digitale.htm*.

[4] Nel Rapporto Unicef, a pag. 64, si legge: *Many are always online: In high-income contexts, it is becoming difficult "to draw the line between offline and online" in children's lives. In the United States, for example, 92 per cent of 13- to 17-year-olds report going online daily. Mobile devices, particularly smartphones – and 73 per cent of this age group have smartphones – enable some to be online "almost constantly". The picture is similar in Europe, where children access the internet from multiple locations and using multiple devices,78 especially smartphones but also desktop and laptop computers, tablets and game consoles.*

Ulteriori elementi di analisi sono rinvenibili nel Commento Generale n. 25 sui diritti dei minorenni in relazione all'ambiente digitale del 2022. Il Commento si può scaricare al link: *https://www.unicef.it/pubblicazioni/i-diritti-dei-minorenni-in-relazione-all-ambiente-digitale/*.

Ed ancora sul sito del CNIL, Autorità francese per la protezione dei dati personali, viene riportata la ricerca effettuata da Génération Numérique, un'associazione riconosciuta dal Ministero de l'Education nationale, scaricabile dal link: *https://asso-generationnumerique.fr*, in cui sono indicate in base all'età le modalità di utilizzo di internet e dei social (differenziando anche tra bambini e bambine) nonché quali problematiche l'utilizzo dei social può determinare.

[5] Basti pensare che sono cambiate le modalità di socializzazione, si sono sviluppati nuovi linguaggi. Per un approfondimento sul tema: Cesarano, *I Nativi digitali tra rischi e opportunità. Le ricerche di Eu Kids online*, 2018 (versione ebook); Pagallo, *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa: modelli giuridici a confronto*, Giuffrè, 2008.

Si veda anche Scorza (componente del Garante per la protezione dei dati personali *https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9842019* nell'articolo su Specchio, 8 gennaio 2023, in cui afferma che "*Nel 2022 gli utenti di Internet sono stati oltre cinque miliardi, un terzo dei quali bambini e adolescenti*". Nell'articolo Scorza immagina "*Internet come un enorme parco di divertimenti" "nel quale ci sono attrazioni per tutti e attrazioni riservate a chi ha almeno una certa età o una certa altezza" e "la più parte delle piattaforme e dei servizi digitali è espressamente riservata a un pubblico più o meno adulto, tredici anni l'età minima più diffusa, quella, ad esempio, per usare TikTok, Instagram, Whatsapp o YouTube. Eppure i più piccoli vivono letteralmente in questi parchi dei divertimenti*".

[6] Dato, questo, confermato di recente. Sul punto si v. *https://www.unicef.it/media/safer-internet-day-agia-cidu-ed-unicef-italia-lanciano-il-nuovo-commento-generale/*.

[7] Sul sito *http://www.unicef.it/doc/8099/safer-internet-day-2018-una-guida-per-genitori-su-web sicuro.htm* si legge che alcuni adolescenti arrivano a spedire anche 4.000 messaggi/chat al mese, in media 1 ogni 6 minuti.

A fronte della diffusione di internet e delle piattaforme online, in cui tutto "sembra gratis ma niente lo è per davvero"[8] occorre essere consapevoli che il nuovo modello di business è rappresentato da quello che vede "dati personali contro servizi"[9].

In considerazione delle continue interazioni che avvengono su internet e considerata la necessità della tutela dei dati personali, quando si tratta di minori, i giuristi si sono interrogati sulla necessità di un adattamento delle regole sulla capacità alla pratica quotidiana. Non si può nascondere, infatti, che il ruolo del minore nella famiglia e nella società rispetto al passato ha assunto una nuova connotazione; per il mercato soprattutto online non è più semplice consumatore e destinatario di prodotti e servizi, ma acquirente, contraente ed utente in proprio che assume decisioni importanti. Tutti questi elementi finiscono per incidere su un sistema giuridico che ancora inquadra il minore tra i soggetti deboli meritevoli di una tutela speciale per la loro vulnerabilità rispetto agli adulti.

Oggi però occorre guardare ai minori di età con occhi diversi perché soggetti sempre più "dinamici", che utilizzano tecnologie informatiche, *social network* e applicazioni più frequentemente ed in modo più intuitivo rispetto agli stessi adulti. Tuttavia, sebbene nella rete internet il minore può essere definito un consumatore precoce, il contesto caratterizzato da molte insidie lo rende sempre e comunque un soggetto fragile. Ed infatti, tale condizione discende da una ridotta capacità di comprensione del contenuto, piuttosto che dall'utilizzo dello strumento tecnologico, con riferimento al quale, al contrario, dimostrano una particolare spigliatezza[10].

Lo stesso regolamento GDPR ha dovuto affrontare alcune questioni relative al consenso che rappresenta anche la condizione di legittimità e liceità del trattamento.

Il tema è complesso e ciò si evince dal parere 5/09 WP163 del Gruppo di lavoro per la tutela dei dati, il quale, all'art. 29, prevede che *"i dati personali che l'utente inserisce on-line, insieme ai dati che ne descrivono le azioni e le interazioni con altri utenti, possono creare un profilo articolato dei suoi interessi e delle sue attività. I dati personali pubblicati sui siti di social network possono essere usati da terzi per svariati scopi, anche commerciali, e possono comportare gravi rischi come il furto d'identità, il danno economico, la perdita di opportunità commerciali e di possibilità di impiego e pericoli per l'incolumità fisica"*[11].

Il rischio privacy per i minori è stato evidenziato in diverse occasioni, si veda il link: *https://www.ilmessaggero.it/tecnologia/hitech/app_android_bambini_registrati_dati_minori_senza_consenso_genitori_rivela_studio_di_settore-3673435.html* in cui si legge che *"uno studio pubblicato sulla rivista di settore, Proceedings on Privacy Enhancing Technologies, che ha preso in esame 5.855 applicazioni destinate ad un target di bambini: più della metà violerebbe alcuni dei punti contenuti nella normativa americana (Children's Online Privacy Protection Act) che regolamenta l'utilizzo dei dati personali dei minori"* ed ancora *"le app Android che hanno condiviso informazioni sensibili dei bambini con servizi terzi, solitamente a scopo pubblicitario. Poi i numeri si fanno più grandi. Il 40% dei casi analizzati, circa 2.200 applicazioni, ha liberamente condiviso le informazioni personali degli utenti senza le necessarie ed adeguate misure di sicurezza. Infine le 1.280 app che richiedono l'accesso tramite l'account di Facebook. Qui la violazione è estesa a quasi tutto il campione. Ben il 92% non ha usato correttamente le opzioni (la casella dove spuntare il flag) per proteggere gli under 13. Chi ha condotto lo studio però, sottolinea, che le presunte violazioni non si traducono automaticamente in responsabilità legali da parte degli sviluppatori dei software o dalla piattaforma Google che li ospita. Anche perché l'obiettivo degli analisti, era solamente dimostrare la validità di un metodo per individuare le eventuali violazioni della legge che protegge i dati dei minori".*

[8] Così Scorza vedi sub nota 4.

[9] Sul tema si veda il contributo di Battelli, *I modelli negoziali di business degli operatori digitali a "prezzo zero" non sono "gratuiti",* in *Contratti* 2022, 3, p. 355; Garaci, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale,* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 4, p. 800.

[10] Andreola, *Misure cautelari a tutela dei minori e social network*, in *Famiglia e Diritto*, 2021, p. 849.

[11] Cfr. *http://www.privacy.it/archivio/grupripareri200905.html*. Un esame dell'Opinion è effettuata da Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in Aa.Vv., *Privacy, minori e cyberbullismo*, Giappichelli, 2018, 14 e ss., il quale evidenzia che "*per quanto riguarda il trattamento dei dati*

È necessario, comunque, considerare che, quando ci si trova di fronte ad un soggetto minore di età, la prima cosa che occorre chiedersi è se può esercitare o meno il diritto ovvero si deve individuare chi lo esercita in nome e per conto suo.

Il nostro ordinamento ha sempre considerato il minore soggetto di diritto meritevole di attenzione e protezione in ragione della sua diversa maturità ed è per tale motivo che ha dettato regole che ne limitano la capacità di agire.

Generalmente, la mancanza di quest'ultima viene descritta come incapacità del soggetto di comprendere la natura e le conseguenze di un suo atto, quindi, incapacità di prendere decisioni razionali a causa di una ridotta idoneità cognitiva determinata da cause interne allo stesso ovvero esterne.

È pur vero che la capacità/incapacità del minorenne assume connotati differenti a seconda se si prende in esame il campo degli atti non patrimoniali oppure di quelli patrimoniali in cui è coinvolto.

La norma cardine sulla capacità di agire è contenuta nell'art. 2 del codice civile italiano[12], che – come noto – fissa in diciotto anni il limite di età per l'acquisizione della capacità di agire, e da essa emerge esclusivamente il collegamento tra l'età e la capacità di compiere atti (capacità di agire)[13]; nella parte del codice relativa alla disciplina del contratto si possono rinvenire le norme che riguardano le conseguenze sugli atti posti in essere da parte di soggetti privi di capacità di agire, tra cui sono annoverati i minori ai quali è concesso il diritto di invocare l'annullabilità del contratto in base al principio che gli adulti contraendo con il minore lo fanno a loro rischio e pericolo[14].

C'è da dire, inoltre, che si trascura una questione determinante, ossia che è dimostrato e dimostrabile che le capacità cognitive degli adolescenti hanno subito un notevole sviluppo rispetto al passato[15] ed esistono minori in grado di comprendere perfettamente sia i propri diritti che le conseguenze e le responsabilità che possono scaturire dal compimento di determinati atti o contratti ancora prima del raggiungimento della maggiore età e, quindi, molto tempo prima dell'acquisizione della capacità legale[16].

---

necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri il WP sottolinea che il principio del best interest del minore può essere classificato anch'esso come un interesse pubblico".

[12] Scarpa, *Legislazione e giurisprudenza per gli interessi del minore (le riflessioni della dottrina sulla "capacità di agire"), in Dir. Giur.,* 1992, 34 e ss., a p. 41, ritiene l'art. 2 del codice civile una norma generica anziché generale *"idonea ad avallare criteri operativi che funzionino da passpartout"* e conclude ritenendo preferibile il metodo relativistico.

[13] Diffusamente sulla capacità negoziale dei minori, sulla necessità di rivisitare la normativa codicistica in prospettiva di riforma, mi permetto di rinviare a Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma,* Giappichelli, 2012.

[14] Daniel, *Virtually Mature: Examining the Policy of Minors'Incapacity to Contract Through the Cyberscope, 43 Gonz. L. Rev. 2007-2008*, 251, sottolinea che *"two divergent schools of thought emerge wherein the segment of minors falling within the adolescent classification are encouraged to exercise autonomy over their affairs. Persons within these two schools of thought are commonly referred to as "child savers" and "kiddi libbers", rispectively".*

[15] Musssen-Conger-Kagan-Huston, *Lo sviluppo cognitivo del bambino e la personalità,* Zanichelli, 1995, 175 e ss., in cui si spiega come gli studiosi dell'età evolutiva si propongano di descrivere i modi in cui i processi cognitivi si modificano con l'età e comprendere i fattori maturativi e ambientali che stanno alla base di tali modificazioni; Coleman-Hendry, *La natura dell'adolescenza*, Il Mulino, 1990.

[16] Cunningham, *A Question of Capacity: Towards a Comprehensive and Consistent Vision of Children and Their Status Under Law, 10 U.C. DAVIS J. JUV. L. & POL'Y 275, 293 (2006)*, p. 278, il quale mette in evidenza come *"in the last century, a rich body of psychological literature was developed about the rate and process of child development. Lawmakers should draw upon this research to create laws that cohesively and logically deal with children's rights and responsibilities".*

Questo "eccesso di protezione" rinvenibile nel nostro come in altri ordinamenti finisce per frustrare lo spazio di autonomia che si tende a conferirgli (o che gli stessi tentano di conquistarsi).

Gli studiosi più attenti non solo dal punto di visto giuridico, ma anche sociologico e psicologico[17], hanno manifestato, seppure ancora non in modo risolutivo, la necessità di innovare il sistema attuale che si presenta inadeguato proponendo, per esempio, nell'ambito dell'"incapacità", l'introduzione di una graduazione della stessa derivante dalla diversa considerazione del minore di età maturo e capace di discernimento[18].

Espressioni queste ultime che costituiscono una vera e propria innovazione rispetto al passato soprattutto per il linguaggio giuridico e per gli studiosi di diritto civile, in quanto trattasi di concetti frequentemente utilizzati in altri ambiti e per altre motivazioni (da psicologi o psichiatri in particolare)[19], ma che oggi sono più funzionali ed idonei per spiegare e giustificare il superamento del dogma dell'incapacità.

Ci si deve chiedere, quindi, se i tradizionali limiti di età sono ancora attuali posto che minori di sedici o quattordici anni hanno peculiarità e capacità diverse tra loro o anche rispetto a chi di anni ne ha dieci oppure cinque trattandosi di soggetti per i quali è diversa la capacità di comprendere il mondo che li circonda.

Il sistema giuridico italiano ci ha abituati ad applicare il criterio formale che, come si è detto, non dà rilevanza alle singole situazioni soggettive perché fissa in modo arbitrario un'unica soglia d'età (diciotto anni) per l'acquisizione della capacità di agire.

D'altra parte, anche per il GDPR inserire il limite di età di sedici anni per la liceità del trattamento dei dati personali è senz'altro arbitrario; ed è così tanto arbitrario che il detto limite diventa per così dire "flessibile" prevedendosi la possibilità di ridurlo fino a tredici anni. Ma ancora di più appare non attuale rispetto ai tempi odierni la necessità di fare prestare il consenso al titolare della responsabilità genitoriale o peggio autorizzare il consenso come se si trattasse di una sorta di "nulla osta" fissando un limite di età così elevato e soprattutto non uniforme per tutti i Paesi membri.

I minori di oggi rimettono in discussione gli schemi cui si era abituati; occorre calarsi nella vita quotidiana dove questi accedono ai servizi della società dell'informazione in modo totalmente autonomo e consapevole. Si sarebbe, pertanto, potuto prevedere sì un limite di età che però valorizzasse la capacità di discernimento dei minori[20], la quale

---

[17] Buss, *What the law should (and should not) learn from child development research,* 38 Hodstra L.Rev. 13 2009-2010.

[18] Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme",* in *Fam. e dir.*, 2011, 404-408.

L'esperienza straniera è molto utile per concepire un sistema diverso rispetto a quello che dà rilevanza al solo dato formale. Sul punto si rinvia per l'analisi comparata a Capilli, *op. cit.*, 75 ss.

[19] Giardina, *La maturità del minore nel diritto civile,* in *Giustizia Minore? La tutela giurisdizionale dei minori e dei "giovani adulti"*, a cura di Cinque, in suppl. di *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 95, la quale evidenzia come *"la storia della condizione giuridica del minore è la storia di una lunga riflessione critica che ha insegnato a tutti – interpreti, operatori, studiosi – a convivere con le contraddizioni".*

[20] Si pensi alla Convenzione dell'ONU del 1989 ratificata nel 1991 e alla Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori che utilizzano il termine "capacità di discernimento sufficiente" del minore: sul tema Gullotta, *Il minore e la sua capacità di discernimento*, in *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, a cura di Contri, FrancoAngeli, 2012, 111 ss., il quale sottolinea come tali fonti facciano riferimento al diritto interno per la determinazione del parametro di capacità di discernimento e rileva come in questa materia il nostro diritto non ha una visione univoca; termine che nel nostro ordinamento viene utilizzato per la prima volta nella legge sull'adozione; Occhiogrosso, *Discernimento*, in *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, a cura di Contri, cit., p. 50, in cui possiamo leggere *"anche per la capacità di discernimento non esiste nella legislazione italiana una definzione. Sulla base delle indicazioni della cultura giuridica e della giurisprudenza si può dire che essa è intesa come la consapevolezza*

si pone non solo quale criterio di valutazione in rapporto al grado di sviluppo del minore in relazione al diritto di esprimere la propria opinione[21], ma anche quale criterio utile a valutare il suo grado di sviluppo nel compimento di atti che possono riguardare sia l'esercizio di diritti personali sia di quelli patrimoniali[22].

La capacità di discernimento del minore può variare certamente in base a molteplici elementi tra i quali l'età assume un ruolo importante ma non esclusivo, poiché influiscono sulla sua determinazione anche altri fattori come il contesto economico e sociale in cui si sviluppa il minore, le sue esperienze di vita, l'educazione ricevuta etc.

Tali considerazioni, tuttavia, implicano la necessità di distinguere due piani: il primo dove il minore ha un ruolo attivo che deve essere valorizzato nell'ottica di una maggiore attribuzione di autonomia, e il secondo in cui, invece, assume un ruolo passivo; in tale ultimo caso, non si può prescindere dal considerare come l'esigenza e le motivazioni, che spingono il legislatore a dettare norme più stringenti, attengono a profili inerenti la tutela della persona umana[23].

Insomma, è l'angolo visuale che va modificato, così anziché accentuare il presupposto che i minori non possono autorizzare il trattamento dei loro dati personali se non sedicenni, con la previsione di possibili deroghe nei diversi Paesi, sarebbe stato più opportuno, esaltando il criterio relativistico, limitarsi a fissare un'età al di sotto della quale il minore si presuppone non capace di discernimento (nel caso di specie poteva farsi direttamente riferimento ai 13 anni) uniformando così la legislazione degli Stati membri[24].

---

del bambino riguardo alle sue relazioni personali, la sua attitudine a determinarsi nelle scelte esistenziali relative a tali relazioni. Per effetto di tanto il bambino è in grado di esprimere opinioni su ogni questione che lo interessa e si riferisce all'educazione, all'ambiente, ai rapporti familiari. Alcuni studiosi fissano intorno ai 7 anni l'età in cui il bambino acquista tale capacità; altri ritengono più opportuno che essa venga accertata caso per caso".

Ritiene che la capacità di discernimento non costituisca una categoria autonoma FALZEA, *Infermità di mente e problemi di capacità della persona,* in *Un altro diritto per il malato di mente. Esperienze e soggetti della trasformazione*, a cura di CENDON, Napoli, 1988, 23.

[21] TAFARO, *L'età per l'attività*, ESI, 2003, in cui si legge: *"Il numero degli anni di un uomo (la sua età) riflette uno stadio della sua maturazione psico-fisica. A rigor di logica a ciascuna età dovrebbe collegarsi una corrispondente e graduale acquisizione della capacità di agire validamente per il diritto, tuttavia, così non è: nel nostro sistema l'acquisto della capacità di agire non è affatto correlato all'effettiva maturazione psico-intellettiva del soggetto, ma è ancorato in maniera rigida ad una soglia di età prefissata dal legislatore e coincidente con il raggiungimento della maggiore età".*

[22] MACENAITE - COSTA, *Consent for processin children's personal data in the EU: following in US footsteps*, in *Information & Communications Technology Law*, 26, 2, 2017, DOI: 10.1080/13600834.2017.1321096, in cui gli Autori evidenziano come l'approccio degli Stati sia stato diverso, avendo alcuni adottato quello oggettivo basato sulla fissazione di una soglia minima di età ed altri soggettivo distinguendo in base alla maturità del minore. Nel testo ci sono diversi riferimenti alle legislazioni degli Stati membri, nonché una ricostruzione dell'evoluzione che ha portato all'art. 8 del GDPR.

[23] Es. in tema di alcolici, video etc.

[24] Un esempio di questo approccio si riscontra in caso di trattamenti sanitari. Ebbene, In generale, per la sua incapacità di agire il minore è considerato incapace di fornire il consenso informato in caso di trattamenti sanitari da effettuare sulla sua persona. Come noto, la Convenzione di Oviedo del 1997 (Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina) stabilisce che "*un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero e informato*"; la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce che *"nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati tra gli altri il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge" e in tema di protezione dei dati di carattere personale prevede che "tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica".*

6. *Le condizioni applicabili al consenso del minore ai sensi dell'art. 8 del GDPR*

Dopo avere tracciato brevemente il contesto nel quale va ad incidere la normativa europea con riferimento ai minori di età, l'esame del Regolamento non può prescindere dal richiamo ai considerando da cui promana l'art. 8 del GDPR.

Il considerando n. 38 del Regolamento parte da una precisa notazione e cioè che "*i minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessate nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali*".

Ma il Regolamento non si ferma qui perché sottolinea come in caso di utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore le insidie potrebbero essere addirittura maggiori tanto che in tali casi una "*specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente. Il consenso del titolare della responsabilità genitoriale non dovrebbe essere necessario nel quadro dei servizi di prevenzione o di consulenza forniti direttamente a un minore*".

La specifica protezione si riverbera anche sulle modalità di comunicazione nei confronti dei minori tanto che il considerando n. 58 prevede che *"dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa capire facilmente*".

L'art. 8 del Regolamento detta, quindi, le "*condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione*"[25] tenuto conto proprio del fatto che la protezione spettante ai minorenni debba essere superiore rispetto a quella riservata dal Regolamento agli adulti; così stabilisce che, in caso di offerta diretta di servizi della società dell'informazione, il trattamento di dati personali del minore è lecito ove il minore abbia almeno 16 anni. Per colui che ha meno di 16 anni, invece, il trattamento è

Per maggiore comprensione si tenga presente che consenso informato vuol dire che il paziente deve essere in grado non solo di rendersi conto dei rischi e dei benefici che possono scaturire dal trattamento, ma che l'informazione sia resa in modo comprensibile, obiettivo ed esaustivo.

Non ci soffermeremo sulla questione relativa alla natura del consenso sulla quale la dottrina ha ampiamente dibattuto, ma ci limiteremo a rilevare che – come ovvio – il consenso, per conseguire l'effetto di rendere lecito il "trattamento", deve essere espresso da soggetto capace giuridicamente. Ebbene, in via generale, nel caso di minorenne, si ritiene che siano i genitori esercenti la potestà (ovvero il tutore in mancanza di questi) a doverlo esprimere.

Si deve segnalare, tuttavia, che sia la dottrina che la giurisprudenza hanno la tendenza a riconoscere al minore, soprattutto nel caso in cui sia prossimo alla maggiore età, la capacità di prestare il proprio consenso laddove appunto dimostri di essere capace di discernimento.

È, addirittura, lo stesso legislatore che in alcuni specifici casi di trattamenti sanitari, come le prestazioni mediche atte a consentire una procreazione responsabile ovvero i casi di interruzione di gravidanza ovvero accertamenti diagnostici e interventi terapeutici e riabilitativi nei confronti del minore che faccia uso di sostanze stupefacenti, esclude l'acquisizione del consenso dei genitori. Ciò a dimostrazione dell'assunto che in alcuni ambiti è senz'altro riconosciuta la totale capacità di prestare il proprio consenso.

[25] La definizione di *servizio della società dell'informazione* si rinviene nella Direttiva UE 2015/1535 del 9 settembre 2015 all'art. 1, c.1, lett. b): *"qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi.*

Ai fini della presente definizione si intende per:

i) «a distanza»: un servizio fornito senza la presenza simultanea delle parti;

ii) «per via elettronica»: un servizio inviato all'origine e ricevuto a destinazione mediante attrezzature elettroniche di trattamento (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e che è interamente trasmesso, inoltrato e ricevuto mediante fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici;

iii) «a richiesta individuale di un destinatario di servizi»: un servizio fornito mediante trasmissione di dati su richiesta individuale".

lecito soltanto se e nella misura in cui tale consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale[26].

Il Regolamento, tuttavia, ha previsto una "forbice" tra i 13 e i 16 anni in cui gli Stati membri possono decidere liberamente quando il consenso prestato dal minore può essere validamente acquisito[27].

La scelta perseguita dal legislatore comunitario di consentire regole diverse negli Stati membri in questo settore, tuttavia, anche in base alle considerazioni sopra svolte, non convince appieno, perché se da un lato l'obiettivo del Regolamento è senz'altro quello di realizzare una protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[28] tra cui una particolare attenzione deve essere riservata ai minori di età, dall'altro consentire una diversificazione delle normative in questo settore anziché uniformare gli ordinamenti dei Paesi membri fa sì che si realizzino tutele differenti ed incongruenze legislative che, invece, proprio lo strumento regolamentare avrebbe potuto evitare. L'uniformità, in questo specifico caso, infatti, avrebbe potuto giovare sia dal punto di vista di coloro che si devono adeguare alle nuove regole sia ai minori che con riferimento ai dati personali sarebbero stati tutti destinatari della medesima tutela. Peraltro, la previsione di un'unica soglia di età per tutti gli Stati membri solo in relazione alla prestazione del consenso richiesto per il trattamento dei dati non avrebbe inciso sulle regole specifiche previste nei diversi ordinamenti in relazione alla validità, formazione o efficacia di un contratto rispetto a un minorenne, come peraltro statuito dall'ultimo paragrafo dell'art. 8.

3. *Le modalità di prestazione del consenso al trattamento dei dati da parte di minori di età nel Regolamento comunitario*

Il Regolamento sostanzialmente ritiene lecito il trattamento dei dati dei minori dai sedici anni in sù stabilendo che, in caso di età inferiore, il trattamento è lecito solo se il consenso è prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale[29]. Il titolare del trattamento deve adoperarsi *in ogni modo ragionevole*[30] (v. par. 2 dell'art. 8) per

[26] La norma, quindi, impone a chi offre un servizio della società dell'informazione di accertarsi che il soggetto possa validamente prestare il consenso per il trattamento dei propri dati personali.

[27] Scorza (v. sub nota 4) evidenzia che "*la disciplina europea sulla protezione dei dati personali il famoso GDPR dice espressamente che sotto i sedici anni – quattordici in Italia – un bambino non è in grado di prestare al fornitore di un servizio digitale il consenso a trattare i suoi dati. Ma, naturalmente, se quel bambino dichiara di essere più grande e il gestore gli crede, il problema è risolto o, almeno, online, si fa spesso finta che sia così*".

[28] Cfr. art. 1 del Regolamento. *Oggetto e finalità:*

1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati.

2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali.

3. La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

[29] Per una ricostruzione della normativa precedente si rinvia a Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, *op. cit.*, 1 ss. L'A., a p. 9, mette in evidenza che la "*direttiva 95/46/CE, c.d. Direttiva madre, la Direttiva 2002/58/CE relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche e la decisione quadro 2008/977/GAI sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale non contengono alcun riferimento specifico né ai minori né ad altri soggetti privi della capacità d'agire", e precisa che "le parole minori o bambini non compaiono in nessuno dei tre testi normativi*".

[30] Il corsivo è nostro.

verificare l'acquisizione del consenso, e ciò peraltro in considerazione delle tecnologie disponibili.

Si introduce così uno specifico obbligo a tutti i fornitori di servizi della società dell'informazione diretti ai minorenni.

In sintesi, in base al GDPR colui che ha una età pari o superiore ai sedici anni può esprimere un valido consenso, ai fini del trattamento dei dati, mentre per gli infrasedicenni il consenso dovrà essere prestato dal titolare della responsabilità genitoriale, oppure questi potrà autorizzare il minore a prestarlo direttamente[31].

Ciò significa, quindi, che si è creata una differenza tra l'età necessaria per concludere validamente un contratto e l'età necessaria in base al GDPR per prestare il proprio consenso ai fini del trattamento dei dati[32].

Da questa considerazione si nota la discrepanza con la realtà pratica la quale dimostra come si naviga su internet e si usano *social networks* a partire da età sempre più precoci, cosicché risulta alquanto inattuabile una simile scissione posto che in tal modo si potrebbe incidere sulla possibilità dei minori di accedere ai servizi delle società di informazione.

Si deve condividere, quindi, l'opinione di coloro i quali assumono la necessità di fare coincidere l'età per esprimere il consenso al trattamento dei dati con quella per concludere contratti aventi ad oggetto lo scambio tra il consenso al trattamento dei dati personali e beni o servizi digitali[33].

Fermo quanto detto sopra, nulla si dice nel Regolamento circa le modalità concrete con cui il consenso debba essere prestato né come lo stesso debba essere acquisito[34].

Certo è che la semplice possibilità di "flaggare" un tasto per confermare di avere almeno 16 anni (o altra età) potrebbe non rappresentare una modalità "ragionevole" per acquisire il consenso e potrebbe esporre a sanzioni; in ogni caso il principio di ragionevolezza introdotto dalla normativa comunitaria consente al titolare del trattamento di adottare strumenti di verifica in base alle finalità del trattamento stesso nonché ai rischi potenziali che potrebbero derivare.

Non esistendo ancora un sistema univoco per la verifica di un consenso legittimamente prestato, pertanto, ci si trova di fronte ad un bivio: da un lato evitare buro-

---

[31] Salvo come si è detto la possibilità per gli Stati di prevedere una età inferiore e comunque non inferiore ai 13 anni. L'Italia ha optato per i 14 anni.

[32] Gallo, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1054 il quale afferma: "*in queste condizioni una prima possibilità potrebbe consistere nel ritenere che il consenso al trattamento dei dati personali e quello alla conclusione del contratto corrano su due binari differenti, con la conseguenza che mentre il consenso al trattamento dei dati potrebbe essere fornito a partire dal compimento del quattordicesimo anno di età, il consenso alla conclusione del contratto di scambio potrebbe essere fornito solo dopo il compimento del diciottesimo anno di età; il che potrebbe peraltro dar adito a risultati applicativi a dir poco assurdi e poco funzionali; la soluzione appare infatti a prima vista barocca ed inutilmente complessa*".

Sul consenso digitale dei minori nel contesto dei social network e sui possibili conflitti tra consenso digitale dei minori e responsabilità dei genitori, si veda anche Sartoris, *Minors' data protection between e-learning and social network platforms*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2020/2, p. 143.

[33] Così Gallo, *op. cit.*, 1054 il quale afferma: "*Si consideri ancora che questa interpretazione, oltre ad evitare artificiali distinzioni per quel che riguarda il consenso, si pone in sintonia con le recenti tendenze ad abbassare progressivamente il limite della capacità negoziale, o meglio ancora a diversificarlo a seconda della tipologia contrattuale; è infatti più che ovvio che da un punto di vista sostanziale i contratti non sono tutti uguali; ne consegue che la maturità necessaria per navigare in internet, per mandare un messaggio di posta elettronica, per utilizzare un motore di ricerca, per iscriversi ad un social network e così via è indubbiamente nettamente inferiore rispetto a quella richiesta per concludere un contratto di compravendita immobiliare, per effettuare una donazione e così via*".

[34] In tal senso si veda altresì l'*Opinion* n. 259 del *Working Party* art. 29 del 10 aprile 2018.

cratizzazioni eccessive le quali potrebbero rendere più difficoltosa sia la fornitura che l'accesso ai servizi online e dall'altro incorrere in possibili rischi di falsificazioni della propria età da parte di minori con conseguente vanificazione della tutela accordata dal Regolamento.

Dobbiamo ricordare che se il consenso di un infrasedicenne non è valido ai fini della liceità del trattamento si rischia l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 83 del Regolamento[35].

Poiché la verifica dell'età è fondamentale per rafforzare la tutela dei minori online, si deve segnalare che è recentissima la notizia relativa ad un protocollo di intesa tra Garante privacy e Agcom nell'ambito del quale è prevista l'istituzione di un tavolo di lavoro per l'elaborazione di un codice di condotta volto a far sì che le piattaforme digitali adottino sistemi affidabili per verificare l'età dei piccoli utenti che accedono ai servizi online[36].

4. *La "capacità anticipata" del quattordicenne*

Il legislatore italiano con il decreto legislativo del 10 agosto 2018 n. 101 ha dato attuazione al Regolamento Europeo, introducendo una ulteriore eccezione alle ipotesi di incapacità dei minori di anni 18 fissata dall'art. 2 del codice civile, indicando in 14 anni

[35] Salvo verificare se ed in che termini possa trovare applicazione per l'ordinamento italiano la norma di cui all'art. 1426 del codice civile.

[36] La notizia è del 12 aprile 2023 ed è riportata sul sito *www.gpdp.it*.

Si deve ricordare ancora che l'EDPB (European Data Protection Board) nel 2020 ha stilato delle "Linee guida 5/2020 sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679" in cui con riferimento alle modalità pratiche per raccogliere il consenso del genitore o per stabilire che qualcuno è autorizzato a prestare il consenso ha evidenziato che "*136 (…omissis…) per quanto riguarda l'autorizzazione del titolare della responsabilità genitoriale, il regolamento non prevede modalità pratiche per raccogliere il consenso del genitore o per stabilire che qualcuno è autorizzato a prestare il consenso. Di conseguenza il Comitato raccomanda l'adozione di un approccio proporzionato, in linea con l'articolo 8, paragrafo 2, e l'articolo 5, paragrafo 1, lettera c), del regolamento (minimizzazione dei dati). Un approccio proporzionato potrebbe essere quello di concentrarsi sull'ottenimento di una quantità limitata di informazioni, ad esempio i dettagli di contatto di un genitore o del tutore.*

137. La ragionevolezza degli sforzi, in termini di verifica tanto che l'utente abbia l'età sufficiente per esprimere il consenso quanto che la persona che esprime il consenso a nome del minore sia il titolare della responsabilità genitoriale, può dipendere dai rischi inerenti al trattamento e dalla tecnologia disponibile. Nei casi a basso rischio, può essere sufficiente la verifica della responsabilità genitoriale a mezzo posta elettronica. Viceversa, nei casi ad alto rischio, può essere opportuno chiedere ulteriori prove affinché il titolare del trattamento sia in grado di verificare e conservare le informazioni di cui all'articolo 7, paragrafo 168. I servizi di verifica di terzi fidati possono offrire soluzioni che riducono al minimo la quantità di dati personali che il titolare del trattamento deve trattare autonomamente.

138. Esempio 23: Una piattaforma di gioco online vuole assicurarsi che i clienti minorenni si abbonino ai servizi esclusivamente con il consenso dei genitori o tutori. Il titolare del trattamento segue questi passaggi:

139. passaggio 1: chiede all'utente di indicare se ha meno o più di 16 anni (o dell'età alternativa per il consenso digitale). Se l'utente dichiara di avere un'età inferiore a quella per il consenso digitale:

140. passaggio 2: il servizio informa il minore della necessità che un genitore o il tutore acconsenta o autorizzi il trattamento prima che venga erogato il servizio. All'utente viene quindi richiesto di rivelare l'indirizzo di posta elettronica di un genitore o del tutore;

141. passaggio 3: il servizio contatta il genitore o il tutore e ne ottiene il consenso al trattamento tramite posta elettronica e adotta misure ragionevoli per ottenere la conferma che l'adulto abbia la responsabilità genitoriale;

passaggio 4: in caso di reclami, la piattaforma adotta ulteriori provvedimenti per verificare l'età dell'abbonato.

143. Se soddisfa gli altri requisiti del consenso, la piattaforma può soddisfare i criteri supplementari di cui all'articolo 8 del regolamento seguendo questi passaggi."

il limite di età per cui è valido il consenso fornito dal minore al trattamento dei propri dati personali[37].

L'art. 2-*quinquies* (Consenso del minore in relazione ai servizi della società dell'informazione) al primo comma stabilisce infatti che *"In attuazione dell'articolo 8, paragrafo 1, del Regolamento, il minore che ha compiuto i quattordici anni può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione. Con riguardo a tali servizi, il trattamento dei dati personali del minore di età inferiore a quattordici anni, fondato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento, è lecito a condizione che sia prestato da chi esercita la responsabilità genitoriale"*.

In conformità a quanto previsto nel Regolamento (v. art. 12), inoltre, al secondo comma dell'articolo sopra citato si prevede che *"In relazione all'offerta diretta ai minori dei servizi di cui al comma 1, il titolare del trattamento redige con linguaggio particolarmente chiaro e semplice, conciso ed esaustivo, facilmente accessibile e comprensibile dal minore, al fine di rendere significativo il consenso prestato da quest'ultimo, le informazioni e le comunicazioni relative al trattamento che lo riguardi*".

Se come si è già avuto modo di evidenziare, l'abbassamento del limite a 14 anni si prevede che non possa incidere sulle regole degli ordinamenti in tema di conclusione e validità dei contratti conclusi dai minorenni, tuttavia, qualche ripercussione sicuramente potrebbe esserci.

Quasi tutti i modelli legislativi sono accomunati dal fatto di contemplare tra le eccezioni all'invalidità dei contratti conclusi da minori quelli aventi ad oggetto gli atti della vita quotidiana, la cui validità troverebbe una giustificazione o perché espressamente disciplinati o perché secondo la dottrina si tratterebbe di atti dal modesto valore economico (cc.dd. "atti minuti della vita quotidiana"); siamo di fronte, insomma, a contratti validi anche se conclusi dal minore perché nessuno penserebbe mai di poterne invocare l'annullabilità. Con la contrattazione telematica, la situazione inevitabilmente si complica perché la prassi negoziale del commercio elettronico si caratterizza per la mancanza di trattativa; le proposte contrattuali in rete sono molteplici e rivolte ad un numero indefinito di potenziali acquirenti i quali non fanno altro che accettare o rifiutare l'offerta, prestare o non prestare il loro consenso.

Se si pensa che il contratto virtuale si perfeziona tramite la pressione di un tasto negoziale virtuale ovvero tramite la semplice adesione alle condizioni contrattuali, non deve sorprendere come può essere frequente per un minore concludere un contratto in assoluta libertà e senza il controllo dei genitori.

---

[37] Rileviamo a proposito della determinazione dell'età di 14 anni il fatto che per esempio *Facebook* è vietato ad utenti che hanno una età inferiore ai 13 anni.

Per *whatsapp* invece si legge nei termini contrattuali a proposito dell'età che: Se risiede in un Paese nella Regione europea, l'utente deve avere almeno 16 anni per utilizzare i nostri Servizi (o l'età superiore necessaria nel suo Paese affinché sia autorizzato a registrarsi e a usare i nostri Servizi). Se risiede in qualsiasi altro Paese ad eccezione di quelli nella Regione europea, l'utente deve avere almeno 13 anni per utilizzare i nostri Servizi (o l'età superiore necessaria nel suo Paese affinché sia autorizzato a registrarsi e a usare i nostri Servizi). Oltre ad avere l'età minima richiesta per usare i nostri Servizi in base alle leggi applicabili, ove l'utente non abbia l'età richiesta per poter accettare i Termini nel suo Paese, il suo genitore o il suo tutore devono accettarli a suo nome.

Certamente il legislatore comunitario ha considerato che i principali *Social Network* prevedono un'età minima di 13 anni per potersi iscrivere. Trattandosi di piattaforme americane il riferimento normativo è quello del *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA) in base al quale nessuna persona giuridica può raccogliere i dati di minori di 13 anni, ad eccezione degli enti pubblici. Cfr. il testo pubblicato sul sito *https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule*. La legislazione "COPPA" è stata introdotta circa quindici anni fa.

Senza addentrarci nell'ambito della conclusione telematica dei contratti da parte dei minori e della loro validità[38], in questa sede basti rilevare che, stante la mancanza di una regolamentazione specifica sul punto, si potrebbe giungere al paradosso che per concludere il contratto sia necessaria l'autorizzazione del genitore, mentre il consenso per il trattamento dei dati potrebbe essere rilasciato validamente dal minore.

Certo è che sul punto potranno incidere le sanzioni previste dal GDPR e precisamente dall'art. 15 del d.lgs. n. 101 del 2018 che ha modificato l'art. 166 del codice della privacy.

Altro aspetto particolare concerne le modalità con cui il titolare del trattamento deve fornire le informazioni e le comunicazioni ai minori. La norma prevede espressamente che queste debbano essere redatte con linguaggio "particolarmente chiaro e semplice", "conciso", ma al tempo stesso "esaustivo", "facilmente accessibile", "comprensibile dal minore" affinché il suo consenso possa essere "significativo", cioè consapevole.

Il fornitore di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico deve, inoltre, prestare «particolare attenzione» all'informativa sulla sussistenza di particolari rischi di violazione della sicurezza della rete soprattutto per quanto riguarda i minori. Il decreto di attuazione ha introdotto, infatti, l'art. 132 *quater* al Codice della privacy stabilendo l'utilizzo di un "linguaggio chiaro, idoneo e adeguato rispetto alla categoria e alla fascia di età dell'interessato a cui siano fornite le suddette informazioni".

Ebbene anche su tali aspetti si dovranno cimentare gli operatori considerate le conseguenze sanzionatorie che potrebbero scaturire a causa di una informativa fornita in modo non corretto.

5. *Il consenso del minore. Le scelte di alcuni Stati membri. Cenni di diritto comparato*

La circostanza che i dati dei minori sono tutelati in modo differente nei Paesi membri è riscontrabile facilmente attraverso una breve analisi comparata concernente l'attuazione del GDPR in alcuni Stati comunitari.

In Italia, infatti, abbiamo visto che il legislatore ha stabilito che il minore di 14 anni possa fornire un consenso valido al trattamento dei suoi dati, anche se sul punto dobbiamo sempre ricordare che per la conclusione dei contratti la legge stabilisce diversamente ad eccezione di quegli atti minuti della vita quotidiana per i quali si può ammettere una età inferiore ai 18 sebbene si tratti di atti non specificatamente determinati.

Anche la *Spagna*, a seguito dell'attuazione del GDPR, con *la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*[39] ha mantenuto il limite di età fissato dal legislatore per il consenso dei minori al trattamento dei dati a 14 anni. Va segnalato, tuttavia, che era stato predisposto un *anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos* nel 2017 che, invece, prevedeva l'abbassamento a 13 anni dell'età, in tal modo utilizzando la facoltà concessa dallo stesso Regolamento

[38] Sul punto si rinvia a Capilli, *op. cit*., p. 35 e ss.

[39] L'art. 7 attuale prevede: "*1. El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años.*

Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento.

2. El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela".

comunitario[40]. Evidentemente la proposta è naufragata per mantenere lo *status quo ante* della legislazione spagnola che già in precedenza fissava a 14 anni il limite di età per il consenso.

In *Francia* è stata introdotta la *LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018*[41] relativa *à la protection des données personnelles* con cui si è data attuazione al Regolamento apportando diverse modifiche alle disposizioni già in vigore nonché per dare attuazione alle regole fissate dalla direttiva (UE) 2016/680 sul trattamento delle informazioni ai fini della prevenzione e dell'individuazione di reati, indagini e perseguimento o esecuzione di sanzioni penali. In particolare con riferimento al consenso del minore al trattamento dei dati la nuova legge fissa a 15 anni il limite di età[42]. Tuttavia, è prevista una ulteriore particolarità nel caso di minori di anni 15 poiché per essi si prevede che il consenso debba essere fornito congiuntamente a quello della persona o delle persone che esercitano la potestà genitoriale. È stato introdotto praticamente un doppio consenso (già oggetto di qualche critica da parte dei primi commentatori) che tuttavia potrebbe non rilevarsi funzionale a causa di una forte burocratizzazione. Se si pensa alla sottoscrizione di un account personale sui social network da parte del minore di 15 anni, significa che il consenso deve essere fornito sia dal minore che dal responsabile la potestà genitoriale con la necessità per quest'ultimo di fornire i propri dati per i quali a sua volta sarà necessario il consenso. Occorre, però, fare una ulteriore riflessione. In Francia il minore può compiere da solo tutti gli atti della vita quotidiana, per essi quindi non è necessario il consenso del titolare la responsabilità genitoriale, ma tale consenso potrebbe essere comunque richiesto per il trattamento dei dati del minore.

Sul punto è intervenuta l'Autorità garante per la protezione dei dati francese (CNIL) che ha evidenziato che l'articolo 45 della *loi Informatique et Libertés*[43] prevede che, nell'ambito dei servizi online e per i trattamenti di dati che si basano sul consenso non contrattuale dell'utente, il titolare o i titolari dell'autorità genitoriale devono dare il loro consenso congiuntamente a quello del loro bambino se il figlio ha meno di 15 anni. Questo implica che il consenso per la scelta di un profilo pubblico o privato su un *social network*, oppure l'attivazione della geolocalizzazione opzionale su un'applicazione, richiede in teoria la concorde decisione del bambino e del titolare o dei titolari dell'autorità genitoriale. In altre parole, i genitori non possono, per questi trattamenti, andare contro la volontà del bambino e il bambino non può superare l'opposizione dei suoi genitori. D'altra parte, per i trattamenti di dati che derivano da contratti conclusi online

---

[40] Il progetto di legge in cui si abbassava a 13 anni l'età, è pubblicato al seguente link: *http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF.*

[41] *https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=58620010BA9F70EE6A023CEB-7CB62F6D.tplgfr37s_1?cidTexte=JORFTEXT000037085952&dateTexte=29990101.*

[42] La CNIL, l'Autorità francese per la protezione dei dati, ha evidenziato che da ricerche effettuate è emerso che a determinate condizioni, i minori di età superiore ai 15 anni dovrebbero poter concludere da soli determinati contratti nell'ambito dei servizi online.

[43] Article 45 *"En application du 1 de l'article 8 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de quinze ans.*

Lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale à l'égard de ce mineur.

Le responsable de traitement rédige en des termes clairs et simples, aisément compréhensibles par le mineur, les informations et communications relatives au traitement qui le concerne".

NOTA: *Conformément à l'article 29 de l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018, ces dispositions entrent en vigueur en même temps que le décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés au 1er juin 2019.*

con il fornitore di servizi, o il minore può stipulare lui stesso un tale contratto perché si ritiene maturo e comunque abbia più di 15 anni, oppure il consenso deve essere dato dai titolari dell'autorità parentale. Secondo l'Autorità francese per quanto riguarda il consenso del bambino, è ovviamente necessario tenere conto del livello di maturità, non potendo essere valutata alla stessa stregua l'espressione della volontà di un bambino abbia 7 anni oppure 14 anni.

Secondo il CNIL per superare tale problematica si deve fare riferimento al "*principe d'association du mineur aux décisions qui le concernent*", cosicché il genitore dovrebbe prestare il consenso unitamente al proprio figlio e ciò per garantire la "*qualité du consentement qui est donné*", ma anche dare maggiore rilevanza all'opinione del minore[44].

La *Germania*, la cui legge federale sulla protezione dei dati non prevedeva alcuna regola esplicita in tema di consenso dei minori, ha ritenuto di non dover avvalersi della facoltà concessa dal Regolamento e, pertanto, ha mantenuto a 16 anni il limite per prestare un consenso valido. La regolamentazione relativa alla capacità dei minori per contrarre, nella legislazione tedesca, è piuttosto articolata in quanto si prevedono diverse fasce di età. In via generale, la piena e completa capacità d'agire si acquista con la maggiore età (§ 2 BGB).

I minori fino a sette anni (§ 104 BGB) non hanno capacità di agire e sono esonerati da responsabilità da illecito; i minori di età compresa tra i sette e i diciotto, invece, hanno una capacità limitata (§ 106 BGB) e rispondono per l'illecito solo nel caso in cui siano in grado di comprendere la loro responsabilità.

Non potendo svolgere l'analisi di ogni singola legislazione, e considerato che ognuna presenta delle specifiche peculiarità, sinteticamente è possibile raggruppare i diversi Stati secondo la seguente tabella:

16 anni	**15 anni**	**14 anni**	**13 anni**
Slovacchia, San Marino, Romania, Polonia, Paesi Bassi, Lussemburgo, Liechtenstein, Ungheria, Irlanda	Francia, Repubblica Ceca, Serbia, Grecia	Italia, Spagna, Austria, Bulgaria, Cipro, Lituania	Regno Unito, Svezia, Portogallo, Norvegia, Malta, Lettonia, Islanda, Finlandia, Estonia, Danimarca

6. *Conclusioni*

È indubbio che il Regolamento n. 679 del 2016 abbia rafforzato la tutela dei minori nell'ambito del trattamento dei dati personali stabilendo regole per la prestazione del consenso e conferendo all'Autorità uno specifico compito di promuovere la consapevolezza e di favorire la comprensione del pubblico riguardo ai rischi, alle norme, alle garanzie e ai diritti in relazione al trattamento con particolare attenzione alle attività destinate specificamente ai minori (v. art. 57) e ciò in una prospettiva dinamica in cui il livello di protezione da garantire dovrà tenere conto della tipologia del dato, del trattamento effettuato e dei rischi che il trattamento riveste[45].

[44] Cfr. https://www.cnil.fr/fr/recommandation-4-rechercher-le-consentement-dun-parent-pour-les-mineurs-de-moins-de-15-ans.

[45] Si veda anche Orofino, *Minori e diritto alla protezione dei dati personali*, in AA.VV., *Privacy, minori e cyberbullismo*, Giappichelli, 2018, p. 29

Si rivela chiaramente, tuttavia, che la norma che riguarda i minorenni è frutto di un compromesso, considerato che i settori e le pratiche di raccolta dei dati sono differenti che è previsto un unico limite di età che non diversifica in relazione ai servizi né tantomeno valorizza il ruolo dei minori nella società moderna, potrebbe incidere in modo sproporzionato i diritti e le opportunità per gli stessi; se a ciò si aggiunge anche il fatto che non si è riusciti a realizzare un impianto normativo uniforme in tale ambito, che non sono previste modalità di verifica dell'età essendo la normativa incentrata solo sull'acquisizione del consenso (sia esso prestato direttamente dal minore o dall'esercente la responsabilità genitoriale), si rischia quella frammentazione normativa che si può rivelare controproducente sotto il duplice profilo della realizzazione di una tutela effettiva dei minori di età in una società digitale in costante evoluzione e della difficoltà per i fornitori OTT (*over the top*) di adeguarsi alla differente legislazione degli Stati membri.

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA

GUARDA DE HECHO E SOSTEGNO DI FATTO. PER UN ADEGUAMENTO INTERPRETATIVO DELLE MISURE DI PROTEZIONE DELLE PERSONE VULNERABILI

SOMMARIO: 1. Necessaria revisione ermeneutica degli istituti di protezione dei soggetti vulnerabili. – 2. Nuovo paradigma culturale espresso dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e sua attuazione nella riforma spagnola delle misure di sostegno. – 3. Effettività del sostegno di fatto e preferenza normativa per la *guarda de hecho*. – 4. Funzioni assistenziali e rappresentative del *guardador de hecho* e problemi probatori. – 5. Interpretazione adeguatrice e rilevanza giuridica del sostegno di fatto.

1. *Necessaria revisione ermeneutica degli istituti di protezione dei soggetti vulnerabili*

L'esigenza di un profondo ripensamento delle misure di protezione dei soggetti vulnerabili è avvertita, con sempre maggiore frequenza, nel dibattito scientifico italiano, ormai pienamente consapevole delle rilevanti criticità applicative dell'assetto normativo vigente[1].

Nonostante l'introduzione, ad opera della l. 9.01.2004, n. 6, del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno, la prassi interpretativa e attuativa municipale ha, infatti, perpetuato una tralatizia concezione custodialistica[2], che ha impedito quel rinnovamento necessario ad assicurare effettività alla novella, ostacolata da un «*apparato* – cultura, costume, organizzazione, barriere autodifensive – che inghiotte, deforma, sterilizza tutto ciò che vuole sovvertire o cambiare il suo "ordine"»[3].

Le voci emergenti dalla più recente discussione dottrinale, pur con sfumature diverse, convergono in una comune valutazione di inadeguatezza dei correnti orientamenti ermeneutici, i quali, dilatando fortemente l'ambito di operatività degli strumenti di protezione legale[4], hanno amplificato la giurisdizionalizzazione del sostegno, con una

---

[1] Sull'evoluzione del paradigma giuridico ove trova sistemazione il concetto di capacità imprescindibile è il riferimento a ZATTI, *Oltre la capacità*, (2003), ora in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, 113 ss.

[2] L'incompatibilità di tale concezione con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale è rilevata già da P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1972, 137 ss. Cfr., altresì, ID., *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 46 ss.; ID., *Diritti della persona anziana. Diritto civile e stato sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 80 ss., ora entrambi in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, rispettivamente, 329 ss. e 347 ss.; nonché, LISELLA, *Interdizione "giudiziale" e tutela della persona. Gli effetti dell'incapacità legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

[3] ZATTI, *L'*intendance suivrà*...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 182, il quale rileva che il nostro sistema «anche quando riesce a produrre – *rara avis* – una legge "buona" negli intenti, e, più raramente, una legge valida sia nei fini che nella tecnica, non riesce a realizzarne una buona attuazione».

[4] In senso critico cfr. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 31 ss.; BONILINI, *Persone in età avanzata e amministrazione di sostegno*, in *Fam., pers. e succ.*, 2005, 487 ss.; BONILINI-TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, nel *Commentario Schlesinger-Busnelli*, Giuffré, 2018, *sub* art. 404, 34 ss.; GORGONI, *I nuovi rimedi*

vistosa eterogenesi dei fini che ha prodotto, da un lato, una poderosa estensione dell'area dell'incapacitazione, oltre i confini presidiati dalle tradizionali figure codicistiche[5]; dall'altro, un'inevitabile standardizzazione dei provvedimenti giudiziali, lungi dal configurarsi come "vestiti su misura" in grado di adattarsi alle peculiarità del singolo caso concreto[6].

In siffatto orizzonte – oltre alla risalente invocazione di una radicale semplificazione legislativa che delinei un unico istituto di protezione, con l'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione[7], ormai comunque significativamente ridimensionate sul piano applicativo – si riscontra, in una civilistica inquieta e operosa, una fioritura di proposte che disvelano l'insoddisfazione dei giuristi per l'attuale quadro normativo.

Così, ora si invocano interventi che correggano difetti di *drafting* legislativo (con il coordinamento di una serie di provvedimenti normativi a vantaggio dei soggetti fragili, disordinatamente succedutisi nel tempo)[8] o risolvano questioni interpretative ancòra controverse (con il recepimento nella trama legislativa delle soluzioni giurisprudenziali maggiormente razionali ed efficienti)[9], ora si elaborano più radicali riforme ordinamentali, che introducano figure di nuovo conio (come il «progetto esistenziale di vita» da confezionarsi a cura delle amministrazioni comunali)[10] o, al contrario, valorizzino il ruolo degli strumenti negoziali nella cura degli interessi personali e patrimoniali degli adulti vulnerabili (sul modello del *mandat de protection future* francese o della *Vorsorgevollmacht* tedesca)[11].

Non di meno, i numerosi profili problematici dell'attuale architettura normativa degli istituti di protezione legale appaiono suscettibili di essere affrontati non tanto in una complessa e imprevedibile prospettiva *de iure condendo*, ma soprattutto attraverso una faticosa e delicata opera di revisione ermeneutica, che solleciti l'urgente ispirazione al personalismo costituzionale di un diritto vivente troppo spesso ancorato ai tradizio-

---

a tutela delle persone prive di autonomia, in *Obbl. e contr.*, 2008, 630; Tescaro, *I confini applicativi dell'amministrazione di sostegno comparati con quelli della* Sachwalterschaft *austriaca e della* Betreuung *tedesca*, in *Liber amicorum per* Dieter Henrich. *Parte generale e persone*, I, a cura di Gabrielli, Patti, Zaccaria, Padovini, Cubeddu Wiedemann, Troiano, Giappichelli, 2012, 169 ss.; Id., *L'amministrazione di sostegno tra solidarietà e libertà*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di Granelli, Milano, 2018, 63 ss.; Id., *Un (quasi integralmente) encomiabile esempio di interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 498 ss.; Girolami, *La procura degli incapaci*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, spec. 1393 ss.; Ead., *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio* de iure condendo, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 858 ss.

[5] Lo rileva, con dovizia di informazioni, Roma, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 694.

[6] In tal senso, invece, Cendon, *Gli orizzonti dell'amministrazione di sostegno*, in *Riv. dir. min.*, 2006, 12 ss.; Id., voce «Amministrazione di sostegno», in *Enc. del dir. Annali*, IV, Giuffrè, 2014, 27, il quale discorre di uno strumento elastico «che volta a volta viene apprestato (e via via modificato e aggiustato) da chi di dovere, a beneficio dell'interessato».

[7] Si vedano, già, Patti, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 812; Cendon, *Soprassedere all'amministrazione di sostegno? Il problema è che siamo ormai scesi dagli alberi?*, in *Giur. it.*, 2007, 86.

[8] L'esigenza è rilevata da Piccinni, *L'amministrazione di sostegno tra modello e realtà. Gli snodi di una discussione non più rimandabile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 692, la quale menziona, tra le altre, le misure di assistenza, cura e protezione delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare (l. 22.6.2016, n. 112) e la pianificazione condivisa delle cure (art. 5 l. 22.12.2017, n. 219), alle quali si aggiungono le nuove competenze del notaio in materia di autorizzazioni relative agli affari di volontaria giurisdizione (art. 21 d.legis 10.10.2022, n. 149).

[9] Un'argomentata proposta in Roma, *op. cit.*, 699 ss.

[10] Cendon, *Persone fragili, diritti civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 176 s.

[11] Girolami, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio* de iure condendo, cit., 854 ss.

nali modelli culturali, ormai del tutto inadatti a dare sistemazione coerente alla crescente fluidità e variabilità delle forme di vulnerabilità[12].

2. *Nuovo paradigma culturale espresso dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e sua attuazione nella riforma spagnola delle misure di sostegno*

Lo sviluppo di un rinnovato approccio al sostegno delle persone fragili, che abbandoni «in modo risoluto la relazione tra protezione e incapacità»[13], svelandone le basi ideologiche, rinviene linfa vitale nel confronto con l'esperienza spagnola, ove la Ley 2.6.2021, n. 8, segnando un profondo mutamento di paradigma, ha conformato la normativa ordinaria in materia di *personas con discapacidad* ai principi della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata in Spagna il 30 marzo 2007[14] e in Italia, senza alcun adattamento, con gli artt. 1 e 2 l. 3.3.2009, n. 18[15].

L'apertura al dato straniero nell'attività interpretativa può contribuire ad adeguare alla mutata assiologia ordinamentale l'apparato concettuale impiegato dal giurista in materia di vulnerabilità, specialmente in virtù della comune ispirazione dei due sistemi giuridici ai medesimi principi fondamentali di rango internazionale che, mentre hanno investito l'intero impianto codicistico spagnolo come «un autentico *tsunami*»[16], scontano in Italia una deplorevole indifferenza tanto del formante legale, quanto di quello giurisprudenziale[17]. Non si tratta, in altri termini, di "nazionalizzare" le risposte normative elaborate all'estero, ma di rimeditare gli istituti interni alla luce delle risultanze compa-

---

[12] Sulla nozione di vulnerabilità v. Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, 2019. Riflette sui «"flessibili contorni" della debolezza» Poletti, voce «Soggetti deboli», in *Enc. del dir. Annali*, IV, Giuffrè, 2014, 962 s., che considera il concetto insuscettibile di essere innalzato «ad autonoma fattispecie».

[13] Così, Zatti, *Oltre la capacità*, cit., 125, secondo il quale la «chiave della correlazione tra potestà e capacità» risiede «nella concezione secondo cui il soggetto debole è di inciampo ad un traffico che può svolgersi solo tra soggetti forti; nell'idea che il debole debba essere perciò *alieni iuris*, soggetto a potestà, e che il forte debba esercitare la protezione e la rappresentanza». Una recente profonda riconcettualizzazione della capacità del minore in Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, 2020.

[14] Cfr. Àlvarez Lata e Seoane, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. De lo modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Der. priv. Const.*, 2009, 11 ss.; Pérez de Ontiveros Baquero, *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar*, in *Der. priv. Const.*, 2009, 335 ss.

[15] Lungimiranti considerazioni in C. Perlingieri, *Amministrazione di sostegno e neuroscienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 338 s., la quale evidenzia le potenzialità ermeneutiche della Convenzione.

[16] Così, García Rubio, *Algunas propuestas de reforma del Código Civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil*, in *Rev. der. civ.*, 2018, 3, 174, secondo la quale «*ninguna norma que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados va a quedar inmune a la necesidad de adaptación*».

[17] Rileva, con spiccata sensibilità culturale, Barba, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 420, che la Convenzione, oltre a rimanere «sostanzialmente ai margini del dibattito scientifico nazionale» non è stata valorizzata dalla giurisprudenza, ove il riferimento ad essa è «molto limitato e, per lo più o di segno negativo, o meramente rafforzativo di soluzioni diversamente argomentate». V., altresì, Id., *El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1528 ss.

ratistiche[18], sì da favorire il raggiungimento di soluzioni ermeneutiche maggiormente rispettose della gerarchia dei valori di rilevanza normativa[19].

Nel ripensare integralmente il modello di protezione dei soggetti vulnerabili, fondandolo sul rispetto integrale della dignità umana[20], l'art. 12 Conv. Naz. Un. dir. pers. disab. stabilisce che «le persone con disabilità godono della capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita», esigendo che le misure di sostegno necessarie «all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona»[21]. Pertanto, la centralità della nozione di disabilità, quale condizione che ostacola la «piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri» (art. 1, comma 2°, Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.), si accompagna all'abbandono della dicotomia capacità giuridica/capacità di agire[22], nell'ambito di un «sistema di *sostegno collaborativo*, *fondato sull' interesse preferito della persona con disabilità*»[23].

In attuazione di principi internazionali di impronta personalistica così radicalmente innovativi, la Ley n. 8 del 2021 cancella definitivamente il previgente assetto codicistico – connotato dall'eliminazione o limitazione della capacità di agire della persona priva di autonomia, sostituita nell'attività patrimoniale da un rappresentante legale soggetto al controllo giudiziale – ridimensionando fortemente l'ambito della protezione istituzionalizzata dei maggiorenni fragili dei quali viene, invece, valorizzata l'autonoma capacità di provvedere alla cura dei propri interessi[24].

In questa prospettiva, i profili maggiormente innovativi della novella possono considerarsi:

a) l'abrogazione dell'*incapacitación*, che comportava la privazione della capacità di agire, con provvedimento giudiziale, di una persona maggiore di età affetta da «infermità o deficienze persistenti di carattere fisico o psichico determinanti l'inidoneità a governarsi da sé» (art. 200 cod. civ. previgente, come modificato dalla l. 24.10.1983, n. 13)[25];

---

[18] L'attitudine dell'adesione ai trattati internazionali a valorizzare la funzione ermeneutica della comparazione giuridica è sottolineata da Adamo, *Diritto civile e argomentazione comparativa. Profili applicativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 25 ss.

[19] P. Perlingieri, *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 787 ss., ora in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, 337 ss.

[20] Sul ruolo normativo della dignità quale fondamento del riconoscimento della «costellazione» dei diritti fondamentali che «si sostengono e si definiscono a vicenda», Zatti, *Note sulla semantica della dignità*, in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 44.

[21] Torrés Costas, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

[22] Rileva Zatti, *Oltre la capacità*, cit., 121, che «il concetto giuridico di capacità d'agire si perpetua come segno e strumento dell'individualismo etico e come attrezzo concettuale sostanzialmente pre-psicologico». Occorre, piuttosto, affrontare il problema della capacità non «come grandezza previa rispetto alla relazione e al processo del consenso», ma «come una grandezza interna alla relazione»: Id., *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 315 ss., ora in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 138.

[23] Barba, *Persone con disabilità e capacità*, cit., 437 s., secondo il quale «si deve passare da un modello ispirato al *superiore interesse* della persona con disabilità a un sistema ispirato all'*interesse preferito* dalla persona con disabilità».

[24] In una letteratura ormai molto ampia cfr., almeno, de Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia*, in *Rev. Jur. Notariado*, 2002, 115, 11 ss.; García Rubio, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles*, in *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, a cura di Llamas Pombo, Martínez Rodríguez, Toral Lara, La Ley, 2021, 49 ss.

[25] Si veda de Verda y Beamonte, *La protección de las personas con discapacidad: se acabò la tutela*, in *Familia y sucesiones ICAV*, 2019, 6, 22 ss.

b) l'incisivo rafforzamento dei poteri di autonomia privata nella trama normativa degli strumenti di protezione, con l'introduzione di *medidas voluntarias de apoyo* – tra le quali spicca la *autocuratela* (artt. 271-274 cod. civ.) – che permettono al beneficiario tanto di indicare preventivamente la persona incaricata del sostegno, quanto di definire l'esatta portata della misura di protezione (art. 250, comma 3°, cod. civ.)[26];

c) la sussidiarietà delle *medidas de apoyo* di fonte giudiziale che, in quanto soggette ai principi di necessità e di proporzionalità[27], sono applicabili soltanto nelle ipotesi di difetto o inadeguatezza delle misure di sostegno di natura volontaria o di fatto (art. 249, comma 1°; 255, comma 5°, cod. civ.)[28];

d) la previsione del criterio direttivo del rispetto per «la volontà, i desideri e le preferenze» della persona con disabilità, destinato a vincolare l'attività dei soggetti che esercitino il sostegno[29], i quali dovranno, qualora assolvano funzioni collaborative, permettere all'interessato di «sviluppare un processo personale di assunzione delle decisioni, informandolo, aiutandolo nella comprensione e nel ragionamento e favorendo l'espressione delle sue preferenze» (art. 249, comma 2°, cod. civ.) e, qualora assolvano funzioni rappresentative, «considerare la traiettoria vitale della persona con disabilità, le sue convinzioni e i suoi valori, come i fattori che avrebbe tenuto in conto», allo scopo di ricostruirne la volontà presunta (art. 249, comma 3°, cod. civ.)[30];

e) la sostituzione alla *tutela* della *curatela* come principale misura giudiziale di protezione (artt. 269 ss. cod. civ.), la quale a un compito esclusivamente assistenziale del beneficiario che conserva integralmente la capacità di agire, può aggiungere ora il potere di integrarne la volontà mediante un assenso operante quale requisito esterno di validità di un atto complesso, ora, in casi eccezionali di grave incapacità, il potere di rappresentare il soggetto sostituito, agendo in nome e per conto dello stesso nel rispetto del vincolo alla sua presunta volontà[31];

f) la «ragionevole degiurisdizionalizzazione» delle misure di protezione delle *personas con discapacidad*[32], con il conferimento di piena rilevanza giuridica al sostegno di

---

[26] Cfr. García Rubio, *Las medidas de apoyo de carácter volontario, preventivo o anticipatorio*, in *Rev. der. civ.*, 2017, 29 ss.

[27] Si rinvia a de Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores*, cit., 76 ss., il quale sottolinea che la giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore della Ley n. 8 del 2021 già applicava, in via interpretativa, i principi di necessità e proporzionalità mediante la dottrina del c.d. "vestito su misura" ("*traje a medida*"), in grado di esaltare la flessibilità delle misure di protezione.

[28] Va rilevato, tuttavia, che, secondo il *Tribunal Supremo*, una misura di sostegno giudiziale può essere adottata, nonostante la volontà contraria dell'interessato, quando il grado della disabilità sia tale da impedire la comprensione dell'oggettiva necessità assistenziale: STS (Sala 1ª), 8.09.2021, rec. n. 4187/2019 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

[29] Secondo García Rubio, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad*, cit., 56 s., la Ley n. 8 del 2021 ha accolto il criterio del «rispetto per la volontà, i desideri e le preferenze» della persona con disabilità, in luogo di quello del «miglior interesse» o «interesse superiore» della stessa, «che ha cessato di essere guida dell'azione tanto dei poteri pubblici quanto dei privati incaricati del sostegno quando debbano intervenire nell'assunzione di decisioni relative a persone con disabilità».

[30] Una intuizione in Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 142, secondo il quale: «Di una persona della quale non si può valorizzare e rispettare la "volontà" consapevole, si può e si deve tuttavia rispettare il "sentimento": l'inclinazione manifesta, nella sua storia e nei suoi atteggiamenti, verso valori e preferenze».

[31] Diffusamente, Alventosa del Río, *El nuevo regime legal de la curatela*, in *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, diretto da de Verda y Beamonte, Tirant lo Blanch, 2022, 145 ss.

[32] L'espressione è di Santos Urbaneja, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Cuniep Editorial, 2021, 227.

fatto, mediante la trasformazione della *guarda de hecho* da misura transitoria e interinale a vera e propria *guarda de derecho*, ascrivibile alla categoria degli istituti di protezione dei soggetti vulnerabili (artt. 263-267 cod. civ.)[33].

3. *Effettività del sostegno di fatto e preferenza normativa per la* guarda de hecho

La Ley n. 8 del 2021, nel perseguire l'obiettivo di politica legislativa di un'armonizzazione massima rispetto ai principi ispiratori della Convenzione di New York del 2006, realizza una riforma «radicale», «trasversale» e «complessa» della disciplina della capacità delle persone, che segna un integrale cambiamento di paradigma idoneo a proiettarsi su una pluralità di settori dell'ordinamento giuridico spagnolo[34].

Una valenza esemplare del mutato approccio culturale – tendente a riconoscere pienamente ai soggetti deboli «l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte» (art. 3, comma 1°, lett. *a*), Conv. Naz. Un. dir. pers. disab.), assicurando il godimento della «capacità giuridica su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita» (art. 12, comma 2°, Conv. cit.) – è espressa dall'istituto della *guarda de hecho* che rompe la secolare «relazione tra protezione e incapacità»[35], in una effettiva coincidenza tra forma e sostanza della giuridicità.

Nell'esperienza spagnola, la *guarda de hecho* si considerava, tradizionalmente, la «Cenerentola» delle misure di protezione[36], dotata di un'intrinseca provvisorietà. Secondo il previgente art. 303, comma 1°, cod. civ., infatti, l'autorità giudiziaria – venuta a conoscenza di un caso di sostegno di fatto – avrebbe potuto assumere dal *guardador de hecho* informazioni sulla situazione personale e patrimoniale del beneficiario, adottando le forme di controllo e vigilanza reputate opportune, oltre ad attribuirgli temporaneamente poteri propri del tutore, nel corso del procedimento di istituzione della misura di protezione giudiziale più opportuna nel singolo caso concreto.

Tuttavia, come si osserva nella relazione illustrativa della Ley n. 8 del 2021: «La realtà dimostra che in molti casi la persona con disabilità è adeguatamente assistita o sostenuta nell'assunzione di decisioni e nell'esercizio della capacità da un *guardador de hecho* – generalmente un familiare […] –, il quale non richiede una formale investitura giudiziale che la persona con disabilità neppure desidera». In altri termini, il legislatore spagnolo prende atto che, nella dimensione sociale, il sostegno di fatto si configura

[33] Sul punto v. le eleganti considerazioni di de Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores*, cit., 30 s. Sull'istituto della *guarda de hecho* cfr., altresì, López San Luis, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2022; Berrocal Lanzarot, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, in *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021 de 2 de Junio*, cit., 227 ss.; Palacios González, *Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica*, in *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, diretto da Cerdeira Bravo de Mansilla e García Moya, La Ley, 2021, 417 ss.; Díaz Pardo, *Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio*, in *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8 /2021 de 2 de junio*, diretto da Pereña e Heras Hernández, Tirant lo Blanch, 307 ss.

[34] In questo senso, García Rubio, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad*, cit., 50 s.

[35] Zatti, *Oltre la capacità*, cit., 125.

[36] Così, Pereña Vicente, *La transformación de la guarda de hecho en anteproyecto de ley*, in *Rev. der. civ.*, 2018, 62, «*el Anteproyecto de Ley, si se nos permite la licencia, convierte en princesa a la Cenicienta de las instituciones de proteccion de las personas mayores, otorgando a la guarda de hecho la categoria de "institucion juridica de apoyo"*».

come una tecnica dotata di spiccata effettività, che assolve adeguatamente una funzione di cura degli interessi personali e patrimoniali del soggetto vulnerabile, senza trovare fondamento in un provvedimento dell'autorità giudiziaria o in un atto di autonomia negoziale.

La *guarda de hecho*, pertanto, viene elevata dalla novella al rango di misura di protezione giuridicamente rilevante, anche in virtù della spiccata coerenza con i principi contenuti nell'art. 12 Conv. Naz. Un. dir. pers. disab., costituendo uno strumento di carattere non sostitutivo, ma collaborativo che, sgorgando dal mondo dei fatti, appare tendenzialmente proporzionato e adatto alle condizioni del beneficiario (art. 12, comma 4°, Conv. cit.), al quale assicura il pieno ed eguale godimento dei propri diritti (art. 12, comma 2°, Conv. cit.), sostenendolo nel processo di adozione delle proprie decisioni senza alcuna restrizione o limitazione della capacità di agire.

In questa prospettiva, la preferenza normativa per il sostegno di fatto si manifesta in una duplice direzione.

In primo luogo, in presenza di una *guarda de hecho* – oltre che di una *medida voluntaria de apoyo* – reputata «sufficiente per la persona con disabilità», l'autorità giudiziaria non potrà istituire una curatela (art. 269, comma 1°, cod. civ.), in forza di una scelta legislativa che segna la residualità delle misure di protezione di matrice giudiziale, attivabili soltanto qualora "non bastino" quelle di matrice negoziale o sociale.

In secondo luogo, il *guardador de hecho* è legittimato all'esercizio delle proprie funzioni, anche là dove sia istituita una *medida de apoyo* volontaria o giudiziale che abbia un oggetto limitato a singoli atti o categorie di atti o che non rinvenga, in concreto, un'applicazione efficace (artt. 250, comma 4° e 263 cod. civ.)[37], sì da ammettersi una coesistenza di misure di protezione che offre ulteriore conferma della precedenza, proprio sul piano dell'effettività, del sostegno di fatto sugli strumenti fondati su una base giuridica formale.

4. *Funzioni assistenziali e rappresentative del* guardador de hecho *e problemi probatori.*

Nell'assetto normativo delineato dalla Ley n. 8 del 2021, la *guarda de hecho* rappresenta una «misura informale di sostegno» (art. 250, comma 4°, cod. civ.) a favore di una persona con disabilità che, nell'ambito di un vincolo stabile e duraturo tra le parti[38], si basa sull'adempimento spontaneo di prestazioni assistenziali in attuazione del principio di solidarietà[39].

La legittimazione del "curatore di fatto" – che può essere una persona fisica o un ente[40] – discende, infatti, dall'esercizio effettivo dei poteri di cura del soggetto vulnerabile, come dimostra l'esclusione normativa di «coloro che, in virtù di una relazione

[37] García Rubio, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad*, cit., 64 ss.

[38] Osserva de Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores*, cit., 32: «*El guardador de hecho es la persona, normalmente, un familiar o allegado de quien sufre una discapacidad, a quien, de modo espontáneo y habitual, le presta asistencia cotidiana, de manera desinteresada, en virtud de una relación de confianza y afecto mutuo*».

[39] Leciñera Ibarra, *Comentario al artículo 263 del Código Civil*, in *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, diretto da Guilarte Martín-Calero, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 652.

[40] La giurisprudenza di merito ha riconosciuto a una ONG la condizione di *guardador de hecho*: SAP La Coruña (Sezione 3ª), 17.7.2022, rec. n. 238/2022 (ECLI:ES:APC:2022:1903).

contrattuale, prestino servizi assistenziali, residenziali o di natura analoga alla persona che ha bisogno del sostegno» (art. 250, comma 8°, cod. civ.).

Le funzioni comprese nell'ambito della misura – che non risultano predeterminate, in termini generali e astratti, dal legislatore, emergendo piuttosto dalla prassi applicativa[41] – attengono sia al profilo personale sia a quello patrimoniale.

Quanto al primo aspetto, il *guardador* provvede alla cura della persona con disabilità, anche in assenza di convivenza, mediante un supporto abituale nelle attività della vita quotidiana, disponendo altresì di alcune prerogative in materia di salute, come il diritto a ricevere informazioni nell'ipotesi di incapacità del paziente e quello a essere consultato nel caso di trattamenti sanitari eseguiti in stato di necessità (artt. 5, commi 3° e 9°, comma 2°, Ley 14.11.2002, n. 41)[42].

Con riferimento al versante patrimoniale, la funzione del "curatore di fatto" è eminentemente assistenziale, ancorché la sua partecipazione al compimento di un atto da parte del beneficiario non ne integra la volontà, quale espressione di un consenso che si combini in un atto complesso. Piuttosto, l'intervento – lungi dal costituire un requisito di validità del negozio – persegue la finalità di permettere al soggetto vulnerabile l'assunzione personale di una decisione coerente con le proprie preferenze, aiutandolo nella comprensione del significato dell'atto e nella libera espressione della volontà[43].

Sebbene, inoltre, la *guarda de hecho* sia ascrivibile al paradigma della protezione collaborativa delle persone con disabilità, la novella non esclude che nella *cura patrimonii* possano dispiegarsi rilevanti facoltà rappresentative riconducibili, invece, al modello dell'amministrazione sostitutiva.

Il potere di agire in nome e per conto dell'assistito, in particolare, può trovare la propria fonte nella legge o nel provvedimento dell'autorità giudiziaria[44].

Il *guardador*, innanzi tutto, è legittimato *ex lege* a «richiedere una prestazione economica a favore della persona con disabilità, purché ciò non comporti un cambiamento significativo nel modo di vivere della persona» e a «compiere atti giuridici sul suo patrimonio che abbiano scarsa rilevanza economica e siano privi di particolare significato personale o familiare» (art. 264, comma 3°, cod. civ.)[45]. Si tratta di una categoria indeterminata di atti, destinata a concretizzarsi nelle singole fattispecie con riferimento alle condizioni economiche del beneficiario. Oltre a comprendere i c.dd. atti minuti della vita quotidiana conformi alle correnti esigenze esistenziali del soggetto assistito, la formula include, altresì, gli atti di ordinaria amministrazione insuscettibili, in base a un criterio di natura quantitativa, di incidere in modo significativo sulla sua sfera patrimoniale.

Ulteriori funzioni rappresentative possono essere attribuite al "curatore di fatto", con un provvedimento di volontaria giurisdizione, emesso dal giudice previo ascolto della persona con disabilità[46]. La previsione codicistica delinea in maniera fortemente

---

[41] Cfr. Santos Urbaneja, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad*, cit., 191.

[42] Si veda Berrocal Lanzarot, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, cit., 253 ss.

[43] Per queste ragioni, rileva García Rubio, *La reforma de la discapacidad en el Código Civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, 25, 104: «*el recurso al entorno familiar o social más cercano a dicha persona es el que resulta menos intrusivo y mejor cohonesta con el respeto a su vida privada*».

[44] Corripio Gil-Delgado, *El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2022, 790, 697 ss.

[45] Cfr. de Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores*, cit., 36 s.

[46] Berrocal Lanzarot, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, cit., 255 ss.

restrittiva i presupposti che giustificano il conferimento del potere di rappresentanza, nel richiedere l'«eccezionalità» del caso, l'accertamento della «necessità» dell'autorizzazione e la sua «adeguatezza» alle circostanze concrete. La misura giudiziale, inoltre, è tenuto a precisare i compiti del rappresentante, indicando quali atti ricadano nell'oggetto dell'incarico che dovrà essere strettamente funzionale al sostegno del beneficiario ed esercitarsi in modo conforme alla volontà, ai desideri e alle preferenze dello stesso (art. 264, comma 1°, cod. civ.). In ogni caso, il compimento, in nome e per conto del disabile, di una serie di atti di straordinaria amministrazione, specificamente elencati dall'art. 287 cod. civ., è subordinato all'autorizzazione del giudice (art. 264, comma 2°, cod. civ.), nel rispetto comunque del criterio della necessità o utilità evidente per la persona assistita[47].

L'attribuzione *ex lege* di facoltà rappresentative al *guardador de hecho* suscita, nella prassi applicativa, alcune rilevanti problematiche sotto il profilo probatorio. Nel traffico giuridico, infatti, emergono esigenze di certezza tali da esigere che il rappresentante giustifichi i propri poteri, documentando la propria legittimazione.

Tuttavia, la *guarda de hecho* è una misura di sostegno giuridicamente rilevante che non trova fondamento né in un provvedimento giudiziale, né in un atto di autonomia privata: la novella, piuttosto, ricollega effetti giuridici all'esercizio di fatto dei poteri di cura del soggetto vulnerabile che, in virtù di una valutazione positiva da parte dell'ordinamento, è in grado di costituire situazioni soggettive innovando il quadro di quelle preesistenti.

Per questa ragione, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale spagnola si orienta a individuare due principali strumenti probatori dell'esistenza di un sostegno di fatto, quali la formazione di un atto di notorietà e l'emissione di un provvedimento giudiziale nell'ambito di un procedimento di volontaria giurisdizione[48].

Innanzi tutto, si osserva che un *acta de notoriedad* può avere ad oggetto la condizione di *guardador de hecho*, conformemente alla previsione dell'art. 209 del *Reglamento Notarial*, secondo il quale tali atti concernono la «*comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica*». Nella più recente prassi notarile si richiede che l'atto di notorietà sia formato con l'intervento del *guardador* e della persona con disabilità, salvo il caso di assoluta incapacità della stessa a partecipare, che va documentata dal pubblico ufficiale. Il notaio è tenuto a verificare le capacità cognitive e volitive del soggetto assistito, ricorrendo a tutti i mezzi di prova considerati necessari per accertare l'esistenza del sostegno di fatto e la sua adeguatezza, incluso l'ascolto di testimoni e l'acquisizione di atti dello stato civile e di ogni altra certificazione utile (ad esempio quella anagrafica di residenza in grado di attestare la convivenza) [49].

In secondo luogo, l'attuale giurisprudenza spagnola ammette il ricorso a un procedimento di volontaria giurisdizione, allo scopo di ottenere un provvedimento giudiziale che documenti l'esistenza di una *guarda de hecho*, in quella che è stata definita efficacemente «una sorta di "giurisdizionalizzazione" della degiurisdizionalizzazione»[50]. Quantunque si tratti di una misura di sostegno di fatto, alla quale si collegano poteri rappresentativi di fonte legale, la diffusa riluttanza delle parti, specialmente di natura

---

[47] Leciñera Ibarra, *Comentario al artículo 264 del Código Civil*, in *Comentarios a la Ley 8/2021*, cit., 666 ss.

[48] Berrocal Lanzarot, *La guarda de hecho de las personas con discapacidad*, cit., 273 ss.

[49] de Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores*, cit., 41 ss.

[50] de Verda y Beamonte, *op. ult. cit.*, 34.

professionale, a negoziare con chi si dichiari *guardador de hecho* orienta le Corti ad ammettere la pronuncia di provvedimenti di volontaria giurisdizione che, lungi dal costituire una «*investidura judicial formal*», accertino la ricorrenza effettiva della *misura de apoyo*, allo scopo di rimuovere gli ostacoli che impediscano di fatto l'esercizio dei poteri legislativamente riconosciuti a favore della persona assistita[51].

5. *Interpretazione adeguatrice e rilevanza giuridica del sostegno di fatto*

Quali spunti di riflessione offre al civilista italiano la disciplina spagnola della *guarda de hecho*? L'apertura al dato normativo straniero, che ridimensiona la protezione istituzionalizzata delle persone con disabilità a vantaggio degli strumenti emergenti dalla realtà fattuale, può assolvere una funzione innovatrice, colmando lacune ordinamentali e ampliando le opzioni interpretative e argomentative del giudice, verso una decisione più adeguata alle esigenze del singolo caso concreto? L'argomentazione comparativa, in altri termini, può contribuire a una rilettura degli istituti di protezione dei soggetti vulnerabili, concorrendo a rafforzare determinati orientamenti ermeneutici, sì da favorire una migliore comprensione dei fenomeni giuridici interni e una loro interpretazione evolutiva in grado di massimizzare l'attuazione di valori dotati di rilevanza normativa?

Per rispondere a questi complessi interrogativi, è fecondo muovere dalle sapienti riflessioni di Paolo Zatti, il quale avverte che la vulnerabilità, irriducibile a ogni uniformazione, mette in luce i limiti della regolamentazione affidata al diritto, che non può invece prescindere dall'indicazione di *standard* di comportamento[52]. In questa prospettiva, le misure di sostegno di fatto rivelano la loro effettività, aderendo sovente, sul piano dell'essere, ai bisogni individuali della persona fragile, meglio di uno strumento di matrice giudiziale inevitabilmente intriso di prescrizioni che si collocano sul piano del dover essere[53].

Si tratta di uno spunto che è stato recentemente colto dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha escluso il ricorso all'amministrazione di sostegno, quando l'esigenza di tutela della persona in stato di fragilità «sia già di fatto assicurata in via spontanea dai familiari o dal sistema di deleghe (attivato autonomamente dall'interessato)»[54], con la conseguenza di giustificare l'applicazione di un istituto di protezione legale unicamente nelle ipotesi ove non vi sia per il soggetto debole «alcun supporto e alcuna diversa adeguata tutela»[55], anche sul piano fattuale, «pena la violazione dei diritti fondamentali della persona, di quello di autodeterminazione, e la dignità personale dell'interessato»[56].

In tale scenario, l'argomento comparativo contribuisce a mettere in discussione l'ancora diffuso orientamento ermeneutico che non soltanto disapplica la concorrenza

---

[51] AJPI (n. 5) Córdoba 8/2022, 7.2.2022, *Prov. Medidad judiciales de apoyo a personas con discapacidad* 1030/2021.

[52] Zatti, *L'*intendance suivrà*...?*, cit., 182.

[53] Esemplare, sul piano metodologico, l'indicazione di Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Giuffré, 2020, 83, secondo il quale «*il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere».

[54] Cass., 27.9.2017, n. 22602, in *Foro it.*, 2017, I, 3307 ss. Fa riferimento a «una rete familiare all'uopo organizzata e funzionale», Cass., ord. 31.12.2020, n. 29981, in *Giur. it.*, 2021, 2335 ss., con nota di Olivero, *Amministrazione di sostegno e familiari*, secondo il quale «la legittimazione dei familiari si radica in una consuetudine da sempre metabolizzata dalla prassi sociale».

[55] In tal senso, Cass., ord. 31.12.2020, n. 29981, cit.

[56] Così, Cass., 27.9.2017, n. 22602, cit.

dei presupposti richiesti dall'art. 404 cod. civ. per disporre l'amministrazione di sostegno – dilatandone l'ambito applicativo a ogni ipotesi di «menomazione» psichica o solamente fisica che determini non l'«impossibilità», bensì la semplice difficoltà di «provvedere ai propri interessi»[57] –, ma addirittura riferisce la discrezionalità giudiziale, in presenza di qualsiasi condizione di vulnerabilità, alla «scelta della misura più idonea (amministrazione di sostegno, inabilitazione, interdizione)» e non anche alla «possibilità di non adottare nessuna misura»[58].

Non di meno tale interpretazione estensiva della disciplina degli istituti di protezione – che, in talune letture dottrinali, dilaterebbe il riferimento applicativo, impiegando come filtro «la difettosa autonomia, l'inadeguatezza relazional/metropolitana», sino a coinvolgere «gli anziani della quarta età, le persone portatrici di dipendenze ludiche o affettive, gli individui discriminati, le vittime della criminalità organizzata, i morenti»[59] – risulta non conforme, oltre che alla complessiva rilettura della legislazione ordinaria nella legalità costituzionale[60], già al tenore letterale delle previsioni contenute nella l. n. 6 del 2004, ricche di numerosi riferimenti al «potere» e non al «dovere» di attivare una misura giudiziale[61].

Del resto, l'attitudine del sostegno di fatto a evitare il ricorso agli istituti di protezione legale rinviene conferma nei numerosi indici normativi dai quali dedurre, in via interpretativa, la rilevanza giuridica di forme di protezione non organizzata attuative dei doveri di solidarietà.

Emerge, infatti, un principio di 'sostituzione fiduciaria' nella sfera dei trattamenti sanitari, che benché riferito al convivente di fatto (art. 1, comma 40°, l. 20.5.2016, n. 76), risulta applicabile pure ai coniugi e alle parti di un'unione civile[62]; si ascrive ai familiari

---

[57] Cfr., tra le altre, Cass., 15.5.2019, n. 12998; Cass., 26.10.2011, n. 22332; Trib. Campobasso, 24.1.2022; Trib. Pavia, 8.3.2021, n. 316. Da ultimo, escludono invece il ricorso all'istituto in condizioni di sola menomazione fisica, Cass., 4.11.2022, n. 32542; Cass., ord. 31.12.2020, n. 29981; Cass., 28.2.2018, n. 4709.

[58] V. Cass., 15.5.2019, n. 12998; Cass., 26.10.2011, n. 22332; Cass., 18.6.2014, n. 13929, secondo le quali si determinerebbe altrimenti «la privazione, per il soggetto incapace, di ogni forma di protezione dei suoi interessi, ivi compresa quella meno invasiva». Si dimostra, in tal modo, che «il perdurare dell'antica visione attenta al patrimonio, quindi anche agli interessi di soggetti diversi dall'interessato» condiziona una «prassi giudiziale non del tutto coerente con i valori che il legislatore del 2004 ha inteso promuovere»: Sesta, *Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?*, in *Fam. e dir.*, 2007, 39.

[59] Cendon, *Persone fragili, diritti civili*, cit., 168.

[60] V. Corte cost., 9.12.2005, n. 440, in *Familia*, 2006, II, 361, con nota di Balestra, *Sugli arcani confini tra amministrazione di sostegno e interdizione*, secondo la quale «la complessiva disciplina inserita dalla legge n. 6 del 2004 sulle preesistenti norme del codice civile affida al giudice il compito di individuare l'istituto che, da un lato, garantisca all'incapace la tutela più adeguata alla fattispecie e, dall'altro, limiti nella minore misura possibile la sua capacità».

[61] In questo senso, Piccinni, *Misure di protezione e principio di sussidiarietà nell'attuazione dei diritti delle persone non autonome*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 831, che, alla luce di un'«interpretazione sistematica della normativa sulle misure di protezione delle persone non autonome», richiama gli artt. 404 cod. civ., secondo il quale la persona priva di autonomia «può essere assistita da un amministratore di sostegno»; 406 cod. civ., che riferisce il dovere di proporre ricorso non a tutti i soggetti legittimati ad agire ma soltanto ai «responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona»; 414 cod. civ. che, oltre a essere rubricato "persone che possono essere interdette", limita l'interdizione a «quando ciò è necessario per assicurare […] adeguata protezione» al destinatario. Per un'interpretazione restrittiva della disciplina dell'amministrazione di sostegno v., oltre agli Autori citati *supra* nella nota 4, la densa sintesi di Tescaro, voce «Amministrazione di sostegno», in *Digesto. Disc. priv.*, *sez. civ.*, Agg. I, Utet, 2007, 15 ss.

[62] In questo senso, Zatti-Piccinni, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1283 s., che discorrono di una disposizione dotata di «un plusvalore: quello di "implicare" relazioni analogiche di più ampio respiro tra fattispecie e/o di "palesare" un criterio costante di disciplina o addirittura un principio».

un ruolo significativo nella relazione di cura[63], non soltanto come possibili destinatari delle informazioni sanitarie, ma soprattutto «nell'ordine della vicinanza e nel ruolo di testimoni dell'identità del paziente»[64], che rendono non necessaria, anche allo scemare della capacità di autodeterminarsi, la nomina di un amministratore di sostegno (art. 4, comma 4°, l. 22.12.2017, n. 219); la mancanza di un «sostegno familiare» diviene presupposto per l'accesso alle misure di assistenza, cura e protezione previste a favore delle persone con disabilità grave (art. 1, comma 2°, l. 22.6.2016, n. 112)[65]; si riconoscono ai familiari poteri di opposizione al prelievo di organi e tessuti (art. 23, comma 2°, l. 1.4.1999, n. 91) e di decisione in materia di cremazione del defunto (art. 3, l. 30.3.2001, n. 130)[66].

Pertanto, l'attività di cura prestata spontaneamente, nella dimensione fattuale, a vantaggio di un soggetto vulnerabile riceve una valutazione positiva da parte del vigente ordinamento, in quanto volta a realizzare una funzione giuridicamente e socialmente utile. Pur in assenza di un espresso riconoscimento legislativo, la meritevolezza di tutela dell'attività permette al sostegno di fatto di acquisire una collocazione centrale nel sistema di protezione degli adulti vulnerabili, mediante un'interpretazione sistematica che valorizzi adeguatamente i principi di sussidiarietà (artt. 2, 3, comma 2° e 13 Cost.; 12 Conv. ONU dir. pers. disabilità), proporzionalità (artt. 12, commi 4° e 5°, Conv. ONU dir. pers. disabilità; 1, l. n. 6/2004) e flessibilità (art. 12, comma 4°, Conv. ONU dir. pers. disabilità) delle misure di sostegno.

Innanzi tutto, l'esistenza di un'assistenza di fatto e la sua concreta adeguatezza rispetto alla funzione di cura della singola persona in condizioni di fragilità devono formare oggetto della valutazione giudiziale, sino a escludere il ricorso alla protezione istituzionalizzata, che si giustifica, in conformità al principio di sussidiarietà, soltanto quando strettamente necessaria a tutelare gli interessi personali del beneficiario e non esigenze di carattere patrimoniale dei terzi.

La preferenza normativa verso il sostegno di fatto trova, inoltre, fondamento nel principio di proporzionalità, giacché – a differenza delle misure di protezione giudiziale che risultano sempre almeno parzialmente incapacitanti – permette di conservare integralmente la capacità di agire del soggetto assistito, senza alcun meccanismo di sostituzione, espressivo di quella concezione paternalistica che ha connotato tradizionalmente sia l'impianto legislativo, sia soprattutto la lettura dogmatica offerta dagli interpreti[67].

Infine, il carattere collaborativo del sostegno, privo di ogni formalità, consente di adattare, nel rispetto del principio di flessibilità, il grado dell'assistenza alle concrete condizioni della persona, che va sostenuta, con diversa intensità, nei singoli contesti, massimizzando la corrispondenza delle scelte alle preferenze soggettive e non alle peculiarità oggettive del caso[68], senza forme di pubblicità che, almeno nelle ipotesi sempre più numerose di misure giudiziali che conservino un margine residuo di capacità, appa-

---

[63] Lo rileva Mantovani, *Relazione di cura e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 223, alla quale si rinvia per ulteriori svolgimenti.

[64] Così, Zatti, *Consistenza e fragilità dello* ius quo utimur *in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 22.

[65] In argomento v. le intelligenti considerazioni critiche di Frezza, *La c.d. legge sul «dopo di noi» e la trascrizione dei vincoli di destinazione*, in *Dir. succ. fam.*, 2021, 391 ss.

[66] Lo sottolinea, acutamente, Olivero, *Tra ombre e specchi: brevi riflessioni sui commi 39, 40, 41 della legge Cirinnà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 352 s.

[67] In argomento, Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 780 ss.

[68] Barba, *Persone con disabilità e capacità*, cit., 445.

iono inutilmente penalizzanti per il beneficiario e inefficienti sul piano della tutela dei terzi nella circolazione giuridica.

In conclusione, la rivalutazione della *guarda de hecho* nell'esperienza spagnola suggerisce all'interprete di valorizzare, anche nell'ordinamento nazionale, la rilevanza giuridica delle multiformi e differenziate espressioni del sostegno di fatto, che svelano l'inadeguatezza della capacità a operare quale schema ordinante del processo decisionale della persona vulnerabile[69]. Senza attribuire al dato straniero un'inammissibile funzione normativa, l'uso dell'argomento comparativo – che arricchisce la fase cognitiva della decisione con le soluzioni elaborate in un sistema giuridico, come quello spagnolo, connotato dai medesimi principi ispiratori – può contribuire, allora, a superare l'anacronistica riproposizione dei tradizionali modelli interpretativi e applicativi, compiendo finalmente quel tanto atteso adeguamento ermeneutico della disciplina della protezione dei soggetti vulnerabili all'assiologia del sistema ordinamentale.

[69] «La capacità non è più il concetto adatto, né necessario, a pesare il contributo del protagonista al processo della decisione»: così, con straordinaria lucidità, ZATTI, *Oltre la capacità*, cit., 129, secondo il quale «gli affidamenti dei partecipanti al processo» vanno fondati nel collaborare ad esso «secondo le modalità di un effettivo accompagnamento».

GIUSEPPE CARRARO

PERSONA GIURIDICA, SOCIETÀ, LIBERTÀ FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. L'"antico dibattito", le moderne libertà fondamentali e i nuovi spunti normativi. – 2. Un punto di partenza e alcune puntualizzazioni. – 3. La *personne morale* come esercizio della libertà d'associazione. – 4. Il problema degli enti non corporativi. – 5. Declino della persona e ascesa del soggetto?

1. *L'"antico dibattito", le moderne libertà fondamentali e i nuovi spunti normativi*

L'intento dal quale queste riflessioni sono mosse riceve essenziale ispirazione dall'opera prima del Maestro cui esse sono dedicate[1]. Quasi mezzo secolo è trascorso dalla pubblicazione di *Persona giuridica e soggettività*, "eterodossa esperienza" – nelle parole dello stesso Autore – che s'inseriva in una feconda stagione nella quale erano o sarebbero apparsi contributi di grande rilievo ad incrociare il tema della personalità giuridica, della soggettività, dell'autonomia patrimoniale[2]; e a stimolarne ed auspicarne una possibile riformulazione in chiave analitica rispetto al pensiero classico.

Ma quanto ancora si rivela attuale, oggigiorno, questo che già più di vent'anni orsono Paolo Spada ebbe a definire "antico dibattito"[3]? A ben vedere, due fattori contribuiscono a mantener vivo il tema nel presente e, appunto, a riproporlo ancora una volta all'attenzione del giurista contemporaneo.

Per un verso, l'oramai acquisita, maggior consapevolezza che anche nel diritto privato comune sia predicabile un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, già proclamati dalle carte costituzionali del secondo Novecento; consapevolezza che in verità aveva iniziato, nell'ambiente giuridico tedesco, a prender corpo progressivamente proprio verso gli anni '50 e '60[4]. Sì che a distanza di tanto tempo si può ben dire che appartenga

---

[1] ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di "persona" nel rapporto con la titolarità di situazioni soggettive*, Cedam, 1975.

[2] Si pensi solamente a F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Cedam, 1989; GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 553 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Contratti associativi*, Giuffrè, 1971; SPADA, *La tipicità delle società*, Cedam, 1974; FALZEA, BASILE, voce «Persona giuridica (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXXIII, 234 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, I, Il Mulino, 1966, 247 ss.; SCALFI, *L'idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato*; Giuffrè, 1968.

[3] SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 837. L'interrogativo su attualità od obsolescenza del tema è ora anche in FLEISCHER, *Große Debatten im Gesellschaftsrecht: Fiktionstheorie versus Theorie der realen Verbandspersönlichkeit im internationalen Diskurs*, in *Rabels Zeitschr.*, 2023, 5 ss., spec. 40 ss.

[4] V., a riguardo, OLZEN, *Einleitung zu §§ 241 ff.*, in *J. v. Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, B. 2, Sellier-de Gruyter, 2005, 90 ss., *Rn.* 265; J. SCHMIDT, *ibid.*, *Rn.* 540; MERTEN, *Grundrechtsverzicht*, in *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, a cura di MERTEN, PAPIER, SCHÄFFER *et alii*, Bd. III, C.F. Müller Verlag, 2009, 745 s.; PETERS, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention,* Beck, 2003, 15; LANGNER, *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Lang, 1998, 82 ss. Presso di noi OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 475 ss.; MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 6 ss.; e va rammentato che sin dagli anni '60 del Novecento nella giurisprudenza in materia di persone

ora all'*acquis* del pensiero civilistico contemporaneo il riconoscimento, almeno, di una *mittelbare Drittwirkung* dei diritti fondamentali: intesa vuoi come dovere dello Stato – se ed in quanto si ritenga che lo Stato, non il singolo, sia il destinatario immediato dei relativi precetti – d'istituire e mantenere un quadro normativo del diritto privato tale da preservare il soggetto (nella misura massima possibile) da ingerenze da parte di altri privati nell'esercizio delle sue libertà fondamentali e nei rapporti orizzontali[5]; vuoi come dovere del giudice d'interpretare ed applicare le norme del diritto privato in modo tendenzialmente conforme ai diritti fondamentali.

Sotto questo medesimo punto di vista, va soggiunto, nel mondo di allora – cui pure non erano ignote né la *primauté* del diritto comunitario[6] né l'esistenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – non era prevedibile l'espandersi dell'incidenza delle fonti sovranazionali sul diritto interno, cui si è invece assistito nelle decadi successive[7]. Seppur già «investita dal soffio vivificante della Costituzione»[8], la visione della realtà giuridica ancora non poteva aver conosciuto, al tempo, né il progressivo accrescersi della autorevolezza delle Corti europee e della loro giurisprudenza, né la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che sarebbe sopraggiunta assai più tardi[9]; e perciò quella visione non ne poteva essere stata ancora significativamente influenzata o condizionata.

Il secondo fattore che ha segnato gli ultimi decenni è costituito, per altro verso, dal gran numero d'interventi normativi che – non di rado in maniera occasionale e non

---

giuridiche – consultiva e contenziosa – anteriore al d.p.r. 361/2000 s'era andata affermando la massima che gli statuti dovessero rispettare il principio costituzionale d'eguaglianza tra i membri: cfr. Cons. Stato, II sez., 20.12.1995, n. 2915, in *Foro amm.*, 1997, 1440; Cons. giust. amm. sic., 1.7.1993, n. 246, in *Cons. Stato*, 1993, I, 1025; Pret. Parma, 25.1.1991, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1042; Cons. Stato, I sez., 17.5.1960, n. 72, in *Cons. Stato*, 1960, I, 2209; Cons. Stato, I sez., 16.2.1960, n. 159, *ivi*, I, 2206; Cons. Stato, I sez., 3.2.1959, n. 66, *ivi.*, I, 1461; Cons. Stato, I sez., 20.10.1958, n. 1013, in *Cons. Stato*, 1959, I, 983; *contra* però T.A.R. Lazio, III sez., 20.7.1989, n. 1345, in *Dir. autore*, 1990, 302. Riguardo al tema specifico dell'eguaglianza e della parità di trattamento endoassociativa cfr. Volpe Putzolu, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Giuffrè, 1977, 91 ss.; De Giorgi, *Le associazioni*, in *Diritto civile* (diretto da Lipari e P. Rescigno), I, *Le fonti e i soggetti*, Giuffrè, 2009, 387 s.

[5] Significativa è, a questo riguardo, quasi a sigillo della traiettoria compiuta dal pensiero giuridico del secondo '900, la disposizione recata dall'art. 35, co. 3, della nuova Costituzione federale della Svizzera (approvata il 18 aprile 1999 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2000), la quale, sotto la rubrica «*Attuazione dei diritti fondamentali*», testualmente recita: «*Le autorità provvedono affinché i diritti fondamentali, per quanto vi si prestino, siano realizzati anche nelle relazioni tra privati*»; cfr. Auer - Malinverni - Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, II, *Les droits fondamentaux*, Stämpfli, 2013, 58 ss.

[6] Principio affermato dalla giurisprudenza nel corso del tempo e che riposa su alcuni notissimi *grands arrêts* dei primi anni '60 (Corte giust. UE, 5.2.1963, causa 26/62, *Van Gent en Loos*, in *Raccolta*, 1963, I-7; 15.7.1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, *ibid.*, 1964, I-1135) e '70 (Corte giust. UE, 17.12.1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *ivi*, 1970, I-1129).

[7] Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in Aa.Vv., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Ist. Enc. it., 1997, 330 ss.; Falzea, *Nel cinquantenario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 695 ss.; P. Rescigno, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 326 ss.; Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 154 ss.; Vettori, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al trattato di Lisbona*, *ivi*, 2010, I, 125 ss.

[8] L'espressione è, ancora una volta, ispirata alle parole del Maestro che si onora in Busnelli - Zatti, *Presentazione* a L. Carraro, *Frammento inedito di dottrine generali: il rapporto giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5.

[9] È appena il caso di rammentare, a tacer d'altro, che la giurisprudenza *Simmenthal* sarebbe sopraggiunta soltanto nel 1978 (Corte giust. UE, 9.3.1978, causa 106/77, in *Foro it.*, 1978, IV, 201, nt. Riccioli; cui *adde* Corte giust. UE, 13.11.1990, causa 106/89, *Marleasing SA*, *ibid.*, 1992, IV, 179). Ancor più tarde sono le sentenze gemelle Corte cost., 24.10.2007, n. 348 e n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss., con nt. Cappuccio e Ghera, dalle quali è stato definitivamente chiarito il rapporto che intercorre tra diritto costituzionale interno e diritto internazionale dei diritti dell'uomo; a queste ultime *adde*, poi, per i riflessi del giudicato della Corte di Strasburgo sul diritto interno, Corte cost., 12.3.2010, n. 93, in *Giur. cost.*, 2010, 1053, e Cass., sez. un., 26.1.2004, n. 1340, in *Giust. civ.*, 2004, I, 907, con nt. Morozzo della Rocca.

organica – tante novità hanno apportato: anzitutto, all'inventario delle figure soggettive e delle tecniche di segregazione patrimoniale, vecchie e nuove; ma altresì alle variabili costitutive, organizzative e trasformative, in precedenza impensabili. Si può riandare, senza pretesa di completezza né ordine cronologico o sistematico, alla novella del 1976 sui consorzi; alla XII direttiva relativa alle società a responsabilità limitata con unico socio (ora consolidata nella dir. 2009/102/CE); all'abolizione dell'omologazione per le società di capitali e alla pressoché coeva semplificazione del procedimento di riconoscimento delle persone giuridiche del libro I, che ha sostanzialmente ridotto a riconoscimento normativo il previgente sistema concessorio[10]; ai contratti di rete (che per l'art. 3, co. 4°-*ter* e -*quater*, d.l. 10.2.2009 possono essere «dotati di soggettività giuridica»), fino alla più recente disciplina dell'acquisto della personalità giuridica da parte degli enti del c.d. terzo settore (art. 22, d.lgs. n. 117/2017). Ed ancora, per altro verso, ai fondi comuni d'investimento del TUF, alla legge sulla cartolarizzazione (art. 7, l. n. 130/1999), ai patrimoni destinati del novellato art. 2447-*bis* cod. civ., alla trascrizione degli atti di destinazione introdotta dall'art. 2645-*ter*, e al disinvolto impiego del *trust* c.d. interno (o domestico) e autodichiarato che, dopo la ratifica della convenzione dell'Aja del 1985, ha conosciuto una inarrestabile espansione (ora anche legislativa: v. ad es. l. 22.6.2016, n. 112), nonostante le non poche riserve di parte della dottrina ed alcune iniziali resistenze che una giurisprudenza, pur minoritaria, aveva manifestato a riguardo[11].

Decisiva tuttavia, nel sovvertire profondamente quel quadro nel quale erano maturate le riflessioni di *Persona giuridica e soggettività*, si è rivelata la caduta del diaframma che si era sempre frapposto, fino a quel momento, alla penetrazione di modelli strutturali e funzionali propri del diritto delle società commerciali dentro il sistema delle persone giuridiche del libro I; caduta che era stata in certo qual modo preconizzata e settorialmente attuata dalla *Privatisierungswelle* che ha caratterizzato l'ultimo decennio del secolo scorso[12] – là dove si era assistito alla trasformazione in società per azioni di enti pubblici economici anche a struttura istituzionale e non soltanto corporativa[13] – e che si è poi avverata in modo generalizzato con l'introduzione della trasformazione eterogenea ad opera della riforma societaria del 2003 (art. 2500-*septies* e 2500-*octies* cod. civ.). E, più di recente, è stata portata a conseguenze prima d'ora impensate dopo l'introduzione, a margine della riforma del terzo settore, dell'art. 42-*bis* cod. civ. che consente adesso illimitate e vicendevoli operazioni trasformative, fusive e di scissione tra enti del libro I, siano essi personificati o no: norma nella quale taluno ha addirittura, e forse affretta-

[10] Questo, almeno, secondo l'opinione prevalente (cfr. F. Ranieri, *L'invenzione della persona giuridica*, Giuffrè, 2021, 94), quantunque permanga tuttora un margine di discrezionalità amministrativa ravvisabile nella valutazione di adeguatezza del patrimonio alla realizzazione dello scopo, prevista dal co. 3° dell'art. 1 d.p.r. n. 361/2000.

[11] Si vedano, *ex plurimis*, Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente», su «trust» e trascrizione)*, in *Riv. notar.*, 2001, 11; Ragazzini, «Trust» *interno e ordinamento giuridico italiano*, *ibid.*, 1999, 279; De Angelis, «Trust» *e fiducia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 353; Spada, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., 842 ss.; Id., *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, 25 ss.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 14.7.1999, in *Riv. dir. impresa*, 2000, 117; Trib. Belluno, 25.9.2002, in *Foro it.*, 2003, I, 637.

[12] Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, 464; Id., *Tramonto delle partecipazioni pubbliche?*, in *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Giuffrè, 2011, 353 ss..

[13] Significativa, a riguardo, la vicenda del Mediocredito Centrale, per il quale era stata inizialmente negata la legittimità della trasformazione in società per azioni sulla base del solo art. 7 della c.d. legge Amato (l. 30.7.1990, n. 218) in quanto il fondo di dotazione dell'ente non aveva composizione associativa (Corte Conti, sez. contr., 20.4.1992, n. 12, in *Foro it.*, 1994, III, 138); la vicenda era stata poi risolta per via legislativa (l. 26.11.1993, n. 489).

tamente, intravisto una sorta di implicita ma indiscriminata apertura dell'ordinamento verso qualsivoglia trasformazione (eterogenea) anche atipica e innominata[14].

Vero è che da tempo nella dottrina tedesca vi era chi aveva avanzato il dubbio che la mutua trasformabilità tra *rechtsfähige Vereine* e società di capitali – in quell'ordinamento predicata, già un decennio prima del nostro art. 2500-*octies* cod. civ. riformato, dai §§ 272 ss. dell'*UmwG* del 1994 – in certo qual modo sarebbe stata preludio a una sostanziale assimilazione tra le due nature, quella degli enti tradizionalmente imperniati sulla *Gesamthand* e quella degli enti "plutocratici" caratterizzati dalla suddivisione per quote d'interesse patrimoniale[15].

2. *Un punto di partenza e alcune puntualizzazioni*

Se dunque si volesse riprendere oggi la prospettiva analitica che era stata di *Persona giuridica e soggettività*, ma in un contesto normativo globale così grandemente mutato, sarebbe necessario ricercare un punto di partenza; e ricercarlo attraverso un vaglio preliminare – tra princìpi vecchi e nuovi non più solamente interni ma anche eurounitari e sovranazionali – di taluni ancoraggi normativi sopra i quali fondare e sviluppare un tessuto costruttivo che possa reindirizzare l'indagine verso risultati soddisfacenti e il più possibile coerenti.

È forse opportuno, nella ricostruzione del concetto di persona giuridica – come è del resto per la generalità dei fenomeni giuridici – spostare preliminarmente l'attenzione al piano degl'interessi e dei comportamenti. Come fu autorevolmente sottolineato ancora alla fine dello scorso secolo, la situazione d'interesse influenza «qualunque accadimento con cui entra in rapporto»[16] e la relazione tra interessi e comportamenti umani trascorre nella dimensione oggettiva della giuridicità. Da quest'ultimo punto di vista è certamente vera, allora, e non è controvertibile, la proposizione della tesi analitica per cui le norme sulle persone giuridiche sono risolubili in regole di condotta di individui poste per la tutela di interessi di individui[17]. Dei comportamenti, siccome iniziative umane biofisiche e

[14] Cfr. Speranzin, *Le operazioni straordinarie e il terzo settore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1247 s. Sulle trasformazioni atipiche si rimanda a Cetra, *Le trasformazioni «atipiche»*, in *Trasformazione, fusione, scissione,* a cura di Serra, Zanichelli, 2014, 225; G. Carraro, *Le trasformazioni eterogenee*, Giappichelli, 2010, 60 ss.; Id., *In tema di trasformazioni eterogenee innominate*, in *Giur. comm.*, 2012, II, 1043; Id., *Voci dissonanti in tema di trasformazioni atipiche*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1697.

[15] Così Raiser, *Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen UmwG*, in *Arch. civ. Pr. (AcP)*, 1994, p. 510. Diversamente, la legge svizzera del 2003 sulle fusioni (*LFus, FusG*), che pure all'art. 54 consente che un'associazione iscritta nel registro di commercio possa «trasformarsi in una società di capitali o in una società cooperativa» (ma permette, all'inverso, unicamente alla società cooperativa di trasformarsi in «un'associazione iscritta nel registro di commercio» e solo «se non dispone di capitale sociale»), contiene una clausola generale di «salvaguardia delle quote sociali e dei diritti societari dei soci» (art. 56). La clausola viene intesa come inderogabile dalla dottrina elvetica, in quanto «*Forderung nach fundamentaler Kompatibilität der beteiligten Rechtsformen*», e particolarmente là dove la vecchia o, rispettivamente, la nuova organizzazione fossero riconducibili all'*Eigentum zu gesamter Hand*: così Pestalozzi, in *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, a cura di Vischer, Schulthess, 2004, 46.

[16] Falzea, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 19.

[17] *Ex plurimis*, F. d'Alessandro, *op. cit.*, 132 ss.; Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo*, cit., 591; Id, *Delle persone giuridiche*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 2006, 49 ss.; Zatti, *op. cit.*, 319 ss., spec. 333. In questo senso, osservava già Ostheim, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österrichischen bürgerlichen Recht*, Springer-Verlag, 1967, 95, la persona giuridica si potrebbe sempre definire di per sé *interessenunfähig*, giacché gl'interessi obbiettivamente tutelati vanno riferiti «*auf Menschen als die wahren Interessenträger*»: ciò spicca con particolare evidenza proprio nel diritto societario, dove nella fisiologica dialettica tra interesse della maggioranza e interesse della minoranza «tutti sanno

biopsichiche complesse che incidono nel mondo reale (sia, quest'ultimo, materiale o immateriale), soltanto l'individuo è e non può che essere l'autore. L'individuo ne ha perciò sempre – necessariamente – la paternità (*Autorschaft*). Si tratta di un dato fenomenico che non è superabile ma che proprio per la sua universalità nulla predica intorno alla realità o meno, in senso giuridico, della *personne morale*.

A ben vedere qualsiasi rapporto giuridico è sempre riducibile a una *hominis ad hominem proportio*[18]: persino il diritto che disciplina, per l'appunto, le più sofisticate architetture societarie, o i gruppi, o le fondazioni bancarie, oppure che attribuisce all'Unione Europea «la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche» (così l'art. 335 TFUE), è posto unicamente per regolare condotte di uomini ed è in ultima analisi sempre e soltanto *hominum causa constitutum*.

Mette conto piuttosto constatare come una caratteristica che accomuna tutte queste fattispecie metaindividuali sia, qui, che i comportamenti contemplati presentano natura prevalentemente attuativa, e sono strutturalmente qualificabili come *attività* (ossia come insiemi compositi di comportamenti attuosi e programmatici, caratterizzati da continuità e collegati da un nesso funzionale e da un'iniziativa teleologica orientata, definibile in termini di volontarietà). Pur senza che occorra – ai fini limitati di questo scritto – prendere esplicita posizione nel dibattito sulla autonomia della nozione di "attività" rispetto a quella di "atto"[19], converrà tuttavia rammentare come anche nel diritto sovranazionale, cui tra breve si tornerà a far riferimento, i due concetti risultino distinti, non sempre sovrapponibili, e talora addirittura normativamente contrapposti (cfr. art. 17 Conv. eur. dir. uomo ed art. 54 Carta dir. UE). Così pure, i problemi relativi all'individuazione e qualificazione dei criteri in base ai quali si effettua l'imputazione della fattispecie e diviene possibile riversarne o traslarne, in tutto o in parte, le *Rechtsfolgen* all'ente – problemi che rivestivano un ruolo centrale nella teoria analitica della personalità giuridica – si collocano, a ben vedere, in un momento logicamente posteriore.

Preliminare appare semmai, ai fini che qui interessano, la constatazione che la persona giuridica costituisce strumento che gli ordinamenti predispongono per l'esercizio di talune attività umane. In questo senso, l'esperienza giuscommercialistica della società come strumento destinato all'esercizio dell'attività economica [20], nel suo rapporto con l'impresa – la quale invece propriamente sostanzia il comportamento[21],

[…] che la volontà della società esiste solo come finzione» (Spolidoro, *Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell'abbraccio tra interesse sociale e* Business Purpose, in *Riv. soc.*, 2022, 336. Sul punto anche G. Carraro, *Sull'essenza del voto nella prospettiva dell'abuso*, *ivi*, 2023, 81 ss., spec. 93-94).

[18] Dante, Mn II, V, 1. Ma la massima trova eco anche nelle dottrine generali civilistiche («Le norme giuridiche sono regole di condotta poste per la tutela di determinati interessi […]. Le norme giuridiche tutelano interessi attinenti alla vita di relazione e il criterio che sta alla loro base è quello del valore degli interessi tutelati nello svolgimento della vita sociale»: L. Carraro, *Frammento inedito di dottrine generali*, cit., 8).

[19] Da taluno negata poiché si risolverebbe in una sequenza banale di atti e fatti giuridici, non destinataria di rilievo giuridico distinto né di disciplina differenziata: v. Spada, voce «Impresa», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. comm.*, VII, Utet, 1992, 57.

[20] Si veda appunto la definizione di Rivolta, *Diritto delle società. Profili generali*, nel *Trattato Buonocore*, Giappichelli, 2015, 17, della società come figura generale dotata «di una propria struttura organizzativa» e destinata «all'esercizio di attività economica». E del resto lo stesso a. richiama la *Relazione ministeriale al codice*, là dove questa in più luoghi esplicitamente definisce «*strumenti* essenziali dell'*attività* produttiva» le società (§§ 922-924).

[21] Sulla concezione dell'impresa come comportamento, alla stregua della fattispecie normativamente descritta all'art. 2082 cod.civ., Oppo, voce «Impresa e imprenditore (I-Diritto commerciale)», in *Enc. giur.*, XVI, Ist. Enc. Treccani, 1989, § 2 s.; Id., *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 113 ss.; Id. *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, *ibid.*, 1976, I, 591 ss.; Rivolta, *La teoria*

ossia l'attività – giova a comprendere; e si rivela un modulo stabile, estensibile a ogni altro strumento analogo.

La società commerciale, infatti, in quanto acquisti personalità giuridica (art. 2331, 2463 nonché 2523 cod. civ.) e quindi appartenga al dominio delle persone giuridiche – del quale va a costituire un sottoinsieme –, è strumento di esercizio di attività *economica*, ossia produttiva: come esplicita del resto il tuttora vigente art. 2247 cod. civ. (e sebbene la modifica della sua rubrica abbia indotto, oggi, più d'un autore a ritenere che una nozione generale di società non ne sia più predicabile [22]). Per inferenza allora anche *altre* persone giuridiche – forse tutte le altre – possono venire in generale pensate come strumenti per l'esercizio di *altre* classi d'attività, sia pur non produttive, ovvero aneconomiche (cfr. art. 2249): attività vuoi materiali, vuoi ideali, vuoi d'indole pubblicistica.

Allargando l'orizzonte anche al di là del diritto interno, negli ordinamenti sovranazionali si troverà riprova del fatto che sempre con questa funzione, e sempre in questa prospettiva strumentale, vi viene postulata una nozione di personalità giuridica. Nel diritto dell'Unione Europea, innanzitutto: non soltanto l'Unione stessa – già lo si è ricordato – «ha personalità giuridica» per l'art. 47 TUE e, rispettivamente, «ha la più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle legislazioni nazionali» per l'art. 335 TFUE; ma «dotate di personalità giuridica» dal Trattato sono pure la Banca Centrale Europea e la BEI (art. 282 e 308). A sua volta, la società europea (SE) «ha personalità giuridica» (art. 1.3 reg. (CE) 2137/2001) e l'acquisisce «a decorrere dalla data della sua iscrizione nel registro previsto dall'art. 12» (art. 16 reg. SE); simmetricamente, anche la società cooperativa europea (SCE) «è dotata di personalità giuridica» (art. 1.5 reg. (CE) 1435/2003) e, rispettivamente, «acquisisce personalità giuridica il giorno dell'iscrizione […] nel registro» (art. 18); così pure il gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) ha egualmente «personalità giuridica» (art. 1.3 reg. (CE) 1082/2006), che «ottiene […] il giorno della registrazione» (art. 5)[23].

Ed allora anche dalla legislazione comunitaria derivata si può trarre conferma che l'ordinamento sovranazionale non solamente annovera la *personnalité morale* tra i "princìpi generali comuni ai diritti degli Stati membri"[24], postulandone una concezione essenziale e, verrebbe fatto di dire, quasi di diritto naturale: quella, appunto, che gli Stati membri debbono «riconoscere» *ipso iure* alla stessa Unione e ai suoi enti centrali. Ma altresì che esso può creare «forme giuridiche nuove di specifica natura comunitaria»[25], rispetto alle quali l'iscrizione – là dove prevista[26] – si pone come momento ulteriore e

---

giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo, *ibid*., 1987, I, 203 ss.; SPADA, *op. ult. cit*., 40; LIBERTINI, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione,* in *AIDA*, 2005, I, 57.

[22] V. per tutti RIVOLTA, *Diritto delle società*, cit., 4 (ed ivi altre indicazioni alla nt. 10).

[23] Cfr. CARREA, *La disciplina del gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) tra diritto dell'Unione Europea, autonomia statutaria e diritto internazionale privato: un tentativo di sintesi*, in *Dir. comm. int*., 2012, 611 ss.

[24] Non sembra inutile rammentare, anche in relazione a quanto si dirà più innanzi nel testo, che – in un ordine di ragionamenti analogo – ai §§ 79-80 della sentenza *Bosman* (CORTE GIUST. UE, 15.12.1995, causa C-415/93, in *Foro it*., 1996, IV, 1) e dunque già in epoca antecedente alla Carta di Nizza la Corte di giustizia aveva riconosciuto che il principio della libertà di associazione «scaturente dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fa parte dei diritti fondamentali»: cfr. anche MILAZZO, *sub* Art. 12, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI, Giuffrè, 2017, 255.

[25] Così, esplicitamente, CORTE GIUST. UE, 2.5.2006, causa C-436/03, spec. §§ 40 ss., in *Raccolta*, 2006, I-3754, con riferimento specifico alla SCE.

[26] Com'è appunto il caso per SE ed SCE; laddove invece, quanto al GEIE, il reg. (CEE) 2137/85 (art. 1.3) lascia agli Stati membri la possibilità attribuirvi o no personalità giuridica senza che, come altri ha

distinto dal momento della costituzione del gruppo o della società, ed è produttivo di un risultato giuridico (sempre strumentale al conseguimento del fine) che «aggiunge alla fattispecie di autonomia privata un effetto non contrattuale»[27]: appunto, l'acquisto della personalità che è, qui, opera oggettiva e immediata del diritto dell'Unione derivato.

Similmente si può portare lo sguardo al sistema della Conv. eur. dir. uomo (CEDU).

In esso le persone giuridiche – ed incluse le società commerciali – costituiscono anzitutto *soggetti* di diritti fondamentali: diritti che vengono loro riconosciuti *iure proprio* [28] e non si risolvono né s'identificano nei corrispondenti diritti fondamentali dei singoli loro membri o delle persone che rivestono uffici direttivi. E non soltanto perché l'art. 34 della convenzione ammette al ricorso individuale, oltre alle persone fisiche, anche «organizzazioni non governative o gruppi di privati» che si affermino vittime di violazioni: sotto questo profilo, il sistema si conforma invero a quello dell'Unione, là dove l'art. 265 TFUE prevede che «ogni persona [fisica o] giuridica può adire la Corte». Ciò che vi è di particolare e caratteristico è invece che il diritto europeo dei diritti dell'uomo riconosce alle persone giuridiche (società incluse) un diritto *autonomo* al risarcimento del danno morale, distinto da quello degli individui che le compongono e che le amministrano; e lo ricava da elementi oggettivi e soggettivi, tra cui la reputazione dell'impresa, l'incertezza nella pianificazione delle decisioni, i disagi causati alla gestione dell'impresa stessa nonché, in una certa misura, «l'angoisse et les désagréments éprouvés par les membres des organes de direction de la société»[29].

3. *La* personne morale *come esercizio della libertà d'associazione*

Nel sistema della Conv. eur. dir. uomo, tuttavia, la persona giuridica non è solamente – e non è tanto – *soggetto* di diritti fondamentali. In un senso logicamente anteriore, la personalità giuridica costituisce pure (ed ancor prima) l'*oggetto* di un diritto fondamentale. Se si osserva sotto questa diversa luce l'evoluzione giurisprudenziale della Corte europea in tema di libertà di associazione, se ne troverà riscontro significativo e decisivo.

Ed infatti: la garanzia della libertà di associazione – il cui campo d'applicazione si estende indiscutibilmente anche alle società commerciali di qualsiasi tipo[30] – include

---

sottolineato, questo abbia a far venir meno l'esistenza di un centro d'imputazione di situazioni giuridiche che deve comunque esprimersi in maniera identica in tutti gli Stati membri: P. Masi, *Il gruppo europeo di interesse economico*, Giappichelli, 1994, 49 s.

[27] In questo senso le sempre attuali considerazioni di Oppo, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 134 s.

[28] V. in proposito Snijders, *Privacy of Contract,* in *Human Rights and Private Law: Privacy as Autonomy*, a cura di Ziegler, Bloomsbury, 2007, 110 s.; van Dijk, van Hoof, van Rijn, Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, 2018, 839; Grabenwarter, Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Beck, Helbing Lichtenhahn, Manz, 2021, 133 ss.; Emberland, *The Human Rights of Companies*, Oxford University Press, 2006. Sui *Grundrechte* di cui sono titolari le persone giuridiche v. anche Ostheim, *op. cit.*, 152 ss.

[29] Così, testualmente, Corte eur. dir. uomo, 6.4.2000, ric. 35382/97, *Comingersoll S.A. c. Portogallo* (§ 35), in *Recueil des arrêts et décisions*, 2000-IV, 339. Ma in tema v. anche Zoppini, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 851 ss., spec. 871 ss.; Ar. Fusaro, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Cedam, 2002.

[30] Sebbene infatti l'art. 11 Conv. eur. dir. uomo e l'art. 12 Carta dir. UE, così come l'omologo art. 18 Cost., non esplicitino – a differenza dell'art. 16 della Convenzione interamericana sui diritti umani (c.d. Patto di San José), il quale invece espressamente contempla, tra maggiori altri, uno specifico diritto di associarsi "con fini economici" – che la garanzia si estenda anche alle società commerciali, né la giurispru-

non solamente il diritto di costituire formazioni associative private, di aderirvi, e di preservare il gruppo dallo scioglimento d'imperio. Implica altresì – e in modo coessenziale – libertà di scelta delle forme organizzative mediante le quali svolgere l'attività[31], e così pure diritto di stabilire in autonomia le regole interne del sodalizio[32]. In questo quadro, già verso la fine del secolo scorso se ne era dedotto che gli ordinamenti nazionali sono tenuti ad accordare a tutte le formazioni sociali riconducibili alla sfera della libertà associativa dell'art. 11 (e ora 12 Carta dir. UE), e nelle quali questa si realizza, uno statuto legale necessario e sufficiente, anche nei rapporti di diritto privato con i terzi, a consentire il perseguimento dello scopo; sebbene in un primo momento la Corte avesse reputato non indispensabile l'attribuzione della personalità giuridica *stricto sensu* là dove anche alle associazioni prive d'iscrizione (ossia: non riconosciute) fosse comunque consentito di costituirsi liberamente e di «posséder un patrimoine par l'intermédiaire de ses membres» [33]. Non molto tempo dopo però, ed assai più radicalmente, la giurisprudenza europea si è definitivamente orientata nel senso che «la possibilité pour les citoyens de *former une personne morale* afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens»[34].

Da queste proposizioni discendono alcune implicazioni rilevanti.

a) Per assicurare il rispetto del diritto fondamentale d'associazione, è indispensabile anzitutto che l'ordinamento consenta sempre di poter «formare» una persona giuridica (*personne morale*, *legal entity*) per esercitare in forma associata da più persone collettivamente un'attività qualsiasi, tra tutte quelle – nessuna esclusa – che pertengono alla sfera

denza della Corte di Strasburgo né la dottrina internazionale e interna lo hanno mai escluso, ed anzi, lo assumono sempre per implicito e talvolta anche dichiaratamente: v. CORTE EUR. DIR. UOMO, 12.12.2002, ric. 56400/00, *Cēsnieks c. Lettonia*; 12.4.1996, ric. 25170/94, *Liebscher et a. c. Austria*; 12.1.1994, ric. 18874/91, *X. c. Svizzera*, in *Décisions et rapports*, n. 76, 44; nonché GRABENWARTER - PABEL, *op. cit.*, 469 ss.; TOMUSCHAT, *Freedom of Association*, in *The European System for the Protection of Human Rights*, a cura di MACDONALD, MATSCHER e PETZOLD, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 495 s.; BARILE, voce «Associazione (diritto di)», in *Enc. del dir.*, III, Giuffrè, 1958, 840; PACE, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, *sub* art. 18, Zanichelli-Foro it., 1977, 204; IBBA, *Le società «legali»*, Giappichelli, 1992, 120 ss.

[31] Con riferimento al simmetrico contenuto ricavabile dall'art. 41 Cost. (ed oggi anche, dovremmo soggiungere, dall'art. 16 Carta dir. UE), OPPO, *Princìpi*, nel *Trattato Buonocore*, Giappichelli, 2001, 23, suddistingue, nella libertà di scelta delle forme organizzative dell'attività, un duplice aspetto: la scelta dello strumento organizzativo e la conformazione dell'assetto da imprimere allo strumento nel concreto; ciò che si è definito l'organizzazione della titolarità dell'impresa e dunque qui – per estensione – dell'attività comune (o, se si vuole: «l'organizzazione dell'ente destinato ad esercitare l'attività e ad assumerne la titolarità», con le parole di RIVOLTA, *Diritto delle società*, cit., 28, 38).

[32] CORTE EUR. DIR. UOMO, 27.2.2007, ric. 11002/05, *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) c. Regno Unito*; 13.5.1985, ric. 10550/83, *Cheall c. Regno Unito*, in *Décisions et rapports*, 42, 186.

[33] Così CORTE EUR. DIR. UOMO (Commiss.), dec. 5.6.1991, ric. 14223/88, *Lavisse c. Francia*, in *Décisions et rapports*, n. 70, 218; occorre peraltro segnalare la peculiarità del caso, che qui verteva sull'opposizione dell'autorità amministrativa alla registrazione di un'associazione alla stregua del § 61 del *BGB*, norma – com'è noto – abrogata in Germania nel secondo dopoguerra ma mantenuta tuttora in vigore dopo la riannessione alla Francia in Alsazia-Lorena (territori cui non si applica invece la *loi* 1°.7.1901 sulle associazioni). V. pure VAN DIJK, VAN HOOF, VAN RIJN, ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, cit., 839 ss.

[34] In questi espliciti termini CORTE EUR. DIR. UOMO, 10.9.1998, ric. 26695/95, *Sidiropoulos et al. c. Grecia*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-IV, 1614 s., § 40, che subito soggiunge: «La manière dont la législation nationale consacre cette liberté et l'application de celle-ci par les autorités dans la pratique sont révélatrices de l'état de la démocratie dans le pays dont il s'agit». A questa prima pronuncia ha fatto seguito, sempre nella medesima linea, CORTE EUR. DIR. UOMO, 20.12.2001, ric. 44158/98, *Gorzelik et al. c. Polonia*, § 55 («The most important aspect of the right to freedom of association is that citizens should be able to create a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest. Without this, that right would have no practical meaning»). V. altresì MILAZZO, *sub* art. 12, cit., 250.

della *allgemeine Handlungsfreiheit* [35]. Dunque alla stregua della Convenzione (ed anche dell'art. 12 Carta dir. UE, che a quella s'ispira), la personalità giuridica, aspetto essenziale del diritto fondamentale[36], deve poter sussistere *indipendentemente dagli scopi* dell'ente.

b) Nel quadro normativo dell'art. 11 (e, simmetricamente, dell'art. 12 Carta dir. UE), l'attribuzione e l'acquisto della personalità giuridica appaiono giust'appunto prefigurati come un effetto ulteriore, non dipendente dall'autonomia privata bensì dagli ordinamenti[37], e che gli ordinamenti sono *tenuti ad accordare* all'associazione – la quale peraltro già esiste, secondo la giurisprudenza *Lavisse*[38], anche prima e senza personalità – poiché, in mancanza, la libertà d'associazione convenzionalmente garantita ne sarebbe *dépourvue de tout sens*. Sotto questo profilo, si può affermare che l'art. 42-*bis* cod. civ. – là dove consente all'associazione non riconosciuta di "trasformarsi" puramente e semplicemente in associazione riconosciuta – costituisca ora una delle modalità offerte dall'ordinamento per dare effettività all'art. 11.

c) Se l'acquisto della personalità giuridica attua un diritto fondamentale inerente alla libertà d'associazione – e dei singoli e del gruppo –, deve essere riguardato allora non come comportamento programmatico [39] (il comportamento programmatico esiste sì, ma precede: ed è la costituzione del gruppo) bensì puramente come momento esercitivo del diritto stesso, tanto individuale quanto collettivo[40].

d) Nella sfera della libertà d'associazione, la personalità giuridica va riguardata come uno strumento dell'attività collettiva cui l'ordinamento deve garantire accesso: *diritto* appunto, non *privilegio* come la si era creduta di qualificare nel passato. Nel senso inteso dalle moderne carte dei diritti fondamentali, essa si prospetta altresì del tutto irrelata dal tema della limitazione della responsabilità patrimoniale, che ne costituisce, o può costituirne, soltanto una variabile indipendente e si prospetta come secondario[41].

È, a riguardo, ancora una volta il diritto commerciale ad offrire – e sotto un duplice profilo – una riprova della fallacia del ragionamento riduzionista là dove questo suppone che si dia sempre un inscindibile nesso di coimplicazione tra personalità giuridica e limitazione di responsabilità. Da un lato infatti, e com'è noto, il diritto societario ha conosciuto da sempre società dichiaratamente personificate, le società in accomandita per azioni (nonché, fino alla riforma del 2003, le vecchie cooperative a responsabilità illimitata: art. 2513 cod. civ. '42), e però non accompagnate dal privilegio della limitazione di responsabilità; e ben le conosceva già in passato, là dove la pur ambigua formulazione dell'art. 77,

[35] E dunque, qualsiasi attività che non sia penalmente vietata all'individuo: MILAZZO, *sub* art. 12, cit., 242. V. pure, e similmente, FLEISCHER, *op. cit.*, 44.

[36] Da quest'angolo visuale si potrebbe scorgere, in questa lettura dell'art. 11 Conv. eur. dir. uomo – sulla cui redazione e interpretazione pesò l'influenza di René Cassin, primo presidente della Corte di Strasburgo, e tramite suo della civilistica francese –, traccia del percorso che aveva condotto la cultura giuridica francese a intendere la *personnalité morale* come predicato della *société* (cfr. ANGELICI, *La società per azioni: principi e problemi*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, vol. I, Giuffrè, 2012, 85); e dunque qui, per estensione, la *personnalité morale* come predicato dell'*association*.

[37] Sotto questo profilo, perciò, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo rivela consonanza col pensiero a suo tempo espresso da OPPO, *Forma e pubblicità*, cit., 134, già più sopra richiamato.

[38] CORTE EUR. DIR. UOMO, 5.6.1991, ric. 14223/88, precit.

[39] Sulla nozione di comportamento programmatico v. FALZEA, *L'atto negoziale*, cit., 34 ss.

[40] Atto esercitivo nel senso inteso da J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, trad. it., Marietti, 2019, 110.

[41] Il rilievo tuttavia non è nuovo, ed anzi antico, se già il BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Böhlau, 1886, 217 s., sottolineava che responsabilità personale illimitata dei membri per i debiti dell'ente e personalità giuridica di per sé non si contraddicono e non sono affatto tra loro incompatibili: la circostanza che i debiti dell'ente possano essere garantiti anche con obbligazione personale dei membri rappresenta invero un'accidentalità del credito, e non della capacità giuridica del primo.

co. 3°, cod. comm. '82 sottintendeva – secondo l'opinione pressoché incontroversa della dottrina – che *tutte* le società commerciali, incluse la collettiva e l'accomandita, godessero di personalità giuridica [42]. Per converso conosce notoriamente «enti» (per usare il lessico dell'art. 2498 cod. civ.), ossia i consorzi con attività esterna, che pur privi di personalità giuridica beneficiano invece di responsabilità limitata (art. 2615)[43].

e) Sotto un ulteriore aspetto, infine, se il *former une personne morale afin d'agir collectivement* è un risvolto imprescindibile del diritto fondamentale di associazione, non appare predicabile qui alcuna equivalenza funzionale tra personalità giuridica e separazione patrimoniale: la garanzia della libertà fondamentale può essere assicurata solo dalla costituzione di una *personne morale* (*legal entity*), mentre – anche nella giurisprudenza della Corte – il tema della responsabilità patrimoniale o non rileva o resta comunque in secondo piano. Di nuovo, dal diritto societario si ha riprova del fatto che – almeno là dove si dia pluripersonalità d'interessi – essenza e funzione della personalità giuridica non sono riducibili esclusivamente a una mera tecnica alternativa ai regimi giuridici della garanzia patrimoniale[44]: la previsione di una società a responsabilità limitata semplificata *nummo uno* (art. 2463-*bis*, n. 3, cod. civ.) è indice infatti, e quantomeno, della secondarietà della dimensione patrimoniale, statica (che aveva invece dominato le concezioni ottocentesche della persona giuridica[45]), rispetto a quella, dinamica, incentrata sull'attività, che rappresenta per contro l'aspetto principale della moderna libertà d'associazione del singolo, del gruppo, e nel gruppo.

4. *Il problema degli enti non corporativi*

In tutte le fattispecie *lato sensu* riconducibili alla sfera della libertà di associazione la personalità giuridica andrebbe insomma pensata oggigiorno non tanto come privilegio bensì più utilmente come un diritto strumentale, che permette – e che attua – l'e-

[42] V., *ex plurimis*, VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*[5], vol. II, Vallardi, 1923, 17 ss., il quale manifestava altresì l'opinione che il cronologicamente posteriore art. 4 della l. 15.4.1886, n. 3818, sull'acquisto della personalità giuridica da parte delle società di mutuo soccorso («Adempiute queste formalità, la Società ha conseguita la personalità giuridica, e costituisce un ente collettivo distinto dalle persone dei soci»), andasse considerato nei fatti come una sorta d'interpretazione autentica dell'art. 77 cod. comm.; DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Utet, 1938, 13; V. SALANDRA, *Società commerciali*, Utet, 1938, 14 ss.; GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche*, vol. VI, Utet, 1927, 346 ss. Oggi, va soggiunto a margine, nell'esperienza europea il § 105 del nuovo *UGB* austriaco del 2005 riconosce la società in nome collettivo *rechtsfähig*, pur mantenendo la responsabilità illimitata dei soci (§ 128; cfr. KOCH, in *ABGB Kommentar*, a cura di KOZIOL, BYDLINSKI e BOLLENBERGER, Springer, 2005, 29; FLEISCHER, HEINRICH e PENDL, *Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* (*NGZ*), 2016, 1001 ss.); su analoghe scelte del legislatore tedesco della recente riforma delle società di persone (*MoPeG*) v. SPERANZIN, *Diritto comparato e società di persone: la riforma tedesca*, in *Riv. soc.*, 2022, 393 ss.; KINDLER, *Filippo Ranieri und die rechtsfähige Personengesellschaft*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (ZHR)*, 2021, 599 ss., ivi 608 ss., per il quale peraltro «die rechtsfähige Personengesellschaft ist in Wirklichkeit juristische Person».

[43] Rilievi consimili sulla irrilevanza del regime di responsabilità nella delimitazione del principio di distinzione tra persone fisiche inserite nell'organizzazione ed ente sono, del resto, presenti già in SCALFI, voce «Persone giuridiche (I-Diritto civile)», in *Enc. giur.*, XXIII, Ist. Enc. Treccani, 1990, § 5.3. Sulla natura del consorzio con attività esterna, come autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici e di interessi e situazioni giuridiche soggettive distinte da quelle delle imprese consorziate v. CASS. 16.12.2013, n. 28015, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce «Fallimento», n. 188; 3.6.2010, n. 13465, in *Foro it.*, 2011, I, 518; 18.3.1995, n. 3163, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1800.

[44] Su cui v. nuovamente SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio*, cit., 847 s.; nonché ora ID., *Destinazione ed entificazione*, in *Giur. comm.*, 2023, I (bozze consultate per la cortesia dell'A.).

[45] ANGELICI, *La società per azioni: principi e problemi*, cit., 141, critica del resto efficacemente a questo proposito l'assioma della necessaria, biunivoca corrispondenza tra persona e patrimonio; e cita a riguardo BEKKER, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt*, in *Jherings Jahrbücher*, 1873, 1, 103, là dove metteva in evidenza l'esistenza di *juristische Personen ohne Zweckvermögen* e di *Zweckvermögen ohne juristische Person*.

sercizio di quella libertà. Libertà cui quella "ipostatizzazione della funzione" – come recentemente la si è definita[46] – cioè l'ipostatizzazione dell'ufficio in cui si sostanzia l'agire per il gruppo e nel gruppo[47], si rivela appunto del tutto consentanea. L'interprete dovrebbe semmai interrogarsi non sull'attribuzione, ma piuttosto sul contenuto che nel quadro del diritto sovranazionale dovrebbe avere il riconoscimento della personalità e sulla misura nella quale altri diritti fondamentali dovrebbero poter essere garantiti a loro volta anche alla *personne morale* che ne risulta.

Ma dove il gruppo manchi? È chiaro che in questa diversa classe d'ipotesi non appare predicabile un fine «d'agir *collectivement* dans un domaine d'intérêt *commun*» come «aspect du droit à la liberté d'association». Sotto il profilo degli interessi, negli enti non pluripersonali manca per definizione un *intérêt commun* al cui agire la personificazione sia funzionale; essi dunque si collocano al di fuori dell'*Ausstrahlungswirkung* degli artt. 12 Carta dir. UE e 11 Conv.

Movendo comunque sempre dal presupposto che la persona giuridica sia di per sé *interessenunfähig* e che dunque gl'interessi che l'istituto tutela siano necessariamente sempre interessi riferibili a uomini[48], l'interprete dovrebbe qui però distinguerne due diverse categorie sottostanti all'entificazione, che corrispondono ad altrettante ulteriori varianti funzionali divergenti dalla nozione di *personnalité morale* implicata dalla libertà d'associazione.

A) Nell'ente pubblico istituzionale e, per quanto qui interessa al diritto privato, nella fondazione propriamente intesa in senso tradizionale – cui siano estranei cioè gli impieghi, talora spregiudicati, di ibridi quali le *Anstalten* liechtensteinesi o le *stichtingen* neerlandesi [49]–, l'inesistenza della componente partecipativa e plurisoggettiva nonché la coessenziale eterodestinazione di patrimonio e scopi la rendono un autentico *eigentümerloses Rechtssubjekt* [50]: sì che il *domaine d'intérêt* umano sottostante all'agire risulta, anch'esso, altrettanto adespota e relega in secondo piano il tema della limitazione di responsabilità (la quale non è che una logica implicazione dell'interesse adespota). Qui l'ipostatizzazione dell'ufficio appare funzionale ad impedire la riappropriazione dell'interesse originario da parte del fondatore – dalla cui sfera giuridica l'ordinamento vuole irreversibilmente distaccato l'ente una volta iniziata l'attività (v. art. 15 cod. civ.) [51] – o dei gerenti; e nonostante la falla aperta ora nel sistema dall'art. 2500-*octies* cod. civ., ult.

---

[46] V. appunto Spada, *op. ult. cit.*, per il quale l'ipostatizzazione rende irrilevante "l'avvicendamento dei portatori degli interessi dei quali l'ente funge da esponente"; e del resto l'identità della persona «esige stabilità e continuità di forme» (così N. Irti, *Pirandellismo giuridico (variazioni sul tema)*, in *La cultura*, 2021, 439).

[47] Dove per ufficio si deve propriamente intendere un «potere qualificato in maniera specifica dal dovere, essendo attribuito esclusivamente per la cura di un interesse alieno»: L. Carraro, *Frammento inedito di dottrine generali*, cit., 23.

[48] Così il già menzionato rilievo di Ostheim, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden*, cit., 95.

[49] È nota la vicenda, tormentata, del riconoscimento della personalità delle *Anstalten* del Liechtenstein nel nostro ordinamento, inizialmente negato dalla giurisprudenza e poi ammesso da Cass. 20.5.1985, n. 3089, in *Foro it*., 1986, I, 744; 15.2.1993, n. 1853, *ivi*, 1993, I, 2535, quest'ultima quasi in concomitanza temporale con l'emanazione del d.lgs. 3.3.1993, n. 88, di attuazione della XII direttiva; se ne veda una sintesi in Calò, *Anstalt: fondazione con scopo di lucro?*, sempre in *Foro it*., 1993, I, 2535. Quanto alla *stichting* dei Paesi Bassi, si pensi al suo impiego sperimentato come espediente difensivo nei confronti di un'OPA ostile: cfr. Chazen - Werdmuller, *The Dutch Poison Pill: How is it Different from an American Rights Plan?*, in *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 1.12.2015, sul caso *Mylan's*.

[50] La dottrina tedesca nonché la giurisprudenza del *BGH* si esprimono appunto in questi termini: v. a riguardo Rawert, in *Umwandlungsgesetz Kommentar*, a cura di Lutter, Otto Schmidt, 2000, 1648.

[51] Galgano, *Delle persone giuridiche*, cit., *sub* art. 11-35, 86 s., 228, 426 s.; Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimonio allo scopo*, Cedam, 2005, 77 ss.; Comporti, *La dotazione della fondazione nel diritto italiano*, in *Studi senesi*, 2002, 40; P. Rescigno, voce «Fondazione (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, XVII, Giuffrè, 1968, 811.

co., il quale sembra affidare indiscriminatamente all'autonomia privata del fondatore la facoltà di prefigurare *ex ante* i futuri azionisti, potenziali *Interessenträger* di ritorno, di una fondazione trasformanda[52].

B) Nella società unipersonale invece – ma non soltanto in questa: anche nella generazione di più società in un gruppo, per iniziativa di un'unica persona fisica o di un unico ente[53] – esistono e rilevano solamente volontà ed interesse di un individuo[54]. Addirittura, se amministrata dallo stesso socio unico, l'*Einmanngesellschaft* andrebbe riguardata – quantomeno a taluni effetti, attinenti alla sfera dei diritti fondamentali – alla stregua di un semplice prolungamento della personalità individuale dell'imprenditore[55].

Non a caso la società di capitali unipersonale è stata definita, con felice espressione e sin dalla prima attuazione della XII direttiva, «fondazione lucrativa»[56]. Ma a ben vedere proprio l'internalizzazione dell'interesse, che la connota, allo stesso tempo la diversifica dalla fondazione non lucrativa; ed effettivamente riduce, qui, l'entificazione a mera tecnica «di classificazione dei creditori in ceti distinti nella prospettiva della garanzia patrimoniale»[57], succedanea alla destinazione e separazione patrimoniale, come possibili varianti della segregazione tra patrimonio "domestico" e patrimonio d'impresa. L'inesistenza di altri interessi, all'infuori di quello del socio, altera così l'essenza stessa dell'ufficio: l'amministratore dell'unipersonale opera per sé stesso o comunque per l'interesse *esclusivo* dell'unico socio, seppur con l'osservanza delle modalità organizzative e procedimentali imposte dall'ordinamento a salvaguardia non tanto dell'interesse amministrato (che è appunto univoco), quanto dei terzi e in contropartita al beneficio della responsabilità limitata.

Fuori dal campo d'applicazione dell'art. 12 Carta dir. UE, insomma, la personalità giuridica non può esser più pensata come momento imprescindibile ed essenziale all'esercizio di una libertà fondamentale (d'associazione); e va invece piuttosto considerata – nel quadro delle, peraltro diverse, libertà d'impresa o d'iniziativa economica predicate dall'art. 41 Cost. nonché dall'omotetico art. 16 Carta dir. UE – come estrinsecazione della libertà di scelta delle forme organizzative nelle quali strutturare e sviluppare l'iniziativa economica individuale. Il che costituisce un aspetto certamente essenziale di queste seconde libertà[58], e però attuabile pur sempre entro il quadro degli strumenti

---

[52] Si vedano le perplessità che si erano a suo tempo manifestate in G. Carraro, *Le trasformazioni eterogenee*, Giappichelli, 2010, 141 s.

[53] Come precisa ancora Spada, *op. ult. cit.*

[54] Cfr. Spolidoro, *op. cit.*, 351. È da sottolineare che, per disposizione esplicita della XII direttiva (art. 4, nella versione codificata della dir. 2009/102/CE), «il socio unico *esercita i poteri* demandati all'assemblea dei soci»: la norma appare a torto trascurata dagli interpreti, in quanto essa prevede chiaramente che nella s.r.l. unipersonale non si dia nemmeno celebrazione dell'assemblea, bensì e *tout court* esercizio diretto dei poteri decisòri di quest'ultima da parte del solo ed esclusivo *Interessenträger.*

[55] In questi termini, con riferimento all'applicazione dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo, Corte eur. dir. uomo, 28.4.2005, ric. 41604/98, *Buck c. Germania*, § 30 ss., in *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-IV, 33. Vi è pure chi ha segnalato, nei casi in cui amministratore sia lo stesso socio unico, un «pericolo di distorsioni dell'istituto»: Rivolta, *Diritto delle società*, cit., 196.

[56] Oppo, *Società, contratto, responsabilità (a proposito della nuova società a responsabilità limitata)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 187; cui *adde* Ibba, voce «Società unipersonali», in *Enc. giur.*, XXIX, Ist. Enc. Treccani, 1994, § 3.5; Id., *La s.r.l. unipersonale fra alterità soggettiva e separazione patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 541; G. Scognamiglio, *La disciplina della s.r.l. unipersonale: profili ricostruttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 237.

[57] Spada, *op. loc. ult. cit.* L'autore ricorda altresì come la stessa XII direttiva (art. 7 dir. 89/667/CEE) lasciasse agli Stati membri l'opzione tra società unipersonale e impresa individuale con responsabilità limitata al patrimonio aziendale, a conferma dell'alternatività dei due modelli; e, occorre soggiungere, a conferma della centralità qui del tema della responsabilità piuttosto che di quello della personalità.

[58] Oppo, *Princìpi*, cit., 23; Libertini, *Impresa, proprietà intellettuale e Costituzione*, cit., 61; nonché Rivolta, *Autonomia privata e strumenti per l'esercizio delle imprese minori*, in *Riv. soc.*, 2010, 1282.

messi a disposizione, e con ampio margine di discrezionalità, dal diritto positivo nazionale; tra i quali strumenti la personificazione del centro d'imputazione dei rapporti economici rappresenta un'evenienza, possibile e frequente sì, ma in sé non indispensabile a garantire effettività al diritto fondamentale né imposta dal diritto sovranazionale, com'è invece per la libertà d'associazione: la quale appunto senza lo strumento della personificazione sarebbe *dépourvue de tout sens*.

Nell'ordine giuridico contemporaneo, e dunque dinanzi a un'eguaglianza di struttura – la struttura di soggetto di diritto – ma a una diversità di funzioni, occorre chiedersi se in definitiva «personalità giuridica» non sia, o non sia divenuto oramai, per una sorta di ritorno al passato, un sintagma polisemico[59].

5. *Declino della persona e ascesa del soggetto?*

Qualche riflessione s'impone allora intorno al rilievo che ancor oggi conservi, nel campo delle iniziative economiche, l'attribuzione della personalità giuridica.

Se si scorrono i repertori di giurisprudenza, non è difficile notare una progressiva riduzione d'importanza della nozione di *persona* e personalità giuridica, rispetto alla nozione e alla realtà giuridica di *soggetto* e soggettività, descritta quest'ultima come «l'essere un centro di imputazioni di alcune fattispecie e situazioni giuridiche»; ciò che costituirebbe «un *genus* rispetto alla personalità giuridica»[60]. I termini soggettività e personalità vi sono spesso e forse non del tutto consapevolmente impiegati con significati giuridicamente equivalenti[61], persino dallo stesso legislatore (si pensi alla formulazione ambigua e tortuosa del co. 4-*quater* dell'art. 3 d.l. 10.2.2009, sull'acquisto della «soggettività» giuridica per effetto dell'iscrizione del contratto di rete nel registro delle imprese[62]: acquisto che peraltro costituisce qui una vera singolarità, perché interamente lasciato alla disponibilità delle parti).

---

[59] Emblematica, sotto questo punto di vista, e forse presso di noi a torto sottovalutata nella sua influenza – con le eccezioni di Ranieri, *L'invenzione della persona giuridica*, cit., 21 ss., nonché di Angelici, *La società per azioni: principi e problemi*, cit., 84, nt. 11, il quale sottolinea la singolarità della norma – è la traiettoria interpretativa del § 26 *ABGB* austriaco, che da norma pensata "per relazione di persona morale" (così ne recitava la rubrica, nel testo ufficiale per le province italofone dell'Impero: *Codice civile generale austriaco*, Cesarea Regia Stamperia, 1815, *sub* § 26), ossia per le sole collettività di persone intese in senso giusnaturalistico, è divenuto *Anknüpfungspunkt* per tutti i tipi di persona giuridica: v. Koch, in *ABGB Kommentar*, cit., 27; Kindler, *op. cit.*, 601; e ampiamente Ostheim, *Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden*, cit., 60 ss. Sull'impronta fortemente giusnaturalistica dell'*ABGB* v. anche Portale, *Lezioni di diritto comparato*, Giappichelli, 2007, 125 ss. Va pure ricordato che, proprio sulla base del riconoscimento *ipso iure* accordato dal § 26 *ABGB* a tutte le "società lecite", Trib. Padova, 22.6.1994, in *Giur. merito*, 1995, 470, ha ordinato l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche di un ente preunitario (*sub specie* di associazione) che, costituito nel 1855 sotto la dominazione austriaca, risultava essere sempre perdurato senza soluzione di continuità anche dopo l'unificazione legislativa del Veneto, avvenuta nel 1871.

[60] Così testualmente Cass., 9.11.2022, n. 33012, in *Ced Cass. civ.*, 2022, *sub* § 22; cfr. inoltre, tra le più recenti, Cons. giust. amm. Sic., 28.12.2021, n. 1081, in *ForoPlus*, in tema di soggettività della rete d'imprese; Corte Conti, sez. contr. Campania, 9.5.2022, n. 24, in *Foro it.*, 2023, III, 9, in tema di soggettività dei consorzi di servizi.

[61] Lo rilevava già, vent'anni orsono, sia pur sotto un angolo visuale diverso e in certo qual modo speculare, Oppo, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 829.

[62] Da segnalare, sui diversi problemi suscitati sotto questo profilo dalla disposizione, i contributi di Ibba, *Contratto di rete e pubblicità delle imprese (con qualche divagazione in tema di soggettività)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, 3; Marasà, *La pubblicità dei contratti di rete*, *ibid.*; Serra, *Contratto di rete e soggettività giuridica*, *ibid.*; nonché Sciuto, *Imputazione e responsabilità nelle "reti di imprese" non entificate (ovvero del patrimonio separato incapiente)*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 484 ss.

Ed allora: si può forse cedere alla tentazione di svalutare sul piano pratico l'"antico dibattito" e di ridurre il discorso su personalità, soggettività e capacità a una «disputa sulle parole». E così pure – capovolgendo un'espressione che già era stata di Giorgio Oppo[63] – paradossalmente registrare oggi, in materia di enti destinati all'esercizio di attività economiche, un declino della persona (giuridica) e un'ascesa del soggetto. A patto però che si conservi consapevolezza che non vi è perdita di sostanziale giuridicità in ciascun concetto, e che la contrapposizione – anche normativa, come tuttora sta a dimostrare l'art. 19 cod. proc. civ. – nel diritto societario non è tanto tra persona e soggetto all'interno di un medesimo *genus*, quanto piuttosto tra società aventi e non aventi personalità giuridica.

Laddove invece – ma tenendo conto che personalità ed autonomia rimangono variabili a occorrenza libera[64] – una graduazione si può semmai predicare all'interno del distinto dominio logico dell'autonomia patrimoniale. Vale a dire, sul piano dei possibili modi in cui si struttura la relazione che intercorre tra unioni di rapporti giuridici – *sub specie* di gruppi o di patrimoni – e sfere giuridiche del soggetto o dei soggetti che le hanno costituite, con riguardo alla separazione e alla aggregazione di quei certi elementi patrimoniali cui si è impressa una destinazione particolare, dal legislatore ritenuta rilevante.

E, beninteso, sempre tenendo fuori dall'"antico dibattito" fattispecie che trovano sì impiego sempre più frequente anche in connessione o in concorrenza col modello societario, ma destinate ad operare esclusivamente sul piano – ulteriormente distinto da quello dell'autonomia patrimoniale – della mera *separazione* patrimoniale, con consequenziale separazione in seno ai creditori del proprietario-gestore tra il ceto di coloro che possiedono un titolo funzionale allo scopo e il ceto di coloro che non l'hanno[65]; fattispecie le quali non determinano affatto la creazione di un «ente allo scopo» dotato di rilievo reale. Com'è per il *trust*: una cui soggettivazione, pur affermata dal legislatore fiscale che lo ha reso soggetto passivo dell'imposta sul reddito delle società (art. 1 l. 296/2006)[66], suona assurda al giuscommercialista ove appena si constati che, proprio nei paesi d'origine, *company* e *trust* sono considerati *antiquitus* istituti incomunicabili, mancando nel secondo – e volutamente mancando – per l'appunto quel rilievo reale della *distinct legal personality* che caratterizza la prima[67].

Qui davvero, pur con tutti i mutamenti sopraggiunti nel contesto europeo e nonostante l'evoluzione straordinaria delle forme e degli strumenti giuridici avvenuta nel lungo tempo trascorso, la pretesa di soggettivazione del *trust* non saprebbe superare l'indagine analitica di Paolo Zatti, là dove appunto ammonisce che «le proposizioni ove la persona giuridica appare in ruolo di soggetto non possono ridursi – senza un mutamento nelle condizioni d'uso dei concetti di titolarità, soggetto, diritto, obbligo – in altre in cui i soggetti sono i singoli»[68].

---

[63] Oppo, *op. loc. ult. cit.*

[64] È fondamentale, a questo riguardo, il rilievo di Angelici, *La società per azioni: principi e problemi*, cit., 88 ss., secondo cui tra autonomia patrimoniale e personalità giuridica non vi è alternatività poiché si tratta di modelli concettuali distinti che servono a interpretare due caratteristiche *diverse* della realtà giuridica.

[65] Sul punto Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *cit.*, 2007, 25 ss.

[66] La "soggettività" del *trust* viene peraltro tuttora negata dalla giurisprudenza civile: v. da ult. Cass., 20.1.2022, n.1826, in *Ced Cass. civ.*, rv. 663754-01; App. Milano, 16.12.2022, in *Red. Giuffrè*, 2023; Cass., 16.2.2021, n. 3986, in *Rass. Avv. Stato*, 2020, 271.

[67] In questo senso, *ex plurimis*, Hudson, *Equity and Trust*, Routledge, 2007, 534; sul punto della mancanza di personalità giuridica, anche Reali, *Un modello di* trust *conforme all'ordinamento italiano: il* trust *senza l'*equity, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 194 s.

[68] Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, cit., 319.

MICHELA CAVALLARO

TERZO SETTORE: MOLTEPLICITÀ DI STATUTI DELLA SOGGETTIVITÀ E RICADUTE APPLICATIVE

SOMMARIO: 1. L'attivazione del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore. – 2. L'iscrizione nel RUNTS: pluralità di iscrizioni, pluralità di funzioni. – 3. L'impatto della riforma sul meccanismo di personificazione degli enti. – 4. Implicazioni pratiche. Estensibilità della normativa del CTS a enti non iscritti nel RUNTS: margini residui per l'autonomia privata.

1. *L'attivazione del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore*

«Negli ordinamenti caratterizzati da una delimitazione positiva del campo delle persone giuridiche, la progressiva estensione a gruppi non personificati dei "privilegi" connessi un tempo alla sola "concessione" della personalità, conduce a interrogarsi sulla rilevanza stessa del riconoscimento formale. Posto il quesito, e meditato il ridotto contenuto normativo della personalità, si innesca un processo di revisione concettuale i cui differenti esiti paiono tutti connotati dalla dissoluzione dell'antico legame tra personalità giuridica, soggettività, distinzione tra ente e singoli»[1].

Queste parole, trascritte dalle pagine di apertura della monografia con cui il Maestro che qui si intende onorare contribuisce al dibattito dottrinale sulla persona giuridica, mi sono apparse – seppure riferite a un contesto normativo parzialmente differente da quello attuale – illuminanti nell'approccio alla recente riforma in materia di enti privati culminata nell'emanazione del Codice del terzo settore, di un testo normativo cioè che, come è stato puntualmente notato, «esibisce segmenti in cui l'intera sistematica è fuori gioco e dove è verificabile la cattiva riuscita delle tecniche formalistiche di costituzione della fattispecie»[2].

Le seguenti note rappresentano un modestissimo omaggio all'illustre Studioso, proprio all'indomani dell'entrata a regime del Registro unico del terzo settore.

Se si guarda, infatti, al succedersi delle diverse fonti in materia, l'emanazione del decreto direttoriale del Ministro del lavoro R. 561 del 26 ottobre 2021, che ha reso operativo, a partire dal 23 novembre 2021, il Registro unico del terzo settore, a suo tempo istituito dagli artt. 45 e ss. del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del terzo settore) e successivamente regolamentato dal d.m. 15 settembre 2020 n. 106 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che ne disciplina puntualmente il funzionamento (dettagliando, in particolare, le procedure di iscrizione di cancellazione degli enti), porta a compimento un *iter* legislativo protrattosi per più di un quinquennio.

Si aggiunge così un'ulteriore tessera alla normativa di riforma della materia avviata con l'approvazione della legge delega n. 106 del 6 giugno 2016 (Delega al governo per la riforma del terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile

---

[1] Il riferimento è a ZATTI, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975, 8 e 9.

[2] Così ANDREA FUSARO, *Gli enti del terzo settore. Profili civilistici*, nel *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2022, 58.

universale) e destinata, nonostante i limiti già evidenziati da più parti in sede di primo commento[3], a incidere in modo significativo sulla disciplina degli enti giuridici privati[4], considerati, secondo una lettura costituzionalmente orientata delle norme del codice, una forma di manifestazione ed estrinsecazione dell'autonomia dei privati in contrapposizione con l'autorità pubblica[5].

Il presente saggio, lungi dall'affrontare le molteplici questioni che il riordino della materia ha suscitato, si pone l'obiettivo, già di per sé ambizioso, di verificare – proprio a partire dal modello di formalizzazione degli enti e dal meccanismo di riconoscimento della relativa personalità introdotti dal CTS – il grado di resistenza all'impatto della riforma di nozioni comunemente ricevute quali quelle di soggettività e personalità giuridica, non senza prestare una particolare attenzione alle ricadute sul piano applicativo di una questione che appare *prima facie* rilevare solo sul piano teorico.

A ben vedere, infatti, dall'insieme delle norme del codice del terzo settore, e in particolare dal combinato disposto di cui agli artt. 4, 11, 22 e 47, così come integrati dalle disposizioni del d.m. 106/2020, si evince una stretta correlazione e interdipendenza fra la sussistenza in capo all'ente dei requisiti sostanziali richiesti ai fini del riconoscimento dell'organizzazione come appartenente al terzo settore e del conseguente accesso ai benefici di legge (non ultimi quelli di natura fiscale) e la relativa iscrizione nell'apposita sezione del RUNTS.

---

[3] Fra gli altri, G. Vecchio, *Diritto della solidarietà e teoria della complessità*, in *Scritti in onore di M. Paradiso*, I, Torino, 2022, 427 ss.; M. Gorgoni, *Il codice del terzo settore fra luci e ombre*, in *Il Codice del terzo settore. Commento al D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di Ead., 2ª ed., Pisa, 2021, 9 ss.; Aa.Vv., *Il terzo settore. Profili critici della riforma*, a cura di Di Sabato e Nocerino, Napoli, 2019. In termini di occasione mancata si esprime anche Lipari, *Il ruolo del terzo settore nella crisi dello Stato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 647, il quale stigmatizza come contraddittoria la scelta di collegare la tutela delle attività di volontariato, che si ispirano alla logica del dono, con regole stringenti quali l'iscrizione nel RUNTS. Per una prima lettura della nuova disciplina si veda De Giorgi, *Terzo settore. Il tempo della riforma*, in *Studium iuris*, 2018, 139 ss.

[4] Fra le linee di intervento previste dalla legge delega vi era la revisione del Titolo II del libro primo c.c., in realtà il legislatore a tutt'oggi si è limitato a inserire all'interno del citato Titolo l'art. 42 bis, contenente specifiche prescrizioni in tema di trasformazione, fusione e scissione delle associazioni riconosciute, delle associazioni non riconosciute e delle fondazioni (art. 98 CTS). Il richiamo, contenuto nell'art. 3, comma 2°, CTS, alle norme del codice – applicabili in quanto "compatibili" al nuovo istituto – relega, poi, il dettato codicistico ad un ruolo di marginalità, almeno per quegli enti che presentano i requisiti sostanziali e formali di appartenenza al terzo settore. Come osserva De Giorgi, *Terzo settore e galateo costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 908, nel valutare i margini di autonomia lasciati ai privati dalla normativa imperativa, «la lettura del CTS, combinata con il d.m. n. 106/ 2020, ci rivela […] che lo status di ETS viene sì elargito con larghezza […], ma anche imposto; in altre parole che numerosi enti sono, per così dire, quasi obbligati a diventare ETS».

[5] Come nota P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 4ª ed. riscritta e ampliata, vol. III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 84, «l'uomo si realizza nella comunità in cui opera». Il primato della persona alla luce dei principi costituzionali è ribadito da A. Barba, *Soggettività metaindividuale e riconoscimento della personalità giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 656. Da ultimo, la Camardi, *Enti collettivi e formazioni sociali, dal Libro I al Libro V attraverso il Terzo settore*, in *Contr. impr.*, 2023, 470 ss. evidenzia come la tutela dell'individuo nell'ambito delle formazioni sociali sancita, in termini generali, dall'art. 2 C. si specifichi all'interno dei «quattro titoli nei quali diritti e doveri dei cittadini sono distribuiti» e trovi oggi una sua attuazione nel CTS, oltre che nei libri I e V c.c. (478).

Invero, nonostante la primazia dell'interesse individuale sembra potersi desumere dall'enunciato dell'art. 1 CTS, alla cui stregua il riordino della materia contribuirebbe «al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, comma 4°, della Costituzione» (che ricopia pedissequamente l'art. 1, l. 106/2016), lo sviluppo della normativa sembra cedere ad un certo 'dirigismo'. In tema G. Vecchio, *Le istituzioni di sussidiarietà oltre la distinzione tra pubblico e privato*, Napoli, 2022.

Salvo quanto si dirà nel prosieguo relativamente all'esistenza e permanenza dei presupposti sostanziali[6], quali il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, lo svolgimento di un'attività di interesse generale tra quelle indicate dall'art. 5, la riconducibilità all'interno di una determinata categoria (socio-normativa)[7], la peculiarità dello strumento giuridico utilizzato (associazione, fondazione o altro ente di diritto privato[8] diverso dalla società)[9] e dei mezzi impiegati, non v'è dubbio che la registrazione nel RUNTS rappresenta – almeno nel disegno del legislatore

[6] Ceolin, *Il c.d. codice del terzo settore (d. lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un'occasione mancata?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 14 ss., individua già all'interno del disposto di cui all'art. 4, comma 1°, CTS i due elementi, uno sostanziale e l'altro formale «qualificanti degli enti del terzo settore». In termini di presupposti «in sequenza logica» si esprime Ambrosino, *Il terzo settore fra pubblici poteri ed autonomia sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 306. Secondo l'Autore il primo presupposto (soggettivo) consiste nella duplice conformazione dell'ente e a un modello basico (valido per tutti) e a una tipologia specifica; il secondo presupposto (oggettivo) consiste nell'iscrizione nel RUNTS, che certifica la sussistenza dei presupposti soggettivi.

[7] Poletti, *Delle associazioni e delle fondazioni del Terzo settore (artt. 20-31). Costituzione e forme associative*, in *Il Codice del terzo settore. Commento al D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, cit., 238-239, individua all'interno del CTS enti "nominati", ai quali è dedicato il Titolo V del CTS e corrispondenti a categorie sociali che già in passato hanno ricevuto un'attenzione da parte dell'ordinamento, e enti atipici.

La questione della tipicità/atipicità degli enti del terzo settore assume però portata ben più ampia e rileva sotto diversi profili legati, per un verso, alla scomposizione dei criteri identificativi l'ente, per altro verso, al sistema/meccanismo di pubblicità degli stessi.

Sotto il primo profilo, poi, la questione finisce col riguardare e la declamatoria delle attività c.d. di interesse generale e l'elencazione delle categorie 'nominate' e infine i modelli giuridici utilizzabili.

Ora, mentre con riferimento all'indicazione degli schemi utilizzabili la formula normativa, apparentemente aperta all'autonomia privata, sembra comunque doversi intendere come un rinvio a modelli già disciplinati dalla legge, fatta eccezione del modello societario, altro ordine di considerazioni vale per quanto attiene gli altri due versanti di apertura all'atipicità. Se si guarda, infatti, all'individuazione delle attività di interesse generale, nonostante la formula ampia contenuta *nell'incipit* dell'art. 4 CTS (Marasà, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 864) sia poi seguita da un elenco in cui vengono dettagliate le diverse attività di interesse generale da svolgere in via principale ed esclusiva (art. 5, comma 1°, CTS), tale elencazione "ambiziosa" (così Ceolin, *op. ult. cit.*, 15) non è da considerarsi esaustiva (in senso critico rispetto alla pretesa 'esaustività' si è espressa Bozzi, *Terzo settore: osservazioni a "prima lettura" su una riforma culturale prima che giuridica*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1263 s.), visto che lo stesso articolo prevede un aggiornamento per decreto (art. 5, comma 2°, CTS). Come nota al riguardo M. Costanza, *Terzo settore in frammenti. Considerazioni di diritto privato*, Torino, 2022, p. 3 «l'elencazione delle attività alle quali possono attendere gli enti del Terzo settore è tassativa, pur se se ne esclude la cristallizzazione legislativa». In termini di "lista aperta" si esprime direttamente Ar. Fusaro, *Dalla frammentazione legislativa alla ri-codificazione? Traiettorie di una disciplina per gli enti non lucrativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 931.

Per quanto attiene, infine, la configurabilità di enti che non siano riconducibili alle categorie sociali 'nominate', Andrea Fusaro, *op. ult. cit.*, 62-63, pone tale possibilità in correlazione con la previsione di una sezione ibrida del RUNTS. Ne discende che qualsiasi fondazione, associazione riconosciuta o no, ecc., che risponda ai requisiti richiesti dall'art. 4, comma 1°, e non incorra nei limiti di cui all'art. 4, comma 2°, d.lgs. 117/2017, sarebbe in astratto assoggettabile alla disciplina del codice.

[8] Il CTS non fa riferimento agli enti costituiti nella forma di comitati, per i quali si è posta la questione della relativa riconducibilità alla categoria. Sul punto Poletti, *op. cit.*, 241, ritiene comunque ammissibile anche la forma organizzativa del comitato, sulla cui mancata inclusione ha con molta probabilità pesato e la difficile configurazione giuridica dell'istituto (Mazzullo, *Il nuovo Codice del Terzo Settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017, 26) e la circostanza che questo viene costituito per il perseguimento di finalità temporanee (Loffredo, *Gli enti del Terzo settore*, Milano, 2018, 81 ss.). In senso analogo si sono espressi E. Quadri, *Il terzo settore tra diritto speciale e diritto generale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 715, e Rossi, *I comitati dopo la riforma del Terzo settore*, *ivi*, 2019, 1392, ai quali si rinvia per ulteriori argomenti a favore della riconducibilità dei comitati nell'alveo degli enti del Terzo settore. Per una puntuale ricostruzione dei termini della questione si confronti, da ultimo, Foresta, *Sugli enti del terzo settore. Tipi e funzione nell'articolazione del registro unico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1465 ss.

[9] Fici, *L'ente del terzo settore come modello organizzativo per lo svolgimento di attività formativa di interesse generale*, in *Dalla parte del Terzo Settore. La Riforma letta dai suoi protagonisti*, a cura di Fici, Rossi, Sepio e Venturi, Bari, 2020, 56 ss.

– il requisito essenziale perché un ente possa considerarsi rientrante nella categoria (artt. 4, comma 1°, CTS e 7, d.m. 106/2020).

Ai fini di ricostruire un quadro quanto più possibile esaustivo occorre prendere le mosse dalla disamina delle possibili situazioni configurabili in astratto alla luce del dettato normativo. Al riguardo, l'ipotesi più lineare è rappresentata da quegli enti che, costituiti in forma di associazione o fondazione, intendono acquistare la personalità giuridica mediante l'iscrizione al RUNTS, in virtù di quanto disposto dall'art. 22 CTS. In tali casi, oltre che una volontà diretta al conseguimento della personalità giuridica, si richiede un patrimonio minimo quantificato in 15.000 e 30.000 euro, rispettivamente, per le associazioni e per le fondazioni (art. 22, comma 4°, CTS)[10].

Allo scopo di evitare una doppia iscrizione, peraltro fondata su presupposti e in vista di finalità differenti, l'una all'interno del registro delle persone giuridiche, ai sensi del D.P.R. n. 361 del 2000[11], e l'altra nella sezione del RUNTS riservata agli enti personificati, il legislatore con un comma introdotto dall'art. 6 del d. lgs. 3 agosto 2018 n. 105 ha integrato il testo originario dell'art. 22 CTS e previsto la sospensione del riconoscimento eventualmente già ottenuto ai sensi del D.P.R. 361/2000; in tal guisa la personalità giuridica acquisita in precedenza viene posta in uno stato per così dire di quiescenza fintanto che perdura l'iscrizione al RUNTS. Nell'eventualità da ultimo prospettata, in cui sussista un'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, spetterà al notaio il compito di adeguare lo statuto secondo quanto disposto dal CTS (art. 22)[12].

Alla luce delle precedenti considerazioni e nel tentativo di ricondurre a sistema una materia che il susseguirsi e il sovrapporsi di una pluralità di fonti ha reso particolarmente articolata, si può affermare che accanto ad una forma di personalità giuridica per così dire generale o generica (quella prevista dal D.P.R. 361/2000) se ne configura un'altra che potremmo definire aggravata o rafforzata, disciplinata dal CTS[13].

Il quadro è destinato per certi versi a complicarsi se si guarda, poi, alla circostanza che al fine di operatività di un'associazione come ente del terzo settore non occorre l'acquisto della personalità giuridica, essendo comunque sufficiente l'iscrizione al RUNTS; iscrizione che assume una valenza costitutiva e che presuppone e in qualche modo attesta la sussistenza in capo all'ente di quelli che abbiamo definito requisiti sostanziali[14].

---

[10] La procedura è fissata dall'art. 16 d.m. 106/2020 che, oltre a definirne l'*iter*, definisce nel dettaglio il ruolo del notaio, la documentazione da presentare, nonché i compiti specifici dell'ufficio del RUNTS competente.

[11] L'entrata in vigore del regolamento 361/2000 ha segnato un momento di svolta nella disciplina degli enti riconosciuti, in quanto ha determinato la semplificazione dell'*iter* procedimentale necessario per l'acquisizione della personalità giuridica e l'abbandono del modello previsto dal testo originario dell'art. 12 c.c., che – com'è noto – postulava un controllo governativo dei fini dell'ente. Secondo la disciplina introdotta dal citato D.P.R. l'attribuzione della personalità giuridica avviene in modo automatico in virtù dell'iscrizione dell'ente nel relativo registro, una volta verificata la sussistenza dei requisiti più formali che sostanziali (si confrontino, al riguardo, De Giorgi, *La riforma del procedimento per l'attribuzione della personalità giuridica agli enti senza scopo di lucro*, in *Studium iuris*, 2000, 499 ss.).

[12] Benché l'ipotesi sembri più di scuola che realmente verificabile, in quanto la circostanza che si possano costituire associazione o fondazioni operanti nell'ambito del terzo settore con un patrimonio minimo inferiore, rispettivamente, a 15.000 e 30.000 euro appare alquanto remota, resta da chiedersi se anche in questo caso venga congelata/sospesa la personalità giuridica eventualmente conseguita alla luce del D.P.R. 361/2000.

[13] Ciocia, *Il codice del terzo settore e la complessa esistenza di una pluralità di regimi normativi*, in Aa.Vv., *Il terzo settore. Profili critici della riforma*, cit., 23 ss.

[14] Ibba, *La pubblicità degli enti del terzo settore*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 627; Foresta, *op. cit.*, 1472 ss.; di diverso avviso sembrerebbe, Amore, *Digitalizzazione, protezione dei dati e terzo settore*, in *Jus civile*, 2022, 4, 889, secondo la quale «alla luce di un'attenta lettura del dettato normativo, gli enti *non profit* potranno essere riconosciuti o meno come persone giuridiche, ma acquisteranno necessariamente la personalità giuridica – oltreché la qualifica di ETS – a seguito di iscrizione nel RUNTS».

2. *L'iscrizione nel RUNTS: pluralità di iscrizioni, pluralità di funzioni*

Al riguardo, come si accennava in apertura, il d.m. 106/2020 regolamenta in modo puntuale il funzionamento del RUNTS[15] e le procedure relative all'iscrizione (cancellazione, annotazione di vicende modificative, eccetera) riguardanti le diverse tipologie di enti all'interno del registro, dando in tal guisa attuazione a previsioni normative, già contenute nel codice del Terzo settore, che in buona parte rispondono all'architettura delineata in sede di legge delega al Governo e che vanno altresì coordinate con il disposto di cui all'art. 5 del d.lgs. 112/2017, in materia di impresa sociale[16].

Il d.m. 106/2020, infatti, riprendendo l'art. 46 CTS, stabilisce che al fine di acquisire la qualifica di ente del Terzo settore le diverse categorie di organizzazioni sociali contemplate dalla legge devono chiedere, attraverso la persona del rappresentante legale, l'iscrizione alla relativa sezione del RUNTS (art. 3, d.m. 106/2020). Tale regola vale per le ODV, le APS, gli enti filantropici, le reti associative e, in generale, per le società di mutuo soccorso[17]. Per quanto riguarda poi quegli enti che, pur presentando i requisiti sostanziali per essere annoverati all'interno del Terzo settore, non sono riconducibili a nessuna delle precedenti categorie la legge riserva una distinta sezione indicata dagli artt. 46 CTS e 3, comma 1°, d.m. 106/2020, con la lettera g)[18].

Per ragioni di completezza infine il d.m. 106/2020 si occupa – come già accennato – anche del regime pubblicitario delle imprese sociali specificamente disciplinate dal d.lgs. 112/2017, ivi incluse le cooperative sociali, prescrivendo che il relativo obbligo di registrazione è soddisfatto attraverso l'iscrizione nella sezione "impresa sociale del registro delle imprese". Analoga regola si applica, ai sensi di quanto previsto dall'art. 44, comma 2°, d.lgs. 117/2017, alle società di mutuo soccorso qualora le stesse si trovino nelle condizioni di dover effettuare l'iscrizione nella sezione del registro delle imprese riservata all'impresa sociale, e cioè nell'eventualità in cui abbiano effettuato un versa-

[15] Si veda, al riguardo, Bosetti, *Il registro unico nazionale del terzo settore*, in *Il Codice del terzo settore. Commento al D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117*, a cura di M. Gorgoni, cit., 362 ss.

[16] Secondo quanto previsto dagli artt. 46 del CTS e 3, comma 1°, d.m. 106/2020, la sezione d) del RUNTS dovrebbe essere riservata alle imprese sociali. Il comma 4° dello stesso art. 3, comunque, sancisce che l'adempimento dell'iscrizione al RUNTS è assolto per l'impresa sociale con l'iscrizione all'apposita sezione del registro delle imprese.

[17] Si trascura in questa sede di trattare gli enti di volontariato che operano nell'ambito della protezione civile, specificatamente disciplinati dal d. lgs. 1/2018 (Codice della protezione civile). Per le problematiche connesse al coordinamento delle due normative si rinvia a Ceolin, *Codice del Terzo settore a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106*, in *Comm. del cod. civ. e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2023, p.26, nota 4).

[18] Come si è già avuto modo di anticipare, la previsione di questa sezione, che potremmo definire 'ibrida', appare in sintonia con quanto disposto dall'art. 4, comma 1°, CTS, il quale, dopo un'elencazione di fattispecie tipiche, ammette che – in presenza di determinati requisiti positivi e negativi – possano essere riconosciuti quali enti del terzo settore organizzazioni o istituzioni che non siano riconducibili alle categorie tipizzate. Invero, com'è stato puntualmente osservato (Bosetti, *op. ult. cit.*, 379), la formula generica di cui alla lett. g) se, da un lato, appare come clausola generale di apertura all'iscrizione di enti operanti nel terzo settore ma non riconducibili ad alcuna delle categorie puntualmente delineate dal codice, dall'altro rischia di rappresentare un "terreno di fuga" per quelle organizzazioni che intendono sottrarsi alla riconduzione all'interno di una categoria tipica e alla relativa disciplina imperativa, finendo in tal guisa con frustrare l'obiettivo, perseguito dalla riforma, di sistematizzazione e razionalizzazione della materia. In termini generali sul tema della tipicità/atipicità riferita agli ETS si confronti *supra* la nota n. 7.

Secondo Foresta, *op. cit.*, p. 1467, la sezione g) avrebbe una funzione residuale e sarebbe idonea a ricomprendere gli enti del terzo settore "ordinari", in grado cioè di poter «usufruire di un «primo livello» di vantaggi fiscali (previsti dagli artt. 79 a 83 CTS) e nei rapporti con la pubblica amministrazione (previsti dall'art. 55 CTS)», mentre «l'iscrizione ad una delle sezioni speciali consente l'accesso ad un «secondo livello» di benefici fiscali e di facilitazione nei rapporti con la Pubblica Amministrazione».

mento annuo di contributi associativi superiore ai € 50.000 e gestiscono fondi sanitari integrativi.

La regola, desumibile dal sistema, in virtù della quale non dovrebbe essere effettuata più di un'iscrizione, trova un'eccezione avendo riguardo alle cosiddette reti associative che, qualora ricorrano i requisiti di appartenenza ad una delle categorie menzionate nelle lettere a), b), c), f), g), possono chiedere di essere iscritte in altre sezioni del RUNTS, oltre a quella loro riservata. Vale la pena ricordare che le reti associative, in virtù della loro caratterizzazione (arg. art. 41 CTS), vanno iscritte nella relativa sezione del registro statale del terzo settore e che le stesse possono essere altresì registrate, in relazione alla tipologia degli enti che le compongono, nel registro regionale all'interno della sezione di riferimento delle categorie tipizzate dal CTS (art.10, comma 4°, d.m. 106/2020).

Si assiste ad un doppio regime di pubblicità – qui obbligatorio – anche con riferimento a quegli enti che esercitano la propria attività in via esclusiva o principale in forma di impresa (e non sono comunque riconducibili al modello dell'impresa sociale), per i quali è prevista la simultanea iscrizione nel registro delle imprese. In tal caso le due iscrizioni rispondono a finalità del tutto distinte. L'iscrizione nel registro delle imprese assolve, infatti, la funzione di rendere opponibili ai terzi i fatti relativi alla vita dell'impresa[19].

A margine del tema principale, avente ad oggetto la funzione dell'iscrizione dell'ente, restano comunque aperte e la questione dell'opponibilità delle vicende dell'ente, qualora non siano stati effettuati tutti gli adempimenti previsti dalla legge, e la definizione del ruolo qui assolto dal sistema di pubblicità del Registro unico. Questioni queste sulle quali non è possibile qui indugiare e rispetto alle quali – mi sembra di potere concludere – che solo l'entrata a regime del RUNTS e il completo/definitivo traghettamento dai previgenti sistemi di pubblicità ai nuovi consentirà all'interprete, attraverso il filtro della pratica applicazione anche in sede giudiziale degli istituti, di potere ricostruire un quadro più chiaro e semplificato della disciplina.

Il quadro, per quanto sommario, che si è cercato delineare – al pari di quanto avviene con riferimento al regime della responsabilità degli amministratori[20] – è destinato a complicarsi a seconda che si tratti di associazioni dotate o meno di personalità o di fondazioni e a seconda che l'ente persegua i propri fini attraverso l'esercizio in via esclusiva o principale di un'attività di impresa.

Tale nuovo assetto non solo sembra segnare il progressivo e definitivo abbandono del modello originariamente predisposto dal codice civile, confermando la commistione fra enti morali e enti che perseguono scopo di lucro, ma sancisce altresì il superamento dell'impostazione delineata all'interno del libro primo[21].

---

[19] Il tema è ampiamente trattato da MARASÀ, *La commercializzazione degli enti del libro I del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 210 ss.

[20] In merito si rinvia al saggio di GUZZARDI, *Regole di responsabilità e associazione non riconosciute del Terzo settore. Vecchie questioni e nuovi problemi*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 900 ss., che, soprattutto con riferimento alle associazioni non riconosciute, ben delinea gli effetti per quanto attiene all'individuazione della disciplina in concreto applicabile della sovrapposizione di diversi statuti della responsabilità. Invero, la disciplina dettata dall'art. 28 CTS in materia di responsabilità degli amministratori, richiama la normativa vigente con riferimento alle società di capitali e deve in ogni caso essere coordinata e con le regole applicabili alle diverse tipologie di enti e con la sussistenza o meno del requisito della personalità giuridica.

[21] Di per sé questa non è una novità. Il superamento della rigida separazione fra enti lucrativi ed enti senza scopo di lucro è sancito non solo da alcuni arresti giurisprudenziali che, prendendo in esame l'attività effettivamente svolta, piuttosto che la qualificazione dell'ente, hanno dichiarato fallite alcune associazioni, ma anche sul fronte legislativo, basti pensare che le fondazioni bancarie possono destinare una parte del patrimonio per il perseguimento di un specifico affare, anche con l'intento di rimpinguare il

3. *L'impatto della riforma sul meccanismo di personificazione degli enti*

Nel limitare lo spettro dell'indagine al secondo dei due profili innanzi evidenziati, mi sembra di potere concludere che la recente riforma della disciplina del terzo settore comporta la messa in crisi del modello codicistico secondo cui l'acquisto della personalità giuridica – con la complessità della procedura e i controlli statuali che la caratterizzavano al momento in cui sono entrate in vigore le norme del codice civile[22] – rappresentava la strada maestra rispetto all'entificazione di potenziali centri di imputazione di interessi distinte dalla persona fisica[23]. È sì vero, comunque, che sotto la rubrica "persona giuridica" il Titolo II del Libro I del codice civile disciplina anche l'associazione non riconosciuta e per i comitati prevede la possibilità dell'assenza di riconoscimento formale, configurando in tal guisa una forma di soggettività differente rispetto alla personalità giuridica[24], pur tuttavia tale soluzione, com'è stato osservato da dottrina autorevole, non poteva che prendere atto del fatto che, indipendentemente dal riconoscimento statale, le organizzazioni di persone rappresentavano, quale frutto di una specifica manifestazione dell'autonomia dei privati, una realtà sociale che non poteva essere ignorata: da qui quindi la necessità di prevedere delle regole minime[25] che potessero essere applicate in presenza di conflitti interni o esterni alla vita stessa dell'ente[26].

Per quel processo di osmosi che sempre caratterizza il rapporto fra scelte del legislatore, approdi dottrinali e arresti giurisprudenziali, le norme in tema di personificazione degli enti dettate dal codice civile risentono inevitabilmente del dibattito che, a partire dalla seconda metà dell'800, aveva caratterizzato gli studi sulla persona giuridica[27], ma nello stesso tempo, almeno per quanto attiene la nostra civilistica, esse rappresentano un punto di partenza dal quale muovere ai fini di ricostruire una figura tanto controversa, non senza una costante attenzione all'evolversi della realtà socio-economica.

---

relativo patrimonio. Il *focus* pertanto si è spostato dalla riconducibilità o meno dell'ente ad un determinato modello alle modalità di esercizio dell'attività.

[22] Ripercorre l'evoluzione storica degli enti del primo libro e il progressivo avvicinamento, sotto il profilo della disciplina applicabile, delle associazioni riconosciute alle associazioni non riconosciute, fra gli altri, A. Barba, *op. cit.*, p. 667 ss.

[23] Invero anche la formula comunemente usata "centro di imputazione di interessi" (diverso dalla persona fisica) si ricollega ad una certa ricostruzione della persona giuridica. In senso critico rispetto a tale concezione, in quanto non necessariamente identificativa della persona giuridica, ma idonea a ricomprendere al suo interno sia le società di persone e persino la comunione di diritti reali, si esprime Galgano, *Il principio di maggioranza nelle società personali*, Padova 1960, 20.

[24] In tal senso A. Barba, *op. cit.*, 663.

[25] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 1, *La norma giuridica. I soggetti*, II ed., Milano 2002, 325 s., si esprime in termini di "capacità giuridica generale", facendo comunque discendere la soggettività delle associazioni non riconosciute dalla sussistenza di un corredo minimo di norme ad esse applicabili. Secondo tale logica l'effettività sociale non prescinde dalla previsione normativa, in virtù del fatto che i comportamenti umani «non ripetono la loro legittimità ed efficacia giuridica da una norma che li precede, ma si pongono essi stessi come determinanti di tale efficacia» (in tal senso R. Orestano, *«Persona» e «Persone giuridiche» nell'età moderna*, in *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, 261).

[26] Non è un caso al riguardo che il modello dell'associazione non riconosciuta sia stato adottato e mantenuto anche con riferimento ai sindacati e partiti politici, per i quali la carta costituzionale aveva previsto un processo di riconoscimento tutt'affatto peculiare.

[27] Sull'influenza delle ricostruzioni teoriche nella regolamentazione giuridica degli enti si veda, fra gli altri, R. Orestano, *op. cit.*, 269-270. Ne è riprova la circostanza che, coerentemente alla c.d. teoria della finzione (vedi *infra* nota 27), l'art. 2 del cod. civ. 1865 disponesse quanto segue: «i comuni, le province, gli istituti pubblici civili od ecclesiastici, ed in genere tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, sono considerati come persone, e godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico».

Per una rassegna critica delle diverse posizioni assunte dalla dottrina nel tempo si rinvia a Zatti, *op. cit.*, 75 ss.

Così a fronte della teoria della finzione[28] e di quelle organiche (della realtà), c.d. antropomorfiche[29], sorte queste ultime in contrapposizione alla prima[30], emergono e sembrano affermarsi – soprattutto all'interno della dottrina italiana – una serie di ricostruzioni dell'istituto che, con una formula volta a sintetizzarne il tratto caratterizzante, si possono qualificare di matrice positivistica[31], nel senso che tendono a desumere proprio dal dato (del diritto) positivo e non dalla realtà pregiuridica il fondamento della personalità giuridica, rinvenendo nel nucleo di norme specifiche dettate per gli enti l'elemento distintivo e fondante del fenomeno[32]. All'interno di tale orientamento va, fra le altre, ricondotta la ricostruzione della persona giuridica come 'schermo'[33] e cioè come coacervo di regole peculiari (distinte da quelle di diritto comune), volte a regolamentare l'attività dell'ente, i regimi di appartenenza dei beni e i modelli di responsabilità ad esso applicabili e, attraverso/dietro questo 'schermo', l'agire e le posizioni giuridiche dei soggetti che se ne avvalgono. In senso parimenti 'negazionista', seppure con posizioni non sempre coincidenti, si sono espressi anche coloro che, prendendo le mosse dall'analisi del linguaggio, escludono che il concetto di persona giuridica rinvii ad un dato reale e la ritengono una formula linguistica che serve per così dire a 'traslare' certi termini «da un

[28] Tale teoria si fa risalire a F.C. di Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* (1886-1898), vol. 2, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1888, 240 ss. Secondo quanto nota Zatti, *op. cit.*, 81, l'autore tedesco segna il momento di svolta nell'approccio al tema degli enti, in quanto da Savigny in poi «a differenza di quanto valeva per i giuristi medievali, "soggetto" e "persona" non sono ormai più termini che esprimono "puramente" dati della realtà», posto che ai fini della relativa rilevanza diventa determinante il riconoscimento dello Stato.

[29] Secondo questa impostazione le persone giuridiche sarebbero organismi dotati di una propria volontà e portatori di un proprio interesse, distinto da quello delle persone fisiche che le compongono o le animano. Per la ricostruzione del pensiero di Otto von Gierke, uno dei massimi sostenitori del precedente orientamento, si rinvia a Galgano, *Persone giuridiche* (artt. 11-35 c.c.), in *Comm. Scialoja-Branca*, II ed., Bologna 2006, 6 ss.; Id., voce «Persona giuridica», in *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *dir. civ.*, vol. XIII, Torino 1995, 308.

[30] Secondo Zatti, *op. cit.*, 95, nonostante negli studi successivi le due tesi siano state contrapposte, le ricostruzioni di Savigny e di Gierke non sarebbero poi tanto distanti fra loro: «l'affermazione per cui le corporazioni sono in realtà persone non può evitare il passaggio attraverso una ridefinizione del concetto di persona, che supera la sinonimia con quello di uomo». Rimarca diversamente le differenze Galgano, *Persone giuridiche*, cit., 6, il quale evidenzia come il riconoscimento nella teoria organica o della realtà assume un valore dichiarativo a differenza di quanto avviene con riferimento alla teoria della finzione nel cui quadro esso assume portata costitutiva.

[31] Come nota puntualmente C.M. Bianca, *Diritto civile*, 1, cit., 324, tali ricostruzioni del fenomeno si ricollegano idealmente e traggono origine dalla "teoria pura del diritto" di matrice kelseniana (Kelsen, *La teoria pura del diritto*, tr. it. Renato Treves, Torino, 1963, 56 ss.). In Italia fra i fautori della prospettiva normativista si annovera Ascarelli, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 245, 333 e 421; Id., *Personalità giuridica e problemi delle società*, in *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, 233 ss.; per una sintesi critica del pensiero ascarelliano si rinvia al fondamentale saggio di D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di T. Ascarelli*, I, Milano, 1969, 243 ss.

[32] Anche questa ricostruzione della fattispecie si contraddistingue per la varietà di elaborazioni formulate dai suoi sostenitori (a titolo meramente esemplificativo si ricordano, fra gli altri, Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 64; Basile - Falzea, voce «Persona giuridica (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 235 ss.; Basile, *Le persone giuridiche*, III ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Torino 2020, 191 ss.). La scuola messinese si segnala in particolare per avere ricondotto la questione della definizione all'interno della qualificazione in termini di soggetto del diritto (genere) che può essere, a seconda dei casi, persona fisica o un ente giuridico (specie). Di non agevole collocazione la ricostruzione prospettata da F. Ferrara sr., *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli 1915, 5 ss.; e poi ripresa in Id., *Le persone giuridiche*, II ed. agg. da F. Ferrara jr. in *Tratt. di dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino 1956, 33 ss., il quale, prese le distanze sia dalle teorie c.d. finzioniste sia dall'antropomorfismo delle teorie della realtà sia dal positivismo kelseniamo, propone una sua via (che Galgano, *Persone giuridiche*, cit., 10, annovera all'interno del 'neofinzionismo' per il ruolo ivi riconosciuto allo Stato). Secondo il Ferrara la 'personalità giuridica' sarebbe una «forma giuridica» che «lo Stato dà a quelle entità che ravvisa degne» (*op. ult. cit.*, p. 36).

[33] La tesi è stata autorevolmente sostenuta da Galgano, *Persone giuridiche*, cit., 27 ss.; Id., voce «Persona giuridica», cit., 400 ss.

campo di applicazione (quello relativo alle persone fisiche) ad un altro (quello relativo alle persone giuridiche)» [34].

La questione della ricostruzione teorica della persona giuridica è certamente avvincente ma esula dall'economia del presente contributo, rilevando solo al fine di comprendere se il dibattito dottrinale che si è sviluppato nel tempo attorno a tale figura e le conclusioni alle quali esso è pervenuto possano oggi estendersi anche agli enti iscritti nel RUNTS che, pur in mancanza di personalità giuridica, operano sotto l'egida di regole specifiche.

Se si guarda al percorso normativo che ha portato all'emanazione del codice del Terzo settore, procedendo a ritroso esso è costellato da tutta una serie di leggi dirette a disciplinare alcune manifestazioni del non-profit nel loro affermarsi nella prassi[35]. Con riferimento alla materia in oggetto più che in altri ambiti, invero, l'emersione e la concorrenza di diversi fenomeni fra loro strettamente connessi ha motivato l'intervento del legislatore: e segnatamente, da un lato, l'acquisizione a favore dell'iniziativa privata e in concomitanza con il ridimensionamento dello stato sociale di alcuni ambiti che precedentemente erano di pertinenza del pubblico[36]; dall'altro, la privatizzazione di attività di interesse generale (fondazioni liriche, enti previdenziali, ecc.). In siffatto contesto l'emanazione del codice persegue lo scopo ben preciso di ricondurre a sistema la galassia di enti e organizzazioni esistenti e di dettare regole certe che possano garantire non solo il regolare funzionamento di tali organismi, ma anche i soggetti – Stato, volontari e destinatari di un servizio di interesse generale – che entrano in contatto con essi.

Ora, come sin dall'inizio si è cercato di evidenziare, l'approccio in questo caso seguito dal legislatore è opposto a quello del codice civile a cui, pur tuttavia, si richiama in una logica di completezza del sistema lo stesso codice di settore (art. 3 CTS); il regime di pubblicità degli enti sul RUNTS si articola non già sul modello della personalità, quanto piuttosto su quello della 'soggettività'. Una soggettività però che, a differenza di quanto avviene per le associazioni non riconosciute che operano indipendentemente da un riconoscimento giuridico, non si desume da elementi di fatto, quali l'esistenza di un gruppo di persone che in modo organizzato e continuativo perseguono un fine di interesse sopraindividuale[37], quanto piuttosto dall'iscrizione nel registro; iscrizione che, in questo caso, assume una rilevanza costitutiva.

In altri termini, almeno per quanto attiene ai fini per cui la legge prescrive l'iscrizione all'interno del registro del Terzo settore, l'associazione non iscritta non sembra assumere alcuna rilevanza (arg. *ex* art. 11, comma 1°, d.m. 106/2020). Ad essa si applicheranno le norme del codice civile in tema di associazioni riconosciute e non, ma – stando a un'interpretazione restrittiva della normativa speciale[38] – non potranno essere applicate in via diretta le norme previste dal codice del Terzo settore.

---

[34] Così, per la dottrina italiana, D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, cit., part. 292 ss.

[35] Il riferimento è alle leggi speciali approvate in un arco di tempo che copre quasi un decennio. Fra i più significativi interventi normativi si ricordano: la l. 11 agosto 1991, n. 266, legge-quadro sul volontariato; il d. lgs. 30 giugno 1994 n. 509, relativo alla privatizzazione degli enti di previdenza sociale e assistenza obbligatoria; il d. lgs. 29 giugno 1996, n. 367, in materia di trasformazione degli enti lirici; d. lgs. del 4 dicembre 1997, n. 460, in materia di ONLUS. La tematica è stata a lungo studiata da De Giorgi, *Enti del primo libro e del terzo settore. Ventun scritti fra due secoli*, Pisa 2021, *passim*.

[36] Sul punto, fra gli altri, Ponzanelli, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996, 7 ss.

[37] Di Raimo, *Le associazioni non riconosciute. Funzioni, disciplina, attività*, Napoli 1995, 157 ss., in un quadro normativo diverso dall'attuale, mostra qualche perplessità sul fatto che la causa dell'ente vada ricostruita in funzione di un interesse esterno allo stesso ente.

[38] Si veda, al riguardo, quanto si dirà nel prosieguo.

Salvo quanto si dirà a breve sull'estensibilità di alcune norme del codice anche a enti che pur non avendo assolto all'onere dell'iscrizione all'interno delle specifiche sezioni o, una volta iscritti, si siano successivamente cancellati, o nel caso in cui sia prevista la doppia iscrizione – chiaramente con finalità diverse – abbiano assolto solo ad una di esse, mi sembra interessante rilevare che attraverso il prisma del CTS la soggettività prende il posto della personalità giuridica, personalità che in questo caso rappresenterebbe null'altro che una tipologia diversa, per così dire 'rafforzata', di quella soggettività giuridica comunemente configurata per gli enti morali non personificati[39]. Alla luce delle precedenti considerazioni mi sembra pertanto, che si siano invertiti e i termini e i modelli di approccio rispetto ai cosiddetti enti del I Libro. La formalizzazione avviene non in virtù della preesistenza di un fenomeno sociale, ma in ragione di una prescrizione di legge.

In tal senso, del resto, è esplicito il dato normativo e segnatamente l'art. 7, comma 1°, d.m. 106/2020 nella parte in cui dispone che «l'iscrizione al RUNTS ha effetto costitutivo relativamente all'acquisizione della qualifica di Ente del terzo settore».

4. *Implicazioni pratiche. Estensibilità della normativa del CTS a enti non iscritti nel RUNTS: margini residui per l'autonomia privata*

Il tema rischierebbe di essere meramente teorico se, in aggiunta alle riflessioni precedenti, non provassimo a ipotizzare qualche implicazione di ordine pratico proprio a partire dalle considerazioni finora svolte con riferimento agli enti del terzo settore, la cui soggettività non è un dato *ex ante*, ma è una qualificazione che si acquisisce in seguito ad uno specifico adempimento giuridico e segnatamente all'iscrizione nel registro. E ciò in controtendenza con quanto condiviso da parte della dottrina avendo riguardo alle organizzazioni non personificate del libro I del codice civile, la cui soggettività si ricostruisce da elementi fattuali (organizzazione, ecc.) e proprio a partire dall'interesse del singolo a perseguire insieme ad altri un fine condiviso[40].

Secondo la precedente logica e in virtù di un processo di pubblicizzazione di istanze e interessi soggettivi che originariamente appartenevano alla sfera del privato[41], la mancata iscrizione al RUNTS precluderebbe, in via definitiva, la riconducibilità di una determinata formazione sociale all'interno della fattispecie di ente del terzo settore. Se così fosse si dovrebbe peraltro giungere alla conclusione che il requisito formale prevale su quelli di natura sostanziali. Si assisterebbe qui ad una completa esternalizzazione di quei fini individuali che costituiscono il fondamento della partecipazione del singolo all'ente. Una sorta di sublimazione dell'interesse individuale nell'interesse generale. Di modo che l'interesse generale finirebbe con l'assurgere al ruolo e di causa fondante dell'ente e di ragione ultima che muove l'individuo al perseguimento dello scopo comune[42].

---

[39] Così com'è stato puntualmente notato da A. Barba, *op. cit.*, 648.

[40] In merito si rinvia ai fondamentali scritti di Rescigno, *Le società intermedie*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I vol., Bologna 1966, 35 ss.; Id., *Le forme giuridiche dei gruppi e il problema della soggettività*, *ivi*, II vol. Bologna 1988, 103 ss.; e P. Perlingieri, *op. loc. cit.*

[41] Per certi versi l'emanazione del CTS finisce col perseguire una finalità opposta a quella che aveva orientato le prime leggi in materie di enti non profit determinando una sorte di pubblicizzazione degli enti che svolgono attività di interesse generale, attraverso una formalizzazione degli stessi e la relativa sottoposizione a regole omogenee e inderogabili da parte dell'autonomia dei privati.

[42] Sulla rilevanza dell'autonomia privata nella genesi delle formazioni sociali si veda, fra gli altri, Del Prato, *L'ente privato come atto di autonomia*, in *Riv. dir. civ.,* 2009, 453 ss.

Al fine di meglio comprendere i complessi rapporti fra singolo, organizzazione e interessi da questa perseguiti, appare ancora una volta illuminante quanto notato dall'Autore che qui si intende onorare. A conclusione della disamina riguardante le diverse teorie sulla personalità/soggettività giuridica e al fine di verificarne il relativo grado di attendibilità, egli osserva come «nell'organizzazione giuridica, e nel ruolo di "riferimento" trova espressione formale la base sociologica offerta da un'unità di interessi e, dunque, dall'esistenza di un uomo o di un gruppo organizzato del quale rileva, nella coordinazione della disciplina giuridica, il ruolo sociologico di unità in rapporto di interazione con l'ambiente», ne discende che il riferimento alla 'personalità' (soggettività) «riflette un aspetto che rammenta il ruolo – tuttavia inconfondibile – dell'individuo protagonista dell'azione di colui, cioè, che può o che è tenuto ad agire, che pretende ed adempie, che riceve e possiede»[43].

Alla luce delle precedenti considerazioni resta, allora, da chiedersi se in presenza di enti che perseguano finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, che svolgano un'attività interesse generale, che siano riconducibili all'interno di una delle categorie indicate dall'art.4, comma 1°, CTS, ma non siano iscritti al RUNTS, possano trovare applicazione alcune delle disposizioni previste dal CTS.

Ora se si guarda al dato normativo, proprio il già richiamato art. 7, comma 4°, d.m. 106/2020 individua nella «perdita dei benefici previsti dal codice e dalle vigenti disposizioni in favore degli ETS» gli effetti della mancata iscrizione al RUNTS e della mancata acquisizione della qualifica Ente del Terzo settore ad essa collegata.

La formula è vaga e lascia all'interprete il compito di individuare di volta in volta quali siano i benefici che si ricollegano e all'appartenenza alla categoria genere degli ETS e all'ascrivibilità ad una delle specifiche categorie indicate dalla legge. Su un dato sembra si possa essere tutti concordi e cioè che la formula usata non esclude *tout court* l'applicabilità del codice ad enti che, pur presentando i requisiti sostanziali di appartenenza alla categoria, non abbiano provveduto alla registrazione, ma solo l'applicazione di quelle disposizioni che prevedono "benefici", lasciando così intendere che altre previsioni normative contenute nel codice possano trovare applicazione.

Qui forse la distinzione, autorevolmente invocata[44], fra 'regole' e 'principi' può fornire un'utile chiave di lettura anche al fine di risolvere il precedente interrogativo. A ben vedere, dalle regole rigide, talvolta ripetute, desumibili dal combinato disposto del CTS e del d.m. 106/2020, sembra possibile estrapolare – quali corollari dei principi di solidarietà (e sussidiarietà) espressamente richiamati dalla nuova normativa – una serie di principi ai quali l'interprete potrà ispirarsi non solo per sciogliere le innumerevoli questioni che la nuova normativa porrà in sede di pratica applicazione, ma anche nella prospettiva di una sua estensione (in via analogica), almeno con riferimento a quei profili che non sono direttamente disciplinati da altre fonti normative (non espressamente abrogate dal CTS)[45] o dal codice civile, a fattispecie che in mancanza dell'adempimento dei suaccennati oneri formali, ne precluderebbero la diretta applicazione.

---

[43] Zatti, *op. cit.*, 402.

[44] Sul tema si sono di recente espressi, seppure con prese di posizioni non sempre coincidenti, Lipari, *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 28 ss. e part. 34 ss.; Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, *ivi*, 2021, 633 ss.; e, con specifico riferimento alla materia in oggetto, A. Barba, *op. cit.*, p. 655.

[45] Si pensi, per esempio, alla normativa sulle ONLUS, che sembrerebbe avere conservato la sua ultrattività.

Tale soluzione, come già anticipato, sembra compatibile con quanto disposto dallo stesso CTS allo scopo di definire i rapporti fra le diverse fonti in materia. L'art. 3 CTS, infatti, nel delineare, da un lato, gli ambiti di applicazione della nuova normativa, dall'altro, i margini residui di operatività del codice civile, prevede al comma 1° che le disposizioni del CTS possano essere estese, in quanto compatibili alle categorie di «enti del terzo settore che hanno una disciplina particolare», e al comma 2° che – per quanto non previsto dal CTS – trovino applicazione le norme del codice civile.

Ora, se si guarda al dato letterale, la fattispecie innanzi descritta non sembra rientrare nell'ambito di applicazione del comma 1°, diretto a regolamentare enti del terzo settore già disciplinati da specifiche leggi (di settore). E invero l'associazione non riconosciuta che persegue finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e svolge attività di interesse generale appare *prima facie* assoggettabile alle regole dettate dal codice civile[46].

E pur tuttavia, come si evince anche dalla stessa legge delega (artt. 1 e 2, l. 106/2016, in combinato), sussistono ambiti relativamente ai quali la disciplina del codice civile non sembra fornire soluzioni (adeguate); ed è proprio rispetto a tali profili che appare ammissibile un'estensione delle norme del CTS[47].

A titolo meramente esemplificativo, e in quanto espressione di principi di ordine generale, potrebbe estendersi la disciplina riguardante la posizione dei volontari[48], a cui il CTS riconosce una specifica tutela, rispettosa della peculiarità del ruolo che essi assolvono all'interno dell'organizzazione, e la disciplina in materia di responsabilità degli amministratori, volta a garantire i terzi che a vario titolo entrano in contatto con l'ente.

---

[46] Al riguardo è stato affermato che la normativa generale non può cedere il passo a quella di settore (così, da ultimo, Ceolin, *op. cit.*, 25 ss.), il quale, pur tuttavia, non esclude che l'estensione analogica avvenga alla luce dell'art. 12 delle prel. (28).

[47] Sul punto, si confrontino Tuccari, *La disciplina democratica delle associazioni non riconosciute fra Codice del terzo settore e Codice civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 443, part. 447, che si sofferma sull'estensibilità della regola della porta aperta e del voto capitario; e, da ultimo, Marasà, *op. ult. cit.*, 220, nota 29, che tratta la questione della compatibilità del dettato normativo, desumibile dall'integrazione delle diverse fonti con l'autonomia statutaria.

Ne disccende che in attesa del riordino – da più parti auspicato – dalla disciplina dettata per gli enti privati dai libri I e V c.c., sarà compito degli interpreti sciogliere l'intricata matassa.

[48] Il tema dell'inquadramento sistematico delle prestazioni dei volontari e della disciplina a queste applicabile è già da anni oggetto di attento studio da parte della dottrina, a titolo meramente esemplificativo, si ricordano gli scritti di A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino 2000, p. 35 ss.; Angeloni, *Aspetti civilistici degli enti non profit e dell'attività di volontariato nel diritto positivo vigente*, Napoli 1999, *passim*; P. Morozzo della Rocca, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, *passim*; Venditti, *L'attività di volontariato*, Napoli, 1997, *passim*.

PAOLO CENDON

L'UOMO CHE VOLEVA PUNIRE SE STESSO

1. – Nasce da una famiglia agiata, in parte nobile, padrona di vari immobili; avverte presto in sé una forte inclinazione celeste, da Golgota. Con una spinta profonda all'indigenza, al francescanesimo, all'autodistruzione borghese, terrena.

Vorrebbe entrare in Seminario, i genitori lo ostacolano però; e questo diniego, cui si piega rassegnatamente, susciterà debolezze e alimenterà storture varie nel suo animo.

La chiave di volta personologica diventa, in lui, un lancinante senso di colpa, per il fatto di avere case e terreni al sole, in discreta quantità; per essere venuto alla luce con più soldi, cespiti e risorse, di quanto non accusino tanti altri esseri di questo mondo.

Il contrario di Gesù di Nazareth.

2. – Vorrebbe dare via ciò che possiede, liberarsi, rinascere socialmente: dall'alto al basso tuttavia, un percorso "dal più al meno", stavolta, non pensa ad altro. Il cammino inverso a quello che tutti sognano.

Il fatto che i beni immobili di famiglia – alla morte dei genitori – siano però in comunione "pro indiviso" con due sorelle, meno inclini di lui alla prodigalità, scompagina i suoi piani. Ci riesce due sole volte, quando persuade le sorelle a regalare un edificio, a una governante che era sempre rimasta in casa, e quando le convince a donare insieme a lui un terreno al Comune.

Da allora in poi dovrà accontentarsi di potersi svenare, denudandosi misticamente, solo rispetto a "beni mobili" tutti suoi.

Allorché ci riesce è felice, di nuovo, sente la vergogna placarsi.

Sono peccati originali gravi – tuttavia – quelli dell'agiatezza di ceto, di sangue, di rango. Una necessità incessante, divorante per lui, quella di allontanare da sé ogni marchio d'infamia, ogni stigmate classista. Redimersi, avvicinarsi sempre più al Cielo; rifugiarsi in campagna, in una specie di tugurio.

Contatti esterni, con gli altri? Un po' lo esasperano i pettegolezzi e le insistenze, sbraita verso chi lo incalza o lo contraria. Un po' gli vedi comparire allora sulla faccia – lunga e appuntita – dei sorrisi poco espressivi, sornioni, come persi nel vuoto.

3. – Studia, si laurea a un certo punto, si accultura, si dà all'insegnamento; il senso di contrizione e il ricordo del misfatto originale – quei beni di famiglia! – non lo abbandonano mai.

No pertanto ai rapporti affettivi, no al matrimonio, a fidanzamenti, no anche ad amicizie profonde, no ad avere figli. Spende poche lire al mese per vivere, più tardi pochi euro, gli bastano e avanzano; solitudine, clausura, romitaggio, castità, flagellazioni: il minimo vitale, appena appena. Diventa vegetariano, sì ai frutti della terra, le sue mani all'alba a rovistare fra le zolle, nel prato e nell'orto, sì agli animali da cortile liberamente circolanti.

No alla biancheria intima, un lusso inutile, secondo lui, da signori; no a lavarsi, un'abitudine da ricchi, futile e vanesia, per gente del gran mondo.

Non si compra mai un vestito; abnegazione, imbarbarimento, mortificazione.

4. – Accetta con gioia di prendere e tenere in casa, gratuitamente, cinque giovani sbandati stranieri; i quali iniziano a circuirlo, da quel giorno, a tormentarlo per i soldi.

Regalini continui, prestiti, scuse lacrimevoli, racconti di miserie familiari vere e finte. Lui intuisce che mentono di solito, i cinque, dice loro di sì, lo stesso. È felice di aver accanto a sé qualcuno che, ogni giorno, gli toglie via e gli strappa qualcosa; che lo inchioda e lo riporta alle sue antiche, mai sopite, responsabilità natali – esorcizzandole.

Viene indotto sempre più spesso, dai neo-arrivati del terzo mondo (suoi fidi protetti), a effettuare versamenti pecuniari, a loro vantaggio; a firmare carte e riconoscimenti autolesionistici, con strozzini vari.

Una vena d'ora, per gli abili profittatori; sempre più avidi con lui. Sottili e incombenti, ce n'è per ciascuno all'inizio; mai un no alle richieste, una fortuna insperata.

E la combriccola è sempre pronta a cantare le sue lodi, in cambio, a elencare i suoi pregi. Con chi fa domande, curiosi o giornalisti; i cinque a ripetere sorridendo (un mantra) come sia un autentico santo, quel personaggio, un uomo speciale; un individuo unico al mondo, la generosità in persona, pazienza se un po' strambo – "ce ne fossero sulla terra", la copia di Francesco di Assisi, otto secoli dopo.

Finalmente qualcuno che lo castiga, continua a pensare il nostro, che lo maltratta sul serio; che sappia rinfacciargli silenziosamente – contestandole fra una lode e l'altra – quelle macchie di agiatezza immobiliare, originaria.

5. – Anche quando gli animali da cortile entrano in casa e la sporcano, zampettando in bagno, in cucina, sul letto addirittura, si tratta per lui di escrementi meritati, benedetti.

Il Cielo è con lui pure in quei passaggi, in quelle capre affezionate, belanti.

Più la sua casa diventa una discarica maleodorante, un mondezzaio, più il bisogno di umiliazione e di degrado si lenisce, evangelicamente; e più lui riesce ad avere degli sfoghi di espiazione, come un senso di sollievo dentro – una tregua con la coscienza, con nostro Signore.

6. – Le stesse perizie psichiatriche – che gli verranno fatte a un certo punto: alcune delle quali ripetono (quelle ufficiali) come lui soffra di un grave "disturbo di personalità narcisistico", con serie "componenti schizoidi" – non gli dispiacciono troppo.

Pur esse lo offendono, in fondo, infilzandolo con etichette varie; lo trafiggono giustamente però, secondo lui: lo mettono alla gogna, sbeffeggiandolo, ossia addormentano ancor più quei sensi di colpa, per un attimo.

Soldi dopo soldi, buttati al vento, distribuiti a pioggia ai giovani parassiti – stillicidi senza tregua, metà bonifici metà *cash*? Ottimo come risultato, quale serenità dopo, evviva!

Un'equità ristabilita fra gli uomini; giustizia fatta, beati i poveri, gli ultimi, il discorso della Montagna!

Proprio quel che cercava – il gusto per il castigo, come tanti esempi eccelsi, nel corso dei secoli. «Perdonato un po', finalmente, accontentato nei palpiti più intensi, o mio Signore …».

7. – Il conto in banca però – ecco l'evolversi della situazione – che si assottiglia progressivamente. L'allarme che scatta, non solo presso i Servizi sociosanitari, il ricorso giudiziale che verrà accolto; l'amministrazione di sostegno che arriva un brutto giorno, dal Tribunale.

Cosa fare allora – è spezzato in due il nostro, più del solito.

L'incapacità sopraggiunta con l'istituto di credito, dopo il decreto del giudice: la saracinesca gestionale che è calata, in modo brusco, niente più denaro disponibile; si tratta in fondo di uno scudo da cui lui si sente difeso, presidiato burocraticamente, era tempo ….

«Hanno voluto loro così, io non c'entro».

Non è più in grado tuttavia – ecco il problema – di accontentare la *gang* di sanguisughe che lo assillava sistematicamente, che lo spolpava sin lì.

Conflitti interni per il nostro, più seri ora di prima; un *black out*, un dilaniamento psicologico.

8. – Ai carabinieri e all'amministratore di sostegno rivelerà adesso, sottovoce, che non ne poteva più a volte, di quegli avvoltoi; di quelle mantidi che lo mangiavano vivo. Racconta la verità, entra nei dettagli.

Però, così, senza più autonomia negoziale con la banca, lui non riesce – ecco il punto – a prelevare dal conto. Non è in condizione di finanziare nessuno.

E quel rovello interno esiste ancora, in lui, quel suo misticismo.

Non riceve più – adesso – l'agognata "dose di sacrificio, immiserimento", quella che calmava i suoi tormenti. Il dolce cilicio, le spine e ortiche sacrosante, cui si era abituato.

Niente è più come prima.

E quando le sanguisughe – addirittura – lo indurranno a progettare veri e propri "reati", con la banca, visto che non c'è altro modo per spillare contanti; quando lo inciteranno a escogitare una messinscena, onde procurarsi dei soldi, attraverso furti e falsificazioni varie: ebbene, non riuscirà a dire di no.

9. – Ci prova in effetti un brutto giorno.

Lo smascherano però, immediatamente, fiutano il trucco allo sportello; la firma altrui è visibilmente contraffatta, fasullo anche il timbro, lo bloccano all'istante.

E la vergogna per lui è subito immensa.

Per un attimo vede, e comprende, in che abisso morale ed esistenziale è piombato.

Chiede scusa allora, al giudice e all'amministratore. Supplica i dirigenti bancari, piange, si cosparge il capo; racconta che è stato istigato, raggirato, costretto per il quieto vivere. Non vuole andare in galera, promette che non lo farà più.

Viene perdonato all'istante, indulgenti tutte le autorità. Compassione, nessuna denuncia penale.

Però quando gli chiedono di smascherare gli aguzzini-istigatori, si tira indietro nuovamente. In fondo è riconoscente, a quei giovinastri, anche per il crimine che l'hanno indotto a commettere. Così è fatto l'uomo. Quella vergogna da reato è, nella sua gamma, una pena umiliante – una modalità di riequilibrio inedita, che ancora gli mancava …

10. – Spezzato in due il nostro, ancor più, pencolante tra due fronti: allorché gli proporranno la casa di riposo, si opporrà in prima battuta.

Senza "libertà" di movimento al 100%, come continuare a foraggiare, magari lungo vie diverse dal passato, i predatori di casa – gli scrocconi male/benedetti?

Come quietare l'antico bisogno, che nessuno comprende appieno, di degrado ambientale, di magrezza, di piaghe? Di solitudine, di puzza, di lacerazione, di annichilimento?

11. – Accetterà poi, firmerà col suo nome l'ingresso in casa di riposo; vi si traferisce dopo un po', "temporaneamente" a parole, si sa in effetti che è per sempre.

Oggi continua a essere tagliato in due, dentro di sé, dipende dalle giornate.

Per un verso no al benessere, abbasso la civiltà e la normalità; invoca i suoi animali, rimpiange gli odori agresti, gli spifferi!

Però quel nuovo *confort* della RSA … il sostegno circostante, nessun guardone, niente esazioni, tanto spiacevole? L'affetto, i cibi cotti a puntino, la pulizia; il tono fisico ritrovato, il riscaldamento, il decoro, l'accudimento.

C'è anche del buono in tutto ciò … il bel parco, le medicine giuste, i sorrisi delle nuove presenze – non tanto male come contorni e compagni di vita.

12. – Ma siccome pensa, nei giorni dispari, di non aver espiato abbastanza.

Dato che quell'antico fantasma lo ri-affanna a tratti, lo sovrasta e attanaglia ogni tanto, e così sarà per sempre.

Poiché non c'è nessun demone che lo fustighi, oggi, che lo supplichi, lo minacci, lo blandisca, gli tenda agguati, lo aduli, si strofini nell'ombra – e quindi niente più che, nel segno dell'oppressione e del rimprovero, calmi il suo tormento … come uscirne?

C'è da augurarsi che il pensiero «Ho fatto quanto potevo, non posso più deprivarmi oggi, non è colpa mia, sono i magistrati ad aver tagliato i ponti, mettendomi qui», basti a in parte consolarlo.

Accanto alla presa d'atto che è riuscito alla fine – piuma dopo piuma, elargizione dopo elargizione – a non essere più tanto facoltoso; né riguardo ai soldi, ormai pochi, né rispetto alle case, mezze cadenti. Missione compiuta.

MARTA CENINI

LA C.D. LEGGE "DOPO DI NOI": L'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI FIDUCIARI E DI DESTINAZIONE PER LA TUTELA DEI SOGGETTI FRAGILI

SOMMARIO: 1. Premessa. La c.d. legge sul "dopo di noi" e la menzione degli strumenti fiduciari e di destinazione. – 2. L'affermazione della categoria dei contratti *inter vivos* con effetti *post mortem*. – 3. Gli effetti liberali dei trust in funzione successoria e dei negozi di destinazione. – 4. Effetti liberali, tutela dei legittimari e disabilità.

1. *Premessa. La c.d. legge sul "dopo di noi" e la menzione degli strumenti fiduciari e di destinazione*

La c.d. legge sul "dopo di noi" (legge n. 112 del 2016, Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare), come noto, ha previsto misure per garantire assistenza, cura e protezione ai soggetti gravemente disabili nel momento in cui vengano a mancare i familiari che prestavano tale sostegno[1].

La legge, come parimenti noto, ha in quest'ottica previsto significative agevolazioni fiscali ed esenzioni per coloro che utilizzano una serie di strumenti, tra cui il trust[2], il contratto di affidamento fiduciario[3], gli atti che costituiscono vincoli di destinazione ex art. 2645 ter[4]

---

[1] L'art. 1, comma 2, della Legge 112/2016 sancisce che lo stato di disabilità grave è accertato con le modalità indicate dalla L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 3, comma 3. La disabilità considerata dalla legge, dunque, non è quella determinata dal naturale invecchiamento o da patologie connesse alla senilità.

[2] Sul trust la letteratura è ormai vastissima. Senza pretesa di completezza, si rimanda a GAMBARO, *Il diritto di proprietà,* nel *Trattato Cicu-Messineo*, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995; ID., voce «Trust», nel *Digesto IV ed., disc. priv., sez. civ.*, 1999; LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia,* CEDAM, Wolters Kluwer, 2016; ID., *Trusts,* Milano, Giuffrè, 2001; ID., *I trusts nel diritto civile, in Trattato di diritto civile,* diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2004; GATT, *Dal trust al trust. Storia di una chimera, in Iurisprudentia,* Collana della facoltà di Giurisprudenza dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, diretta da f. De Sanctis e F. Fichera, Napoli, ESI, 2009.

[3] Quest'ultimo, come noto, al pari del trust, non ha ancora avuto una compiuta disciplina legislativa ma è il frutto dell'elaborazione dottrinale di autorevole dottrina: si veda LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, 2014. L'istituto è stato disciplinato invece in altri ordinamenti di civil law, in particolare l'ordinamento della Repubblica di San Marino, che possono rappresentare senza dubbio un significativo punto di riferimento per l'intera disciplina anche italiana. A riguardo si veda la Legge 1 marzo 2010, n. 43, L'istituto dell'affidamento fiduciario. È significativo inoltre che la legge 112/2016 colleghi il contratto di affidamento fiduciario agli enti del Terzo Settore e in particolare agli enti filantropici e a quelli la cui attività rientra nella voce dedicata alla beneficenza. L'art. 1, comma 3, in particolare, menziona i "fondi speciali, composti di beni sottoposti a vincolo di destinazione e disciplinati con contratto di affidamento fiduciario anche a favore di enti del Terzo settore iscritti nella sezione enti filantropici del Registro Unico Nazionale del Terzo settore o, che operano prevalentemente nel settore della beneficenza di cui all'articolo 5, (lettere a) o u) del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117), in favore di persone con disabilità grave, secondo le modalità e alle condizioni previste dagli articoli 5 e 6 della presente legge".

[4] La letteratura in tema di destinazione patrimoniale e sull'art. 2645 ter è molto ampia. Si vedano in particolare, senza pretesa di completezza e rimandando agli autori per ulteriori riferimenti, VETTORI (a cura di), *Atti di destinazione e trust*, *Art. 2645 ter del codice civile*, Padova, 2008; MORACE PINELLI, *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche. Art. 2645 ter*, nel *Commentario Scia-*

e le polizze vita[5], al fine di garantire al soggetto fragile il sostegno di cui è bisognoso.

La dottrina[6], all'epoca dell'emanazione della normativa, ha dunque salutato come una significativa novità l'esplicita menzione del trust e dell'affidamento fiduciario nella legge, affermando che ciò confermava definitivamente la meritevolezza di tali istituti (e in particolare del trust) nel nostro ordinamento. Da quel momento, si sono poi susseguite ulteriori conferme, tra cui diverse pronunce della Cassazione in materia di trust[7], che hanno definitivamente archiviato i dubbi in merito al fatto che tali istituti appartengano, di fatto e di diritto, al nostro ordinamento.

Il motivo del richiamo nella legge a questi strumenti appare chiaro: l'art. 2645 ter menziona espressamente la disabilità come uno degli interessi considerati meritevoli di tutela per la costituzione dei vincoli di destinazione; il trust e il contratto di affidamento fiduciario, d'altra parte, al pari dei vincoli di destinazione e delle polizze vita, sono tra i principali strumenti *inter vivos* che realizzano anche effetti *post mortem* e sono forse gli unici autenticamente programmatici: questa caratteristica è di fondamentale importanza proprio nel caso di soggetti fragili dal momento che, non essendo questi ultimi autosufficienti, è necessario affidare determinati beni e risorse finanziarie ad un soggetto di fiducia e programmarne l'utilizzo anche dopo la morte delle persone che si prendono cura del soggetto fragile (solitamente i genitori nel caso di soggetti con disabilità grave) al fine di garantire il sostegno e le cure necessarie finché la persona sia in vita.

2. *L'affermazione della categoria dei contratti* inter vivos *con effetti* post mortem

Dal punto di vista civilistico, è da osservare che, proprio per il fatto che sono possibili effetti anche dopo la morte del disponente, si è recentemente affermata la ricostruzione del trust come negozio *inter vivos* con effetti *post mortem*[8].

---

loja-Branca, Padova, 2017; Lenzi, voce «Atto di destinazione», in *Enc. del dir.*, Annali V, 2012; Martino, *Destinazione dei beni e* trust *nell'interesse della famiglia*, in *Enc. del dir.*, I tematici, IV, Famiglia, diretto da Francesco Macario, 2022, 233 ss; Petrelli, *Vincoli di destinazione, alienazione di beni e conflitti con i creditori del disponente*, in *Riv. notar.*, 2022, n. 6, 1091 ss.

[5] Sulle polizze vita si veda *infra* a proposito dei contratti a favore di terzo con effetto *post mortem.*

[6] Sulla legge sul "Dopo di Noi" dal punto di vista civilistico si è formata una significativa letteratura. Si ricordano in particolare: Atlante - Cavalaglio, *I fondi speciali nel contratto di affidamento fiduciario previsti dalla legge "dopo di noi": una nuova ipotesi di patrimonio separato?*, in *Riv. notar.*, 2017, 227 ss.; Gigliotti, *Trust interno e atto di destinazione*, in *Giust. civ.*, 2016, 744 ss., dove espressamente alla nota 6 si segnala la Legge sul Dopo di Noi; Torroni, *La destinazione patrimoniale nella famiglia*, in *Riv. notar.*, 2017, 81 ss.; Petrelli, *Vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. e trust, quindici anni dopo*, in *Riv. notar.*, 2020, 1091 ss. Si veda anche, sul tema, Sapio, *I trust interni autodestinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 384 ss.

[7] Si vedano in particolare, tra le più rilevanti: Cass., 19.04.2018, n. 9637, secondo cui "Non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo negozio istitutivo di trust risponda al giudizio di meritevolezza previsto dall'articolo 1322 del cc, poiché la valutazione (astratta) della meritevolezza è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore con la legge 16 ottobre 1989 n. 364, che ha ratificato e dato esecuzione in Italia alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985"; Cass., sez. un., 12.07.2019, n. 18831, in tema di regolamento di giurisdizione; nonché la recentissima Cass., 17.02.2023, n. 5073 in tema di tutela dei legittimari avverso un trust di famiglia in funzione successoria. Per maggiori approfondimenti riguardo a questa sentenza, sia consentito il rinvio a Cenini, *Validità del trust discrezionale di famiglia in funzione successoria e rimedi per i legittimari*, in *Giur. it.*, 2023, 1535 ss.

[8] Si è scelto di adottare la dicitura "trust in funzione successoria" seguendo il recente studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato, Muritano - Romano, *Il trust in funzione successoria tra divieto dei patti successori e tutela dei legittimari*, Studio n. 2019-2019/C.

Sotto questa categoria si suole ricomprendere una vasta ed eterogenea gamma di negozi e contratti che sono stipulati *inter vivos* ma che producono (tutti o alcuni) effetti dopo la morte di un determinato soggetto, che di regola è parte del negozio stesso. Questi negozi, dunque, hanno una funzione che è stata definita come "parasuccessoria"[9] e com'è evidente inizialmente hanno posto problemi, oggi in gran parte ormai superati, con riferimento al divieto della devoluzione tramite contratto e ai principi di revocabilità delle disposizioni di ultima volontà e di personalità e unilateralità della volizione testamentaria[10].

Tra i contratti *inter vivos* con effetti *post mortem* si suole in particolare ricomprendere una serie di contratti quali il mandato *post mortem* e tutti i contratti a favore di terzo[11] che abbiano effetti dopo la morte dello stipulante; quest'ultimo schema contrattuale in particolare, per la presenza nel codice civile dell'art. 1412, appare per certi versi l'ipotesi paradigmatica di contratti *inter vivos* con effetti *post mortem*[12]. Nell'ambito di questo schema contrattuale si riconducono, come noto, una serie di contratti tipici disciplinati all'interno del codice civile quali l'assicurazione sulla vita[13], richiamata come detto dalla stessa legge Dopo di Noi, il deposito a favore di terzo, la rendita vitalizia a favore di terzo, a cui si aggiungono una serie di contratti atipici, ampiamente conosciuti e già validati dalla giurisprudenza, tra cui il contratto di mantenimento e il vitalizio alimentare[14].

---

[9] Si vedano in tema Ieva, *I fenomeni parasuccessori*, nel *Tratt. breve succ. don.*, diretto da Rescigno e coordinato da Ieva, I, Cedam, 2010, 59 ss.; Iaccarino, *Alternative individuate dalla prassi ai modi tradizionali di devoluzione dell'eredità*, in *Successioni e donazioni*, diretto da Iaccarino, Utet, 2017, 62 ss. Oltre all'espressione contratti *post mortem*, la dottrina ha parlato anche di negozi transmorte: cfr. Moncalvo, *I così detti negozi "transmorte"*, in Aa.Vv., *La successione ereditaria*, nel *Trattato dir. succ. don.*, diretto da Bonilini, I, Milano, 2009, 191; Palazzo, *Negozi trans mortem e donazioni indirette nella civilistica del secondo dopoguerra*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, Milano, 1991, 656. La differenza tra negozi *trans mortem* e negozi *post mortem* risiederebbe nella circostanza che solo i primi prevedrebbero la possibilità per il disponente di modificare la disposizione prevista con il negozio e manterrebbero il principio della revocabilità della disposizione. Per approfondimenti e ulteriore bibliografia ci si permette di rimandare a Cenini, *Contratti inter vivos con effetti post mortem nella successione dell'impresa*, in *Familia*, 2021, 659 ss.

[10] Per iniziare lo studio dei contratti *post mortem*, si vedano in particolare: Carnevali, *Negozio fiduciario e mandato post mortem*, in *Giur. comm.*, 1975, II, 694 ss.; Pene Vidari, *Contratti post mortem*, in *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *sez. civile*, 2003 e *ivi* ampia bibliografia; Cersosimo, *Il divieto di patti successori e la liceità dei negozi post mortem*, in *Familia.it*, 2017; Nicolò, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita not.*, 1971, 147 ss.

[11] Scozzafava, voce «Contratto a favore di terzo», in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; Maiello, voce «Contratto a favore di terzo», in *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, Utet, 1989, 235 ss.

[12] Cass., 02.09.2020, n. 18198: : «In tema di patti successori, l'atto «mortis causa», rilevante agli effetti di cui all'art. 458 c.c., è esclusivamente quello nel quale la morte incide non già sul profilo effettuale (ben potendo il decesso di uno dei contraenti fungere da termine o da condizione), ma sul piano causale, essendo diretto a disciplinare rapporti e situazioni che vengono a formarsi in via originaria con la morte del soggetto o che dalla sua morte traggono comunque una loro autonoma qualificazione, sicché la morte deve incidere sia sull'oggetto della disposizione sia sul soggetto che ne beneficia: in relazione al primo profilo l'attribuzione deve concernere «id quod superest» ed in relazione al secondo deve beneficiare un soggetto solo in quanto reputato ancora esistente al momento dell'apertura della successione». Sul tema del negozio alimentare *post mortem*, si veda Formichelli, *L'efficacia post mortem dell'obbligazione alimentare (un contributo alla teoria del negozio post mortem)*, in *Riv. notar.*, 1987, 704.

[13] Su cui si veda recentemente Della Rocca, *Profili successori delle polizze vita: un'applicazione secondo ragionevolezza degli articoli 741 e 1923, comma 2, c.c.*, in *Dir. succ. e fam.*, 3, 2020, 829 ss.; Volpe Putzolu, *Il contratto di assicurazione quale strumento successorio*, in Aa.Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Cedam, 1995, 56 ss. Ci si permette inoltre di rimandare a Cenini, *Contratto di assicurazione e premorienza del beneficiario*, in *Familia*, 2022, 121 ss.

[14] Si reputa in particolare valido il c.d. contratto di mantenimento in cui si preveda che a fronte del trasferimento di un bene (solitamente un immobile), l'acquirente corrisponda una somma di denaro vita natural durante a favore del venditore e che l'esecuzione di questa prestazione di mantenimento si trasmetta agli eredi dell'obbligato. Se invece il mantenimento comprende anche prestazioni assistenziali a carattere personale, si reputa che queste necessariamente si estinguano con la morte dell'obbligato. Al contrario, nel caso in cui a

Anche secondo la recente ordinanza della Cassazione già menzionata[15], il trust *inter vivos* in funzione successoria rientra pienamente in questa categoria dal momento che è istituito dal disponente in vita proprio per pianificare la propria successione e realizzare effetti dopo la sua morte: questo meccanismo non solo, come già dimostrato[16], non viola il divieto di patti successori ma, come la Cassazione ha confermato, non è nemmeno in contrasto con l'art. 549, in merito al divieto di pesi e condizioni sulla quota di legittima, l'art. 631, che commina la nullità di ogni disposizione testamentaria con la quale si fa dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario ovvero la determinazione della quota di eredità, e l'art. 778 in tema di mandato a donare.

A quest'ultimo riguardo, la Cassazione ha rilevato infatti che sia l'articolo 549 c.c. che l'articolo 631 sono norme destinate ad operare esclusivamente per l'ipotesi di trust testamentario, ossia per il trust istituito tramite testamento, e non anche nel caso in cui la sua istituzione sia avvenuta con atto *inter vivos*[17].

Con riguardo al divieto di mandato a donare, si sottolinea che l'art. 778, comma 2, non è richiamato dall'art. 809 c.c., pertanto non è applicabile alle ipotesi di donazioni indirette (qualificazione che, come vedremo nel prossimo paragrafo, è preferita con riferimento ai trust *inter vivos* in funzione successoria); inoltre, poiché, nel caso di specie e nella stragrande maggioranza delle ipotesi di trust istituiti *inter vivos* per iscritto, l'atto istitutivo conteneva la disciplina dei poteri del trustee, l'individuazione sia dei possibili beneficiari, all'interno di una limitata cerchia, sia dell'oggetto delle attribuzioni, era comunque possibile considerare soddisfatte anche le condizioni che a mente del secondo e terzo comma dell'art. 778 c.c. legittimano il ricorso al mandato a donare.

3. *Gli effetti liberali dei trust in funzione successoria e negozi di destinazione*

La dottrina e giurisprudenza quasi unanime hanno poi acclarato, come già accennato a chiusura del precedente paragrafo, che i trust di famiglia che realizzano una pianificazione successoria sono riconducibili ad una liberalità ai sensi dell'art. 809 c.c. (c.d. donazione indiretta) in quanto l'intento ultimo del disponente è quello di avvantaggiare i beneficiari. Si combinano dunque la funzione gestoria tipica dei negozi fiduciari con gli effetti liberali tipici delle liberalità realizzate con "atti diversi dalla donazione".

A riguardo va sottolineato che mentre nelle donazioni dirette lo spirito di liberalità (*animus donandi)*[18] assurge a causa stessa del contratto e giustifica l'attribuzione patri-

fronte del sorgere immediato dell'obbligazione di mantenimento le parti stipulino che il corrispettivo è costituito da una futura attribuzione successoria (es. legato), questo patto sarebbe sicuramente nullo. A questo contratto si affianca ora il contratto atipico di vitalizio alimentare oggetto della sentenza Cass. 2.9.2020 n. 18198; si veda anche Cass. 13232/2017 sulla differenza tra vitalizio alimentare e rendita vitalizia.

[15] Cass., 17.2.2023, n. 5073.

[16] Per questa argomentazione sia consentito il rinvio a Cenini, *Contratti inter vivos con effetti post mortem nella successione dell'impresa*, cit., e ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

[17] Con specifico riferimento al divieto di pesi e condizioni sulla legittima, la Corte ritiene che la nullità colpirebbe eventualmente la sola previsione che imponga pesi o condizioni sulla quota di legittima, così che l'invalidità dovrebbe riguardare solo la previsione di un termine particolarmente lungo (nella specie, 80 anni) entro il quale il trustee può esercitare il suo potere discrezionale.

[18] Lo spirito di liberalità è inteso come quell'interesse soggettivo del donante (secondo altri, la consapevolezza), condiviso e accettato dall'altro contraente, di attribuire a quest'ultimo un vantaggio patrimoniale senza esservi obbligato (nemmeno moralmente) e in assenza di corrispettivo o altro interesse economico. Per approfondimenti, ci si permette di rimandare a Cenini, *Liberalità, società e terzo settore. Contributo allo studio dei negozi traslativi gratuiti e della destinazione*, Giappichelli, 2023.

moniale[19], nel caso nelle donazioni indirette, invece, essendo esse realizzate attraverso contratti (o altri negozi *inter vivos,* anche unilaterali, come appunto il trust) che hanno una autonoma e distinta causa, lo spirito di liberalità può essere presente, ma non assume, a differenza delle donazioni dirette, rilevanza causale [20].

La riconduzione degli "altri atti diversi dalla donazione" alle liberalità, dunque, viene recuperata sul piano degli effetti [21] e la nozione di liberalità in senso oggettivo coincide con la nozione di effetti liberali: questi ultimi sono, in prima approssimazione, effetti equivalenti a quelli che il contratto di donazione produce in via tipica ossia effetti di arricchimento in favore di una delle parti e di depauperamento per l'altra parte, senza alcuna forma, neanche indiretta, di corrispettivo per quest'ultimo [22].

D'altra parte, con riferimento agli atti di destinazione di cui all'art. 2645 ter, autorevole dottrina[23] ha sostenuto che il negozio traslativo con finalità di destinazione è da ritenersi estraneo allo schema della liberalità, sia donativa che non donativa.

---

[19] Sulla constatazione che lo spirito di liberalità costituisce causa del contratto di donazione, si veda Bianca, *Il contratto*, 2a ed., Giuffrè, 2000, 495.

[20] Gatt, *La liberalità*, I, Utet, 2005, ristampa 2012, 227 s., la quale nega recisamente che si possa parlare di "doppia causa" nelle ipotesi di donazioni indirette. Si veda anche, della stessa Autrice, *La liberalità*, II, Utet, 2012, 3 ss. Si veda in particolare il passaggio a pag. 160 del primo volume in cui l'Autrice afferma: "Ne discende che, ove si sia in presenza di un contratto (che, a conclusione del procedimento interpretativo, possa essere qualificato) diverso dalla donazione, seppure lo spirito di liberalità (l'interesse liberale consapevolmente e concordemente perseguito) fosse presente (in una o entrambe le parti), non potrebbe comunque acquistare rilevanza giuridica sul piano causale – neanche nella forma di "profilo" della causa non liberale – dato che il contratto, in quanto X (diverso dalla donazione), ha già una sua causa (non liberale) che assorbe ed elimina a priori ogni questione di giustificazione causale degli effetti prodotti".

[21] La prospettiva effettuale, come noto, è proposta dalla dottrina moderna (si veda in particolare Carnevali, *Le donazioni*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 6, *Successioni*, II, Torino, Utet, 1982, 433 ss. e in part. 446; 532 ss.) e ampiamente argomentata nelle monografie di Lucilla Gatt citate alla nota precedente. Questa impostazione è stata anche sposata dalla Cassazione a Sezioni Unite: si veda Cass., sez. un., 27.7.2017, n. 18725, che riprende in particolare la teoria esposta da Lucilla Gatt nel II volume dedicato alle liberalità in merito alle operazioni triangolari. La Cassazione in particolare ha affermato che il contratto, con la sua propria causa, realizza "in via mediata effetti economici equivalenti a quelli prodotti dal contratto di donazione". La pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha cercato di dare una collocazione sistematica dei diversi modi in cui una liberalità indiretta può configurarsi, dovendo decidere un caso nel quale la liberalità era stata effettuata mediante un'operazione di giroconto bancario. In tali circostanze, dopo una rassegna delle ipotesi che hanno interessato maggiormente la giurisprudenza, la Corte è arrivata a qualificare come donazioni indirette quelle che sono realizzate: "(a) con atti diversi dal contratto (per esempio, negozi unilaterali come l'adempimento del terzo o le rinunce abdicative); (b) con contratti (non tra donante e donatario) rispetto ai quali il beneficiario è terzo; (c) con contratti caratterizzati dalla presenza di un nesso di corrispettività tra attribuzioni patrimoniali; (d) con la combinazione di più negozi (come nel caso dell'intestazione di beni a nome altrui)" quando, attraverso di essi, si producano gli effetti di liberalità tipici della donazione. Nelle operazioni triangolari, poi, rilievo determinante per discernere tra donazione diretta o indiretta assume la funzione del terzo nell'economia contrattuale e nei suoi rapporti con il beneficiario. Se questi è mero esecutore di un regolamento contrattuale che interessa donante e donatario, tale per cui al beneficiario non è concessa azione diretta verso di esso per l'adempimento, si è presumibilmente in presenza di una donazione diretta, per cui è richiesta la forma solenne di cui all'art. 783 c.c.

[22] Carnevali, *Le donazioni*, cit., 436 il quale parla di "arricchimento senza corrispettivo della controparte vivificato dall'*animus donandi*"; Gatt, *La liberalità*, I, *ibidem* e 167-169 e 170 dove si afferma: "da un contratto diverso dalla donazione deve derivare lo stesso ("tipo di") arricchimento che deriva dal contratto di donazione e, quindi, in sostanza con l'effetto liberale si identifica con l'effetto di arricchimento (di "tipo") donativo". Damiani, *Art. 769 c.c.*, in *Donazioni, Commentario del codice civile e codici collegati a cura di Giorgio de Nova, Libro secondo: Successioni art. 769-809*, a cura di Enrico del Prato, 1 ss., 43, invece, fa piuttosto leva sulla natura dell'interesse del donante: una donazione, infatti, può anche sottintendere un interesse economico, purché tale interesse non confluisca nella sinallagmaticità e corrispettività.

[23] Lenzi, voce «Atto di destinazione», cit., § 5 e ivi riferimenti. Si veda anche La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, in *Atti di destinazione e trust, Art. 2645 ter del codice civile*, a cura di Vettori, cit., 84 ss.

Il trasferimento a colui che deve attuare la destinazione – trasferimento che è strumentale alla destinazione stessa e che non si confonde con il profilo destinatorio – non mira a beneficiare l'*accipiens* ma solo a favorire lo svolgimento dell'attività di destinazione: tale trasferimento "non può quindi mai essere ricondotto alla liberalità, mancando qualsiasi intenzione del destinante di favorire l'attuatore; il trasferimento strumentale all'attuazione della destinazione, lungi dall'arricchire l'attuatore, lo carica dei doveri e delle connesse responsabilità legate alla realizzazione della destinazione"[24].

La liberalità, inoltre, come è stato sottolineato[25], risulta strutturalmente incompatibile con la destinazione *reale*, che implica transitorietà dell'attribuzione e la sua funzionalità all'attuazione dello scopo impresso dal disponente al bene. Al contrario di altri istituti, infatti, al termine del vincolo di destinazione (di durata massima di 90 anni o coincidente con la vita del beneficiario) il bene, di regola ma non necessariamente (v. *infra*), torna nella disponibilità del disponente (o dei suoi aventi causa) e non vi è arricchimento definitivo in capo ad altri soggetti (come potrebbe invece avvenire nel caso di trust con beneficiari).

Tuttavia, la fattispecie di destinazione con effetto traslativo verso l'attuatore richiede che il vincolo sia a vantaggio di soggetti terzi, i c.d. beneficiari (anche se, secondo alcuni, l'individuazione di questi ultimi non è obbligatoria)[26]; non è pertanto escluso che possa ravvisarsi una liberalità (o, forse più limitatamente, un arricchimento) nei loro confronti[27].

Secondo una parte di dottrina l'atto di destinazione, inoltre, può avere un effetto traslativo non solo verso l'attuatore ma anche in via definitiva verso il beneficiario finale o un terzo alla scadenza del vincolo (magari un ente del terzo settore che persegua scopi analoghi), in modo tale che il patrimonio di quest'ultimo si arricchisca per la causa liberale che avrebbe mosso il disponente all'atto di disposizione[28]. La natura liberale dell'attribuzione finale comporterebbe dunque l'applicazione della disciplina delle donazioni c.d. indirette anche ai negozi di destinazione con beneficiari soggetti terzi.

---

[24] Ricollegandosi allo scritto di La Porta, Raffaele Lenzi dunque prosegue: "È la causa destinatoria a sostenere un effetto attributivo in funzione dell'attuazione dello scopo, senza che vi sia alcuna volontà del disponente di beneficiare il destinatario dell'attribuzione".

[25] La Porta, *L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645 ter cod. civ.*, cit., 101.

[26] Cfr. Meucci, *La destinazione tra atto e rimedi*, Giuffrè, 249 ss. e ivi ulteriore bibliografia. Ritengono che i beneficiari debbano essere individuati Russo, *Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2465 ter c.c.)*, in *Vita not.*, 2006, 3, in part. 1251; Palermo, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, in *Atti di destinazione e trust*, a cura di Vettori, cit., 292.

[27] Cfr. Palermo, *Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi*, cit., 289 il quale discute anche circa la forma della liberalità, ritenendo che "a maggior ragione deve ritenersi che l'onere dell'enunciazione – espressamente richiesta dall'art. 2645 ter – dell'interesse a disporre (inteso come interesse patrimoniale o non patrimoniale, purché oggettivamente apprezzabile) sia sufficiente a tipizzare in concreto il negozio destinatorio, al quale, si badi, il legislatore ha impresso un rigoroso regime di forma, richiedendo *ad substantiam*, e non ai soli fini della trascrizione, dello stesso "atto pubblico" che, con riguardo alla donazione, è contemplato dall'art. 782 c.c.". Si veda anche Palazzo, *La funzione suppletiva della successione necessaria, la tutela dei soggetti deboli e la diseredazione (riflessioni sul progetto per l'abolizione della categoria dei legittimari)*, in *Familia*, 2008, il quale ritiene che l'art. 2645 ter potrebbe costituire una fattispecie donativa indiretta, a cui sarebbe applicabile l'istituto dell'opposizione. Si veda anche Stefanelli, *Riduzione della donazione*, in Palazzo, *I contratti di donazione*, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Utet, 2009, 428 e 469 ss.

[28] Stefanelli, *Riduzione della donazione*, cit., 470. Contra invece La Porta, op. ult. cit. che sottolinea che se il disponente desidera arricchire in via definitiva il beneficiario dovrà, alla cessazione del vincolo, porre in essere altri negozi (donazione, testamento) o giustificare in altro modo il trasferimento (ad esempio, come obbligazione naturale).

4. *Effetti liberali, tutela dei legittimari e disabilità*

La riconduzione alle liberalità indirette sia del trust in funzione successoria che dei negozi di destinazione, nel senso discusso nel precedente paragrafo, comporterebbe dunque anche l'applicazione della disciplina della successione necessaria e la conseguente riducibilità delle attribuzioni in caso di esperimento vittorioso della relativa azione[29].

Tuttavia, come si è suggerito in un recente studio[30] e come altra dottrina in tema di atti di destinazione propone[31], la soluzione potrebbe essere non automaticamente a favore dei legittimari. Sembra infatti opportuno lasciare spazio ad una comparazione tra gli interessi della famiglia, da una parte, e gli interessi del soggetto disabile (o, nell'esempio proposto sopra, dell'ente del terzo settore che riceva l'attribuzione finale), dall'altra.

Come è stato osservato dalla dottrina[32] e, per quanto riguarda i soggetti disabili, riconosciuto dal legislatore stesso[33], entrambi gli interessi hanno infatti rilevanza costituzionale[34]: per questo motivo appare quanto meno da porre in discussione la necessaria e automatica prevalenza degli interessi dei legittimari rispetto agli interessi del soggetto disabile (e a quelli perseguiti dall'ente del terzo settore) e aprire lo spazio ad una valutazione più analitica della questione.

---

[29] Si veda a riguardo anche Cass., 17.2.2023 n. 5073, la quale ha anche statuito in tema di legittimazione passiva all'azione di riduzione.

[30] Cenini, *Liberalità, società e terzo settore*, cit.

[31] Stefanelli, *Riduzione della donazione*, cit., 472-473: "È in ogni caso da sottolineare come la previsione della destinazione del vincolo ad interessi riferibili a persone con disabilità si possa legare alla riforma della successione necessaria, come auspicata dalla migliore dottrina, nella direzione dell'eliminazione dell'azione di riduzione tutte le volte che il contratto liberale sia diretto a sostenere gli interessi di soggetti deboli, nell'ottica della funzione sociale della proprietà, quale strumento di attuazione, in forma sussidiaria, dell'interesse pubblico alla soddisfazione dei bisogni esistenziali dei deboli".

[32] Il diritto di legittima si considera avente rilevanza costituzionale: si veda Bianca, *Le successioni*, a cura di M. Bianca e P. Sirena, in C.M. Bianca, *Diritto Civile*, vol. 2.2, 192-193, i quali, dopo aver richiamato una importante pronuncia della Corte costituzionale tedesca, affermano che "la legittima dei figli è quindi costituzionalmente tutelata in quanto espressione della solidarietà familiare, che connota fondamentalmente e inderogabilmente il rapporto tra genitori e figli".

[33] Con riferimento ai soggetti disabili, la stessa legge 112/2016, all'articolo 1, afferma di essere "in attuazione dei principi stabiliti dagli articoli 2, 3, 30, 32 e 38 della Costituzione, dagli articoli 24 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dagli articoli 3 e 19, con particolare riferimento al comma 1, lettera a), della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e ratificata dall'Italia ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18". Sulla Convenzione di New York si veda Venchiarutti, *Persone con disabilità e responsabilità civile, articolo 12 della Convenzione di Nuova York, riforma spagnola e diritto civile italiano*, in *Resp. civ. e prev.*, n. 4, 2022, 1337 ss.

[34] Sulla rilevanza costituzionale di alcuni degli interessi perseguiti dagli Enti del Terzo Settore sia ancora una volta consentito il rinvio a Cenini, *Liberalità, società e terzo settore*, cit. I diritti delle persone con disabilità sono stati anche riconosciuti dalla giurisprudenza della CEDU: sul tema si veda il recente contributo di Sabato, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giust. civ.*, n. 2, 2021, 303 ss.

GIOVANNI DE CRISTOFARO

IL DIRITTO DEL MINORE CAPACE DI DISCERNIMENTO DI ESPRIMERE LE SUE OPINIONI E IL C.D. ASCOLTO FRA C.P.C. RIFORMATO, CONVENZIONI INTERNAZIONALI E DIRITTO UE*

SOMMARIO: 1. Premessa. La riforma della disciplina italiana del c.d. ascolto del minore. – 2. Il dovere di riconoscere il "giusto peso" alle opinioni espresse da un minore "capace di elaborare e formare opinioni sue proprie" in sede e ai fini dell'assunzione delle decisioni concernenti la sua persona e/o il suo patrimonio. La Conv. di New York del 1989. – 3. La necessità di "prendere in considerazione" le opinioni espresse da un minore "in conformità con la sua età e la sua maturità": l'art. 24, comma 1, Carta dei diritti UE. – 4. L'ascolto come strumento attraverso il quale viene assicurato l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere di cui al comma 1 dell'art. 12 Conv. New York: il comma 2 dell'art. 12 della Convenzione. – 5. L'art. 315-bis, comma 3, c.c. e la confusione generata dagli errori commessi dal legislatore italiano in sede di stesura del testo della disposizione. – 6. La Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori. – 7. "Ascolto del minore" e riconoscimento ed esecuzione di provvedimenti giudiziali, atti pubblici e accordi in materia di responsabilità genitoriale e sottrazione internazionale di minori formati in altri Stati membri dell'UE: il Reg. (UE) 2019/1111. – 8. Il c.p.c. riformato: considerazioni generali sul comma 1 dell'art. 473 bis.4 c.p.c. – 9. I procedimenti contenziosi: i casi in cui il giudice "non procede all'ascolto" (comma 2 dell'art. 473 bis.4 c.p.c.). – 10. I procedimenti "su domanda congiunta" (comma 3 dell'art. 473 bis.4 c.p.c.).

1. *Premessa. La riforma della disciplina italiana del c.d. ascolto del minore*

Una delle più significative innovazioni apportate al diritto minorile dal d. legisl. 10 ottobre 2022, n. 149, è rappresentata dalla trasposizione – dal c.c. al c.p.c. – della disciplina dell'istituto del c.d. "ascolto" del minore, un tempo contenuta negli artt. 336-*bis* e 337-*octies* c.c. e oggi inserita negli artt. 473-*bis*.4, 473-*bis*.5 e 473-*bis*.6 c.p.c.

Come noto, in occasione di siffatta traslazione la suddetta disciplina generale ha subìto molteplici e rilevanti modificazioni, che ne hanno sensibilmente mutato il volto e profondamente alterato i contenuti.

Proprio in ragione della importanza e della portata innovativa di alcune di queste modificazioni, è lecito invero dubitare che *in parte qua* sia stato pienamente rispettato dal Governo il criterio direttivo formulato nell'art. 23, lett. dd) della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, che si limitava a contemplare il (mero) "riordino delle disposizioni in materia di ascolto del minore, anche alla luce della normativa sovranazionale di riferimento".

Nella *Relazione illustrativa* del d. legisl. si afferma testualmente che i nuovi artt. 473-*bis*.4, 473-bis.5 e 473-bis.6 c.p.c. "disciplinano l'istituto dell'ascolto del minore, al quale nell'ordinamento viene attribuita una *rilevanza sempre crescente*, anche alla luce della normativa sovranazionale di riferimento".

---

* A Paolo Zatti, e alla sua mirabile capacità di ascolto, considerazione e valorizzazione delle opinioni altrui.

L'affermazione, come si vedrà, viene clamorosamente contraddetta dalla sostanza delle scelte compiute dal nostro legislatore.

Per un verso, infatti, in esito alle modifiche introdotte (e segnatamente in ragione dell'incremento delle ipotesi nelle quali l'ascolto può – o addirittura deve – essere omesso da parte dell'autorità giudiziaria) l'ascolto processuale del minore da parte del giudice appare inevitabilmente destinato a vedere considerevolmente ridotta la propria concreta rilevanza.

Per altro verso, lungi dall'uniformarsi ai precetti contenuti nelle Convenzioni internazionali ratificate dallo Stato italiano e al diritto UE, primario e secondario, la disciplina attuale si è chiaramente discostata dai precetti in questione, finendo di fatto per risultare assai meno conforme e coerente con tali precetti rispetto alla disciplina previgente.

Le ragioni di questa evoluzione della nostra normativa interna sono verosimilmente riconducibili, in primo luogo, alla scarsa propensione dei giudici di merito a valorizzare ed utilizzare lo strumento del c.d. ascolto processuale "diretto" del minore, per altro verso e soprattutto alla distorsione del significato e della portata dei precetti dettati in proposito dalle disposizioni internazionali ed UE, che ha spinto il legislatore ad "appiattire" sullo strumento dell'ascolto processuale c.d. diretto un istituto che in realtà è caratterizzato da un respiro assai più ampio e da forme applicative assai più elastiche ed eterogenee.

Ne è risultato un quadro normativo a dir poco sconfortante, che induce a nutrire serie perplessità sulle modalità con le quali verrà attuato e garantito il diritto fondamentale del minore di esprimere liberamente le proprie opinioni e vederle tenute in considerazione – nei processi decisionali attinenti a questioni che lo riguardano – in una misura correlata alla sua età e al suo grado di maturità: diritto alla cui piena attuazione è funzionale lo strumento del c.d. ascolto.

Per comprendere le motivazioni di queste nostre perplessità, riteniamo indispensabile prendere le mosse proprio da quelle convenzioni internazionali e normative UE che le nuove disposizioni del c.p.c. sono (*rectius:* dovrebbero essere) rivolte ad attuare.

2. *Il dovere di riconoscere il "giusto peso" alle opinioni espresse da un minore "capace di elaborare e formare opinioni sue proprie" in sede e ai fini dell'assunzione delle decisioni concernenti la sua persona e/o il suo patrimonio. La Conv. di New York del 1989*

L'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989[1] impone (1° co.) agli Stati aderenti di assicurare al "fanciullo"[2] che sia "capace di elaborare e formare opinioni sue proprie" (*who is capable of forming his or her own views*) il diritto di "esprimere liberamente tali opinioni" con riferimento a tutte le "questioni" (*matters*) che lo riguardano, stabilendo che alle opinioni così espresse debba essere dato il "giusto peso" (*due weight*) in conformità con la (*in accordance with*) sua età e il suo grado di maturità.

La disposizione, seppure collocata prima delle disposizioni che riconoscono e tutelano il diritto del fanciullo alla libertà di espressione (art. 13) e alla libertà di manifestazione del proprio pensiero e delle proprie convinzioni (art. 14), in realtà le presuppone.

[1] La l. 27 maggio 1991, n. 176, recante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione di tale Convenzione, è stata pubblicata nella *G.U.* n. 135 del 11 giugno 1991.

[2] Per tale dovendosi intendere ogni essere umano di età inferiore ai 18 anni: art. 1 Conv. New York.

Qualsiasi fanciullo – a prescindere dall'età, dal grado di maturità e dall'intervenuta acquisizione di una piena o anche solo parziale capacità di formarsi opinioni sue proprie – ha invero il diritto di esprimersi e di manifestare liberamente il proprio pensiero e le proprie opinioni e convinzioni: un diritto che proprio negli art. 13 e 14 della Convenzione trova il suo pieno fondamento e che può essere assoggettato a limitazioni soltanto per le ragioni eccezionali ivi espressamente e tassativamente contemplate.

Quando tuttavia ad esercitare siffatti diritti sia un minore che abbia acquisito la capacità di elaborare e formare opinioni sue proprie ed autonome (quella che nella traduzione italiana della Convenzione viene – con espressione infelice ed impropria – definita "capacità di discernimento"), e le opinioni da lui espresse nell'esercizio di siffatti diritti si riferiscano a questioni che – pur riguardandolo direttamente – debbano essere affrontate e risolte da altri soggetti, chiamati ad assumere ed attuare in sua vece (e nel suo interesse) le relative decisioni in ragione della sua minore età, alle opinioni così manifestate dal minore deve essere attribuito il "giusto peso" da parte dei soggetti investiti del potere di assumere ed attuare le decisioni suddette.

Ne deriva, in primo luogo, che questi ultimi debbono considerarsi tenuti a sollecitare tempestivamente il minore a manifestare le sue opinioni *prima* di assumere ed attuare una decisione che lo riguarda, se del caso fornendogli tutte le informazioni necessarie per consentirgli di manifestare una opinione sufficientemente consapevole.

In secondo luogo, ne deriva che essi debbono attribuire alle opinioni così manifestate una rilevanza (un "peso") proporzionata all'età e al grado di maturità del minore nel processo decisionale destinato a sfociare nella definizione dei contenuti (e nella successiva attuazione) della scelta inerente alla questione concernente la persona o il patrimonio del minore.

Il nucleo precettivo autentico dell'art. 12 Conv. New York consiste dunque non tanto nel (riconoscimento al minore del) diritto di esprimere liberamente le sue opinioni sulle questioni che lo riguardano – diritto che in realtà potrebbe considerarsi ricompreso nei diritti contemplati in termini generali dagli artt. 13 e 14 – bensì nel dovere di dare il "giusto peso" alle opinioni manifestate dal minore quando ad esprimerle sia stato un minore "capace di formarsi opinioni sue proprie" (e nel dovere, in esso logicamente implicito, di sollecitare il minore che abbia acquisito siffatta capacità ad esprimere le sue opinioni prima dell'assunzione di una decisione che lo riguardi).

L'art. 12, comma 1, Conv. New York non individua i soggetti gravati dal dovere di dare il giusto peso alle opinioni manifestate dal minore.

In linea di principio, deve senz'altro ritenersi che siffatto dovere gravi in termini generali su chiunque, per qualsivoglia ragione, entri in contatto con il minore relazionandosi con quest'ultimo. È evidente tuttavia che ad essere gravati in via primaria da questo dovere siano i soggetti che, in ragione della minore età del "fanciullo", sono investiti per legge del potere/dovere di assumere ed attuare decisioni relative alle questioni che riguardano la sua vita, la sua persona ed il suo patrimonio.

Quali e quante decisioni siano sottratte al "fanciullo" – e con quale graduazione in relazione al progredire della sua età – è questione che viene risolta con modalità eterogenee e differenziate negli ordinamenti giuridici nazionali dei Paesi che hanno ratificato la Convenzione. Di sicuro, in tutti questi Paesi la capacità d'agire delle persone fisiche infradiciottenni viene assoggettata a limitazioni più o meno rilevanti da norme che – al fine di evitare che il minore rimanga assoggettato agli effetti giuridici vincolanti di atti in merito ai quali si presume privo della maturità e delle conoscenze necessarie

per comprenderne il contenuto, la portata e le ripercussioni e conseguentemente per assumere una decisione sufficientemente critica e consapevole – sottraggono al minore stesso le relative decisioni e le riservano a soggetti maggiorenni (*in primis*, i genitori), investiti per legge del potere/dovere di prendersi cura della persona e del patrimonio del minore stesso fino al raggiungimento della maggiore età. Ed è proprio a questi soggetti che, essenzialmente, è rivolto il fondamentale precetto dettato dal comma 1 dell'art. 12 Conv. New York.

3. *La necessità di "prendere in considerazione" le opinioni espresse da un minore "in conformità con la sua età e la sua maturità": l'art. 24, comma 1, Carta dei diritti UE*

Diversamente dall'art. 12, comma 1, Conv. New York, l'art. 24, comma 1, della Carta dei diritti UE, rubricato "*Diritti dei minori*", statuisce che i minori "possono" (*may, pouvent, können*) esprimere liberamente le loro opinioni, aggiungendo peraltro che tali opinioni *debbono essere prese in considerazione* nelle questioni che li riguardano "in funzione della" (*in accordance with*) loro età e della loro maturità.

Ancorché si basi – come viene espressamente riconosciuto nelle *Spiegazioni* relative alla Carta dei diritti UE – sull'art. 12 della Convenzione di New York, il citato art. 24 presenta, rispetto alla disposizione sulla quale è modellato, almeno tre rilevanti differenze.

In primo luogo, il potere di esprimere liberamente le proprie opinioni (al pari del diritto alla protezione e alle cure necessarie per il suo benessere, contemplato nel medesimo comma 1 dell'art. 24) viene riconosciuto a *qualsiasi* minore, e non viene riservato in via esclusiva al minore che abbia acquisito la capacità di formarsi opinioni sue proprie.

In secondo luogo, la libera espressione delle opinioni (diversamente dalle cure e dalla protezione) non viene configurata come oggetto di un (vero e proprio) *diritto*, bensì di un (mero) *potere*.

In terzo ed ultimo luogo, l'art. 24 si limita a stabilire che le opinioni espresse dal minore debbano (genericamente) *essere prese in considerazione* in correlazione all'età e alla maturità del minore stesso, laddove per contro nella Conv. di New York – assai più incisivamente – si dispone che le opinioni così espresse, lungi dal dover essere semplicemente "prese in considerazione", debbano vedersi concretamente riconosciuto il "giusto peso" in correlazione all'età e alla maturità del minore.

Dalle *Spiegazioni* della Carta non si evincono le ragioni di queste rilevanti differenze. Certo è che, proprio alla luce di siffatte differenze, l'art. 24 della Carta dei diritti appare dotato di un contenuto meno pregnante rispetto all'art. 12, comma 1, Conv. New York. Se è vero infatti che esso impone di assicurare a *qualsiasi* minore (e non soltanto al minore che abbia acquisito la "capacità di discernimento") la possibilità di esprimere liberamente le sue opinioni, non è meno vero che la "degradazione" a mero "potere" di quello che la Conv. di New York qualifica come "diritto" e la previsione di un ambiguo e generico dovere di "prendere in considerazione" le opinioni espresse del minore inevitabilmente conducono ad un affievolimento della forza e della portata (…del "peso") che – nell'impostazione della Carta dei diritti – debbono essere riconosciute alle opinioni manifestate dal minore (capace di discernimento) nell'ambito dei processi decisionali che lo riguardano.

Cionondimeno, proprio come nell'art. 12, comma 1, Conv. New York, anche (e a maggior ragione) nell'art. 24 della Carta dei diritti UE il baricentro della disposizione

è rappresentato non tanto dal riconoscimento del potere del minore di esprimere le proprie opinioni liberamente, quanto piuttosto dalla previsione della imprescindibile necessità che le opinioni così espresse vengano "prese in considerazione" in misura correlata alla sua età e al suo grado di maturità.

4. *L'ascolto come strumento attraverso il quale viene assicurato l'esercizio del diritto e l'adempimento del dovere di cui al comma 1 dell'art. 12 Conv. New York: il comma 2 dell'art. 12 della Convenzione*

Il comma 2 dell'art. 12 Conv. New York aggiunge che "a tal fine" (e cioè al fine di consentire al minore di esprimere le sue opinioni affinché alle opinioni così espresse possa essere dato il "giusto peso" in sede di assunzione delle decisioni che lo riguardano) dev'essere data al fanciullo l'opportunità di essere *ascoltato* (*heard*) – personalmente ovvero per il tramite di un rappresentante o un organismo appropriato – in qualsiasi procedimento giudiziario e amministrativo che lo riguardi, con modalità compatibili con le norme processuali vigenti nel diritto nazionale.

Nell'impostazione della Convenzione di New York, non esiste dunque un "diritto all'ascolto": l'ascolto del minore viene infatti visto e concepito (non come oggetto di un diritto del minore, bensì) semplicemente come uno strumento attraverso il quale viene reso possibile – tutte le volte in cui la soluzione di una "questione" riguardante il minore debba essere adottata nell'ambito di un procedimento giudiziario o amministrativo – l'esercizio del fondamentale diritto del minore di manifestare le sue opinioni sulle questioni che lo riguardano e di veder attribuito alle opinioni così manifestate il "giusto peso" dalle autorità giurisdizionali o amministrative investite del potere decisionale.

La necessità di assicurare al minore la possibilità di essere ascoltato dall'autorità amministrativa o giurisdizionale competente ad assumere una decisione che lo riguarda è invero strettamente correlata all'esigenza di dare piena e coerente attuazione al fondamentale precetto dettato dall'art. 3, comma 1, Conv. New York, ai sensi del quale in tutte le azioni concernenti fanciulli intraprese da istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, da tribunali, da autorità amministrative o da organi legislativi, il *best interest of the child* venire primariamente in considerazione (*must be a primary consideration*).

Per poter individuare la soluzione più e meglio rispondente al *best interest* del minore l'autorità amministrativa o giudiziaria non può prescindere dall'acquisizione delle sue opinioni, laddove il minore stesso sia in grado di elaborare e manifestare opinioni sue proprie: soltanto la conoscenza e la ponderazione (adeguata all'età e alla maturità) delle opinioni da lui espresse consente infatti all'autorità stessa di entrare in possesso degli elementi imprescindibili ai fini della costruzione di una scelta che sia autenticamente e realmente rispondente alle esigenze e agli interessi del minore stesso.

La Conv. di New York si guarda bene dell'imporre la necessità che l'ascolto del minore, da parte del giudice o dell'organo amministrativo, sia "diretto", condotto cioè dal giudice (o dall'organo amministrativo) personalmente, eventualmente con l'assistenza e la collaborazione di un perito.

Nella piena consapevolezza delle difficoltà che l'instaurazione e la conduzione di un dialogo fecondo e di un confronto produttivo con un minore può comportare per un adulto "estraneo", quale appunto un giudice o un altro pubblico funzionario, nonché dei pregiudizi e dei rischi cui l'imposizione autoritativa di un dialogo siffatto potrebbe im-

plicare per il minore, la Convenzione ammette espressamente che il minore possa essere ascoltato dal giudice anche tramite un "rappresentante" (ad es. un curatore, o lo stesso genitore investito della sua rappresentanza legale) ovvero un "organismo appropriato" (ad es. i servizi sociali), con ciò facendo chiaramente intendere che a contare non è tanto che le opinioni vengano espresse dal minore direttamente e personalmente al giudice o all'organo amministrativo competente ad assumere la decisione, bensì piuttosto che le opinioni vengano effettivamente, liberamente e compiutamente manifestate dal minore al soggetto che si riveli volta per volta, alla luce delle specifiche caratteristiche del caso concreto, maggiormente idoneo a raccoglierle ed acquisirle per poi trasmetterle all'autorità giudiziaria o amministrativa. Non a caso, si prescrive la necessità che al minore venga assicurata l'opportunità di essere ascoltato *"nell'ambito"* dei procedimenti che lo riguardano, e *non necessariamente da parte dei soggetti* competenti ad adottare le decisioni destinate ad essere assunte in esito a siffatti procedimenti.

Pur recando, nel comma 2, una disposizione identica a quella dettata dal comma 1 dell'art. 3 Conv. New York (*best interest* del minore), l'art. 24 della Carta dei diritti UE non fa alcun cenno all'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti giudiziari e amministrativi che lo riguardino.

5. *L'art. 315-bis, comma 3, c.c. e la confusione generata dagli errori commessi dal legislatore italiano in sede di stesura del testo della disposizione*

La descritta impostazione e "filosofia" ispiratrice degli artt. 12 Conv. New York e 24 Carta dei diritti UE non sembra essere stata colta appieno dal legislatore italiano il quale, in sede di redazione del testo della disposizione del comma 3 dell'art. 315-*bis* del codice civile, è incorso in almeno quattro ordini di errori.

Innanzitutto, ha annoverato fra i diritti fondamentali del minore non il diritto del minore di esprimere liberamente le sue opinioni, bensì il "diritto di essere ascoltato", in tal modo confondendo il contenuto del diritto del minore riconosciuto dal comma 1 dell'art. 12 Conv. New York con lo strumento (contemplato dal comma 2 dello stesso art. 12) attraverso il quale può essere assicurata la piena e coerente attuazione di siffatto diritto nell'ambito dei procedimenti giudiziari e amministrativi che riguardino il minore.

In secondo luogo, ha omesso di prevedere espressamente che alle opinioni manifestate dal minore nel corso dell'ascolto debba essere riconosciuto il "giusto peso" in relazione all'età e al grado di maturità del minore: un precetto, questo, di fondamentale importanza, la cui operatività non può certamente essere circoscritta all'ambito (pur rilevante) del c.d. ascolto processuale da parte del giudice, dal momento che sono ad esso sicuramente assoggettati *tutti* coloro che sono investiti – per disposizione di legge o per provvedimento giudiziario – del potere di assumere ed attuare le decisioni attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore.

In terzo luogo, ha stabilito che il minore che abbia compiuto 12 anni abbia sempre e necessariamente il "diritto ad essere ascoltato", a prescindere dalla natura e dalle caratteristiche della questione che necessita di essere decisa e a prescindere dal grado di maturità e di consapevolezza critica concretamente raggiunto, nonché dalla effettiva capacità di comprensione effettivamente acquisita dal minore ultradodicenne. In tal modo si è dato vita ad una sorta di presunzione assoluta di possesso della "capacità di discernimento" che contrasta platealmente con la logica ispiratrice della Conv. di New

York, la quale postula per contro la necessità di valutare caso per caso, tenuto conto delle caratteristiche oggettive della questione che lo riguarda e della decisione che si rende necessario assumere nonché delle specifiche e concrete condizioni soggettive del minore, se quest'ultimo abbia conseguito l'attitudine a formarsi in modo autonomo e consapevole una opinione personale in merito alla tipologia di problematiche cui si presta ad essere ricondotta la questione che necessita di essere decisa.

In quarto ed ultimo luogo, soltanto con riferimento ai minori infradodicenni il nostro legislatore ha subordinato l'esistenza del "diritto all'ascolto" alla ricorrenza di un presupposto soggettivo speciale, per designare il quale ha utilizzato l'infelice espressione "capacità di discernimento". Una nozione la cui concretizzazione è resa tuttavia assai difficile dalla mancanza, nella disposizione codicistica, di qualsivoglia riferimento al diritto del minore di manifestare le sue opinioni. Invero, i contenuti della nozione de qua si prestano ad essere delineati soltanto se il comma 3 dell'art. 315-*bis* viene letto ed interpretato alla luce dell'art. 12, comma 1, Conv. New York, ciò che appare imposto dalla circostanza che da(lla infelice traduzione italiana di) quest'ultima disposizione è palesemente tratta la nozione di "capacità di discernimento".

Nel comma 3 dell'art. 315-*bis* si è venuta così a realizzare una sorta di rozza e semplicistica commistione fra (porzioni di) due statuizioni fra loro diverse (rispettivamente contenute nel comma 1 e nel comma 2 dell'art. 12 Conv. New York), ciascuna delle quali munita di una sua specifica ed autonoma funzione e *ratio* giustificatrice: il risultato che ne è derivato è purtroppo all'origine degli equivoci e dei fraintendimenti che hanno ispirato le scelte compiute nel 2022.

6. *La Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori*

L'espressione "capacità di discernimento" si rinviene anche nella versione (ufficiosa) italiana del testo della Convenzione sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo dal Consiglio d'Europa il 25 gennaio 1996[3], il cui art. 3 attribuisce al minore, nei procedimenti giudiziari che lo riguardano, una serie di diritti (in particolare, ad essere informato, ad essere consultato e ad esprimere la sua opinione) a condizione che il minore stesso sia considerato dal diritto nazionale come "avente una capacità di discernimento", espressione chiaramente mutuata dalla versione francese (*ayant un discernement suffisant*) ma non pienamente corrispondente alle versioni inglese e tedesca (*having sufficient understanding*; *als hinreichend verständig*) della Convenzione.

Nel contesto della Conv. di Strasburgo, la quale si applica soltanto ai *procedimenti di competenza delle autorità giudiziarie* nell'ambito dei quali vengano trattate questioni di natura familiare (segnatamente, questioni relative all'esercizio delle responsabilità genitoriali, con particolare riguardo alla definizione della residenza e all'esercizio del "diritto di visita" nei confronti dei minori: art. 1, comma 3, Conv.), la nozione di capacità di discernimento (*rectius*: di comprensione) del minore sembra peraltro da intendersi in modo più restrittivo rispetto alla Conv. di New York. Non si tratta infatti qui di una semplice e generica attitudine del minore a formarsi in modo autonomo e consapevole un'opinione in merito alla questione che lo riguarda, bensì del possesso del (diverso, e più elevato) livello di maturità, conoscenze e capacità critiche necessario per: 1) com-

[3] La l. 20 marzo 2003, n. 77, recante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione di tale Convenzione, è stata pubblicata nella *G.U.* n. 91 del 18 aprile 2003.

prendere il significato delle c.d. "informazioni pertinenti" che debbono essergli tempestivamente (onde consentirgli di esercitare pienamente e consapevolmente i suoi diritti); 2) esprimere compiutamente e liberamente le proprie opinioni nell'ambito dell'apposita consultazione effettuata nel corso del procedimento giudiziario; 3) comprendere la natura e la portata delle conseguenze destinate a scaturire dalle decisioni che il giudice è chiamato ad assumere tenendo in debito conto le opinioni manifestate dal minore.

Invero, la Convenzione di Strasburgo si propone di "promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti, concedere loro diritti azionabili e facilitarne l'esercizio facendo in modo che possano, *essi stessi o tramite altre persone od organi*, essere informati e autorizzati a partecipare ai procedimenti che li riguardano dinanzi ad un'autorità giudiziaria". Al fine di rendere possibile il raggiungimento di tale obiettivo, essa per un verso riconosce e garantisce, ai minori considerati dal diritto interno come dotati di "capacità di discernimento", una serie di diritti[4]; per altro verso, individua e regolamenta un insieme di doveri (artt. 6 e 7) e di poteri (artt. 8 e 9) in capo all'autorità giudiziaria competente a condurre i procedimenti che li riguardano.

Proprio dalle modalità con le quali sono disciplinati i doveri gravanti sull'autorità giudiziaria si evince con chiarezza che anche nella prospettiva della Convenzione di Strasburgo a contare è – ed è soltanto – che il minore capace di discernimento (dopo essere stato debitamente informato) venga messo in condizione di esprimere la sua opinione, onde consentire al giudice di tenerne debitamente conto (art. 6, lett. c).

A tal fine, "nei casi che lo richiedono", il minore potrà senz'altro essere ascoltato in prima persona: dal giudice direttamente ovvero da un esperto o un ausiliario che vi provveda su incarico del giudice stesso, in pubblico o in privato, nelle forme e con le modalità che il giudice ritiene più adeguate al grado di maturità del minore. Qualora tuttavia una consultazione diretta del minore in prima persona dovesse risultare "manifestamente contraria" al *best interest* del minore (e soltanto in questa ipotesi tendenzialmente eccezionale), si ammette certamente che il giudice possa astenersi dall'effettuarla, ma non si consente affatto al giudice stesso di assumere la decisione finale prescindendo completamente dall'opinione del minore.

La Convenzione distingue invero molto chiaramente fra l'espressione delle opinioni del minore – che è sempre un passaggio necessario del processo destinato a sfociare nella decisione giudiziale che lo riguarda, un processo che postula indefettibilmente la necessità di dare il giusto peso alle opinioni che il minore ha elaborato e manifestato – e la consultazione del minore in prima persona (da parte del giudice o di un suo ausiliario), che è soltanto *uno degli strumenti* attraverso i quali il giudice può venire a conoscenza delle opinioni che il minore si è formato in merito alla questione che lo riguarda. Quando l'audizione del minore *in prima persona* risulti non perseguibile, perché *manifestamente contraria* al suo *best interest*, le opinioni del minore potranno (e dovranno) ben essere rese note al giudice dal suo "rappresentante" designato dall'autorità giudiziaria – cui viene imposto il dovere specifico di "rendersi edotto dell'opinione del minore e portarla a conoscenza dell'autorità giudiziaria" (art. 10, comma 1, lett. c)) – o anche dai detentori della responsabilità genitoriale (cfr. art. 10, comma 2), che delle opinioni del

[4] Il diritto di ricevere "ogni informazione pertinente", di "essere consultato ed esprimere la propria opinione", di "essere informato delle eventuali conseguenze che tale opinione comporterebbe nella pratica e delle eventuali conseguenze di qualunque decisione", di richiedere – personalmente o tramite altre persone od organi – la "designazione di un *rappresentante speciale*" nei procedimenti giudiziari che lo riguardano, quando la sussistenza di un conflitto di interessi renda per il diritto interno i genitori inidonei a rappresentarlo.

minore siano venuti a conoscenza nell'ambito del rapporto che quotidianamente con lui intrattengono[5].

In altri termini, una volta chiarita la imprescindibile necessità che il giudice attribuisca il "giusto peso" alle opinioni espresse dal minore (capace di discernimento) prima (e al fine) di assumere una decisione, la Convenzione non esprime alcuna opzione preferenziale per uno specifico strumento di acquisizione e raccolta di tali opinioni: l'audizione del minore in prima persona da parte del giudice (ascolto processuale c.d. diretto) ovvero da parte di un esperto delegato da quest'ultimo (ascolto processuale c.d. indiretto), la consultazione del minore in prima persona da parte del rappresentante designato (nel nostro ordinamento, il curatore speciale, il tutore o il curatore), che provveda poi a comunicare al giudice gli esiti di un siffatto ascolto extraprocessuale, o infine l'audizione del minore da parte dei suoi stessi genitori o da parte dei servizi sociali cui il minore sia stato affidato (che a loro volta comunichino debitamente al giudice i relativi risultati) sono tutti strumenti considerati pienamente e parimenti adeguati. Quel che è decisivo per la Convenzione è che *almeno uno di questi strumenti* – quello maggiormente idoneo a mettere il minore in condizione di elaborare ed esprimere le sue opinioni in modo spontaneo, libero e compiuto e nel contempo più rispondente al suo *best interest* – venga effettivamente attivato per portare a conoscenza del giudice un dato dal quale quest'ultimo non può e non deve *mai, per nessuna ragione*, prescindere nel suo processo decisionale.

Né è consentito agli Stati aderenti in qualche modo attenuare la forza e la vincolatività di questo precetto fondamentale. Dalla formulazione del comma 6 dell'art. 1 – ai sensi del quale la Convenzione "non impedisce alle Parti di applicare norme più favorevoli alla promozione e all'esercizio dei diritti dei minori" – può agevolmente dedursi *a contrario* che la Convenzione non consente agli Stati che decidano di ratificarla di introdurre o mantenere nei propri ordinamenti interni precetti suscettibili di rendere, rispetto a quanto stabilito dalla Convenzione stessa, "meno favorevole" l'esercizio dei "diritti dei minori", e cioè i diritti di cui agli artt. 3 e 4 della Convenzione.

7. *"Ascolto del minore" e riconoscimento ed esecuzione di provvedimenti giudiziali, atti pubblici e accordi in materia di responsabilità genitoriale e sottrazione internazionale di minori formati in altri Stati membri dell'UE: il Reg. (UE) 2019/1111*

La fondamentale esigenza di dare il giusto peso alle opinioni espresse dal minore e la conseguente, ineludibile necessità di consentire a quest'ultimo di manifestare siffatte opinioni onde consentire alle autorità giurisdizionali chiamate ad assumere decisioni che lo riguardano di tenerne adeguatamente conto viene confermata – se possibile – con forza e pregnanza ancor superiori dal recente Regolamento (UE) 2019/1111 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2019, relativo al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale nonché di sottrazione internazionale di minori, entrato in vigore il 1° agosto 2022, che ha abrogato

[5] Anche in questo caso, a condizione che la comunicazione al minore di informazioni puntuali e dettagliate in merito alla questione che debba essere decisa e alle conseguenze destinate a scaturire dalla decisione che in merito a tale questione dovrà essere assunta dal giudice, e la successiva sollecitazione del minore ad esprimere le sue opinioni in proposito, non risultino *manifestamente* contrarie al suo *best interest* (art. 10, comma 1, Conv.).

e sostituito il Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale.

Al diritto del minore di "esprimere la sua opinione" il Regolamento dedica una disposizione apposita, l'art. 21, che prescrive (par. 1) alle autorità giurisdizionali degli Stati membri, chiamate a pronunciarsi sulle domande relative alla responsabilità genitoriale su di un minore abitualmente residente nel territorio del loro Stato membro, di dare al minore *capace di discernimento* – e cioè capace di formarsi opinione sue proprie[6] –, conformemente al diritto e alle procedure nazionali, la *possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione*, *direttamente o tramite un rappresentante o un organismo appropriato*", imponendo altresì di "tenere debito conto" dell'opinione in tal modo manifestata "in funzione della sua età e del suo grado di maturità".

Evidentissima è l'influenza esercitata dall'art. 12 Conv. New York sulla formulazione di questa disposizione, la quale trova applicazione (art. 26 Reg. UE 2019/1111) anche ai procedimenti instaurati per ottenere la pronuncia di provvedimenti che dispongano il rientro di minori illecitamente trasferiti o trattenuti in Stati membri diversi dallo Stato membro nel quale risiedono abitualmente, ai sensi della Convenzione dell'Aia del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori.

Quel che è interessante rilevare è che anche nella prospettiva del regolamento non è affatto indispensabile, ai fini del rispetto del diritto così riconosciuto, che l'opinione del minore venga da quest'ultimo espressa personalmente al giudice (o a un suo delegato), ben potendo l'opinione del minore essere comunicata e trasmessa al giudice da un rappresentante del minore o da un organismo appropriato, al quale il minore l'abbia previamente manifestata.

Per altro verso, degno di nota è che la disposizione non si limiti genericamente a stabilire che al minore debba essere genericamente assicurata la possibilità di esprimere la sua opinione, ma si preoccupi di precisare che siffatta possibilità deve essere "concreta" ed "effettiva": indicazioni, queste, particolarmente importanti poiché forniscono i parametri in applicazione dei quali può e dev'essere valutata la conformità al Regolamento delle regole procedurali adottate a tal fine dai legislatori nazionali.

Il Regolamento rimette invero alle legislazioni nazionali il compito di elaborare le regole procedurali necessarie per assicurare il pieno rispetto del diritto di cui all'art. 21, lasciando in particolare liberi gli Stati membri di decidere le modalità con le quali va condotta l'audizione e di individuare i soggetti competenti a condurla. Quanto ai soggetti, nessuna opzione preferenziale viene segnatamente compiuta dal Regolamento per il c.d. ascolto diretto da parte del giudice, spettando alle legislazioni nazionali stabilire "se il minore debba essere ascoltato dal giudice personalmente o da un consulente tecnico che riferisca poi all'autorità giurisdizionale, ovvero se il minore vada ascoltato in aula di tribunale o in altro luogo o con altri mezzi" (*considerando* num. 39). Quanto alle modalità, quel che conta è che le modalità contemplate dalla legislazione nazionale siano complessivamente "adeguate", essendo escluso che il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione straniera possa essere negato per il solo motivo che le modalità di audizione del minore applicate dall'autorità giurisdizionale che l'abbia assunta siano state

[6] *Kind, das fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden, child who is capable of forming his or her own views, enfant qui est capable de discernement, uma criança que seja capaz de formar as suas próprias opiniões, menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios.*

diverse da quelle che avrebbe utilizzato l'autorità giurisdizionale dello Stato membro di riconoscimento (*considerando* num. 57).

Anche dal regolamento UE emerge con chiarezza la distinzione fra il diritto del minore di esprimere la sua opinione e l'ascolto/audizione come strumento (processuale) attraverso il quale questo diritto può essere attuato.

Se infatti, per un verso, si riconosce espressamente che l'audizione del minore non possa costituire un "obbligo assoluto", dovendone sempre essere valutata l'opportunità alla luce del *best interest* del minore, per altro verso si precisa (*considerando* num. 39) che:

a) se decide di procedere all'audizione (processuale) del minore, l'autorità giurisdizionale deve adottare tutte le "misure appropriate", tenendo conto dell'interesse superiore del minore e delle circostanze di ogni singolo caso, allo scopo di dare al minore la *possibilità concreta ed effettiva* di esprimere la propria opinione;

b) in generale (quindi, anche laddove ritenga – nei casi in cui le è consentito – di non condurre l'audizione del minore), l'autorità giurisdizionale deve avvalersi – nella misura del possibile e tenendo sempre conto dell'interesse superiore del minore – di tutti i mezzi messi a sua disposizione dal diritto nazionale, nonché degli strumenti specifici della cooperazione giudiziaria internazionale, per venire a conoscenza delle opinioni del minore al fine di "pesarle" adeguatamente nel processo decisionale[7].

Come noto, il Reg. UE 2019/1111 stabilisce che le decisioni in materia di responsabilità genitoriale siano "riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento particolare (art. 30) e siano altresì esecutive anche in Stati membri diversi da quello in cui sono state pronunciate, senza che si renda a tal fine necessaria una dichiarazione di esecutività (art. 34 Reg.). Nel certificato che l'autorità giudiziaria che ha adottato la decisione deve rilasciare, su istanza delle parti interessate, onde consentire alla sua decisione di essere riconosciuta ed eseguita in un altro Stato membro, essa deve specificare (Punti 14 e 15 del modello di certificato riportato nell'Allegato III del Regolamento) se i minori coinvolti nel procedimento erano o meno "capaci di discernimento" e, in caso affermativo, se essi "hanno avuto la possibilità concreta

[7] Riecheggiano in questo *considerando* num. 39 le affermazioni contenute nella sentenza della Corte di Giustizia del 22 dicembre 2010, in causa C-491/10 PPU*, Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz.* (punti num. 62-66): dall'art. 24 della Carta dei diritti UE e dall'art. 42, n. 2, primo comma, lett. a), del regolamento n. 2201/2003 si evince che essi si riferiscono *non all'audizione del minore in quanto tale, bensì alla possibilità per il minore di essere sentito…* ne deriva che spetta al giudice … valutare l'opportunità di una audizione del minore, poiché i conflitti che rendono necessaria una decisione di assegnazione dell'affidamento di un minore ad uno dei genitori e le tensioni ad essa connesse costituiscono situazioni in cui l'audizione del minore – segnatamente in quanto richiede, eventualmente, la sua presenza fisica dinanzi al giudice – può risultare inopportuna, se non anche dannosa per la salute psichica del medesimo, che spesso subisce dette tensioni e i relativi effetti negativi. Pertanto, pur rimanendo un diritto del minore, *l'audizione non può costituire un obbligo assoluto*, ma deve essere oggetto di una valutazione in funzione delle esigenze legate all'interesse superiore del minore in ogni caso di specie, conformemente all'art. 24, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali… Ne consegue che *il diritto del minore di essere sentito non esige che sia necessariamente tenuta un'audizione dinanzi al giudice dello Stato membro d'origine*, bensì *richiede che siano messe a disposizione di tale minore le procedure e condizioni legali che gli consentono di esprimere liberamente la sua opinione e che quest'ultima sia raccolta dal giudice.* In altri termini, sebbene l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali e l'art. 42, n. 2, primo comma, lett. a), del regolamento n. 2201/2003 non impongano al giudice dello Stato membro d'origine di sentire in tutti i casi il minore nell'ambito di un'audizione, lasciando quindi un certo margine discrezionale a tale giudice, resta nondimeno il fatto che, quando questi decide di sentire il minore, tali disposizioni richiedono che egli adotti, in funzione dell'interesse superiore del minore e alla luce delle circostanze di ogni caso di specie, tutte le misure appropriate ai fini di una siffatta audizione, onde rispettare l'effetto utile di dette disposizioni, offrendo al minore una possibilità concreta ed effettiva di esprimersi.

ed effettiva di esprimere la propria opinione", precisando per quali motivazioni questa possibilità sia stata ad essi eventualmente negata.

Per le decisioni in materia di responsabilità genitoriale adottate dai giudici di uno Stato membro l'art. 39[8] statuisce, in generale, che il riconoscimento in un altro Stato membro – mentre *deve* essere negato quando, tenuto conto dell'interesse superiore del minore, esso risulti manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato (comma 1, lett. a)) – semplicemente *può* (ma *non deve necessariamente*) essere negato (comma 2) quando la decisione sia stata resa senza aver consentito al minore *capace di discernimento* di esprimere la sua opinione a norma dell'articolo 21 Reg.: tale possibilità di diniego non sussiste peraltro né quando si sia trattato di procedimenti instaurati per l'adozione di decisioni riguardanti esclusivamente il patrimonio del minore nell'ambito dei quali non si sia reso necessario assicurare al minore la possibilità di esprimere le sue opinioni in considerazione della peculiarità delle questioni da risolvere, né quando vi siano stati *seri motivi* per omettere l'espletamento dell'audizione del minore, in particolare *in considerazione dell'urgenza del caso*[9].

Con specifico riguardo alle c.d. *decisioni privilegiate* di cui all'art. 42 Reg.[10], l'art. 43 Reg. stabilisce invece che esse siano riconosciute senza che sia necessario il ricorso ad alcuna procedura particolare e senza che all'interno di Stati membri diversi da quello i cui giudici abbiano adottato la decisione sia possibile opporsi al loro riconoscimento[11]. Ne consegue che, qualora l'Autorità giudiziaria che le abbia adottate rilasci il certificato necessario perché possano essere riconosciute ed eseguite in altri Stati membri, all'interno di questi ultimi siffatte decisioni debbono sempre e necessariamente essere riconosciute ed eseguite, non sussistendo in linea di principio possibili cause di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione. Fermo restando che il citato certificato può a rigore essere rilasciato dall'autorità giudiziaria che ha adottato la decisione soltanto se (art. 47, par. 3, lett. b, Reg.) "*il minore ha avuto la possibilità di esprimere la propria opinione ai sensi dell'articolo 21*", alle autorità degli altri Stati membri non è comunque consentito opporsi al riconoscimento lamentando una violazione (da parte del giudice che ha adottato la decisione e l'ha "certificata") del diritto del minore di esprimere la sua opinione e di vederla adeguatamente pesata nel processo decisionale, dal momento che l'accertamento di tale violazione compete in via esclusiva al giudice dello Stato membro d'origine della decisione[12].

---

[8] Ai sensi dell'art. 41 Reg., anche l'esecuzione di una decisione esecutiva in materia di responsabilità genitoriale resa dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro deve o può essere rifiutata nell'ambito di un diverso Stato membro. (soltanto) qualora sia dichiarata la sussistenza di uno dei motivi di diniego del riconoscimento di cui all'articolo 39 Reg.

[9] Seri motivi che – secondo quanto si afferma nel *considerando* num. 57 del Regolamento – potrebbero essere rappresentati dall'esistenza di un pericolo imminente di pregiudizi per l'integrità fisica e psichica o per la vita del minore, pericolo che potrebbe concretizzarsi laddove il giudice ritardasse l'adozione della decisione per poter espletare l'audizione del minore

[10] Trattasi delle decisioni che accordano un diritto di visita e delle decisioni di merito relative al diritto di affidamento che comportino il ritorno del minore illecitamente trattenuto in uno Stato membro diverso da quello di residenza abituale.

[11] Salvo il caso eccezionale di incompatibilità con una decisione successiva in materia di responsabilità genitoriale relativa allo stesso minore e resa a) nello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato, ovvero b) in un altro Stato membro o nel paese terzo in cui il minore risieda abitualmente, purché la decisione successiva soddisfi le condizioni prescritte per il riconoscimento nello Stato membro in cui il riconoscimento è invocato (art. 50 Reg.).

[12] Così già Corte di Giustizia 22 dicembre 2010, in causa C-491/10 PPU*, Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz.*

Infine, con statuizione estremamente significativa, il *considerando* num. 71 del Regolamento aggiunge che la circostanza che l'obbligo dell'audizione "processuale" del minore non trovi applicazione agli "atti pubblici" e agli "accordi" (extragiudiziali) aventi ad oggetto l'esercizio della responsabilità genitoriale non significa che questi accordi ed atti pubblici possano essere perfezionati senza tenere in alcuna considerazione le opinioni eventualmente manifestate in proposito dal minore capace di discernimento e senza in nessun modo acquisire in via preventiva le opinioni suddette: anche in questi casi, infatti, esiste pur sempre e dev'essere rispettato il fondamentale diritto del minore capace di discernimento di esprimere la sua opinione e di vederla adeguatamente "pesata".

Se è vero infatti che la previa acquisizione delle opinioni manifestate dal minore capace di discernimento non rientra fra le condizioni (individuate dai parr. 2 e 3 dell'art. 66 Reg.) alla cui sussistenza è subordinata la possibilità – per l'autorità giurisdizionale dello Stato d'origine – di rilasciare, su istanza delle parti interessate, il "certificato" che consente all'atto pubblico o all'accordo concernente l'esercizio della responsabilità genitoriale di essere (automaticamente) riconosciuto ed eseguito anche in altri Stati membri[13], non è meno vero che il certificato in questione deve pur sempre specificare (Punti 10 e 11 del modello di certificato riportato nell'Allegato IX del Regolamento) se i minori coinvolti nel procedimento erano o meno "capaci di discernimento" e, in caso affermativo, se essi "hanno avuto la possibilità concreta ed effettiva di esprimere la propria opinione", e per quali motivazioni questa possibilità è stata ad essi eventualmente negata. Dal che si deduce agevolmente che, almeno in linea di principio, anche in vista della conclusione dei suddetti accordi ed atti pubblici le parti interessate dovrebbero acquisire le opinioni del minore e tenerle adeguatamente in considerazione, nel rispetto dell'art. 12, comma 1, Conv. New York.

Proprio come nelle ipotesi in cui la responsabilità genitoriale viene regolata da un provvedimento assunto in esito ad un procedimento giurisdizionale, peraltro, l'eventuale violazione del diritto del minore di esprimere la sua opinione e di vederla adeguatamente pesata in sede di costruzione e definizione dei contenuti dell'atto pubblico o dell'accordo concernente l'esercizio della responsabilità genitoriale non rende necessariamente dovuto[14], ma semplicemente *possibile* – all'interno di Stati membri diversi da quello in cui tale atto o accordo si è formato ed è stato "certificato" – il diniego di riconoscimento dell'atto pubblico o dell'accordo che si sia perfezionato senza che al minore capace di discernimento sia stata data la possibilità di esprimere la propria opinione. (art. 68, par. 3, Reg.).

In conclusione, il Regolamento UE 2019/1111 ribadisce con chiarezza il principio generale in forza del quale qualsiasi decisione concernente la titolarità e l'esercizio della responsabilità genitoriale[15] su minori deve essere assunta – non importa se dall'autorità

[13] Sicché la circostanza che al minore non sia stata data la possibilità di esprimere le sue opinioni e/o che non si sia tenuto alcun conto di tali opinioni in sede e ai fini della definizione dei contenuti dell'atto pubblico o dell'accordo, di per sé sola, non legittima l'autorità giudiziaria dello Stato d'origine a rifiutarsi di rilasciare il certificato che consente all'atto pubblico o all'accordo di essere riconosciuto ed eseguito in un altro Stato membro.

[14] *Considerando* num. 71: "Il fatto che al minore non sia stata data la possibilità di esprimere la propria opinione non dovrebbe costituire automaticamente un motivo di diniego del riconoscimento e dell'esecuzione degli atti pubblici e degli accordi in materia di responsabilità genitoriale".

[15] Merita di essere ricordato che la nozione di responsabilità genitoriale (*parental responsibility*) è definita dall'art. 2, num. 7, Reg. in termini assai più ampi ("diritti e doveri *di cui è investita una persona fisica o giuridica in virtù di una decisione, della legge o di un accordo in vigore riguardanti la persona o i beni di*

giudiziaria con apposito provvedimento giurisdizionale ovvero da soggetti privati mediante apposito atto pubblico o accordo – dando il "giusto peso" alle opinioni espresse in proposito dai minori interessati che abbiano acquisito la capacità di elaborare e formare opinioni personali ed autonome, e postula pertanto che ai minori suddetti venga assicurata la possibilità effettiva e concreta di esprimere e comunicare compiutamente e liberamente le proprie opinioni.

Le modalità e gli strumenti con cui, i luoghi e i contesti in cui e i soggetti a cui tali opinioni vanno manifestate per poter essere prese in considerazione possono variare considerevolmente in relazione alle specifiche circostanze del caso, all'esigenza di salvaguardare il *best interest* del minore e alle peculiarità delle discipline processuali nazionali vigenti negli Stati membri: il regolamento si dimostra in proposito molto aperto ed evita accuratamente di imporre autoritativamente o anche solo di privilegiare dichiaratamente questa o quella soluzione, in particolare la soluzione dell'ascolto diretto del minore in prima persona da parte del giudice. Quel che conta è – ed è soltanto – che le opinioni del minore vengano adeguatamente raccolte e valorizzate nel processo decisionale, sia esso giudiziario o privato.

L'audizione del minore in prima persona da parte del giudice (o di un suo delegato) nel corso del procedimento giurisdizionale rimane naturalmente uno strumento di grande importanza per assicurare il pieno rispetto del precetto di cui all'art. 12 Conv. New York, e la relativa effettuazione viene caldamente auspicata, ma nel contempo si chiarisce che non si tratta di un "obbligo assoluto", potendo e dovendo il giudice procedervi soltanto se ed in quanto ciò appaia opportuno e ragionevole nell'interesse del minore: quando ciò debba escludersi, il giudice non potrà tuttavia per ciò solo reputarsi legittimato ad astenersi dal prendere in considerazione le opinioni del minore, ma dovrà individuare altre soluzioni e modalità con le quali venirne comunque a conoscenza, dal momento che una valorizzazione delle opinioni del minore è imprescindibile per poter arrivare a costruire una decisione autenticamente rispondente al suo *best interest*.

Quanto alle conseguenze del mancato rispetto di questo precetto fondamentale, il Regolamento non arriva a statuire che il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale eventualmente adottate dai giudici di uno Stato membro (o assunte dai privati con "atti pubblici" o "accordi" perfezionati) senza tener conto delle opinioni dei minori capaci di discernimento e in violazione dell'art. 12 Conv. New York e dell'art. 21 Reg. *debbano* sempre, incondizionatamente e necessariamente essere negati negli altri Stati membri, ma si limita ragionevolmente a prevedere che in questi casi il riconoscimento e/o l'esecuzione *possano* essere negati, preferendo evitare un rigido automatismo che potrebbe in diversi casi finire per rivelarsi pregiudizievole per il minore stesso, per affidare piuttosto ai soggetti e alle autorità volta per volta chiamate a riconoscere ed eseguire le decisioni straniere il compito di valutare – alla luce delle specifiche peculiarità del proprio ordinamento (sostanziale e processuale) nazionale

---

un minore, compresi il *diritto di affidamento* e il *diritto di visita*) rispetto a quelli che connotano la nozione di responsabilità genitoriale accolta dal nostro codice civile, la quale ultima è circoscritta all'insieme dei poteri e dei doveri che *ex lege* competono ai (soli) *genitori* nei confronti della persona e del patrimonio dei figli in funzione della realizzazione del *best interest* di questi ultimi): ne consegue che il tutore, il curatore ed il curatore speciale del minore, nonché i parenti, i terzi o i servizi sociali cui il minore sia stato eventualmente affidato a fronte della inadeguatezza della coppia genitoriale, che per il nostro codice civile certamente non possono considerarsi titolari della situazione giuridica definita dall'art. 316 con la locuzione "responsabilità genitoriale", sono invece certamente da qualificare come "titolari" della responsabilità genitoriale (v. art. 2, num. 8, Reg.) ai sensi e ai fini del Regolamento UE 2019/1111.

e ovviamente avendo sempre riguardo al *best interest* del minore nel caso concreto – se invocare o meno questo legittimo "motivo di diniego" del riconoscimento e dell'esecuzione.

8. *Il c.p.c. riformato: considerazioni generali sul comma 1 dell'art. 473 bis.4 c.p.c.*

L'analisi del tenore, del contenuto e della *ratio* ispiratrice delle disposizioni internazionali ed UE fa emergere in modo palese l'assoluta inadeguatezza della nostra normativa interna, recentemente riformata in senso ulteriormente peggiorativo.

All'origine degli errori compiuti dal legislatore italiano nella costruzione della disciplina dell'istituto vi è – come già abbiamo segnalato – proprio la innaturale sovrapposizione e la forzata identificazione fra il diritto fondamentale del minore di esprimere le sue opinioni e vederle adeguatamente "pesate" nei processi decisionali che lo riguardano e l'ascolto (diretto o assistito) del minore in prima persona da parte del giudice nel corso di una audizione espletata *ad hoc* nell'ambito del procedimento giurisdizionale, ascolto che (lungi dal costituire esso stesso oggetto di un "diritto fondamentale del minore") è in realtà soltanto *uno degli strumenti* attraverso i quali è possibile dare piena attuazione al diritto fondamentale di cui al comma 1 dell'art. 12 Conv. New York e contemporaneamente consentire al giudice (e in generale ai soggetti investiti del potere di assumere scelte riguardanti la persona e/o il patrimonio del minore) di elaborare decisioni pienamente rispondenti al *best interest* del minore stesso[16].

Questa sovrapposizione – palese nel dettato del comma 3 dell'art. 315-bis c.c. – ha condizionato ed influenzato la formulazione dell'intera disciplina dello strumento processuale che dovrebbe assicurare il rispetto e la piena attuazione del diritto fondamentale del minore di esprimere le sue opinioni[17], disciplina originariamente contenuta negli artt. 336 *bis* e 337 *octies* c.c. e nell'art. 38 *bis* disp. att. c.c. (ora abrogati) e oggi inserita (ad opera del d.lgs. n. 19 del 2022) negli artt. 473 *bis*.4 – 473 *bis*.6 c.p.c. e negli artt. 152 *quater* e 152 *quinquies* disp. att. c.p.c.

Innanzitutto, appare criticabile la scelta di prevedere (artt. 473 *bis*.4, comma 1) che il minore che abbia compiuto 12 anni *debba* – in linea di principio – sempre e ne-

[16] In proposito, cfr. da ultimo Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, ove si afferma che il superiore interesse del minore si declina in tre distinte accezioni tra loro strettamente collegate. Anzitutto, esso esprime un diritto sostanziale, e cioè il diritto del minorenne a che il proprio superiore interesse sia valutato e considerato preminente quando si prendono in considerazione interessi diversi, al fine di raggiungere una decisione, e la garanzia che tale diritto sarà attuato ogni qualvolta si renda necessario assumere una decisione riguardante un minorenne. In secondo luogo, il miglior interesse del minore configura un principio giuridico ermeneutico fondamentale che impone di optare – tutte le volte in cui una disposizione di legge sia suscettibile di una pluralità di interpretazioni divergenti – per l'interpretazione che corrisponde nel modo più efficace al superiore interesse del minore. Infine, sul piano procedurale, ogni qualvolta si renda necessario adottare una decisione destinata ad interessare un minore, il processo decisionale dovrà includere una valutazione del possibile impatto (positivo o negativo) della decisione sul minore stesso.

[17] L'importanza dell'ascolto processuale è tale da aver indotto la nostra giurisprudenza – con orientamento ormai ampiamente consolidatosi già prima che il d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 inserisse nel c.c. gli artt. 336 *bis* e 337 *octies* – ad affermare che la omissione dell'ascolto del minore (capace di discernimento) da parte del giudice nell'ambito di un procedimento che lo riguardi costituisce violazione del principio del contraddittorio e determina conseguentemente la nullità della sentenza che definisce il procedimento stesso, rilevabile in ogni stato e grado del giudizio: v. già Corte Cost. 30 gennaio 2002, n. 1; tra le molteplici pronunce del giudice di legittimità, v. da ultimo Cass. 24 marzo 2022, n. 9691; Cass. 2 settembre 2021, n. 23804; Cass. 11 giugno 2021, n. 15659; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1474; Cass. 30 luglio 2020, n. 16410; Cass. 24 maggio 2018, n. 12957.

cessariamente essere *ascoltato* (a prescindere dalla circostanza che di siffatto minore possa dirsi che è divenuto "capace di discernimento" e senza che si renda necessario il relativo accertamento): il nostro legislatore ha infatti così ricollegato, al compimento del dodicesimo anno, una sorta di presunzione assoluta di possesso di capacità di discernimento che non trova rispondenza alcuna nelle convenzioni internazionali e nella Carta dei diritti UE e appare del tutto priva di ragionevolezza, dal momento che proprio con riguardo a questioni delicate e complesse come quelle che vengono sottoposte all'autorità giudiziaria nei procedimenti di cui agli artt. 473 *bis* ss. c.p.c. è tutt'altro che improbabile che un minore ultradodicenne non abbia ancora raggiunto la maturità e la consapevolezza critica necessarie per potersi formare in modo sufficientemente autonomo e spontaneo opinioni sue proprie in merito a questioni di tal fatta. Non si vede invero per quale ragione il compimento del dodicesimo anno debba rendere superflua la verifica del possesso effettivo di una sufficiente "capacità di discernimento" che sia la Conv. di New York che la Conv. di Strasburgo impongono incondizionatamente con riguardo a qualsiasi minorenne, a prescindere dall'età: una verifica che andrebbe invece sempre condotta con rigore ed attenzione, tenendo conto delle condizioni soggettive concrete del minore e delle caratteristiche oggettive della questione da decidere, proprio per le rilevanti conseguenze che ne derivano (necessità o meno di dare il "giusto peso" alle opinioni espresse dal minore in sede e ai fini dell'assunzione della decisione) sul processo decisionale del giudice.

Altrettante perplessità suscita la scelta di prevedere che il minore – sempre e necessariamente se ha già compiuto 12 anni, soltanto se dotato di capacità di discernimento se infradodicenne – debba essere ascoltato *dal giudice*: in tal modo il nostro legislatore ha compiuto infatti una opzione netta e forte a favore dell'*ascolto del minore in prima persona direttamente da parte del giudice* (eventualmente assistito da consulenti ed esperti), non contemplando nessuna delle possibili alternative (dall'ascolto condotto dal solo esperto su delega del giudice, all'ascolto condotto dal curatore speciale, dai familiari o dai servizi sociali con successiva trasmissione degli esiti al giudice) esplicitamente ammesse dalle convenzioni internazionali e del Reg. UE del 2019 come possibili soluzioni alternative, parimenti meritevoli di essere adottate al fine di acquisire e raccogliere le opinioni del minore, ed in particolare manifestando una netta e irragionevole ostilità nei confronti dell'ascolto c.d. delegato[18].

Meritevole di apprezzamento è invece la scelta del Governo di introdurre (nel comma 1° dell'art. 473 *bis*.4 c.p.c.) una previsione (mancante nell'ora abrogato art. 336 *bis*) in cui espressamente si stabilisce che "le opinioni del minore devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità". Si tratta tuttavia di una modificazione priva di portata autenticamente innovativa, poiché l'esistenza del relativo precetto nel nostro ordinamento poteva comunque già agevolmente desumersi

[18] Lo si deduce a contrario dalla formulazione testuale del comma 1 dell'art. 473-*bis*.5 c.p.c. (*Modalità dell'ascolto*), laddove si statuisce espressamente che "L'ascolto del minore è condotto dal giudice, il quale può farsi assistere da esperti e altri ausiliari". Nella *Relazione illustrativa* del d. legisl. di riforma del c.p.c. si afferma (p. 51) che nel caso contemplato dall'art. 473-*bis*.7 c.p.c. "è il magistrato a condurre l'ascolto (c.d. ascolto diretto) o ad ascoltare il minore con l'assistenza di un ausiliario o esperto in psicologia o psichiatria infantile (c.d. ascolto assistito). *Il legislatore ha qui escluso espressamente la delega, da parte del giudice, dell'ascolto del minore*, stante la delicatezza dei temi sui quali il minore è chiamato ad esprimersi". La non delegabilità dell'ascolto del minore capace di discernimento da parte del giudice relatore viene espressamente sancita nei criteri direttivi dettati dalle lett. c) e t) dell'art. 23 della legge-delega n. 206 del 2021.

dal comma 1° dell'art. 12 della Conv. di New York sui diritti del fanciullo, dall'art. 24, par. 1, della Carta dir. UE e dall'art. 6, par. 2, della Conv. di Strasburgo. In proposito deve comunque essere a maggior ragione ribadito quanto già si sosteneva prima della riforma del 2022, e cioè che la "considerazione" riservata alle opinioni espresse dal minore deve risultare in modo chiaro e adeguatamente argomentato dal provvedimento con il quale il giudice assume la decisione riguardante il minore, soprattutto quando la soluzione adottata dal giudice approdi ad esiti divergenti rispetto a quelli che il minore aveva manifestato di preferire nel corso dell'ascolto[19].

Ad apparire palesemente incompatibili con le convenzioni internazionali ratificate dall'Italia, nonché distoniche rispetto alle chiare opzioni compiute nel Reg. UE 2019/1111, sono tuttavia soprattutto le innovazioni apportate nel 2022 alla elencazione dei casi in cui il giudice può considerarsi esonerato dal dovere di procedere all'ascolto del minore nei procedimenti contenziosi e le nuove modalità con le quali viene disciplinato l'ascolto del minore nell'ambito dei procedimenti a domanda congiunta di cui all'art. 473 *bis*.51 c.p.c.

9. *I procedimenti contenziosi: i casi in cui il giudice "non procede all'ascolto" (comma 2 dell'art. 473 bis.4 c.p.c.)*

Con specifico riferimento ai procedimenti contenziosi, si prevede (comma 2 dell'art. 473 *bis*.4 c.p.c.) che il giudice "non procede all'ascolto" del minore non soltanto nelle ipotesi in cui l'ascolto risulti "in contrasto con l'interesse del minore" ovvero "manifestamente superfluo" (le uniche ipotesi in cui il giudice poteva legittimamente omettere l'ascolto ai sensi dell'ora abrogato art. 336 *bis* c.c.), ma anche nel caso di "impossibilità fisica o psichica del minore" nonché nell'ipotesi in cui quest'ultimo manifesti "la volontà di non essere ascoltato".

Nonostante l'ambigua formulazione testuale, la disposizione parrebbe prestarsi ad essere intesa non tanto nel senso che nelle citate ipotesi il giudice *possa* astenersi dal procedere all'ascolto (diretto) del minore, bensì nel senso che il giudice *debba* astenersi dal procedere all'ascolto del minore.

Mentre l'art. 12, comma 2, della Convenzione di New York non prevede testualmente alcuna ipotesi nella quale possa o debba considerarsi giustificato negare al minore l'opportunità di essere sentito nel corso dei procedimenti giudiziari o amministrativi che lo riguardano, limitandosi a statuire la necessità che le modalità di conduzione dell'ascolto siano compatibili con le norme procedurali nazionali, la Conv. di Strasburgo, nel disciplinare (art. 6) i doveri gravanti sull'autorità giudiziaria nei procedimenti che riguardino minori, detta regole più analitiche. Soltanto con riferimento alla consultazione (diretta o delegata) del minore in prima persona la Convenzione prevede tuttavia che il giudice sia esonerato dal relativo obbligo quando "ciò sia *manifestamente* contrario al *best interest* del minore" (art. 6, lett. b)); non viene invece contemplata né questa, né alcuna ulteriore possibile causa di esonero del giudice dal dovere (art. 6, lett. a)) di assicurarsi che il minore abbia ricevuto tutte le informazioni pertinenti e soprattutto dal dovere

[19] Si afferma nella *Relazione illustrativa* che, "quanto alla valutazione delle dichiarazioni rese dal minore capace di discernimento, si deve comunque riconoscere al giudice la possibilità di discostarsi dalle indicazioni dello stesso minore, nel suo superiore interesse: in questo caso è ineludibile una puntuale giustificazione della decisione assunta in contrasto con le dichiarazioni del minore".

(art. 6, lett. c)) di permettere al minore di esprimere la propria opinione (s'intende, con forme e modalità diverse da una consultazione del minore stesso in prima persona da parte del giudice o di un suo ausiliario).

Analoga impostazione, come sopra si è visto, caratterizza il Reg. UE 2019/1111, ove per un verso si riconosce che l'audizione del minore (capace di discernimento) in prima persona da parte del giudice non debba costituire un "obbligo assoluto", e vada pertanto disposta soltanto se "opportuna" in funzione della protezione e della realizzazione del *best interest* del minore stesso, per altro verso si precisa però anche che nelle ipotesi in cui siffatta audizione non venga condotta (al fine di evitare di arrecare al minore pregiudizi superiori ai vantaggi che deriverebbero dalla sua audizione) il diritto del minore di esprimere le sue opinioni e di vederle adeguatamente pesate deve pur sempre essere rispettato, dal momento che "il diritto del minore di esprimere la sua opinione (art. 21 Reg.) non esige che sia necessariamente tenuta un'audizione dinanzi al giudice dello Stato membro d'origine, bensì richiede che siano attivate le procedure e create le condizioni che consentano al minore di esprimere liberamente la sua opinione e al giudice di raccoglierla al fine di "pesarla" adeguatamente ai fini dell'assunzione della decisione[20].

Come rendere compatibile con questo quadro normativo internazionale ed europeo la nuova disposizione del c.p.c.[21]?

A nostro avviso, si rende a tal fine indispensabile, in primo luogo, interpretare restrittivamente l'espressione "ascolto del minore", contenuta nel comma 2 dell'art. 473 *bis*.4 c.p.c., includendo nella relativa nozione soltanto l'audizione, appositamente convocata ed organizzata nell'ambito del procedimento giudiziario, nel corso della quale il minore in prima persona venga sentito direttamente dal giudice, eventualmente con l'assistenza di un esperto.

Ne consegue che, quando l'espletamento di una audizione siffatta appaia contrario al *best interest* del minore – per la rilevanza e la gravità dei pregiudizi (soprattutto psicologici) cui anche solo potenzialmente lo espone, ovvero per i rischi che il minore potrebbe correre in ragione del differimento dell'adozione della decisione finale che si renderebbe necessario per poter espletare previamente l'audizione – il giudice deve senz'altro astenersi dal disporla (con provvedimento che necessita di essere adeguatamente motivato), ma nel contempo deve altresì (in applicazione di quanto disposto dalla Conv. di New York e dalla Conv. di Strasburgo, nonché dall'art. 24 della Carta die diritti UE) predisporre ed attuare soluzioni alternative[22] per pervenire al risultato (la conoscenza delle opinioni espresse dal minore capace di discernimento in merito alla questione da decidere) non suscettibile di essere realizzato mediante audizione diretta e personale del minore stesso.

---

[20] Così la Corte di Giustizia nella già citata sentenza del 22 dicembre 2010, in causa C-491/10 PPU, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c. Simone Pelz.*

[21] Decisamente poco convincenti, confuse e contraddittorie appaiono le motivazioni addotte – a giustificazione di questa opzione normativa – nella *Relazione illustrativa*, laddove si afferma che il fondamento della esclusione dell'obbligatorietà dell'ascolto, nelle ipotesi in cui esso risulti (anche tenuto conto delle sue condizioni psichiche o fisiche) "pregiudizievole per il minore" o appaia "del tutto privo di utilità", risiederebbe nella necessità di soddisfare "ulteriori esigenze alle quali il legislatore attribuisce rilevanza", dal momento che l'ascolto [...] non è privo di conseguenze, potendo talvolta essere "dannoso per il minore" o comunque "contrario all'interesse del minore tenuto conto delle condizioni dello stesso e dei disagi che a quest'ultimo possano derivarne"…

[22] Audizione del minore in prima persona delegata ad un esperto e effettuata al di fuori del contesto di un'aula giudiziaria, in forma privata e protetta, e/o audizione di genitori, parenti, curatore speciale o "generale", tutore, affidatario, rivolta all'acquisizione degli esiti del confronto che tali soggetti abbiano avuto con il minore e nell'ambito del quale quest'ultimo abbia eventualmente espresso le sue opinioni dopo essere stato debitamente informato.

Il giudice che non vi provvedesse si renderebbe responsabile di una violazione del diritto fondamentale di cui all'art. 12 Conv. New York e all'art. 315-*bis*, comma 3, c.c. non meno grave della violazione nella quale incorrerebbe omettendo immotivatamente di disporre l'audizione diretta e personale di un minore capace di discernimento che non rischi di subire alcun significativo pregiudizio dall'espletamento di una audizione siffatta.

Soltanto se viene così interpretato, il precetto che consente/impone al giudice di non procedere all'ascolto del minore quando l'ascolto risulti "in contrasto con l'interesse del minore" risulta compatibile con le norme internazionali ed europee che pure è asseritamente rivolto ad attuare.

Quanto invece al precetto che consente/impone al giudice di non procedere all'ascolto quando l'ascolto sia "manifestamente superfluo", per essere compatibile con le citate normative sovranazionali esso deve necessariamente essere inteso nel senso che il giudice può e deve omettere un ascolto diretto e personale del minore quando le opinioni di quest'ultimo siano già state compiutamente e liberamente espresse ad altri soggetti qualificati a raccoglierle, e i relativi esiti, debitamente e previamente trasmessi al giudice, siano idonei a consentire a quest'ultimo di considerare e pesare adeguatamente le opinioni del minore ai fini dell'assunzione della decisione. In casi siffatti, il diritto del minore di esprimere la propria opinione è stato infatti già pienamente esercitato e ai fini della adeguata "pesatura" dell'opinione così espressa non si rende necessaria l'organizzazione di una apposita audizione diretta processuale. Tutto questo implica peraltro necessariamente che: a) il minore sia stato adeguatamente informato, prima di essere sollecitato a manifestare la sua opinione da soggetti diversi dal giudice (o dal giudice del precedente grado di giudizio), in merito alla questione che lo riguarda che è stata – o è destinata ad essere – sottoposta giudice, nonché in merito alle conseguenze destinate a scaturire dalla decisione giudiziale; b) le opinioni siano state manifestate dal minore in un tempo ragionevolmente vicino al momento in cui il giudice deve avviare il processo decisionale; c) la documentazione prodotta in giudizio dalla quale risultino le opinioni espresse dal minore presenti un elevato grado di attendibilità.

Quanto poi al precetto che consente/impone al giudice di non procedere all'ascolto nel caso di "impossibilità fisica o psichica del minore", salva restando la difficoltà di delineare gli esatti contorni della "impossibilità psichica" e di individuare con precisione la linea di demarcazione fra "impossibilità" e mera "difficoltà psichica/psicologica" esso esprime una sostanziale ovvietà. È del tutto evidente infatti che il giudice non può disporre una audizione diretta e personale del minore che risulti per quest'ultimo soggettivamente impossibile per ragioni fisiche e/o psichiche. Ancora una volta, questo non esonera tuttavia il giudice dal dovere di adottare tutte le possibili soluzioni, alternative alla audizione personale e diretta del minore, idonee a consentire a quest'ultimo di esprimere altrimenti le sue opinioni per vederle raccolte e "pesate" dal giudice. L'impossibilità fisica e/o psichica, in altri termini, rende solo inattuabile la soluzione della audizione processuale diretta e personale del minore, ma non inficia minimamente il dovere del giudice di tenere adeguatamente conto delle opinioni del minore nel suo processo decisionale (dando adeguatamente conto della relativa "pesatura" nella motivazione del provvedimento finale) e il conseguente dovere di individuare e attuare concretamente misure idonee a consentirgli di venire a conoscenza di siffatte opinioni, salvo il caso estremo in cui (ad es. a causa di una condizione soggettiva di gravissima disabilità del minore, in ipotesi non tale da comprometterne la capacità di discernimento) qualunque manifestazione esterna delle opinioni del minore risulti impossibile.

Infine, anche il precetto che consente/impone al giudice di non procedere all'ascolto nell'ipotesi in cui quest'ultimo manifesti "la volontà di non essere ascoltato", dev'essere interpretato con modalità tali da renderlo compatibile con la più volte ricordata normativa europea ed internazionale.

Invero, è tutt'altro che improbabile che il minore, ancorché capace di discernimento, non voglia essere "costretto" a manifestare all'esterno (e in particolare al giudice) le sue opinioni: perché è fermamente intenzionato a tenerle riservate (per timore delle conseguenze che potrebbero scaturire dalla manifestazione delle stesse), perché dubita di essere in grado di esprimerle compiutamente e correttamente e teme di essere frainteso dai soggetti che lo sollecitano ad esprimerle, o anche solo perché ritiene di non essere ancora riuscito a formarsi con sicurezza una chiara e definita opinione in merito alle questioni che abbisognano di essere decise dal giudice.

In tutti questi casi, non v'è dubbio che la volontà del minore debba essere attentamente rispettata dal giudice, giacché qualsivoglia forzatura o "coartazione" priverebbe la manifestazione delle opinioni del minore di credibilità e attendibilità. Sennonché, il giudice deve ritenersi obbligato ad omettere (*rectius*: a sospendere) l'ascolto processuale soltanto se la volontà di non esprimere le proprie opinioni gli viene *manifestata dal minore personalmente e direttamente nel corso dell'audizione convocata per sentirlo*. Se invece una volontà siffatta è stata espressa (più o meno spontaneamente e plausibilmente) prima e al di fuori del processo, a soggetti non delegati specificamente dal giudice ad audire il minore, la allegazione in giudizio della relativa documentazione non può considerarsi assolutamente idonea, di per sé sola, ad esonerare il giudice dal disporre l'effettuazione di una audizione diretta e personale del minore e/o l'adozione di misure alternative volte ad acquisirne le opinioni.

Una diversa e più estensiva lettura della disposizione finirebbe di fatto per condurre all'esito di convertire un diritto fondamentale ed indisponibile della persona del minore in un diritto liberamente, incondizionatamente ed efficacemente disponibile da parte del titolare (incapace d'agire!) e nel contempo per privare di forza cogente, rendendolo facilmente aggirabile, il precetto che impone al giudice di dare il "giusto peso" alle opinioni del minore in sede e ai fini dell'assunzione delle decisioni che lo riguardano.

10. *I procedimenti "su domanda congiunta" (comma 3 dell'art. 473 bis.4 c.p.c.)*

Quanto ai procedimenti in cui "*si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli*" (e cioè i procedimenti "su domanda congiunta" di cui all'art. 473 *bis*.51 c.p.c., segnatamente separazioni e divorzi consensuali e procedimenti per la regolamentazione dell'esercizio della responsabilità genitoriale su figli non matrimoniali instaurati sulla base di un accordo fra genitori), mentre la disciplina previgente (terza proposizione del comma 1° dell'art. 337 *octies* c.c., oggi abrogato) muoveva dal presupposto che il giudice dovesse *sempre e comunque* procedere all'ascolto (salva soltanto la eventuale manifesta superfluità dello stesso o la sua contrarietà all'interesse del minore), il comma 3 dell'art. 473 *bis*.4 c.p.c. muove invece dal presupposto, diametralmente opposto, che *il giudice non debba (di regola) procedere all'ascolto, salvo che lo ritenga (eccezionalmente) necessario*: dal che deriva che in questi procedimenti il giudice può (anzi, addirittura deve) astenersi dal procedere all'ascolto del minore senza nemmeno essere tenuto a motivare le ragioni della sua decisione, una adeguata motivazione

rendendosi invece necessaria soltanto nell'ipotesi in cui il giudice scelga di procedere all'ascolto del minore nonostante la decisione riguardante quest'ultimo vada assunta nell'ambito di un procedimento nel quale il giudice dovrebbe limitarsi a "prendere atto" dell'accordo intervenuto fra i genitori in merito alle condizioni dell'affidamento.

Anche questa innovazione appare fortemente criticabile, non soltanto perché palesemente contrastante con i precetti delle convenzioni internazionali in materia di protezione di minori ratificate dall'Italia e con il diritto UE[23], ma anche perché intrinsecamente irragionevole[24].

Nei procedimenti in questione, infatti, l'autorità giudiziaria può limitarsi a "prendere atto" degli accordi intervenuti tra i genitori (trasfondendone fedelmente i contenuti nella sentenza che definisce il procedimento) soltanto se ed in quanto abbia previamente verificato che gli accordi in questione non siano in contrasto con gli interessi dei figli: una verifica che per definizione postula, per essere adeguatamente condotta, proprio l'acquisizione delle opinioni del minore mediante l'ascolto. La circostanza che i genitori siano d'accordo *fra loro* in merito all'assetto da dare all'affidamento (e al mantenimento) dei figli non significa affatto che anche i figli concordino con questo assetto, ma soprattutto non significa affatto che questo assetto sia realmente e pienamente rispondente agli interessi dei figli: il modo migliore e più efficace per appurarlo è proprio il ricorso all'ascolto, che dovrebbe paradossalmente essere sempre effettuato proprio quando i genitori si mostrano concordi, al fine di appurare che l'accordo da essi raggiunto risponda non soltanto ai loro interessi e alle loro esigenze individuali, ma anche (e soprattutto) agli interessi e alle esigenze dei figli.

Anche la disposizione concernente i procedimenti a domanda congiunta necessita pertanto di una interpretazione correttiva che la renda, per un verso, compatibile con la Conv. di New York, la Conv. di Strasburgo ed il diritto UE, e per altro verso idonea a garantire che le decisioni giudiziarie che definiscono questi procedimenti siano pienamente rispettose dei diritti e degli interessi dei minori.

Ne consegue, a nostro avviso, che il giudice può considerarsi legittimato ad astenersi dal disporre l'audizione (diretta e personale) dei minori capaci di discernimento solamente se ed in quanto questi ultimi abbiano già manifestato previamente le loro opinioni e queste ultime siano adeguatamente riportate e documentate nell'atto introduttivo del giudizio, nel rispetto dei presupposti e dei requisiti che sopra abbiamo elencato discorrendo (con riguardo ai procedimenti contenziosi) della ipotesi di "superfluità" dell'ascolto.

---

[23] Le quali, nel contemplare il diritto del minore di esprimere le sue opinioni e nell'imporre agli Stati di assicurare al minore la possibilità di manifestare le sue opinioni all'interno dei procedimenti giudiziari che lo riguardano, non distinguono fra procedimenti contenziosi e consensuali: la natura consensuale del procedimento può assumere invero rilevanza soltanto come fattore potenzialmente idoneo a rendere l'audizione personale e diretta del minore da parte del giudice "non opportuna" in relazione alla necessità di perseguirne il *best interest*, ma non viene mai considerata *ex se* come causa di esclusione della doverosità dell'audizione del minore e men che meno come elemento idoneo a legittimare il giudice ad assumere la decisione finale esclusivamente sulla base dell'accordo raggiunto dai genitori e senza tenere in alcuna considerazione le opinioni dei figli minorenni capaci di discernimento.

[24] A dir poco sconcertante è l'affermazione contenuta nella *Relazione illustrativa* secondo la quale "siffatta norma mira a tutelare l'interesse del minore a non essere ulteriormente esposto a possibili pregiudizi derivanti dal rinnovato coinvolgimento emotivo nelle questioni relative alla rottura del nucleo familiare, qualora il giudice prenda atto dell'accordo tra i genitori e ritenga non indispensabile procedere all'ascolto". La tutela del minore perseguita negando al minore stesso la possibilità di esercitare un suo diritto fondamentale!

In mancanza, il giudice dovrebbe a rigore sempre considerarsi tenuto a disporre l'ascolto del minore capace di discernimento, perché soltanto conoscendone le opinioni è effettivamente e autenticamente in grado di stabilire se le soluzioni concordate dai genitori sono davvero idonee ad assicurarne e a realizzarne il *best interest*.

Altrettanto dovrebbe dirsi, a rigore, della peculiare procedura contemplata dalla seconda proposizione del comma 2 dell'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla l. 10 novembre 2014, n. 162 per gli accordi raggiunti dai genitori di figli minorenni in esito ad una negoziazione assistita dai rispettivi avvocati. Gli accordi in questione non possono infatti produrre effetti se non vengono "avallati" dal pubblico ministero, il quale può e deve rilasciare la relativa autorizzazione soltanto se, e nella misura in cui, li ritiene "rispondenti all'interesse dei figli", e deve per contro trasmettere gli atti al tribunale se li valuta "non rispondenti agli interessi dei figli".

Non si vede invero come questa valutazione di rispondenza/non rispondenza agli interessi dei figli possa essere condotta prescindendo dalla conoscenza, dalla considerazione e dalla adeguata "pesatura" delle opinioni espresse dai figli dotati di capacità di discernimento: una esigenza tanto più forte in queste ipotesi, nelle quali l'efficacia dell'accordo dipende non dalla decisione di un giudice, bensì dall'autorizzazione di un pubblico ministero, e la documentazione che le parti interessate a veder autorizzato l'accordo sono tenute a produrre è assai meno completa, ricca e dettagliata rispetto alla documentazione che esse hanno l'onere di allegare al ricorso introduttivo di un procedimento a domanda congiunta.

Proprio per questa ragione, lascia a dir poco perplessi la circostanza che il comma 3 del citato art. 6 prescriva la necessità che, nell'accordo frutto della negoziazione assistita, si dia "atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare" e si dia altresì atto "che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori", ma non venga contemplata la necessità che dall'atto risulti che al minore capace di discernimento sia stata data la possibilità concreta ed effettiva di manifestare le sue opinioni e che delle opinioni così manifestate le parti (e i loro legali) abbiano tenuto adeguatamente conto in sede e ai fini della definizione dei contenuti del loro accordo.

Invero, dall'accordo raggiunto in esito al positivo esperimento della negoziazione assistita dovrebbe risultare proprio che nel corso dello svolgimento di quest'ultima i genitori e i loro avvocati hanno (dopo averli compiutamente informati) acquisito le opinioni dei minori capaci di discernimento in merito alle questioni da affrontare e risolvere nell'accordo e ne hanno tenuto debitamente conto (ad esse attribuendo il "giusto peso") in sede di definizione dei contenuti dell'accordo stesso. Per quale ragione la disposizione non lo abbia previsto, non è dato sapere: certo, anche questa lacuna costituisce chiara espressione della scarsa considerazione e valorizzazione che il nostro legislatore ha riservato al diritto fondamentale riconosciuto ai minori dall'art. 12 Conv. New York.

MARIA VITA DE GIORGI

MEMORIE DI UNA GARANTE DEL CONTRIBUENTE

SOMMARIO: 1. L'angusto perimetro attuale. – 2. Speranze e delusioni di una Garante del contribuente. – 3. L'eterno desiderio di riforme tributarie. – 4. Fisco e Costituzione.

1. *L'angusto perimetro attuale*

Che l'economia abbia bisogno delle istituzioni non è più oggetto di disputa ideologica, ma verità storica evidenziata dai tragici fatti degli ultimi anni.

Certo, ben conosciamo i vizi dell'intervento pubblico che hanno incoraggiato un lungo periodo di privatizzazione, ma il panorama di oggi sta mutando: assistiamo al ritorno dello Stato investitore e anche di uno "Stato provvidenza", che ha seguito – polemiche a parte – il trascorrere della pandemia con misure di generalizzato sostegno, ponendo in essere aiuti che né il mercato né il terzo settore erano in grado di fornire.

Nel contempo è a tutti evidente che per fronteggiare le drammatiche emergenze frutto di cambiamenti irreversibili occorrono democrazie governanti e non governate; ma anche che le forze politiche – spesso per oramai croniche finalità elettorali – hanno alimentato nel cittadino la convinzione di poter avere sempre di più dallo Stato. La nostra società è la società delle pretese, una *Anspruchsgesellschaft*, come già affermava Guido Carli, e il rapporto distorto con il denaro finisce per scardinare le norme etiche che dovrebbero informare le relazioni umane e sociali, la capacità di fidarsi degli altri, di cooperare e di creare il tessuto necessario per la qualità delle nostre vite[1].

Sappiamo quali cause immediate e remote sono all'origine dei problemi attuali, ma l'interferire di complessi elementi sociali e politici non consente previsioni. L'incessante incremento della spesa pubblica rende cronicamente insufficiente il volume delle entrate, né sappiamo quale sarà l'avvenire dell'inflazione e dei tassi di interesse. E forse crediamo illusorio che attraverso manovre di politica economica o di tecnica monetaria si possano eludere le dure leggi dell'economia.

2. *Speranze e delusioni di una Garante del contribuente*

Guardando al passato, alle soglie del nuovo millennio fu emanato un testo normativo battezzato con il nome altisonante di "Statuto dei diritti del contribuente" (l. 27.7.2000, n° 212 e successive modificazioni).

Va detto che all'epoca imperava la "moda" dei Garanti, simili nel nome, ma titolari di poteri con diversa estensione ed efficacia: Garante per la protezione dei dati personali, della concorrenza e del mercato, dei diritti delle persone detenute, per l'infanzia e l'adolescenza, difensore civico ecc.

---

[1] CARLI, *Mercato, Europa e libertà. Gli interventi alle Assemblee dell'ABI e alle Giornate del risparmio*, a cura di F. Pascucci, Editori Laterza, 2018, *passim*.

L'art. 13 (Garante del contribuente) dello Statuto prevede che presso ogni direzione regionale delle entrate e direzione delle entrate delle province autonome sia istituito un organo monocratico denominato Garante del contribuente, le cui funzioni sono elencate nel 6° comma della norma[2].

Nell'aprile 2016 l'allora Presidente della Commissione tributaria regionale, purtroppo prematuramente scomparso, mi nominò Garante del contribuente per l'Emilia-Romagna. Pur non conoscendomi, esaminato il mio curriculum, pensò – mi disse poi – che io fossi "capace di scrivere". Decisivo, inoltre, gli sembrò che non avessi mai esercitato professione (ognuno interpreti l'affermazione come preferisce). La nomina, di durata quadriennale, mi è stata rinnovata nel 2020.

Sono sicura che chi legge cade dalle nuvole perché il Garante del Contribuente non sembra avere, presso il pubblico, ma anche presso la dottrina, la sperata risonanza. Ad oltre venti anni di distanza dalla sua istituzione la figura stenta ad imporsi, in parte soffocata dalla presenza delle altre Authority di maggiore rilevanza e rilievo mediatico.

La ragione è che il Garante del contribuente, a differenza di altri, non ha il potere di incidere direttamente sul fatto oggetto della segnalazione, ma solo quello di segnalare agli uffici dell'amministrazione finanziaria il disservizio lamentato.

Il Garante, insomma, non ha poteri o ne ha di spuntati[3]. È vero che nell'art. 13, comma 6°, dello Statuto si legge un puntuale elenco delle attività che può compiere "in piena autonomia", ma nessuna di queste porta alla realizzazione diretta di un risultato.

Non ha il potere di far cessare i comportamenti scorretti o di procedere in autotutela nei confronti di avvisi di accertamento o di riscossione, non può procedere a tutelare direttamente il contribuente o a migliorare l'organizzazione di un ufficio, non può fornire informazioni in sostituzione di un ufficio latitante o gestire l'agibilità degli spazi degli uffici, non può impedire la prosecuzione di comportamenti non conformi a legge da parte dei verificatori, non può disporre rimborsi, non può avviare procedimenti disciplinari nei confronti dei componenti dell'amministrazione che abbiano determinato un pregiudizio ai contribuenti.

Per dirla con John Searle la decisione del Garante, la sua dichiarazione, non è un "enunciato performativo", una regola costitutiva, non è affatto idonea a modificare la realtà come, ad esempio, la decisione del giudice, l'atto notarile, o il verbale d'esame o la semplice frase "lascio i miei beni a mio nipote" nel testamento[4].

Le sue funzioni possono essere qualificate come meramente "sollecitatorie" di una attività propria degli uffici, nello spirito di corretta collaborazione. La tutela del contribuente si limita all'informativa dell'esito della comunicazione e cioè di quanto l'ufficio ha ritenuto di comunicare o, nella migliore delle ipotesi, compiere nell'ambito della più ampia discrezionalità a lui concessa.

---

[2] Art. 13, comma 6° l. n. 212/2000 cit.: «Il Garante del contribuente, anche sulla base di segnalazioni inoltrate per iscritto dal contribuente o da qualsiasi altro soggetto interessato che lamenti disfunzioni, irregolarità, scorrettezze, prassi amministrative anomale o irragionevoli o qualunque altro comportamento suscettibile di incrinare il rapporto di fiducia tra cittadini e amministrazione finanziaria, rivolge richieste di documenti o chiarimenti agli uffici competenti, i quali rispondono entro trenta giorni, e attiva le procedure di autotutela nei confronti di atti amministrativi di accertamento o di riscossione notificati al contribuente. Il Garante del contribuente comunica l'esito dell'attività svolta alla direzione regionale o compartimentale o al comando di zona della Guardia di finanza competente nonché agli organi di controllo, informandone l'autore della segnalazione».

[3] Ampiamente d'Ayala Valva. *Il Garante del contribuente e le sue catene*, in corso di pubblicazione negli *Studi in memoria di F. Tesauro*.

[4] Ed. it. J.R. Searle, La *costruzione della realtà sociale*, Einaudi, 2006, *passim*.

Per migliorare in parte questo quadro non entusiasmante va precisato che la proposizione dell'istanza – con modalità del tutto informali, adesso via mail o Pec – è completamente gratuita. L'istanza viene poi immediatamente inoltrata agli Uffici competenti, di regola veloci nel rispondere.

3. *L'eterno desiderio di riforme tributarie*

La normativa tributaria, sappiamo, è caratterizzata da un continuo desiderio di mutazioni.

Sarebbe necessario – particolarmente in relazione a un programma economico di lungo respiro – che la legislazione fiscale e l'evoluzione del sistema tributario rispondessero a chiari criteri programmatici e non fossero ispirati o deformati da necessità contingenti e occasionali, come avvenuto anche negli ultimi tempi, con forze politiche sempre pronte a distribuire *bon-bons* elettorali.

Scriveva già nel primo dopoguerra Stefano Siglienti[5], banchiere della ricostruzione: "La concreta applicazione dei tributi non può essere guidata da criteri difformi o discrezionali, ma deve rispondere a principi di certezza giuridica e di obiettiva applicazione della legge, onde questa sia veramente uguale per tutti, evitando che si determinino situazioni sperequate e tali da modificare le stesse possibilità di concorrenza degli operatori. Al quale fine sono indispensabili una riduzione del numero dei tributi, una semplificazione nel sistema di essi, una legislazione piana e accessibile a tutti e un contenzioso tributario regolato secondo i principi di una sicura tutela giurisdizionale, da tutti condivisi, ma che attendono inizio di attuazione.

Occorre infine un'opera amministrativa intesa a rendere più semplice e più rapido l'accertamento da parte degli Uffici e le rettifiche, per eliminare sia interventi e adempimenti onerosi a carico dei contribuenti, sia periodi prolungati di incertezza nei quali gli operatori economici vengono a trovarsi".

Vedo chi legge sorridere incredulo, ne sono consapevole. Eppure lo scrivo ugualmente.

È peraltro ovvio che le caratteristiche della lentezza e farraginosità della normativa, le complicazioni riguardanti i requisiti personali necessari, le opere ammesse a contributo, i documenti di cui corredare le richieste, i termini per tali richieste, le formalità dei successivi controlli e tanto altro sono dovute alla cultura stessa delle burocrazie. Il che può essere anche comprensibile, perché le burocrazie sono sottoposte a procedimenti a evidenza pubblica, nei quali ogni passo deve essere trasparentemente compiuto e rendicontato a garanzia di chi lo fa e dei cittadini che ne sono coinvolti.

4. *Fisco e Costituzione*

Già dai lavori dell'Assemblea Costituente emerge la connotazione etica dei principi enunciati dall'art. 53 della Carta fondamentale, a mezzo del contestuale richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà sociale ed economica e alla tutela dei diritti dei contribuenti. Principi poi più volte ribaditi dalla giurisprudenza costituzionale.

---

[5] Siglienti, *Le banche per la ricostruzione. Le relazioni alle Assemblee dell'Associazione Bancaria Italiana (1945-1968)* a cura di F. Pascucci, Editori Laterza, 2020, 36 ss.

La Costituzione traccia un ordine complesso di valori, promuovendo una "civiltà sociale e solidale", un sistema di diritti e doveri in cui il mezzo tributario e il sistema fiscale sono coerentemente inscritti.

Come scrive anche Ernesto Maria Ruffini[6] è indubbio che proprio il Fisco possa rappresentare uno dei terreni su cui declinare in chiave moderna il principio costituzionale di uguaglianza.

Simbolo di questa desiderata eguaglianza fu, nel 2000, l'approvazione del citato Statuto dei diritti del contribuente varato a seguito di un lungo dibattito parlamentare e di un ancor più lungo confronto dottrinale. L'auspicio (per la verità ancora in fase di attuazione!) era quello di trasformare il contribuente dal ruolo di suddito a quello di cittadino – titolare di diritti e non solo soggetto a obblighi – e modificare il rapporto con l'Amministrazione grazie a leggi accessibili e procedure semplici a disposizione di tutti.

L'obbligazione tributaria, come a tutti noto, ha collocazione e dignità costituzionale; rientra tra i diritti e doveri dei cittadini e precisamente appartiene ai "Rapporti politici" disciplinati a chiusura della prima parte della Costituzione (Titolo IV, Parte I).

L'eterogeneità delle previsioni contenute nel cit. Titolo IV Cost. – dal voto all'associazione nei partiti politici, dalle petizioni alle Camere all'accesso agli uffici pubblici ed alle cariche elettive, sino alla difesa della Patria (art. 52 Cost.) – trova una sintesi nella norma finale del titolo, l'art. 54, dove spiccano il dovere dei cittadini di essere fedeli alla Repubblica e l'adempimento con disciplina e onore delle pubbliche funzioni.

L'enunciazione specifica alla materia tributaria è affidata ai due commi dell'art. 53: l'obbligo di tutti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della personale capacità contributiva, l'adeguamento del sistema tributario a criteri di progressività.

Conviene ricordare, perché risponde ad altro, non trascurabile criterio di lettura del testo costituzionale, un'ulteriore distinzione che abitualmente, e per certo con piena giustificazione, si opera nei confronti della Carta.

Nella tradizione della nostra cultura si è abituati a distinguere tra lo Stato-apparato e lo Stato-comunità, nella prima locuzione comprendendo le strutture e gli istituti che rappresentano il tessuto della Costituzione: dal Parlamento al governo, dall'Ordine giudiziario alle realtà territoriali; nella formula dello Stato-comunità le formazioni sociali, dalla famiglia alle confessioni religiose, dai sindacati ai partiti politici, in cui si sviluppa la personalità individuale.

L'obbligazione tributaria conferma, dunque, la storica necessità e la concreta esigenza di accompagnare, anche a mezzo di apparati tecnici, la finale esigenza di assicurare la destinazione del gettito fiscale agli innumerevoli bisogni della società civile e, nell'ambito della comunità di tutti, delle singole formazioni in cui si realizzano la vocazione e l'attitudine dell'individuo a divenire persona.

La legalità dell'imposizione richiede non solo la disciplina dei rapporti, ma altresì l'organizzazione indispensabile per attuarla, sia dell'amministrazione sia del giudice, che sappiano interpretare e realizzare l'interesse fiscale come interesse della Comunità.

Mi concedo di pensare che i principi di affidamento e buona fede nell'adempimento dei doveri reciproci dello Stato e del Cittadino possano trovare, in questo particolare settore, un valido sostegno nell'attività del Garante del contribuente, pur con tutti i limiti sopra accennati.

---

[6] Ruffini, *Uguali per Costituzione, Storia di un'economia incompiuta dal 1948 ad oggi*, con prefazione di S. Mattarella, Feltrinelli, 2022, *passim*,

Come docente di diritto civile (sia pure a riposo) ritengo che a risolvere il problema possa contribuire l'educazione alla solidarietà e al legame sociale, al senso della Comunità e dello Stato fin dai primi anni di scuola.

Mi piace, in conclusione, citare uno scritto di Calamandrei, rimasto inedito per decenni e ancora oggi poco conosciuto. Risale al 1940, tempo di cui è inutile ricordare la dolorosa tragicità, eppure il celebre Giurista professa lucidamente la propria "Fede nel diritto":

«Troppe conferme sembra avere d'intorno a noi, anche in questa storia contemporanea in mezzo alla quale angosciosamente viviamo, la dottrina, che risale ai Sofisti, secondo la quale la giustizia è ciò che giova al più forte.

Ma questa è la gioia e la fede del giurista: diffondere in chi vuol vivere in laboriosa pace la consapevolezza che l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge non è una beffa a cui i giudici volgono le spalle, ma è una realtà che vive e si afferma, la formula della solidarietà e della reciprocità umana, che è la più efficace forza di coesione della società e la condizione essenziale d'ogni civiltà vera»[7].

[7] P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, con saggi di Alpa, Rescigno, Zagrebelsky, Editori Laterza, 2008, 104.

MAURIZIO DI MASI

DIRITTO SPORTIVO E BILANCIAMENTI DEI DIRITTI FONDAMENTALI. ALCUNE QUESTIONI ATTUALI

SOMMARIO: 1. La tutela della persona nell'ordinamento sportivo fra etica e diritti fondamentali. – 2. Sport estremi e autodeterminazione personale. – 3. Tutela dei minori e attività sportiva. – 4. Sport e normalizzazione del *gender*. – 5. Bilanciamento fra attività venatoria e proprietà privata. – 6. *Sportwashing*, turismo sportivo e sostenibilità.

1. *La tutela della persona nell'ordinamento sportivo fra etica e diritti fondamentali*

La centralità della persona umana, del suo corpo, del suo sviluppo, della sua dignità e dell'identità – tutti temi assai cari a Paolo Zatti[1] – trova un interessante terreno d'analisi nell'ordinamento sportivo[2].

Nell'ambito delle molteplici attività umane, infatti, lo sport ha sempre svolto un fondamentale ruolo sociale ed economico, portando all'affermarsi di un modello organizzativo di matrice privatistica fondato sulla feconda sinergia fra pubblico e privato, fra Stati nazionali e il *Comité International Olympique* (CIO), fra CONI e singole federazioni sportive[3].

Modello organizzativo, sin dalle origini sviluppato su un orizzonte 'multilivello' (interno ed esterno alle esperienze statali), che è basato sul libero associazionismo e sulla capacità di autogoverno delle istituzioni sportive e che ha consentito lo sviluppo della pratica sportiva di base e allo stesso tempo il raggiungimento di importanti traguardi nelle competizioni agonistiche mondiali.

Modello organizzativo che, per giunta, si è subito integrato con la Costituzione italiana entrata in vigore nel 1948, se non altro per la ragione che il principio pluralistico sancito nell'Art. 2 Cost. costituisce attuazione del principio personalistico: sicché la Repubblica non può rinunciare a tutelare i diritti fondamentali dell'uomo pure nell'ambito delle formazioni sociali[4].

La centralità della persona nell'ordinamento sportivo emerge, peraltro, dall'importanza attribuita all'educazione fisica nello sviluppo della persona (Art. 2 Cost.), il

---

[1] ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, 2009; ID., *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss.

[2] La bibliografia sull'ordinamento sportivo e i rapporti con l'ordinamento statale è ormai sterminata, ma è d'obbligo citare i pionieri della sua elaborazione teorica: ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Spoerri, 1918; CESARINI SFORZA, *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1933, I, 1381 ss.; GIANNINI, *Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, 1 e 2, 10 ss. Ai sensi dell'articolo 117 Cost., come riformato nel 2001, l'ordinamento sportivo rientra nella potestà legislativa concorrente fra Stato e Regioni. La disposizione è stata attuata tramite la legge n. 280/2003 il cui art. 1 recita espressamente: «La Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale».

[3] ROSSI, *Enti pubblici associativi*, Jovene, 1979, in particolare il capitolo 3, *Gli enti e i gruppi sportivi*, 79 ss.; ALPA, *L'ordinamento sportivo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1986, 321 ss.

[4] RESCIGNO, *Persona e comunità*, Il Mulino, 1966.

cui interesse è canonizzato anche nell'Art. 32 della Costituzione, che tutela la salute quale diritto fondamentale, intendendola, sulla scorta dell'interpretazione data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, quale stato di completo benessere fisico, psichico e sociale e non semplice assenza di malattia[5].

Si consideri, inoltre, che lo sport assume la fisionomia di una categoria "*primordiale dell'agire umano*" e ad esso connaturata, perché non promana da una imposizione, ma è mossa da un impulso profondo, psicologico, legato alla potenza vitale e alla libera consapevolezza che lo accompagna, mettendo alla prova – diversamente dal semplice "*gioco*" – il vigore fisico, il coraggio, la perseveranza, la resistenza e la forza morale di chi lo pratica, e di chi vi dedica potenzialità ed inclinazioni[6]. In questa prospettiva lo sport svolge una funzione ancestrale di promozione della persona umana, laddove mette insieme disciplina, impegno ad alto livello e completa dedizione[7].

Ma anche la stessa dimensione ludica ha un valore etico e sociale fondamentale, perché sviluppa la capacità di sopportare e di sfidare la fortuna, il caso, l'alea. Non solo, dato che risulta meritevole di considerazione anche lo stretto legame che intercorre tra attività sportiva e competizione[8].

Ogni pratica sportiva, ad ogni livello, prevede e necessita quindi del rispetto di alcune "regole" che si rifanno all'etica sportiva o, come viene comunemente chiamato, al *fair play*.

Il concetto di *fair play* fatto proprio dalla Carta Olimpica (sin dal 1908) è piuttosto ampio e comprende tutta una serie di valori (che possono essere ricondotti ai princìpi di equità, lealtà, rispetto degli avversari e delle regole) a cui ogni sportivo, sia che pratichi attività sportiva sia che segua l'evento sportivo in qualità di tifoso, deve attenersi. Si tratta dunque di una serie di principi che conformano l'agire dei privati che trovano conferma anche nella Carta Europea dello Sport e nel Codice Europeo di etica sportiva di Rodi del 1992[9].

Punto fondamentale, il concetto di lealtà nella pratica sportiva[10]. Questo significa rispetto delle regole del gioco, rispetto dell'avversario, dell'arbitro e del pubblico, capacità di accettare la sconfitta e di onorare l'avversario in caso di vittoria. Significa anche il rifiuto della corruzione, del *doping*, del razzismo e di ogni forma di discriminazione e di violenza; il rifiuto insomma di ogni elemento che possa screditare e snaturare lo sport stesso.

Dall'altro lato della medaglia, non si può ignorare l'interesse che sempre più il mondo economico mostra verso il settore sportivo[11]. Molti privati investono nello sport e nel turismo sportivo: alcuni per passione, altri con scopi commerciali. Questo di per sé non è negativo, ma è necessario che lo sport resti tale.

---

[5] Per un ampio sviluppo delle argomentazioni relative al diritto alla salute cfr. Zatti, *Maschere del diritto, volti della vita*, cit., *passim*, nonché Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006.

[6] In tal senso Prelati, *La prestazione sportiva nell'autonomia dei privati*, Giuffrè, 2003, 18-19.

[7] Cfr. Di Nella, *Il fenomeno sportivo nell'ordinamento giuridico*, ESI, 1999.

[8] Prelati, *La prestazione sportiva nell'autonomia dei privati*, cit., ove si osserva che in linea di massima la competizione è comprensiva di qualsiasi attività che, sul piano fisico o intellettuale, venga svolto da qualcuno in antagonismo diretto o indiretto con altri, seguendo un obiettivo mediato o immediato di prevalenza o di superiorità: in tal senso la competizione implica *in primis* una contesa regolamentata tra più individui, in cui ciascuno di essi cerca in pari misura la vittoria sull'avversario.

[9] Cfr. Battelli (a cura di), *Diritto privato dello sport*, Giappichelli, 2021, 15 ss.

[10] Cfr. Rescigno, *Gruppi sociali e lealtà*, in *Persona e comunità*, cit., 68 ss.

[11] Vedi D'Ascenzo, *Lo sport in Italia vale 78,8 miliardi, pari al 3% del PIL*, ne *Il Sole 24 Ore*, 31 marzo 2022, on-line. Il dato emerge dal primo Osservatorio sullo Sport System italiano lanciato da Banca Ifis, per rispondere alla richiesta dell'UE di misurare la dimensione economica e sociale dello sport.

In altre parole chi investe nello sport deve accettarne le regole e i rischi, e non pretendere di stravolgere l'attività sportiva stessa per garantirsi un profitto.

Lo sport ha, quindi, una grande importanza per la società, potendo anche contribuire a migliorare le relazioni umane e la convivenza civile tra i popoli (è questo d'altronde lo spirito olimpico), ma è necessario superare una mentalità individualistica che dà importanza unicamente alla ricerca del successo e del profitto, ritrovando la consapevolezza di quello che si fa e del perché lo si fa e, principalmente, sviluppando una cultura sportiva basata sul rispetto dei diritti umani.

Nella prospettiva più squisitamente giuridica, poi, lo sport è vettore di valori che vanno ben oltre il mero interesse economico e richiedono una visione dell'etica nello sport più complessa e rispettosa della persona umana[12]. Etica dello sport che perciò deve intrecciare l'etica pubblica, nella misura in cui senza istituzioni democratiche funzionanti non vi è tutela dei diritti fondamentali[13].

È la stessa fase attuale della globalizzazione del pensiero giuridico[14], d'altra parte, a richiedere ai giuristi di confrontarsi costantemente con la tutela dei diritti umani e fondamentali[15], riconsiderando gli strumenti giuridici privatistici, il diritto di proprietà e il contratto *in primis*, elaborati in una diversa fase di sviluppo del capitalismo[16]. Dimensione, quella dei diritti umani e fondamentali, che caratterizza sempre più il diritto dello sport contemporaneo, che con le sue prassi, le negoziazioni sovranazionali e la giurisprudenza della *Court of Arbitration for Sport* (CAS o TAS – Tribunale Arbitrale dello Sport) ha dato vita ad una vera e propria *lex sportiva*, parallela e spesso tangente alla *lex mercatoria*[17].

---

[12] Oggi si tende a distinguere un'etica dei princìpi, in cui le norme di comportamento sono fondate su ideali e valori rigorosi, da un'etica delle responsabilità, che conferisce maggiore importanza alle conseguenze derivanti da una determinata condotta. Un'interpretazione moderna di etica valorizza maggiormente i diritti dell'individuo, concedendogli più libertà e autonomia nell'operare scelte vantaggiose per lui, ma imponendogli di agire responsabilmente, con piena coscienza delle conseguenze che il suo comportamento produce e, sopra ogni cosa, senza prevaricare sui suoi simili. Per una esaustiva riflessione etica sui rapporti tra privati si rimanda a Palazzo - Ferranti, *Etica del diritto privato*, Cedam, 2001. I modelli etici trovano larga applicazione nello sport per varie ragioni: vuoi perché sono chiamati a definire valori ed ideali ai quali ispirarsi nella pratica di qualsiasi disciplina; vuoi perché contribuiscono concretamente ad individuare i princìpi sui quali sono fondate le regole di gioco; vuoi perché stabiliscono limiti e ambiti della condotta di gioco, in modo tale che – trattandosi di competizione – ciascun partecipante possa godere dei medesimi benefici e delle stesse opportunità di prevalere sull'avversario senza cagionargli necessariamente un danno. La questione è approfondita da Prelati, *L'etica del fenomeno sportivo*, in *Studi in onore di Antonio Palazzo. Diritto Privato*, a cura di Donati e Sassi, 1, UTET, 2009, 509 ss.

[13] Per l'elaborazione di un'etica pubblica attenta ai principi costituzionali cfr. Merloni e Pirni, *Etica per le istituzioni. Un lessico*, Donzelli, 2021, in particolare 40 ss.

[14] La terza, secondo la tassonomia proposta da Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thoughts*, in *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, a cura di Trubek e Santos, Cambridge University Press, 2006, 19 ss.

[15] Cfr. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012; Marini, *La giuridificazione della persona. Ideologie e tecniche nei diritti della personalità,* in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 359 ss.; Id., *'Globalizzazione attraverso i diritti' e metamorfosi del diritto comparato*, in *La vocazione civile del giurista*, a cura di Alpa e Roppo, Laterza, 2013, 349 ss., il quale sottolinea efficacemente come la costituzionalizzazione della persona sia la premessa per una condizione democratica che incardina la cittadinanza sui diritti fondamentali che spettano a tutti; e da ultimo Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, La nave di Teseo, 2021, 155 ss. e 223 ss.

[16] Cfr. Salvi, *Capitalismo e diritto civile,* Bologna, 2015, il quale periodizza l'evoluzione del diritto moderno in tre fasi: quella del capitalismo individualista, la fase del compromesso fra capitale e lavoro, e l'attuale fase della globalizzazione neoliberista. Differentemente da Kennedy, Cesare Salvi considera centrale nella sua tassonomia anche il ruolo svolto dallo Stato democratico-pluralista.

[17] Le teorie sulla *lex sportiva* sono plurime e contrastanti. In dottrina cfr. da ultimo Serra, *Lex sportiva e lex mercatoria: un confronto*, in *Nomos*, n. 2/2020, che osserva che con la *lex mercatoria,* la *lex sportiva* condivide sicuramente il duplice aspetto di essere un insieme di regole, ma anche un metodo di giudizio

Non potendo in questa sede ripercorrere nel dettaglio la complessa evoluzione del diritto sportivo, che dalla svolta della sentenza Bosman[18] pare aver abbracciato una via *neoliberale*, e quindi maggiormente attenta alle dinamiche concorrenziali del libero mercato[19], si tenterà in questo contributo di mappare (seppur – inevitabilmente – in modo parziale) un paradigma giuridico differente, maggiormente attento ai diritti fondamentali e perciò maggiormente fedele ai principi originari del diritto sportivo stesso[20]. È interessante osservare come la stessa *lex sportiva* di matrice arbitrale (*i. e.* la giurisprudenza della CAS), che applica per solito il diritto elvetico[21], riconosca anche nell'ordinamento sportivo sovranazionale tanto l'intangibilità dei diritti fondamentali della personalità riconosciuti dal codice civile svizzero (ZGB)[22], quanto la tutela della libertà di praticare lo sport che si preferisce e del diritto alla realizzazione personale attraverso l'attività sportiva[23].

Sono dati caratteristici di questa attuale fase della globalizzazione del diritto, invero, il proliferare delle fonti del diritto[24], l'affermarsi dei *droits de l'homme* e il ruolo più pervasivo sia delle ADR che della giurisprudenza[25], quale formante del diritto cui sempre più spesso spetta il delicato compito di bilanciare e contemperare interessi e/o diritti

---

arbitrale. Secondo i teorici della *lex sportiva*, in particolare, essa ha un *corpus* di norme transnazionali generate da regole e pratiche dettate dal CIO e dalle Federazioni sportive internazionali e nazionali, a cui si collega anche la giurisprudenza della *Court of Arbitration for Sport* che, nel corso della sua attività, ha definito standard e principi.

[18] Corte giust. CE, 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *URBSFA c. Bosman*, in *Raccolta*, p. I5040. Per di più oggi l'articolo 6, lettera e), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) conferisce all'Unione la competenza per sostenere o integrare l'azione degli Stati membri nel settore dello sport, mentre l'articolo 165 par. 1, contiene gli aspetti particolareggiati della politica per lo sport stabilendo che l'Unione «contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa». L'articolo 165, par. 2, specifica che l'azione dell'Unione è intesa «a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi».

[19] Sull'influenza del neoliberismo sul diritto contemporaneo cfr. almeno Salvi, *Capitalismo e diritto civile,* cit., 157 ss.; Denozza, *Spettri del mitico "ordo": diritto e mercato nel neoliberalismo*, in *Moneta e Credito*, 2019, 72(288): 327-348; Giolo, *Il diritto neoliberale*, Jovene, 2020.

[20] Vedi i principi della Carta Olimpica: rispetto, fratellanza, lealtà, promozione della pace, comprensione, solidarietà, *fair play*.

[21] Cfr. Gambino, *Principi e prassi dell'arbitrato sportivo*, in *Riv. dir. sport*., n. 1/2017, 120 ss.

[22] Vedi CAS 2011/A/2433 par. 51-52 «la FIFA ne peut pas se borner à respecter sa seule réglementation. En effet, s'il est vrai que le législateur suisse a souhaité laisser une large autonomie aux associations quant à leur fonctionnement et à leur organisation, aucune disposition réglementaire ne doit porter atteinte aux droits de la personnalité de ses membres. Par voie de conséquence, les preuves telles que prévues à l'article 96 al. 2 CDF ne peuvent en aucun cas léser les droits de la personnalité, protégés par l'article 28 CC.».

[23] Vedi CAS 2012/A/2720 FC Italia Nyon & D. c. LA de l'ASF & ASF & FC Crans para. 10.23 «La liberté d'exercer une activité sportive de son choix, entre partenaires de même valeur et contre des adversaires équivalents, fait – selon la jurisprudence – partie des droits de la personnalité protégés par l'article 28 CC»; e vedi anche CAS 2012/A/2720 FC Italia Nyon & D. c. LA de l'ASF & ASF & FC Crans para. 10.24, secondo cui «En ce qui concerne le sport amateur, la doctrine relève que le droit à l'épanouissement par l'activité sportive, que ce soit professionnellement ou non, fait partie des droits de la personnalité du sportif. Ce droit comprend notamment le droit de participer à des compétitions réunissant des sportifs du même niveau que lui».

[24] Fra cui un ruolo sempre maggiore, in questa fase di *destatualizzazione* del diritto, assume anche l'autonomia dei privati: cfr. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, in particolare 30 ss.

[25] È appena il caso di ricordare che anche le decisioni del CAS sono sottoposte al vaglio della Corte EDU, come confermato in CtHR, Mutu & Pechstein v. Switzerland, Applications nos. 40575/10 and 67474/10, judgment of 2 October 2018. Qui la Corte di Strasburgo ha chiarito di avere giurisdizione sia *ratione materiae*, dato che l'art. 6 CEDU è applicabile anche alle controversie arbitrali, sia *ratione personae*, nonostante il CAS sia un'istituzione di diritto privato e non un tribunale statale o un altro ente di diritto pubblico elvetico, dal momento che i lodi del CAS sono soggetti a revisione da parte della Corte Federale (elvetica) ed hanno effetto di giudicato secondo il diritto svizzero.

confliggenti[26]. I diritti fondamentali, oltretutto, non si sottraggono a contemperamenti di *proporzionalità* e *adeguatezza* con altri diritti fondamentali[27], neppure nell'ambito, sia nazionale che sovranazionale, dell'ordinamento sportivo.

2. *Sport estremi e autodeterminazione personale*

Volgendo lo sguardo al diritto sportivo italiano, fra i bilanciamenti di diritti fondamentali quello probabilmente maggiormente paradigmatico concerne i c.d. sport estremi[28], che hanno finito per essere terreno di scontro fra diritti fondamentali contrapposti[29]: da una parte, basilare e potente strumento di realizzazione della personalità umana (Art. 2 Cost.) e della libertà personale (Art. 13 Cost.); dall'altra, potenziale minaccia alla salute, all'integrità fisica e addirittura alla vita (Art. 32 Cost.)[30].

Un argomento a favore dell'impedimento di attività sportive estreme quali *boxe* e le corse automobilistiche, l'alpinismo e la caccia grossa, fino al *rafting*, *bungee jumping*, *hydrospeed*, *ice flying*, *parkour*, *skysurfing*, *kitesurf* e simili, potrebbe derivare da un'interpretazione frettolosa dell'art. 5 c.c. che tutela l'integrità fisica, o meglio si limita a menzionare l'integrità fisica fra i limiti al potere alla persona di disporre del proprio corpo. La norma come noto dispone infatti che «gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume». In un contesto attento alle libertà e ai diritti della persona, lontana dall'originario contesto che ha portato alla codificazione dell'art. 5 c.c.[31], la norma viene letta al contrario, cioè

[26] Kennedy, *op.* cit. L'autore sottolinea come l'attuale fase del pensiero giuridico globale sia caratterizzata dall'utilizzo della *policy analysis,* vale a dire una tecnica di argomentazione giuridica che porta in evidenza gli interessi sottesi alle norme che si applicano e alle decisioni prese. Si tratta di un approccio utilizzato dalle corti e dagli arbitri di tutto il mondo, cui sono dati nomi diversi: i giudici di *common law* ricorrono all'opera di bilanciamento degli interessi contrapposti (*balancing of conflicting considerations*), mentre quelli di *civil law* utilizzano il giudizio di proporzionalità. In entrambi i casi l'esito è la produzione di regole compromissorie: cfr. altresì Marella, *Antropologia del soggetto di diritto. Note sulle trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Oss. dir. civ. e comm*., n. 1/2021, 71 ss.

[27] In generale su queste problematiche cfr. Caggia - Resta (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, RomaTrEpress, 2019; Vezzani, *L'efficacia diretta della Carta dei diritti fondamentali: problemi e prospettive alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in Aa.Vv., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, 2019, 199 ss.; Femia (a cura di), Drittwirkung: *principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, ESI, 2018; Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e «drittwirkung» ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli, 2018; Mezzanotte (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, RomaTrEpress, 2016.

[28] Cfr. Santoro, *Il corpo negli sport estremi*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà e Zatti, vol. I, nel *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè, 2011, 971 ss.; Ead., *Sport estremi e responsabilità*, Giuffrè, 2008, ove si sottolinea che la qualità di sport estremo vada riconosciuta non sulla base dell'esame, dal lato soggettivo, della condotta attuata dallo sportivo, ma sulla base della verifica in concreto, dal lato oggettivo, dei tratti tipici di detta condotta, quali è dato ricavare dalla reiterazione del gesto sportivo fondamentale.

[29] Cfr. Ruffolo, *Attività sportiva estrema e responsabilità*, in *Riv. dir. sport*., 1, 2019, 25 ss.

[30] Vedi Trib. Terni, 4 luglio 2002, in *Riv. pen*., 2002, 800 ss. ove si legge in riferimento ad un caso concernente il decesso di una giovane durante la pratica del *rafting* che «il termine estremo è un eufemismo elegante e socialmente accettato di tipo soft che in realtà è sinonimo di un altro più chiaro e preciso: rischio mortale (…) perché non va sottaciuto ed anzi, va sottolineato, che in tutti questi sport estremi (…) il vero gusto nella ricerca di partecipare all'attività non è una sana competizione agonistica che caratterizza lo sport, bensì è il gusto del rischio integrale e del brivido profondo».

[31] Cfr. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., 83 ss.

secondo una interpretazione per cui gli atti di disposizione del proprio corpo sono di norma permessi e leciti, la loro "inibizione" dovendosi ritenere eccezionale e circoscritta alle sole ipotesi di compromissioni permanenti dell'integrità fisica o ad atti contrari vuoi all'ordine pubblico o al buon costume (quali si ritengono per solito la prostituzione o la pornografia), vuoi alla legge, che senz'altro esclude alcune forme di mercificazione del corpo (per esempio la compravendita di organi).

Adottando però una interpretazione costituzionalmente orientata, che valorizza la persona quale limite all'espansione del mercato, l'art. 5 c.c. esprime l'esigenza che il bene-corpo sia sottratto alla logica dell'obbligazione contrattuale, tanto più che, nell'attuale assetto normativo, risulterebbe improponibile immaginare obblighi di adempimento in forma specifica o risarcimenti del danno per inadempimento in fattispecie in cui è in gioco la salute e la libertà degli individui[32].

L'operatività di questa norma, va aggiunto, è limitata ai soli atti di disposizione del corpo di natura negoziale, «in favore» o «nell'interesse» di un differente soggetto, per cui ne resterebbero esclusi tutti gli interventi o atti che incidano sull'integrità del corpo umano esaurendo, però, i propri effetti nella sfera personale di colui che li ha posti in essere o che ne ha richiesto l'esecuzione (c.d. atti «autodispositivi»)[33]. In queste ipotesi allora irrompe nell'interpretazione dell'art. 5 c.c. la questione più profonda del *governo del corpo* quale sovranità di ciascuno su ciò che è costitutivo dell'identità e che corrisponde all'affermazione stessa della dignità dell'uomo[34].

Nel caso degli sport estremi, invero, l'esercizio dell'attività sportiva pericolosa è altresì espressione della generale libertà individuale, tutelata dall'Art. 13 Cost., oltre che del diritto alla salute (Art. 32 Cost.), che come visto dà copertura costituzionale anche all'attività sportiva in sé. D'altra parte lo ha sottolineato la migliore dottrina: il «diritto di decidere in merito alla propria sorte – di scegliere ciò che per sé stessi sia bene o male – non è menzionato, tradizionalmente, tra i diritti della personalità, perché compare in tutti quanti come un aspetto essenziale: quello della disponibilità di ciascun interesse protetto»[35]. Sicché si può ragionevolmente sostenere che nel contesto di attività sportive socialmente riconosciute[36], l'interpretazione dell'art. 5 c.c. è condizionata dal principio del consenso quale espressione di libertà: dato il rilievo primario che il diritto di autodeterminazione ha nel quadro costituzionale (Artt. 2 e 13 Cost.), una interpretazione costituzionalmente orientata della norma civilistica porta a ritenere lecita l'eventuale diminuzione dell'integrità fisica dell'atleta causata durante lo svolgimento di uno sport estremo svolto, appunto, con il consenso libero dell'interessato. In altre parole, il consenso dell'atleta allo svolgimento dello sport estremo – consenso che, a differenza di quello negoziale e analogamente al consenso informato in ambito sanitario, è sempre revocabile in qualsiasi momento[37] – rende leciti quegli atti che pure rischiano di ledere

[32] Cfr. Marella, *Diritti della persona*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti,* a cura di Amadio e Macario, I, Il Mulino, 2022.

[33] Cfr. Romboli, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, *sub* art. 5, 225 ss.

[34] Zatti, *Maschere del diritto, volti della vita*, cit., 53 ss. e spec. 92 ss. e 97 ss.

[35] Iudica - Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Cedam, 2001, 157.

[36] Come sottolinea Ruffolo, *Attività sportiva estrema e responsabilità*, cit., «la legittimazione degli sport violenti o estremi non può essere a priori limitata alle sole pratiche già oggi note ed accettate dalla nostra cultura, essendo quest'ultima, per sua natura, in divenire ed aperta ad integrazioni. Così, accanto ai tradizionali sport e pratiche estreme da tempo socialmente accettati, quelli emergenti passeranno gradualmente dall'ostracismo sociale al divenire parte della nostra cultura, entrando nel novero delle libertà individuali riconosciute».

[37] Cfr. Resta, *Contratto e persona*, nel *Trattato Roppo*, VI, *Interferenze*, Giuffrè, 2022, 1 ss.

permanentemente l'integrità fisica. E questo è vero per tutte le attività sportive che, volenti o nolenti, comportano un rischio per l'integrità fisica dell'atleta: tale rischio è stato inteso come consentito, ad esempio nei casi di sport violenti, ogniqualvolta non siano oltrepassati i limiti imposti dal regolamento sportivo[38], avuto riguardo all'esercizio del diritto da parte dell'atleta autore di lesioni ed al consenso da parte del competitore.

3. *Tutela dei minori e attività sportiva*

La tutela della minore età ha trovato nel diritto sportivo una crescente attenzione[39], che ottiene una propria consacrazione nella Carta dei Diritti dei Ragazzi allo Sport (Ginevra 1992, Commissione Tempo Libero dell'ONU), recepita ad esempio dalla FIGC nella regolamentazione del settore giovanile, che riconosce ai minori di età atleti/atlete i seguenti diritti: il diritto di divertirsi e giocare; il diritto di fare sport; il diritto di beneficiare di un ambiente sano; il diritto di essere circondato ed allenato da persone competenti; il diritto di seguire allenamenti adeguati ai suoi ritmi; il diritto di misurarsi con giovani che abbiano le sue stesse possibilità di successo; il diritto di partecipare a competizioni adeguate alla sua età; il diritto di praticare sport in assoluta sicurezza; il diritto di avere i giusti tempi di riposo; il diritto di non essere un campione.

Tale attenzione per lo sport dei minori di età è peraltro testimoniata dalla normativa, virtuosa, sul tesseramento del minore straniero (c.d. *ius soli sportivo*): la legge n. 12/2016, difatti, riconosce la possibilità per le persone minori di età straniere regolarmente residenti in Italia almeno dal compimento del decimo anno di età di essere tesserate presso le federazioni sportive con le stesse procedure previste per il tesseramento dei cittadini italiani[40].

Ma proprio il tesseramento dell'atleta minorenne mostra i limiti di alcune categorie privatistiche tradizionali. Si fa riferimento, in particolare, alla *pietrificazione* della capacità giuridica e d'agire[41] che trova le radici nel codice civile e che dimostra oggi la sua inadeguatezza (anche in ambito sportivo) con riferimento ai minori di età e all'esercizio dei diritti fondamentali.

Nell'impianto ottocentesco del codice civile, invero, il minore di età dispone dei diritti o assume doveri tramite un rappresentante legale, vale a dire i genitori o, in loro mancanza, il tutore. La rappresentanza legale dei minori di età prevista dal codice civile risulta efficace per gli atti dispositivi di natura patrimoniale, ma meno idonea all'esercizio di diritti fondamentali.

Difatti circa l'esercizio dei diritti fondamentali, quale quello di tesserarsi liberamente ad una associazione sportiva, parte della dottrina ha iniziato a valorizzare la

---

[38] Vedi per tutte Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2021, n. 3284, in *CED Cassazione*.

[39] Ciò a partire già dalla Convenzione sui diritti del fanciullo, sottoscritta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 176/1991, la quale prevede che «gli Stati convengono che l'educazione dei fanciulli deve avere come finalità di favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo nonché lo sviluppo delle sue facoltà e delle sue attitudini mentali e fisiche in tutta la loro potenzialità» (art. 29) e riconosce al fanciullo il «diritto al riposo ed al tempo libero, di dedicarsi al gioco e ad attività ricreative proprie della sua età» (art. 31).

[40] Cfr. Vari, *Profili costituzionali del c.d.* Ius Soli *sportivo: il tesseramento dei minori stranieri tra disciplina legislativa e* Drittwirkung *dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. sport*., n. 2/2016, 220 ss.; De Fusco, *La partita dell'integrazione delle seconde generazioni dell'immigrazione: l'effettività del diritto allo sport per i minori di origine straniera dalla legge n. 12/2016 ad oggi*, in *Federalismi.it*, n. 4/2019.

[41] Zatti, *Oltre la capacità*, in Id., *Maschere del diritto, volti della vita*, cit., 113 ss.

nozione di capacità di discernimento[42], cioè la capacità del minore di età di agire ragionevolmente, essendo in grado di comprendere la portata delle proprie azioni e di comportarsi di conseguenza. Nonostante ciò, l'art. 16 del d. lgs. 36/2021 per il tesseramento dell'atleta minorenne continua a prevedere come necessaria la firma di almeno un esercente la responsabilità genitoriale, salvo perseguire il *best interest of the child*[43] con la previsione che la richiesta di tesseramento debba essere presentata tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore e con la necessaria previsione, per l'atleta che abbia compiuto i 14 anni di età, di prestare personalmente il proprio assenso al tesseramento. Dati i diritti fondamentali coinvolti e la rilevanza che lo sport gioca nello sviluppo e nella formazione del minore di età, forse il bilanciamento effettuato dal legislatore poteva attribuire un maggior margine d'azione alla capacità di discernimento del minore stesso, almeno per gli sport non intrinsecamente 'pericolosi', per meglio tutelare la dignità e la libertà dei giovani atleti[44].

D'altro canto, non può che apprezzarsi la previsione dell'art. 33, comma 6, d.lgs. n. 36/2021, che dispone l'introduzione di disposizioni specifiche a tutela della salute e della sicurezza dei minori che svolgono attività sportiva, «inclusi appositi adempimenti e obblighi, anche informativi, da parte delle società e associazioni sportive, tra cui la designazione di un responsabile della protezione dei minori, allo scopo, tra l'altro, della lotta ad ogni tipo di abuso e di violenza su di essi e della protezione dell'integrità fisica e morale dei giovani sportivi»[45].

4. *Sport e normalizzazione del* gender

Il sesto principio della Carta Olimpica, in sintonia con l'art. 3 Cost. e l'art. 21 della Carta di Nizza, afferma che il godimento dei principi e delle libertà proclamate nella medesima carta deve essere garantito senza discriminazioni di alcun tipo, quali la razza, il colore, il sesso, l'orientamento sessuale, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro tipo, l'origine nazionale o sociale, la proprietà, la nascita o altro *status*. Eppure la recente casistica, arrivata sino al Tribunale Arbitrale per lo Sport (TAS) – organo di ultima istanza della giustizia sportiva a livello internazionale – mostra la tentazione insita anche nel diritto sportivo di normalizzare condizioni naturali, quali ad esempio l'intersessualità[46]. Ed anzi, fra i fattori di discriminazione nell'attività sportiva si è posto persino l'aspetto estetico, legato all'immagine stereotipata della figura femminile nello sport. A questo proposito, uno dei recenti casi più controversi ha coinvolto l'olimpionica Caster Semenya, velocista sudafricana di 28 anni che nel 2009 ha vinto la medaglia d'oro negli 800 metri femminili ai Mondiali di atletica leggera di Berlino. Quella vittoria,

---

[42] Stanzione, voce «Minori (condizione giuridica dei)», in *Enc. del dir.*, Annali, 2011, 725 ss.

[43] Sul quale cfr. Zatti, *Le icone linguistiche: discrezionalità interpretative e garanzia procedimentale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, supplemento al fascicolo 3/2004, 1 ss.; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.

[44] Cfr. Liotta - Santoro, *Lezioni di diritto sportivo*, Giuffrè, 2018, 86 ss.

[45] In dottrina cfr. Rende, *Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell' interesse del minore*, in *Riv. dir. sport.*, n. 1/2021, 21 ss.

[46] Si definiscono intersessuali tutti coloro che nascono con caratteri sessuali non riconducibili alle nozioni binarie del corpo maschile o femminile. L'intersessualità comprende diverse variazioni fisiche che riguardano caratteri del corpo considerati "sessuati" o la loro compresenza; essa non ha nulla a che vedere né con l'identità di genere né con l'orientamento sessuale: cfr. Lorenzetti, *Frontiere del corpo, frontiere del diritto: intersessualità e tutela della persona*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, 109 ss.

però, è stata messa in discussione da molti a causa dei suoi tratti somatici mascolini, uniti all'impressionante prova grazie a cui demolì le sue rivali. In sostanza, Caster Semenya è stata accusata di essere un uomo. E, quindi, di aver 'truccato' la gara: a causa di queste accuse, l'atleta è stata anche sospesa.

Dopo aver effettuato dei test di DNA Caster Semenya è stata riammessa alle competizioni e, nel 2012, è riuscita a vincere anche un oro alle Olimpiadi di Londra nella sua specialità: gli 800 metri femminili. A quanto pare, l'atleta non è un uomo, ma una donna con iperandrogenismo: condizione fisiologica in cui il corpo di una donna produce naturalmente una eccessiva quantità di ormoni androgeni, come il testosterone, rispetto alla media[47].

La IAAF – l'Associazione Internazionale delle Federazioni di Atletica Leggera – per tutelare ogni atleta e rendere le competizioni sportive il più possibile 'equilibrate', nel 2011 ha imposto una regola che obbliga le donne con iperandrogenismo a sottoporsi a una terapia ormonale per abbassare la produzione di ormoni androgeni, che ritengono possano falsificare le competizioni sportive.

Secondo quanto è stato stabilito dall'ordinamento endofederale, per gareggiare le sportive non devono superare un determinato livello ormonale (peraltro parametrato sullo standard della donna bianca occidentale)[48]: qualora esso sia superiore ai canoni stabiliti (5 nanogrammi di testosterone nel sangue), le atlete sono costrette a sottoporsi a controlli invasivi e a trattamenti medici che sconvolgono l'organismo, per poter abbassare la quantità di testosterone e poter partecipare alle gare con le altre donne. Poco dopo, in accordo con la sua Federazione, quella sudafricana, Caster Semenya ha fatto ricorso al TAS contestando questa misura, considerandola discriminatoria e lesiva nei suoi confronti[49]. Purtroppo la velocista ha perso il ricorso legale che le ha imposto una terapia ormonale[50]. Secondo le autorità sportive come la IAAF, invero, Semenya rientra nella categoria delle atlete con "differenze nello sviluppo sessuale": ciò implica che l'atleta ha dei livelli ormonali che non combaciano con gli standard del genere femminile.

Questo caso pone delicate questioni sportive, dal momento che un elevato livello di testosterone comporta un vantaggio per le *performance* dell'atleta. Si ritiene, infatti, che questo ormone sia collegato a livelli di energia e forza più alti e un aumento della competitività. Ma si tratta di un dato biologico naturale e non indotto: invero, e senza ombra di dubbio, in ambito sportivo, pratiche che procurino in modo manipolativo ed artificioso un miglioramento nelle prestazioni atletiche (i.e. *doping*) si pongono agli antipodi di una corretta e serena gestione della carriera agonistica, screditando l'intero settore ove esse sono maggiormente attuate[51].

---

[47] Camporesi - Maugeri, *Caster Semenya: Sport, Categories and the Creative Role of Ethics*, in *J. Med Ethics*, 2010, 36(6): 378-9.

[48] Qui emerge l'utilità dell'analisi giuridica intersezionale: cfr. Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination doctrine*, Feminist Theory and Antiracist Politics, 1989 «Un.Chi.Legal Forum», 139. E per un quadro complessivo cfr. Marini, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/2021, 473 ss.

[49] Cfr. Falletti, *Il riconoscimento dell' identità di genere tra sport e non discriminazione: la vicenda di Caster Semenya*, in *GenIUS*, n. 1/2021, 125 ss.

[50] Court of Arbitration for Sport, 30 April 2019, Caster Semenya, Athletics South Africa (ASA) and International Association of Athletics Federations (IAAF), in Chronique de jurisprudence arbitrale en matière sportive, 2019, p. 941 ss. L'interesse di questa decisione va oltre la questione sportiva perché impone una conformità di genere anche a scapito della salute e delle qualità individuali che dovrebbero rendere unica ogni persona, così ledendone l'identità e la dignità.

[51] Si veda già S. Rodotà, *La vita e le regole*, cit., il quale osservava come la «storia lunghissima della chirurgia e della medicina ci parla di una ininterrotta vicenda di interventi sul corpo, che così diventa protagonista di intrecci continui tra natura e cultura. (…) Il corpo modificato non rappresenta l'eccezione,

Però, obbligare gli atleti/le atlete ad assumere farmaci che alterano i loro ormoni tocca anche questioni bioetiche, oltre che mediche e biogiuridiche. Per quanto riguarda la salute, gli effetti di queste sostanze non sono ancora chiari e non è escluso che possano variare da un abbassamento drastico delle *performance* a una comparsa prematura della menopausa.

Come è stato ben evidenziato in dottrina, per di più, «chi ha titolo per riconoscere la sussistenza delle qualità che caratterizzano il sesso femminile e l'attribuzione dell'appartenenza a detta categoria? Il medico alla nascita? Il funzionario dello stato civile che trascrive l'atto di nascita? Il medico sportivo? Come si tutela l'identità dell'atleta? Come può essere protetta la sua salute? Le risposte possono essere varie, ma trattandosi di una questione definitoria, essa contiene in sé la radice di una possibile discriminazione»[52].

Una diversa risposta istituzionale alla questione, infine, è giunta nel 2020 dall'Ufficio dell'Alto commissariato per i diritti umani dell'ONU, che ha chiesto alla federazione sportiva di eliminare questi test[53]. Altresì la *World Medical Association* ha raccomandato ai medici di tutto il mondo di non osservare i regolamenti sportivi che impongano test alle atlete, in quanto violano l'etica medica[54]. A queste prese di posizione sono seguite nel 2021 le linee guida del Comitato Olimpico Internazionale (CIO) "*Framework on Fairness, Inclusion and Non-discrimination on the basis of gender identity and sex variations*"[55], ove espressamente si prevede che le federazioni sportive internazionali devono individuare e prevenire gli impatti negativi diretti e indiretti sulla salute e sul benessere delle atlete che potrebbero derivare dalla programmazione, implementazione e/o interpretazione dei criteri di ammissibilità alle competizioni sportive. Peraltro si ammette che i criteri per determinare un vantaggio competitivo sproporzionato possono, talora, richiedere la verifica delle prestazioni e della capacità fisica di un/una atleta, ma nessun/a atleta dovrebbe essere sottoposto/a a test specifici o mirati a determinare il sesso, l'identità di genere e/o le variazioni di sesso (quali l'intersessualità). Ad ogni modo, secondo i nuovi criteri a nessun atleta deve essere preclusa la possibilità di gareggiare sulla sola base di un vantaggio competitivo sleale non provato, ma solo presunto o percepito a causa delle sue variazioni di sesso, dell'aspetto fisico e/o dello *status* di transgender. Qualsiasi restrizione derivante dai criteri di ammissibilità deve basarsi su ricerche scientifiche solide e sottoposte a *peer review*.

Gli atleti e le atlete non debbono mai essere sottoposti/e a pressioni da parte di una federazione internazionale, organizzazione sportiva o qualsiasi altro ente – in base ai criteri di idoneità o altro – affinché si sottopongano a procedure o trattamenti non necessari dal punto di vista medico per soddisfare i criteri di idoneità.

I criteri per determinare l'idoneità per una categoria di genere non devono includere esami ginecologici o forme simili di esami fisici invasivi, volti a determinare il sesso, le variazioni del sesso o il genere di un/a atleta.

---

appartiene alla ordinarietà della vita» (cit. p. 83), tuttavia l'intervento legislativo può limitare l'autonomia individuale del singolo qualora le decisioni individuali producano effetti nella sfera giuridica altrui: «l'assunzione di droghe è legittima se interessa solo la sfera individuale, tanto che ne viene ammessa la detenzione in modiche quantità, ma è vietata se, nell'ambito delle competizioni sportive, fa venir meno la necessaria lealtà della competizione e ancor più se incide negativamente sulla salute dell'atleta» (cit. pp. 86-87).

[52] Falletti, *op. cit.*, 126.

[53] Si veda "*They're Chasing Us Away from Sport" Human Rights Violations in Sex Testing of Elite Women Athletes*, in *Human rights watch*, *www.hrw.org*, 4 dicembre 2020.

[54] Vedi il sito di World Medical Association, *WMA reiterates advice to physicians not to implement IAAF rules on classifying women athletes*, in *www.wma.net*, 2 maggio 2019.

[55] Reperibile on-line in *stillmed.olympics.com*.

Le informazioni mediche su un/a atleta, inclusi i livelli di testosterone, raccolte nell'ambito dell'antidoping o in altro modo, devono essere gestite in conformità con le leggi sulla *privacy* applicabili e devono essere utilizzate solo per gli scopi divulgati all'atleta nel momento in cui tali informazioni sono raccolte.

Le organizzazioni sportive devono quindi evitare la divulgazione dei dati inerenti alla salute degli/delle atleti/e e di altre informazioni personali in assenza del consenso degli/delle stessi/e.

I criteri di ammissibilità, infine, devono essere soggetti a una revisione periodica per riflettere eventuali sviluppi etici, relativi alla tutela dei diritti umani, ad aspetti giuridici, scientifici e medici in questo settore e dovrebbero comprendere il *feedback* delle parti interessate sulla loro applicazione.

Attraverso questo *Framework*, il CIO cerca di promuovere un ambiente sicuro e accogliente per tutti gli atleti e le atlete che sono coinvolti/e nelle competizioni di alto livello, in linea con i principi sanciti dalla Carta Olimpica, fra cui il Principio 4, che afferma espressamente che «*la pratique du sport est un droit de l'homme*» e che «*chaque individu doit avoir la possibilité de faire du sport sans discrimination d'aucune sort et dans l'esprit olympique, qui exige la compréhension mutuelle, l'esprit d'amitié, de solidarité et de fair-play*». D'altra parte, per concludere, la stessa Corte EDU ha condannato la Svizzera per la decisione del 2019 adottata dal TAS nel caso in questione, ritenendo invece che l'atleta sudafricana è stata discriminata nell'attuazione delle regole che impongono l'abbassamento dei livelli di testosterone nel sangue sotto certi limiti per poter competere ai livelli professionistici dell'atletica leggera. Nella recente decisione dell'11 luglio 2023, difatti, la Corte EDU ha affrontato la questione di come trattare le donne che non corrispondono ai canoni di femminilità recepiti nello sport femminile e ha ritenuto che la normativa regolamentare dello IAAF ha violato tanto il diritto della ricorrente a non essere discriminata (art. 14 CEDU), quanto il suo diritto al rispetto della vita privata (art. 8 CEDU).

5. *Bilanciamento fra attività venatoria e proprietà privata*

Un particolare bilanciamento di diritti fondamentali che ha coinvolto la Corte costituzionale e che ha risvolti in ambito sportivo riguarda l'art. 842 c.c., che fa divieto al proprietario di un fondo di impedire che vi si entri per l'esercizio della caccia, a meno che il fondo sia chiuso nei modi stabiliti dalla legge sulla caccia (oggi il riferimento è alla legge n. 157/1992*, Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio*[56]) o vi siano colture in atto suscettibili di danno. Il proprietario del fondo può sempre opporsi a chi non è munito della licenza rilasciata dall'autorità (comma 2 dell'art. 842 c.c.). Per l'esercizio della pesca, invece, occorre il consenso del proprietario del fondo (comma 3 dell'art. 842 c.c.).

Tutt'oggi, nonostante i tentativi di abrogazione della legge sulla caccia, l'art. 842 c.c. disciplina il conflitto concernente l'utilizzazione del fondo fra il suo proprietario e coloro che praticano lo sport della caccia[57]. Conflitto risolto in favore degli sportivi,

[56] Questa legge ha previsto che gli animali della fauna selvatica sono compresi nel patrimonio indisponibile dello Stato e sono protetti per tutelare l'interesse della comunità nazionale ed internazionale. L'esercizio dell'attività venatoria è consentito entro certi limiti e purché non contrasti con l'esigenza di conservazione della fauna selvatica e non arrechi danno effettivo alle produzioni agricole.

[57] Basti ricordare che la Federazione Italiana della Caccia è stata istituita nel gennaio del 1900 e riconosciuta con D.L. del settembre del 1928. Essa ha fatto parte dei Soci Fondatori del CONI.

che a condizione di rispettare la normativa venatoria, possono gratuitamente entrare nel fondo altrui[58]. La questione risulta di particolare interesse, perché la rilevanza sportiva della caccia ha giocato un ruolo preponderante nel bilanciamento fra diritti effettuato anche dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 57/1976[59].

Nel caso di specie, un *bird watcher* a cui un proprietario aveva negato l'ingresso sul proprio fondo per fotografare gli uccelli, ricorre in giudizio chiedendo l'applicazione dell'art. 842 c.c.

I giudici di merito hanno allora sollevato eccezioni di legittimità costituzionale dell'art. 842, comma 1, sotto un duplice profilo: *in primis* perché la norma poneva un limite penetrante ai poteri del proprietario che non pareva giustificato da ragioni di utilità sociale, come invece richiede l'Art. 42 Cost., dato che non può riconoscersi più un valore sociale all'attività venatoria. In secondo luogo, poiché si sarebbe permessa una disparità di trattamento fra cacciatori e quanti intendevano accedere al fondo per svolgere attività culturali o artistiche connesse con la fruizione della natura, così violando gli artt. 2, 3, 9 e 33 Cost.[60].

La Corte costituzionale ha però ritenuto infondati entrambi i rilievi in quanto ha negato il contrasto con l'Art. 42 Cost., ribadendo la rilevanza sociale dell'attività venatoria e definendo il diritto di caccia un diritto di libertà individuale, rientrante a pieno titolo tra le attività sportive che meritano incoraggiamento da parte dello Stato[61].

L'ingresso nei fondi altrui regolato dall'art. 842 c.c., difatti, è elemento essenziale per l'esercizio del diritto di caccia e ne costituisce un necessario presupposto, essendo evidente che non sarebbe possibile cacciare senza la libertà di spostarsi alla ricerca di selvaggina. La Corte sottolinea, ancora, che si tratta in ogni caso di una facoltà limitata ai fondi non recintati, il che rappresenta un ragionevole contemperamento fra la tutela del diritto di proprietà e la garanzia del diritto di libertà di cacciare.

La Corte costituzionale ha inoltre precisato che la disparità di trattamento prevista trova una giustificazione nel fatto che l'accesso al fondo, indispensabile per inseguire la preda oggetto della caccia, non è tale per lo svolgimento di attività artistiche o culturali[62], ritenendo dunque infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 842, comma 1, nella parte in cui attribuisce la facoltà di ingresso nei fondi altrui ai soli cacciatori e non pure a coloro che intendano svolgervi attività artistico-culturali (fotografie di animali liberi).

Oggi, a seguito della legge costituzionale n. 1/2022, è da chiedersi se il suddetto bilanciamento non possa essere diversamente pensato dal legislatore nel senso di impedire l'accesso ai fondi privati non recintati per svolgere l'attività venatoria (e/o persino di consentirlo in determinati periodi dell'anno per attività artistico-culturali che valo-

---

58 Liotta, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Cedam, 1992, 57 ss.

59 Corte cost., 25 marzo 1976, n. 57, in *Foro it*., 1976, I, 1794.

60 In questi termini il Pretore di Civitanova Marche 6.11.1974.

61 Leggiamo nella motivazione che: se «può ammettersi, invero, che non sono più attuali le finalità e gli scopi primordiali di ordine essenzialmente economico e di difesa che caratterizzarono l'attività venatoria nelle sue origini, come esercizio di un diritto naturale, deve altresì darsi atto che, successivamente, ne è stata sempre riconosciuta la rilevanza sociale, pur se progressivamente restringendone e condizionandone l'ambito in vista della necessaria coordinazione con altre esigenze ed altri diritti. […]».

62 A parere dei giudici costituzionali, infatti, le libertà dell'arte e della scienza, che si pretenderebbero violate dall'implicito divieto di ingresso sancito dall'art. 842 c.c., restano invero pur sempre suscettibili di attuazione con diverse modalità, data la loro complessa e multiforme sostanza di ricerca ed elaborazione scientifica mista all'esercizio di attività tendenti al raggiungimento di fini di carattere prevalentemente estetico. L'esclusione lamentata trova pertanto indubbio fondamento nel diritto di proprietà privata quale costituzionalmente garantito.

rizzino la natura e gli animali), in virtù del mutato sentimento verso gli animali, a cui sempre meno si addice la definizione giuridica in termini di semplici *res*[63], e della riserva di legge a loro tutela introdotta nell'ultima parte del terzo comma dell'Art. 9 Cost.[64].

D'altra parte una speciale attenzione per il *benessere animale* emerge altresì dalla riforma del diritto sportivo e in particolare dal d. lgs. 36/2021 che, già prima della riforma costituzionale, ha previsto una articolata disciplina (artt. 19-24) a tutela degli animali impiegati in attività sportive[65].

6. Sportwashing*, turismo sportivo e sostenibilità*

Il proliferare di eventi sportivi internazionale e il loro impatto geopolitico[66] – e i recenti mondiali di calcio 2022 in Qatar passeranno probabilmente alla storia come esempio paradigmatico di *sportwashing*[67] –, nonché i sempre più gravi effetti del cambiamento climatico impongono di mettere in relazione le dinamiche economiche dietro al turismo sportivo con la tutela effettiva dei diritti umani e fondamentali, onde valutarne la sostenibilità non solo in termini ambientali, ma anche economici e sociali[68]. Circa il

[63] Zatti, *La compagnia dell'animale*, in Id., *Maschere del diritto, volti della vita*, cit., 145 ss.; cfr. poi i contributi in *La questione animale*, a cura di Castignone e Lombardi Vallauri, nel *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè, 2012; Míguez Núñez, *Le avventure del soggetto. Contributo teorico comparativo sulle nuove forme di soggettività giuridica*, Mimesis, 2018, 111 ss.; Garetto, *Soggettività giuridica dell'animale. Rilievi critici*, in *Il soggetto di diritto. Storia ed evoluzione di un concetto nel diritto privato*, a cura di Bilotta e Raimondi, Jovene, 2020, 165 ss.; Valastro, *La tutela degli animali nella Costituzione italiana*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n. 2/2022, 261 ss., secondo la quale il nuovo art. 9 Cost. attesta il definitivo superamento della visione antropocentrica, almeno sul piano della cultura costituzionale, attraverso la valorizzazione del principio di responsabilità.

[64] Cfr. Garetto, *La tutela dell'animale nella Costituzione. Elementi di novità ed "omissioni" nel testo riformato dell'art. 9 Cost.*, in *PasSaggi Costituzionali*, n. 1/2022, 78 ss., il quale, da una parte sottolinea come tale riforma si ponga in linea di continuità con il diritto eurounitario (art. 13 TFUE) benché non si costituzionalizzi la *senzienza* degli animali, dall'altra parte evidenzia come la costituzionalizzazione del principio di tutela dell'animale abbia «un'incidenza diretta sulla discrezionalità del legislatore in ordine al contenuto ed all'opportunità stessa di interventi legislativi sulla materia. Inoltre essa incide sul piano ermeneutico, consolidando indirizzi giurisprudenziali e dottrinali favorevoli al riconoscimento della meritevolezza di una simile tutela» p. 84.

[65] L'art. 19 rubricato «Benessere degli animali impiegati in attività sportive» dispone che «coloro che detengono a qualsiasi titolo un animale impiegato in attività sportive, sono tenuti a preservarne il benessere, in termini di alimentazione, cura della salute e accudimento nel rispetto delle sue esigenze etologiche» (art. 19, comma 1). Si introduce, poi, il divieto di adottare «metodi di addestramento e di allenamento che possono danneggiare la salute e il benessere psicofisico dell'animale», qualsiasi metodo di coercizione o costrizione e l'utilizzo di mezzi o dispositivi che possano provocare danni alla salute e al benessere psicofisico o comunque arrecare sofferenza. Diffusamente cfr. Battelli (a cura di), *op. cit.*, 53 ss.

[66] Cfr. Ravenel, *Une approche géomarketing du sport. A geomarketing approach to sport*, in *Annales de géographie*, vol. 680, n. 4, 2011, 383-404: l'autore fra l'altro evidenzia come le Olimpiadi vengano sempre organizzate nell'ambito di un progetto di affermazione di un paese sulla scena internazionale e nazionale, facendosi promotrici di un messaggio prettamente geopolitico: questo rientra nella c.d. *soft power*, la capacità di ostentare la propria egemonia con mezzi diversi da quelli militari (su cui cfr. Nye, *Leadership e potere. Hard, soft, smart power*, Laterza, 2009).

[67] Inteso quale pratica di un individuo, un'associazione, una società di capitali o uno Stato che utilizza lo sport per migliorare la propria reputazione (offuscata dall'ombra della violazione dei diritti umani), ospitando un evento sportivo, acquistando o sponsorizzando squadre sportive o partecipando allo sport stesso. Praticata principalmente dalle monarchie del Golfo persico e anche da stati esterni all'area come l'Azerbaigian, la strategia di *sportwashing* prende piede a cavallo tra lo scorso e l'attuale decennio. Si veda Amnesty Int., *Ripulirsi la coscienza con un pallone: lo sportwashing degli stati del Golfo*, 16 novembre 2021, consultabile in *www.amnesty.it*.

[68] Cfr. Tiezzi, *Che cos'è lo sviluppo sostenibile? Le basi scientifiche della sostenibilità e i guasti del pensiero unico*, Donzelli, 1999; Rossi, *L'evoluzione del diritto dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 2/2015, 2 ss.

turismo sportivo, basti pensare come i Mondiali di Calcio 2010 in Sud Africa abbiano generato l'emissione di 2,8 milioni di tonnellate di CO_2, valore questo confermato nei Mondiali del Brasile 2014. Lo stesso dicasi per altri grandi eventi di calcio. Si stima che una partita del campionato di calcio di serie A determina l'emissione di circa 800 tonnellate di CO_2[69]. Un notevole impatto ambientale è prodotto altresì dalle Olimpiadi, ma ciò che deve far maggiormente riflettere è che tale complessità è amministrata da un sistema di *governance*, basato su un ente di diritto privato quale è il CIO.

Le istituzioni del mondo sportivo, sebbene di volta in volta si appoggino a singoli Stati nazionali, operano infatti «in una terra di nessuno dove esistono poche strutture di *governance* sovranazionale»[70], sulla base di regole, quelle dello sport, che non sono definite da trattati fra Stati, bensì da accordi fra ONG indipendenti, vale a dire il CIO, la *Fedération Internationale de Football Association* (FIFA) e le altre federazioni sportive internazionali.

Sì è a tal proposito osservato come lo sport sia complice in due modi del cambiamento climatico stesso e della nostra incapacità di affrontarlo: da un lato, esso è direttamente responsabile di ingenti emissioni di carbonio e di crimini ecologici, dati dalla costruzione di impianti sportivi e dall'uso di energia, dai viaggi degli atleti e dei tifosi, dal maltrattamento degli animali e dalla copertura mediatica. D'altro lato, squadre e manifestazioni sportive accettano sponsorizzazioni da parte delle industrie del gas e del petrolio, che sono estremamente vilipese, conferendo così a queste società estrattive un'immagine positiva e associandole al benessere quotidiano proprio dello sport. Nel loro insieme, queste attività equivalgono a un sostanziale *greenwashing*[71].

In tal modo lo sport non solo determina una importante impronta ecologica, ma finisce anche per fornire una copertura simbolica (che rimanda alla salute e al benessere) per imprese e Stati che inquinano in maniera importante, oltre a calpestare spesso altri diritti umani[72].

Ma non si tratta solo di questo. Il punto è che il funzionamento del mercato ha prodotto ineguaglianze, ormai considerate insostenibili[73].

Qualche risposta a livello di *lex sportiva*, nondimeno, pare giungere dalle organizzazioni sportive internazionali responsabili per i due massimi eventi sportivi a livello globale: il CIO per i Giochi Olimpici, l'*International Paralympic Committee* per i Giochi Paralimpici e la FIFA per la FIFA World Cup. Entrambe le organizzazioni, difatti, hanno nel tempo sviluppato (ed adottato) una serie di strumenti e meccanismi giuridici

---

[69] Cfr. Fermeglia, *La tutela dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico nell'organizzazione dei grandi eventi sportivi*, in *Riv. dir. sport*., n. 1/2018, 116 ss.

[70] Brownell, *Human Rights and the Beijing Olympics. Imagined Global Community and the Transnational Public Sphere*, in *British Journal of Sociology*, 2 [2012] 323.

[71] Cfr. Miller, *Greenwashing Sport*, Routledge, 2017.

[72] Rispetto ai Mondiali FIFA 2022 in Qatar si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 24 Novembre 2022 (consultabile in *www.europarl.europa.eu*), ove fra l'altro si legge l'esortazione al Qatar ad attuare pienamente la sua nuova legislazione a tutela dei diritti dei lavoratori e a smantellare le restanti componenti del sistema della kafala (sponsorizzazione) come le sanzioni comminate ai lavoratori in caso di fuga; si sottolinea l'impegno dell'UE in difesa dei diritti umani nelle sue relazioni con il Qatar, anche nelle questioni sollevate nel contesto della Coppa del mondo FIFA; si esprime preoccupazione per le denunce secondo cui centinaia di migliaia di lavoratori migranti subiscono tuttora leggi e pratiche discriminatorie in Qatar.

[73] Cfr. Papa Francesco, *Enciclica Laudato Si'*, 24 maggio 2015, consultabile in *www.vatican.va*; Razzano, *La sfida della responsabilità ambientale nel sistema costituzionale alla luce dell'enciclica Laudato si*, in *Federalismi.it*, n. 11/2017.

di natura contrattuale (e/o regolamentare) al fine di temperare quanto più possibile gli impatti negativi delle manifestazioni sportive sull'ambiente e sul clima.

In particolare, la tutela ambientale e l'attenzione per uno sviluppo sostenibile sono da tempo fra gli obiettivi del CIO: la protezione delle risorse naturali e la promozione dello sviluppo sostenibile, infatti, sono state incorporate nella Carta Olimpica, in riferimento stretto all'organizzazione dei Giochi Olimpici. La Regola 2, Paragrafo 13, della Carta Olimpica stabilisce che l'organizzazione «sorveglia che i Giochi Olimpici si svolgano in condizioni che tengano conto in modo responsabile dei problemi dell'ambiente ed incoraggia il Movimento Olimpico a preoccuparsi di tali problemi, a recepire tali preoccupazioni in tutte le proprie attività ed a sensibilizzare tutte le persone ad esso collegate sull'importanza di uno sviluppo sostenibile».

E in questo quadro anche il diritto allo sport, ritenuto – come detto – un diritto umano dalla Carta Olimpica, non può sottrarsi ad un contemperamento con altri diritti fondamentali, quali il diritto alla salute e all'ambiente. Lo sport, d'altronde, interagisce con il mondo economico, la cultura, l'ambiente e la gestione del territorio, richiedendo grandi infrastrutture dedicate, realizzando eventi globali come giochi olimpici, campionati mondiali di calcio, Giro d'Italia e *Tour de France*, esprimendo una significativa domanda di innovazione tecnologica per soddisfare le esigenze di una crescente competitività anche nel mondo degli atleti diversamente abili[74].

Anche a livello sovranazionale europeo già nel 2007 la Comunità Europea ha pubblicato un libro bianco che richiamava l'attenzione sulla circostanza che

«Le attività, gli impianti e le manifestazioni sportive hanno un impatto significativo sull'ambiente. È importante promuovere una gestione ecologicamente razionale, che risulti adeguata fra l'altro a gestire gli appalti verdi, le emissioni di gas a effetto serra, l'efficienza energetica, l'eliminazione dei rifiuti e il trattamento dell'acqua e dei suoli. Le Organizzazioni Sportive e i responsabili di eventi sportivi in Europa dovrebbero adottare obiettivi ambientali atti a rendere ecologicamente sostenibili le rispettive attività. Migliorando la propria credibilità sui problemi ambientali, i comitati organizzativi possono attendersi vantaggi concreti quando si candidano ad ospitare eventi sportivi, e vantaggi economici collegati ad un uso più razionale delle risorse naturali»[75].

Oggi, per di più, la questione è tornata centrale anche alla luce degli SDGs (*Sustainable Development Goals*) dell'Agenda Globale 2030 delle Nazioni Unite approvata il 25 settembre 2015, con particolare riferimento agli Obiettivi n.3 (Salute e Benessere), n.5 (Parità di genere), n.10 (Ridurre le disuguaglianze), n.11 (Città e comunità sostenibili) e n.13 (Lotta contro il cambiamento climatico). Obiettivi che sono stati recepiti anche dalle istituzioni dello sport a livello nazionale e sovranazionale. Così 'a cascata', a dicembre 2021, l'UEFA ha approvato la sua strategia di sostenibilità dove ben 4 indirizzi politici su 11 sono dedicati all'ambiente: economia circolare, cambiamento climatico, sostenibilità degli eventi e sostenibilità delle infrastrutture[76].

A livello di ordinamento sportivo interno, per il momento, la (sola) FIGC nel giugno 2022 ha adottato la *Carta sulla sostenibilità ambientale del calcio*, strumento che si

[74] Cfr. Battiste *et al.*, *Sostenibilità ambientale, cambiamenti climatici e attività sportive: una review sul tema*, in *Ingegneria dell'ambiente*, vol. 7, n. 4/2020, 301 ss.

[75] Libro Bianco sullo Sport presentato a Bruxelles il 11-07-2007 dalla Commissione delle Comunità Europee. Reperibile in *eur-lex.europa.eu*.

[76] Vedi il link https://www.uefa.com/insideuefa/news/027c-16de84801d66-a6c470c856c3-1000--uefa-releases-2021-22-respect-report/, e https://editorial.uefa.com/resources/0270-13f888ffa3e5-931c-597968cb-1000/uefa_football_sustainability_strategy.pdf.

propone di definire le linee guida funzionali ad una applicazione pratica dei principi di sostenibilità ambientale in termini di *governance*, gestione delle infrastrutture, gestione degli eventi, *partnership* e coinvolgimento di *stakeholders* e tifosi. Strumento che, però, rimane a base volontaria, perché le singole società calcistiche possono decidere se aderirvi o meno[77].

Resta il dato che risposte a sfide globali maggiormente adeguate e vincolanti dovrebbero provenire dai singoli Stati o meglio, secondo l'auspicio di Luigi Ferrajoli, ad un livello costituzionale internazionale ad oggi inesistente[78]. A livello di ordinamento giuridico interno, intanto, non si può che teorizzare una rilettura del turismo (anche sportivo) più attenta alla sostenibilità, lettura che oggi pare agevolata dalla citata riforma costituzionale degli Artt. 9 e 41 Cost. Tale novella inserisce all'art. 9 Cost., tra i principi fondamentali, *la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi*, anche nell'interesse delle *future generazioni*. L'art. 41 Cost., invece, viene riscritto in modo da specificare che l'attività economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all'ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Mentre al terzo comma del medesimo articolo si specifica che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali *e ambientali*.

In combinato disposto con l'Art. 41 Cost., difatti, il novellato Art. 9 Cost. può da una parte permettere al legislatore inedite conformazioni del settore turistico (e di quello sportivo in particolare), nel segno di una vera a propria *funzione ecologico-sociale* dell'iniziativa economica[79]. Dall'altra parte ciò potrà consentire alla Corte costituzionale di ripensare i bilanciamenti di interessi in senso maggiormente favorevole alla tutela ambientale, che come noto finora (agganciata all'Art. 32 Cost.) è stata recessiva rispetto ad altri principi e diritti costituzionali[80].

Una funzione ecologico-sociale dell'iniziativa economica privata, sebbene solo ad un livello nazionale, può fornire la garanzia di un sistema turistico-sportivo rispettoso dei diritti umani, a beneficio delle generazioni presenti e future, in una prospettiva collettiva e intergenerazionale che sia effettivamente sostenibile[81].

---

[77] Cfr. Quaranta, *Mondiali in Qatar e i goals sdgs: il ruolo del calcio per le sostenibilità*, in *Ambiente e Sviluppo*, n. 1/2023, 16 ss.

[78] Si tratta di una Costituzione per la Terra in grado di imporre limiti e vincoli ai poteri selvaggi degli Stati sovrani e dei mercati globali, a garanzia dei diritti umani e dei beni comuni di tutti: cfr. Ferrajoli, *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, Feltrinelli, 2022.

[79] Cfr. per primi spunti di riflessione Pennasilico, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 3/2020, on-line, in particolare 29 ss.; Mattei, *Protecting the commons: water, culture, and nature. The commons movement in the Italian struggle against neoliberal governance*, in South Atlantic Quarterly, 2013, 112(2), 366 ss.; Id., *Ideologie e tecniche per la ricodificazione del diritto privato*, in Cardozo Elec. Law Bull., n. 1/2019, e *Ivi*, Denozza, *Il sociale come bene comune*, Di Raimo, *Beni, proprietà, contratto. Giustizia ecologica e distributiva: (soltanto) una premessa*; G. Ferri jr., *Diritto privato, rapporti economici e funzione ecologica.*

[80] Emblematico il caso dell'ILVA di Taranto, come sostenuto da Marella, *Ripensare lo statuto del diritto privato nella dimensione collettiva degli interessi*, in Cardozo Elec. Law Bull., n. 1/2019; Azzariti, *Appunto per l'audizione presso la Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica del 16 gennaio 2020 - Modifica articolo 9 della Costituzione*, in *AIC - Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020; Meli, *The Environment, Health, and Employment: Ilva's Never-Ending Story*, in *ItaLJ*, n. 2/2020, 477 ss.

[81] Conformemente al principio dello sviluppo sostenibile di matrice eurounitaria (artt. 3 e 21 TUE, 11 TFUE, 37 Carta UE) e sovranazionale (a partire dal celebre Rapporto Brundtland: United Nations World Commission on Environment and Development, *ed. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future.* Oxford: Oxford University Press, 1987).

CHIARA FAVILLI

L'ANONIMATO MATERNO E I LIMITI DELLA TUTELA PROCEDIMENTALE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. La maternità tra desiderio e negazione. – 2. Negazione della maternità e protezione dei diritti inviolabili: i limiti della soluzione dell'anonimato. – 3. Il bilanciamento tra il diritto all'anonimato e il diritto alla conoscenza delle origini: la soluzione giurisprudenziale dell'interpello riservato. – 4. La sorte dell'anonimato in caso di sopravvenienze che impediscono la procedura di interpello. – 5. Il superamento dell'anonimato nell'ipotesi di premorienza della madre biologica. – 6. La cristallizzazione dell'anonimato in caso di incapacità sopravvenuta della madre biologica. – 7. Rilievi critici – 8. Il bilanciamento tra gli interessi nel caso concreto sul solco tracciato dalla giurisprudenza europea e costituzionale. – 9. I riflessi sulle azioni di stato – 10. Considerazioni conclusive.

1. *La maternità tra desiderio e negazione*

Nell'esperienza della gravidanza, lo iato tra la proiezione e la realtà della maternità, caratterizzato dal continuo alternarsi di sensazioni contraddittorie, dall'attesa impaziente come dalla paura e dall'istinto di fuga, viene normalmente a ricomporsi a seguito del parto, con l'accoglienza del nato e l'accettazione del ruolo di madre[1]. A questo riallineamento interiore la donna perviene per effetto di un'esperienza di relazione e di realizzazione, che la conduce gradualmente a sottrarsi all'ambivalenza tra desiderio e paura «per farsi sempre più riconoscimento dell'altro, responsabilità verso l'altro»[2]. Nei fatti, però, non è da escludere che il desiderio possa essere mancato fin dall'inizio, se la gravidanza è stata casuale, estranea al legame ufficiale, o addirittura subìta quale frutto di una violenza o di un rapporto interno al nucleo parentale; oppure che il desiderio, pur presente in principio, sia svanito durante la gestazione, per effetto di circostanze sopravvenute quali, principalmente, l'abbandono o i vuoti nelle relazioni di cura da parte del *partner*[3]; o, ancora, che sia sfumato al momento della nascita, a seguito della scoperta di malformazioni del figlio. In simili circostanze, la gravidanza, da esperienza unica di pienezza, può trasformarsi in realtà di estraneazione; la predisposizione all'accoglienza può divenire sentimento di ostilità verso il nascituro; la relazione può essere percepita, non già come espressione e completamento di sé, ma come futuro limite alla libertà personale. In un quadro del genere, la donna potrebbe non riuscire a sviluppare quel senso di responsabilità e quella inclinazione all'accudimento dell'altro, frutto dell'attesa e del desiderio. Anzi, potrebbe semmai trovarsi a sperimentare un sentimento di nega-

[1] Ad una profonda riflessione sulla maternità, nell'ottica della disarticolazione dei suoi momenti determinata dalla tecnologia, è dedicato lo scritto di ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 193 ss.

[2] GENSABELLA FURNARI, *Il corpo della madre. Per una bioetica della maternità*, Catanzaro, 2018, 44.

[3] Sulla rilevanza dell'alleanza genitoriale nel percorso di maternità, si v. GENSABELLA FURNARI, *op. cit.*, 45.

zione della maternità e di rifiuto del figlio[4], e finanche essere tentata, nella delicatissima fase emotiva che precede e segue il parto, di sottrarsi alle conseguenze giuridiche della maternità, passando per la commissione di gravi illeciti (aborto clandestino, abbandono, infanticidio). Il problema, pur molto risalente nel tempo, non ha perso la sua attualità. Difatti, se la probabilità di iniziare o di continuare una gravidanza, senza che sia realmente voluta, si è andata riducendo, con il ricorso alla contraccezione e all'i.v.g.[5], e se taluni condizionamenti all'assunzione della responsabilità materna sono stati superati – con il ridimensionamento dello stigma nei confronti delle madri di figli concepiti al di fuori del matrimonio o con persone coniugate, oltre che con l'introduzione di misure di sostegno e di protezione della maternità (come sancito dall'art. art. 31 Cost.) –, tali cambiamenti non sono valsi ad eliminare il rischio di tali condotte, ma soltanto a spostarlo su realtà sociali distinte da quelle per le quali era stato ipotizzato originariamente[6].

Di qui l'esigenza, sentita in ogni epoca e da qualunque sistema, di individuare percorsi idonei a consentire alla madre biologica di evitare di assumere la responsabilità giuridica del figlio che abbia comunque deciso di portare alla luce, senza dover mettere a rischio la vita e la salute propria e del nato, tenendo conto che l'effettività di tali alternative è tanto maggiore quanto più sono caratterizzate da effetti comparabili con quelli degli illeciti che si intendono scongiurare[7].

2. *Negazione della maternità e protezione dei diritti inviolabili: i limiti della soluzione dell'anonimato*

Le modalità di affrontare il problema rinvenibili nel quadro europeo variano in funzione dei meccanismi di attribuzione della maternità[8].

Nei sistemi di impronta germanica, imperniati sul collegamento automatico tra fatto del parto e maternità, si è optato per l'introduzione di temperamenti normativi, come il parto c.d. discreto o confidenziale (*vertrauliche Geburt*), che consente di omettere la certificazione dei dati identificativi dei genitori e di mantenere il segreto fino all'eventuale esercizio da parte del figlio del diritto alla conoscenza delle proprie origini[9].

---

[4] Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di Portinaro, Torino, 1990, 132 evidenzia che «l'elemento fattuale del sentimento rende il cuore permeabile al dovere, per sé estraneo all'emozione, e anima con il suo impulso la responsabilità assunta. È difficile, anche se non impossibile, assumersi una responsabilità per qualcosa che non si ama, al punto che si è più inclini a generare l'amore che a compiere il dovere "senza affetto"». Cfr., anche Gensabella Furnari, *op. cit*., 8, 40 ss.

[5] Tar Lazio-Roma, 17.7.1998, n. 1854, in *T.A.R*., 1998, I, 2970 sottolinea la rilevanza deflattiva dell'anonimato sul ricorso all'i.v.g.

[6] Shalev, *Nascere per contratto*, a cura di Ajani e Maffiodo, Milano, 1992, 46 mette in luce che «l'abbandono non è mai un rifiuto puro e semplice, ma piuttosto la risultante di fattori oggettivi, quali la giovinezza, la povertà, la mancanza di sostegno sociale nell'allevare il bambino».

[7] Sul punto si v. Stefanelli, *Reversibilità del segreto della partoriente e accertamento della filiazione*, in *Giur. cost*., 2013, n. 5, 4034 ss.

[8] Sul nesso tra sistemi di attribuzione della maternità e disincentivi agli illeciti in caso di maternità indesiderata, si v Mantovani, *La filiazione nel matrimonio* in *Il nuovo diritto della filiazione*, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme 2012-2018*, diretto da P. Zatti, vol. II, a cura di Lenti e Mantovani, Milano, 2019, 49, 51 s.; S. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il «dilemma» del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in *Parte generale e persone*, nel Liber amicorum *per Dieter Henrich*, I, Torino 2012, 172 s., 183 s.

[9] Sul tema v. lo scritto di Rusconi, *La legge tedesca sulla* vertrauliche Geburt. *Al crocevia tra accertamento della maternità, parto anonimo e adozione*, in *Eur. e dir. priv*., 2018, 1347 ss.

Nel nostro sistema, invece, che sul modello francese si ispira al principio volontaristico, alla donna è stata riconosciuta la facoltà di manifestare la volontà di non essere nominata al momento della dichiarazione di nascita (art. 30, 1° c., del D.p.r. 396/2000)[10]. Tra gli effetti, la scelta dell'anonimato neutralizza, per la donna coniugata, la costituzione dello stato di figlio, altrimenti automatica e contestuale per entrambi i genitori (art. 231 c.c., art. 311-25 *code civil*), e rafforza, per la donna nubile, le conseguenze del successivo mancato riconoscimento (art. 250 c.c.; art. 316 *code civil*); nell'impianto originario, inoltre, era destinata a proiettarsi nel tempo mediante la previsione di due limiti alla conoscibilità successiva dell'identità: il primo limite, previsto nel contesto del recepimento normativo del diritto alla conoscenza delle origini (l. n. 149/2001 di riforma dell'art. 28, 5° c., l. adozione)[11], riguarda l'esclusione del diritto di accesso alle informazioni circa l'origine e l'identità dei genitori biologici «nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata» (art. 28, 7°c., l. adozione); il secondo, introdotto dall'art. 93, 2° c., cod. *privacy*, concerne l'ammissibilità del rilascio in copia integrale *a chi vi abbia interesse* del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, «ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata», decorsi cento anni dalla formazione del documento; la stessa disposizione statuisce, altresì, che durante tale intervallo temporale la richiesta di accesso, motivata principalmente da esigenze di tutela della salute, possa essere accolta «osservando le opportune cautele per evitare che quest'ultima sia identificabile»[12].

A giustificare il primo limite era la circostanza che la conoscenza delle proprie origini, pur integrando un diritto fondamentale della persona protetto dall'art. 2 Cost., quale proiezione dell'identità personale, e dall'art. 8 Cedu, quale espressione della vita familiare[13], costituisce, altresì, un diritto «relazionale», collocato nella dialettica del rapporto naturale ed etico-sociale tra genitori e figli, e oggetto di contemperamento con gli interessi di pari rango vantati dai soggetti nei confronti dei quali può essere esercitato[14]. Su tale base, se per un verso, l'art. 28, 6° c., l. adozione riconosce il diritto alla conoscenza delle origini all'adottato che abbia compiuto il venticinquesimo anno di età, prevedendo cautele a salvaguardia del rapporto con i genitori adottivi, per altro verso, il successivo art. 28, 7° c., l. adozione introduce, alla luce della *ratio* dell'anonimato, una specifica eccezione qualora la partoriente si sia avvalsa di tale facoltà al momento del parto. Sempre alla luce di questo bilanciamento, del resto, la Corte costituzionale aveva inizialmente dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale di quest'ultima disposizione, nella parte in cui escludeva l'accesso del figlio alle informazioni sulle origini, senza la previa verifica della persistenza della volontà della madre biologica di non voler essere nominata. Difatti, come la proiezione nel tempo dell'anonimato ha come obiettivo l'effettiva protezione dei diritti inviolabili in gioco, così l'esclusione di un interpello successivo, destinato a riaprire un passato difficile e traumatico,

---

[10] L'unica eccezione è rappresentata dalla gravidanza ottenuta a seguito di p.m.a. nella quale l'assunzione a monte della responsabilità per la procreazione da parte della coppia spiega insieme, al peculiare regime sull'attribuzione dello stato di figlio, l'assenza delle ragioni indicate nel par. 1 per giustificare il ricorso all'anonimato.

[11] Si v. Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.*, 2001, 1768 ss.

[12] Per approfondimenti, si v. S. Troiano, *op. cit.*, 179 s.

[13] C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, 6a ed., Milano, 2017, 486; Nicolussi, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica*, in *Rivista AIC*, 2012, 8, 13.

[14] Si v. Gustavo, *Verso un nuovo modello di tutela giurisdizionale dei diritti personali e relazionali*, in *Foro it.*, 2015, 180.

come quello nel quale è maturata la scelta dell'anonimato, serve a evitare di indebolire, o addirittura vanificare, le finalità di protezione perseguite dall'istituto, con il rischio di orientare la donna verso soluzioni che, pur deprecabili, si profilano definitive e irreversibili[15].

L'intangibilità dell'anonimato, pur motivata in questi termini, si traduceva però nell'indifferenza assoluta rispetto all'aspirazione del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Un simile quadro non ha potuto, pertanto, resistere a lungo alla censura della Corte Edu, la quale, poco prima della pronuncia costituzionale richiamata[16], nel valutare il sistema francese aveva già chiaramente condizionato il rispetto del margine di apprezzamento al superamento dell'irreversibilità dell'anonimato[17], dal momento che, in difetto di vedute unanimi in ordine all'ammissibilità di un istituto, gli Stati membri sono chiamati ad adottare misure idonee a realizzare un equo contemperamento tra gli interessi in conflitto. Su questa base, il sistema dell'anonimato vigente in Francia era andato esente dalle censure mosse sulla base degli artt. 8 e 14 Cedu. La riforma contenuta nella legge n. 93 del 22.1.2002 inserita nel *code de l'action social et des familles* (artt. L.222-6, L.147-6) non si era limitata, infatti, a prevedere un dettagliato apparato di informazioni – tra le quali, la facoltà in qualsiasi momento di revocare il segreto, di comunicare la propria identità in una busta sigillata o di completare le informazioni fornite al momento del parto e le condizioni per la comunicazione dei dati in mancanza di revoca – e a riconoscere all'adottato il diritto di ricevere tutte le informazioni non identificative disponibili (salute e genetica paterna, origini, circostanze del parto), che la madre è invitata a lasciare in busta sigillata, insieme ai dati identificativi. Si era fatta carico, altresì, di promuovere l'interesse del figlio all'accesso alle origini, mediante la creazione di un organismo terzo, il *Conseil national pour l'accès Aux Origines Personnelles* (CNAOP), chiamato ad accogliere la richiesta di accesso alle condizioni che erano state comunicate alla donna stessa al momento del parto: in caso di spontanea revoca o di mancata conferma dell'anonimato, dopo essere stata interpellata per verificare la persistente volontà di mantenere il segreto; in caso di decesso, senza avere precedentemente manifestato la propria volontà contraria alla revoca dell'anonimato, in seguito ad una richiesta di accesso promossa dal figlio[18]. Come presagibile, invece, la medesima censura sollevata rispetto all'art. 28, 7° c., l. adozione, sarebbe sfociata nella condanna dell'Italia da parte della Corte Edu per avere oltrepassato il margine di discrezionalità, avendo omesso di «stabilire un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa»[19].

3. *Il bilanciamento tra il diritto all'anonimato e il diritto alla conoscenza delle origini: la soluzione dell' interpello riservato*

Dinanzi all'inazione del legislatore, il contemperamento tra gli interessi veniva garantito dalla Corte costituzionale, mediante l'accoglimento della questione di legittimità

[15] Corte cost., 25.11.2005, n. 425, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 545 con nota di J. Long; in seguito *Familia*, 2006, II, 155 con nota di Balestra.

[16] Corte eur. dir. uomo 13.2.2003, ric. 42326/98 (*Odièvre c Francia*), in *Familia*, 2004, 1109 con nota di Renda.

[17] Si cfr. le osservazioni di Long, *La corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 305.

[18] Il diritto di opposizione alla rivelazione *post mortem* appare limitato, in quanto presuppone che durante la vita della donna sia stata avanzata una richiesta di accesso alla conoscenza delle origini (*à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines de l'enfant*). È in questa unica occasione che la madre può opporsi alla reversibilità dell'anonimato *post mortem*.

[19] Corte eur. dir. uomo, 25.9.2012, ric. n. 33783/09 (Godelli c. Italia), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 103, con nota di commento di Long.

costituzionale, nuovamente proposta, dell'art. 28, 7° c., l. adozione, «nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata [...]– su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione»[20]. In particolare, la Corte fa propria la prospettiva "diacronica", anziché fissa e immutabile, della tutela del diritto all'anonimato della madre, e dissocia la genitorialità "giuridica" dalla genitorialità "biologica", così da escludere che l'irreversibilità della rinuncia alla prima debba estendersi necessariamente alla seconda[21]. Non manca di sottolineare, altresì, che la cristallizzazione della scelta finirebbe per risolversi in un limite all'autonomia della donna stessa, la quale verrebbe privata di qualsiasi ulteriore opzione, tanto che il diritto all'anonimato diverrebbe una sorta di vincolo obbligatorio, con «un'efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare». Senza smentire la motivazione che aveva condotto al giudizio di infondatezza nel 2005 – la potenziale incidenza negativa di una limitazione temporale sugli obiettivi perseguiti dall'anonimato – la Consulta mette in luce che a mitigare la pressione sulla donna, determinata da un potenziale futuro interpello, si presta l'adozione di cautele in grado di garantire «la perdurante quanto inderogabile tutela dei profili di riservatezza o, se si vuole, di segreto, che l'esercizio di quel diritto inevitabilmente coinvolge»[22].

È spettato poi, alle Sezioni Unite, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, intervenire a dirimere il contrasto circa la praticabilità dell'interpello, in assenza del «procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza»[23] evocato dalla Corte costituzionale, avallando in tal modo il ricorso per analogia a «modalità procedimentali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte costituzionale, idonee ad assicurare la massima riservatezza e il massimo rispetto della dignità della donna»[24]. In particolare, il punto di riferimento viene ad essere rappresentato dal procedimento camerale di volontaria giurisdizione di base per l'accesso dei figli adottivi (art. 28 commi 5 e 6 della legge n. 184 del 1983), adattato al fine di assicurare in termini rigorosi la riservatezza della madre, nell'effettuazione «di un'interrogazione riservata, esperibile una sola volta, con modalità pratiche nel concreto individuate dal giudice nel rispetto dei limiti imposti dalla natura dei diritti in gioco, reciprocamente implicati nei loro modi di realizzazione»[25]. Inoltre, sempre nell'ottica dell'equilibrio suddetto, la gestione dell'interpello riservato e delle fasi prodromiche deve esprimere

[20] Corte cost., 18.11.2013, n. 278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 285 ss. con nota di commento di Marcenò, e di Long. La sentenza è commentata, altresì, da Taccini, *Verità e segreto nella vicenda dell'adozione: il contributo della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 405 ss.; B. Checchini, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 710 ss.

[21] Sulla possibilità di dissociare la nozione di genitorialità si v. Bainham, *Parentage, Parenthood and Parental Responsibility: Subtle, Elusive Yet Important Distinctions*, in *What is a parent? A socio-legal analysis*, a cura di Bainham, Day Sclater e Richards, Oxford, 1999, 25 ss. il quale indica con *parentage* la circostanza fattuale della genitorialità biologica, rilevante ai fini della conoscenza delle origini; attribuisce la *parenthood* al soggetto che sulla base della legge è riconosciuto come genitore; infine, assegna la *parental responsibility*. Il soggetto che, sempre sulla base della legge, è titolare dei diritti e degli obblighi nei confronti dei figli.

[22] Corte cost. 18.11.2013, n. 278, cit.

[23] Corte cost. 18.11.2013, n. 278, cit.

[24] Cass. sez. un., 25.1.2017, n. 1946, in *Corr. giur.*, 2017, 618, con nota di Bugetti e in *Fam. e dir.*, 2017, 740, con nota di P. Di Marzio.

[25] Cass. sez. un., 25.1.2017, n. 1946, cit. Viene, in tal modo, consacrata la prassi dell'elaborazione di specifici e distinti protocolli da parte dei tribunali dei minorenni dei diversi distretti giudiziari, rivolta ad adattare all'ipotesi dell'anonimato i percorsi già sperimentati per l'accesso del figlio adottivo alle informazioni sull'identità dei genitori biologici. Sul punto si v. i rilievi critici di Bugetti, *op. ult. cit.,* 633.

«la massima prudenza ed il massimo rispetto, oltre che della libertà di autodeterminazione, della dignità della donna, tenendo conto della sua età, del suo stato di salute e della sua condizione personale e familiare»[26].

L'evoluzione brevemente tracciata, tuttavia, ha lasciato indenne il secondo limite normativo, la c.d. regola dei cento anni dalla formazione del documento, stabilita per il rilascio in copia integrale del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica, comprensivi dei dati identificativi della madre biologica, la cui funzione è quella di dare effettività all'anonimato, mediante la garanzia della proiezione della segretezza per un tempo idealmente trascendente la durata della vita dei soggetti coinvolti. La regola, infatti, non è stata in alcun modo interessata dalle pronunce della Corte costituzionale, né dai successivi interventi di riforma del codice della Privacy (in particolare, dal dal D.lgs. 101/2018 in attuazione del GDPR). In questo quadro, in caso di mancato interpello o di esito negativo del medesimo, la garanzia di riserbo per un periodo di tempo eccedente la vita della donna e del figlio appare con tutta evidenza strumentale al perseguimento delle finalità dell'istituto[27]: qualora la donna non possa contare sulla permanenza dell'anonimato, ove non lo abbia personalmente revocato, si paleserebbe di nuovo, il rischio che possa optare per gesti, illeciti, ma definitivi[28].

Alla luce di questo breve inquadramento, se torniamo ad osservare in parallelo i due sistemi fondati sul principio volontaristico, appare evidente che, in Italia come in Francia, l'equilibrio tra gli interessi in conflitto riposi sul ricorso all'interpello successivo e riservato, e quindi sulla garanzia che sia la donna a poter decidere autonomamente se assumere e come gestire le conseguenze di una eventuale revoca dell'anonimato.

Tuttavia, mentre in Francia tale soluzione è inserita nel contesto di una riforma più ampia, nel nostro ordinamento rappresenta, invece, il frutto di una sentenza additiva di principio, la quale, in virtù dei confini imposti dal giudizio *a quo*, si è limitata a condizionare la persistenza dell'anonimato, e del connesso sacrificio del diritto alla conoscenza delle origini, alla mancata revoca in sede di interpello. Per questa ragione, non essendo mai giunto ad approvazione nessuno dei disegni di legge che si sono susseguiti, è spettato alla giurisprudenza il compito di apprezzare anche l'incidenza sul nuovo assetto di eventuali sopravvenienze, quali il decesso o l'incapacità della donna, e di stabilire, inoltre, se, e in quali casi, la mancata revoca dell'anonimato possa condizionare l'esperibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità, in presenza della prova o del possesso dello stato di figlio.

4. *La sorte dell'anonimato in caso di sopravvenienze che impediscono la procedura di interpello*

L'equilibrio raggiunto mediante la previsione dell'interpello riservato è entrato in crisi dinanzi ai casi di impossibilità per la donna di manifestare la propria volontà, risultando premorta o incapace al momento dell'avvio della procedura. In tali ipotesi viene a mancare, infatti, la possibilità di derogare, attraverso la revoca dell'anonimato, al limite temporale dei cento anni dalla formazione del documento per il rilascio della documentazione sanitaria che rende la donna identificabile (art. 93, 2° c., cod. *privacy*).

[26] Cass. sez. un., 25.1.2017, n. 1946, cit.

[27] Cfr. S. Troiano, *op. cit.*, 192 ss.

[28] Pur essendo formulate alla luce dell'esperienza americana sono particolarmente indicative le considerazioni e i dati forniti da Shalev, *op.cit.*, 44 ss. a proposito della "maternità illegittima".

Relativamente alle sopravvenienze la giurisprudenza di legittimità ha adottato soluzioni disomogenee, ritenendo la premorienza una causa di superamento dell'anonimato, sottratta all'autonomia della donna, e l'incapacità, invece, una causa di irreversibilità della scelta iniziale e quindi un ostacolo insormontabile all'esercizio del diritto del figlio. L'esame dei passaggi argomentativi che segue è volto a verificare la coerenza di queste soluzioni radicali con gli sviluppi sistematici tracciati dalla giurisprudenza costituzionale e dall'intervento delle Sezioni Unite.

5. *Il superamento dell'anonimato nell'ipotesi di premorienza della madre biologica*

Qualora a seguito dell'avvio della procedura di interpello emerga l'avvenuto decesso della madre biologica, i principali argomenti addotti dalla Cassazione per il superamento dell'anonimato, e, al contempo, del limite temporale previsto dall'art. 93, 2° c., cod. *privacy*, sono rappresentati, per un verso, dalla reversibilità del segreto quale condizione di legittimità costituzionale del regime dell'anonimato e, per un altro verso, dall'inefficacia e dall'inadeguatezza del ricorso alla categoria del bilanciamento dei diritti fondamentali, quando a venire in gioco non siano, «nel tempo e per entrambi i versanti del conflitto, dei diritti fondamentali, ma, da un lato, il diritto fondamentale alla conoscenza della propria identità e, dall'altro, una istanza di protezione di una scelta cui l'ordinamento ha riconosciuto tutela, necessariamente di carattere assoluto, sia dal punto di vista soggettivo che temporale, per le conseguenze deteriori che teme si realizzerebbero qualora tale scelta fosse vietata o non garantita nel tempo»[29]. In virtù di simili argomenti, la morte della donna non potrebbe essere considerata ostativa all'accesso, perché, rendendo impossibile la verificazione dell'evento condizionante la reversibilità, sfocerebbe nell'immobilizzazione della volontà originaria; in una fase nella quale, peraltro, le ragioni di protezione dovrebbero considerarsi degradate o svanite, dal momento che il perpetuarsi dell'anonimato servirebbe unicamente a preservare la madre dalle conseguenze sociali e negative della scelta effettuata[30]. Invero, una di queste pronunce lascia trasparire una certa difficoltà nel sostenere che la morte della donna varrebbe a cancellare ogni esigenza di protezione confliggente con il riconoscimento del diritto del figlio: difatti, la decisione pur giudicando il diritto all'anonimato della madre recessivo rispetto al diritto alla conoscenza delle

[29] Cass. 21.7.2016, n. 15024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1484, con nota di M.G. Stanzione.

[30] In dottrina, concordano con questa impostazione, G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 724 e nota 32; Morace Pinelli, *Il diritto di conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'Ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 250; Azzarri, *Diritti della persona e interventi delle corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche,* cit., 42.; Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 940. Critiche e perplessità sono espresse, invece, da Granelli, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra corti*, in *Jus civile,* 2016, 569 ss.; Lo Voi, Mors omnia solvit? *Parto anonimo e valutazione circa l'attualità del diritto all'anonimato della madre biologica nel caso di morte della stessa*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 1133 ss.; De Francesco, *Il diritto a conoscere le proprie origini in caso di morte della madre biologica*, in *Giustiziacivile.com*; Di Lorenzo, *Tutela dell'identità personale e verità della procreazione.* "Mors omnia solvit", in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 1583 ss.; Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite,* cit., 624; Renna, *Diritto alla conoscenza dell'identità genetica e delle origini*, in *Identità e salute del minore. Problematiche attuali*, a cura di Bucelli, 159, 170.; Id., *L'anonimato materno tra autodeterminazione soggettiva e disvelamento identitario indotto*, in *Biolawjournal*, 2022, 170 ss.

origini, e pur facendosi latrice di un'interpretazione della regola dell'art. 93, 2° c., cod. *privacy*, dalla quale scaturirebbe un'eccezione inespressa, l'impossibilità di procedere all'interpello, si premura altresì, nell'inciso conclusivo del dispositivo, di fare espressamente salvo «il trattamento lecito e non lesivo dei diritti di terzi dei dati personali conosciuti»[31]. In premessa, del resto, non si era mancato di sottolineare che la garanzia del diritto alla conoscenza delle origini del figlio, anche dopo la morte della madre biologica, non escluderebbe «la protezione dell'identità "sociale" costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato»[32]. Poi, però, la medesima cautela non viene ulteriormente sviluppata, se non limitandosi ad un richiamo, di fatto pleonastico, ai principi di correttezza e liceità nel trattamento dei dati (secondo il previgente art. 11, lett. a) cod. *privacy*), onde evitare di «cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)»[33]. In tal modo, pur avendo correttamente evidenziato in premessa il perdurare delle esigenze di protezione dalle implicazioni sociali e familiari del disvelamento, la decisione collega, poi, i rischi per i terzi interessati alle modalità del trattamento, quando, invece, avrebbe dovuto ricondurli, ancor prima, al superamento dell'anonimato sottratto alla volontà della donna[34]. Invero, la mancata considerazione degli interessi della donna dopo la morte non solo non può dirsi avvalorata dalle Sezioni Unite, ma risulta finanche smentita, là dove, l'intervento nomofilattico, dopo avere richiamato i suddetti precedenti per sostenere la procedibilità dell'interpello prima dell'intervento del legislatore, sottolinea nel principio di diritto che: «il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità»[35].

6. *La cristallizzazione dell'anonimato in caso di incapacità sopravvenuta della madre biologica*

L'ulteriore potenziale ostacolo all'esercizio del diritto all'accesso alle origini del figlio è rappresentato dalla sopravvenuta incapacità di intendere e di volere della madre, dal momento che tale condizione impedisce alla donna di ponderare e adottare la decisione personalissima relativa alla revoca o alla conferma dell'anonimato.

Pur integrando una circostanza in grado di sacrificare definitivamente, come la morte, il diritto del figlio, la Cassazione, tuttavia, in caso di incapacità ha escluso il superamento dell'anonimato, e tenuto fermo, quindi, quanto previsto dall'art. 93, 2° c., cod. *privacy*, evitando di dare seguito all'improvvida applicazione analogica dell'equi-

[31] Cass. 9.11.2016, n. 22838, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 319, con nota di M.G. Stanzione.

[32] Cass. 9.11.2016, n. 22838, cit.

[33] Cass. 9.11.2016, n. 22838, cit.

[34] In questo senso, App. Milano, 3.6.2021, in *Dejure*, fa discendere dalla giurisprudenza di legittimità la conseguenza secondo la quale i diritti dei terzi controinteressati, pur non potendo ritenersi ostativi del diritto di accesso, assumano rilevanza dinanzi al «rischio di divulgazione incontrollata» e di utilizzazione «in vista di finalità diverse dal mero accertamento della filiazione».

[35] Cass. sez. un., 25.1.2017, n. 1946, cit. Sembra ravvisare, invece, in questa pronuncia una conferma dell'orientamento favorevole al superamento dell'anonimato in caso di morte, Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma),* cit., 941 e nota 118.

parazione della morte all'irreperibilità della madre[36], mediante la quale si era tentato di argomentare il superamento dell'anonimato anche in caso di incapacità della donna[37]. In particolare, la Suprema Corte ha evidenziato che le medesime cautele contro il «grave turbamento all'equilibrio psico-fisico», delle quali l'art. 28, 6° c., l. adozione, circonda l'istanza di accesso alle origini del figlio, debbano valere anche per la madre; ha puntualizzato, altresì, che il monito delle Sezioni Unite, a gestire l'interpello «con la massima prudenza ed il massimo rispetto, oltre che della libertà di autodeterminazione, della dignità della donna, tenendo conto dell'età, dello stato di salute e della condizione personale e familiare», lasci inferire i criteri in base ai quali il giudice è legittimato ad escludere l'accesso alle origini da parte del figlio. Difatti, come si sottolinea, la scelta materna, sebbene non più irreversibile, rappresenta «ancora una scelta che riceve tutela dal nostro ordinamento, occorrendo operare il giusto bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato ed il diritto del figlio a conoscere le proprie origini»[38]. Poi, però, a giustificare il trattamento diversificato rispetto alla donna defunta si sostiene che «solo la madre vivente può manifestare il proprio dissenso alla richiesta del figlio, nell'esercizio di propri personalissimi diritti soggettivi; in caso di decesso, invece, il figlio può essere liberamente autorizzato dal Tribunale minorile ad accedere alle informazioni riservate sull'identità della propria madre, senza particolari ostacoli»[39], quando è evidente, intanto, che questa differenza sussiste soltanto se la madre oltre che vivente è capace, e che le due sopravvenienze, per quanto distinte, sono accomunate dall'idoneità a impedire di mantenere le decisioni relative al destino dei dati identificativi nella sfera dell'autonomia della donna.

7. *Rilievi critici*

Entrambi gli orientamenti, ancorché di segno opposto, suscitano riserve di carattere argomentativo e metodologico.

La prima ragione di perplessità è rappresentata dal punto di partenza del ragionamento che conduce la Cassazione al superamento dell'anonimato in caso di premorienza della madre biologica, ossia dall'idea che la legittimità costituzionale dell'istituto sia subordinata alla reversibilità *tout court* della scelta iniziale. Se è vero, infatti, che l'intangibilità rappresenta la ragione della censura della Corte Edu e costituisce, altresì, il

[36] Cfr. Cass. 9.11.2016, n. 22838, cit. Tale equiparazione è contenuta nell'ultimo comma dell'art. 28 relativamente all'autorizzazione che il figlio deve ottenere dal tribunale dei minorenni ai fini dell'accesso alle informazioni sull'identità dei genitori, che «non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili». Tuttavia, la ragione dell'equiparazione si comprende in quel caso alla luce del fatto che viene meno in questi casi la ratio del regime autorizzatorio, ossia l'esigenza di proteggere la famiglia adottiva dell'accesso alle informazioni sulla famiglia d'origine. Non sembra, pertanto, che sussistano i presupposti per l'applicazione analogica implicita da parte della Cassazione. Sulla *ratio* della previsione, si v. C. M. Bianca, *Sub art. 93-Certificato di assistenza al parto,* in *La protezione dei dati personali*, *Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della Privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e Busnelli, t. 2, Padova, 2007, 1399.

[37] È la tesi sostenuta dal ricorrente in App. Ancona, 12.3.2021, decr., in *Fam. e dir.*, 2021, 743, con nota di Bugetti. Traspare anche tra gli argomenti del ricorso dinanzi a Cass. 3.3.2022, n. 7093, in *Giur. it.,* 2023, 53, con note di Bugetti e di Spangaro.

[38] Cass. 3.3.2022, n. 7093, cit. sottolinea che «il diritto all'oblio della donna, inteso come suo diritto di dimenticare, sia come diritto di essere dimenticata, fosse ancora sussistente e meritevole di protezione».

[39] Cass. 9.8.2021, n. 22497, in *Dejure.* Ad essa si è allineata Cass. 3.3.2022, n. 7093, cit. In maniera non dissimile, App. Ancona, 12.3.2021, decr., cit.

«*vulnus*» riscontrato dalla Corte costituzionale, è altrettanto vero che a seguito di tali interventi giurisprudenziali, l'irreversibilità originaria non si è trasformata nel suo opposto, ma è divenuta, semmai, una reversibilità *condizionata* alla revoca espressa a seguito di interpello riservato. Come già osservato, del resto, il superamento del margine di apprezzamento alla base della condanna da parte della Corte Edu derivava dal mancato contemperamento degli interessi e, in tale prospettiva, la previsione della garanzia del riserbo nella procedura di interpello aveva rappresentato il punto di equilibrio, essendo in grado di aprire un varco al diritto alla conoscenza delle origini e di schermare, al contempo, la madre biologica da condizionamenti e da conseguenze indesiderate. Ciò implica che la massima espansione della tutela del figlio, senza sacrificare gli interessi protetti dall'anonimato, non possa che passare attraverso il mantenimento del controllo sulla conoscibilità dei dati identificativi da parte dell'interessata. Questa lettura, oltre a confermare la coerenza argomentativa di entrambe le pronunce costituzionali sull'art. 28, 7° c., l. adozione, mette in luce la linea di continuità che lega il bilanciamento successivo tra anonimato e diritto all'accesso alle origini, alla valutazione comparativa effettuata *ab origine* dal legislatore. Difatti, malgrado la decisione relativa al diritto di accesso venga effettuata in una fase nella quale le finalità protettive dell'istituto sono state ormai raggiunte, è solo la garanzia che il disvelamento resti affidato a una valutazione personale e libera, perché riservata, a rendere l'anonimato un efficace deterrente rispetto ad altri gesti ben più risolutivi: se, da un punto di vista *ex post*, l'obiettivo di garantire il parto e la nascita in sicurezza è già stato raggiunto*, ex antea* le medesime finalità sarebbero depotenziate, se non addirittura vanificate, dalla prospettiva di una eventuale rimozione involontaria del segreto[40]. È questa la ragione della scelta normativa francese, secondo la quale la possibilità di revoca dell'anonimato da parte della donna, peraltro possibile indipendentemente dall'interpello, è comunque accompagnata dalla garanzia della conservazione del segreto, qualora si sia espressa contro la rivelazione della sua identità dopo la morte. Ed è anche quanto emerge dal nostro sistema, se si prende atto che, per un verso, la regola dei cento anni dell'art. 93, 2° c., cod. *privacy,* è perfettamente in linea con l'impostazione data all'anonimato sia dalla giurisprudenza costituzionale, sia dal successivo intervento nomofilattico, di una reversibilità ponderata e gestita personalmente dalla donna, e che, per un altro verso, l'introduzione di un condizionamento alla permanenza in vita della donna («non potendosi considerare operativo, oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo, il termine di cento anni, dalla formazione del documento»), disattende, oltre alla lettera, anche una precisa scelta politica, diretta a garantire il riserbo per un intervallo destinato a trascendere di per sé, sempre e comunque, la vita della donna.

La seconda riserva concerne gli interessi oggetto della valutazione comparativa. Oltre all'interesse pubblico a non inficiare le finalità dell'istituto, nel bilanciamento effettuato *ex post* dalla Corte costituzionale entrano in gioco anche il diritto della donna all'identità sociale e alla conservazione e protezione dei legami familiari. Di essi la Cassazione mostra di tenere conto in caso di sopravvenuta incapacità, non, invece, in caso di premorienza, giudicandoli meritevoli di protezione fin tanto che la donna permanga in vita, ovvero ritenendoli estinti a seguito della morte, in virtù della loro natura di diritti personalissimi e intrasmissibili. Questa presa di posizione sembra ancora una volta riflettere l'esito di una lettura parziale del quadro giuridico. Se è vero, infatti, che la

[40] Sul punto si v. le considerazioni di DE BELVIS, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini biologiche*, in *Fam. e dir.*, 2017, 942,

morte estingue i diritti della personalità, ciò non esclude che essi possano essere oggetto di tutela postuma[41], oltre che di una specifica protezione post-mortale, come quella che permane immutata nel codice della *privacy*[42]. Difatti, l'art. 2-*terdecies*, come già l'art. 9, 3° c., del testo previgente, legittima all'esercizio dei diritti relativi ai dati personali concernenti persone decedute «chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario, o per ragioni familiari meritevoli di protezione»[43]; l'art. 93, 2° c., cod. *privacy* accorda, inoltre, protezione ad uno specifico interesse postumo: mantenere riservati i dati identificativi per un tempo eccedente la durata della vita dell'interessata[44]. In una prospettiva che riecheggia le ragioni alla base del c.d. diritto all'oblio[45], la finalità di tali previsioni appare con tutta evidenza quella di garantire la tutela della dignità della donna, in correlazione con la protezione degli interessi familiari, rispetto a vicende in grado di alterare la percezione sociale della sua identità. Con riferimento all'anonimato, pertanto, l'art. 2-*terdecies* non assume rilevanza in ordine alla legittimazione dei familiari all'esercizio dei diritti relativi ai dati personali della donna, perché l'esercizio di tali diritti presuppone una conoscenza della vicenda che è proprio ciò che l'art. 93, 2° c. mira a scongiurare[46]; la assume, invece, in quanto sottende questa connessione tra la proiezione nel tempo del riserbo e le «ragioni familiari meritevoli di protezione». Il perdurare della segretezza sui dati identificativi impedisce, infatti, l'alterazione dell'identità sociale della partoriente anonima, ad opera di rivelazioni che per la loro stessa natura potrebbero segnare profondamente la cerchia affettiva e relazionale costruita in vita, specialmente se non corredate da adeguata preparazione e non accompagnate da una possibilità di dialogo idonea a mitigare i riflessi negativi. Ecco che l'interesse a mantenere riservata una vicenda come quella in oggetto trascende la protagonista per riguardare, per effetto dell'interazione e del legame, l'intero gruppo familiare[47]. Pertanto, questi diritti devono essere bilanciati con quelli del figlio al quale sono accomunati dagli stessi referenti sovranazionali e costituzionali: l'art. 8 CEDU e l'art. 2 Cost., oltre all'art. 29 Cost. che, riferendosi ai «diritti della famiglia», garantisce sinteticamente i diritti individuali dei soggetti-parti di una relazione familiare.

Ove, al contrario, si disapplichi la regola dell'art. 93, 2° c., o, come più correttamente si è detto, si riscriva[48], mediante la sostituzione del limite temporale dei cento anni con la durata della vita della partoriente, si perviene all'esito paradossale per cui lo stesso sistema che dovrebbe proteggere la dignità della donna, mantenendo fede all'impegno

---

[41] Vansweevelt - Bubalo, *Post-Mortal Protection of the Right to Reputation*, in *Journal of european tort law*, 2019, 4.

[42] Si v. Trib. Min. Milano, decr., 7.9.2020, in *Fam. dir.*, 2020, 1139, con nota di Bugetti; in *Familia*, 433, con nota di Andreola.

[43] Si v. art. 93 legge sul diritto d'autore (L. 22.4.1941, n. 633).

[44] Cfr. Trib. Venezia, Decr., 20..2016, n. 16, in *Corr. giur.*, 2017, 28, con nota di V. Carbone.

[45] Diritto rivolto a escludere l'accessibilità rispetto a fatti rispetto ai quali è trascorso un lasso di tempo notevole, o comunque superiore a quello necessario al conseguimento delle finalità per le quali i dati sono trattati oppure rispetto ai quali è mutato il contesto di riferimento. Si v. Tampieri, *Il diritto all'oblio e la tutela dei dati personali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 1017.

[46] In questa prospettiva la assume, invece, con riferimento all'accesso agli *account* e ai dati del defunto nelle tre vicende affrontate finora dalla giurisprudenza di merito: Trib. Milano, ord., 10.2.2021, in *Corr. giur.*, 2021, 658, con nota di Maniáci e d'Arminio Monforte; Trib. Bologna, ord., 25.11.2021, in *Dir. inf.*, 2022, 19; Trib. Roma, ord., 9.2.2022, in *Dir. e giust.*, 2022, 25 febbraio, con nota di Bianchi. Sul tema si v. G. Resta, *La 'morte' digitale*, in *Dir. inf.*, 2014, 899 ss.; Cinque, *L'"eredità digitale" alla prova delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 72 ss.; Confortini, *L'eredità digitale (appunti per uno studio)*, in *Riv. dir. civ.,* 2021, 1187; Nardi, «Successione digitale» e successione nel patrimonio digitale, in *Dir. succ. fam.*, 2020, 955.

[47] Cataudella, voce «Riservatezza (diritto alla)», I, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, 5.

[48] Granelli, *op. cit.*, 569.

preso in sede normativa, si autolegittima a violarla, peraltro in maniera irrimediabile e con effetti pregiudizievoli anche per i terzi.

A questo proposito è particolarmente significativo il contributo alla riflessione offerto dai giudici di merito, sulla base dell'esperienza maturata nel corso degli interpelli: a motivare la conservazione del segreto o a costituire la preoccupazione principale circa gli effetti della revoca, oltre ai traumi personali, talora non risolti, viene addotta la difesa dei delicatissimi equilibri personali e familiari costruiti nel tempo successivo dalla madre biologica[49]; e ciò è tanto più evidente alla luce del fatto che, qualora il figlio non sia stato adottato, i familiari della donna potrebbero trovarsi coinvolti nell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità, con conseguenze che trascenderebbero il piano puramente affettivo-relazionale. Del resto, questa è la ragione per la quale l'Article L 147-6 del *Code de l'action sociale et des familles* prevede che in caso di comunicazione dell'identità della madre dopo il decesso, essendo mancata in vita la conferma dell'anonimato in sede di interpello, il Consiglio informa la famiglia della donna e le offre il suo sostegno. Tali dati non sono soltanto indicativi del potenziale impatto negativo della presa di posizione rivolta al superamento *de plano* dell'anonimato sulle finalità dell'istituto, ma anche della necessità di tenere conto nel bilanciamento del possibile coinvolgimento degli interessi di altri soggetti: oltre a quelli della famiglia di origine, gli interessi del nucleo formato dopo la nascita del figlio, sui quali le conseguenze della scoperta finirebbero per gravare senza alcun filtro, né preparazione.

D'altronde, è opportuno sottolineare che nella medesima ottica si collocano le cautele previste dalla legge sull'adozione per fronteggiare le potenziali ricadute negative dell'esercizio dell'accesso alle origini sulla famiglia adottiva e la scelta effettuata dalla Cassazione di dilatare l'ambito di applicazione dell'appello riservato al diritto alla conoscenza una volta esteso ai fratelli e alle sorelle adottive[50]. Non è chiaro per quale ragione la rilevanza di interessi che hanno analoga matrice finisca invece per degradare in questo specifico contesto, malgrado i già ricordati dati normativi contenuti nel cod. *privacy* possano arricchirsi di ulteriori indici sistematici: così, l'acquisizione dei consensi del coniuge e dei figli, prevista dall'art. 252 c.c., per l'inserimento nel nucleo della prole extramatrimoniale di uno dei genitori ha come obiettivo la protezione degli interessi dei familiari dall'impatto potenzialmente dirompente di tale sopravvenienza. Ricorrere al consenso degli interessati non sarebbe, tuttavia, una strada ipotizzabile nel caso di specie, perché implicherebbe proprio ciò da cui si vogliono preservare i familiari: l'informazione e il coinvolgimento diretto[51]. Ecco che, anche con riferimento all'opzione della cristallizzazione dell'anonimato della donna incapace, la ragione per dubitare dell'opportunità della scelta opposta, ossia il superamento, non deve essere tanto il rischio di provocarne il (peraltro eventuale) turbamento delle condizioni psico-fisiche, ma semmai il pericolo di contraddire, con un disvelamento non autorizzato dell'identità, la libertà di autodeterminazione e la tutela della dignità e della situazione personale e familiare, la cui considerazione ispira e lega, come una sorta di filo rosso, il dato normativo e l'intervento correttivo della giurisprudenza costituzionale.

---

[49] Si v. Trib. Min. Milano, decr., 7.9.2020, cit.; Trib. Venezia, Decr., 20.9.2016, n. 16, cit.

[50] Cass. 20.3.2018, n. 6963, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, 56, con nota si Marinoni. Si v. Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere delle proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 170.

[51] Trib. Min. Genova, decr., 13.5.2019, in *Fam. e dir.*, 2020, 281, con nota di Andreola.

8. *Il bilanciamento tra gli interessi nel caso concreto sul solco tracciato dalla giurisprudenza europea e costituzionale*

La considerazione del complesso degli interessi in gioco, oltre a indebolire la tesi della reversibilità dell'anonimato in caso di premorienza, rende poco persuasiva anche quella dell'insuperabilità nell'ipotesi della sopravvenuta incapacità della donna: la cristallizzazione della scelta iniziale, infatti, se garantisce la donna, sacrifica invece inesorabilmente i diritti del figlio, senza la previa valutazione della eventuale possibilità di tutelare tali diritti senza vulnerare gli interessi confliggenti alla luce delle circostanze concrete. Pertanto, l'approccio da adottare dinanzi a entrambe le sopravvenienze dovrebbe essere il medesimo e, contrariamente a quanto sostenuto dalla Cassazione[52], il giudizio andrebbe condotto secondo il metodo del bilanciamento, onde operare una valutazione aderente alla specificità del caso, senza prestabilire la prevalenza di una delle istanze confliggenti.

Alla luce di quanto osservato, occorre partire dal dato normativo, chiaramente orientato alla conservazione dell'anonimato in mancanza di una espressa volontà contraria, per verificare se, in presenza di evenienze che rendono impossibile alla donna esprimersi in ordine alla revoca, si disponga di indici concreti, in grado di rendere più forte la spinta nella direzione del superamento del segreto, verso la quale tende l'interesse del figlio, rispetto alla controspinta rivolta al perdurare del riserbo, a tutela dell'identità sociale della donna, dei diritti dei familiari, e dell'interesse pubblico a non vanificare le finalità dell'anonimato[53]. Per quanto concerne il figlio, il peso assiologico del diritto alla conoscenza delle origini appare destinato a variare a seconda delle motivazioni alla base dell'accesso o dell'aspetto della personalità che intende fare valere; si profila più elevato, ad esempio, allorché alla base della richiesta vi sia un'esigenza di tutela della salute, che presuppone la rivelazione dell'identità della madre[54], rispetto al caso in cui si aspiri al completamento di un'identità che, comunque, si è già formata nella realtà familiare e sociale nella quale l'istante è cresciuto[55]. Invero, relativamente al primo versante, la necessità di superare l'anonimato ai fini della salvaguardia degli stessi valori su cui si fonda, ossia la vita e l'incolumità fisica del figlio, rappresenta un'eventualità pressoché inesistente, dal momento che l'informazione identificativa, se è necessaria alla struttura sanitaria, non occorre, invece, che sia svelata al paziente[56]. Sempre in relazione al figlio, poi, va considerato il pregiudizio che potrebbe scaturire dalla conoscenza delle origini,

---

[52] Cfr. Cass. 21.7.2016, n. 15024, cit.

[53] In questa chiave, con riferimento al bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca, Crea, Droit à l'oubli *e memoria storica*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, 956 ss. I rischi di una prospettiva garantista non attentamente ponderata sono quelli di un'apertura destinata a comportare riflessi ulteriori rispetto alla tutela del diritto all'identità personale/accesso informazioni: B. Checchini, *Anonimato materno e diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, cit., 725.

[54] Si v. Lenti, *Adozione e segreti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 243 ss.; Palmerini, *Sub art. 24, commi 4-8,* in *Commento alla l. 28 marzo 2001, n. 149 (Adozione nazionale)*, a cura di C.M. Bianca e Rossi Carleo, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 1028; Balestra, *op. cit.*, 167 s.

[55] Nel caso Gaskin c. Regno Unito, (R. no10454/83) 7.7.1989, n. 161, cit., § 49, il ricorrente era portatore di un interesse vitale, tutelato dalla Convenzione, a ricevere, in questo caso dai servizi territoriali le informazioni presenti sul suo fascicolo necessarie per conoscere e comprendere la propria infanzia e il primo sviluppo, dal momento che era cresciuto affidato ai servizi sociali e a diverse famiglie.

[56] È quanto osservano Lenti, *op. cit.*, 245 in relazione al trapianto da vivente di tessuti e C.M. Bianca, *Sub art. 93-Certificato di assistenza al parto,* in *La protezione dei dati personali*, *Commento al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 («Codice della Privacy»)*, a cura di C.M. Bianca e Busnelli, t. 2, Padova, 2007, 1402 relativamente a una grave forma di diabete.

in relazione alle circostanze di fatto nelle quali la gravidanza si è verificata[57]. L'art. 251 c.c., sulla filiazione c.d. incestuosa, conferma l'opportunità di introdurre un filtro, per garantire una tutela effettiva e la concreta corrispondenza della tutela di un diritto (in quel caso allo stato di figlio) all'interesse del minore.

Sul secondo versante, anche escludendo qualsivoglia pregiudizio per il figlio, è la stessa Corte Edu a postulare il bilanciamento del diritto alla conoscenza delle origini con i diritti della donna e delle famiglie coinvolte: la famiglia della madre e la famiglia adottiva[58]. Del resto, gli interessi della famiglia adottiva sono ampiamente protetti dallo stesso art. 28, 1° c., l. adoz.: dalla previsione che attribuisce ai genitori il compito di informare il figlio adottivo della sua condizione «nei modi e termini che essi ritengono più opportuni»[59], e che garantisce il segreto sull'adozione nei confronti dei terzi; poi, dalla cautele che circondano il procedimento nell'interesse dello stesso richiedente; infine, dalla disposizione conclusiva che esime l'adottato maggiorenne dall'autorizzazione all'accesso quando è venuto meno il controinteresse della famiglia adottiva (deceduti, irreperibili) alla conoscenza delle origini da parte del figlio[60].

Sulla base della stessa logica, ossia il degradare dell'interesse contrapposto, il superamento dell'anonimato sarebbe ammissibile qualora emergesse che la donna, prima dell'evento impeditivo dell'interpello, avesse reso i familiari edotti dell'accaduto: non è, infatti, in alcun modo da escludere che con il tempo possa essersi pentita della scelta effettuata, anche senza avere potuto o voluto la madre effettuare il riconoscimento, e che il suo desiderio, in tutto coincidente con quello del figlio, sia rimasto frustrato, qualora l'interpello sia stato proposto dopo che era già deceduta o divenuta incapace[61]. In una simile situazione ben potrebbe avere deciso di rivelare comunque l'accaduto ai familiari. Anzi, in questa prospettiva occorrerebbe riflettere sulla irrevocabilità della scelta per iniziativa materna, ma solo in conseguenza dell'interpello del figlio, a differenza di quanto previsto dalla normativa francese (artt. L.222-6, L.147-6 *code de l'action social et des familles*)[62]. Oltre a valorizzare la volontà della donna, questa soluzione avrebbe il pregio di neutralizzare l'incidenza delle sopravvenienze rendendo nota, la disponibilità manifestata dalla madre a farsi conoscere[63]. Invero, si tratta di un'apertura, come quella sull'estensione delle informazioni non identificative oggetto di raccolta, che era

---

[57] Cass. 7.2.2014, n. 2802, cit. riferisce del caso di una suora vittima di uno stupro, la quale aveva optato per l'anonimato in condizioni fisio-psichiche particolarmente compromesse, salvo poi effettuare il riconoscimento in un momento successivo.

[58] Cfr. Corte eur. dir. uomo 13.2.2003, ric. 42326/98 (*Odièvre c Francia*), cit., § 44. Si v. Long, *La corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, cit., 299.

[59] Sul dibattito relativo alla rilevanza giuridica della previsione relativa all'informazione dei genitori, si v. Morozzo della Rocca, *Legge 4 maggio 1983, n. 184, Sub art. 28*, in *Della famiglia*, a cura di Balestra, nel *Commentario del codice civile*, dir. da Gabrielli, Leggi collegate ****, Torino, 2010, 140

[60] Morozzo della Rocca, *op. cit.*, 149; Morace Pinelli, *op. cit.*, 245 s.; Murgo, *Ricerca delle origini, diritto all'identità personale e tutela della riservatezza: un tentativo di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 270 s.

[61] È il caso deciso dal Trib. Roma, 12.5.2017, n. 11426, in *Dejure* nel quale la madre, malgrado avesse optato per l'anonimato, aveva poi cresciuto il figlio all'interno della famiglia di origine, facendogli credere di essere la sorella maggiore e che i nonni materni fossero i genitori. La scoperta della verità avviene dopo la morte della donna. Si v., anche, App. Milano, 3.6.2021, cit. Sull'assenza di volontà assoluta di riserbo della donna stessa come presupposto per il superamento dell'anonimato, si v. già E. Palmerini, *op. cit.*, 1027.

[62] Balestra, *op. cit.*, 169 s. evidenzia che l'irreversibilità del segreto rappresenterebbe un pregiudizio per la donna e poterlo rimuovere ne preserverebbe l'autonomia, mediante la valorizzazione dell'attualità della scelta.

[63] Cfr. Palmerini, *op. cit.*, 1027.

stata contemplata nei vari disegni di legge che si sono succeduti nel tempo[64]. La revoca, poi, potrebbe essere effettuata all'interno di un testamento o, più eccezionalmente, desumersi dalla condotta successiva[65], ad esempio dal tentativo di mettersi in contatto con il figlio dopo l'adozione[66]. Un altro caso potrebbe essere quello della eventuale mancanza di rapporti familiari, o comunque di un tessuto relazionale significativo, tale da circoscrivere o addirittura neutralizzare l'impatto pregiudizievole del superamento dell'anonimato per l'identità sociale della donna[67].

9. *I riflessi sulle azioni di stato*

La medesima prospettiva, può essere adottata relativamente alla valutazione dell'ammissibilità delle azioni costitutive dello stato di figlio promosse nei confronti della partoriente anonima. Al di là del quadro normativo, che formalmente non presenta alcun ostacolo[68], non sembra opportuno prescindere, *in primis*, dalla previa revoca dell'anonimato e, poi, dall'adozione di cautele ulteriori. Difatti, se è vero che la Corte costituzionale sembra dissociare definitivamente la genitorialità giuridica da quella biologica, ammettendo che solo quest'ultima possa rivivere in caso di revoca, escludere in radice le azioni di stato significherebbe compromettere definitivamente il diritto fondamentale del figlio ad esse sotteso. D'altro canto, è anche innegabile che, in caso di mancata revoca e di conoscenza dell'identità della madre ottenuta *aliunde*, l'ammissione indiscriminata delle azioni di stato comporterebbe, oltre al rischio di attutire l'efficacia deflattiva dell'anonimato, anche il pericolo, in difetto di cautele ulteriori, di incrementare le mancate revoche, al fine di proteggere gli interessi patrimoniali, oltre a quelli personali e relazionali, della famiglia d'origine o successivamente formata[69]. Ecco perché sembra dover essere ridimensionata la presa di posizione della giurisprudenza di legittimità che da ultimo ha affermato, *obiter*, che la morte, oltre a cancellare ogni ostacolo alla conoscenza del rapporto di filiazione, valga ad eliminare ogni impedimento anche rispetto all'accertamento dello stato di figlio[70], anche perchè si richiama proprio

[64] Si v. B. Checchini, *op. ult. cit.*, 724; Morace Pinelli, *op. cit.*, 250; Cacace, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche e la volontà della madre di non essere nominata,* in *Rivista AIC,* 2022, 1 ss.

[65] Cass. 22.9.2020, n. 19824, in *Corr. giur.*, 2020, 475, con nota di Bugetti; in *Fam. e dir.*, 2021, 163, con nota di Mendola.

[66] È quanto avvenuto nella vicenda oggetto di App. Milano, 3.6.2021, cit.

[67] Rappresenta una delle ipotesi per Trib. Min. Genova, decr., 13.5.2019, cit., ancorché parli di eredi.

[68] Si v. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 1400; Palmerini, *op. cit.*, 1026; Renda, *L' accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, in *Fam. e dir.*, 2013, 527; B. Checchini, *Accertamento e attribuzione della paternità*, Padova, 2008, 177. L'azione di stato non era ammessa in Francia, finché la Loi n° 2009-61 *du 16 janvier* 2009 ha modificato l'art. 325 eliminando l'eccezione testuale dell'art. 326 (relativa all'*accouchement sous X*). Nella relazione che accompagna la legge si sottolinea che la modifica è dovuta alla necessità di evitare una condanna della Francia per violazione dell'art. 14 della CEDU. Si v. Bernard-Xemard, *Naître sans mère... Et le père?*, cit., 33 ss.; J. Boisson, *L'enfant mal né*, in *Mélanges en l'honneur du doyen Didier Guével,* LGDJ, Lextenso, 2021, 38 s.

[69] Sul tema oltre alla già citata pronuncia di segno negativo del Trib. Milano, 14.10.2015, n. 11475, cit., relativa a un caso nel quale il riconoscimento era stato effettuato dal padre, il quale aveva successivamente svelato l'identità della madre, che successivamente si era opposta, l'unica pronuncia di segno positivo, relativamente alla madre premorta è quella del Trib. Bari, 15.3.2016, inedita. Difatti, nel caso di Trib. Roma, 12.5.2017, n. 11426, in *Dejure*, gli eredi della defunta convenuti nel giudizio per la dichiarazione giudiziale della maternità, aderiscono alla domanda del figlio, che la madre anonima aveva cresciuto facendogli credere di essere la sorella, e che i genitori fossero i nonni materni.

[70] Cass. 9.9.2022, n. 26616, cit.

a quel precedente nel quale eccezionalmente la madre biologica aveva revocato, sia pure in via di mero fatto, la scelta iniziale[71]. Del resto, anche qualora l'azione non risultasse ammissibile (come non lo sarebbe, anche in caso di revoca, nel caso del concepimento interno al nucleo parentale) non si assisterebbe alla privazione della tutela del figlio, giacché quest'ultimo resterebbe in ogni caso legittimato ad agire per il mantenimento *ex* art. 279 c. c.[72].

10. *Considerazioni conclusive*

La soluzione dell'interpello riservato individuata dalla Corte costituzionale rappresenta il punto di equilibrio tra il diritto alla conoscenza delle origini e gli interessi sottesi dall'anonimato: la massima tutela che è possibile garantire all'identità personale, senza correre il rischio di mettere a repentaglio la vita e la salute della donna e del figlio. In caso di sopravvenuta impossibilità di procedere all'interpello riservato, il quadro non cambia: resta integra l'esigenza di bilanciare il diritto al completamento dell'identità personale del figlio con gli interessi primigeni e con l'identità personale e sociale acquisita dalla madre biologica, a salvaguardia della sua dignità e dei diritti dei familiari. È quanto emerge dal percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale e dal dato normativo, che ha mantenuto intatte, anche dopo le modifiche apportate al codice della *privacy* nel 2018, le regole del segreto sui dati identificativi della partoriente anonima (in assenza di revoca) per un tempo eccedente la durata della vita sua e dei familiari, e sulla tutela dei diritti relativi al trattamento dei dati personali concernenti persone decedute (artt. 93, 2-*terdecies*, cod. *privacy*). Questa specifica applicazione della protezione *post-mortem* dei diritti della personalità serve a garantire retrospettivamente l'efficacia deterrente dell'anonimato e, prospetticamente, la dignità della donna, oltre che i rapporti instaurati e creati in vita dalla stessa[73].

Se questo quadro postula la preminenza dell'anonimato in tutti i casi in cui non possa essere rimosso per effetto dell'interpello, è, tuttavia, opportuno lasciare che sia la valutazione comparativa degli interessi in gioco, condotta alla luce delle circostanze, a indirizzare la decisione del caso concreto, anche in direzione opposta, laddove manchino o risultino attenuati gli interessi antagonisti rispetto al diritto alla conoscenza del figlio. In caso contrario, infatti, al superamento dell'anonimato prima dei cento anni ben potrebbe adattarsi la riflessione già espressa riguardo alla tutela postuma della reputazione: «Sarebbe difficile morire in pace e con dignità sapendo che [l'identità personale come costruita nella famiglia e nella cerchia sociale] potrebbe essere distrutta senza alcuna possibilità di difesa»[74].

---

[71] Cass. 22.9.2020, n. 19824, cit.

[72] Per tale ragione Stefanelli, *op. cit.*, 4034 ss. evidenzia che la riversibilità rischia di produrre meno effetti del previsto se non è accompagnata da una riforma coerente delle azioni di stato. Sul punto si cfr. Vesto, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018, 196 s.; Granelli, *op. cit.*, 572; B. Checchini, *Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 88.

[73] Vansweevelt - Bubalo, *Post-Mortal Protection of the Right to Reputation*, in *Journal of european tort law*, cit., 15 s.

[74] Rösler, *Dignitarian Posthumous Personality Rights - An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law*, in 26 *Berkeley Journal of International Law*, 2008, 188.

GIAMPAOLO FREZZA

"DIRITTI DI STATO DELLA PERSONA", TRASCRIZIONE DELLA DOMANDA DI REVOCAZIONE *EX* ART. 2652, COMMA 1, N. 9-*BIS* E INAPPLICABILITÀ DELLA RELATIVA DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. Coordinamento interpretativo fra l'art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* c.c. e l'art. 391-*quater* c.p.c. – 2. Analisi dei problemi teorici ingenerati dal nuovo assetto normativo. – 3. (*Segue*): funzione della trascrizione della domanda di revocazione; nozione di buona fede del terzo; conflitti ipotizzabili e criteri di risoluzione; nozione di "sentenza trascrivibile" oggetto della revocazione. – 4. Inapplicabilità della nuova disciplina pubblicitaria. – 5. Ambigua nozione di "diritti di stato della persona". – 6. Conclusioni.

1. *Coordinamento interpretativo fra l'art. 2652, comma 1, n. 9*-bis *c.c. e l'art. 391*-quater *c.p.c*

Sono onorato di partecipare agli scritti dedicati ad un Maestro del diritto, il Prof. Paolo Zatti, nei confronti del quale nutro anche un sentimento di sincera gratitudine, avendo egli accolto i miei primi lavori nel prestigioso *Trattato di diritto di famiglia*, di cui è stato autorevole direttore, così incoraggiandomi, pur se indirettamente, nello studio e nella ricerca.

Fra i numerosi temi che il Maestro ha coltivato nella sua lunga e operosa vita di studioso si rinvengono anche quelli legati ai diritti (latamente intesi) della persona.

In tale ambito, può essere interessante indagare il significato di un'espressione, decisamente oscura, recentemente introdotta dal legislatore con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, la c.d. "Riforma Cartabia": si tratta della tutela dei c.d. "diritti di stato della persona".

In particolare, in seno all'art. 2652, comma 1, c.c. – dedicato, come noto, alla trascrizione delle domande giudiziali riferite ai diritti menzionati dall'art. 2643 c.c. – il legislatore della Riforma ha introdotto una nuova fattispecie: si tratta del n. 9-*bis*, avente ad oggetto la trascrizione delle domande di revocazione contro le sentenze soggette a trascrizione per le cause previste dall'art. 391-*quater* c.p.c., specificandosi, sul piano degli effetti, che la sentenza di accoglimento della domanda non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda[1].

La norma del codice di rito, anch'essa introdotta dalla c.d. Riforma Cartabia, è rubricata *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* e

[1] Numero inserito dall'art. 1, comma 13, lett. *a)*, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (ai sensi dell'art. 52 d.lgs. n. 149/2022, il citato decreto legislativo entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione in *G.U.*). Per la disciplina transitoria, v. art. 35 d.lgs. n. 149/2022, come da ultimo sostituito dall'art. 1, comma 380, lett. *a)*, l. 29 dicembre 2022, n. 197, secondo cui : "1. Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti".

prevede, al primo comma, che "le decisioni passate in giudicato il cui contenuto è stato dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ovvero ad uno dei suoi Protocolli, possono essere impugnate per revocazione se concorrono le seguenti condizioni:

1) la violazione accertata dalla Corte europea ha pregiudicato un diritto di stato della persona;

2) l'equa indennità eventualmente accordata dalla Corte europea ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione non è idonea a compensare le conseguenze della violazione"[2].

Il commento a quest'ultima disposizione è stato oggetto di autorevoli studi dottrinali, con convincenti argomentazioni riguardo ai risvolti teorici e pratici di natura processuale[3]. Nell'ambito delle presenti riflessioni s'intende, invece, proporre uno studio – necessariamente sintetico, come si vedrà – sugli aspetti sostanziali della nuova normativa, in particolare su quelli che attengono alla trascrizione della domanda giudiziale di cui al n. 9-*bis* dell'art. 2652, comma 1, c.c., disposizione che, lo si anticipa, avrà, se del caso, un ambito applicativo limitatissimo.

Solo per completezza, si consideri che, in seno all'art. 2690 c.c. e con riferimento ai beni mobili registrati, è stato introdotto il n. 6-*bis*, che rinvia, in punto di individuazione della nuova domanda trascrivibile, all'art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* c.c. e, di conseguenza, all'art. 391-*quater* c.p.c., onde anche in questo caso le regole appaiono analoghe.

In realtà, l'art. 2690 n. 6-*bis* c.c. prevede che la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite contro il convenuto dopo la trascrizione della domanda[4]. Il mancato riferimento, sul piano testuale, alla buona fede dei terzi può destare perplessità ed è frutto, probabilmente, di un (primo) refuso da

---

[2] In base al comma 2, "il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione o, in mancanza, dalla pubblicazione della sentenza della Corte europea ai sensi del regolamento della Corte stessa. Si applica l'articolo 391-*ter*, secondo comma". Infine, secondo il comma 3, "l'accoglimento della revocazione non pregiudica i diritti acquisiti dai terzi di buona fede che non hanno partecipato al giudizio svoltosi innanzi alla Corte europea". L'art. 391-*ter* c.p.c. è stato inserito, in seno al codice di rito, dall'art. 3, comma 28, lett. *o)*, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Per la disciplina transitoria, v. art. 35 d.lgs. n. 149/2022, come sostituito dall'art. 1, comma 380, lettera *a)*, l. 29 dicembre 2022, n. 197, secondo cui: "5. Salvo quanto disposto dal comma 6, le norme del capo III del titolo III del libro secondo del codice di procedura civile e del capo IV delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, come modificati dal presente decreto, hanno effetto a decorrere dal 1° gennaio 2023 e si applicano ai giudizi introdotti con ricorso notificato a decorrere da tale data. 6. Gli articoli 372, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 380-*bis*, 380-*bis*.1, 380-*ter*, 390 e 391-*bis* del codice di procedura civile, come modificati dal presente decreto, si applicano anche ai giudizi introdotti con ricorso già notificato alla data del 1° gennaio 2023 per i quali non è stata ancora fissata udienza o adunanza in camera di consiglio".

[3] E. D'Alessandro, *Revocazione della sentenza civile e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 217 ss.; Id., *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2023, 479 ss.; Menchini, *Osservazioni sulla revocazione per (accertate) violazioni della CEDU*, in *www.judicium.it*.

Sul tema vedi, inoltre, i contributi di Grassi, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2022, 919 ss.; Pagnotta, *Art. 391* quater *c.p.c. "Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo"*, in *www.judicium.it*; Impagnatiello, *La revocazione*, in *Foro it.*, *Gli speciali*, 4/2022, *La riforma del processo civile*, a cura di Dalfino, 259 ss.

[4] Per la disciplina transitoria, v. l'art. 35 d.lgs. n. 149/2022, come da ultimo modificato dall'art. 1, comma 380, lett. *a)*, l. 29 dicembre 2022, n. 197, secondo cui : "1. Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti".

parte del legislatore, onde può essere superato attraverso l'interpretazione adeguatrice del sistema[5], tenuto conto dei principi che lo caratterizzano, come si cercherà di chiarire nel prosieguo.

2. *Analisi dei problemi teorici ingenerati dal nuovo assetto normativo*

La nuova disposizione è stata inserita in seno all'art. 2652, comma 1, c.c., dopo la trascrizione delle domande di cui al n. 9, ovverosia quelle di revocazione e di opposizione di terzo revocatoria contro le sentenze soggette a trascrizione per le cause previste dagli artt. 395, nn. 1, 2, 3, 6 c.p.c. e 404, comma 2, c.p.c.[6].

Sul piano teorico, allora, potrebbe apparire necessario indagare:

a) la funzione che svolge la trascrizione di una simile domanda;

b) la nozione di buona fede del terzo, quale condizione pretesa dalla legge per la salvezza dei suoi diritti;

c) i conflitti ipotizzabili e i criteri di risoluzione;

d) cosa deve intendersi per "sentenza trascrivibile" oggetto della revocazione.

Solo per completezza, nel paragrafo che segue, sintetizzeremo tali questioni, i cui esiti applicativi mutuano, in buona sostanza, i risultati cui si è pervenuti, nel corso degli anni, a proposito della trascrizione della domanda di revocazione prevista dall'art. 2652, comma 1, n. 9 c.c.

Una sintesi, però, destinata ad operare sul piano teorico, latamente descrittivo, perché la vera questione che sorge dall'interpretazione della nuova disposizione attiene al suo ambito di applicabilità: la violazione accertata dalla Corte europea di un "diritto di stato della persona" giustifica bensì la revocazione della sentenza ma nulla ha a che vedere con gli acquisti a titolo derivativo di beni immobili e di diritti reali immobiliari a cui la trascrizione delle domande, e in particolare quella *ex* art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* c.c., come noto, si riferisce, onde, come chiariremo, la difficile applicabilità, sul piano pratico, della nuova regola.

---

[5] P. Perlingieri, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 7 ss. e in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, III, a cura di Del Prato, Napoli, 2013, 1785 ss.; Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 317 ss. e in Id., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 307 ss., nonché in *Studi in memoria di Giovanni Gabrielli*, a cura di Pellegrini, Napoli, 2018, II, 1591 ss.

[6] Sono, in particolare, soggette a tale onere pubblicitario le domande di revocazione dirette contro le sentenze effetto del dolo di una parte nei confronti dell'altra (art. 395 n. 1 c.p.c.); quelle emesse in base a prove riconosciute o dichiarate false dopo la loro emanazione oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della loro emanazione (art. 395 n. 2 c.p.c.); quelle emesse senza tener conto di uno o più documenti decisivi, non prodotti in giudizio dalla parte interessata per cause di forza maggiore o per fatto imputabile alla controparte, documenti rinvenuti dopo l'emanazione della sentenza (art. 395 n. 3 c.p.c.); e, infine, quelle che rappresentano l'effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato (art. 395 n. 6 c.p.c.). Sono, inoltre, soggette a trascrizione le domande di opposizione di terzo revocatorie proposte dai creditori e dagli aventi causa di una delle parti contro le sentenze che sono l'effetto di dolo o di collusione a loro danno (art. 404, comma 2, c.p.c.). Sull'art. 2652, comma 1, n. 9 c.c., Nicolò, *La trascrizione*, III, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1973, 144; Triola, *Della tutela dei diritti*, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, IX, Torino, 2012, 280 ss.; A. Orestano, *Le domande di revocazione e di opposizione di terzo*, in *La trascrizione delle domande giudiziali*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli, F. Gazzoni, II, Torino, 2014, 233 ss.; Frezza, *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e continuato da Busnelli, Milano, 2014, 401 ss. Sui presupposti necessari all'ammissibilità dell'opposizione in esame, Ercolini, *Spunti giurisprudenziali sull'ammissibilità della opposizione di terzo revocatoria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 1423 ss.

3. (Segue): *funzione della trascrizione della domanda di revocazione; nozione di buona fede del terzo; conflitti ipotizzabili e criteri di risoluzione; nozione di "sentenza trascrivibile" oggetto della revocazione*

Anche nel caso qui indagato, la trascrizione della domanda di cui al n. 9-*bis* sarà destinata a svolgere, secondo i principi generali, una funzione prenotativa, cautelare, latamente conservativa rispetto agli effetti della sentenza di revocazione che la accoglie nel merito[7].

A differenza della precedente ipotesi di cui al n. 9, la disposizione in esame prevede che le condizioni per la salvezza dei diritti dei subacquirenti siano due: la priorità della trascrizione e la condizione di buona fede[8]. A proposito di quest'ultima, nella Relazione illustrativa il legislatore specifica solo che per i terzi in buona fede che non hanno partecipato al processo innanzi alla Corte Edu, "in analogia a quanto già previsto per gli altri motivi di revocazione straordinaria dall'art. 391-*quater* c.p.c.", vale la stessa deroga al principio proprio degli acquisti a titolo derivativo *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis.* La nozione di buona fede, pertanto, si trarrà dai principi generali, tenuto però conto, ovviamente, del suo operare nell'ambito del sistema della trascrizione immobiliare[9].

Quanto ai conflitti, sempre sul piano teorico, la nuova disposizione, in analogia con quanto previsto nel precedente n. 9[10], consente di ipotizzare le seguenti situazioni: se l'alienazione del diritto controverso sia avvenuta dopo la proposizione dell'impugnazione straordinaria e sia trascritta dopo, la sentenza emanata contro l'alienante avrà effetto anche nei confronti dell'acquirente. Gli stessi effetti si avranno nel caso in cui la successione nel diritto controverso sia avvenuta prima della proposizione dell'impugnazione ma sia trascritta dopo, e ciò indipendentemente dalla buona fede del terzo pretesa dall'art. 2652 n. 9-*bis* c.c.

Ultimo conflitto da analizzare è quello in cui entrambi i soggetti interessati non abbiano trascritto il loro titolo (l'acquisto e la domanda giudiziale). Se la successione sia avvenuta prima della proposizione dell'impugnazione, quest'ultima dovrà essere proposta anche riguardo all'acquirente, il quale, in caso di accoglimento della domanda, non farà salvo il suo acquisto. Se, invece, tale successione sia avvenuta dopo che l'impugnativa sia stata proposta, troverà applicazione l'art. 111, comma 4, c.p.c. con conseguente efficacia *ultra partes* della sentenza di accoglimento[11].

---

[7] Ricca, *Trascrizione*, II, *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 2, ove ulteriori indicazioni di dottrina; G. Gabrielli, *La pubblicità immobiliare*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2012, 120, ritiene che la formula "prenotazione" sia ormai entrata nell'uso comune. Quanto all'effetto cautelare, v. Nicolò, *op. cit.*, 13. Sul punto, v., per gli approfondimenti, Frezza, *op. cit.*, 73 ss., ove altre indicazioni.

[8] Mazzei, *La trascrizione della domanda di revocazione di cui all'art. 391*-quater *c.p.c.*, in *La riforma Cartabia del processo*, *Commento al d.lgs. 10 ottobre 202, n. 149*, a cura di Tiscini, con il coordinamento di Farina, Pisa, 2023, 618 ss.; Carratta, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 250 ss.

[9] Esemplare, sul punto, Gazzoni, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e Gazzoni, t. 1, Torino, 2012, 30 ss.; a cui aderisce Frezza, *L'usucapione decennale i rapporti fra trascrizione e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 532 ss.

[10] Si rinvia a Frezza, *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., 401 ss., per gli approfondimenti.

[11] La logica, come accennato nel testo, è la stessa di quella sottesa alla regola di cui al n. 9 dell'art. 2652, comma 1, c.c. e sintetizzata con autorevolezza: "la sentenza che accolga la domanda di revocazione straordinaria o di opposizione di terzo revocatoria, purché siano rispettate le regole sulla legittimazione passiva, è sempre opponibile al successore a titolo particolare nel diritto controverso quando questi abbia trascritto il suo titolo di acquisto dopo la trascrizione della domanda giudiziale; nel caso, invece, di

Appare, infine, utile individuare la nozione di "sentenza soggetta a trascrizione" oggetto di revocazione straordinaria per le cause previste dall'art. 391-*quater* c.p.c.

Un'interpretazione restrittiva di tale disposizione può indurre l'interprete a limitare l'onere di tale formalità alle domande rivolte a modificare o rendere inefficaci le sentenze che sono soggette a trascrizione, cioè a quelle costitutive, con conseguente esclusione di quelle di mero accertamento[12]. La lettera dell'art. 2652 n. 9-*bis* c.c. non giustifica, però, una simile limitazione, onde la norma potrà riferirsi, almeno sul piano ipotetico, a tutte le sentenze soggette a trascrizione, comprese quelle di mero accertamento: si tratta, in particolare, dei casi di cui agli artt. 2643 nn. 7, 9, 2646, 2648, comma 3, c.c.

Può essere utile, inoltre, indagare se, nell'ambito di applicabilità di tale disposizione, possano, in via di interpretazione, essere ricomprese anche le sentenze soggette ad annotazione, *ex* art. 2655 c.c. La risposta al quesito può mutuarsi dagli esiti interpretativi riguardanti il precedente caso di cui all'art. 2652 n. 9 c.c.: la dottrina più autorevole, invero, ha osservato che l'annotazione di cui all'art. 2655 c.c., in questi casi, non sarebbe idonea a svolgere la funzione sua propria, ovvero quella legata alle esigenze della continuità[13], ma avrebbe efficacia del tutto simile a quella della trascrizione, onde essa potrebbe essere ricompresa nell'ambito di applicabilità della disposizione qui in commento[14].

Nell'ambito del nuovo art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* c.c., possono essere ricomprese, infine, anche le sentenze di accertamento di cui all'art. 2651 c.c., ovvero quelle che accertano l'intervenuta usucapione, prescrizione e accessione.

Tutto quanto precede, lo si ripete, è destinato a rimanere lettera morta là dove si aderisca alle conclusioni cui addiverremo nel paragrafo che segue, quello avente ad oggetto l'ambito di applicabilità della nuova disposizione.

4. *Inapplicabilità della nuova disciplina pubblicitaria*

La collocazione del n. 9-*bis* in seno all'art. 2652, comma 1, c.c. presuppone che tale segnalazione si riferisca:

a) agli acquisti a titolo derivativo di beni immobili o di diritti reali immobiliari (o di altre situazioni equiparabili);

b) a liti su diritti trascrivibili, qualunque sia, poi, l'idea che si abbia in merito alla questione, qui decisamente ultronea da analizzare, sulla tassatività degli atti soggetti a pubblicità da realizzarsi tramite trascrizione, *ex* art. 2643 e ss. c.c.[15], cui l'art. 2652,

---

anteriorità della trascrizione del successore, la sentenza avrà efficacia nei suoi confronti solo se difetti il requisito della buona fede o quello del decorso di cinque anni fra trascrizione della sentenza impugnata e trascrizione della domanda di revocazione o di opposizione di terzo revocatoria". Così, Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 196.

[12] La stessa logica sottesa, in ottica restrittiva, all'ipotesi di cui al n. 9. In tal senso, Mastrocinque, *La trascrizione*, *Commento e giurisprudenza sugli artt. 2643-2696 del codice civile*, Jandi Sapi editori, 1963, 380-381.

[13] Frezza, *Annotazioni. Cancellazioni. Titolo e nota di trascrizione. Formalità e procedimento*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2017, 23 ss., per le annotazioni; 326 ss., per le cancellazioni.

[14] Proto Pisani, *op. cit.*, 193, nt. 348; Ricca, *op. cit.*, 12. Aderisce A. Orestano, *op. cit.*, 238.

[15] Indicazioni in Frezza, *Trascrizione delle domande giudiziali*, 51 ss. Il dibattito fra la teoria restrittiva e quella che ritiene doverosa, nell'ottica di superare la tassatività, una lettura del sistema della trascrizione, in generale, conforme alla Costituzione e alle fonti di rango comunitario è sintetizzato oggi dagli scritti pubblicati in Aa.Vv., *Pubblicità degli atti e delle attività*, *Atti dell'VIII Convegno nazionale della*

comma 1, prima parte, c.c. letteralmente e opportunamente rinvia. Anche la tesi della massima apertura di tale sistema, invero, nel rispetto dei principi che lo caratterizzano, non potrà mai ipotizzare ipotesi di trascrivibilità estese ad atti sui "diritti di stato delle persone", ferma restando, come vedremo, la difficoltà di dare un significato suo proprio a tale formulazione letterale. Il presupposto in cui si innesta la segnalazione pubblicitaria recentemente introdotta in seno al codice civile è, invero, una lite su un trasferimento a titolo derivativo di un diritto reale o di altra situazione equiparabile (anche in via interpretativa), onde, come intuito in dottrina, "considerato che la revocazione è ammessa solo per la lesione di un diritto di stato della persona non è facile immaginare ipotesi in cui questa disciplina possa essere applicata, riguardando la circolazione dei diritti a seguito di acquisti a titolo derivativo"[16].

Da qui il sorgere di un interrogativo: come può il legislatore aver preso un simile abbaglio?

La ragione è presto detta ed è esito di un difetto di coordinamento fra la proposta elaborata dalla Commissione di lavoro ministeriale e il testo definitivamente approvato: "nella formulazione dell'art. 391-*quater* c.p.c. predisposta dal gruppo di lavoro nominato dalla Ministra della Giustizia si stabiliva, infatti, che la revocazione potesse essere proposta anche nel caso in cui, a prescindere dalla tipologia di diritto sostanziale *sub judice*, la violazione riscontrata dalla Corte europea avesse pregiudicato *in modo decisivo* il diritto di difesa della parte ricorrente a Strasburgo. Questo periodo è stato però espunto dalla versione definitiva dell'articolato"[17].

Al di là delle difficoltà che avrebbe potuto suscitare l'interpretazione dell'espressione "in modo decisivo", è evidente che il problema della trascrizione della domanda di cui al n. 9-*bis* poteva sorgere in caso di violazione del diritto di difesa nei processi aventi

---

Sisdic, Napoli, 2014, 7 ss., ed ivi, vedi, in particolare, la sintesi, a favore dell'apertura, riconducibile ad autorevole dottrina: P. Perlingieri, *Chiusura dei lavori*, 493 ss. Sul tema della tassatività, senza la pretesa della completezza, si vedano: N. Coviello, *Della trascrizione*, I, 1924, rist., Napoli, 2012; Maiorca, *Della trascrizione degli atti relativi agli immobili* (*Art. 2643-2672*), in *Commentario del codice civile*, diretto da d'Amelio e Finzi, *Libro della tutela dei diritti*, XXI, Firenze, 1943; Pugliatti, *La trascrizione. La pubblicità in generale*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XIV, I, t. 1, Milano, 1957; U. Natoli, *Della tutela dei diritti. Trascrizione*, in *Commentario del codice. civile*, Libro VI, I, Torino, 1959; Gentile, *La trascrizione immobiliare*, Napoli, 1959; Mastrocinque, *La trascrizione*, *Commento e giurisprudenza agli artt. 2643-2696 del codice civile*, Jandi Sapi editori, 1963; De Lise, *Della trascrizione*, in *Commentario al codice civile teorico-pratico*, Novara, Milano, 1970; Nicolò, *La trascrizione*, I e II, Milano, 1973; Id., *La trascrizione delle domande giudiziali*, III, Milano, 1973; Mariconda, *La trascrizione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XIX; Torino, 1997, 75 ss.; Pugliatti, *La trascrizione. L'organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, XIV, 2, Milano, 1989; Ferri - Zanelli, in Ferri - Zanelli - D'Orazi-Flavoni, *Della trascrizione*, in *Commentario del codice civile A. Scialoja e G. Branca*, a cura di Galgano, Bologna, Roma, 1995; Francesca, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003; Zaccaria - Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, Torino, 2008; Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, Napoli, 2009; Baralis, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010; Gazzoni, *La trascrizione degli atti e delle sentenze*, in *Trattato della trascrizione*, diretto da E. Gabrielli e Gazzoni, t. 1 e t. 2, Torino, 2012; Ciatti Caìmi, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, in *Cod. civ. comm*., fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2018; e, di recente, Tanzillo, *Pubblicità immobiliare, sicurezza dei traffici ed eccesso informativo*, Napoli, 2022, ove ampia e accurata bibliografia.

[16] Menchini, *op. loc. ult. cit.*

[17] E. D'Alessandro, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 481, la quale precisa anche che "nel contesto di un motivo di revocazione straordinaria utilizzabile unicamente in caso di violazioni che incidano su *status*, (…) le modifiche apportate agli articoli del c.c. relativi alla trascrizione di domande giudiziali di diritti diversi da quelli concernenti lo stato delle persone (il riferimento è all'introduzione del numero 9-*bis* nel corpo dell'art. 2652, 1 comma, c.c. (…) non solo altro che ciò che resta del più ampio testo che era stato elaborato nei lavori preparatori".

ad oggetto acquisti a titolo derivativo conclusi con una sentenza passata in giudicato trascrivibile.

La sua espunzione nel testo definitivamente approvato avrebbe dovuto comportare, allora, anche la cancellazione della previsione inserita in seno al codice civile, che, per un difetto di coordinamento, non è avvenuta.

Da qui, un "pasticcio" che rende, come anticipato, inapplicabile la norma, se non a casi limite, frutto di fantasia e probabilmente destinati ad operare su un piano teorico e descrittivo.

5. *Ambigua nozione di "diritti di stato della persona"*

L'espressione "diritti di stato della persona" è, inoltre, ambigua, ragionando, ovviamente, con le categorie di diritto sostanziale tradizionali.

Al di là di un approccio troppo formalista – il diritto è, invero, nozione diversa dallo *status*[18] – essa potrà essere intesa come idonea a comprendere, innanzitutto, lo *status personae* e lo *status familiae*[19], così come elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane e, si si vuole e in via di interpretazione estensiva, anche lo *status civitatis* di cui alla giurisprudenza della Corte Edu, che si estende alle nozioni di rifugiato, migrante e detenuto[20], tanto per fare alcune esemplificazioni.

La dottrina auspica, però, un'ulteriore apertura del significato della locuzione qui in analisi, fino a comprendere anche i "diritti non patrimoniali" dedotti in giudizio, pur se, si predice, la giurisprudenza difficilmente addiverrà ad una simile soluzione applicativa[21].

Nozioni, quella di *status* e di diritti non patrimoniali, che però, ancora una volta, mal si conciliano con l'idea di una sentenza passata in giudicato trascrivibile da sottoporre, in via straordinaria, a revocazione.

---

[18] Approccio, per la verità, che ha caratterizzato il parere del CSM formulato il 21 settembre 2022 (*https://www.csm.it/documents/21768/92150/parere+decreto+legislativo+processo+civile+21+settembre+2022/6b06482b-26c7-7204-aec8-343813205244*), ove si legge che: "desta perplessità nella formulazione della fattispecie il riferimento decisivo – trattandosi di una delle condizioni di applicabilità del rimedio della revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ai "diritti di stato della persona". Si tratta di un'espressione che non può dirsi, nell'ordinamento giuridico nazionale, di significato sufficientemente univoco e determinato, tale da poter essere propriamente utilizzata in una disposizione del Codice di rito. Altro infatti sono gli stati, altro i diritti; vi sono stati di diritto pubblico (es. cittadinanza) e stati di diritto privato (es. posizioni familiari); rispetto a questi ultimi è dubbio se i "diritti di stato" possano essere distinti dai diritti della personalità e appare altresì incerta la riferibilità dei "diritti di stato" alle persone giuridiche. È auspicabile, perciò, che il legislatore formuli anche in via mediata una tipizzazione delle situazioni giuridiche soggettive la cui violazione accertata dalla Corte europea consente l'applicazione di un rimedio dagli effetti giuridici così dirompenti quale la revocazione di decisioni passate in giudicato".

[19] Sullo *status personae* quale situazione unitaria, v. P. Perlingieri, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in Id., *La persona e i suoi diritti*, Napoli, 2005, 374 ss.; Chiappetta, *Gli* status personae e familiae *nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, Napoli, 2012; Parente, *Libertà matrimoniale fra* status personae *e* status familiae, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Bari, 2008, 297 ss. In generale, sul concetto di *status* nella teoria del diritto, Ricciardi, Status. *Genealogia di un concetto giuridico*, Milano, 2008.

[20] Corte eur. dir. uomo, sez. I, 11 maggio 2021, n. 44166; Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 77587, entrambe con riferimento allo *status* di vittima; Corte eur. dir. uomo, sez. II, 1 settembre 2015, n. 6483, con riferimento allo *status* di migrante clandestino, tanto per fare alcune esemplificazioni.

[21] E. D'Alessandro, *Revocazione per contrarietà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 480 ss.

Troppo audace sarebbe, inoltre, tentare di interpretare "atecnicamente" la nozione di "diritti di stato delle persone" come "diritto attinente alla sfera personale del soggetto", idonea a comprendere, dunque, anche il diritto di proprietà, di cui è competente la Corte Edu.

Si veda, a tal proposito, l'art. 1, rubricato *Protezione della proprietà*, del Protocollo addizionale alla Convenzione Edu, firmato a Parigi, il 20 marzo 1952, in base al quale "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

In tal modo, si potrebbero ipotizzare conflitti, sul piano circolatorio dei diritti reali, in ambito, ad esempio, di espropriazione per pubblica utilità o di accessione invertita tramite occupazione acquisitiva, su cui, come noto, la giurisprudenza della Corte Edu è copiosa[22].

Ma, lo si ripete, non può essere questa la soluzione applicativa percorribile.

6. *Conclusioni*

Se quanto precede si dovesse condividere, l'esito applicativo dell'art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* c.c., sarà destinato a rimanere lettera morta, perché non esistono casi di trascrizione di sentenze relative ad uno *status*.

Si potrebbe pensare alla sentenza di divorzio con cui il giudice assegna la casa familiare al genitore collocatario della prole (ove il provvedimento di assegnazione è trascrivibile *ex* art. 337 *sexies* c.c.)[23]: nel caso, davvero raro, in cui il suo contenuto sia dichiarato dalla Corte Edu contrario alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la sentenza potrà ipoteticamente essere oggetto di domanda revocazione, trascrivibile *ex* art. 2652, comma 1, n. 9-*bis* c.c. Ma lo sforzo interpretativo sarebbe vano perché, a tacer d'altro, è evidente che l'assegnazione non incide direttamente sullo *status* personale e la sentenza di divorzio passata in giudicato non è trascrivibile.

Vano, altresì, sarebbe il tentativo di riferirsi a sentenze di mero accertamento soggette a trascrizione, come, ad esempio, quelle di cui all'art. 2648, comma 3, c.c., perché in tal caso dovrebbe, a tacer d'altro, ipotizzarsi la trascrizione della sentenza contro chi ha accettato tacitamente l'eredità.

---

[22] Corte eur. dir. uomo, sez. II, 30 maggio 2000, n. 31524; Corte eur. dir. uomo, sez. II, 25 settembre 2014 n. 997, nel senso però dell'illegittimità dell'occupazione acquisitiva.

[23] In generale, v. Carapezza Figlia - de Verda y Beamonte - Frezza - Virgadamo (a cura di), *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, Napoli, 2016; Dell'Anna Misurale, *La casa nelle vicende familiari*, Napoli, 2018; R. Marini, *Il diritto all'abitazione nei rapporti familiari*, Napoli, 2012; Franco, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, Napoli, 2016; C. Irti, *Affidamento condiviso e casa familiare*, Napoli, 2010; Cubeddu, *La casa familiare*, Milano, 2005; Frezza, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004. Sul tema v., anche, la *Proposta di legge per la riforma della disciplina della casa familiare* ex *artt. 337* sexies*, comma 1, arte prima, c.c. e 6, comma 6, l. n. 898 del 1970*, elaborata dalla Commissione di studio «Diritto di famiglia» della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.), in Annali Sisdic, n. 6/2021, 43 ss.

Anche la revocazione afferente allo *status* di figlio (disconoscimento e riconoscimento) si scontra con la necessaria trascrizione della sentenza di accertamento e, a tutto concedere, incide indirettamente sulla qualità (e non sullo *status*) di erede e, dunque, sulla successione ereditaria.

A meno che l'intera vicenda vada letta con occhi diversi, ci sembra di dover concludere con un'affermazione alquanto amara: la norma palesa, in concreto, tutta la sua illogicità e, dunque, sarà destinata ad essere disapplicata.

ARIANNA FUSARO

IL CONTRATTO DELLA PERSONA VULNERABILE NELLA PROSPETTIVA DEI RIMEDI*

SOMMARIO: 1. Vulnerabilità della persona e forme sottili di condizionamento del volere. – 2. Le difficoltà di inquadramento nel sistema delle invalidità contrattuali. – 2.1. Vulnerabilità della persona e minacce velate. – 2.2. I comportamenti maliziosi verso il contraente vulnerabile. – 3. L'incapacità di cui all'art. 428 c.c. negli orientamenti della giurisprudenza. – 4. Circonvenzione di incapace e nullità del contratto? Il rapporto tra art. 428 c.c. e art. 643 c.p. – 5. Per una diversa lettura: la capacità naturale come dimensione sensibile alle relazioni. – 6. Le incapacità della persona e la necessità di superare i modelli. – 7. Il "pregiudizio" quale presupposto per l'annullabilità del contratto ex art. 428 c.c. – 8. Una breve conclusione: la persona e le sfumature dell'individualità.

1. *Vulnerabilità della persona e forme sottili di condizionamento del volere*

Il tema della vulnerabilità, dapprima analizzato nei settori prettamente filosofico e politico, è diventato centrale nelle riflessioni dei giuristi. Un tema che viene declinato nei suoi molteplici saperi (il diritto costituzionale, il diritto internazionale, il diritto privato), ma che viene indagato anche nei suoi rapporti con le categorie (la soggettività, l'eguaglianza, la capacità)[1].

La prospettiva che qui si vuole adottare è quella che parte da una constatazione piuttosto banale. E cioè che la *vulnerabilità* della persona si pone in rapporto di connessione biunivoca con le *relazioni*. Maggiore è la vulnerabilità della persona e minore deve essere la «forza» della persuasione, del condizionamento, del raggiro malizioso: la persona molto vulnerabile si persuaderà facilmente all'agire, spesso perché ciò le consente di mantenere intatti i termini di una relazione che considera essenziale, al contrario di ciò che accade quando la persona sia meno vulnerabile, meno "esposta" alle relazioni.

La vulnerabilità indica infatti quella carenza di difesa, quella debolezza che nasce dalla persona di soddisfare dei bisogni, vuoi nella relazione con l'ambiente esterno, vuoi nelle relazioni sociali o affettive[2]: una «condizione che appartiene a tutti i viventi, se-

* Il contributo costituisce prodotto della ricerca condotta nell'ambito del programma di ricerca *Age-it, Ageing well in an ageing society*, Spoke 5, *Care sustainability in an ageing society*, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

[1] È interessante notare che le parole (e i concetti) «vulnerabilità» e «vulnerabile» hanno assunto un'importanza crescente nella pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo, sebbene il termine non compaia nella Convenzione Edu: le sentenze che contengono i lemmi (o i similari termini in inglese e francese) erano 7 nel 2000, 16 nel 2004, 42 nel 2008, 70 nel 2018 (il 7,6% delle sentenze totali dell'anno) (così DICIOTTI, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars Interpretandi*, 2018, 2, 13 s.). Peraltro i significati con cui la parola viene utilizzata sono molteplici e dipendono in buona misura dal contesto: la Corte ha per esempio definito vulnerabile la donna nel *milieu* sociale del sud-est della Turchia e la persona affetta da HIV nel contesto russo, ma probabilmente non perverrebbe ad analoga definizione qualora la persona fosse inserita in altri tipi di società (CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*, 40-41).

[2] MAILLARD, *La vulnérabilité. Une nuovelle catégorie morale?,* Labor et Fides, 2011, 196 ss.

gnata, a seconda delle situazioni, da gradi diversi di debolezza, dipendenza, mancanza di protezione»[3]. Una dimensione che appartiene *naturalmente* alla persona umana. La persona è infatti *vulnerabile* per definizione, in quanto essere umano[4]. Nella sua materialità, perché esposta al passare del tempo e alle vicissitudini legate alle sofferenze fisiche e psichiche dell'esistenza[5]. Ma anche nella relazione con gli altri [6], perché è attraverso le relazioni interpersonali che l'uomo soddisfa i suoi bisogni, specie i bisogni più squisitamente relazionali come quelli affettivi[7], rispetto ai quali la ferita è più intima e dolorosa[8].

In questo senso la vulnerabilità della persona – è di immediata evidenza da quanto molto sommariamente esposto – può avere enorme rilevanza nella categoria degli atti di diritto privato, che si sviluppano sul piano delle relazioni individuali, perché la vulnerabilità incide sugli elementi base dell'atto: la capacità, la volontà, l'autonomia.

Ed infatti da diverso tempo sta emergendo il tema della validità di atti di natura patrimoniale o personale in cui si palesa la combinazione di due elementi: da un lato una situazione di debolezza o fragilità, che può essere determinata dalla malattia, dalla vecchiaia, da una maturità non completamente acquisita o da una situazione di difficoltà contingente; dall'altro un rapporto di dipendenza, timore, soggezione che condiziona e permea la volontà della persona fragile. È il caso dell'anziano vittima di demenza senile che dona tutti i suoi beni a colui che lo assiste nella fase della vecchiaia; della persona gravemente malata che redige testamento su indicazione di colui che lo assiste materialmente nella fase terminale dell'esistenza; del lavoratore che in un momento di fragilità personale e confusione personale recede dal contratto di lavoro sotto le continue pressioni del datore di lavoro; della donna che vende i suoi beni a prezzo irrisorio perché a ciò indotta da un rapporto di sudditanza psicologica nei confronti del marito.

Le ragioni di un interesse tanto crescente sono da rinvenirsi nella sempre maggiore quantità di casi che si registra in giurisprudenza. Complice da un lato il progressivo in-

---

[3] Gensabella Furnari, *Vulnerabilità e cura. Bioetica ed esperienza del limite*, Rubbettino Editore, 2008, 46. Per un maggiore approfondimento sui significati e sull'utilizzo del termine vulnerabilità Maragno, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di Giolo e Pastore, Carocci, 2018, 13 ss.

[4] "*None of us is invincible; all of us are vulnerable, in similar ways at the beginning of our lives and later in different ways at different times in different circumstances*". Hoffmaster, *What Does Vulnerability Mean?*, Hastings Center Report 36, no. 2 (2006), p. 43.

[5] La vulnerabilità si pone, infatti, come tratto peculiare, essenziale dell'essere umano e, insieme, come condizione accidentale, variabile, in quanto legata ai momenti della vita individuale e alle diverse modalità in cui si articolano le relazioni intersoggettive» (Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di Giolo e Pastore, Carocci, 2015, 135).

[6] Lévinas, *Altrimenti che essere o all'al di là dell'essenza*, trad. it. di S. Petrosino e M.T. Aiello, Jaca Book, 1983, 93. «Mentre fragile "aggettiva" l'umano il cui prezioso può essere franto, la vulnerabilità e il vulnerabile non necessariamente parlano di una ferita ma piuttosto esprimono una condizione umana di esposizione alla ferita» (Canullo, *Fragilità e vulnerabilità dell'umano*, in *La struttura dei legami. Forme e luoghi della relazione*, a cura di Sandonà, in *Anthropologica*, 2010, 50).

[7] Maillard, *La vulnérabilité. Une nuovelle catégorie morale?*, cit., 65 s., 199.

[8] Una recente indagine distingue la vulnerabilità avente un'origine naturale, nella quale vengono inclusi i minori, gli anziani, le donne, i disabili, gli omosessuali, da una vulnerabilità sociale, che comprende i poveri, i consumatori particolarmente indifesi, i lavoratori vessati, gli immigrati, ecc. Con l'avvertenza si tratta sempre di un fenomeno sociale: «le situazioni di fragilità umana che hanno origine nella natura non si trasformerebbero in vulnerabilità *sociale* se, il dato naturale, che in sé stesso potrebbe anche non essere un attentato al benessere, non divenisse socialmente occasione per poter tenere il passo degli altri, o peggio per esserne feriti, discriminati, emarginati» (Gentili, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 42). In argomento cfr. anche Battelli, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 939 ss.

vecchiamento della popolazione e con esso nuove forme di fragilità, dall'altro un sistema di protezione della persona debole che con la l. 6/2004 ha inteso preservare il maggior spazio possibile alla capacità di agire. Una legge, quella che ha introdotto l'amministrazione di sostegno e ha confinato ai margini del sistema gli strumenti dell'interdizione e dell'inabilitazione, la quale – sia detto con chiarezza – ha segnato una tappa fondamentale verso la piena valorizzazione della persona (anche nelle sue fragilità) e la cui *ratio* permea oggi tutto il sistema delle incapacità.

2. *Le difficoltà di inquadramento nel sistema delle invalidità negoziali*

Con riferimento alla manifestazione di volontà contrattuale, tema al quale è limitato il presente scritto, la questione è se nel contratto concluso dalla persona *vulnerabile* sul cui volere abbiano inciso *meccanismi di condizionamento*, *pressioni maliziose*, *relazioni totalizzanti*, *dipendenze* in genere o altre *forme di manipolazione del volere* possano rinvenirsi gli estremi dell'annullabilità per vizi del volere ovvero se vi siano margini per l'applicazione dell'art. 428 c.c.

Ciò induce da un lato a verificare fino a che punto la violenza morale e il dolo contrattuale siano passibili di una interpretazione tanto plastica da risultare applicabili a quelle forme più sfumate di minaccia o raggiro (come i suggerimenti, le "mezze" parole, le suggestioni) che possono indurre facilmente una persona vulnerabile al consenso contrattuale. D'altro a chiedersi se uno stato di vulnerabilità che non raggiunga la soglia della incapacità di intendere e volere, sul quale insistano meccanismi sottili di manipolazione della volontà (non integranti vero e proprio "raggiro") o forme velate di condizionamento del volere (che non costituiscono vera "minaccia") possano incidere sulla sfera dell'intelletto e della volontà al punto da determinarne l'incapacità di cui all'art. 428.

Non sfugge già in prima battuta che spesso nessuna delle due ipotesi normative, quella del vizio e quella dell'incapacità naturale, risultano idonee a disciplinare le fattispecie di cui ci si occupa, la cui peculiarità sta proprio nel porsi a metà strada tra il vizio e l'incapacità, senza occupare pienamente né l'una né l'altra figura giuridica. Ed in ciò risiede la difficoltà di inquadrare giuridicamente queste situazioni grigie, che non rispondono pienamente alla logica che permea il sistema. A meno di non voler ridisegnare il perimetro di alcune categorie.

2.1. *Vulnerabilità della persona e minacce velate.*

– La possibilità di includere i casi descritti nella disciplina sui vizi del volere incontra immediatamente le strettoie poste dal codice a tutela dell'affidamento e della certezza degli atti giuridici.

Con riferimento alla violenza morale, l'operare del rimedio richiede un comportamento esterno integrante gli estremi della minaccia (*vis animo illata*), e più precisamente di una minaccia avente i caratteri descritti dall'art. 1435 c.c., con il limite espressamente individuato all'art. 1437, per cui «il solo timore riverenziale non è causa di annullamento del contratto».

Lo stato della persona assume rilievo limitatamente a quanto previsto all'art. 1435, che contiene un esplicito riferimento «all'età, al sesso e alla condizione delle persone» quale metro attraverso il quale valutare l'idoneità della minaccia ad incidere sulla volontà del soggetto. Si tratta, come la dottrina ha sottolineato, di un criterio «oggettivo

ponderato»[9]: ad un approccio di carattere oggettivo, la norma affianca dei «criteri soggettivizzanti»[10], per cui si tiene conto non tanto delle reazioni concrete che una determinata minaccia avrebbe potuto determinare sulla persona, ma di quelle «che era atta a suscitare in una persona normale, che si fosse trovata peraltro nelle stesse condizioni della vittima»[11]. In tal modo è rilevante il fatto che la minaccia sia rivolta ad un ventenne piuttosto che a un'ottantenne[12]; ad una donna piuttosto che ad un uomo (con la limitata rilevanza che una differenza di genere può concretamente avere sulla credibilità della minaccia)[13]; ad un analfabeta, un malato, un soggetto facilmente suggestionabile piuttosto che ad uno stimato professionista, una persona sana, una persona equilibrata e razionale[14]. In questo modo il riferimento contenuto all'art. 1435 introduce una variabile di natura soggettiva nella valutazione del vizio della volontà[15], per quanto si tratti di un criterio che «*deve conservare un asse di oggettività*, pena dissolvere il parametro della "persona sensata"»[16].

È certo inoltre che nel dispiegarsi delle figure che vanno dal timore reverenziale alla violenza morale si delinea una molteplicità di stati intermedi che rende talvolta complesso stabilire se si sia in presenza di una vera minaccia o se si ricada in una situazione di mera determinazione volitiva interna[17]. Non va dimenticato infatti che la minaccia può essere indiretta, indeterminata, simbolica, operata tramite intermediari[18],

---

[9] Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1962, 166. Si tratta peraltro di una formula intermedia tra quella accolta nel diritto romano, del *constantissimus vir*, e quella del *vir constans* propria del diritto canonico (Trabucchi, voce «Violenza (vizio della volontà) (dir. vig.)», nel *Noviss. dig. it.*, XX, Utet, 1975, 946).

[10] Roppo, *Il contratto*, 2a ed., nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, 775.

[11] Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 166.

[12] Minervini, *Esiste la categoria giuridica degli anziani? (a proposito di violenza morale ed età)*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 319.

[13] Sul punto cfr. le interessanti osservazioni di Basini, «Matern aller Arten», o sia sulla impressionabilità del bel sesso, e sull'art. 1435 c.c., in *Obbl. contr.*, 2007, p. 104 ss., il quale si chiede se l'art. 1435, nella parte in cui presuppone una maggiore impressionabilità della donna rispetto agli uomini, possa reputarsi costituzionalmente legittima. Critico sul riferimento al sesso del minacciato è anche Cicero, *La dicotomia minaccia-timore nell'atto giuridico*, Esi, 2009, 42.

[14] Roppo, *Il contratto*, cit., 775. L'inciso infatti non sembra riferirsi soltanto alla condizione di salute della vittima, ma anche ad ogni circostanza di fatto idonea a rendere maggiormente impressionabile una persona e a farle apparire più grave il male minacciato (Cicero, *La dicotomia minaccia-timore nell'atto giuridico*, cit., 43).

[15] Roppo, *Il contratto*, cit., 775. Così il legislatore ha scelto di non tenere conto della particolare pavidità del destinatario della minaccia, né ha fissato un concetto di normalità del tutto aprioristico e astratto. Ha però individuato alcune condizioni soggettive rilevanti nel verificare la capacità della minaccia di influire sulla volontà, in modo da adattare il concetto di «persona sensata» alle specifiche circostanze del caso (G. D'Amico, voce «Violenza (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XLVI, Milano, 1993, 868 ss.).

[16] Roppo, *Il contratto*, cit., 775 (corsivo dell'autore). Osserva l'a. che il criterio della «condizione delle persone» può aprire «orizzonti immensi alla soggettivazione del giudizio»; tuttavia, una apertura incondizionata a tale criterio porterebbe al totale dissolvimento del parametro della «persona sensata», per cui occorre pur sempre che venga mantenuto, pur nel riferimento all'età, al sesso e alla condizione delle persone rimanga fermo il riferimento a quest'ultimo parametro (e dunque occorre riferirsi al vecchio sensato, alla donna sensata, e via dicendo). In senso analogo Lobuono, *I vizi della volontà*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, *Il contratto in generale*, II, Giuffrè, 2009, 1093, secondo il quale il ricorso ai parametri soggettivi non consente «di entrare nel merito della particolare situazione in cui versava la vittima della minaccia; in sostanza, la verifica delle circostanze indicate dal legislatore non può determinare una completa soggettivazione dell'analisi».

[17] G. D'Amico, voce «Violenza (dir. priv.)», cit., 865.

[18] Se è di fatto possibile che la minaccia si traduca "nelle classiche "mezze parole" o "mezze frasi", ovvero in allusioni, o magari persino in semplici atteggiamenti o comportamenti che – secondo un "codice" riconoscibile o comunque in base alle circostanze (oggettive o soggettive) che definiscono il contesto – possano ragionevolmente vedersi assegnati certi significati; altra e ben diversa cosa è

e che una serie di atteggiamenti della controparte possono influenzare la volontà del contraente, di modo che spesso una distinzione tra violenza morale e *metus ab intrinseco* richiede un'analisi concreta del singolo caso[19].

Esistono certamente situazioni di confine tra il timore che dipende da una minaccia e il timore quale condizione psicologica non indotta dall'uso di una *vis* da parte di altri. Basti pensare che talune condizioni «ambientali» – come un clima di intimidazione mafiosa[20] oppure la presenza di un regime politico autoritario[21] – possono influenzare la volontà molto più di una vera minaccia[22]. Allo stesso modo, quando il soggetto vulnerabile si trovi ad esprimere la volontà in virtù di un rapporto totalizzante ed esclusivo nei confronti di un altro soggetto, la sua volontà può essere influenzata ed addirittura assorbita nell'ambito di tale rapporto, senza che debba attuarsi a tal fine una specifica minaccia.

Ma per quanto si possa dilatare e contestualizzare la nozione di minaccia, rimane la necessità, assunta come pre-condizione per l'applicazione del rimedio, che al timore – in quanto condizione psicologica del contraente – si associ una minaccia qualificabile come tale, ossia un «fatto commissivo o una coazione estrinseca al minacciato»[23]. Elemento quest'ultimo non facile da rinvenire in molte delle ipotesi in cui la volontà della persona sia condizionata da elementi esterni integranti forme sottili di condizionamento del volere, perché l'idoneità del fare pseudo-minaccioso ad estorcere il consenso affonda le sue radici nella particolare situazione di fragilità in cui versa la persona che subisce il comportamento.

2.2. *I comportamenti maliziosi verso il contraente vulnerabile.* – Non dissimili le conclusioni per quanto riguarda il dolo.

E questo non tanto perché la condizione soggettiva della vittima risulti irrilevante al fine di determinare l'idoneità del raggiro ad incidere sulla volontà altrui: elementi quali l'età o lo stato di salute assumono certamente rilievo nella valutazione della incidenza del raggiro sulla volontà[24]; ma quanto perché l'operare del dolo quale vizio del consenso presuppone un comportamento attivo volto ad ingannare l'altro contraente, al fine di recargli danno (*animus nocendi*) o di indurlo in errore (*animus decipiendi*)[25]. Dunque, «un'attività ingannatoria (elemento obiettivo dell'inganno) deliberatamente diretta allo scopo di de-

affermare che da questo elemento della minaccia si possa prescindere" (G. D'Amico, «Violenza (dir. priv.)», cit., 865).

[19] Del Prato, *Le annullabilità*, in *Rimedi-1*, a cura di Gentili, nel *Tratt. Roppo,* Giuffrè, 2006, 297 s.

[20] Il caso più noto in tema di violenza mafiosa è Trib. Palermo, 7 marzo 1972, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 986 ed *ivi* la nota adesiva di Mazzarese, *Violenza mafiosa, violenza politica e violenza morale.*

[21] Dottrina e giurisprudenza hanno individuato una specifica figura di *violenza politica* per le ipotesi di contratti conclusi per il timore di subire conseguenze negative dalla presenza sul territorio del regime fascista (sul tema R. Scognamiglio, *Note in tema di violenza morale*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 386 ss.; in giurisprudenza Cass., 15 febbraio 1950, n. 376, in *Foro pad.*, 1950, I, 1146). Peraltro la risposta non è univoca. In un altro caso (Cass., 21 marzo 1963, n. 697, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 858), la Suprema Corte ha precisato che la paura dipendente da uno stato oggettivo esterno (come può essere il caso del clima creatosi nel periodo del regime fascista) non può «essere invalidante di un negozio giuridico, occorrendo, invece, a tal fine che il timore provenga dall'esterno».

[22] Del Prato, *Le annullabilità*, cit., 298.

[23] Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, nel *Tratt. dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Utet, 1999, 1389.

[24] Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, 1937, 522.

[25] Funaioli, voce «Dolo (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, XIII, Giuffrè, 1964, 740.

terminare il consenso altrui (elemento subiettivo del dolo)»[26], che viene considerata «da un punto di vista etico come socialmente riprovevole»[27].

È vero che anche in questo caso i contorni della figura sono più sfumati di quanto possa risultare ad una prima e più tradizionale lettura.

Innanzitutto, occorre considerare che, mentre in passato si riteneva che ad integrare gli estremi del dolo fosse solo il comportamento idoneo ad ingannare una *persona di normale avvedutezza*, col tempo la dottrina sembra aver parzialmente abbandonato tale interpretazione. Si tratta infatti di leggere la disciplina del dolo in maniera combinata con le regole sull'errore[28]: se il codice non contempla la scusabilità quale presupposto per l'annullabilità del contratto per errore, allora la scusabilità non dovrebbe essere rilevante nemmeno in materia di raggiro: «non si vede perché dovrebbe ricevere tutela chi cade spontaneamente in errore per propria deficienza, e non riceverla chi per propria deficienza cade nell'inganno altrui»[29]. Inoltre, in relazione ai principi di correttezza che presiedono la formazione del contratto, si è proposto di dare rilievo anche al comportamento di colui che specula sulla debolezza altrui: se da un punto di vista storico si assiste alla progressiva affermazione di obblighi di comportamento tra le parti la cui violazione determina responsabilità, non soltanto per la progressiva valorizzazione dell'art. 1337, ma anche in virtù di una serie di norme a tutela del consumatore[30], allora deve essere attribuita rilevanza anche al raggiro meramente colposo[31]. Altrimenti, si perverrebbe alla conclusione di prediligere la posizione del soggetto che abbia agito con colpa piuttosto che quella della vittima del raggiro[32], mentre il sistema manifesta oggi una «*generale tendenza ad ampliare la tutela contro l'abuso e l'inganno*»[33].

La dottrina sembra dunque propendere oggi per una lettura dell'art. 1439 maggiormente attenta alla posizione della vittima: non si tratta tanto di guardare alla specifica intenzione del *deceptor* di ingannare la controparte, quanto di verificare quale sarebbe stata la volontà del *deceptor* in assenza del raggiro. Perché se lo scopo della norma è quello di tutelare la volontà dell'agente, allora il criterio da assumere come parametro di riferimento non è quello dell'intenzionalità della condotta, criterio peraltro maggior-

---

[26] Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., 491.

[27] Funaioli, voce «Dolo (dir. civ.)», cit., p. 740.

[28] Esiste un evidente punto di contatto tra le figure giuridiche del dolo e dell'errore, perché di fatto il raggiro rende giuridicamente rilevante anche quel tipo di errore che non sia compreso nella disciplina del codice, ma al quale il contraente sia indotto in virtù del raggiro di cui sia rimasto vittima, come l'errore sul valore o l'errore sui motivi. Vi è alla base una ragione abbastanza ovvia: è la riprovazione nei confronti del comportamento del *deceptor* a rendere rilevanti per il diritto anche ipotesi di errore che non invece non cadono nella disciplina degli artt. 1429 ss. laddove si pone l'esigenza di tutelare la parte che riceve la dichiarazione (Funaioli, voce «Dolo (dir. civ.)», cit., 740; Del Prato, *Le annullabilità*, cit., 267; C.M. Bianca, *Il contratto*, *Diritto civile*, *3*, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, 664 s.; Franzoni, *Un vizio del consenso: il dolo*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, *2. Obbligazioni e contratti*, Giuffrè, 1998, 320 s.).

[29] Roppo, *Il contratto*, cit., 767. Cfr. anche Gallo, *I vizi del consenso*, nel *Trattato dei Contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, Utet, 1999, 468 s.

[30] Lobuono, *I vizi della volontà*, cit., 1084 s.

[31] Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, nel *Tratt. Sacco*, Utet, 2004, 537 ss. In senso contrario sembra orientarsi Franzoni, *Un vizio del consenso: il dolo*, cit., 350 ss., per il quale, in assenza della intenzionalità della condotta, mancherebbe il presupposto del dolo e dunque il contratto resterebbe valido, ma la vittima potrebbe chiedere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c. e l'autore del raggiro colposo dovrebbe rispondere del danno «per aver compromesso il traffico giuridico, ledendo la libertà contrattuale altrui» (*ivi*, 352). In questo senso anche Del Prato, *Le annullabilità*, cit., 270 s. *Contra*, Cavallo Borgia, *Dell'annullabilità del contratto*, *Art. 1437 c.c.*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1998, 444 ss.

[32] Sacco, in Sacco - De Nova, *Il contratto*, cit., 538.

[33] Roppo, *Il contratto*, cit., 767 (corsivo nel testo).

mente in linea con un intento punitivo estraneo alla disciplina dei vizi della volontà, quanto la volontà della vittima: il fatto che il contratto sia estraneo alla reale intenzione del *deceptor* «è in realtà l'unico fondamento giustificativo della classificazione del dolo come vizio del volere e della comminatoria di una sanzione invalidante»[34].

In questo senso si deve leggere anche l'evoluzione avvenuta intorno al concetto di *dolus bonus*. Mentre in passato si tendeva ad escludere dalla nozione di dolo quell'insieme di astuzie e furberie volte all'esaltazione della qualità della propria prestazione[35], con il tempo, anche in ragione di un'acquisita consapevolezza circa la necessità di proteggere il consumatore di fronte a forme di pubblicità poco obiettive e degli interventi legislativi che ne ha fatto seguito, si è assistito ad un decisa contrazione dello spazio riservato ai raggiri integranti il c.d. *dolus bonus*[36], fino a negare *in toto* le ragioni che tradizionalmente ne limitavano la rilevanza ai fini dell'applicabilità del rimedio invalidante[37].

In particolare, ai fini che qui maggiormente interessano, a subire una rilettura è la tradizionale formula secondo cui l'idoneità del raggiro ad alterare l'altrui volontà deve essere parametrata ad una persona di normale avvedutezza, ossia l'idea per cui l'inganno che può facilmente essere percepito con la media diligenza e con l'ordinario buon senso può al limite rientrare in quella tipologia di raggiri irrilevanti al fine dell'operare della patologia contrattuale (la sfera del *dolus bonus* appunto), ma non porsi quale causa di annullabilità del contratto. Questa concezione subisce un decisivo superamento nel momento in cui l'accento sull'operare del dolo quale vizio del consenso si sposta, come detto, dalla sanzione verso una condotta intenzionale alla valorizzazione dell'elemento volitivo in capo alla vittima: non si tratta tanto di punire il soggetto che abbia tenuto un comportamento riprovevole, quanto di stabilire se la vittima, in assenza del raggiro, avrebbe assunto una decisione diversa.

Secondo questa prospettiva, dunque, il parametro del contraente «*di normale avvedutezza*» diventa inidoneo alla *ratio* della regola in materia di dolo: «se ciò che si vuole tutelare è l'intenzione soggettiva reale non ha senso guardare ad uno *standard*, come è invece normale nella repressione di comportamenti illeciti»[38]. Dunque si tratta di guardare alle «condizioni soggettive del *deceptus*»[39], al fine di stabilire se «il destinatario, quale che sia il grado della sua accortezza, risulti concretamente ingannato»[40].

E anche se la giurisprudenza sembra ancora in buona misura legata ai tradizionali concetti che ruotano intorno al dolo-vizio del consenso, come il criterio della «media avvedutezza» o l'irrilevanza del *dolus bonus*[41], non sfugge come la dottrina sia oggi ten-

---

[34] Gentili, voce «Dolo, I, Diritto civile», in *Enc. giur. Treccani*, XII, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, *ad vocem*, 4.

[35] «La irrilevanza come fonte di annullamento del *dolus bonus*, intesa in tal senso, risponde al costume commerciale, in cui, se è vero che il venditore cerca in diverse maniere di attirare i compratori, è anche vero che molti compratori non credono di aver comprato bene, se non pensano in qualche modo di avere imbrogliato il mercante. Le ragioni per cui tali accorgimenti, anche se hanno influito a determinare il consenso, non producono effetto sulla validità del negozio sono queste: che essi devono essere facilmente scopribili, e quindi il loro effetto evitabile, e che nel nostro costume sono reciprocamente (*invicem*) tollerati» (Trabucchi, voce «Dolo (dir. civ.)», cit., 151).

[36] Lobuono, *I vizi della volontà*, cit., 1084 ss.

[37] Roppo, *Il contratto*, cit., 767 s.

[38] Gentili, voce «Dolo, I, Diritto civile», cit., 3.

[39] Del Prato, *Le annullabilità*, cit., 269.

[40] Roppo, *Il contratto*, cit., 767 s.

[41] Cass., 1° aprile 1996, n. 3001, in *Vita not.*, 1996, 848; Cass., 25 maggio 2006, n. 12424, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1446; Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.*, 1994, I, 423; Cass., 12 gennaio 1991, n. 257, in *Mass. Giust. civ.*, 1991.

denzialmente orientata verso una lettura del raggiro che tenga conto anche delle condizioni soggettive della vittima[42].

In quest'ottica, nella valutazione circa l'idoneità dell'inganno a determinare il consenso contrattuale, ben potrebbe trovare uno spazio anche la particolare vulnerabilità della vittima, sia essa determinata dall'età, dalle condizioni di salute o dalla situazione in cui la stessa si trovi in un dato momento. Appare del resto in sintonia con un'esigenza di protezione della volontà che venga attribuito il giusto rilievo alla situazione di debolezza in cui versi la vittima del raggiro. Altrimenti si perverrebbe alla contraddittoria soluzione di proteggere la parte che abbia sfruttato la debolezza della controparte[43].

Rimarrebbe tuttavia il problema di verificare quale debba essere il comportamento del *deceptor* affinché sia in concreto applicabile la disciplina prevista dal codice. Così come è discusso se il dolo omissivo, cioè la condotta di colui che omette di informare la controparte su elementi determinanti per il consenso, sia equiparabile nella sostanza al dolo commissivo[44], a maggior ragione occorre domandarsi fino a che punto i comportamenti ingannatori che siano soltanto «velati» e che possono essere in buona misura determinati dalla particolare posizione in cui viene a trovarsi il soggetto «forte» rispetto al contraente vulnerabile, possono rientrare nella nozione di «raggiri» di cui all'art. 1439. Perché la relazione che pre-esiste alla manifestazione del consenso contrattuale non indica in genere che attraverso questa relazione si sia perpetrata un'attività ingannatoria di una parte sull'altra.

Non sono molte le ipotesi in cui può trovare spazio nel vizio della volontà un comportamento passivo di colui che carpisce il consenso altrui, perché «l'atteggiamento inerte è di per sé inidoneo a trarre in inganno»[45]. A meno che tale atteggiamento si inserisca «in un complesso comportamento adeguatamente preordinato al fine dell'inganno»[46], in cui una serie di malizie o astuzie sono utilizzate nell'ambito di un rapporto non egualitario tra le parti contraenti.

3. *L'incapacità di cui all'art. 428 c.c. negli orientamenti della giurisprudenza*

Le difficoltà applicative che si sono viste rispetto ai vizi del volere si propongono anche con riferimento all'incapacità di intendere e volere di cui all'art. 428.

Una nozione quest'ultima che in ambito contrattuale assume una connotazione non perfettamente coincidente con quella adottata per altri tipi di atti: come sul piano normativo «l'(in)capacità naturale si colloca a diversi livelli d'incidenza, dando luogo ad un'eterogeneità di situazioni»[47] – l'art. 120 per il matrimonio, l'art. 591, c. 3 per il testa-

[42] Sul punto cfr. però VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam, 1972, 136 ss., la quale sottolinea come il criterio della media diligenza utilizzato nelle massime giurisprudenziali sia in realtà utilizzato come principio base, salvo poi essere precisato tenendo conto delle condizioni soggettive della vittima. Si tratta peraltro, secondo l'a. di un procedimento del tutto logico: «è necessario stabilire in primo luogo se nella normalità dei casi un soggetto di media diligenza avrebbe fatto quegli accertamenti che potevano impedirgli di cadere in errore, ma bisogna anche controllare se per avventura il soggetto in concreto si trovava nelle condizioni di potere espletare questi accertamenti» (*ivi*, 139).

[43] SACCO, *Il contratto*, cit., 555, secondo il quale una tale soluzione non potrebbe mai conciliarsi con il principio di correttezza imposto alle parti nella fase delle trattative contrattuali.

[44] ROPPO, *Il contratto*, cit., 763 ss.; LOBUONO, *I vizi della volontà*, cit., 1086 ss.; CAVALLO BORGIA, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., 463 ss.; FRANZONI, *Un vizio del consenso: il dolo*, cit., 333 ss.

[45] C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., 665.

[46] *Ibidem*.

[47] P. STANZIONE, voce «Capacità, I) Diritto privato», in *Enc. giur. Treccani*, V, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, *ad vocem*, 12.

mento, l'art. 775 per le donazioni – anche nel diritto applicato i nostri giudici mostrano di avvalersi di definizioni discordanti a seconda della natura dell'atto.

Così in materia testamentaria la giurisprudenza utilizza un criterio molto rigoroso, che di fatto viene a coincidere con una situazione di totale mancanza di consapevolezza nei propri atti[48]. A questo elemento viene affiancato quello della incapacità di autodeterminarsi in maniera assoluta, per uno stato di infermità mentale permanente o anche solo transitorio. In sostanza, una formula che si avvicina a quella utilizzata con riferimento ai presupposti della pronuncia di interdizione[49], con la differenza che in quest'ultimo caso lo stato della persona deve avere il carattere della abitualità. E d'altro canto, la ragione del rigore sembra risiedere nella necessità di proteggere la volontà del testatore, che «data la natura dell'atto, non deve essere contemperata con altro interesse»[50].

Quando si tratti degli atti individuati dall'art. 428 la giurisprudenza si esprime in termini parzialmente divergenti. Si tratta, secondo principi ormai consolidati, di «uno stato psichico abnorme, pur se improvviso e transitorio e non dovuto a una tipica infermità mentale o a un vero e proprio processo patologico»[51], che però sia tale da abolire o diminuire notevolmente «le facoltà intellettive o volitive, in modo da impedire od ostacolare una seria valutazione degli atti stessi o la formazione di una volontà cosciente»[52]. Ciò significa che, accanto all'ipotesi in cui il soggetto appaia completamente privo della cognizione e della volontà dei propri atti, si colloca la situazione che «alteri gravemente, pur senza annientarle, le capacità intellettive e volitive del soggetto»[53]: in entrambi i casi si è di fronte ad una incapacità naturale tale da inficiare la validità dell'atto negoziale secondo la prospettiva dell'art. 428[54].

---

[48] Cass., 11 marzo 1995, n. 2865, in *Mass. Foro it.*, 1995.

[49] Peraltro, nel considerare gli effetti collegati alla pronuncia di interdizione, ci si avvede di come emerga sul piano legislativo – soprattutto prima delle modifiche introdotte con la l. 6/2014, una «nozione primitiva dell'infermità di mente: il legislatore sembra concepirla come omogenea, indistinta, estremizzata e tendenzialmente irreversibile» (Roma, *L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 999). Si domanda perché debba essere considerato incapace naturale soltanto colui la cui capacità sia «non scemata o diminuita, ma proprio azzerata». Benedetti, *La protezione del testatore (ir)ragionevole? Incapacità naturale e problemi di prova*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 754.

[50] Leccese, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Jovene, 1999, 133. Non mancano tuttavia opinioni critiche nei confronti del maggior rigore manifestato dalla giurisprudenza in materia testamentaria rispetto a quanto avviene con riferimento agli atti di cui all'art. 428. Si sottolinea in particolare che proprio con riguardo al testamento dovrebbe essere maggiormente avvertita l'esigenza di proteggere la persona, «dato che il testamento è atto che in considerazione della sua causa viene posto in essere per lo più in età avanzata» (Cinque, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità" senile*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 364) e che l'anzianità «si accompagna spesso a fragilità emotiva e a perdita di autonomia nel soddisfacimento delle proprie necessità quotidiane» (Ead., *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'*«ageing testator», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 1035). Sul problema della incapacità di intendere e di volere del testatore «vulnerabile» si veda anche Girolami, *I testamenti suggeriti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, in part. 568 ss. nonché, volendo, Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, 2019, 135 ss.

[51] Cass., 6 aprile 1987, n. 3321, in *Rep. Giust. civ.*, 1987, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 163.

[52] Cass., 6 aprile 1987, n. 3321, cit. Si legge in Cass., 30 maggio 2017, n. 13659: «non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente che esse siano menomate, sì da impedire comunque la formazione di una volontà cosciente; la prova di tale condizione non richiede la dimostrazione che il soggetto, al momento di compiere l'atto, versava in uno stato patologico tale da far venir meno, in modo totale e assoluto, le facoltà psichiche, essendo sufficiente accertare che queste erano perturbate al punto da impedirgli una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio e, quindi, il formarsi di una volontà cosciente» (in *Mass. Giust. civ.*, 2017).

[53] Roppo, *Il contratto*, cit., 724.

[54] Sul punto si è registrata una nota e rilevante opinione di segno contrario. A partire dalla constatazione per cui il consenso, quale elemento essenziale del negozio, deve essere costituito da un atto

La giurisprudenza aggiunge inoltre che la malattia, anche quando sia grave e provochi momenti di totale mancanza di lucidità, come nel caso dell'Alzheimer, non si traduce necessariamente nell'incapacità della persona: «è necessario che le facoltà intellettive o volitive del soggetto siano – a causa della malattia – perturbate al punto da impedirgli una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio, ciò che va provato in modo rigoroso e specifico»[55].

Per la verità, nel campo degli atti tra vivi di natura patrimoniale, a differenza di quanto avviene con riferimento al testamento, la giurisprudenza ha intrapreso nel corso degli anni un progressivo processo di allontanamento da talune rigidità definitorie.

Va ricordato, infatti che, a seguito dell'entrata in vigore del codice civile, che, innovando rispetto al passato[56], rappresenta l'incapacità di fatto quale possibile causa di annullabilità dell'atto, la giurisprudenza adotta un'interpretazione restrittiva dell'incapacità di intendere e volere, individuandone le caratteristiche in quello stato di infermità di mente che può porsi quale presupposto di una pronuncia di interdizione ai sensi dell'art. 414 c.c. In sostanza quella condizione che, per la sua gravità, sia tale da sopprimere completamente la capacità del soggetto di comprendere la natura dell'atto e di determinarsi con riferimento ai propri interessi, e sempre che si tratti di una condizione caratterizzata da abitualità.

In seguito, la giurisprudenza ha mitigato tale interpretazione, che «appariva censurabile sotto vari punti di vista e non ultimo aveva l'effetto di perpetuare, anche al di là del dato legislativo, l'antica egemonia dell'interdizione su tutta la materia»[57]. Per adottare un concetto più ampio di incapacità di fatto, non legato ad uno stato abituale

---

volontario, un autore ritiene che l'art. 428 riguardi «soltanto le perturbazioni psichiche che tolgono al soggetto (…) l'attitudine a conoscere il rapporto tra l'atto compiuto e la propria sfera di interessi» (V. Pietrobon, voce «Incapacità naturale», in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, *ad vocem*, 4), mentre non rientrano nella disposizione «le perturbazioni psichiche che tolgono al soggetto la capacità stessa di consentire, cioè di pronunciarsi sul piano giuridico» (*ibidem*). La posizione è però stata criticata sotto diversi punti di vista. In particolare è stato sottolineato come, a voler operare una distinzione tra le forme di incapacità naturale di cui all'art. 428 e i casi in cui manchi completamente la volontà di esprimere il consenso, la stessa soluzione dovrebbe essere riproposta anche con riferimento agli atti compiuti dall'interdetto, «con la conseguenza di scardinare almeno in parte il sistema positivo di protezione dei disabili psichici» (Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, nel *Trattato Rescigno*, Utet, 1997, 870; cfr. anche Maurini, *L'incapacità naturale*, Cedam, 2002, 20 ss.).

[55] Cass., 10 febbraio 1995, n. 1484, in *Foro it.*, 1995, I, 2499. L'accertamento in ordine alla incapacità di intendere e volere di un contraente è demandato al giudice di merito e non è censurabile in cassazione quando sia adeguatamente motivata (*ex multis* Cass., 8 giugno 2011, n. 12532; Cass., 26 febbraio 2009, n. 4677; Cass., 2 novembre 2004, n. 21050; Cass., 5 febbraio 2004, n. 2210; Cass., 15 gennaio 2004, n. 515; Cass., 14 maggio 2003, n. 7485).

[56] All'incapacità di intendere e volere non faceva infatti riferimento il codice del 1865, che si limitava a stabilire in quali casi fossero annullabili gli atti compiuti prima della pronuncia di interdizione (art. 366). Una specifica disposizione era invece prevista per il testamento. L'art. 763 stabiliva infatti che fossero incapaci di testare «quelli che, quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento».

In un quadro normativo del tutto carente rispetto a tale profilo, la dottrina antecedente al codice civile del 1942 riteneva che l'incapacità di intendere e volere dovesse porsi quale causa di nullità o addirittura di inesistenza dell'atto per mancanza di volontà: in sostanza, lo stato psicologico tale da rendere il consenso del soggetto soltanto apparente non deve nemmeno essere preso in considerazione dal legislatore, che giustamente non se ne occupa nel codice, in quanto si tratta di una evidente ipotesi di mancanza di consenso. La giurisprudenza si allineava a tale filone dottrinale (per riferimenti cfr. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Jovene, 1950, 36 ss.; Giorgianni, voce «Volontà (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XLVI, Giuffrè, 1993, 1047; Franzoni, *Dell'annullabilità del contratto*, nel *Commentario Schlesinger*, *sub* artt. 1425-1426, Giuffrè, 2005, 135 s.).

[57] Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, cit., 875.

della persona, ma, secondo il dato letterale dell'art. 428, ipotizzabile anche laddove la causa sia transitoria, dovuta ad una situazione del tutto contingente. E rinvenibile anche quando non ci si trovi in presenza di una alterazione della sfera intellettiva e volitiva tale da escludere in modo assoluto la capacità di agire in via autonoma: «non occorre la sussistenza di una malattia che escluda in modo totale ed assoluto le facoltà psichiche del soggetto contraente, ma è comunque necessario un perturbamento psichico, anche transitorio e non dipendente da una precisa forma patologia, tale da menomare gravemente, pur senza escluderle, le facoltà intellettive del soggetto medesimo, in modo da impedirgli o da ostacolargli una seria valutazione dei propri atti e la formazione di una cosciente volontà»[58].

Il che tuttavia non persuade completamente. Non fosse altro perché l'interpretazione accolta in punto di applicazione dell'art. 428 sembra creare problemi sistematici con la soluzione che invece viene adottata dalla giurisprudenza con riferimento al contratto concluso da persona vittima di circonvenzione di incapace. Questione sulla quale vale la pena soffermarsi.

4. *Circonvenzione di incapace e nullità del contratto? Il rapporto tra art. 428 c.c. e 643 c.p.*

Il criterio con cui la giurisprudenza applica l'art. 428, se pare rispondere ad una indubbia logica di equilibrio tra opposti interessi, finisce col determinare un effetto contraddittorio laddove nella fattispecie siano rinvenibili gli estremi applicativi dell'art. 643 c.p. In quest'ultimo caso, infatti, in base ad un indirizzo consolidato, ma criticato da buona parte della dottrina, il reato di circonvenzione di incapace determinerebbe sul piano civilistico la nullità virtuale del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.

La situazione di fragilità cui si riferisce l'art. 643 c.p. in rapporto all'incapacità di intendere e volere di cui all'art. 428 c.c. costituisce un primo snodo problematico della questione. La giurisprudenza si è da lungo tempo orientata verso una precisa distinzione tra lo stato di cui all'art. 643 e l'incapacità di intendere e volere rilevante sul piano civilistico: «mentre l'art. 428 richiede l'accertamento di una condizione espressamente qualificata di incapacità di intendere e di volere, ai fini dell'art. 643 c.p. è, invece, sufficiente che l'autore dell'atto versi in una situazione soggettiva di fragilità psichica derivante dall'età, dall'insorgenza o dall'aggravamento di una patologia neurologica o psichiatrica anche connesso a tali fattori o dovuta ad anomale dinamiche relazionali che consenta all'altrui opera di suggestione ed induzione di deprivare il personale potere di autodeterminazione, di critica e di giudizio»[59].

Proprio quest'ultimo profilo, ossia l'accertamento dello stato di cui all'art. 643 in connessione con l'induzione ad un determinato comportamento, costituisce, secondo la Corte di Cassazione, l'elemento di maggiore differenziazione tra le due fattispecie: mentre l'applicazione dell'art. 428 richiede che si determini «uno stato patologico psichico che non consente né di comprendere sul piano intellettivo e cognitivo la natura e gli effetti dell'atto che si compie né d'impegnare liberamente la volontà personale nel

[58] Cass., 13 novembre 1991, n. 12177, in *Foro it.*, 1992, I, 2, c. 2456. In senso analogo Cass., 8 giugno 2011, n. 12532, in *Mass. Giust. civ.*, 2011; Cass., 18 marzo 2018, n. 7292, in *Rep. Foro it., 2018*; Cass., 5 aprile 1991, n. 3569, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, 263.

[59] Cass., 20 marzo 2017, n. 7081, in *Contr.*, 2017, 655, con nota di Petti, *Circonvenzione d'incapace e nullità del contratto*.

regolamento d'interessi contenuto nell'atto predetto»[60], nella norma penale lo stato di fragilità è legato indissolubilmente all'induzione a compiere l'atto. L'accertamento della minore capacità del soggetto di autodeterminarsi non è, nella norma penale, «diretto alla verifica di un'integrale incapacità d'intendere e volere, o di una grave compromissione di tale capacità, ancorché non assoluta, come per la causa di annullamento del contratto prevista nell'art. 428 c.c.»[61], in quanto ai fini dell'applicazione dell'art. 643 c.p. è sufficiente «che il complessivo indebolimento psichico consenta l'esercizio della pressione e dell'induzione necessaria a far compiere l'atto dannoso per la propria sfera giuridico-patrimoniale al soggetto passivo»[62]. La Suprema Corte qualifica quest'ultimo fattore, che integra l'elemento materiale del reato al pari dello stato di deficienza od infermità psichica, nei termini di una «anomala dinamica relazionale»[63].

La distinzione delineata permette poi di indicare i limiti di rilevanza del reato di circonvenzione di incapace ai fini dell'applicazione dell'art. 428: trattandosi di fattispecie che hanno quale presupposto situazioni soggettive non coincidenti, l'accertamento del reato in sede penale non consente di ritenere provato lo stato di incapacità di intendere e volere in ambito civile.

Il punto su cui la dottrina si pronuncia in maniera decisamente critica è però il passaggio successivo su cui si fonda l'orientamento giurisprudenziale anzidetto. Secondo un indirizzo interpretativo ormai consolidato, la Suprema Corte ritiene che la circonvenzione di incapace determini sul piano civilistico un'ipotesi di nullità virtuale del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.: se l'art. 643 c.p. costituisce norma imperativa il cui scopo, di ordine pubblico, va individuato «nell'esigenza di tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica»[64], allora la sua violazione determina la nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa, non essendo rinvenibile nell'ordinamento una diversa soluzione normativa da applicare *ad hoc* al caso di specie.

Come anticipato, la soluzione è stata criticata dalla dottrina sotto diversi punti di vista.

In primis, è stato giustamente evidenziato come l'interpretazione della Cassazione finisca di fatto per determinare un risultato paradossale: in presenza del reato di circonvenzione di incapace, il contratto sarebbe radicalmente nullo, mentre, laddove vi siano i presupposti di cui all'art. 428, il relativo rimedio dovrebbe essere rinvenuto nell'annullabilità[65]. Si tratta di una soluzione che non è in linea con la premessa da cui muove: se è vero che la situazione soggettiva di cui all'art. 643 c.p. differisce dallo stato di cui all'art. 428 c.c., in quanto quest'ultima norma richiede la sussistenza di uno stato

---

[60] Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in *Giur. it.*, 2017, I, p. 39, con nota di Riva, *Sulla sorte del contratto concluso per effetto di circonvenzione di incapace*. Conf. anche le più recenti Cass., 28 aprile 2017, n. 10629, in *Mass. Foro it.*, 2017 e Cass., 7 febbraio 2018, n. 2860, *ivi*, 2018. In precedenza Cass., 19 ottobre 1994, n. 8948, in *Mass. Foro it.*, 1994.

[61] Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, cit.

[62] Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, cit.

[63] Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, cit.

[64] Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contr.*, 2004, 997 ss., con nota di Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione* e in *Giur. it.*, 2004, 2290. In senso analogo Cass., 20 marzo 2017, n. 7081, cit.; Cass., 19 maggio 2016, cit.; Cass., 20 aprile 2016, n. 7785, in *Giur. it.*, 2017, I, p. 39; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, cit.

[65] Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, 1993, 146; Mariconda, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace*?, in *Corr. giur.*, 1995, 217; M. Mantovani, *Violazione di norme penali e nullità virtuale del contratto*, in *Contratto e reato*, a cura di Flamini e Ruggeri, Esi, 2014, 103 ss.

di incapacità di intendere e volere mentre la circonvenzione di incapace può determinarsi anche in presenza di una situazione di indebolimento psichico non integrante gli estremi dell'incapacità, allora non si comprende per quale ragione la sussistenza di una fattispecie di reato dovrebbe determinare nullità del contratto, mentre l'incapacità di intendere e volere la mera annullabilità[66].

Ma ad essere criticata è, in secondo luogo, la stessa premessa da cui muove la soluzione della Corte e cioè il fatto che l'applicazione dell'art. 1418 avrebbe quale presupposto la violazione dell'interesse collettivo protetto dalla norma penale; un interesse che, pur concretizzandosi nella tutela del diritto all'autodeterminazione ed alla libera esplicazione della volontà, meriterebbe tutela per motivi di ordine pubblico, in ragione della riprovazione sociale verso il comportamento di colui che abbia abusato dello stato di debolezza altrui[67]. In realtà, sostiene la dottrina, l'art. 643 c.p. vieta «esclusivamente il comportamento materiale tenuto da una delle parti nella fase che precede la conclusione del contratto, indipendentemente da ogni considerazione relativa al suo contenuto»[68]: poiché la norma penale prescinde dall'assetto di interessi che si è determinato con il contratto, non può trovare applicazione l'art. 1418 c.c., «che riguarda invece i casi in cui contrario alla norma è il contratto come atto di autonomia e non il comportamento dei contraenti durante le trattative, che ad esso rimane estraneo»[69]. Trattandosi dunque di una regola di comportamento e non di una regola che vieta l'assetto di interessi realizzatosi con il contratto, la violazione dell'art. 643 non potrebbe determinare nullità virtuale del contratto *ex* art. 1418 c.c., ma semmai un diverso rimedio da individuarsi tra le cause di annullabilità del contratto.

Le critiche formulate in dottrina sulla linea interpretativa della Corte di Cassazione appaiono ulteriormente avvalorate dai più recenti orientamenti della stessa giurisprudenza di legittimità in ordine alla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento[70]. Se è vero infatti che, secondo questa prospettiva, il giudizio di validità del contratto

---

[66] VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 146. L'incongruenza potrebbe in realtà essere superata se si ritenesse che la Corte di Cassazione abbia inteso implicitamente riconoscere che laddove sussista circonvenzione di incapace il contratto che ne sia derivato dovrebbe sempre ricadere in ipotesi di nullità, vale a dire che anche quando vi siano tutti i presupposti per l'applicazione dell'art. 428 c.c., il contratto dovrebbe comunque ritenersi nullo in ragione dell'operare del combinato disposto dell'art. 643 c.p. e dell'art. 1418 c.c. Anche in questo caso, tuttavia, la tesi incontrerebbe l'ostacolo relativo all'applicazione della nullità virtuale del contratto laddove il regolamento di interessi non si ponga in conflitto con la norma penale (ALBANESE, *La tutela civile dell' incapace vittima di circonvenzione*, in *Contratti*, 2004, 999).

[67] Cass., 20 aprile 2016, n. 7785, cit. D'altro canto, osserva la dottrina, la formula utilizzata dalla giurisprudenza, ossia la «tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale», si riferisce alla tutela di un interesse di natura privata o particolare e non di un interesse di carattere pubblico o generale (G. D'AMICO, voce «Nullità non testuale», in *Enc. del dir.*, Annali IV, Giuffrè, 2011, 804).

[68] ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003, 153.

[69] ID., *La tutela civile dell' incapace vittima di circonvenzione*, cit., 999. È stato giustamente osservato che «non è l'effetto negoziale ad essere vietato dal precetto penale (fatto che certamente risulterebbe intollerabile per l'ordinamento), ma un comportamento materiale (l'approfittare delle minorate condizioni psichiche altrui) che si concretizza nella conclusione di un negozio» (VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 146).

[70] In particolare Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, 2014, 123, con commenti di SANTORO, *Un po' di storia*; PONZANELLI, *Il danno per la corruzione del giudice*; IMPAGNATIELLO, *Chiovenda, lo studente medio e la revocazione del dolo del giudice*; VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*; PALMIERI - PARDOLESI - ROMANO, *191, o giù di lì*; LENER, *La "retta via" per il risarcimento del danno?*; MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria:* a government of the judges, by the judges and for the judges. In precedenza Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, con nota di SCODITTI; in *Giur. it.*, 2006, 1599, con nota di SICCHIERO; in *Danno e resp.*, 2006, 25, con nota di ROPPO e AFFERNI; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di SCODITTI; in *Banca, borsa,*

va scisso dal giudizio che concerne il comportamento delle parti nella fase delle trattative contrattuali, allora anche nel caso di circonvenzione di incapace il relativo rimedio non va individuato nella nullità del contratto[71], ma semmai in una responsabilità risarcitoria a carico di colui che abbia violato l'obbligo di buona fede nella fase di conclusione del contratto[72]. Ed a maggior ragione, in quei casi che si pongono al confine tra un vizio del volere e una incapacità lieve, come «quelle situazioni transitorie di indebolimento psichico di più o meno lieve intensità, quali disturbi passeggeri delle facoltà intellettive o volitive, che, se pur non tali da compromettere in maniera grave le capacità critiche e di giudizio, rendono il soggetto particolarmente fragile e incapace di resistere alle suggestioni altrui»[73]. In sostanza, seguendo quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale, la responsabilità risarcitoria dovrebbe sostituirsi al rimedio della nullità contrattuale, specie laddove non sia possibile individuare un'ipotesi di applicazione dell'art. 1418 per l'irrilevanza della fattispecie di reato sull'assetto di interessi determinatosi nel contratto. Il che sembra confermare che nel caso di violazione di norme di comportamento il relativo rimedio non può essere rinvenuto nella nullità virtuale del contratto ai sensi dell'art. 1418.

5. *Per una diversa lettura: la capacità naturale come dimensione sensibile alle relazioni*

Ci si potrebbe però interrogare sulla possibilità di sviluppare una diversa traiettoria, che sia invece indirizzata all'annullamento del contratto. Il punto centrale di questo percorso interpretativo è dato dalla supposta, reale divergenza tra incapacità di cui all'art. 428 c.c. e lo stato soggettivo individuato all'art. 643 c.p., che certamente esiste, ma che forse meriterebbe una diversa lettura.

Il codice penale, se ha certamente svincolato il reato di circonvenzione dalla figura civilistica dell'incapacità di agire[74], sembra aver anche ampliato il novero dei soggetti

tit. cred., 2010, I, 686; in *Corr. giur.*, 2008, 221, con nota di Mariconda; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 432, con nota di Salanitro; in *Obbl. contr.*, 2008, 106, con nota di Vettori.

[71] D'altro canto, le stesse Sezioni unite del 2007 avevano ipotizzato che bisognerebbe «rimeditare se ed entro quali limiti l'illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile» (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725, cit.).

[72] Sottolinea questo aspetto Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 536: la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento «risulta frontalmente smentita da quella costante giurisprudenza di legittimità che dichiara nulli *ex* art. 1418, comma 1, c.c. i contratti conclusi fra l'autore e la vittima della circonvenzione di incapace: e infatti qui (…) la nullità viene derivata dalla violazione di norme che sono senz'altro norme di comportamento». Cfr. anche A. Gorgoni, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obbl. contr.*, 2008, 630.

[73] M. Mantovani, «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, Giappichelli, 1995, 264. Favorevole a questa soluzione, Rabitti, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Giuffrè, 2000, 218 ss. Propende per questa soluzione, laddove non si profilino i presupposti di applicazione del dolo contrattuale, anche A. Gorgoni, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, cit.

[74] L'art. 415 del codice Zanardelli faceva infatti riferimento alle figure del minore, dell'interdetto e dell'inabilitato: «chiunque, abusando in proprio o altrui profitto, dei bisogni, delle passioni o dell'inesperienza di un minore, di un interdetto o di un inabilitato, gli fa sottoscrivere un atto che importi qualsiasi effetto giuridico, a danno di lui o di altri, è punito nonostante la nullità derivante dall'incapacità personale…». Il precedente codice penale sardo del 1859 risultava ancora più restrittivo, in quanto faceva riferimento alla sola situazione del minore d'età e così anche il codice penale francese del 1810, che nel paragrafo sull'*abus de confiance*, prevedeva il reato di abuso del contratto nei confronti del minore (cfr. Ronco, *Circonvenzione di persone incapaci*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, *ad vocem*, 1; Siniscalco, voce «Circonvenzione di persone incapaci», in *Enc. del dir.*, VII, Giuffrè, 1960, 45).

Il riferimento contenuto nel codice Zanardelli ai soli casi di interdizione e inabilitazione, oltre a quello del minore di età, era parso tuttavia troppo restrittivo, perché la figura di reato non poteva essere

passivi del reato oltre la categoria dei soggetti incapaci di intendere e volere, tanto da far ritenere che il termine «incapace» nella rubrica dell'art. 643 sia stato «utilizzato impropriamente»[75].

Il testo dell'articolo si riferisce espressamente, oltre al caso del minore di età, allo stato «d'infermità o deficienza psichica di una persona». La formula utilizzata dal legislatore ha carattere ampio, perché utilizza un'espressione alquanto generica come quella di «deficienza psichica». Si tratta di un concetto che include – secondo la lettura della giurisprudenza e dottrina penalistiche – ogni stato di alterazione psichica del soggetto, anche a carattere non patologico e indipendentemente dal grado e dall'intensità della stessa, tale da compromettere il potere di critica e l'indebolimento della funzione volitiva del soggetto[76]: ogni forma «di indebolimento della funzione volitiva ed affettiva, di abbassamento intellettuale e in genere di menomazione del potere di critica, che rendono possibile l'altrui opera di suggestione»[77].

È chiaro che la norma penale copre un ventaglio di ipotesi particolarmente ampio e che in questo senso si delinea una differenza sostanziale rispetto all'elemento soggettivo rappresentato nell'art. 428 c.c. Può ben rientrare, infatti, nell'ambito della «deficienza psichica» anche il caso del soggetto la cui capacità di intendere e volere sia soltanto diminuita e non gravemente compromessa[78], quando tale stato pregiudichi «il potere di autodeterminazione, di critica e di difesa del soggetto passivo dall'altrui opera di suggestione»[79]. Questo specifico profilo, in particolare, ossia la valutazione in ordine ad una «minorata condizione di difesa psicologica»[80] di fronte all'induzione altrui, risulta assente in sede di applicazione dell'art. 428 c.c., che non opera alcun riferimento ad una forma di abuso nei confronti dell'altrui debolezza, se non nei limiti di una rilevanza della malafede nel caso di contratto concluso dell'incapace.

A fortiori, nell'interpretazione dominante, la disposizione viene comunemente riferita ad una situazione in cui la capacità di comprendere e volere sia quasi del tutto assente o gravemente incisa, a nulla rilevando che il soggetto si trovi in uno stato di minore alterazione della sfera intellettiva e volitiva ma tale da renderlo facilmente esposto al condizionamento e all'approfittamento altrui.

Eppure la volontà di un soggetto vulnerabile può essere a tal punto influenzata e manipolata da risultare quale mera rappresentazione di una volontà altrui.

---

applicata ai molti casi in cui si verificassero situazioni di fragilità in cui un soggetto poteva facilmente cadere vittima dell'induzione altrui pur non trovandosi nelle situazioni di incapacità di agire previste nel campo privatistico. Come emerge dai lavori preparatori del codice penale del 1930, si è ravvisata dunque l'esigenza di ampliare il novero delle figure cui applicare l'art. 643 c.p. (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, parte II, Relazione sui Libri 2 e 3 del Progetto*).

[75] Marini, voce «Incapaci (circonvenzione di)», in *Dig. disc. pen.,* Utet, 1992, 309.

[76] *Ex multis* Cass. pen., 18 luglio 2018, n. 35446; Cass., pen., 2 marzo 2017, n. 18827; Cass. pen., 26 gennaio 2011, n. 6971, tutte in *DeJure*.

[77] Ronco, *Circonvenzione di persone incapaci*, cit., 3. In senso analogo Pisapia, voce «Circonvenzione di persone incapaci (diritto penale)», nel *Noviss. dig. it.*, III, Utet, 1959, 256. Peraltro non ogni forma di indebolimento o di debolezza può essere assunta come deficienza psichica, perché altrimenti se ne assumerebbe un significato troppo generico ed incerto. Si assume pertanto che debba trattarsi di una situazione che possa agevolare l'induzione esercitata da altri (Siniscalco, voce «Circonvenzione di persone incapaci», cit., 49).

[78] In questo senso «è del tutto irrilevante che un soggetto sia affetto da un vizio totale o parziale di mente o che la sua capacità di intendere o di volere sia moderatamente o grandemente scemata» (Colombo, *Il condizionamento psichico: dal plagio alla circonvenzione d'incapace attraverso nuove proposte di tipizzazione*, in *Riv. pen*., 2014, 1091).

[79] Cass. pen., 26 maggio 2015, n. 36424, in *DeJure*.

[80] Marini, voce «Incapaci (circonvenzione di)», cit., 309.

E quando un soggetto vulnerabile subisce l'abuso e l'induzione altrui (i due elementi che perfezionano l'art. 643 c.p.) è difficile sostenere che la sua decisione si sia formata in maniera consapevole e libera.

A meno di non avvalersi di un modello astratto di capacità, definito ed immutabile, che non tiene conto delle molte dimensioni dell'agire e dei molteplici meccanismi attraverso i quali si costruisce la volontà.

Nella lettura della giurisprudenza sul tema delle interrelazioni tra l'art. 428 c.c. e l'art. 643 cc. sembra proprio di intravedere il riferimento ad una nozione predefinita di incapacità naturale: non possono rientrarvi tutti quegli stati soggettivi cui si riferisce la norma penale, perché si tratta di situazioni più fluide, non puntualmente sovrapponibili a quello stato di incapacità piena cui dovrebbe riferirsi l'art. 428.

In questo modo non viene attribuita alcuna rilevanza al fatto che il soggetto vulnerabile abbia agito in ragione di un processo di condizionamento psicologico da parte di altri: la circonvenzione diviene irrilevante, perché per applicare l'art. 428 occorre dimostrare che il soggetto era concretamente incapace di intendere e volere. Salvo, poi, laddove non sia possibile fare applicazione della regola sull'incapacità naturale, e non si ravvisino gli estremi del dolo contrattuale, ritenere che il rimedio sia quello della nullità virtuale del contratto ai sensi dell'art. 1418 c.c.

Ma ritenere irrilevante la circonvenzione in ordine alla sussistenza dell'incapacità di cui all'art. 428 significa non attribuire alcun peso al processo che conduce alla manifestazione di volontà. Quando il soggetto, per dirla con le parole dei penalisti, abbia una limitata capacità di «difesa» rispetto alle manipolazioni altrui, la sua capacità si traduce nella manifestazione di un volere artefatto, costruito in dipendenza dell'altrui volere.

Meglio sarebbe considerare che la circonvenzione di «incapace» è rilevante nel settore civilistico in quanto integra gli estremi dell'art. 428[81]. Ciò eviterebbe un difficile e poco rigoroso ricorso alla categoria della nullità virtuale del contratto e avrebbe il pregio di offrire una lettura dell'incapacità di intendere e di volere meno ancorata a definizioni culturalmente, psicologicamente e antropologicamente superate. Con il limite, per il soggetto vulnerabile, di un diverso termine di prescrizione dell'azione, trattandosi in questo caso di mera annullabilità del contratto. Un limite che peraltro si giustifica pienamente nell'ottica di offrire una più razionale soluzione in ordine del contratto concluso dal soggetto vittima di circonvenzione.

C'è poi un ulteriore elemento che sembra far propendere per questa soluzione.

L'ampia casistica in tema di circonvenzione di incapace mostra come si tratti di un tema che ha un'importante ricaduta sul piano applicativo. Ma, di fronte ad un numero elevato di pronunce in cui vengono ravvisati gli estremi della circonvenzione di incapace, si registra invece una scarsità di pronunce in cui viene ritenuto applicabile l'art. 428. Ed anzi, accade che laddove il giudice neghi la sussistenza di «una condizione

[81] In questo senso anche VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Giuffrè, 1995, 458, secondo il quale «pare più coerente con il dettato normativo, e maggiormente efficace per la tutela dell'inabile, ritenere astrattamente suscettibile di applicazione l'art. 428 a tutti i casi di circonvenzione di incapace», in quanto – aggiunge l'autore – «in una valutazione complessiva della fattispecie, e non limitata a considerare singolarmente ciascun elemento, pure l'infermità o la deficienza psichica prevista dall'art. 643 c.p. sarà destinata ad integrare l'incapacità di intendere o di volere, allorché nel caso concreto essa impedisca alla vittima della circonvenzione la valutazione equilibrata dei propri atti e la formazione di una volontà cosciente».

espressamente qualificata di incapacità di intendere e volere»[82], e dunque respinga la richiesta di annullamento, nello stesso caso vengano individuati gli elementi della fattispecie penalistica di cui all'art. 614 c.p., con conseguente nullità dell'atto in applicazione dell'art. 1418. Ciò implica che, di fatto, molto spesso si preferisca agire in sede penale con il chiaro obiettivo di travolgere il negozio.

I casi sono numerosi. Si consideri, a titolo di esempio, un caso giunto in Cassazione nel 2016, dopo un lungo *iter* giudiziario.

Una donna vende tutto il suo patrimonio, consistente in una casa di abitazione e nel terreno circostante, ad una coppia di coniugi. Dopo la morte della donna, uno dei figli chiede l'annullamento del contratto sul presupposto che al momento della stipula la madre si trovasse in uno stato di malattia permanente e progressivo, comprovato da una serie di accertamenti precedenti la vendita e culminato nel provvedimento di interdizione di qualche anno successivo. La domanda viene respinta nei tre gradi di giudizio, per la mancanza della prova certa di un perturbamento psichico della donna «tale da impedire la sua capacità di cosciente e libera autodeterminazione»[83] nel periodo di compimento dell'atto.

Il figlio chiede allora che sia dichiarata la nullità del contratto in quanto frutto di circonvenzione di incapace e che sia accertata la responsabilità degli acquirenti. La domanda, ritenuta inammissibile in primo grado[84], viene invece accolta in secondo grado e confermata in Cassazione[85]. Si accerta infatti non soltanto la particolare condizione di sofferenza psichica della donna, già provata nei precedenti giudizi, ma anche lo stato di dipendenza psicologica in cui la donna versava nei confronti di un altro dei suoi figli, il quale l'aveva indotta a compiere l'atto di disposizione e che aveva ricevuto una parte del corrispettivo[86]. L'attività di induzione del figlio, unitamente alla fragilità psicologica della donna, conduce all'applicazione dell'art. 643 c.p. con conseguente dichiarazione di nullità del contratto. Viene inoltre riconosciuta la responsabilità degli acquirenti per aver approfittato dello stato di debolezza della donna, sulla base di una serie di elementi che ne indicavano un comportamento di malafede, tra cui l'aver consegnato il corrispettivo al figlio e aver individuato un altro notaio disponibile a redigere l'atto dopo che il primo cui si erano rivolti aveva rilevato le precarie condizioni psicologiche della donna[87].

Il caso è emblematico del rigore eccessivo con cui la giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 428 nel suo presupposto soggettivo. In una fattispecie ove appare evidente che il soggetto agente versa in una condizione di particolare vulnerabilità psicologica, nessun ulteriore elemento viene considerato al fine di determinare se la sfera intellettiva e volitiva della persona abbia subito condizionamenti psichici tali da inficiare la sua ca-

[82] Cass., 20 marzo 2017, n. 7081, cit. ed infatti il giudicato formatosi in sede civile sull'insussistenza dell'incapacità di intendere e volere «è inopponibile nel giudizio volto a far dichiarare la nullità del medesimo contratto per circonvenzione di incapace» (*ibidem*).

[83] Cass., 5 febbraio 2004, n. 2210, in *DeJure.*

[84] Viene infatti accolta l'eccezione di giudicato che era stata proposta dalle parti convenute.

[85] Cass., 19 maggio 2016, n. 10329, in *DeJure.*

[86] Una serie di prove documentali e testimoniali dimostra il particolare rapporto creatosi tra madre e figlio, in particolare le attività di suggestione e di condizionamento psicologico che il figlio esercitava sulla madre, tanto che la donna aveva scritto una lettera al curatore provvisorio per riferire che non desiderava vendere la sua casa ma che temeva per la reazione del figlio.

[87] Era emerso, tra l'altro, nel corso del giudizio, che i notai della zona erano stati avvisati delle precarie condizioni di salute della donna e del fatto che la stessa avrebbe potuto chiedere la redazione dell'atto di compravendita della propria casa di abitazione.

pacità di autodeterminarsi. Salvo poi, con una sorta di cortocircuito, ritenere applicabile l'art. 643 c.p., con conseguente nullità del contratto.

Meglio allora sarebbe orientarsi verso una definizione meno rigida della capacità di intendere o di volere, che tenga conto certamente ed *in primis* della concreta idoneità ad autodeterminarsi in maniera cosciente e libera, ma anche di ulteriori elementi che possano aver compromesso la capacità di analisi e di scelta in un soggetto già di per sé vulnerabile, come le suggestioni, le captazioni, i condizionamenti.

6. *Le incapacità della persona e la necessità di superare i modelli*

Il problema principale risiede nel fatto che, per tradizione, le variabili relative alla capacità vengono tenute ben distinte dagli elementi incidenti sulla volontà. A quest'ultima area si riconducono i comportamenti che inficiano la formazione del consenso, come i raggiri, le minacce, le captazioni. Mentre la capacità è nozione statica, che deve essere accertata esclusivamente con riferimento alla persona che esprime il consenso e nel momento esatto nel quale tale consenso è espresso.

Se dunque un vizio del consenso incide sul processo di formazione della volontà e l'incapacità di fatto condiziona la libera autodeterminazione del soggetto[88], ne consegue che la relazione con la controparte può avere un peso determinante nella espressione del consenso, mentre un rilievo molto limitato viene individuato nella medesima relazione con riferimento alla capacità di fatto, che viene valutata come uno stato della persona[89].

Secondo una diversa prospettiva, tuttavia, le decisioni, le manifestazioni del consenso devono essere considerate non soltanto come *atti*, ma anche come *processi*[90] ed in quest'ottica la relazione con la controparte diviene elemento interno al processo che porta alla formazione del consenso[91]. Il che non significa spostare il piano del discorso dalla capacità alla volontà, ma significa ad esempio considerare che la condotta minacciosa «viene in considerazione non già soltanto nel capitolo della 'volontà', sulla base di una capacità accertata, per incanalarsi nelle questioni relative alla violenza o al timore, ma, prima, nel capitolo della capacità, per valutare se la minaccia, anche sprovvista dei requisiti propri della violenza, abbia inciso, e quanto, sulla presenza a sé medesima della persona minacciata e sulla sua possibilità di fare uso delle proprie risorse di intendimento e di determinazione»[92].

In sostanza, nel momento in cui si valuta se la persona è capace di comprendere la natura dell'atto e di determinarsi in maniera consapevole, va considerata anche la relazione che la persona abbia instaurato con la controparte o con un terzo, per verificare se è possibile riconoscere nell'influenza, nella subordinazione, nel timore, un elemento in grado di incidere sulla capacità della persona di comprendere la natura dell'atto e di determinarsi in maniera consapevole.

La formula utilizzata dal legislatore all'art. 428, in cui viene contrapposta la capacità di intendere alla capacità di volere attraverso l'utilizzo della congiunzione «o», sembra suggerire l'idea che il difetto di capacità possa riguardare, in via alternativa o congiunta,

---

88 Cass., 26 marzo 2013, n. 7626, in *DeJure*.

89 Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P. (Spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 315-320 e in Id., *Maschere del diritto, volti della vita*, Giuffrè, 2009, 137.

90 Id., *Oltre la capacità*, in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 124.

91 *Ibidem*.

92 Id., *Il tragico caso di Carmelo P. (Spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 139.

«la sfera dell'intelligenza o quella volontà»[93]. Ma a prescindere da rilievi testuali la cui rilevanza è probabilmente molto limitata[94], l'espressione utilizzata nel codice rimanda inevitabilmente ad un duplice paradigma valutativo: intelletto e volontà.

In astratto, il difetto della sfera intellettiva non si traduce automaticamente in una compromissione dell'elemento volitivo, così come un'alterazione del processo di formazione della volontà può realizzarsi in un soggetto che non presenta anomalie dal punto di vista intellettivo[95]. Si tratta infatti di nozioni distinte: la sfera intellettiva riguarda l'attitudine del soggetto «di filtrare in modo critico le decisioni, di prevedere le conseguenze dei propri atti, di valutare i motivi per decidere in un modo piuttosto che in un altro»[96], mentre la volizione indica la capacità del soggetto di autodeterminarsi «in vista di uno scopo, come la possibilità di optare per una condotta e di resistere agli stimoli»[97].

È nella sfera volitiva che si innestano i processi di condizionamento psichico: quando essa sia compromessa, il soggetto può facilmente lasciarsi suggestionare «dai suoi stessi errori di critica o dalle sue stesse deviazioni affettivo-sentimentali»[98] e può lasciarsi influenzare da altri «che, per proprio o altrui interesse e facendo leva sulla scarsa capacità critica coartano la sua volontà e la indirizzano verso fini di proprio interesse personale»[99].

Anche se il dato clinico dimostra che le due dimensioni hanno carattere unitario, in quanto nella maggior parte dei casi un difetto della sfera intellettiva si traduce in una alterazione della funzione volitiva e viceversa[100], mantenere ferma la distinzione consente di valutare adeguatamente anche il *processo* che ha condotto alla manifestazione di volontà.

Si tratta di un aspetto che è spesso trascurato in sede di applicazione dell'art. 428, ma che merita invece di essere opportunamente valutato per evitare di trasmettere l'idea che la capacità di intendere e di volere sia una dimensione dell'esistenza, uno stato soggettivo predefinito rispetto all'agire. La capacità è legata all'agire in maniera biunivoca: non si tratta soltanto di valutare se la persona abbia manifestato l'impedimento mentale, ma anche se il suo agire sia viziato da tale impedimento[101].

Si è soliti contrapporre il vizio nella formazione del consenso rispetto all'incapacità di intendere o volere[102]: «l'errore consiste nel guardare alla volontà come a una grandez-

---

[93] Roppo, *Il contratto*, cit., 724.

[94] La giurisprudenza infatti utilizza senza apprezzabili diversità entrambe le espressioni: incapacità di *intendere o volere* e incapacità di *intendere e volere*. E nello stesso codice civile sono presenti ambedue le locuzioni, senza che sia individuabile una differenza sostanziale nei concetti (v. per esempio l'art. 1389 sulla capacità del rappresentante o l'art. 591 sui casi di incapacità del testatore). In argomento, Maurini, *L'incapacità naturale*, cit., 18 s.

[95] In questo senso per esempio Galgano, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, I, Le obbligazioni in generale. I contratti in generale*, Cedam, 1993, 298.

[96] Introna, *Il deterioramento mentale su base organica,* in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 117.

[97] Ferracuti - Lagazzi, *La perizia psichiatrica e medico-psicologica*, in Giusti, *Trattato di medicina legale e scienze affini*, II, Cedam, 2009, 161.

[98] Introna, *Il deterioramento mentale su base organica*, cit., 117.

[99] *Ibidem*.

[100] *Ibidem*.

[101] Dunque «non soltanto la persona ma pure l'agire devono manifestare l'impedimento mentale: è un tutto unitario che circoscrive l'uomo ed il suo procedere (quale *agens*) in uno specifico campo del diritto, relazionandoli scambievolmente ed indissolubilmente per cui l'uno rivela l'altro ed in esso si concretizza» (Callieri - De Vincentiis - Castellani, *Trattato di psicopatologia e psichiatria forense*, II, Il pensiero Scientifico editore, 1972, 411).

[102] In realtà, «dal punto di vista psicologico, la deformazione che lo stato d'incapacità psichica può provocare sulla determinazione volitiva dell'autore del negozio (…) non appare granché diversa da quella

za sensibile alla relazione con la controparte, e alla capacità invece come a un requisito del soggetto, un suo stato, sensibile sì alla situazione di fatto ma previo, piuttosto che interno, alla relazione»[103].

7. *Il "pregiudizio" quale presupposto per l'annullabilità del contratto* ex *art. 428 c.c.*

Si deve a questo punto valutare se la linea interpretativa proposta, che tiene conto anche di eventuali condizionamenti psichici sulla sfera (intellettiva e) volitiva della persona vulnerabile, non sia tale da alterare la struttura e la *ratio* dell'art. 428, che individua il punto di equilibrio tra opposte esigenze utilizzando i criteri dell'«incapacità» e della «malafede».

In realtà, la dottrina propone da tempo che il c. 2 della disposizione venga letto in combinazione con il c. 1: il riferimento al «grave pregiudizio» non sarebbe dunque limitato agli atti unilaterali, ma dovrebbe intendersi riferito anche al contratto[104]. Una soluzione quest'ultima in linea con il generico riferimento agli «atti» di cui al primo comma: una categoria nella quale rientra *sic et simpliciter* anche il contratto[105]. Ciò in quanto, mentre la malafede soddisfa l'esigenza di tutela dell'affidamento, il «grave pregiudizio» risponde ad una logica di protezione di colui che abbia compiuto un atto in condizioni di incapacità. Non si tratta dunque di una protezione incondizionata, che sarebbe un rimedio «eccessivo e controproducente»[106]: l'incapace di intendere o volere «non viene tutelato di per se stesso (…) bensì unicamente *tamquam laesus*, vale a dire se ed in quanto sia riscontrabile in concreto un pregiudizio a suo danno»[107].

Il limite individuato dal c. 1 dell'art. 428 sembra dunque rispondere ad una duplice esigenza: non escludere i soggetti più deboli dal traffico giuridico, laddove non sia intervenuto per essi un provvedimento di limitazione della capacità, ed al contempo offrire un rimedio qualora l'atto compiuto abbia cagionato un danno nella loro sfera giuridica. È chiaro che la malafede, prevista per i contratti all'art. 428, non risponde alla medesima logica, trattandosi invece di un elemento volto a tutelare l'affidamento altrui. Se dunque il criterio della malafede non sopperisce alla funzione che è invece assegnata al diverso requisito del «grave pregiudizio», deve ritenersi che per i contratti, oltre alla malafede, debba richiedersi anche il diverso requisito del pregiudizio[108].

---

che sulla volontà esercitano i classici vizi della volontà e particolarmente il dolo e la violenza» (Forchielli, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro it., 1988, *sub* art. 428, 57).

[103] Zatti, *Il tragico caso di Carmelo P. (Spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, cit., 137.

[104] L'incapacità naturale possiede una rilevanza condizionata alla sussistenza di un pregiudizio, che indica un «un vizio originario della causa del negozio» (Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento,* cit., 65).

[105] Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., 38 s.; Id., voce «Capacità di agire», nel *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, *sez. civ.*, 2, Utet, 1988, 214; Roppo, *Il contratto*, cit., 725; Forchielli, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione*, cit., 64.

[106] Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, cit., 880.

[107] *Ibidem.* D'altro canto, la stessa storia della regola codicistica sembra confermare l'intento del legislatore di applicare entrambi i criteri per l'annullabilità del contratto (cfr. Guarneri, *Malafede e danno nell'interpretazione dell'art. 428 c.c.*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, a cura di Cendon, Esi, 1988, 500 s.).

[108] Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, cit., 882. In questo senso anche Tamburrino, *Le persone fisiche*, nella *Giur. sist. Bigiavi*, Utet, 1990, 439. Nel senso che il requisito del pregiudizio debba essere provato anche con riferimento ai contratti già P. Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, cit., 38 s.; Forchielli, *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazio-*

A questa soluzione è orientata la dottrina dominante, mentre la giurisprudenza maggioritaria nega il cumulo tra pregiudizio e malafede[109]. Anche se, di fatto, in un approccio al tema molto più pragmatico, i giudici, utilizzando il criterio del pregiudizio quale indizio dal quale desumere la malafede della controparte, sulla base di quanto stabilito dal c. 2 dell'art. 428, nella maggioranza dei casi pronunciano l'annullamento del contratto laddove venga individuato un danno per l'incapace[110].

La soluzione ermeneutica richiamata appare in linea con la prospettiva qui adottata con riferimento all'incapacità di cui all'art. 428.

Le ragioni che inducono ad attribuire rilievo ai processi di condizionamento psichico che abbiano inciso sulle capacità intellettive e volitive di un soggetto vulnerabile sono già state dette. Ma, si potrebbe obiettare, l'art. 428 è già costruito su un punto di equilibrio ben determinato, disegnato attraverso i criteri del pregiudizio e della malafede. Quest'ultimo requisito, in particolare, avrebbe la funzione di dare rilievo al comportamento della controparte, che non avrebbe senso assumere come elemento rilevante ai fini della capacità di intendere e di volere.

In realtà, la malafede cui si riferisce l'art. 428 indica conoscenza o consapevolezza dell'altrui stato di incapacità di intendere e di volere. Ed anche a volerne assumere una nozione più ampia, inclusiva dell'ignoranza colpevole circa l'incapacità della controparte[111], si tratta di un criterio di natura prevalentemente soggettiva[112]. Che però deve essere considerato un elemento di minore rilevanza rispetto a quello che sembra costituire il nucleo centrale della disposizione, cioè il pregiudizio.

Ed è proprio quest'ultimo presupposto a rappresentare l'equilibrio tra opposte esigenze: la protezione dell'incapace è opportuna quando egli subisca un danno dal proprio atto e la tutela dell'affidamento ha ragione d'essere fino a quando non si possa desumere, in forza del pregiudizio, che la controparte avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, rendersi conto dell'altrui stato di incapacità.

---

ne, cit., 64; V. Pietrobon, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, in *Contr. e impr.*, 1987, 772; Id., voce «Incapacità naturale», cit., 5 s.; Sacco, in Sacco - De Nova, *Il Contratto*, Utet, 2016, 470).

[109] Cass., 26 novembre 1987, n. 8783, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 400; Cass. 3 aprile 1981, n. 1899, in *Mass. Giust. civ.*, 1981; Cass. 14 marzo 2003, n. 7403, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., 2 giugno 1998, n. 5402, in *Giur. it.*, 1999, 490.

[110] La Cassazione ha peraltro sottolineato come il «grave pregiudizio» cui si riferisce il primo comma dell'art. 428 differisce da quella nozione che è invece impiegata al secondo comma e che, insieme ad altri elementi, è assunta quale dimostrazione della malafede della controparte. In quest'ultimo caso, infatti, si parla solo di pregiudizio, senza ulteriori qualificazioni. Il fatto stesso poi che venga ripetuto il riferimento al pregiudizio come indice della malafede dimostra come si tratti di due aspetti diversi e come nel secondo caso si tratti di un elemento che vale a dimostrare la malafede della controparte (Cass., 26 febbraio 1992, n. 2374, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2098 e in *Corr. giur.*, 1992, 511; in senso conforme *ex multis* Cass., 13 dicembre 2011, n. 26729, in *DeJure*; Cass., 26 febbraio 2009, n. 4677, in *Mass. Giust. civ.*, 2009; Cass., 12 luglio 1991, n. 7784, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 878; Cass., 26 novembre 1987, n. 8783, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, 399). In questo senso in dottrina Del Prato, *Le annullabilità*, cit., 181 s.; Maurini, *L'incapacità naturale*, cit., 69 ss.

[111] È questa per esempio la posizione di V. Roppo, il quale sottolinea come, in considerazione del fatto che, in base al c. 2 dell'art. 428, la malafede può risultare dal «pregiudizio» ovvero dalla «qualità del contratto o altrimenti», il giudizio sulla malafede «si sposta dal terreno soggettivo di un'indagine della sfera mentale al terreno oggettivo della *violazione di un dovere di contegno diligente*» (Roppo, *Il contratto*, cit., 726, corsivo dell'autore).

[112] Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, cit., 882; Napoli, *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1995, *sub* art. 428, 305. In senso contrario V. Pietrobon, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, cit., 773, per il quale la malafede di cui all'art. 428 va collocata nell'ambito dei principi di buona fede del traffico giuridico.

Peraltro, ritenere sufficiente la malafede potrebbe rivelarsi controproducente per lo stesso incapace. Tale interpretazione finirebbe infatti con l'escludere il soggetto più debole dalla contrattazione, perché colui che sia a conoscenza, o sia in dubbio, circa lo stato soggettivo della sua controparte preferirebbe non concludere il contratto per evitarne un possibile annullamento, pur se il contratto risulti di fatto vantaggioso per l'incapace. Quando però il contratto non risulti pregiudizievole per il soggetto incapace, allora non dovrebbe esservi ragione per limitare la partecipazione dei soggetti più deboli al traffico giuridico [113]. Si tratterebbe – come avvertito – di un effetto controproducente rispetto alla prospettiva di tutela e valorizzazione della persona più fragile; e comunque estraneo alla *ratio* dell'art. 428[114].

Non sembra valere nemmeno l'obiezione di coloro che vedono nel cumulo di pregiudizio e malafede una limitazione di tutela per il contraente incapace, ritenendo che non si potrebbe procedere ad annullamento del contratto quando sia evidente un comportamento di malafede ma non risulti un pregiudizio per l'incapace[115]. In realtà, da molte parti è emersa l'opportunità di superare una nozione di pregiudizio di carattere esclusivamente patrimoniale: non si tratta soltanto di una perdita economica o di un'alterazione evidente dell'equilibrio tra le prestazioni, ma anche della lesione di interessi di natura personale[116]. Così la vendita della casa di abitazione può essere fonte di danno per l'incapace anche se la vendita sia avvenuta a giusto prezzo.

È dunque da ritenersi, con la dottrina maggioritaria, che il requisito del pregiudizio sia essenziale anche per l'annullabilità del contratto. Ossia che debba privilegiarsi un'interpretazione dell'art. 428 attenta in egual misura all'elemento oggettivo del pregiudizio ed all'elemento soggettivo della malafede[117].

---

[113] Cendon, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile*, in *Pol. dir.*, 1987, 646 s.; Baffi, *L'interpretazione dell'art. 428 c.c.: la Corte di Cassazione è in errore?*, in *Contratti*, 2014, 698 ss.; Piccinni, *Misure di protezione e capacità della persona*, in Mazzoni - Piccinni, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2016, 403 s., 531. In senso diametralmente opposto quella dottrina che considera controproducente per la protezione dell'incapace il cumulo tra pregiudizio e malafede. Si tratterebbe, secondo questa opinione, di un modo inappropriato di risponde all'esigenza di tutela delle persone deboli: un'interpretazione di questo tipo «finisce col circoscrivere e col ridurre la tutela dell'incapace a tutto vantaggio di chi, per essere in malafede, ha violato le fondamentali regole di correttezza e di buona fede, che devono informare ogni attività giuridicamente rilevante» (Maurini, *L'incapacità naturale*, cit., 71).

[114] In quest'ottica si muoveva la nota Bozza Cendon, di riforma di alcuni capi del Libro Primo del codice civile, che ha portato all'introduzione dell'amministrazione di sostegno, ma che sul punto non è invece stata attuata. Per l'art. 428 si prevedeva infatti che venisse eliminato il riferimento alla malafede contenuto al secondo comma e che venisse unificata la disciplina degli atti unilaterali e quella dei contratti richiedendo per entrambi la sola condizione – necessaria e sufficiente – del grave pregiudizio (Cendon, *Infermi di mente e altri «disabili» in una proposta di riforma del codice civile*, cit., 646 s.; Id., *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, a cura di S. Patti, cit., 41 s.).

[115] Maurini, *L'incapacità naturale*, cit., 85; Spangaro, *Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale*, nel *Commentario Gabrielli*, *Della famiglia*, II, a cura di G. Di Rosa, Utet, 2018, *sub* art. 428, 1695. Tali autori accolgono però una nozione di malafede di carattere oggettivo, come applicazione del principio di correttezza tra le parti. In questo senso, come detto, già V. Pietrobon, *Gli atti e i contratti dell'incapace naturale*, cit., 773.

[116] Roppo, *Il contratto*, cit., 725; Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, cit., 880; Piccinni, *Misure di protezione e capacità della persona*, cit., 530; Spangaro, *Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità naturale*, cit., 1694 ss. Per Dogliotti, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2019, 609, può trattarsi anche di una conseguenza negativa di ordine non patrimoniale, purché grave.

[117] E. Carbone, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 111.

8. *Una breve conclusione: la persona e le sfumature dell'individualità*

Ciò che in definitiva si propone è un'interpretazione dell'art. 428 che, attraverso una meno aprioristica definizione di incapacità naturale e una più attenta considerazione del pregiudizio, permetta una valutazione della singolarità dei casi, della loro specificità. Alla ricerca di un equilibrio più sottile tra tutela del soggetto debole ed esigenze di certezza e responsabilità nei diversi campi dell'agire.

Ma la logica alla quale si inscrive in ultima analisi l'interpretazione proposta è quella che pone al centro del discorso giuridico la *persona* e le *sfumature della sua individualità*[118].

Una logica che impone di considerare in maniera diversa ogni tassello del mosaico giuridico che compone la persona.

Non si addice alla persona umana la lettura delle sue fragilità, della sua vulnerabilità attraverso categorie rigide e precostituite. Né si addice alla persona il riferimento a modelli astratti: soggetto capace/soggetto incapace. E ciò vale per gli elementi giuridici di base: tanto per la soggettività quanto per la capacità. Quest'ultima intesa nelle sue declinazioni: capacità giuridica, capacità di agire, capacità di intendere e volere.

Da tempo sono entrati in crisi alcuni teoremi fortemente radicati nella cultura giuridica: quello per cui la capacità giuridica (e con essa la soggettività) rappresenta l'elemento più nobile del discorso giuridico[119]; quello per cui il malato di mente deve esclusivamente essere protetto (da se stesso e per gli altri); quello per cui gli istituti di protezione della persona debole devono essere definiti in maniera rigida, tanto rigida da seppellire «l'interessato in una specie di niente»[120]; quello per cui l'incapacità di intendere e volere corrisponde ad uno *stato* della persona.

Da tempo la maschera del diritto si è alzata per scoprire i volti[121] della dimensione umana.

---

[118] Il soggetto di diritto diviene persona reale, persona «situata»: compaiono le «sfaccettature dell'esistenza» (Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale Scientifica, 2007, 39 e 41).

[119] La figura unitaria del *soggetto* di diritto – e la connessa categoria della *capacità giuridica* generale – hanno storicamente avuto il merito di segnare il definitivo rifiuto, sul piano giuridico-formale, delle forme di diseguaglianza e di discriminazione (Falzea, voce «Capacità (teoria gen.)», in *Enc. del dir.*, VI, Giuffrè, 1960, 11 s.), ma con il tempo se ne è rilevato il carattere di eccessiva astrazione e se ne è proposta una lettura più aderente al dettato costituzionale, che pone al centro del sistema la persona umana nella sua realtà e nelle sue «infinite potenzialità di svolgimento» (Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Il Mulino, 1988, II, 232).

[120] Così Cendon a proposito dell'interdizione (Cendon, *I diritti dei più fragili*, cit., 43).

[121] Zatti, *Maschere del diritto, volti della vita*, cit.

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES
E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL: DESARROLLO Y DISTINCIÓN CON LOS DERECHOS DEL SER HUMANO

"A Paolo Zatti, unos de los máximos expertos mundiales del derecho de las personas, que nos ha enseñado el valor del ser humano en lo jurídico"

SOMMARIO: 1. El derecho a la identidad personal. – 2. El aporte de la doctrina y jurisprudencia italiana. – 3. La perspectiva peruana. El planteamiento original de Carlos Fernández Sessarego: la identidad estática y la dinámica. – 4. Identidad personal y signos distintivos de la persona. – 5. Identidad personal, nombre e imagen: diferencias. – 6. Diferencias entre el derecho a la intimidad de la vida privada y derecho a la identidad personal. – 6.1. Antecedentes del derecho a la intimidad en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación. – 6.2. Alcances de la noción de intimidad. – 6.3. Limitaciones al derecho a la intimidad personal y familiar. – 6.4. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. – 6.5. El Código Civil peruano de 1984 y la intimidad. – 7. Identidad personal, derechos al honor y a la reputación: diferencias. – 8. Derecho a la información y el derecho a la identidad personal. – 9. Referencias bibliográficas.

1. *El derecho a la identidad personal*

La moderna concepción del ser humano, expuesta en el Perú principalmente per Carlos Fernández Sessarego, que se desarrolló a partir de la primera mitad del siglo XX, permite superar el planteamiento de que éste no se reduce a constituirse tan solo como un animal "racional"[1]. Lo que protege el "Derecho" es la libertad[2], a fin de que cada ser humano pueda cumplir con su personal "proyecto de vida" dentro de la sociedad y participando del bien común[3][4].

El "*redescubrimiento*" de la calidad ontológica del ser libertad[5], que constituye y sustenta al ser humano, ha generado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica. La

[1] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992, p. 28 y ss.

[2] ID., *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"*, en: *Responsabilidad civil. Nuevas tendencias, unificación y reforma. Veinte años después*, edición bajo la dirección de Juan Espinoza Espinoza, Palestra editores, Lima, 2005, p. 110 y ss.

[3] ID., *Un nuovo modo di fare diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza*, Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, p. 229.

[4] ID., *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, p. 49 y ss.

[5] ID., *Deslinde conceptual entre "daño a la persona", "daño al proyecto de vida" y "daño moral"*, en: Studi in Onore di Cesare Massimo Bianca, tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 755.

libertad es creativa, proyectiva[6]. El Derecho es una exigencia existencial desde que el ser humano es estructuralmente "*social*" o coexistencial[7].

La identidad habíase jurídicamente encapsulado en el aspecto biológico del ser humano, aspecto al que se frecuentemente se designa con la expresión "*identificación*". Solicitar a una persona que se identifique suponía que ella manifestase solo cuál era su nombre, se verificase sus huellas digitales y, en general, el que proporcionase los datos consignados en su documento de identidad.

En tiempos modernos se ha evidenciado que la identidad no se confunde con la identificación[8], cuyos datos son generalmente invariables, sino que por su calidad ontológica de ser libre el ser humano está dotado de una identidad dinámica, la que está estructurada por las características de su personalidad[9].

Debe tenerse en cuenta que la persona es única, no obstante ser igual a todas las demás. En efecto, la persona, cada persona, es idéntica a sí misma. Ello es posible por el hecho de que su ser es "*ser libertad*"[10]. La identidad personal supone ser "*uno mismo*" y no otro. La "*identidad*" del ser humano, en cuanto ser libre, se constituye en su dimensión dinámica mediante un continuo proceso autocreativo, mediante una sucesión de aspectos en que consiste la existencia, así como por la adhesión a una determinada concepción del mundo. Es la "*verdad personal*", el derecho a ser uno mismo[11]. La identidad personal no es sino la síntesis de la historia vital de cada persona[12], que permite reconocerse en el vivir comunitario. "Es la exigencia de ser uno mismo[13]. No solo se constituye por los datos objetivos, sino también por la proyección social de la vida de la persona[14].

El sujeto, la persona, libra una guerra civil consigo mismo para afirmar y reafirmar su identidad personal, dentro de la gama de las relaciones sociales-comunitarias. Es, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, padre de este derecho existencial en América Latina, un incesante combate, una lucha, con la finalidad que se le considere por los demás como tal, como verdaderamente es, sin desnaturalizaciones ni deformaciones[15]. La identidad es una compleja y constante lucha para afirmar que "*soy yo*" y evitar caer en la multiplicidad de circunstancias y situaciones en las que cada persona

---

[6] Id., *Derecho y persona*, cuarta edición, Lima, Grijley, 2001, pág. 30.

[7] Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, quindicesima edizione, editori Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 15. Ahora también en castellano, La primera lección del Derecho, traducción de Clara Álvarez Alonso, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 25.

[8] Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Identità personale*, en: *Digesto*, Discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volume IX, Utet, Turín, 1993, p. 3 y ss.

[9] Id., *Personalità (Diritti della)*, en: *Digesto*, Discipline privatistiche, sezione civile, IV edizione, volumen XIII, Utet, Turín, 1996, pág. 432 y ss.

[10] Fernández Sessarego, Carlos, *Un nuovo modo di fare Diritto*, en: AA.VV., *Il diritto dei nuovi mondi*, atti del Convegno promosso dall'Istituto di Diritto Privato delle Facoltà di Giurisprudenza Genova, 5-7 novembre 1992, Cedam, Padua, 1994, p.231.

[11] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Il Mulino, Bolonia, 2003, p. 9.

[12] Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Identità personale*, en: Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile, volumen IX, Utet, Turín, 1993, p. 294.

[13] Dogliotti, Massimo, *I. Le persone fisiche*, en: Trattato di Diritto Privato, dirigido por Pietro Rescigno, tomo primo, *2. Persone e famiglia*, segunda edición, Utet, Turín, 1999, p. 146.

[14] Finocchiaro, Giusella, *Identità personale (diritto alla)*, en: Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile, Aggiornamento, Turín, 2010, p.725.

[15] Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad* personal, en: *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico* latinoamericano, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Cultural Cuzco S.A., Lima, 1990, p. 61.

tendría que expresar que "*no soy yo mismo*", debido a que el ser humano no es una máquina, ni un autómata, sino un ente que se hace deviene en toda su existencia".

Es, en palabras de uno de los juristas italianos que más ha estudiado este derecho, Adriano de Cupis, el derecho a ser uno mismo, con nuestras propias características y acciones, que se constituye en la verdad de la persona, que no puede, en sí y por sí, ser destruida: que la verdad, por ser precisamente así, no puede ser eliminada[16].

En esa línea, otro sector importante de la doctrina italiana (la experiencia jurídica en Europa donde más se ha ahondado sobre la materia), ha señalado que el derecho a la identidad personal es el derecho por el cual los aspectos del sujeto y de su vida sean tutelados en atención al principio de verdad, evitando sus distorsiones[17].

En tal sentido, la identidad personal consiste en ser "uno mismo" y no otro, pese a su integración social. Este perfil de la existencia, que es la "mismidad" del ser, se erige como un primordial interés personal que exige la protección jurídica, al lado y de la misma forma que sucede con otros intereses fundamentales de la persona, como son la vida o la libertad[18].

Tratar sobre el derecho a la identidad personal implica necesariamente hacer referencia de los desarrollos realizados por la cultura jurídica italiana, que fue la fuente de primordial para que Carlos Fernández Sessarego desarrollada su teoría sobre el referido derecho[19], por lo que trataremos algunos de los aportes peninsulares sobre la materia.

2. *El aporte de la doctrina y jurisprudencia italiana*

El derecho a la identidad personal en la experiencia italiana ha sido considerado como emergente, un nuevo derecho fundamental del sujeto, el producto de la jurisprudencia madurada a partir de la segunda mitad de los años setenta del siglo pasado[20].

Se puede encontrar que, ya en los años cincuenta y sesenta, comienza a evidenciarse una tendencia a superar la visión restrictiva, estática de la identidad, a favor de una perspectiva más amplia[21]. En esta impronta se puede encontrar, como una de las figuras mayores, a Adriano de Cupis (fallecido el 21 de octubre de 2005). Para este jurista el derecho a la identidad personal tiene por objeto un bien que constituye una cualidad, el modo de ser de la persona: la forma de ser *ser mismo*, que comprende también su relación con la sociedad, la comunitaria, donde vive"[22].

De acuerdo con el planteamiento de De Cupis, "el centro de la identidad personal es el interés de la persona en aparecer, en el plano social, como realmente es, por

[16] De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, segunda edición revisada y actualizada, Trattato di Diritto Civile e Commerciale, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè editore, Milán, 1982, p. 399.

[17] Torrente, Andrea y Schlesinger, Piero, *Manuale di diritto* privato, vigésima tercera edición, al cuidado de Franco Anelli y Carlo Granelli, Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, 2019, p. 148.

[18] Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, en: Nuevas Tendencias en el derecho de las personas, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 148

[19] Id., *Derecho a la identidad personal*, segunda edición actualizada y ampliada, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 52.

[20] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 35.

[21] Trucco, Laura, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giappichelli Editore, Turín, 2004, p. 208.

[22] De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, p. 403.

lo que la tutela de la identidad personal se realiza a través de la atribución a la persona del derecho al uso exclusivo de ciertos signos distintivos (nombre, pseudónimo, por ejemplo)[23], en forma de excluir posibles confusiones con otros miembros de la sociedad. Así el derecho a la identidad personal es un derecho subjetivo de la persona, esencial e innato, de alcance general, y que encuentra su aplicación particular en la imagen, nombre, seudónimo y el derecho de rectificación. El interés de este derecho no es solo la identificación *erga omnes* de la persona, sino también a la *representación social* del sujeto, el interés por el cual la expresión personal no sea cambiada mediante la atribución incorrecta de determinados hechos o situaciones relacionados con su vida[24].

Dejando de lado posiciones de perplejidad sobre la existencia de este derecho[25], la evolución de su concepción jurídica de la identidad personal en la cultura jurídica italiana se consolidó entre los fines de la década de los setenta y el inicio de los ochenta del siglo XX, como consecuencia de la evolución jurisprudencia. Como bien anota Giorgio Pino[26], de la primigenia consideración de la identidad como suma de signos distintivos, y por ende como individualidad "física" de la persona en el ámbito de un determinado contexto social, la doctrina italiana arriba a la noción de identidad como *individualidad personal*, vale decir como imagen social que el sujeto proyecta de sí mismo respecto al conjunto de las ideas, de las convicciones, de las posiciones políticas y todo lo que constituya expresión externa del patrimonio del sujeto. Como es evidente, esto representa un "salto de calidad", lo que llevó al profesor Pietro Rescigno a declarar que puede encontrar menores aversiones y desconfianzas y puede servir para proporcionar una respuesta positiva al problema que aquí ha emergido, de conciliar la pretensión del individuo a ver garantizada su identidad[27].

Se ha considerado que la moderna perspectiva del derecho a la identidad personal inicia una nueva estación en la tutela jurídica de la persona[28], diferenciándolo de sus manifestaciones particulares (especialmente el nombre).

A nivel jurisprudencial, fue la precursora sentencia del Pretor de Roma del 6 de mayo de1974, el "acta bautismal del reconocimiento del derecho a la identidad personal en Italia"[29]. En esta sentencia se llega a declarar que "*el ordenamiento jurídico tutela el derecho de cada uno a no ser desconocida la paternidad de las propias acciones y, especialmente, no atribuirse la paternidad de actos no suyos, y no ser alterada la propia personalidad individual*"[30]. En tal sentido, el "derecho a la identidad personal es el derecho de cada persona a ser representada, en la realidad social y en sus relaciones personales, con su verdadera esencia, así como es conocida en el contexto en que vive y desarrolla su vi-

---

[23] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 35.

[24] Id., *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 36.

[25] Falzea, Angelo, *Il dirtto all'identità personale: motivi di perplessità*, en: Aa.Vv., *La lesione dell'identità personale e il danno non patrimoniale*, Giuffrè editore, Milán, 1985, p. 88.

[26] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 42.

[27] Rescigno, Pietro, *Conclusioni*, en: Alpa, Guido; Bessone, Mario y Boneschi, Luca (al cuidado de), *Il diritto alla identità personale*, Cedam, Padua,1981, p. 189.

[28] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 43.

[29] *Ivi*, p. 65.

[30] Citada por Gambaro, Antonio, *Diritti della personalità*, en: Rivista di Diritto Civile, parte II, Cedam, Padua, 1981, p. 519.

da"[31]. Por ello, anotaba magistralmente un jurista tan agudo como fue Stefano Rodotà[32], que la identidad personal es un cuestión abierta en el tiempo.

Otro de los pasajes neurálgicos del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la identidad fue la sentencia n° 3769 emitida en la Corte de Casación del 22 de junio de 1985. En este pronunciamiento la suprema magistratura manifestó que "*cada sujeto tiene interés, considerado generalmente merecedor de tutela jurídica, de ser representado, en la vida de relación, con su verdadera identidad, así como esta en el realidad social, general y particular, es conocida o podía ser conocida con los criterios de la normal diligencia y de la buena fe subjetiva; es decir, tiene interés en no verse al exterior alterado, cambiado, en el contexto de su patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, etc.*"[33].

También la Corte Constitucional de Italia, mediante sentencia n°13 del 3 de febrero de 1994 estableció que el derecho a la identidad personal "constituye un bien por sí mismo, independientemente de la condición personal y social, de las virtudes y de los defectos del sujeto, por lo que se le reconoce el derecho a que su individualidad sea preservada"[34].

3. *La perspectiva peruana. El planteamiento original de Carlos Fernández Sessarego: la identidad estática y la dinámica*

El derecho a la identidad personal era prácticamente desconocido tanto en el Perú como en el resto de los países latinoamericanos a la década de los años ochenta del siglo XX. Es sólo en la última década del referido siglo donde aparecen los primeros desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de este derecho que, junto con el derecho a la vida y el derecho a la libertad, constituye el núcleo de los derechos fundamentales de la persona. Es el libro del recordado maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019) *Derecho a la identidad personal*, publicado por Astrea de Buenos Aires en 1992, el principal aporte doctrinario en América Latina sobre el tema.

Para Fernández Sessarego[35] la identidad personal se presenta como un primordial interés existencial que merece tutela jurídica. Es, por ende, una situación jurídica por la cual el sujeto tiene el derecho a ser representado fielmente en su protección social. Teniendo el sujeto el derecho a que se le conozca y defina de acuerdo con su "*verdad personal*", tal como es, sin desfiguraciones, sin alteraciones, sin falseamientos, sin distorsiones o desnaturalizaciones de sus características, tanto estáticos como dinámicos, que lo distinguen de los demás en cuanto lo hacen ser "*el mismo*" y no "*otro*". Supone, entonces, este derecho la exigencia del respeto de la propia biografía.

La identidad personal, de acuerdo con la teoría del jusfilósofo peruano, posee dos tipos de componentes que integran una unidad inescindible. Surge como resultado de

---

[31] Nivarra, Luca; Ricciuto, Vincenzo y Scognamiglio, Claudio, *Diritto privato*, quinta edición, G. Giappichelli editore, Turín, 2019, p. 171.

[32] Rodotà, Stefano, *Diritto d'amore*, Editori Laterza, Bari, 2017, p.128.

[33] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 79.

[34] Pino, Giorgio, *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, p. 95.

[35] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, p. 117.

una información genética de base que es singular y única, por lo que permite identificar biológicamente a cada ser humano sin confundirlo con otro. La clave genética y las huellas digitales son elementos que conforman la *identidad estática* en cuanto ella es invariable. No obstante, la identidad se complementa con un plexo de atributos, características y rasgos de la persona. Estos datos, a diferencia de los biológicos, pueden cambiar en el tiempo. Por ello, este conjunto de atributos de la persona constituye el *elemento dinámico de la identidad*, que se encuentra compuesto de las creencias, la cultura, los rasgos propios de la persona, la ocupación, la ideología, la concepción del mundo y del ser humano, entre otros. Este conjunto de características que individualizan a la persona se exterioriza, proyectándose al mundo social y permiten a los demás identificar al sujeto en la comunidad. La identidad personal no se agota en los alcances conceptuales de lo que se suele definir como "identificación", noción que no abarca los aspectos propios de la persona. La identidad personal, abarcando también la identidad sexual[36], es una noción comprensiva de todas las calidades del ser humano.

Con la incorporación del derecho a la identidad personal en la Constitución peruana de 1993 se abre un nuevo capítulo en la constante evolución de los derechos de la persona en el Perú. No obstante, como afirmaba el Prof. Carlos Fernández Sessarego, si bien no fue posible que el derecho a la identidad personal fuera regulado por el Código Civil de 1984, fue introducido dentro del numeral 1 del artículo 2 de la Constitución de 1993[37], por influencia suya[38].

4. *Identidad personal y signos distintivos de la persona*

No resulta tarea sencilla describir el concepto de "identidad personal" en sentido integral y, además, atendiendo que resultó complicado el que esta figura jurídica fuera aceptada por los juristas y estudiosos de lo jurídico[39]. Generó muchas dudas, lo que es comprensible en la medida que, para su aprehensión, fue necesario remitirse a su supuesto o sustento filosófico libertario, y a su cabal aplicación en la experiencia jurídica a través de la teoría tridimensional del Derecho, como fue planteada en Perú por el recordado Maestro Carlos Fernández Sessarego[40].

---

[36] Sobre el tema de la identidad sexual, en relación a la problemática del transexualismo, véase a Patti, Salvatore, *Transessualismo*, en: Digesto, IV edizione, volumen XIX, sezione civile, Utet, Turín, 1999, pág. 416. Stanzione, Pasquale, *Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada de la ley (italiana) 164/1982*, en: Observatorio de Derecho Civil, tomo IV: La persona, Motivensa editora Jurídica, Lima, 2010, pág. 213 y ss.

[37] Uno de los más notables civilistas peruanos, el Prof. Yuri Vega Mere señala que "el afán y la pasión que puso sobre este nuevo derecho Fernández Sessarego, desconocido hasta entonces en la doctrina latinoamericana, ha sido la razón por la cual la Constitución de 1993 ha recogido expresamente este valor fundamental del ser humano, en el inciso 1 del artículo 2. A él debemos la presencia de esta nueva situación jurídica subjetiva en nuestro ordenamiento, que es el primero que la acoge en su más amplia acepción [...]": Vega Mere, Yuri, "Personas naturales: nuevas propuestas", en Walter Gutiérrez Camacho (ed.), *Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas*, t. I, Lima: Gaceta Jurídica, 1995, p. 54.

[38] "La Constitución de 1993 tuvo también inspiraciones audaces. Por ejemplo, el moderno derecho a la identidad fue introducido por Carlos Torres y Torres Lara a iniciativa de Carlos Fernández Sessarego": Ramos Núñez, Carlos, *La letra de la ley. Historia de las constituciones del Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2018, p. 110.

[39] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, 2.ª ed., actualizada y ampliada, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 123.

[40] Id., *El Derecho como libertad. La teoría tridimensional del Derecho*, Lima: Motivensa, 2017, pp. 157 y 158.

En efecto, lo novedoso del concepto de "identidad personal" originó el que en lo jurídico se le confundiera, por un lado, con otras nociones que le son conceptualmente cercanas como es el caso de los signos distintivos, la intimidad de la vida privada, el honor y la reputación. De otro lado, la confusión se generaba en el hecho que el genérico concepto de "identidad personal", tanto en su vertiente estática como en la dinámica, comprende variados aspectos del mismo.

Al respecto, es necesario recordar que todos los derechos de la persona se encuentran esencialmente vinculados por cuanto todos ellos tienen un mismo y único fundamento, desde que tutelan diversos aspectos de un mismo ser, que es el ser humano[41]. En efecto, todos estos derechos se refieren siempre al "yo", en cuanto es a la persona a quien el derecho protege de modo amplio e integral[42]. Es el propio ser humano el único y absoluto fundamento, la razón de ser de los derechos, así como, según Vincenzo Roppo[43], su pretensión a la limitación de poderes y comportamientos ajenos que los distorsionen o no lo respeten.

La relación fundamental entre los diversos derechos que protegen al ser humano explica la posibilidad de confusión que puede presentarse entre derechos que tutelan aspectos muy cercanos o afines de la persona.

Comenzó posteriormente el proceso de distinción entre el derecho a la identidad personal y de los otros intereses existenciales que le son próximos. La diferenciación de los derechos ha sido obra conjunta de la jurisprudencia y del análisis crítico de la doctrina.

5. *Identidad personal, nombre e imagen: diferencias*

El nombre se presenta como un signo distintivo de la persona, como el instrumento más simple y directo para su primaria identificación[44]. Se reconoce que el nombre cumple una función identificadora e individualizadora de la persona humana dentro de la sociedad, la afirmación del propio yo[45].

El nombre es uno de los medios de identidad estática de la persona, aunque no es un dato ni suficiente ni totalmente seguro para dar cuenta de la identidad de un ser humano. Es un instrumento de identificación de la persona[46]. No obstante, el nombre no da cuenta de la esencia del sujeto, mientras que la noción globalizante de identidad personal, por el contrario, es una expresión universal que permite la aproximación a la "verdad personal" de cada sujeto. Lo expresado sobre el nombre es aplicable también al seudónimo, que alcanza la importancia del nombre, tendiendo a sustituirlo.

---

[41] Zeno-Zencovich, Vincenzo, voz "Personalitá (diritti della)", en *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, vol. xiii, 4.ª ed., Turín: UTET, 1996, p. 435 y ss.

[42] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 5.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2015, pp. 57 y ss.

[43] Roppo, Vincenzo, "Diritto della personalità, diritto alla identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del Diritto?", en Aa.Vv., *L'informazione e i diritti della persona*, Nápoles: Jovene, 1983, p. 29.

[44] Zeno-Zencovich, Vincenzo, *I diritti della personalità*, en *Diritto civile*, vol. i, dirigido por Nicolò Lipari y Pietro Rescigno, coordinado por Andrea Zoppini, Milán: Giuffrè, 2009, pp. 535 y ss.

[45] Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, reimpresión, Nápoles: Università degli Studi di Camerino-ESI, 1982, p. 272.

[46] Alpa, Guido y Giorgio Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2.ª ed., Milán: UTET-Wolters Kluwer, 2019, pp. 191 y ss.

Se ha logrado perfilar conceptualmente el deslinde entre el derecho a la identidad personal, en cuanto proyección social de la persona como su *verdad esencial*, y los signos distintivos de la persona (nombre, seudónimos, etc.).

Sobe el derecho a la imagen, como han expresado con acierto Guido Alpa y Giorgio Resta[47], su reconocimiento constituye históricamente un aporte de la jurisprudencia francesa, que inició a ocuparse del tema durante el siglo xx. En la experiencia jurídica italiana, las primeras sentencias que se ocuparon de la materia se remontan a finales del siglo xix. Por este motivo se reflejan en manera particularmente nítida la diversa contribución de los modelos franceses y alemanes en la construcción de un sistema de tutela civil de la persona. Si por cincuenta años se tuvo la influencia francesa, ese sitial fue tomado por la cultura jurídica alemana, por su basamento conceptual y analítico.

Así, la atención de la jurisprudencia italiana en las primeras décadas del siglo xx se concentraron en tres aspectos: *a*) si la imagen es objeto de un derecho subjetivo, o se encuentra protegido solo indirectamente mediante las reglas de la responsabilidad civil y penal; *b*) si del derecho a la imagen es posible disponer como de todo otro derecho patrimonial y, especialmente, si en el caso de menores, pueden realizar actos válidos dispositivos sin la intervención de los que ejercen la patria potestad; *c*) si el consentimiento a la publicación del retrato tomado a la persona es revocable.

Efectivamente, desde la mitad del siglo pasado, la doctrina italiana asumió diferentes posiciones en el contexto de la más general controversia sobre la existencia misma de los derechos de la persona[48]. Se puede afirmar que, en el ámbito de la protección de la identidad personal, la imagen se presenta como un signo distintivo primordial. Cabe precisar que la problemática de la imagen se volvió más compleja, debido al perfeccionamiento de los medios y técnicas de difusión que caracterizan nuestra sociedad.

El Derecho se interesa de la protección jurídica del aspecto exterior de la persona, de su perfil somático. El objeto del derecho a la imagen, como indicada en su tiempo Emilio Ondei[49], es también la protección del perfil físico de la persona y su reproducción por cualquier medio, que no puede ser necesariamente una copia literalmente fiel y puede ser intencionalmente alterada o deformada. El uso ilegítimo de la imagen puede comportar prejuicio al honor, al decoro y a la reputación del sujeto[50], por lo que debe valorarse en cada caso su utilización[51].

La imagen, junto al nombre, constituye otro elemento para configurar la identidad estática del sujeto[52]. No puede olvidarse los otros aspectos de la persona, de carácter estático, que contribuyen a reconocer su identidad, su verdad social. Como en el caso de los signos distintivos, y particularmente del nombre. La imagen se presenta insuficiente para dar cuenta, ella sola, de la identidad personal. Con razón, Massimo Dogliotti ha expresado que ni los signos distintivos, ni la imagen agotan la identidad de la persona[53]. Estos elementos estáticos no brindan una proyección social completa que definan la identidad personal del sujeto.

---

[47] *Ivi*, pp. 215 y ss.

[48] Dogliotti, Massimo, *I. Le persone fisiche*, en *Trattato di Diritto Privato*, t. i, 2.ª ed., dirigido por Pietro Rescigno, Turín: UTET, 1999, p. 177.

[49] Ondei, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Turín: UTET, 1965, p. 348.

[50] Perlingieri, Pietro, *Profili del diritto civile*, 3.ª ed., revisada y ampliada, Nápoles. Esi, 1994, p. 162.

[51] Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.ª ed., revisada e integrada, Nápoles: ESI, 1991, p. 392.

[52] Alpa y Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, ob. cit., pp. 215 y ss.

[53] Dogliotti, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 177.

6. *Diferencias entre el derecho a la intimidad de la vida privada y derecho a la identidad personal*

La noción de identidad personal está también vinculada con la de intimidad de la vida privada. En efecto, el derecho a la intimidad protege el interés de la persona de gozar de un ámbito en el cual pueda desarrollar lo que constituye el núcleo de su vida privada. Consiste en el derecho a la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales, es decir de aquellos que el sujeto requiere se sustraigan a la curiosidad ajena. Se trata de aquellas actividades que carecen de trascendencia social. La intimidad es una categoría en sí, madurada para ser utilizada como instrumento jurídico en la sociedad moderna[54].

La intimidad puede describirse, como la desarrollo Adriano De Cupis[55], uno de los más reconocidos especialistas europeos de los derechos de la personas, como el modo de ser del sujeto, en que se excluye al conocimiento ajeno aspectos de su vida. Por ende, comporta la tutela jurídica de situaciones y vivencias particularmente personales y familiares, que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable[56]. En general, el derecho a la intimidad tutela jurídicamente el interés de mantener en reserva la esfera interna de la persona, evitando su divulgación pública, especialmente a través de los medios de comunicación masivos o redes informáticas, vale decir, protege al sujeto de la curiosidad pública[57].

No obstante, no debe olvidarse que en el derecho a la identidad personal se tutela la "mismidad" del sujeto, su verdad personal, en tanto que en el derecho a la intimidad de la vida privada no es importante la problemática de la "verdad personal", por lo que es materia de protección jurídica es la esfera de su privacidad, de aquellos comportamientos que quedan al margen de cualquier forma de intrusiones de parte de aquellas personas ajenas al mundo de la intimidad personal como familiar.

La exigencia existencial de tutela mediante lo jurídico, la esfera de la intimidad personal y familiar se encuentra estrechamente vinculada a un determinado momento. La necesidad de tutela jurídica de la intimidad de la vida privada se acentúa con la aparición de las transformaciones y cambios que se hacen evidentes en la sociedad industrial y tecnológica. En la sociedad se acentúan, mediante el notable avance de las comunicaciones, los contactos entre las personas y se debilita la vida comunitaria y decae el valor de la solidaridad[58].

6.1. *Antecedentes del derecho a la intimidad en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación.*

– El derecho a la intimidad se encuentra protegida a nivel universal en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el numeral 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.1 de la

---

[54] Palladino, Alfonso; Angelo De Mattia y Guido Galli, *Il diritto alla riservatezza*, Milán: Giuffrè, 1963, p. 37.

[55] De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982, p. 283.

[56] Caterina, Raffaele, *Le persone fisiche*, 3.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019, p. 148.

[57] Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, 11.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2020, p. 139.

[58] Sobre el particular, Dogliotti, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 143.

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

Principalmente, el artículo 12 de la Declaración Universal tiene el siguiente texto:

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Es en los Estados Unidos de Norte América donde, por primera vez, surgió la necesidad existencial de proteger la intimidad personal y familiar. El caso más recordado concerniente a la tutela la intimidad es el trabajo de Samuel D. Warren y Louis B. Brandeis[59], dos estudiosos norteamericanos que en 1890 publicaron un reconocido ensayo que ha sido el punto de inicio de desarrollo del estudio del derecho a la intimidad[60].

En la experiencia jurídica italiana el Código Civil de 1942 no protege la intimidad personal y familiar. Algunos autores, antes de su promulgación, se habían ya referido al derecho a la *riservatezza,* como es el caso, entre otros, de Massimo Ferrara Santamaria, que planteaba que se trataba de una configuración específica de los derechos fundamentales de los derechos de las personas, una de sus típicas afirmaciones autónomas[61].

Muchos otros son los autores que se han ocupado del tema instando a su tutela jurídica, como es el caso de Francesco Carnelutti[62], que afirmó que la persona tiene el derecho a que no se viole su privacidad, que no se le exponga al público sin su consentimiento o sin que el interés de la sociedad exija el sacrificio del interés individual. Por su parte, Adolfo Di Majo declaraba que este derecho postula la concreción judicial de diversas situaciones de hecho ilícitas antes que la rígida descripción del contenido de un derecho subjetivo[63]. Entre otros juristas, como Mario Bessone[64], señalaba que el derecho a la intimidad e reserva integran la categoría de los derechos de la persona.

Por su parte, otros autores, como Franco Ligi, estimaban que el derecho a la intimidad es el interés existencial de vivir una vida privada, libre de publicidad no deseada, que los aspectos personales privados no sean convertidos en públicos[65], aunque de ámbito variable en relación a la persona, como señalaba Giorgio Giampiccolo[66].

---

[59] Warren, Samuel D. y Louis B. Brandeis, "The right of privacy", en *Harvard Law Review,* vol. iv, n.° 5, 1890. Se ha utilizado la versión publicada por *Quid Pro Books*, Nueva Orleans: 2015, pp. 1 y ss.

[60] No obstante, es necesario indicar que diez años antes de la aparición del famoso ensayo de Warren y Brandeis, es decir, en 1880, Joseph Kohler (9 de marzo de 1849 - 3 de agosto de 1919), un reconocido jurista alemán, hiciera alusión a "*un derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada*". Auletta, Tommaso A., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milán: Giuffrè, 1978, p. 26.

[61] Ferrara Santamaria, Massimo, "Il diritto alla illesa intimità privata", en *Rivista di Diritto Privato*, vol. vii, primera parte, Padua: Cedam, 1937, p. 169.

[62] Carnelutti, Francesco, "Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año v, Milán: Giuffrè, 1955, pp. 5 y 6.

[63] Di Majo Giaquinto, Adolfo, "Profili dei diritti della personalità", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año xvi, Milán: 1962, pp. 92 y 93.

[64] Bessone, Mario, "Diritti dell personalità, segreto della vita privata e droit à l'image", en *Il diritto di famiglia e delle persone*, año vii, Milán: Giuffrè, 1978, p. 585.

[65] Ligi, Franco, "Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti: tedesco, americano, francese e italiano", en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. xxxi, Roma: 1956, p. 171.

[66] Giampiccolo, Giorgio, "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año xii, Milán: 1958, p. 472.

Se reconoce a Adriano De Cupis[67] como el más vehemente defensor del derecho a la intimidad, considerándolo como un derecho general, a pesar de cierta perplejidad en la doctrina, como anotaba Michele Giorganni[68], en atención también a una intervención jurisprudencial no siempre coherente (como sucede, en otras experiencias, como la alemana, como informa bien Alessandro Somma[69]). No le falta razón a Pietro Rescigno[70] cuando afirma que este derecho ha representado una contribución notable a la elaboración de la categoría de los derechos de la persona, que incluso a inicios del siglo xx habían sido criticados sobre la base de objeciones lógicas formales que escondían, en realidad, un rechazo incluso de carácter político.

No obstante, la jurisprudencia italiana asumió prontamente la tutela de la intimidad personal y familiar. Así si bien el Código Civil italiano de 1942 no reguló en su texto una norma de tutela expresa de la intimidad personal y familiar, el artículo 2 de la Constitución de Italia de 1947, que reconoce y garantiza "*los derechos inviolables del hombre*", actúa como cláusula general que sirve de fundamento para la protección de cualquier derecho natural o interés existencial que se sustenta en la dignidad de la persona, no obstante algunas voces discrepantes, como la de Francesco Macioce[71].

No es necesario, tratándose de los derechos de la persona, que exista una norma que acoja expresamente un determinado derecho subjetivo para que produzca su tutela. Bastaría recurrir al artículo 2 de la referida Constitución. Autores como Cesare Massimo Bianca[72] afirmaban que, respecto al derecho a la intimidad, se pueden evidenciar dos frases de evolución en el derecho italiano. La primera, alrededor de los años setenta, y una segunda fase, actual, caracterizada por la intervención del legislador, especialmente sobre la protección de datos personales.

En efecto, el derecho a la intimidad tutela jurídicamente la exigencia de la persona que los hechos y actos de su vida privada no sean divulgados, interés existencial que ha sido reconocido después de un intenso debate jurisprudencial y su respaldo constitucional[73]. Este derecho se diferencia del derecho al secreto, por cuanto este prohíbe la difusión pública de las situaciones de la vida privada del sujeto, mientras el derecho a la intimidad prohíbe el abusivo conocimiento de la vida privada ajena y la comunicación a terceros de los hechos reservados. Por ello, puede expresarse que la intimidad protege al sujeto frente a la curiosidad pública, en tanto que el derecho al secreto la protege contra la curiosidad individual. Lo que ha llevado a sostener a juristas como Arianna Fusaro[74] que la necesidad de garantizar jurídicamente la intimidad de la persona se constituye en una exigencia innegable de la sociedad moderna.

---

[67] De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982, p. 336.

[68] Giorganni, Michele, "La tutela della riservatezza", en *Il diritto privato nella società moderna*, al cuidado de Stefano Rodotà, Bolonia: Il Mulino, 1971, p. 139 y ss.

[69] Somma, Alessandro, "I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año l, Milán: 1996, p. 807.

[70] Rescigno, Pietro, "Conclusioni", en Alpa, Guido; Mario Bessone y Luca Boneschi (dir.), *Il diritto all' identità personale*, Padua: Cedam, 1981, p. 188.

[71] Macioce, Francesco, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padua: Cedam, 1984, pp. 25 y 26.

[72] Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile*, t. i, 2.ª ed., Milán: Giuffrè, 2002, p. 176.

[73] De Vita, Anna, "Commentario all'articolo 10 del codice civile", en Pizzorusso, Alessandro; Roberto Romboli; Umberto Breccia y Anna De Vita, *Delle persone fisiche, art. 1-10*, *Commentario del codice civile*, al cuidado de Francesco Galgano, Bolonia: Zanichelli, 1988, pp. 584 y 585.

[74] Fusaro, Arianna, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padua: Cedam, 2002, p. 188.

Como señala un sector de la doctrina italiana[75], el concepto de intimidad (*riservatezza*) traduce en el ordenamiento jurídico de Italia la noción de *privacy*, que tiene sus orígenes en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, donde es conceptualizado como el *right to be let alone* (en forma literal, el derecho a ser dejado solo), comprendido como poder de exclusión a terceros del conocimiento de hechos personales y de oponerse a la injerencia en la esfera física o moral de la personal.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano la situación es semejante. El artículo 3 de la constitución de 1993 actúa como cláusula general y abierta mediante la cual es posible proteger cualquier derecho de la persona, a pesar que no se encuentre tipificado como un expreso derecho subjetivo dentro del ordenamiento jurídico positivo.

En la jurisprudencia italiana es posible encontrar numerosos casos de tutela de la intimidad personal y familiar. Se puede citar que la corte constitucional, en su sentencia del 12 de abril de 1973, reconoció expresamente el derecho a la intimidad entre los derechos inviolables del hombre protegidos por el artículo 2 de la Constitución italiana, la que los reconoce y garantiza. La Corte Suprema, por su lado, con fecha 27 de mayo de 1975, siguiendo la indicación de la Corte Constitucional, resolvió el afamado caso en el cual la víctima fue la princesa Soraya, la segunda esposa de Mohammad Reza Pahleví, último Sah o emperador de Irán. En este último pronunciamiento se configura un autónomo derecho a la intimidad de la vida privada. El fallo de la Corte Suprema representó un vuelco significativo dentro de la jurisprudencia italiana. Cabe recordar también que en el notorio caso del famoso tenor Enrico Caruso, en 1956, emitido casi veinte años antes que el fallo antes citado, la Corte, ignorando la doctrina italiana que desarrollaba por aquellos tiempos la temática de la intimidad, no había resuelto favorablemente la demanda de tutela de la intimidad del reconocido cantante.

No obstante, es necesario tener presente que siete años después de haber dejado de proteger la intimidad de Caruso, la Corte Suprema de Italia, con sentencia de fecha 20 de abril de 1963, tutela los detalles íntimos de las históricas relaciones amorosas entre Benito Mussolini y Claretta Petacci, expuestas en un filme sobre la vida del primero. La corte, en efecto, reconoció la intimidad de la vida privada, pero sin referirse de modo explícito al derecho a la intimidad. En efecto, la Corte Suprema fundamentó su fallo argumentando que la divulgación de noticias sobre la vida privada de una persona era lesiva a la "*libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como individuo*"[76].

6.2. *Alcances de la noción de intimidad*. – Debe considerarse, como lo hace notar Alberto Trabucchi[77], que cada vez se reconoce un derecho amplio y general a la intimidad, es decir la protección de la vida privada como derecho fundamental de la persona a salvaguardarse de las diversas formas de intrusión en la esfera de la intimidad, así como sobre todo de toda forma de invasiva divulgación de sus actos y hechos personales.

Por su parte, otro sector de la doctrina italiana[78], ha considerado que el derecho a la intimidad del individuo se presenta, a diferencia de otros aspectos de tutela de los

[75] Nivarra, Luca; Vincenzo Ricciuto y Claudio Scognamiglio, *Diritto privato*, 5.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019, p. 169.

[76] Sobre la jurisprudencia italiana puede verse Bigliazzi Geri, Lina; Umberto Breccia; Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli, *Diritto Civile*, 1, Turín: UTET, 1986, p. 174.

[77] Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 48.ª ed., al cuidado de Giuseppe Trabucchi, Vicenza: Wolters Kluwer-Cedam, 2017, p. 333.

[78] Dogliotti, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 206.

derechos de la persona, estrechamente vinculado a las transformaciones profundas que acontecen en la sociedad industrial, que ha introducido un diverso modelo de vida: creciente contacto, pero también, mayor ajenidad entre los sujetos respecto a la dimensión comunitaria de la sociedad, más amplio dinamismo y circulación que permiten a las personas actuar en ambientes y situaciones entre ellos independientes, revistiendo roles diferentes y proyectando diversos perfiles de la propia persona. No obstante, principalmente por el incesante avance y proceso tecnológico, el perfeccionamiento de los medios de comunicación de masa y de los instrumentos de recopilación de datos y noticias que, actuando en forma inédita, podría ocasionar graves lesiones y agresiones a la intimidad del sujeto, por lo que requieren necesariamente adecuadas y eficaces defensas.

El estrecho vínculo con los elementos más característicos de la sociedad industrial explica, ha señalado Massimo DOGLIOTTI[79], como la exigencia de protección de la intimidad de la persona se haya manifestado (hasta la segunda mitad del siglo XIX) en el mundo anglosajón (especialmente en la experiencia jurídica de los Estados Unidos), desarrollándose décadas después en Europa continental, entre contrastes y oposiciones que ponían en discusión la categoría misma de los derechos de la persona, actualmente consolidada. En efecto, como indica también DOGLIOTTI[80], las polémicas fueron incentivadas, además de la escasez (en realidad, inexistente) de protecciones normativas de los ordenamientos jurídicos por este derecho de la persona, por su contenido a veces indeterminado (a diferencia de otros derechos como el nombre, integridad física, que tienen un objeto más específico y concreto) y susceptible de enriquecimiento y nuevas aperturas.

Como señala unos los juristas italianos que más ha influenciado en el derecho de las personas en el Perú, Pietro RESCIGNO[81], el peligro de agresiones y de invasiones en la esfera interna individual es antiguo como la curiosidad del ser humano. Con razón, afirma también el profesor emérito de la Universidad de Roma "La Sapienza", en la materia de los derechos de la persona los problemas más delicados, son precisamente, los que conciernen a la tutela de la intimidad[82].

En la actualidad, sostiene RESCIGNO[83], la amenaza contra la intimidad de la persona ha crecido por el progreso de la técnica, que crea formas nuevas e imprevisibles de reproducción y de difusión de la palabra, del pensamiento, de la imagen del sujeto. El cine, las fotografías, el internet, posan sus ojos en ámbitos, antes recónditos, de la persona.

El profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú, Juan MORALES GODO, sostuvo que "*lograr una definición del derecho a la vida privada no es fácil*". Para este jurista alcanzar una definición de la intimidad no se ha lograda ni en el sistema del *common law* ni en el romano-germánico al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico debido a que ha sido "*prácticamente imposible encerrar todas sus posibilidades en una definición*"[84]. Es por este motivo que la definición se produce en sentido negativo cuando se sostiene que es aquella esfera de la vida de una persona que, por su connotación y sus propias características, debe estar excluida del conocimiento público.

---

[79] *Ivi*, p. 207.

[80] *Ibidem*.

[81] RESCIGNO, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, 11.ª ed., 2.ª reimp. con apéndice de actualización, Nápoles: Jovene, 1996, p. 235.

[82] *Ivi*, p. 236.

[83] *Ibidem*.

[84] MORALES GODO, Juan, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Lima: Grijley, 1995, pp. 104 y 105.

Es factible comprender los alcances del bien jurídico protegido cuando se hace referencia a la "intimidad", así como precisar las consecuencias que sufre la persona que ha sido víctima de una ilegítima intrusión a su esfera íntima. Estas consecuencias dependen de la intensidad y gravedad que presente la intromisión o injerencia en el ámbito de la intimidad de la vida privada atendiendo a los parámetros de los usos y costumbres que impidan en el vivir social. De otro lado, es también viable determinar cuáles son los actos y las manifestaciones que pueden considerarse como intrusiones, intromisiones o injerencias en la intimidad de la vida privada.

El derecho a la intimidad tiene un contenido dinámico, el mismo que está en función de diversas variables, que, para autores como Vincenzo Zeno-Zencovich, están constituidas por los datos, por la modalidad de su obtención o de presentación, por los destinatarios, por el tiempo[85]. La noción de intimidad no puede desligarse del ambiente social en el cual vive el "sujeto de derecho", por lo que su protección puede acentuarse o liberalizarse, según sea el caso.

El derecho subjetivo a la intimidad es la respuesta jurídica al interés existencial de la persona de lograr preservar del conocimiento de los demás un restringido espacio de su vida privada. Se presenta el justificado interés que los actos, de cualquier alcance o modalidad, no estén expuestos a la intrusión, curiosidad, fisgoneo o injerencia de parte de los demás. Por ende, la intimidad de la vida privada está representada por todas aquellas actividades y actitudes, gestos, palabras que, realizados en el ámbito restringido al que se ha hecho mención, carecen normalmente de trascendencia social.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Italia ha señalado que aun en el caso de personajes ampliamente conocidos por el público, el derecho a la intimidad de la vida privada no puede ser rechazado. Solo se exceptúa de esta regla si así lo exigiera "*un real interés social a la información u otras exigencias públicas*"[86]. Los personajes públicos, por ende, tienen una intimidad que debe ser protegida dentro de los límites expuestos.

En tanto, el codificador peruano de 1984 al ser consciente de la importancia que representa para la persona la protección del ámbito de la intimidad de la vida privada personal y familiar, dispuso su tutela mediante el artículo 14 del Código Civil vigente[87]. Debido a que el ser humano requiere esta protección para desarrollar su vida libre de intrusiones y de sobresaltos, los que originan alteración de su necesario equilibrio psíquico y serenidad interior.

6.3. *Limitaciones al derecho a la intimidad personal y familiar.* – Se presenta una limitación natural del derecho a la intimidad personal que proviene de las relaciones familiares. En el ámbito de la familia cada uno de sus miembros, si bien de una parte requieren la protección de tales relaciones frente a terceros, por otra renuncia implícitamente a un tramo de su intimidad que comparte con los componentes de su familia, la que conoce aspectos de dicha intimidad en cuanto producto de una vida en común.

---

[85] Zeno-Zencovich, Vincenzo, "Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza", en *Il diritto alla informazione e della Informatica*, Milán: Giuffrè, 1986, p. 933.

[86] Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, ob. cit., p. 163 y ss.

[87] Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de* 1984, 13.ª ed., ampliada y actualizada, Lima: Instituto Pacífico, 2016, pp. 204 y ss.

La renuncia natural a una porción de la intimidad entre familiares se origina antes del matrimonio. El no divulgar intimidades, es decir, ciertas graves o comprometedoras situaciones, puede ser razón de impugnación del matrimonio de parte del otro cónyuge.

Como anota bien Pietro PERLINGIERI[88], la intimidad de la vida privada como derecho existencial digno de tutela jurídica asume importancia también en relación al lugar-comunidad de los afectos. En la más amplia problemática de la intimidad un papel en sí relevante asume la tutela de la intimidad de la vida privada en el ámbito familiar. La posición de los sujetos que constituyen su núcleo concierne a las relaciones internas, caracterizadas por la necesidad de la recíproca discreción, garantizándola al sujeto y al grupo familiar en su conjunto, como a las relaciones externas, por la necesidad que los terceros no realicen búsquedas y divulgaciones lesivas a la intimidad de la vida familiar.

Asimismo, el conocimiento de las vivencias internas puede encontrar su causa en la correspondencia intercambiada entre los futuros cónyuges. De allí se origina la obligación de que cada uno de ellos de devolverse la referida correspondencia a efecto de preservar de la curiosidad de terceros de aspectos de la intimidad divulgados en ella. En este sentido, el artículo 80 del Código Civil italiano de 1942 establece que, en caso de ruptura de los esponsales o promesa de matrimonio, se puede demandar la devolución de los regalos que se hubieren recibido con ocasión de dicho acto. Por analogía, se ha llegado a afirmar, que se ha considerado la existencia de la obligación de la restitución de la correspondencia e incluso de las fotografías y otros recuerdos[89].

Debe considerarse también que el derecho a la intimidad entraña ciertos deberes o limitaciones en cuanto a su ejercicio. Por ser el Derecho una relación entre sujetos, no existen derechos absolutos en cuanto a su ejercicio. Como lo expresada el profesor Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO en la Exposición de Motivos del Libro primero del Código Civil de 1984 dedicado al derecho de las personas, que "*la intrusión en la vida privada o su divulgación se justifican cuando existe un definido interés social, una razón de orden público*". Es así que "*frente a una circunstancia de esta naturaleza, como podría ser una indagación policial, no cabe oponer el respeto que la ley reconoce a la privacidad de la persona*". Por otro lado, el titular del derecho puede prestar su asentimiento para la puesta de manifiesto de su intimidad, siempre que con ello no se cause agravio a las buenas costumbres[90].

Sobre el particular, el interés social por conocer algunos aspectos de la vida privada del sujeto, sin que ello signifique penetrar en el núcleo mismo de su intimidad, se manifiesta especialmente en el caso de personas que, por cualquier circunstancia han adquirido notoriedad pública. Por tal motivo, se restringe, en cierta medida, la protección de la vida privada de tales personas, sin que ello signifique una indebida injerencia en la esfera misma de la intimidad. Ello no quiere decir desconocer o poner límites al derecho a la intimidad personal y familiar de los personajes públicos. Estos grupos son titulares del derecho a tener una intimidad que debe ser respetada, aunque algunas actividades de su vida privada puedan ser puestas de manifiesto sin lesionar la intimidad o el honor del sujeto. La intimidad se constituye en el núcleo de la vida privada, salvo excepcionales razones de interés público de conformidad con un mandato legal o judicial. La noto-

---

[88] PERLINGIERI, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.ª ed., revisada e integrada, Nápoles. ESI, 1991, p. 389.

[89] DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 157.

[90] FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de* 1984, ob. cit., p. 204.

riedad que adquiera una persona no le priva del derecho a que se respete su intimidad, aunque, por razones de interés social, se restrinja en cierto nivel la tutela de determinados aspectos de su vida privada. Como anota bien Pietro Rescigno[91], la prensa, el cine, la radio, la televisión (actualmente las redes sociales), son materia de decisiones de los jueces en caso de lesión a la intimidad, incluso de las personas públicas, materia que no ha sido ajena a los legisladores.

6.4. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información.* – Modernamente se presenta en el vivir comunitario dos derechos que, amparados ambos por las constituciones, suelen colisionar. Por un lado, el derecho a la intimidad de la vida privada y, por el otro, el derecho a la información de que goza la comunidad social frente a hechos de interés general. Debe tenerse en cuenta que, al tratar del derecho a la información, que se sustenta en la libertad de expresión, debemos tener en cuenta su doble vertiente que consiste, por una parte, recoger y brindar información y, de la otra, en el derecho de cada persona, y de la sociedad, a recibirla.

Resulta complejo establecer una definitiva demarcación entre ambos derechos que permita al juez contar con un criterio aplicable a los casos en que se presenten conflictos de este tipo. Corresponde a los jueces evaluar las circunstancias a fin de encontrar una adecuada solución al conflicto, vale decir, en los en que sean irreconciliables la protección de la intimidad, de un lado, y la del interés social por conocer detalles que supongan una intrusión en la esfera de la intimidad de la vida privada, por el otro.

Como ha expresado Carlos Fernández Sessarego[92], el problema del contraste de intereses entre el derecho a la identidad y la libertad de información se disipa en forma si se llega a tener en cuenta que lo que es digno de tutela no es la imagen que cada persona tiene sobre sí misma, no se trata de aceptar la pretensión psicológica o mental de la persona que sustenta su identidad en una exclusiva visión de raíz subjetiva. Por el contrario, lo que resulta evidente es que la identidad personal debe apoyarse en elementos objetivos, en comportamientos y situaciones notorias. Evidentemente lo que se trata es tutelar jurídicamente la "verdad históricamente comprobada".

Por ello, a Massimo Dogliotti[93], en la doctrina jurídica italiana, no le ha faltado razón al afirmar que todavía no está resuelto el problema respecto a los límites de la protección de la intimidad de la vida privada y la libertad de expresión. Por ello, se puede evidenciar que no se presenta aún una delimitación precisa entre ambos derechos, cada uno de ellos es merecedor de protección jurídica. En realidad, el problema es el de los límites y compatibilidad entre intereses opuestos.

No obstante, el derecho existencial a la intimidad de la vida privada de una persona es un derecho fundamental, vale decir, una exigencia que deriva de su propia naturaleza de ser libre, no se puede ignorar la importancia que reviste la libertad de información, que es la base de toda organización social respetuosa de la dignidad de la persona. Esta libertad no solo tiene una vertiente individual sino, al mismo tiempo, una vertiente social, debido al interés de la comunidad de estar informada de aquello que de importancia acontezca en ella.

---

91 Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, ob. cit., p. 235.
92 Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, ob. cit., p. 193.
93 Dogliotti, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 228.

6.5. *El Código Civil peruano de 1984 y la intimidad.* – El artículo 14 del Código Civil peruano atinente al derecho a la intimidad personal y familiar tiene como antecedente el artículo 80 del Código Civil de Portugal, de 1967, y el artículo 18 del Código Civil de Bolivia de 1975[94].

Como expresaba el Profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO en la Exposición de Motivos del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984:

[L]a persona carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológicos, con una elemental tranquilidad espiritual, con la seguridad de que los actos de su vida íntima no son ni escudriñados ni divulgados[95].

Fue esta convicción la que llevó al codificador peruano de 1984 a incorporar en el código el derecho a la protección de la intimidad personal y familiar, pese a que eran escasos los antecedentes legislativos en la materia, aunque, por el contrario, eran numerosos los casos protegidos por la jurisprudencia comparada de los países con mayor tradición jurídica aún, en ciertos casos, sin contar con norma expresa que la tutelara jurídicamente.

En el texto del vigente artículo 14 comprende, como se menciona en la Exposición de Motivos al Libro Primero del Código Civil peruano elaborado por el profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*dos distintas pero conexas situaciones vinculadas a la tutela de la intimidad de la vida privada, ya sea personal o familiar*". Según lo expuesto por el codificador de 1984, profesor FERNÁNDEZ SESSAREGO, en la referida Exposición de Motivos del Libro Primero, en dichas situaciones "*consisten tanto en la simple intrusión en dicha esfera como en la divulgación de cualquier acto a ella atinente*". Es, así, que "*en el primer caso se persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intranscendente curiosidad de terceros". Es, por ello, que la norma "pretende impedir, con el mismo propósito, el despliegue de diversas actitudes que supongan fisgonear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión, un hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un público interés*"[96].

En efecto, el codificador de 1984 consideró que en el artículo 14 se protegían dos situaciones vinculadas con la protección de la intimidad, como el hecho de la simple intrusión o entrometimiento en el ámbito de la intimidad personal y familiar, de un lado, y la divulgación de hechos relacionados con la intimidad del sujeto o de su familia, del otro.

Es necesario precisar que el codificador del Libro de derecho de las personas del Código Civil peruano de 1984 consideró que con la amplia expresión "*puesta de manifiesto*" se comprendían dos situaciones distintas pero vinculadas como son, la primaria, referida a la "*simple intrusión*" en el ámbito de la intimidad, y la secundaria relacionada con la divulgación de lo que indebidamente se había "*puesto de manifiesto*" de dicha intimidad mediante una indebida intrusión, vale decir, de lo que se había evidenciado a raíz de dicha intromisión.

---

[94] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Código Civil. IV: Exposición de motivos y comentarios*, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compilada por Delia Revoredo de Debakey, Lima: 1985, p. 81.

[95] *Ivi*, p. 80.

[96] *Ibidem*.

7. *Identidad personal, derechos al honor y a la reputación: diferencias*

El derecho al honor y el derecho a la reputación protegen intereses existenciales muy cercanos y próximos. En el primero se protege jurídicamente el sentimiento que posee la persona en vinculación con su propia consideración. Como señalaba Adriano De Cupis, es "*el sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal*"[97]. Por ende, se trata de una actitud subjetiva de autoestima del sujeto. Por el contrario, en la esfera del derecho a la identidad personal se sitúa en una dimensión objetiva donde lo que se protege es la es la "*verdad*" personal, la proyección social del sujeto en su plenitud de verdad.

La reputación, a diferencia del honor, es la valoración que de la persona tienen los demás miembros de la sociedad[98]. La fama, como también se le conoce, tiene que ver con el juicio crítico que sobre una persona formulan aquellos que la conocen en tanto la frecuentan[99]. Distintamente de la autoestima en que consiste el sentimiento del honor, la reputación es la estima del sujeto tienen los otros, por lo que se diferencia del honor en tanto trasciende el ámbito de la simple subjetividad.

En efecto, como ha manifestado Vincenzo Zeno-Zencovich[100], entre las diferencias entre la identidad personal y reputación, concierne en que la primera está constituida por la proyección social de la personalidad del sujeto y del conocimiento de que esta tiene la colectividad, la segunda representada un juicio sobre la persona expresada por la sociedad. Por ende, la primera se presenta como un *prius* respecto a la segunda, necesario, pero no suficiente. Así, mientras la identidad concierne al momento gnoseológico de la relación de un sujeto con los otros, pudiéndose resolver en consecuencias positivas, negativas o neutras, la reputación concierne al momento crítico, en que se da conocimiento de un juicio positivo o negativo.

La reputación, por concernir a un juicio de valor que los demás realizan sobre el sujeto, la "*verdad personal*" no es un factor prioritario de ella. En cambio, respecto a la identidad personal, lo que es relevante no es la valoración. Respecto a la identidad personal se trata de una actitud de carácter gnoseológico. En la reputación, por su lado, prepondera la actitud axiológica. Los demás emiten un juicio de valor respecto a la persona y sobre esta base se construye la reputación de la persona, sin que necesariamente sea un factor determinante en cuanto a su formulación.

El sustento y basamento del derecho al honor encuentra en la conciencia de la dignidad, de la calidad moral y en la autoestima de la persona. El honor se constituye en el íntimo valor del sujeto. Es un bien valioso, un sentimiento interior en su ser, una convicción profunda, que merece protección por parte del Derecho[101].

La protección del honor de la persona, señala Massimo Dogliotti[102], proviene de tiempos antiguos. Los romanos consideraron el valor fundamental de la vida social. Este aspecto de la persona fue en el derecho romano garantizado mediante la privada *actio iniurarum* y posteriormente con la acción pública, considerando el interés de la colectividad a la vindicación de la ofensa ocasionado al sujeto. Castigado en el derecho intermedio con la pena capital, el atentado al honor constituyó supuesto de delito en

---

[97] De Cupis, *I diritti della personalità*, ob. cit., p. 251.

[98] Zeno-Zencovich, Vincenzo, voz "Onore e reputazione", en *Digesto*, vol. xiii, 4.ª ed., sección Derecho Civil, Turín: UTET, 1996, p. 91.

[99] *Ibidem*.

[100] Zeno-Zencovich, *I diritti della personalità*, ob. cit., p. 535.

[101] Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad personal*, ob. cit., pp. 170 y ss.

[102] Dogliotti, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 196.

la mayor parte de los códigos penales modernos (como en los italianos de 1887 y 1930) con el objetivo de titular a la persona y de ordenar la convivencia social, de otra manera, estaría repleta de venganzas y odios[103].

El honor se materializa no solo como en ser exigente consigo mismo, sino que, en el ámbito social, se manifiesta en la consideración y el respeto que se merecen los demás. Como ha afirmado Arianna Fusaro[104], la doctrina civilista y penalista consideran al honor como el sentimiento que cada uno tiene de su propia dignidad moral. Emerge del aspecto subjetivo (honor *strictu sensu*), un significado objetivo, que es brindado en el ámbito de estima y respecto en que el sujeto goza al interior de la sociedad, de la comunidad.

En épocas pasadas, es cada vez complejo describir lo que se debe comprender por honor, por lo que se suele confundir con conceptos como la dignidad o autoestima. Se distingue, por los formantes doctrinario y jurisprudencial, dos aspectos en el honor. Uno de carácter subjetivo y otro objetivo. El primero es el sentimiento de autoestima de la persona y, el segundo, es la estima o consideración que de la persona tienen los demás miembros de la sociedad, de la comunidad a la pertenece el sujeto. Así también el honor se diferencia de la autoestima, porque el honor es a la vez el sentimiento de autoestima de la persona y de la consideración que de ella poseen los miembros del grupo en que se relaciona.

Respecto a la dignidad y el honor, no debe olvidarse que la primera es inherente a la persona, en cuanto se sustenta en la calidad de ser libre. En cambio, el honor es un sentimiento de la persona en relación con el aprecio que ella merece de los demás miembros de su comunidad. El honor halla su fundamento en la dignidad de la persona.

8. *Derecho a la información y el derecho a la identidad personal*

Discusiones jurídicas respecto a la identidad personal surgen cuando se tratan la problemática respecto a los límites que dicha situación impondría al derecho a la información, que conlleva, para cierto sector del formante doctrinal, dudas y perplejidades respecto a los alcances del derecho a la identidad personal[105].

Un sector de juristas niega la autonomía del derecho a la identidad personal o, propugna su dependencia con relación a la libertad de expresión, lo que representa un problema que evidencia el conflicto el interés, principalmente individual, que corresponde a la identidad personal, y el interés, prevalentemente público, respecto a la circulación de las informaciones y al control social que de ella surge.

En efecto, se trata de dos intereses merecedores de tutela jurídica, lo que obliga a la labor de conciliar ambas exigencias. El derecho a la información concierne, por ser una situación jurídica subjetiva, la presencia no solo de una facultad para informar de parte del titular del derecho, sino la de un deber como es el de brindar información veraz, basada en principios de la ética y el orden público. El cumplimiento del citado deber

---

[103] *Ivi*, p. 197.

[104] Fusaro, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, ob. cit., p. 50.

[105] Fernández Sessarego, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en. Aa.Vv., *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Lima. Cultural Cuzco, 1990, p. 93 y ss.

lo puede requerir los destinatarios de la información sobre la base de lo que la doctrina ha denominado como "interés difuso", que no se identifica ni con el interés individual, ni con el interés social, debido a que se trataría de un interés de naturaleza diversa[106].

Tanto la identidad personal y el derecho a la información deben tutelarse dentro de un plano de igualdad jurídica, por lo que no puede postularse la protección de aquella de manera residual. No debe olvidarse, como recuerda Vincenzo Zeno-Zencovich[107], que el término información ha asumido en la época moderna una multiplicidad de significados, a menudo relevantes para el jurista. En un primer sentido, atendiendo a su contenido, se comprende por información cualquier dato representativo de la realidad que es conservado por un sujeto o comunicado por un sujeto a otro. En un segundo sentido, considerando su aspecto funcional, bajo el término información se agrupan las actividades de comunicación al público desarrollada por los medios (radio, prensa, televisión, internet). En una tercera acepción, considerando su especialidad, la información integra una obligación en la esfera de algunos sujetos que entran en relación con otros.

A nivel del formante doctrinario, se va asentando la tendencia a tutelar autónoma y contemporánea ambos intereses, buscando un punto de equilibrio. No puede descartarse la presencia de determinados riesgos y dificultades que se originan en la práctica a regular normativamente la compatibilización de los dos derechos subjetivos. Todo lo señalado explica que, según expresaba Vincenzo Scalisi, "*la garantía de los derechos de información y de crónica no se puede proponer ni concebir en términos alternativos o, aún peor, de antítesis respecto a la cuestión de la tutela a la identidad personal y viceversa*"[108]. Como este fino jurista observaba, no consiste en privilegiar uno u otro principio, sino de encontrar un equilibrio en la tutela que se atribuirse a ambos intereses.

Estas razones recomiendan no partir del prejuicio de catalogar al derecho a la identidad personal como un límite de la libertad de información[109]. La verdad personal y su protección es una exigencia que el legislador y el Estado deben atender, sin desconocer que el derecho a la expresión del pensamiento se erige como una de las más preciosas conquistas de nuestra civilización. La protección jurídica simultánea y armoniosa de ambos intereses parecer ser la postura más coherente a las aspiraciones de la persona. No debe olvidarse que la identidad personal protege la "verdad históricamente comprobada" de la persona.

9. *Referencias bibliográficas*

Alpa, Guido y Giorgio Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2.ª ed., Milán: UTET-Wolters Kluwer, 2019.

Auletta, Tommaso A., *Riservatezza e tutela della personalità*, Milán: Giuffrè, 1978.

Bessone, Mario, "Diritti della personalità, segreto della vita privata e droit à l'image", en *Il diritto di famiglia e delle persone*, año vii, Milán: Giuffrè, 1978.

Bianca, Cesare Massimo, *Diritto Civile*, t. i, 2.ª ed., Milán: Giuffrè, 2002.

[106] Zeno-Zencovich, Vincenzo, "Diritto di informazione e all'informazione", en *Enciclopedia Italiana*, t. xxi, Roma: 2009, p. 302.

[107] Id., voz "Informazione (Profili Civilistici)", en *Digesto*, vol. ix, 4.a ed., Turín: Utet, 1993, p. 2.

[108] Scalisi, Vincenzo, "Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale", Aa. Vv., *La lesione all'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milán: Giuffrè, 1985, p. 129.

[109] Zeno-Zencovich, "Diritto di informazione e all'informazione", art. cit., p. 305.

Bigliazzi Geri, Lina; Umberto Breccia; Francesco Donato Busnelli y Ugo Natoli, *Diritto Civile*, 1, Turín: UTET, 1986.

Carnelutti, Francesco, "Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año v, Milán: Giuffrè, 1955.

Caterina, Raffaele, *Le persone fisiche*, 3.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019.

De Cupis, Adriano, *I diritti della personalità*, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán: Giuffrè, 1982.

De Vita, Anna, "Commentario all'articolo 10 del codice civile", en Pizzorusso, Alessandro; Roberto Romboli; Umberto Breccia y Anna De Vita, *Delle persone fisiche, art. 1-10, Commentario del codice civile*, al cuidado de Francesco Galgano, Bolonia: Zanichelli, 1988.

Di Majo Giaquinto, Adolfo, "Profili dei diritti della personalità", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año xvi, Milán: 1962.

Dogliotti, Massimo, *I. Le persone fisiche*, en *Trattato di Diritto Privato*, t. i, 2.ª ed., dirigido por Pietro Rescigno, Turín: UTET, 1999.

Fernández Sessarego, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en. Aa. Vv., *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Lima. Cultural Cuzco, 1990.

Fernández Sessarego, Carlos, *Código civil. IV: Exposición de motivos y comentarios*, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compilada por Delia Revoredo de Debakey, Lima: 1985.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, 2.ª ed., actualizada y ampliada, Lima: Instituto Pacífico, 2015.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de* 1984, 13.ª ed., ampliada y actualizada, Lima: Instituto Pacífico, 2016.

Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, 5.ª ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires: Astrea, 2015.

Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad. La teoría tridimensional del Derecho*, Lima: Motivensa, 2017.

Ferrara Santamaria, Massimo, "Il diritto alla illesa intimità privata", en *Rivista di Diritto Privato*, vol. vii, primera parte, Padua: Cedam, 1937.

Fusaro, Arianna, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padua: Cedam, 2002.

Giampiccolo, Giorgio, "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año xii, Milán: 1958.

Giorganni, Michele, "La tutela della riservatezza", en *Il diritto privato nella società moderna*, al cuidado de Stefano Rodotà, Bolonia: Il Mulino, 1971.

Ligi, Franco, "Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti: tedesco, americano, francesse e italiano", en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. xxxi, Roma: 1956.

Macioce, Francesco, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padua: Cedam, 1984.

Morales Godo, Juan, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Lima: Grijley, 1995.

Nivarra, Luca; Vincenzo Ricciuto y Claudio Scognamiglio, *Diritto privato*, 5.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2019.

Ondei, Emilio, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Turín: UTET, 1965.

Paradiso, Massimo, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, 11.ª ed., Turín: G. Giappichelli, 2020.

Perlingieri, Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.ª ed., revisada e integrada, Nápoles. ESI, 1991.

Perlingieri, Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, reimpresión, Nápoles: Università degli Studi di Camerino-ESI, 1982.

Perlingieri, Pietro, *Profili del diritto civile*, 3.ª ed., revisada y ampliada, Nápoles. ESI, 1994.

Rescigno, Pietro, "Conclusioni", en Alpa, Guido; Mario Bessone y Luca Boneschi (dir.), *Il diritto all'identità personale*, Padua: Cedam, 1981.

Rescigno, Pietro, *Manuale del diritto privato italiano*, 11.ª ed., 2.ª reimp. con apéndice de actualización, Nápoles: Jovene, 1996.

Roppo, Vincenzo, "Diritto della personalità, diritto alla identità personale e sistema dell'informazione. Quale modello di politica del Diritto?", en Aa.Vv., *L'informazione e i diritti della persona*, Nápoles: Jovene, 1983.

Scalisi, Vincenzo, "Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale", Aa. Vv., *La lesione all'identità personale e il danno non patrimoniale*, Milán: Giuffrè, 1985.

Somma, Alessandro, "I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell'ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año l, Milán: 1996.

Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 48.ª ed., al cuidado de Giuseppe Trabucchi, Vicenza: Wolters Kluwer-Cedam, 2017.

Warren, Samuel D. y Louis B. Brandeis, "The right of privacy", *Quid Pro Books*, Nueva Orleans: 2015.

Zeno-Zencovich, Vincenzo, "Diritto di informazione e all'informazione", en *Enciclopedia Italiana*, t. xxi, Roma: 2009.

Zeno-Zencovich, Vincenzo, "Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza", en *Il diritto alla informazione e della Informatica*, Milán: Giuffrè, 1986.

Zeno-Zencovich, Vincenzo, *I diritti della personalità*, en *Diritto civile*, vol. i, dirigido por Nicoló Lipari y Pietro Rescigno, coordinado por Andrea Zoppini, Milán: Giuffrè, 2009.

Zeno-Zencovich, Vincenzo, voz "Informazione (Profili Civilistici)", en *Digesto*, vol. ix, 4.a ed., Turín: Utet, 1993.

Zeno-Zencovich, Vincenzo, voz "Personalitá (diritti della)", en *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, vol. xiii, 4.ª ed., Turín: UTET, 1996.

CLAUDIA IRTI

LA PERSONA ANZIANA: SULLA RILEVANZA GIURIDICA DELLA NOZIONE

SOMMARIO: 1. Le persone anziane: una categoria giuridica? – 2. Autonomia v. paternalismo e individuo v. società. – 3. Sulla vulnerabilità. – 4. Sulla vulnerabilità di gruppo. – 5. Autonomia e assistenza.

1. *Le persone anziane: una categoria giuridica?*

"L'uomo giuridico" è quello "*per essenza* e *per natura* capace di esercitare lucidamente processi di decisione razionalmente condotti che si manifestano in atti di autonomia" e tale capacità si configura "come il valore che fa l'uomo persona per il diritto e il connotato *normale* della realtà umana" cosicché "l'affaccendarsi dei soggetti sulla scena giuridica de(ve) e p(uò) seguire il criterio della capacità eguale che trova limite solo nella patologia"[1].

Con "le mani legate" dal paradigma di un "soggetto", quale immagine irreale di uomo sempre eguale a sé stesso che "precipi(ta) nell'incapacità quando la sua libertà cessa di veleggiare lucida e forte"[2], il diritto civile si trova oggi a non poter più procrastinare l'urgenza di affrontare la "rivoluzione silenziosa"[3], l'inarrestabile invecchiamento della popolazione mondiale, uno dei cambiamenti demografici più significativi della storia recente, foriero di certe – per quanto forse ancora imprevedibili – ricadute su tutti i sistemi socio-economico-giuridici.

Dinanzi a un'opinione comune che non esita ad individuare nel progressivo decadimento delle forze fisiche e mentali che accompagna l'invecchiamento l'elemento distintivo di una "categoria" di soggetti vulnerabili, quella degli anziani, che merita specifiche attenzioni, emerge nell'ambito giuridico (specie di matrice civilistica) un fronte molto meno unitario[4], per la difficoltà di individuare caratteristiche comuni e costanti dipendenti dall'età che possano giustificare l'individuazione di una categoria anagrafica[5], analoga a quella dei soggetti minori di età, cui ricondurre peculiari tutele. Nella

---

[1] ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, 2009, Milano, 123 e ss.

[2] *Ibidem*.

[3] Fu la suggestiva definizione del crescente invecchiamento della popolazione mondiale, utilizzata da Kofi Annan, Premio Nobel per la Pace e già Segretario Generale delle Nazioni Unite (ONU) nel 2002.

[4] Il dibattito relativo al riconoscimento della soggettività delle persone anziane è molto aperto, "tanto che anche il confronto relativo all'opportunità che le Nazioni Unite adottino una specifica convenzione a tutela dei loro diritti sembra essersi arenato, principalmente a causa della difficoltà di individuare i "confini" del gruppo in questione e di ravvisare al suo interno una qualche omogeneità", così BERNARDINI, *(In)visibili? La vulnerabilità alla violenza di chi non ha l'età*, in *GenIUS,* 2, 2020, 1 ss., 10. A livello di Carta costituzionale l'età viene più volte in rilievo con riferimento alle persone minori, ma non a quelle anziane; nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sussiste uno specifico divieto di discriminazione in ragione dell'età (art. 21), e sono prese in considerazione sia la soggettività delle persone minori (art. 24), sia quella delle persone anziane (art. 25). Cfr. STANZIONE, *Diritti esistenziali della persona, tutela della minorità e Drittwirkung nell'esperienza europea*, in *I diritti fondamentali in Europa*, Milano, 2002, 277 e ss.

[5] Dal punto di vista degli studi antropologici la soglia di ingresso nella c.d. terza età tende progressivamente a spostarsi verso avanti. In occasione del 63° Congresso Nazionale della Società Italiana di Gerontologia e Geriatria (SIGG) del novembre 2018, è stata data una nuova definizione dinamica di

visione di molti[6] il legare al mero avanzare del tempo una mutazione della condizione socio-giuridica dell'individuo, potrebbe infatti palesarsi quale una forma di "discriminazione soggettiva"[7] basata su di un ragionamento di natura presuntiva.

Il discorso giuridico stenta, dunque, ad elaborare una specifica nozione di individuo anziano intorno al quale edificare uno statuto giuridico *speciale* e derogatorio rispetto al diritto comune[8], diversamente da quanto è accaduto con il soggetto minore, ove è il superamento di una certa soglia anagrafica a separare i cittadini in due categorie: "coloro che possono partecipare personalmente al traffico giuridico (...) da coloro, che essendo considerati psichicamente immaturi, debbono essere rappresentati da altri"[9].

Sfugge a questa logica binaria la legislazione lavoristica, che in virtù dell'attuazione di politiche pensionistiche, introduce una terza 'categoria anagrafica' di rilevanza giuridica, quella per l'appunto dell'età pensionabile[10] (fissata oggi in via convenzionale attorno al sessantasettesimo anno di età) che, tuttavia, non ha dimostrato capacità espansiva nell'ambito civilistico rimanendo confinata entro e non oltre "il limite esterno" definito dall'oggetto stesso del diritto del lavoro.

Spostando l'attenzione al versante normativo pubblicistico è, invero, possibile osservare come tutta la legislazione socioassistenziale di matrice solidaristica[11] sia artefice di misure di intervento a favore dei "soggetti anziani" individuati, perlopiù, come coloro che abbiano compiuto il 65° anno di età[12], misure che trovano applicazione a prescindere dalle condizioni di salute, sociali e, solitamente, anche economiche del singolo individuo che abbia raggiunto quella soglia di età. Eventuali proposte di allungamento dei termini anagrafici che definiscono la categoria beneficiaria di tali

---

anzianità (soglia da 65 a 75 anni), più confacente alle attuali *performance* fisiche e mentali, alla situazione demografica della popolazione italiana e, in generale, alle condizioni psicofisiche dei soggetti appartenenti a Paesi ad alto reddito. Per l'allungamento medio della speranza di vita alla nascita (in Italia 85 anni per le donne e 82 per gli uomini) è stata creata una nuova categoria di anzianità, dividendo le persone con più di 65 anni tra chi appartiene alla terza età (condizionata da buone condizioni di salute, inserimento sociale e disponibilità di risorse) e alla quarta età (caratterizzata da dipendenza da altri e decadimento fisico).

[6] C.M. Bianca, *Senectus ipsa morbus*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, 1998, vol. II, 98 ss., Id. in *Rass. dir. civ.*, 1998, 241 ss.; P. Perlingieri, *Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale*, in *Anziani e tutele giuridiche*, a cura di Stanzione, ESI, 1991, 98 ss.; Lisella, *Rilevanza della «condizione di anziano» nell'ordinamento giuridico*, *ivi*, 67 ss.; Dogliotti, *I diritti degli anziani*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, 714 ss.; Minervini, *Esiste la categoria giuridica degli anziani? (a proposito di violenza morale ed età)*, in *Giur. it.*, 1989, 319 ss.; Rossi Carleo - Saulle - Siniscalchi (a cura di), *La terza età nel diritto interno ed internazionale*, Napoli, 1997, *passim*.

[7] Il principio di non discriminazione in base all'età è espressamente sancito dall'art. 21 della Carta di Nizza.

[8] Bacciardi, *La tutela civile degli anziani alla luce dell'art. 25 della Carta di Nizza*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2015, II, 293 ss.; Tamponi, *Nel diritto della terza età*, Saveria Mannelli, 2021, 50; Cascione, *Il lato grigio del diritto*, Torino, 2022, 11.

[9] Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1982, 1117 ss., 1119. Peraltro, una distinzione netta tra due categorie che oggi non sembra più corrispondere alle esigenze del diritto applicato. In argomento Senigaglia, *Minore di età e contratto*, Torino, 2020, *passim*.

[10] Se ne leggano le critiche mosse da C.M. Bianca, *Senectus ipsa morbus,* cit., e la proposta alternativa di un "sistema 'aperto' che adegui le vicende istitutive dei rapporti di lavoro al concreto accertamento della volontà e idoneità dei soggetti".

[11] La ragione di un tale operare va rintracciata secondo alcuni nella stessa Carta costituzionale ove la persona anziana riceve tutela soltanto sul piano assistenziale e sociosanitario; ciò renderebbe superfluo elaborare uno statuto degli anziani così Lisella, *op. cit.*, 72.

[12] Anche la proposta di *Legge delega sulle politiche per le persone anziane* all'art. 1 (*Definizioni*) sanciva che sono considerate persone anziane ai fini della stessa legge "le persone al compimento del 65° anno di età, indipendentemente dalla loro condizione lavorativa". Nella versione finale tale riferimento anagrafico è stato eliminato.

politiche e misure vengono poi comunemente definite inaccettabili[13] e percepite come misure antisociali.

2. *Autonomia v. paternalismo e individuo v. società*

I diversi approcci che la disciplina giuridica privatistica e quella pubblico-assistenziale apprestano al tema dell'avanzamento dell'età trovano riscontro nella coppia di dicotomie che alcuni studiosi della "*Elder Law*"[14] pongono alla base dei modelli regolativi applicabili alla materia: la dicotomia "autonomia v. paternalismo"[15] e quella "individuo v. società"[16]. Nelle scelte legislative che riguardano l'individuo anziano la prima si pone al centro del dibattito (nel nostro sistema giuridico di matrice prettamente privatistica) tra i sostenitori del più radicale rispetto dell'autonomia del singolo e coloro che, invece, rilevano l'opportunità di porre limiti all'autonomia dell'individuo quando la stessa possa essere foriera di scelte contrarie ai suoi stessi interessi. La seconda coppia, in quanto funzionale a selezionare quegli ambiti di intervento in cui è la società (con le sue istituzioni) a doversi far carico dell'onere di sostenere e proteggere i soggetti più bisognosi, rileva maggiormente nel versante pubblicistico contribuendo a marcare differenze significative tra diversi modelli socioassistenziali.

Tra questi ultimi quelli di matrice europea, che condividono il valore-principio della solidarietà[17] come meccanismo di coesione sociale e fattore di integrazione economica e politica, contribuiscono a garantire il soddisfacimento di alcuni bisogni essenziali dell'individuo anziano utilizzando la leva fiscale con finalità solidaristico redistributive[18]. Sistemi sociali nei quali lo stesso obbligo di pensionamento per raggiunti limiti di età viene percepito come un irrinunciabile strumento a tutela dell'individuo, espressione di quel "patto tra generazioni" che vuole la generazione attiva (giovane) essere tenuta a sopportare l'onere finanziario delle prestazioni pensionistiche a favore della generazione (anziana) destinata a concludere il proprio ciclo produttivo, favorendo altresì per questa via un progressivo ricambio generazionale nel mondo del lavoro.

Modelli di welfare che, per quanto ben radicati in Europa, sempre più spesso vengono additati come espressione di un ormai non più sostenibile[19] "paternalismo isti-

---

[13] Da fine gennaio 2023 in Francia milioni di persone scendono in piazza per scioperare contro la riforma delle pensioni che prevede un innalzamento dell'età pensionabile da 62 a 64 anni di età.

[14] Per *Elder Law* si intende quel settore della pratica legale specializzato in questioni che riguardano la popolazione anziana, una branca del diritto che si è sviluppata soprattutto in America e in Australia; tra i più noti autori Fineman, *Elderly as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility,* in *Elder Law J.*, 2012, 20, 101 s.; Herring, *Vulnerable Adults and the Law*, Oxford, 2016.

[15] Caterina, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 771 ss.

[16] Doron, *A Multi-Dimensional Model of Elder Law,* in *Theories on Law and aging*, a cura di Id., Springer, 2009, 59 ss.; Gardella Tedeschi, *L'invecchiamento della popolazione e il diritto*, in *Anziani, diritti, bisogni, prospettive*, a cura di Cappellato, Gardella Tedeschi e Mercuri, Bologna, 2021, 181 ss.

[17] Da ultimo Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, *passim*.

[18] Da cui l'ampia discussione sulla sostenibilità economica dei diritti sociali, cfr. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in *Diritto civile e diritti costituzionali europei ed italiani*, a cura di Salvi, Torino 2012, 67; Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, *ivi*, 140.

[19] «Le previsioni sul futuro demografico in Italia restituiscono un potenziale quadro di crisi», scrive l'Istat; partendo da 59 milioni di popolazione residente nel 2020, si prevede la discesa a 58 milioni nel 2030, 54 milioni nel 2050 e 47 milioni nel 2070, (ISTAT, *Invecchiamento attivo e condizione di vita degli anziani in Italia*, 2020, 1 ss.). Per alcune riflessioni multidisciplinari, Filì (a cura di), *Quale sostenibilità per la longevità*, Bergamo, 2022. Il fatto che la popolazione invecchi e le nascite siano drasticamente in calo

tuzionale", specie se paragonati a quelli di matrice americana, ove la stessa idea che si debba essere costretti ad andare in pensione al raggiungimento di un certo limite di età è considerata discriminatoria[20], e le problematiche della terza età sono affrontate in una prospettiva prevalentemente individuale tesa a valorizzare il più possibile le scelte autonome dell'individuo[21].

3. *Sulla vulnerabilità*

Come osservato, dunque, a fronte di una legislazione di matrice pubblicistica che non esita a fissare limiti di età determinati per l'esercizio di particolari tutele a favore delle "persone anziane" nonché per attuare politiche di pensionamento obbligatorio, è prevalso sul versante civilistico un atteggiamento di profonda diffidenza rispetto all'uso convenzionale di soglie anagrafiche destinate a identificare la "categoria" dei soggetti anziani, anche quando si tratta di riconoscere e attribuire loro possibili vantaggi[22].

Richiami normativi all'individuo anziano si son fatti in verità più frequenti negli ultimi anni, specie negli interventi di matrice consumeristica, ove tuttavia la "categoria anagrafica" viene presa in considerazione in quanto rientrante nella più ampia categoria del "consumatore vulnerabile"[23]. A titolo esemplificativo si ricordano: la dir. 2001/95/

---

rende evidente che in futuro le persone che matureranno il diritto alla pensione sono destinate ad essere percentualmente la maggioranza rispetto alla popolazione attiva nel mondo del lavoro su cui esse gravano. In questo contesto in cui l'aspettativa di vita è in costante crescita, così come la qualità di vita, è inevitabile che l'età pensionabile debba essere proporzionalmente aumentata.

[20] Kaplan, A *Law and Economics Approach*, in *Theories on Law and aging*, a cura di Doron, Springer, 2009. In argomento Izzi, *Invecchiamento attivo e pensionamenti forzati*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2014, 584 ss.; Falsone, *Le deroghe al divieto di discriminazione per età: un pericolo pass-partout?*, *ivi*, 2011, 928 ss.

Il divieto di discriminazione in base all'età in ambito lavoristico è, in verità, preso in considerazione anche a livello di Unione Europea, nella Direttiva 2000/78 (Ce) *Sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro* (attuata in Italia con il d.lgs. n. 216/2003), ove l'art. 6 comma 1 della direttiva stabilisce, tuttavia, che "gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro virgola di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento tra le finalità siano appropriati e necessari", così ammettendo delle deroghe molto ampie al divieto, in considerazione dell'importante ruolo rivestito da tale fattore nelle politiche economiche, del lavoro e di sicurezza sociale (Falsone, *op. cit.*, 928). Disposizione quest'ultima che è stata utilizzata dalla Corte di giustizia europea per giustificare previsioni normative relative ad ipotesi di pensionamento obbligatorio contenute in varie legislazioni statali (Corte giust. UE, 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, p.to 63, p.to 75, FI, 2006, IV, 341, nt. Sciarra., e Corte giust. UE, 16 ottobre 2007, C-411/05, *Palacios de la Villa*, p.to 68, FI, 2008, IV, 345).

[21] "*US reality, to a larger extent than the European reality, is based on the premise that individuals are responsible for their own welfare; it imposes expectations of selfsufficiency and independence on rich and poor, advantaged and disadvantaged alike – and the elderly. Vulnerability in this society is rather perceived as a result of 'poor life choices' and lack of control",* Numhauser-Henning, *The elder law individual versus societal dichotomy – a European perspective,* in *Elder Law*, EE, 2017, 86 ss., 90.

Un modello, quello americano, certo non esente da critiche, per tutti Herring, *Older People in Law and Society,* Oxford, 2009, *passim*; Id., *Vulnerable Adults and the Law*, cit., *passim*.

[22] Tra le eccezioni si è soliti segnalare l'art. 352 n. 5 c.c., in materia di dispensa dall'ufficio tutelare da parte di chi abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età, dispensa concessa su domanda della stessa parte.

[23] Risale al 2012 la Risoluzione del Parlamento europeo del 22 maggio, *Strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili,* ove questi vengono individuati come "un insieme eterogeneo di persone definite tali, su base permanente, per via della loro disabilità mentale, fisica e psicologica, dell'età, della credulità, del genere" (considerando D). Sul consumatore vulnerabile Zorzi Galgano, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2010, 2, 549 ss.; Riefa -

CE del 3 dicembre 2001 sulla sicurezza generale dei prodotti, che al considerando n. 8 rileva come «la sicurezza dei prodotti dev'essere valutata tenendo conto di tutti gli aspetti pertinenti, in particolare delle categorie di *consumatori* che possono essere *particolarmente vulnerabili* ai rischi presentati dai prodotti in esame, *in particolare i bambini e le persone anziane*»[24]; ed ancora la dir. 2019/944/UE (sostitutiva della dir. 2009/72/CE relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica) che lascia agli Stati membri il compito di definire chi siano i «consumatori energetici (clienti civili) vulnerabili» e di predisporre una protezione a loro adeguata, indicando tra i fattori di vulnerabilità (oltre al livello di reddito, la quota del reddito disponibile destinata alle spese per l'energia, l'efficienza energetica delle abitazioni, la dipendenza critica dalle apparecchiature elettriche per motivi di salute) il superamento di una certa età, da cui poi la normativa nazionale (art. 11 d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210) che individua tra i clienti "vulnerabili" [25] – ai quali sono garantite specifiche tutele da assumersi da parte della autorità di regolazione dell'energia –, quelli «*f) di età superiore ai 75 anni*».

Concettualizzata in queste (ed altre[26]) disposizioni è, come dicevamo, la categoria 'generale' dei *consumatori vulnerabili*[27], di cui i *consumatori anziani* finiscono per rappresentare una semplice *species*; una evidenza che, a ben vedere, si palesa quale puntuale ricaduta in tale ambito normativo di un processo di elaborazione della categoria dei "soggetti vulnerabili" avviatasi nel continente europeo a seguito del diffondersi della riflessione sulla condizione di vulnerabilità della persona umana sviluppata da studiosi della filosofia politica[28] e, in particolare, del pensiero femminista[29] negli Stati Uniti

---

Saintier (a cura di), *Vulnerable consumers and the law*, Londra-New York, Routledge, 2021, *passim*.; si veda anche Pagliantini, *Il consumatore frastagliato*, Pisa, 2021, spec. p. 87.

[24] Da cui, poi, la previsione dell'art. 103, co. 1, lett. a, n. 4 cod. cons., che ai fini della nozione di «prodotto sicuro» impone di tenere in considerazione le «categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani».

[25] Gli altri sono coloro che "a) si trovano in condizioni economicamente svantaggiate o che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita […]; b) presso i quali sono presenti persone che versano in gravi condizioni di salute, tali da richiedere l'utilizzo di apparecchiature medico-terapeutiche alimentate dall'energia elettrica, necessarie per il loro mantenimento in vita; c) che rientrano tra i soggetti con disabilità […]; d) le cui utenze sono ubicate nelle isole minori non interconnesse; e) le cui utenze sono ubicate in strutture abitative di emergenza a seguito di eventi calamitosi".

[26] Il consumatore vulnerabile è già presente nel considerando 34 della dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori nell'ambito delle informazioni precontrattuali anche se la prima nozione di rilevanza normativa è offerta dal considerando 19 della dir. 2005/29/CE.

[27] In uno studio del 2016 (COM(2016) 320 final), la Commissione Europea ha elaborato la seguente nozione di consumatore vulnerabile: "*A consumer, who, as a result of socio-demographic characteristics, behavioural characteristics, personal situation, or market environment: 1) Is at higher risk of experiencing negative outcomes in the market; 2) Has limited ability to maximise their well-being; 3) Has difficulty in obtaining or assimilating information; 4) Is less able to buy, choose or access suitable products; or 5) Is more susceptible to certain marketing practices*". Lo studio evidenzia la disparità intercorrente tra la visione della vulnerabilità del consumatore nelle politiche dell'UE e la nozione normativa offerta dalla dir. 2005/29/CE.

[28] Goodin, *Protecting the Vulnerable: A Reanalysis of Our Social Responsibilities*, Chicago, 1985; cfr. per altri riferimenti, Nussbaum, *The Fragility of Goodness*, Cambridge, 2001, 2a ed. (1a ed. 1986); Ead. *Giustizia sociale e dignità umana*, Bologna, 2002 (tr. it.).

[29] Fineman, *The Authonomy Myth: A Theory of Dependency*, New York, 2004; Butler, *Precarious Life: The Powers of Mourning and Violence*, New York, 2004; Fineman, *The vulnerable subject: anchoring equality in the human condition*, in *Yale J. of Law and Feminism*, 2008, 20, 1 s; Ead., *The vulnerable subject and the responsabile State*, in *Emory L. J.*, 2010, 60, 151 s. (tr. it. *Il soggetto vulnerabile e lo stato responsabile*, in *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, a cura di Bernardini, Casalini, Giolo e Re , Roma, 2018, 141 s.); MacKenzie, Rogers, Dodds (eds.), *Vulnerability, New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, Oxford, 2014.

nell'ultimo ventennio. Una riflessione che ha saputo ben preso destare l'interesse di studiosi di plurimi ambiti disciplinari, compresi quelli delle discipline giuridiche[30].

Il termine vulnerabilità ha, di conseguenza, iniziato (e continua) a godere di un innegabile successo nel linguaggio giuridico[31], forse anche in ragione del fatto che, per quanto "indeterminato e dotato di estrema latitudine semantica", si palesa quale "nozione di carattere descrittivo-prescrittivo", in grado di esprime di per sé stessa "un'idea normativa"[32], un "significato valutativo": "tendenzialmente, l'affermazione che un certo individuo è «vulnerabile» non informa cioè del semplice fatto che egli si trova in una certa situazione (da chiarire, data la genericità di «vulnerabile»), ma suggerisce anche che sarebbe bene porre rimedio a questa situazione, garantendo a quell'individuo una particolare protezione, o eliminando una discriminazione cui è soggetto, o riducendo uno svantaggio di cui soffre, ecc."[33].

Ricondurre la categoria anagrafica dei soggetti anziani all'interno della categoria dei soggetti vulnerabili significa, dunque, valutare e rendere evidente che all'avanzare dell'età in quanto tale il sistema normativo lega la necessità di intervenire "in protezione" – per eliminare una potenziale (o già effettiva) discriminazione o ridurre un potenziale (o già effettivo) svantaggio – senza per ciò stesso escludere o trascurare che tale condizione di vulnerabilità possa essere aggravata dalla compresenza di altri fattori (povertà, emarginazione sociale, etc.)[34] che, andando a sovrapporsi alla prima, determinano l'insorgere in capo al singolo individuo o a gruppi di individui di una situazione di "vulnerabilità complessa"[35] che necessita di maggiori e diverse attenzioni.

4. *Sulla vulnerabilità di gruppo*

Nei più recenti studi di matrice filosofica, far riferimento all'idea di una "vulnerabilità di gruppo"[36] al fine di concettualizzare una 'categoria' non è, tuttavia, considerato possibile, né auspicabile: "la vulnerabilità viene per lo più intesa come vulnerabilità

[30] Ci si auto-esime dal dare contezza di tutti gli studi sulla vulnerabilità che hanno impegnato i nostri giuristi negli ultimi anni, studi di cui è oggi possibile avere facilmente contezza grazie all'uso di strumenti informatici di ausilio nelle diverse ricerche bibliografiche.

[31] Virgilio, *La vulnerabilità nelle fonti normative italiane e dell'Unione Europea: definizioni e contesti*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di Giolo e Pastore, Roma, 2018, 161 s., afferma che "il lemma entra nel diritto positivo alla fine degli anni Novanta: prima compare nel linguaggio delle fonti normative dell'Unione Europea e poi, a ricaduta, nell'ordinamento giuridico interno".

[32] Così Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, cit., 135.

[33] Diciotti, in *La percezione e i problemi della vulnerabilità*, in *Etica & Politica*, XXII, 2020, 1, 239 ss., 245.

[34] Alcuni lamentano come la categoria dei cosiddetti "soggetti vulnerabili" sia oltremodo problematica, «soprattutto in ragione del fatto che al suo interno vengono ricondotte senza distinzioni sia le identità, sia le diseguaglianze: non viene infatti operata alcuna differenziazione tra le specificità identitarie di una persona (ad esempio l'essere donna, e/o disabile, e/o musulmano e così via) e le situazioni sfavorevoli prodotte da una condizione di diseguaglianza (come l'essere povero, disoccupato, e così via)» Giolo, *La vulnerabilità neoliberale. "Agency", vittime e tipi di giustizia,* in *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto,* cit., 256.

[35] Di "vulnerabilità multifattoriale" parla Luciani, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, nell'intervento di discussione della *Lectio magistralis* del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, Prof. Robert Spano, *Diritti umani e persone vulnerabili*, tenuta presso l'Università Sapienza di Roma il 22 aprile 2022 (reperibile al link *www.costituzionale.it*).

[36] Macioce, *Vulnerabilità di gruppo*, Giappichelli, 2021, *passim*; volume da cui è tratto il testo tra virgolette a seguire (p. XII).

individuale e le pretese di poter individuare gruppi vulnerabili, e di identificare condizioni comuni o collettive di vulnerabilità, sono screditate in quanto essenzialistiche, e stereotipanti", soprattutto perché qualificare un gruppo di persone come vulnerabile finisce con l'avere l'effetto di etichettare i soggetti che ne fanno parte[37], e renderli ancora più vulnerabili e esposti alla discriminazione.

Si finisce, insomma, per muovere nei confronti della categoria dei "soggetti vulnerabili" le stesse obiezioni storicamente mosse dalla nostra dottrina maggioritaria[38] nei confronti della categoria dei "soggetti anziani", lì dove si sostiene che sono le reali condizioni psico-fisiche e situazionali della persona (anziana) a darne la misura della vulnerabilità, senza che sia possibile né corretto intendere la vulnerabilità come caratteristica "intrinseca" e "caratterizzante" di una certa categoria di individui: nel nostro caso quelli che abbiano raggiunto una certa età. Si teorizza, di conseguenza, che la condizione di vulnerabilità del soggetto anziano debba essere valutata di volta in volta, in ragione delle contestuali e comprovate condizioni del soggetto che, tuttavia, risultano concretamente rilevabili solo in ragione di un'indagine *ad hoc*, perlopiù effettuata *ex post.*

Il fatto è che discettando di vulnerabilità, quando si passa dal piano filosofico-concettuale al piano politico-giuridico, la questione di quali criteri utilizzare per selezionare coloro ai (e per i) quali attribuire risorse, garantire diritti, predisporre forme rafforzate e specifiche di tutela, diventa centrale e la "dimensione collettiva della vulnerabilità" rende più palese la sua utilità[39]. A tal fine si è parlato degli "anziani" come di un "gruppo in senso *posizionale*", volendo intendere che il loro essere gruppo risiede "nel posizionamento comune delle persone anziane rispetto a strutture sociali ed economiche (il mondo del lavoro), rispetto ad assetti istituzionali (il sistema pensionistico), rispetto a meccanismi di funzionamento e prassi in determinati settori (sanità, istruzione), tale da condizionare la possibilità di azione e la resilienza"; "parlare delle persone anziane come di una categoria di soggetti vulnerabili significa mettere in luce il fatto che (…) l'età contribuisce a posizionare le persone in un certo modo all'interno dei sistemi sociali e familiari" senza volere per questa via definirne l'essenza in termini identitari e vittimizzanti e senza negare che la condizione economica, il genere, le condizioni di salute, etc. siano "strati di vulnerabilità" che si possono sommare all''essere anziano', modificando significativamente la posizione del singolo.

L'individuare un gruppo, una categoria di soggetti vulnerabili è funzionale al riconoscimento di diritti, all'attribuzione di obblighi, all'implementazione di specifiche procedure e forme di tutela[40]; allo stesso modo l'individuare un limite di età superato

[37] Ragione per cui alcuni studiosi della vulnerabilità tendono a proporne un approccio "stratificato", che ne individua diversi livelli, ai quali i singoli individui o gruppi di individui non afferiscono in ragione di una "etichetta" che li contraddistingue, ma di condizioni determinate da plurimi fattori spaziali, temporali, sociali, economici etc.; così Luna, "*Elucidating the Concept of Vulnerability: Layers Not Labels*" in *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 1, 2009, 121 ss.

[38] Si veda sopra, n.7.

[39] Macioce, *Vulnerabilità di gruppo*, cit., 59 ss., affronta la questione dei "gruppi vulnerabili" dal punto di vista della loro rilevanza politica affermando come "la semplice tematizzazione della vulnerabilità come condizione umana universale, o come condizione differenziale di alcuni soggetti in ragione delle caratteristiche sociali, delle risorse, dei sistemi di relazione in cui sono inseriti, può non essere sufficiente (…); il riferimento ai 'gruppi' vulnerabili (è) centrale nel discorso pubblico, sia quando si tratta di attribuire risorse, garantire diritti, predisporre forme rafforzate e specifiche di tutela – (…) – sia quando gli stessi soggetti si auto-rappresentano come gruppi – (…) – per poter entrare nella scena pubblica e porsi come controparte di un sistema di potere e culturale (…)".

[40] Sui diversi tipi di tutele che possono essere garantite ai soggetti vulnerabili cfr. Gentili, *La vulnerabilità sociale. Un modello teorico per il trattamento legale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 2019, 41 ss., spec. 47.

il quale queste previsioni possano trovare diretta applicazione[41] è utile in termini di effettività delle stesse[42].

5. *Autonomia e assistenza*

Ciò posto, ammettere il riconoscimento degli individui anziani come gruppo (*rectius* categoria) solo se e in quanto funzionale a promuovere un'azione legislativa con finalità 'protettive-assistenzialistiche' di stampo pubblicistico, significa affrontare il tema dell'avanzamento dell'età della popolazione nella prospettiva sociale/collettiva (cfr. dicotomia individuo/società) dando implicitamente rilievo alla dimensione più spiccatamente paternalistica dell'intervento giuridico.

Il percorso intrapreso potrebbe (e dovrebbe) essere altresì utile, tuttavia, nella prospettiva individuale, affinché l'avvicinamento e l'ingresso di tutti e di ciascuno nell'età anziana possa essere vissuto come un momento a partire dal quale sia opportuno ragionare, anche in via preventiva, nella messa a punto di meccanismi di matrice privatistica che, nel valorizzare l'autonomia dell'individuo, siano funzionali alla identificazione di figure e di strumenti utili a co-gestire, sia da un punto di vista pratico che giuridico, la progressiva perdita di autosufficienza che può dipendere dall'avanzare dell'età. Del resto, come è stato efficacemente scritto, "l'età avanzata può cancellarsi da un testo legislativo ma non dalla realtà della vita umana, con tutte le conseguenze negative ad essa necessariamente collegate"[43].

Il tema centrale è quello della presa di coscienza, anche nella prospettiva civilistica, delle conseguenze che la condizione di vulnerabilità che dipende dal progressivo invecchiamento ha sugli equilibri di natura tanto personale quanto patrimoniale del singolo, così come del contesto familiare in cui egli vive[44]; una condizione di vulnerabilità che – e questo è un dato che necessita di essere messo bene a fuoco – è destinata a creare ulteriori e più complesse vulnerabilità e dipendenze[45].

A fronte di un sistema di welfare pubblico sempre meno capace di garantire il completo assolvimento delle funzioni di supporto socioassistenziale, il soddisfacimento dei bisogni della persona anziana risulta, infatti, demandato perlopiù a coloro i quali sono a lei legati da rapporti parentali (a volte amicali), oggi più comunemente appellati con il termine "caregivers" [46]. L'attività prestata da costoro è generalmente ricondotta nell'alveo delle obbligazioni che discendono da doveri morali e sociali[47], ma non è 'a

[41] S. Patti, *Senilità e autonomia negoziale della persona*, in *Fam., pers. e succ.*, 2009, 259 ss. Si segnala in proposito la legislazione del Brasile, Paese dove a partire dal 2003 è vigente lo "Statuto delle persone anziane" (l. 10.741 del 1° ottobre 2203) che disciplina i principali diritti civili e sociali delle persone con più di 60 anni di età. In argomento, per una lettura comparativa tra sistema francese e sistema brasiliano, Fossier, *Vulnérabilité ou affaiblissement: quel statut civil pour la personne âgée ? Les exemples français et brésilien*, in *Dr. Famille*, n.° 20, 2005.

[42] Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, *passim*.

[43] Con riferimento alla eliminazione avvenuta in sede di approvazione dell'art. 404 c.c. del richiamo all'"età avanzata" come condizione per poter richiedere l'amministrazione di sostegno S. Patti, *op. cit.*, 260.

[44] In tal senso, di recente Cascione, *Il lato grigio del diritto*, Torino, 2022, spec. 281 ss.

[45] Kittay, *Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency*, New York, 2020.

[46] Una definizione di "caregiver" si rinviene nella l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1 comma 255.; sulla insufficienza della definizione e la necessità di ulteriori interventi normativi diretti a fornire un profilo giuridico di rilievo e più tutelante Morotti, *Il "guardador de hecho" o "caregiver" in Italia*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* nº 17 *bis,* 2022, 1934 ss.

[47] In argomento Ead., *La qualificazione giuridica dell'attività del caregiver familiare*, in *Familia*, 2022, 1 ss.

costo zero', comportando per il prestatore di cura un impegno costante, progressivo, in molti casi totalizzante; un impegno che, come dicevamo, tende a creare in capo a chi si assume tale responsabilità ulteriori forme di vulnerabilità[48]. L'assenza di un riconoscimento giuridico di queste figure non crea problemi solo da un punto di vista delle relazioni esterne, con le istituzioni[49] – specie quando si tratta di compiere con e per l'anziano atti e attività di rilevanza giuridica[50] – ma lascia questi soggetti privi di diritti e di tutele all'interno del contesto familiare in cui sono chiamati a svolgere gratuitamente un lavoro che, sebbene non produca reddito, determina un significativo risparmio per le famiglie così come per la collettività[51].

Di fronte a questo ordine di problemi, che pongono le questioni legate all'invecchiamento della popolazione in una prospettiva intergenerazionale, si deve riflettere sulla necessità di responsabilizzare non solo la società, ma anche i singoli individui rispetto alle scelte che riguardano il futuro – e di farlo prima che sia troppo tardi – incoraggiando la possibilità di ciascuno di organizzare quale tipo di supporto intenda ricevere con l'avanzare dell'età, se e come intenda utilizzare i propri mezzi per garantire a sé a alla figura di sostegno individuata o da individuarsi le necessarie risorse.

Non è questa la sede preposta ad un ulteriore approfondimento degli strumenti e delle misure che potrebbero essere utilizzate a tal fine o delle molte altre questioni legate al tema/problema dell'invecchiamento che possono e (a nostro modo di vedere) devono essere affrontate anche in chiave civilistica, ma è stata una preziosa occasione per tornare a porre l'attenzione – partendo dalle sensibili ed eleganti parole di un illustre studioso – sul futuro (così ci si augura) di tutti noi.

---

[48] Studi sociali evidenziano come i caregiver tendono a manifestare condizioni ricorrenti di sofferenza, disagio, solitudine, affaticamento fisico, psicologico e frustrazione; soffrono di mancanza di riposo, per il sovraccarico di responsabilità, per le difficoltà economiche, per trovarsi costretti a ridurre il lavoro retribuito o a rinunciarvi per prestare assistenza (lasciano il lavoro il 66% dei caregiver familiari).

[49] Nel corso dell'ultimo decennio sono state presentate più proposte di legge miranti a fare emergere a livello giuridico queste importanti figure, ma in tutte le proposte ci si limita ad un riconoscimento 'formale' dei caregiver al fine di disciplinarne i rapporti con le istituzione, la pubblica amministrazione, il personale sanitario, il datore di lavoro etc. In tal senso sembra essersi mossa anche l'importante riforma Spagnola del 2021, (Ley 8/2021) con la quale è stata data assoluta rilevanza alla "guarda de hecho", la tutela di fatto delle persone con disabilità.

[50] L'assenza della emersione giuridica di tali figure lascia aperte problematiche legate al tema della rappresentanza legale dei soggetti assistiti.

[51] Si riproduce nei confronti del lavoro del caregiver la stessa dinamica relativa al lavoro domestico sul quale, ineguagliabilmente, Marella, voce «Lavoro domestico nella famiglia», in *Enc. del dir., I tematici,* IV - *Famiglia*, Milano, 2022, 657 ss.

GIOVANNI MARINI

INTERSEZIONALITÀ: UN ESERCIZIO DI REALISMO GIURIDICO* **

SOMMARIO: 1. Il problema della razza, il colore nel diritto in Europa e negli Stati Uniti. Il carattere plurale delle identità e l'"intersezionalità". – 2. La complessità dell'intersezionalità. Il problema del potere. Statico vs. dinamico. – 3. Le condizioni di emergenza dell'intersezionalità. La denuncia delle aporie e delle contraddizioni nella casistica giurisprudenziale. – 4. L'intersezionalità fra analisi critica e identity politics. – 5. Intersezionalità fra identità e redistribuzione. – 6. L'intersezionalità e la Critical Race Theory. – 7. L'espansione dell'intersezionalità nel diritto. – 8. Complessità e complicità dell'intersezionalità. Verso la post-intersezionalità? Multidimensionality e Colorblind intersectionality. – 9. Incontri ravvicinati del terzo tipo. L'intersezionalità ed il femminismo. – 10. Whitening intersectionality. La "colonizzazione" della intersezionalità – 11. Prospettive aperte per i giuristi: intersezionalità ed analisi distributiva. – 12. Il futuro dell'intersezionalità. – 13. Post scriptum: serve eliminare il termine razza dalle leggi?

1. *Il problema della razza, il colore nel diritto in Europa e negli Stati Uniti. Il carattere plurale delle identità e l'"intersezionalità"*

Certamente gli studi di Paolo Zatti possono essere annoverati fra quelli che hanno saputo meglio cogliere le problematiche legate alla rilevanza gradualmente conquistata nelle relazioni fra privati dalla persona e dalla sua dignità[1].

Zatti è stato capace di restituirci infatti tutta la complessità prodotta dall'intreccio dei vettori della dignità e la pluridimensionalità del concetto di *confine* rispetto all'integrità della persona, alla *signoria di sé* come chiave della libertà e dell'uguaglianza, ed infine dell'*identità* come chiave della coscienza di sé e della relazione da soggetto a soggetto, confine simbolico legato alla biografia ed alle relazioni[2].

Nella prospettiva che ha aperto è stato possibile sciogliere molti dei vincoli che hanno tenuto legato il pensiero giuridico alle categorie tradizionali ed alle dicotomie che le sorreggono, di cui si sono potute ribadire la relatività e denunciare zone di convivenza e di reciproca sovrapposizione.

Ugualmente, attraverso l'ancoraggio alle varie figure e modi di essere del soggetto, è stato possibile portare a termine il processo di dissoluzione dell'astrazione giuridica, per lasciare emergere anche nel diritto "il volto nascosto dietro la maschera", contribuendo ad aprire così il linguaggio giuridico ad una dimensione più articolata della soggettività e della identità.

È a questo punto che, proprio come Paolo Zatti ci hai insegnato, diventa necessario domandarsi se tali operazioni in sé emancipative possano poi tradursi

---

* Una versione più ampia e documentata di questo contributo è stata pubblicata nella Rivista critica del diritto privato, n. 4/2021, p. 473 ss., con il titolo "Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico".

** Nel testo il termine 'intersezionalità' sarà abbreviato con i.

1 ZATTI, *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009.

2 *Ivi.* Nonché ZATTI, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 6/2012, II, 377 ss.

a loro volta in un insidioso dispositivo di esclusione, di cui devono essere rivelati i meccanismi latenti.

Un esempio emblematico è rappresentato dai problemi che si pongono quando si evoca il termine intersezionalità. Un tentativo di darne conto è consegnato alle osservazioni che seguono.

In Europa il razzismo è stato a lungo considerato un fenomeno assolutamente superato, un episodio che appartiene ad un passato più o meno lontano, segnato dalle discriminazioni religiose, nazionali e coloniali. Questa sorta di oblio (parziale) se, da una parte, ha reso difficili i vari tentativi di ritorno e riproposizione del razzismo, dall'altra non sembra aver giovato, però, all'identificazione ed all'analisi delle nuove forme attraverso le quali il razzismo continuamente si ripropone nelle nostre società[3].

Non può negarsi infatti che il razzismo sia rimasto sempre latente, riprodotto – in chiave "differenzialista" o "culturale" – attraverso nuove tecniche di classificazione e stratificazione sociale, legate alla globalizzazione economica ed alla diffusione delle mode culturali, anche all'interno degli stessi stati-nazione, dove si continua a tracciare confini, distinguendo fra gruppi "utili" e "superflui", "produttivi" ed "assistiti"[4].

Negli Stati Uniti la razza invece è capace di mutare di segno, il fattore razziale è rimasto assai importante e la *race consciousness* è diventata centrale, assumendo talvolta una valenza "emancipatrice", come espressione di una comune radice, di una tradizione culturale non da superare, ma anzi da ricostruire e sulla quale fondare il diritto all'esistenza ed alla differenza visibile[5].

Soprattutto, negli Stati Uniti emerge l'idea che il fattore razziale non possa essere considerato isolatamente senza considerare i molteplici altri fattori con i quali entra

---

[3] Per tutti cfr. Balibar, *Il ritorno al futuro della razza: tra società ed istituzioni.* Intervista a cura di T. Casadei, in *Riv. Sc. Amm.*, 2007, 13.

[4] Le operazioni sui confini si rivelano cruciali per tutti Mezzadra - Neilson, *Border as a Method or the Multiplication of Labor*, Duke University Press 2013, Id., *Challenging borders: The Legacy of Postcolonial critique in the Present Conjuncture*, 7 Soft Power (2021) 21. Al di là dei confini geografici, i confini (locali o nazionali), sovranazionali o internazionali che disegnano i confini del governo legittimo (state zones) ed i confini di aree interregionali in cui sono prodotti diversi tipi di risorse economiche, sociali, culturali e politiche (da un particolare quartiere nella città alla costruzione complessa e più ampia del West and the Rest) (*economic zones*). Vi sono confini costituiti dai differenti tipi di progetti politici di appartenenza (come il nazionalismo, razzismo, religione e cosmopolitanismo) (*politic zones*). E pure confini legati alla produzione e riproduzione all'interno delle comunità familiari/intergenerazionali ed informali che mirano alla riproduzione simbolica o biologica (*networks*). La partecipazione ad uno o più di queste comunità incide sui diversi livelli di risorse sociali e può operare per ampliare e rinforzare i processi e le strutture che producono o riproducono le disuguaglianze sociali: cfr. Marella, *Family-Relations Law between "Stratification" and "Resistance". Housework and Family Law Exceptionalism*, in *What is work? Gender at the Crossroads of Home, Family, and Business from the Early Modern Era to the Present*, a cura di Sarti, Bellavitis e Martini, Oxford, New York, 2018, 295 ss.

[5] Una volta caduto in discredito il c.d. "essenzialismo trascendentale" i più sofisticati hanno sottolineato come sia "una storia comune" la caratteristica che definisce una razza, un modello che si contrappone ad una visione idealistica immaginaria legata alla capacità di individuare un'eredità africana ed identificarne i simboli e ad una visione storica omogeneizzante che presuppone una dimensione totalizzante che accomuni tutti i neri senza alcun rilievo per le singole caratteristiche dei diversi gruppi che convivono al suo interno (cfr. G. Peller, *Race consciousness*, 1990 Duke L.J. 761 per una visione che enfatizza invece il carattere contingente, socialmente costruito, non essenzialista , non un significato stabile e fisso ma piuttosto una pluralità di significati e molteplici indici di coerenza Peller, *History, Identity and Alienation*, 43 Conn. L.Rev. (2011) 1479, K.W. Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race theory: Looking back to move forward*, ivi 1253 *Critical Race Theory: The Key Writings that formed the Movement* (K.W.Crenshaw et al. eds) 1995, A.Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: a Critical Review of Supreme Court Doctrine* 62 Minn. L.Rev. (1978) 1049. R.Ford, *Racial Culture: a Critique,* 2005 non vi è niente di "reale ed intrinseco al di là "dell'identificazione di gruppo prodotta da una risposta collettiva ad un pregiudizio sociale.

in un rapporto complesso per creare condizioni di subalternità. Sotto questa etichetta Kimberlé Crenshaw ha analizzato l'esperienza della donna nera come prodotto non tanto di una somma delle varie componenti, quanto del conflitto – spesso irrisolvibile – che si può creare fra di esse. Un conflitto che tende a rendere invisibile la qualità di nero, quando ci si focalizza sulla qualità di donna e la qualità di donna quando ci si focalizza sulla qualità di nero, con il risultato di condurre alla sua sistematica subordinazione.

2. *La complessità dell'intersezionalità. Il problema del potere. Statico vs. dinamico*

Coniato nel 1989 da Kimberlé Crenshaw – in un articolo intitolato "*Demarginalizing the Intersection of Race and Sex*"[6] – per descrivere la dinamica con cui queste due caratteristiche identitarie si intersecano l'una con l'altra ed il modo in cui la loro combinazione rafforza la subordinazione delle donne nere, il termine intersezionalità ha gradualmente perduto quella patina di nebulosità che lo caratterizzava alle origini e dissolto la diffidenza che lo accompagnava, per acquistare ora un'indiscutibile notorietà ed affermarsi in tutta l'area delle *humanities*[7].

Entrata anche nell'Oxford English Dictionary nel 2015, l'i. costituisce oggi il prototipo di una *travelling theory*, cioè di una teoria capace di viaggiare attraverso il tempo e lo spazio, valicando confini geografici e gettando un ponte interdisciplinare fra diversi saperi. E come accade a tutte le *travelling theories*, nel suo percorso l'i. subisce complessi fenomeni di traslazione, adattamento, ridefinizione, disarticolazione e critica che lasciano ovunque dietro di loro una serie di strascichi[8]. In particolare il dibattito è vivacissimo sull'utilità ed i limiti della metafora, sulle categorie identitarie e le tipologie di soggetti che chiama in gioco e soprattutto sui diversi modi in cui possono combinarsi per realizzare le forme di disuguaglianza che strutturano le relazioni fra gli individui.

Bisogna subito chiarire che l'i. è qualcosa di più di una semplice somma di fattori, in cui una forma di subordinazione si aggiunge all'altra ("double oppression"), rinforzandosi reciprocamente; l'i. è invece una combinazione di fattori che interagiscono fra di loro, si influenzano e determinano a vicenda senza poter essere più distinguibili, provocando ulteriori pregiudizi, al di là di quelli provocati da ogni singola forma di subordinazione.

L'i. non si propone solamente di analizzare le conseguenze negative delle diverse forme di discriminazione, ma soprattutto di mettere a fuoco il tipo particolare di subordinazione che risulta quando tali forme si combinano in un determinato contesto, il conflitto che viene a prodursi e la subordinazione che sfugge regolarmente alle forme di tutela convenzionali che il diritto offre in questi casi.

Le metafore che ricorrono frequentemente nei lavori di Crenshaw illuminano abbastanza bene questa posizione "ai margini" ed i limiti del processo di categorizzazione al quale si affida l'*identity politics*.

---

[6] Crenshaw, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics* 1989 Un.Chi.Legal Forum 139.

[7] La genealogia dell'intersectionality è variamente ricostruita: gli "interlocking system of oppression" sono ricordati da the Combahee River Collective, *A Black Feminist Statement, in Words of Fire: An Anthology of African American Feminist Thought* (B. Guy-Sheftall ed.) 232 N.Y. New Press 1995, ma anche prima nei lavori di Sojourney Truth e Ida B.Wells-Barnett, Louise Thompson e Claudia Jones.

[8] Sulla dinamica delle *travelling theories* ovviamente cfr. Said, *Travelling theories*, in *The World, the Text, and the Critic,* Cambridge Harvard un. Press 1983, Id., *Travelling theories Reconsidered*, in *Reflections on Exile and Other Essays* 2000 Cambridge, Harvard Univ. Press, Spivak, *Subaltern studies: deconstructing Historiography in Selected Subaltern Studies* (Ranajit Guha &) eds) 1988

Come le figure geometriche, l'identità ha, infatti, diverse dimensioni che non possono essere separate e contribuiscono tutte a dare forma ad una figura, così anche le persone possono avere differenti dimensioni, in ragione della materialità dei rapporti in cui sono collocate e delle relazioni sociali che le caratterizzano, che possono anche variare nel tempo. È il loro assemblaggio, in un dato momento storico, che contribuisce a costruire la sfera privata e definirne i contorni.

Come nella cartografia, l'intersezione individua un punto 'geografico' in cui si incrociano diverse correnti e faglie e chi ci si trova (come nel caso delle donne nere) rimane esposto a flussi che vanno in direzioni diverse e contrarie. In quel punto si può pertanto essere simultaneamente travolti e trascinati in molteplici direzioni, senza poter nemmeno essere consapevoli da quale direzione la corrente proviene.

L'i. non riguarda dunque solo il possesso di identità multiple, ma il modo in cui relazioni di potere come razzismo, patriarcato, sessismo e stratificazione di classe si combinano fra di loro per dar vita ad una configurazione complessa che rende più vulnerabili alcuni soggetti rispetto ad altri, che "spinge al margine" appunto le vittime, determinando le condizioni di vita nelle quali tali soggetti economicamente e socialmente si trovano.

L'i. è dunque inestricabilmente legata all'analisi del potere: uno dei suoi punti chiave è, infatti, la sua enfasi sul rapporto fra le categorie dell'identità e le strutture che generano disuguaglianza.

3. *Le condizioni di emergenza dell'intersezionalità. La denuncia delle aporie e delle contraddizioni nella casistica giurisprudenziale*

L'articolo di Crenshaw, al quale abbiamo già fatto riferimento, non si inseriva infatti in un contesto propriamente filosofico, sociologico o letterario, ma partiva invece da una precisa analisi di casi giurisprudenziali. Lì, caso dopo caso, Crenshaw portava alla luce le aporie, le contraddizioni e le dinamiche perverse che contribuiscono a mettere in scacco la tutela offerta dalla legislazione antidiscriminatoria, rendendo di fatto le donne nere invisibili per il diritto. La cifra che li caratterizzava tutti era la denuncia dell'unilateralità dell'indagine che il diritto impone alle corti di fare, una indagine che si muove sempre «secondo un singolo asse», dimenticando così che le donne nere sono sia donne che nere e così potenzialmente soggette ad una duplice discriminazione, anzi ad una combinazione delle due che rinforza di fatto la loro subordinazione. In questa prospettiva, Crenshaw sottolineava come alle donne nere venisse riconosciuta protezione soltanto nella misura in cui la loro posizione coincidesse con quella delle donne bianche o con quella degli uomini di colore.

Quando ciò non accadeva, come nelle tre ipotesi che ricorda, la loro aspettativa di protezione diminuisce drasticamente fino a scendere quasi a zero. Nel caso DeGraffenreid sono cinque donne di colore ad agire contro il loro licenziamento da parte della General Motors[9]. La General Motors, infatti, fino al 1964 non aveva assunto donne nere e quando, a causa della recessione del 1970, furono necessari i tagli di personale, l'applicazione della regola – apparentemente neutrale – secondo la quale i licenziamenti devono operare a cominciare dai lavoratori con anzianità minore, condusse a mettere in cassa integrazione tutte le donne nere. Il giudice Wangelin respinge l'azione delle donne

[9] DeGraffenreid vs. General Motors 413 F.Sup 142 (E D Mo 1976).

di colore contro il trattamento discriminatorio ritenendo che le donne nere non possano essere considerate un'ulteriore separata minoranza e, dunque, non possano ricadere nelle previsioni tipo della legislazione anti-discriminazione. In quanto donne non potevano accedere alla tutela, poiché molte donne erano state assunte prima del 1964 e dunque non si poteva ritenere presente alcuna discriminazione sulla base del genere; in quanto nere neanche, perché molti neri erano stati assunti e dunque non si sarebbe potuto sostenere la presenza di una discriminazione razziale.

Il caso dimostra in modo assai evidente, secondo Crenshaw, come le donne di colore siano protette solo nella misura in cui la loro esperienza coincida con quella di uno dei due gruppi: una condizione che rende difficile e talvolta impossibile provare la differenza di trattamento rispetto ad una determinata categoria di persone e dimostra l'intrinseca vulnerabilità di coloro che soffrono di differenti forme di discriminazione.

Ugualmente accade nei casi Moore vs Hughes Helicopter[10] e in Paine v. Travenol[11].

È però con Mapping the Margin[12], scritto qualche anno dopo, che Kimberlé Crenshaw mette definitivamente a punto l'i. Qui, a partire dal problema della violenza domestica, Crenshaw mette in evidenza la dinamica che, a tutti questi livelli, produce una significativa convergenza che rafforza la marginalizzazione delle donne nere, soprattutto di quelle che appartengono a comunità particolarmente svantaggiate come le donne immigrate.

Nel caso della violenza sessuale, le donne nere, in quanto donne, sono particolarmente vulnerabili alla violenza razzista ma, in quanto nere, rimangono prive di protezione. Nel saggio, Crenshaw sottolinea come a questa dimensione strutturale, che riconosce tutela giuridica a una singola categoria identitaria per volta, fosse corrisposta anche a livello politico una mancanza di attenzione per la condizione particolare delle donne di colore. La stessa distorsione viene riscontrata da Crenshaw anche a livello culturale dove le rappresentazioni dominanti – di cui nell'ultimo lavoro viene offerto un ricco e significativo campione – sono preoccupate principalmente o della condizione delle donne bianche o di quella degli uomini di colore. Un passaggio che si è rivelato fatale perché ha reso alcuni invisibili per il diritto, restringendo il campo d'azione della lotta contro il razzismo ed il patriarcato e mettendo in conflitto i diversi gruppi fra di loro.

Seppure sia assai comune – particolarmente, ora, ad una certa distanza di tempo – imbattersi in analisi riduttive, l'analisi di Crenshaw, come tutta la sua produzione letteraria, non invoca il semplice riconoscimento di un'ulteriore e distinta categoria identitaria rimasta confinata nell'ombra. La ricostruzione di Crenshaw deve essere collocata, però, ad un diverso e più complesso livello.

---

[10] Moore v. Hughes Helicopter 708 F2d 475 (1983). La ricorrente, che agisce anche a nome di altre donne di colore, si avvale per la prova di statistiche che testimoniano una notevole disparità nelle promozioni di donne e uomini a favore degli uomini ed una più limitata sproporzione a favore dei bianchi (rispetto ai neri). La corte respinge l'azione in quanto Moore non può avvalersi a fini probatori delle statistiche che riguardano tutte le donne, ma "solo" di quelle che riguardano le donne nere. Poiché, però, i dati relativi a queste ultime non sono disponibili, il ricorso viene respinto.

[11] Paine v. Travenol 673 F2d 798 (1982). La corte inizialmente sbarra il passo a due donne che volevano far valere la discriminazione contro le persone di colore in una industria farmaceutica e le mette di fronte ad una scelta dilemmatica: scegliere di far valere la propria intersezionalità o di rientrare nella categoria degli uomini di colore. Se si fondano sulla prima corrono il rischio di rimanere escluse dalla tutela (che è assicurata, nel caso, a tutti gli uomini di colore), se si fondano sulla seconda devono rinunciare alla propria identità intersezionale ed essere ricomprese, insieme cogli uomini, nella categoria dei neri.

[12] Crenshaw, *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color*, 43 Stan. L.Rev. 124.

4. *L'intersezionalità fra analisi critica e identity politics*

L'i. trova le sue matrici nella teoria critica del diritto statunitense, orientata al conflitto ed alla redistribuzione (di potere), piuttosto che alla *recognition* tipica della critica identitaria.

Inizialmente l'i. è una analisi della situazione delle donne nere, considerate non tanto come portatrici di una identità socialmente costruita, stigmatizzata a causa della presenza di pregiudizi sociali, ma in quanto persone che sono trattate diversamente a causa della combinazione del colore della pelle e del sesso. I rimedi che avevano, almeno in alcune situazioni, funzionato per i neri e per le donne bianche, lasciavano invece le donne nere del tutto sprovviste di tutela. Quella di Crenshaw è insomma un tipo di teoria critica, svolta però non in chiave sociale, bensì in chiave giuridica. Crenshaw critica il modo in cui i giudici trattano i casi – il modo in cui cioè ricorrono alle costruzioni giuridiche, alla tipizzazione identitaria e alla legal necessity – adottando un modello di tutela che non riesce ad intercettare – e nemmeno a cogliere – pretese che sembrano altrimenti del tutto legittime.

Il lavoro di Crenshaw offre così una serie di strumenti analitici per comprendere il modo in cui le categorie identitarie, di cui il diritto si è servito, non siano riuscite nella loro utilizzazione pratica a tenere fede alla loro ambizione dichiarata di assicurare una sufficiente generalità.

L'i., dunque, non sembra preoccupata tanto delle categorie identitarie in sè, ma del modo in cui il diritto produce le differenti soggettività e poi le organizza in un ordine gerarchico, rendendo alcuni soggetti più marginali di altri. Ciò che è importante è l'analisi delle dinamiche attraverso le quali il diritto opera per produrre condizioni (di disuguaglianza) che incidono su individui e gruppi in modo diverso.

Contrariamente ai teorici della costruzione sociale che, lavorando sulle identità – più o meno nello stesso torno d'anni – arrivano alla conclusione di doverle superare del tutto[13] – l'i. conduce invece in una direzione parzialmente diversa.

Condivisa la critica del c.d. essenzialismo, insito nelle costruzioni identitarie e nelle pratiche che le mantengono in vita, Crenshaw non cade in questa forma di costruzionismo che potremmo definire "volgare".

Crenshaw, invece, se riconosce che tali categorie – come la "razza" del resto – non possono mai essere definitivamente colte nella loro "essenza" in quanto sono storicamente contingenti, aperte ad una pluralità di possibili traiettorie, costantemente in evoluzione; d'altra parte riconosce, però, che tali categorie nondimeno esistono e conservano un loro significato e soprattutto un loro potere[14]: lasciano cioè un segno sul corpo e

[13] Certamente il suo lavoro prende le distanze dall'idea che possa esistere una particolare identità che prende il nome di donna, che un certo tipo di femminismo pretende di identificare per farne il fondamento di una *identity politics*. Crenshaw ritiene però che il femminismo non abbia sufficientemente elaborato il tema della soggettività, appiattendolo sul modello della donna bianca. Ci sono delle pratiche sovversive che dimostrano come non vi sia niente di essenziale rispetto al genere, e mettendo in crisi il significato di genere si mettono in discussione i suoi confini. Appare evidente che Crenshaw non ritenga necessario approfondire ulteriormente il tema delle categorie identitarie.

[14] Diverse controversie avevano già animato la questione dell'identità femminile, queste vennero gradualmente riproposte dalle femministe postmoderne con l'etichetta di anti-essenzialismo e acquistarono un ulteriore presa quando il movimento gay mise in discussione la costruzione femminista monolitica dell'identità maschile (cfr. Harris, *Race and Essentialism in Feminist Legal Theory*, 42 Stan. L. Rev. (1990) 581). La metodologia della complessità anticategoriale nacque in questo momento della critica, nel quale le teoriche femministe egemoniche, teorici poststrutturali e teorici antirazzisti lanciarono quasi simul-

sull'esistenza concreta degli individui[15].

Insomma Crenshaw si interessa delle conseguenze prodotte dalle categorie identitarie piuttosto che della loro decostruzione[16]. E nella sua visione – è importante sottolinearlo ancora una volta – rimane centrale il diritto: perché il diritto mentre tollera e riproduce tali conseguenze, al tempo stesso offre però anche gli strumenti attraverso i quali combatterle ("antisubordinazione").

Una volta compreso il modo in cui le strutture di potere e di dominio sono collegate fra di loro, diventa possibile immaginare anche un collegamento fra gruppi che combattono e resistono contro identiche forme di discriminazione, marginalizzazione e privilegio.

Lungo questo percorso l'i. spiana la strada ad una diversa pratica di lotta alla subordinazione, che si basa sulle "coalizioni" di differenti categorie oppresse, cioè alleanze fra gruppi e sottogruppi differenti, senza dover necessariamente assumere una posizione unitaria o fondarsi sull'unicità dell'identità dei loro componenti come presuppone invece l'*identity politics*[17].

L'i. si candida così a costituire un sito in cui possono convergere diverse forme di investigazione che riguardano il modo in cui si intrecciano e si sovrappongono le dinamiche di razza, genere, classe, sessualità, nazione per produrre varie forme di disuguaglianza.

Questa impostazione induce a portare alla luce tutti gli intrecci che sottostanno a molte delle divisioni ed agende politiche dei movimenti che lottano per una maggiore uguaglianza, contribuendo a rendere l'i. molto popolare[18].

5. *Intersezionalità fra identità e redistribuzione*

Non è casuale, neanche, che sia proprio il diritto il terreno sul quale ha inizialmente attecchito e prodotto i suoi frutti l'analisi intersezionale.

---

taneamente assalti alla validità delle categorie analitiche moderne negli anni 80 seppure da differenti prospettive e con differenti conseguenze. Inizialmente l'enfasi di ambedue i gruppi era sulla natura socialmente costruita del genere e di altre categorie ed il fatto che differenti esperienze, differenti identità possano rientrare in una categoria omogenea capace di riflettere un'essenza comune. Sull'avanzamento della prospettiva c.d. postmoderna dell'identità cfr. Danielson - Engle, *After Identity: A Reader in Law and Culture* 1995 New York Routledge.

[15] Per Crenshaw "C'è qualcosa di irriducibile che possiamo chiamare razza, anche se il suo significato è storicamente contingente ed è determinato da altri assi di differenziazione sociale, ci sono persone che chiamiamo neri (sebbene le loro esperienze possano variare a seconda dei diversi processi sociali, giuridici, culturali ed ideologici), c'è una forza sociale che possiamo chiamare razzismo sebbene i suoi contenuti, effetti e tecnologie possono variare nel tempo e non sono predeterminate, così come c'è un fenomeno che chiamiamo "whiteness", sebbene i suoi confini non siano fissi o pienamente articolati, ma siano costituiti e ricostituiti al servizio del potere razziale".

[16] La razza semplifica la complessità delle esistenze individuali rendendo impossibile portare in evidenza alcune esperienze particolari, essenzializza le esperienze di coloro che si collocano in una data categoria, nascondendo la diversità interna ai gruppi stessi, ignora infine il ruolo complesso del potere nella creazione delle categorie identitarie e nella strutturazione delle relazioni di disuguaglianza.

[17] Ciò permette di collegare le lotte ed i differenti gruppi che le combattono, costruendo potenziali coalizioni e solidarietà. In questo modo riconosce che l'oppressione razziale è al tempo stesso fondata sul genere, sul sesso e sulla classe Crenshaw, *Close Encounters of the three Kinds: on teaching dominance feminism and intersectionality* 46 Tulsa L.Rev. (2010) 151; Carbado-Harris, I*ntersectionality at 30: Mapping the Margins of Anti-essentialism, Intersectionality and dominance Theory,* 132 Harv. L. Rev. (2021), 2193

[18] Vedi ora Mezzadra, *Intersectionality, Identity, and the Riddle of Class*, Papels del CEIC 2021, 1. Sull'incerto percorso di una Critical Race Theory in Europa cfr. Mòschel,

Nel discorso giuridico, infatti, erano già da tempo emersi i diversi modi attraverso i quali l'ideologia opera, offrendo un'immagine distorta delle relazioni di potere, occultando le asimmetrie e le disuguaglianze che il diritto contribuisce a riprodurre.

Secondo una visione più complessa, che comincia ad affermarsi proprio in quel torno d'anni, il diritto attraverso le sue strutture non si limitava soltanto a riflettere e riprodurre le strutture di potere (razziale) presenti nella società. Emergeva, invece, chiaramente, come sia il diritto stesso a costituire i soggetti che regola attraverso tutta la sua fittissima rete di disposizioni. Queste disposizioni (*groundrules*), infatti, determinano i poteri che i soggetti, appartenenti a gruppi diversi, possono esercitare nei rapporti di conflitto e cooperazione fra di loro. A tali regole, dunque, è affidata la costruzione dell'identità dei soggetti che appartengono a questi gruppi[19].

Sarebbe errato, però, restringere il proprio campo di osservazione soltanto a quelle regole che riguardano direttamente il trattamento delle differenze e dell'identità, poiché vi sono molte altre regole che contribuiscono a determinare l'identità anche se, almeno apparentemente, con la razza non hanno molto a che vedere, come quelle che disciplinano gli insediamenti abitativi, il fenomeno della c.d. *gentrification*, l'educazione, i distretti elettorali etc.[20] .

L'i. infatti è strettamente legata all'ascesa di un movimento come l'analisi critica ed al dibattito al suo interno generato dagli studiosi neri che avrebbe dato vita alla *critical race theory* (CRT). Un fenomeno quest'ultimo tipicamente statunitense, come ha ben ricordato Duncan Kennedy[21], dipendente dalle trasformazioni che stava subendo la professione legale ed il mondo accademico in quello specifico contesto. Non per questo, però, meno interessante anche altrove[22].

Diversi accademici statunitensi condividevano una tradizione intellettuale che trovava origine nel femminismo nero, negli studi etnici e postcoloniali e cercavano di portare questa loro sensibilità all'interno della critica del diritto che era già da tempo all'opera ed aveva ampiamente analizzato e teorizzato le relazioni fra diritto e potere sociale. La critica si era infatti occupata di mettere in discussione, caso dopo caso, la coerenza delle differenti *doctrines*, portando alla luce le aporie e le ambiguità presenti nelle razionalizzazioni di cui si servono i giuristi per rinforzare il potere sociale come un primo passaggio verso il riconoscimento dell'apertura del sistema e la denuncia della natura intrinsecamente «politica» del diritto. L'incontro fra queste tendenze doveva ovviamente avvenire sul terreno del diritto antidiscriminatorio. Con tutta la sua abbondante messe di casi e *doctrines*, quest'area offriva il materiale ideale per mettere

[19] È impossibile pensare ad una relazione fra soggetti senza specificare le loro caratteristiche particolari: se si tratta cioè di un lavoratore subordinato o autonomo, di sesso femminile o maschile, è sposato o no, è anziano o giovane, è residente o immigrato, legale o illegale. Ed è altrettanto impossibile pensare a tali caratteristiche senza la mediazione degli strumenti giuridici, cioè dei diritti, poteri ed immunità che, in virtù di tali qualità, gli attribuisce il diritto. Ovviamente il diritto può spiegare solo una frazione possibile di questo differenziale di potere, ma il suo ruolo costitutivo appare innegabile. Sul punto volendo cfr. Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with special reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41Maryland L.Rev. (1981), 563; Marini, *Distribuzione ed identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010.

[20] Ford, *The Boundaries of Race: Political Geography in Legal Analysis*, 107 Harv. L.Rev. (1994), 1091; Boddie, *Racial Territoriality* 58 UCLA L.Rev. (2010) 401.

[21] Kennedy, *Intersezionalità e Critical Race Theory: una genealogia dal punto di vista dei Critical Legal Studies*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2021, 9. Vedi anche Esquirol, *Le strategie intellettuali dell'analisi critica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/2021, 187.

[22] Cfr. Marini, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività ai tempi della Critical Race Theory*, in *Teorie critiche del diritto*, a cura di Giolo e Bernardini, 2017.

alla prova il diritto liberale e verificare la persistenza al suo interno delle gerarchie razziali e sessuali[23].

Del resto, anni di lotte per i diritti civili stavano lì a dimostrare che l'intervento del diritto non era stato sufficiente a modificare il divario economico fra neri e bianchi, né la sistematica assenza dei neri nelle istituzioni politiche e sociali. E ciò imponeva di rivedere l'impianto giuridico complessivo sul quale poggiava una cittadinanza che continuava ad essere "di seconda classe".

La CRT infatti è estremamente critica dell'impostazione tradizionale dei progressisti secondo la quale, una volta rimossi i pregiudizi, le strutture istituzionali ed i meccanismi giuridici avrebbero potuto funzionare correttamente[24]. La critica, denunciando le incoerenze e le ambiguità del sistema giuridico, voleva portare un contributo decisivo allo studio delle modalità con cui il diritto e le strutture istituzionali finiscono per contribuire a quella discriminazione e disuguaglianza che declamano invece di combattere.

È il confronto con la teoria critica (CLS) a portare alla luce come il nodo sia costituito proprio dal diritto e dai discorsi di resistenza che possono realizzarsi attraverso il suo uso, in quanto ambedue – se non maneggiati cautamente – possono produrre e legittimare altra subordinazione.

La CRT pone al centro il ruolo che regole ed istituzioni possono giocare: da una parte denunciano ed offrono i rimedi per combattere il razzismo, dall'altra, attraverso le loro pratiche (categorizzazioni, classificazioni, statistiche, metodologie di indagine) producono e riproducono il razzismo. Ma all'interrogativo se la lotta contro il razzismo e la subordinazione implichi necessariamente una rottura con le istituzioni oppure, al contrario, possa servirsi del loro uso "alternativo", la risposta sembra decisamente propendere a favore di quest'ultima opzione[25].

---

[23] Ugualmente insoddisfacenti erano considerate quelle soluzioni che, per rispondere alla discriminazione, privilegiavano la prospettiva dei *perpetretors* rispetto a quella della vittima. Colpire così solo i comportamenti discriminatori deliberati dell'autore, senza alcuna attenzione per tutti gli altri modi in cui alle vittime viene preclusa la libertà di sviluppare la propria personalità all'interno della società, poteva essere considerato non solo riduttivo, ma controproducente. Nel lungo periodo, infatti, la soluzione normalizzava le condizioni di diseguaglianza razziale e sollevava la maggioranza da qualunque responsabilità nei confronti della discriminazione, la cui colpa era invece attribuita esclusivamente alle intenzioni perverse di alcuni singoli individui (cfr. Freeman, *Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine* 62 Minnesota L.Rev. (1978), 1049).

[24] In particolare è l'idea di *colorblindness* – nel senso che la razza, come il colore degli occhi, dovrebbe essere irrilevante per determinare le opportunità individuali – a costituire il problema: un sentimento nobile, che anima il movimento dei diritti civili, ma che presuppone che tale *colorblindness* esista davvero nella società. Infatti la strategia *colorblind*, per essere davvero efficace, avrebbe dovuto presupporre l'esistenza di una società in cui tutti fossero già considerati uguali. Nella realtà, le cose però stavano diversamente. Così il movimento dei diritti civili, mentre consentiva di cogliere qualche isolata vittoria, non appariva però in grado di rimuovere alla radice la condizione di inferiorità dei gruppi subordinati. La giurisprudenza della Corte Suprema può essere riassunta in questi passaggi: (a) considera tutte le classificazioni come fonte di discriminazione razziale; (b) pone sullo stesso piano le pretese dei bianchi di mantenere le condizioni privilegiate in cui si trovano con le pretese dei gruppi minoritari di eliminare le discriminazioni; (c) attacca solo quelle pratiche che possono essere isolabili ed identificabili come il prodotto di azioni intenzionali; (d) limita sia le misure antidiscriminatorie rivolte a modificare la situazione per il futuro che quelle rivolte a correggere le conseguenze provocate nel passato, conservando lo status quo di ineguaglianza razziale (cfr. Freeman, *Antidiscrimination Law: The View from 1989*, 64 Tulane L.Tev. (1990), 1407).

[25] Della teoria critica la CRT riprendeva la critica dell'ideologia della neutralità del diritto e l'idea della natura costitutiva del diritto e non semplicemente riflessiva delle relazioni sociali, ma si distaccava dalla critica dei diritti perché seppure indeterminati, alienanti e strumenti di egemonia, i diritti potevano però essere fonte di empowerment politico e strumenti di resistenza.

Ed è proprio a questo livello che si inserisce il contributo di Crenshaw. Per Crenshaw, non diversamente da altre visioni critiche[26], le questioni dell'uguaglianza sono strutturali, istituzionali, sistemiche e sempre legate alla disuguale distribuzione del potere. Così, dunque, una volta scoperte e denunciate le forme di razionalizzazione che nascondono il modo in cui il potere sociale è distribuito e lo rafforzano, è necessario operare attraverso il diritto per modificarlo.

Il contributo di Crenshaw si gioca dunque tutto sul piano della redistribuzione e, come tale, si inseriva nel quadro di quegli orientamenti critici che tendono a ridefinire e precisare il rapporto fra indeterminatezza del diritto ed affermazione della sua natura costitutiva: il fatto che il diritto non sia coerente al suo interno non significa però che possa esercitare forza costitutiva[27].

Occorre guardare al diritto, per quello che realisticamente è, cioè come un insieme di regole del gioco altamente strutturate e limitate che selezionano i giocatori, determinano il campo sul quale il gioco si svolge, le mosse che ognuno di loro può fare e qual è la posta in gioco[28]. Regole che devono essere comprese e valutate nel loro insieme per stimarne costi e benefici, rispetto all'intero spettro dei soggetti coinvolti nei vari contesti in cui operano.

6. *L'intersezionalità e la Critical Race Theory*

Sempre nello stesso torno di anni, sulla scena compare una nuova generazione di *crits* che si interessava al dibattito europeo sul postmoderno e sul poststrutturalismo. Con essa, si faceva strada anche una diversa perplessità nei confronti delle posizioni della CRT, legata proprio alla possibilità di configurare una identità razziale, che metteva in discussione i suoi presupposti, dando vita ad uno scetticismo nei confronti di tutti i progetti organizzati intorno al concetto di razza. Non diversamente dal *mainstream* della *colorblindness,* secondo il quale la razza veniva considerata irrilevante, dopo l'avvento del postmoderno che pervade le *humanities*, in quel torno d'anni, la razza diventa un semplice prodotto della cultura e delle pratiche discorsive dominanti (cioè quelle prodotte dal discorso occidentale).

Veniva così messo discussione non più soltanto il modo con cui viene presentata la razza, ma la stessa possibilità di farlo[29]. La conseguenza principale infatti è stata di

[26] Diversamente dal femminismo, però, la CRT non presentava la "race consciousness" o "la prospettiva della vittima" come una alternativa radicale ed esclusiva sulla quale fondare l'intera teoria giuridica. Mackinnon infatti presentava il femminismo e la coscienza del "punto di vista delle donne", come il marxismo stesso aveva fatto, e cioè come la chiave di lettura della subordinazione in alternativa alla lettura in chiave di classe (Mackinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 Yale L.J. (1991) 1281) considera che essere una donna significa essere subordinata ed essere subordinata sessualmente), i CRT invece erano più ambivalenti nella loro considerazione della razza e dei rapporti fra identità razziale e subordinazione razziale. Sul punto recentemente cfr. Carbado - Harris, *Intersectionality at 30: Mapping the Margins of Anti-essentialism, Intersectionality and Dominance Theory*, 132 Harv. L. Rev. 2193

[27] Evidentemente se nessuna regola ha abbastanza forza e precisione per incanalare il sistema ineluttabilmente in una logica specifica (come avrebbe voluto il marxismo classico) non significa però che il diritto non sia in grado di determinare vincitori e perdenti nei molti, anche se più limitati, conflitti che attraversano la società, ad essere in gioco allora non sono più le sorti del sistema, ma conflitti "locali" con una posta più ridotta, ma ugualmente significativi. Da ultimi, ma significativamente cfr. Xifaras, *Il ruolo del diritto secondo la teoria critica: il caso della proprietà e dei beni comuni (I parte)*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 163, *(II parte)*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, e Negri - Hardt, *Una replica a Mikhail Xifaras*, *ivi*, 347.

[28] Crenshaw, *Introduzione*, cit.

[29] Il dibattito è ancora vivo cfr. Peller, *Race consciousness*, cit. ed Id., *History, Identity and Alienation*, cit. dove una critica nei confronti del c.d. *progressive race blindness* che ripropone il tema: il razzismo si è servito della razza come fonte di oppressione, la gente di colore dovrebbe abbandonarla, e se non lo fanno continuano a perpetuare la loro stessa emarginazione cfr. Ford, *Racial culture: a Critique* (2005).

rendere l'uso delle categorie sospette perché non hanno alcun fondamento nella realtà: è il linguaggio a creare la realtà delle categorie piuttosto che il contrario. La conseguenza inevitabile sotto il profilo metodologico è stata di rendere sospetto sia il processo di categorizzazione che qualunque ricerca fondata su tale categorizzazione, perché conduce alla demarcazione e la demarcazione alla esclusione e l'esclusione alla disuguaglianza.

La tendenza a focalizzarsi sulla costruzione sociale delle categorie identitarie e sulla dimensione discorsiva del diritto rischiava infatti di privare di fondamento tutti i progetti fondati sulla razza e di lasciare nell'ombra le condizioni materiali di tutti coloro che vivevano l'esperienza della gente di colore e dimenticare ciò che significava, realmente, per loro vivere in un mondo segnato dalla discriminazione.

Mentre la CRT cominciava ad avvicinarsi a posizioni anti-essenzialiste[30], di cui gran parte dei suoi appartenenti condividevano alcuni dei presupposti di fondo, l'analisi di Crenshaw dimostrava come le nozioni di potere e di identità fossero assai più complicate di quanto i partecipanti a queste discussioni normalmente immaginavano.

Nella realtà, infatti, sebbene socialmente costruita, l'identità razziale è tremendamente reale e condiziona l'esistenza individuale e non se ne può uscire, come vuole *l'identity politics*: promuovendo visibilità ed inclusione o decostruendo i termini del discorso attraverso il quale alcune identità sono state stigmatizzate e rese marginali.

Il razzismo, per Crenshaw, è penetrato all'interno di un complesso apparato istituzionale che, da una parte offre gli strumenti per combatterlo, ma dall'altra lo tollera e lo riproduce attraverso una serie di classificazioni e stratificazioni che si insinuano nell'organizzazione degli spazi e nei modi di vita e di produzione per rimuovere le quali non basta il riconoscimento simbolico o la decostruzione[31].

7. *L'espansione dell'intersezionalità nel diritto*

L'i. sviluppata da Crenshaw era destinata ad essere applicata ben oltre i problemi della discriminazione razziale e della violenza sulle donne[32]; avrebbe infatti interessato il diritto penale, il diritto di famiglia e dell'immigrazione. E doveva essere adattata anche in molteplici contesti che riguardavano comunità diverse da quella nera[33] ed identità intersezionali ulteriori[34].

---

[30] L'anti-essenzialismo significa però altre due cose: rifiuto dell'idea che l'identità (razziale, etnica, sessuale) sia pre-esistente, che esista cioè fuori e prima del diritto, in quanto prodotta dalle strutture sociali, dalla dinamica economica o politica o comunque dagli interessi dei bianchi e rifiuto anche dell'idea che il sistema giuridico rifletta semplicemente questa realtà, ratificando i vantaggi che si possono guadagnare in conflitti che avvengono al di fuori ed indipendentemente dal diritto.

[31] Il progetto di decostruire le assunzioni normative di queste categorie contribuisce alla possibilità di un cambiamento positivo (nel senso di liberare individui e gruppi dalla presa normativa di un ordine egemonico) e di permette una politica più complessa e inclusiva (anche se si riconosce che è impossibile sottrarsi definitivamente ai confini normalizzatori del linguaggio perché nuove relazioni di sapere/potere sono continuamente riscritte nei diversi sistemi di classificazione ed è impossibile evitare di usare le categorie strategicamente per finalità politiche).

[32] Caldwell, *A Hair Piece: Perspectives on the Intersection of Race and Gender,* 2 Duke Law Journal 365 (1999); Crooms, *Indivisible Rights and Intersectionality Identities: or What do Women's Rights Have to Do with Race Conventions?* 40 Howard Law Journal 619 (1997).

[33] Cho, *Converging Stereotypes in Racialized Sexual Harassment: Where the Model Minority Meets Suzie Wong*, 1 Journal of Gender, Race, & Justice (1997), 177, Hernandez-Truyol, *Borders (En)gendered: Normativities, Latinas, and a LatCrit Paradigm,* 72 NYU Law Review 882 (1997).

[34] Arriola, *Gendered Inequality: Lesbians, Gays and Feminist Legal Theory*, 9 Berkeley Women's Law Journal 103, (1994), Gilmore, *It Is Better to Speak* 6 Berkeley Women's Law Journal (1990) 74, Jeffer-

L'i. ha attraversato pure discipline diverse con un significativo impatto, ben oltre gli studi di genere, in tutto il campo degli studi sociali e delle *humanities*, dove ha prodotto un sostanziale rinnovamento delle metodologie, perché offriva gli strumenti per comprendere come le categorie utilizzate (le "battered women" nell'esempio di Crenshaw) non tenessero fede alla loro pretesa di universalità. L'i., infatti, ha indotto gli studiosi ad interrogarsi sulla effettiva composizione dei gruppi ai fini di comprendere il reale impatto che i meccanismi giuridici, le proposte di riforma o i vari progetti critici – quando si presentano come neutre o unidirezionali – sono destinati ad avere al loro interno.

Questi studi – pur rimanendo scettici circa le generalizzazioni che si annidano nelle classificazioni e categorizzazioni – hanno cercato tutti però di cogliere la complessità dei gruppi e le dinamiche confliggenti che determinano le esperienze dei soggetti posti "all'intersezione" ed hanno dedicato la loro attenzione al processo attraverso il quale queste strutture vengono prodotte e riprodotte e le modalità con cui è possibile resistergli nella vita di tutti i giorni.

Paradossalmente il diritto, terreno sul quale l'i. è decollata, è rimasto però quello sul quale l'i. sembra aver segnato – almeno da noi – i minori progressi.

Sono i casi di violenza domestica perpetrata contro donne migranti o appartenenti ad una minoranza etnica, che presentano il più delle volte i classici problemi di intersezionalità. L'irrilevanza a livello giuridico delle violenze subite all'origine ed il rischio di essere rimpatriate e così di esporsi ad eventuali ritorsioni costituisce un deterrente per le donne che subiscono violenza di riferirle, mettendo in scacco la tutela assicurata dal diritto internazionale. E, sempre in questi casi, le autorità locali sono assai meno inclini ad intervenire anche quando potrebbero[35]. Sia nell'ottica del "multiculturalismo" che in quella dell'"universalismo" la condizione delle vittime è destinata a rimanere indifferente: nella prima, un esito del genere è prodotto dal rispetto del dato culturale che renderebbe tollerabili, almeno alcune, forme di violenza in quanto riconducibili alla "differenza" culturali; nella seconda perché tutte le donne devono essere trattate nello stesso modo senza alcuna differenza a seconda della loro origine.

I documenti internazionali ed europei che promuovono il rispetto dei diritti umani sottolineano tutti la necessità di rimuovere anche le più insidiose forme di discriminazione ed invitano, per questo, ad adottare un approccio intersezionale. Ancora recentemente, alla condizione intersezionale è data rilevanza in materia di diritto alla salute e diritti sessuali, proprio allo scopo di assicurare che le donne e le ragazze (sia trans che cisgender), le persone non binarie, le lesbiche e le donne bisessuali e intersessuali godano di un accesso paritario ai servizi e ai diritti concernenti la salute sessuale e riproduttiva.

Alle declamazioni, però, non sembra ancora aver corrisposto una altrettanto chiara definizione del fenomeno, né tantomeno la previsione di quelle sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive" che si invocano, rendendo così tale condizione difficilmente giustiziabile[36].

---

son, *Towards a Black Lesbian Jurisprudence,* 18 Boston College Third World Law Journal 263 (1998), Ota, *Flying Buttresses* 49 DePaul Law Review 693, Rosenblum, *Queer Intersectionality and the Failure of Recent Lesbian and Gay "Victories"* 4 Law and Sexuality 83)

[35] Una rassegna di casi è in Mango, *When victims of domestic violence are migrants or minorities: women at intersection in Europe*, in *GenIUS*, 2019, 1.

[36] Operativamente si tratta di valutare quando ed in quali casi il fattore intersezionale sia ammesso, quale sia il rapporto fra fattori protetti e non protetti; qual è il termine di comparazione per stabilire se vi sia stato trattamento discriminatorio (donna migrante di colore, omosessuale non lungo-soggiornante);

8. *Complessità e complicità dell'intersezionalità. Verso la post-intersezionalità? Multidimensionality e Colorblind intersectionality*

Nel corso del tempo l'i. avrebbe dovuto confrontarsi anche con una varietà di critiche, provenienti da versanti diversi, che però difficilmente l'hanno scalfita.

Da un versante, quello più conservatore, infatti si è negato alla radice la sua utilità, disconoscendo la rilevanza della razza e di tutte le indagini che ruotano intorno ad essa. Attraverso una visione che fa leva sostanzialmente sulla riprovazione delle vittime per il loro deficit culturale o per i loro difetti comportamentali, hanno indirizzato gli interventi giuridici prevalentemente verso la cura di questi difetti all'interno delle comunità discriminate, piuttosto che la via della rimozione delle condizioni strutturali che provocano la subordinazione. Con l'evidente risultato di lasciare nell'ombra gli squilibri e le posizioni di supremazia e di privilegio di cui i bianchi sistematicamente godono[37].

Sull'altro versante, quello di coloro che invece prendono la razza sul serio, l'i. è stata criticata per il fatto di rimanere eccessivamente ancorata al binomio originario genere/razza[38] e per non aver considerato la normale ibridità di tutte le identità ed il carattere diffuso del potere[39].

In questa prospettiva, i diversi tentativi di superamento – che pure sono stati, nel tempo, proposti – non appaiono però particolarmente significativi: non sembrano altro che riformulazioni meramente terminologiche della proposta originaria.

È questo il caso di formule come la *multidimensionality* o la *interconnectivity* o la *cosynthesis* che sono state variamente proposte al suo posto per offrire una etichetta più "universale", capace di cogliere meglio la variegata esperienza dei gruppi subordinati e non.

Ai loro promotori, infatti, queste formule appaiono più adatte a cogliere la complessità che caratterizza il fenomeno, evitando di attribuire necessariamente rango privilegiato ad alcune categorie: la critica è qui rivolta ovviamente al binomio razza-genere che avrebbe storicamente monopolizzato l'analisi i. con la conseguenza così di riprodurre altre marginalità.

---

quale sia l'onere della prova ed in che cosa esattamente consiste. convenuto mostrare la discriminazione in relazione ad ogni fattore discriminatorio.

Bene sul punto Giacomelli, *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Torino 2018.

Una rassegna problematica con particolare riferimento al caso è ora in Bernardini, *La capacità vulnerabile*, Napoli 2021.

[37] È in questa prospettiva che la "whiteness" è sempre trasparente, "non marcata" e può candidarsi a costituire la norma sulla base della quale valutare tutto il resto. L'i. può spiegare i sistemi di potere e spiegare sia l'oppressione che il privilegio (donna nera trans lesbica lavoratrice e bianco cisgender eterosessuale di classemedia), la differenza è che il sistema disempower i primi e empower il secondo. Tutte le identità sono i.

[38] L'i. infatti privilegia a priori il binomio razza-genere (razzismo e patriarcato) e le donne di colore a danno di altre forme di subordinazione come quella eterosessista, Hutchinson, *Identity Crisis: "Intersectionality", "Multidimensionality", and the Development of an Adequate Theory of Subordination,* 6 Michigan Journal of Race & Law(2001); Id., *New Complexity Theories: From Theoretical Innovation to Doctrinal Reform* 71 UMKC Law Review (2002) 431; Cho - Crenshaw - McCall, *Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Application, and Praxis*, 38 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (2013) 785; Mutua, *Multidimensionality Is to Masculinities What Intersectionality Is to Feminism* 13 Nevada Law J. 2013 341 Kwan, *Complicity and Complexity: Cosynthesis and Praxis* 49 DePaul Law Review 673 (2000).

[39] La "simultaneity" Yamamoto, *Interracial Justice: Conflict & Reconciliation in Post-civil Rights America NYU Press* (1999) e la "bi-directionality" Carbado, *Afterword: Critical What What?* 43 Connecticut Law Review (2011), 1593 enfatizzano come un membro del gruppo subordinato potrebbe esercitare "simultaneamente" un privilegio o uno "svantaggio" e criticano l'i. per aver lasciato fuori dal quadro proprio coloro che hanno "identità parzialmente privilegiate"

Una critica, quella della marginalizzazione o insufficiente rappresentazione di altre identità, come quelle di colore ma non nere o delle minoranze sessuali, che doveva dar vita addirittura alla rottura del fronte del CRT con la creazione di spazi diversi in cui condividere i problemi dell'oppressione di questi altri gruppi[40].

E, in ogni caso, proposte del genere sembrano offrire anche un'alternativa più inclusiva, capace cioè di allargare la base delle politiche intersezionali. È il caso di quelle situazioni definite di "simultaneità" o "bi-direzionalità", che permettono di includere nelle analisi anche "identità parzialmente privilegiate" ("maleness", "whiteness") e di tenere conto sia dei privilegiati che degli oppressi, sia dei margini che del centro; ma anche di tutte le possibili condizioni identitarie che, in ragione del carattere fluido dell'identità, della sua mutevolezza e contingenza, possono prodursi in ragione delle circostanze e degli altri aspetti identitari con cui concorrono e sono chiamate a confrontarsi[41].

Di fronte alle critiche di quest'ultimo tipo, l'i. non segna una battuta di arresto. L'i. si è dimostrata infatti sempre scettica sulla stabilità delle categorie identitarie ed aperta alla considerazione di nuove situazioni[42]. Il fatto che i lavori di Crenshaw non abbiano – almeno finora – considerato abbastanza questi ulteriori e diversi livelli, non significa però che l'analisi intersezionale non sia abbastanza flessibile per farlo.

Sarebbe però erroneo pensare al tramonto dell'analisi di Crenshaw ed all'apertura di una nuova fase: quella della post-intersezionalità[43].

Indubbiamente le critiche hanno favorito una messa a punto attraverso un'analisi sempre più *thick*, rivolta cioè all'interno delle categorie, in cui sono emersi fattori ulteriori rispetto alla razza ed al genere, come il fatto di essere immigranti e non *english-speakers*, ma potenzialmente anche molti altri, come l'orientamento sessuale, la disabilità, la posizione di lavoratore/trice irregolare, di *"not quite/not white"* propria di asiatici, mussulmani o arabi e perfino scoprire l'*intra-intersectionality* , con la quale appunto ci si riferisce ai molti modi in cui gli individui che appartengono a queste categorie esprimono le loro caratteristiche (accento, acconciatura, abbigliamento, identità sociale e politica, stato civile, residenza), scelte che diventano rilevanti per produrre ulteriore discriminazione all'interno di una categoria già discriminata[44].

---

[40] Così è accaduto con la Latino/a Critical Theory che nasce in polemica con la CRT.

[41] Alla fine degli anni 70 gli studi cominciano a prendere in considerazione gli effetti della costruzione sociale del ruolo degli uomini, focalizzandosi sulla categoria dell'uomo e della mascolinità (Cooper - McGinley, *Identities Cubed: Perspectives on Multidimensional Masculinities Theory,* 13 Nevada Law Journal 326 (2013), Mutua, *The Multidimensionality Turn: Revisiting Progressive Black Masculinities in Multidimensional Masculinities and Law*, in Cooper- A.C. McGinley , A. Mutua, *Multidimensionality is to masculinities what intersectionality is to feminism* 13 Nevada Law Journal (2013), 341).

[42] Crenshaw, *Mapping the margins* cit. 1991, 1245, 1291 aperta appunto ad altre dimensioni della identità come sesso e classe e contro una "nuova, totalizzante teoria dell'identità".

[43] Chang - Culp, *After Intersectionality* (2002) 78 UMKC L. Rev. 485; Cho, *Post-intersectionality: The Curious Reception of Intersectionality in Legal Scholarship,* 10 Du Bois Rev. (2013); Mutua, *The Rise, Development and Future of Directions of Critical Race Theory and Related Scholarship,* 84 Denv U. L.Rev. (2006) 84.

[44] L'impostazione apre la strada ad una visione della identità come "performance" ed al grado di autonomia che è consentito all'individuo nell'affermare o minimizzare la sua differenza Carbado, *Colorblind Intersectionality*, 38 Signs (2013) 811. Sulla rilevanza che può assumere cfr. Mercat-Bruns, *Multiple discrimination and intersectionality: issues of equality and liberty* in International Sociology 2017, 43 ed Id., *Le droit de la non discrimination* Recueil Dalloz (2.017) 5 224. Attraverso una nozione di dignità umana è stato possibile sganciare la tutela antidiscriminatoria dalla categorizzazione delle differenze, da un giudizio di comparazione e dai parametri di "normalità" del gruppo dominante. Con l'affermazione dell'uguale dignità di tutti, ad essere protetti non sono più gli appartenenti a gruppi o a categorie sociali,

Del resto – è opportuno ricordarlo ancora una volta – piuttosto che alla (ri)definizione delle identità rilevanti, l'interesse di Crenshaw era diretto soprattutto a chiarire la dimensione dinamica dell'i., cioè le modalità in cui il potere opera a concretamente, il modo diffuso e differenziato con cui si originano e si articolano fra di loro identità che si sovrappongono, dando vita così a relazioni sociali molto complesse[45].

L'enfasi sulla complessità delle identità non deve però oscurare il carattere conflittuale dell'i., cioè il dato della collisione che si verifica all'interno delle diverse categorie identitarie e della gerarchia che il diritto contribuisce a creare al loro interno, le cui conseguenze riguardano la distribuzione di beni che vanno dal denaro al capitale sociale[46].

In questo senso, vi sono ancora due altri profili che meritano di essere ribaditi. Il primo è che, in tale analisi, identità e stereotipi sono finalmente considerati per quello che sono realmente, cioè il prodotto di una cristallizzazione che si verifica all'intersezione dinamica di molteplici gerarchie e non siano invece l'origine della dinamica che produce le gerarchie stesse. Il secondo è di prendere atto della complessità dei rapporti di dominazione, che i dominati possono subire ma anche esercitare, condividendo con i primi norme e strumenti per resistere al potere, e gli effetti – positivi, ma anche negativi – che questa il loro esercizio può provocare.

9. *Incontri ravvicinati del terzo tipo. L'intersezionalità ed il femminismo*

In definitiva, come tutte le teorie critiche, una volta guadagnato il successo, l'i. si espone al rischio inevitabile di subire un processo di semplificazione e conseguente "normalizzazione".

Questo fenomeno è noto e deve essere indagato ancora ad altri due livelli differenti, ma connessi fra di loro. Da una parte, sotto il profilo della produzione di conoscenza, l'i. tende ad essere riassorbita all'interno dei saperi e delle discipline dominanti, dei quali – senza mettere assolutamente in discussione i presupposti epistemici che li caratterizzano – favorisce la riespansione egemonica, creando a sua volta nuove forme di marginalità. In questo caso l'i. si presta a divenire parte di un sistema che serve a governare la cultura prodotta ai margini[47].

Dall'altra, sotto il profilo ideologico, l'i. è stata incorporata nella prospettiva neoliberale, che ne ha in parte metabolizzato ed in parte superato gli elementi sui quali si fonda, valorizzando la differenza senza conseguenze distributive, un mondo nel quale

---

ma tutti gli individui in quanto persone. La lesione infatti è prodotta dall'offesa, dalla denigrazione, dalla stigmatizzazione di una persona per il solo fatto di aver espresso la propria identità (cfr. Mercat-Bruns, *Multiple discrimination and Intersectionality* cit.). Sul punto Rodotà, *La rivoluzione della dignità,* in *Vivere la democrazia*, Roma-Bari, 2018; Zatti, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, cit.

[45] Lo ribadisce Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking back to move forward* 43 Conn. L.Rev. (2011) 1253.

[46] Il riferimento è a Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, in Sexy dressing, Etc. Cambridge Mass. Harvard Univ. Press 1993.

[47] Gli archivi culturali occidentali permettono modifiche e variazioni, talvolta radicali, mentre lasciano immutate la struttura epistemologica, i modi di classificazione e le rappresentazioni. La sociologia ha potuto arricchire i contenuti dei suoi discorsi, confinando in una serie di (sotto-)settori speciali, studi che mettevano in discussione presupposti e categorie fondative come nel caso della sociologia della sessualità (che ribaltava l'idea che la sessualità fosse un'espressione dell'individuo condizionata da norme sociali, ma un regime che si intreccia con le istituzioni sociali che avesse prodotto la "eterosessualizzazione" della società. È insomma parte del sistema che produce e sostiene l'oppressione e la marginalizzazione delle minoranze).

– secondo Stuart Hall – "le cose sono differenti …ma le differenze non contano" [48]. Il neoliberalismo è stato, infatti, in grado di parlare il complesso linguaggio della diversità perché è riuscito ad organizzare l'esistenza materiale e politica in termini di razza, genere, sessualità ma anche di nazione, etnia o religione dando vita a quella che è stata definita una vera e propria *ornamental intersectionality* che sfrutta appunto le differenze, senza mettere in discussione le strutture che le riproducono[49].

Si è fatto ampiamente ricorso alle tecniche della *identity politics* per governare la diversità e realizzare progetti istituzionali ed ideologici di vario tipo, come ad esempio il miglior governo manageriale dell'impresa attraverso l'inclusione selettiva delle varie differenze o l'elaborazione di una serie di tecniche di mercato più efficienti attraverso la segmentazione dei mercati a seconda dei diversi stili di vita e del modo in cui le diverse identità si combinano nella realtà attuale.

L'i. perde così il suo carattere critico e conflittuale per diventare così un altro strumento oggettivo di analisi.

10. *Whitening intersectionality. La "colonizzazione" della intersezionalità*

È sempre su questo terreno che anche la discussione sulla genealogia dell'i. ha potuto riprendere vigore.

Gli indubbi successi riportati dall'analisi i. gli hanno consentito, infatti, di varcare l'oceano e di diffondersi anche in Europa, dove, sganciata dal colore della pelle, è stata adottata dal movimento femminista che l'ha ri-collocata all'interno del suo albero genealogico.

In questo quadro, non diversamente da quanto accaduto sul suo terreno d'elezione quando si è posta la questione dell'inclusione di altre categorie identitarie e/o assi di potere, ci si è domandato ancora quale senso sia destinata ad assumere l'i. una volta sganciata dal dato razziale e dalle sue origini nel femminismo nero, per essere ricollocata nella genealogia del femminismo europeo[50].

---

[48] Hall, *The Local and the Global. Globalization and Ethnicity* in *Culture, Globalization and the World System* (A. D. King ed.) Minneapolis 1991, 31. Il tramonto della cittadinanza sessuale e della critica radicale a favore di una omonormatività che riproduce e promuove le istituzioni eteronormative dominanti ed a favore di una cultura gay ancorata alla domesticità ed al consumo (cfr. Marella, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Teorie critiche del diritto*, cit., Pisa, 2017, 249).

[49] *Ornamental* in quanto gli strumenti di cui si serve, come le dichiarazioni di genere, gli permettono di riguadagnare credito senza necessariamente attaccare le strutture sottostanti che sostengono le disuguaglianze, oscurano le relazioni esistenti fra questi termini cfr. Bilge, *Intersectionality Undone, Saving Intersectionality from Feminist Intersectionality studies*, 10 DuBois Review (2013), 40. Sugli usi dell'i. cfr. Yuval-Davis, *Series Introduction: The Politics of Intersectionality* in *Solidarity Politics for Millennials. A guide to Ending the Oppression Olympics* A.M. Hancock (ed.) NY Palgrave (2011); Davis, *Intersectionality as a critical methodology* in Lykke, *Writing Academic Texts Differently: Intersectional feminist Methodologies and the Playful Art of Writing,* Routledge (2014) 17; Lykke, *Transversal Dialogues on Intersectionality, Socialist Feminism and Epistemologies of Ignorance,* Nordic J. of Feminist Research 2020, 1.

[50] Sull'ampio dibattito provocato dal processo di migrazione e ricollocazione che sta avvenendo in Europa cfr. Bilge, *Whitening Intersectionality. Evanescence of Race in Intersectionality Scholarship,* 2014 Racism and Sociology; Tomlinson, *Colonizing Intersectionality: Replicating Racial Hierarchy in Feminist Academic Arguments. Social Identities,*19 Journal for the Study of Race, Nation and Culture 254 (2013); Lykke, *Intersectional Analysis: Black Box or Useful Critical Feminist Thinking Technology* (2011); Puar, *I would rather be a cyborg than a goddess: Intersectionality, assemblage, and affective politics* 2 Philosophia 4(2012); Davis, *Who owns intersectionality? Some reflections on feminist debates on how theories travel.* 27 Eur. J. of Women's Studies (2020) 113; Nash, (2016), *Black Feminism Reimagined: After Intersectionality* (2019). Si devono segnalare sul punto le osservazioni della stessa Crenshaw in *Celebrating Intersectionality?*

È stato così sottolineato come, anche durante il suo viaggio attraverso i confini nazionali non diversamente da quanto accaduto nel suo viaggio attraverso le discipline, l'i. sarebbe stata "candeggiata", avrebbe cioè subito un processo di neutralizzazione con la progressiva sostituzione come tema dominante del genere rispetto alla razza.

La questione della genealogia si è quindi rivelata importante, ma è necessario fare alcune precisazioni. La narrativa dell'"origine", infatti, non ha niente a che fare con l'altra questione, pure spesso evocata in questi contesti, dei soggetti che sono legittimati a "far sentire la propria voce" in virtù del colore della pelle o di altre caratteristiche, né si risolve semplicemente in un fenomeno di originalismo o campanilismo intellettuale.

L'effetto "whitening" si riferisce invece alla questione del privilegio epistemologico: diluire il dato razziale in un prisma di infinite combinazioni di caratteristiche identitarie significa soprattutto accogliere come un dato naturale ed inevitabile la *whiteness* e legittimare l'universo epistemico che ne consegue. L'identità razziale dei bianchi non è messa in discussione, così la presenza razziale, la differenza razziale e la particolarità razziale dei bianchi (e del soggetto occidentale in genere) passa inosservata e viaggia in modo invisibile, poiché i loro punti di vista sono considerati normali, determinano cioè ciò che costituisce la norma.

Radicare l'i. nella genealogia del femminismo o degli studi sociali se consente significativi avanzamenti nelle rispettive analisi, d'altra parte produce però anche effetti "collaterali". L'operazione, infatti, provoca una modifica del campo di osservazione, rende invisibile infatti il carattere conflittuale che l'i. aveva originariamente messo in luce: si tratta in un caso del conflitto interno al femminismo, dove l'i. è stata portata avanti dalle donne di colore proprio in opposizione al femminismo bianco ed al patriarcato presente nel nazionalismo nero, e, in un altro, dello scontro fra la critica dei "margini" e la posizione egemonica e privilegiata dalla quale i teorici del centro parlano e vedono se stessi, gli altri e la società.

In questa prospettiva, il fenomeno deve essere apprezzato correttamente nel quadro della diffusione transnazionale delle idee e delle forme di pensiero, inevitabile risultato della globalizzazione[51].

La domanda importante non è a chi "appartenga" l'i. o chi sia legittimato ad utilizzarla, ma riguarda gli effetti che il suo uso o la sua importazione possono avere sul campo, perché – com'è ormai noto – ogni nuova inclusione porta inevitabilmente con sé anche nuove esclusioni.

È necessario considerare quali gruppi sono "empowered" e quali "disempowered", di rendere visibile chi vince e chi perde, chi è incluso e chi è escluso attraverso le diverse ricostruzioni della narrativa sulle origini.

La discussione critica circa il contesto istituzionale o geopolitico in cui l'i. è migrata, sia fuori che dentro l'Europa, e sui diversi modi in cui l'i. è stata sviluppata ed

---

Crenshaw, *Postscript* in H. Lutz, M.T. Herrera Vivar and L. Supik (eds) Framing Intersectionality: Debates on a Multi-Faceted Concept in Gender Studies (2011) Ashgate; Cho - Crenshaw - McCall, *Towards a field of intersectionality studies: Theory, applications and praxis*, 38 Signs (2013) 785.

[51] Per Said ogni teoria è una risposta ad una specifica situazione sociale e storica, ciò che potrebbe indurre un'"insurrectional consciousness" in un caso potrebbe diventare un tragico fallimento in un'altra, il viaggio non assicura che la teoria rimanga critica o sovversiva. Non possiamo mai prevedere infatti come la teoria sarà utilizzata in un contesto storico e sociale differente. Ogni migrazione non si realizza su di un terreno di gioco assolutamente piano e richiede una costante vigilanza critica. È sempre l'incontro di ogni teoria con la resistenza e, pertanto, la possibilità di critica che consente alla critica di essere critica.

utilizzata in quei contesti è allora necessaria ed inevitabile. Il problema diventa invece la pretesa di tornare all'originale, di rimanere ancorati là dov'è si è nati e di reprimere ogni sortita al di fuori del proprio recinto.

11. *Prospettive aperte per i giuristi: intersezionalità ed analisi distributiva*

All'interrogativo che, in conclusione, ci si può porre circa le prospettive aperte ai giuristi dai lavori di Crenshaw e dal dibattito che ne è seguito non è facile rispondere.

L'intervento di Crenshaw infatti si snodava su piani diversi: era teorico, dottrinale, pratico, attivista, antiessenzialista e strategicamente essenzialista

L'i. è parte di una più larga critica dei diritti e delle istituzioni giuridiche ed è rivolta, in particolare, a tutti quei progetti che mirano all'inclusione nella prospettiva della differenza; una critica che mette in discussione le strutture ideologiche attraverso le quali soggetti, problemi e soluzioni vengono trattati e ne analizza le conseguenze materiali.

Indubbiamente, la critica i. è rivolta ai processi di universalizzazione che tali progetti e politiche dell'identità portano avanti, in modo da rivelarne *dark sides* e *blind spots* in modo tanto più significativo soprattutto perché l'obiettivo di tali progetti è proprio denunciare la neutralità e l'universalismo delle istituzioni rispetto alle donne ed alle altre minoranze. Insomma, mette alla (dura) prova della *law in action* le declamazioni di cui tali progetti sono sempre molto ricchi.

L'analisi i. rende visibili le gerarchie soggettive insite all'interno di quei progetti e di quelle politiche e le mette in crisi. Rivela come i meccanismi che ruotano intorno all'*identity politics* corrano il rischio di semplificare quelle stesse identità che dovrebbero proteggere, cristallizzandole in modo da oscurare completamente la complessità della loro formazione, producendo un fenomeno che genera ulteriori problemi di esclusione e di subordinazione.

L'analisi i. si muove così anche ad un livello più generale, perché allarga i nostri orizzonti sulle conseguenze delle regole giuridiche e dei loro rimedi. E diventa uno strumento che può essere appannaggio di tutti i giuristi. Ci induce, infatti, a prendere in considerazione la complessità dei gruppi destinatari degli interventi da parte del diritto, ci induce a scandagliare al loro interno per individuarne le diverse componenti e la molteplicità dei loro interessi, perché tali interessi possono porsi anche in posizione antagonista (*at cross purpose*) fra di loro.

In questa prospettiva è capace di rivelarci come nessun progetto di cambiamento sia davvero a somma zero: c'è sempre qualcuno che vince e qualcuno che perde. E, così, porta in esponente le scelte difficili che è necessario compiere in ogni processo di trasformazione.

A tal fine richiede un'analisi realistica dell'impatto che la regola giuridica potrà avere, del modo cioè in cui la regola verrà percepita, se sarà considerata come un costo o un beneficio, alla luce dei desideri e preferenze che, all'interno del gruppo, le diverse componenti possono nutrire in un determinato momento ed in determinate condizioni storiche e culturali, da chi potrà essere rispettata o aggirata.

Questa operazione indubbiamente costituisce un esercizio difficile: richiede di scegliere, di essere in grado di disaggregare o considerare separatamente le conseguenze delle regole in termini di preferenze, senza muovere pregiudizialmente da posizioni che assumono identità uniformanti; richiede la capacità cioè di individuare le posizioni degli

interessati, di saper al tempo stesso evitare l'eccessiva uniformazione e l'eccessiva parcellizzazione.

L'i. permette di ribaltare anche l'assunto secondo il quale chi si trova in una situazione di subordinazione è isolata e può trovare solidarietà soltanto da parte di coloro le cui esperienze sono abbastanza simili. L'i. coinvolge molti gruppi e ci ricorda invece che non esiste soltanto una questione di oppressione di classe o una questione razziale o di genere, ma una compresenza di tutte queste questioni fra le quali dunque è possibile creare una coalizione[52].

12. *Il futuro dell'intersezionalità*

L'i. si è rivelata una prospettiva fluida e mutevole, sempre permeabile da altre metodologie, sempre in procinto di essere creata ex novo ma di dare vita, a sua volta, a nuove dinamiche di potere.

Che vi siano sempre degli elementi di potere incorporati nel linguaggio, nei metodi disciplinari, nelle metafore e nei segni ormai è un dato fondamentale che non deve incidere sulla possibilità di utilizzare questi stessi strumenti.

Qual è il futuro che attende oggi l'i.? Verrà definitivamente riassorbita dal *mainstream*, verrà superata da un nuovo modello di *post-intersectionality*, rimarrà uno strumento importante per una lettura critica del diritto e delle istituzioni?

Evidentemente tutto dipenderà dal rigore che gli studiosi e le studiose saranno in grado di mostrare nell'utilizzare i loro strumenti per illuminare il modo in cui gli assi del potere e della disuguaglianza si intrecciano allo scopo di produrre squilibrio a livello individuale e collettivo. E dalla consapevolezza di come questi stessi strumenti intellettuali possano trasformarsi, a loro volta, in strutture di produzione del sapere che possono diventare oggetto esse stesse di critica intersezionale.

13. *Post scriptum: serve eliminare il termine razza dalle leggi?*

Di fronte al quadro che è emerso, i ricorrenti e più recenti dibattiti sulla necessità di eliminare dalle leggi e dalla Costituzione il termine razza, seguendo l'esempio di qualche altra esperienza nazionale, se colgono un punto importante del problema, sembra contengano una forte semplificazione.

Se la proposta richiama l'attenzione, infatti, assai giustamente sulla natura culturalmente condizionata (e ideologica) della razza e, dunque, sulla necessità di considerarla anche dal punto di vista del linguaggio, del modo in cui si inserisce nelle diverse pratiche discorsive, d'altra parte, non bisogna dimenticare ciò che ci insegna l'esperienza dell'i.

Il dibattito, al di là di tutte le possibili sfumature, ci ricorda infatti che il razzismo non si risolve in un rapporto bilaterale fra dominante e dominato, ma è tuttora presente (come gli altri assi di potere) all'interno di un complesso apparato istituzionale, che lo tollera e lo riproduce attraverso una serie di classificazioni e stratificazioni che si insi-

[52] La classe oggi è composta da una moltitudine di differenze (se vi è una nozione non economicistica di sfruttamento) vi è anche bisogno di una politica di classe che vada oltre i confini della classe stessa, mobilitazioni che includono persone che non sono sfruttate, una nuova solidarietà (ritorna sul punto ora Mezzadra, *Intersectionality, Identity and the Riddle of Class, Papeles del CEIC 2021, 1*).

nuano nell'organizzazione degli spazi e nei modi di vita e di produzione per rimuovere le quali non basta un colpo di gomma sulla lettera della Costituzione o di qualche legge[53].

E questo genera la domanda se la lotta contro il razzismo e l'oppressione che rappresenta debba avvenire attraverso una rottura con l'istituzione o, al contrario, attraverso uno sforzo di utilizzarla per contrapporsi alle discriminazioni. Un interrogativo che si è rivelato centrale non solo nel recente dibattito statunitense.

Questo richiede però di analizzare i molti e contraddittori modi in cui il diritto può operare nei diversi contesti sociali. Cosa che i giuristi, con qualche eccezione, raramente sono stati disponibili a fare.

Fra queste eccezioni, certamente, deve annoverarsi Stefano Rodotà, il quale ha dedicato gran parte dei suoi studi a combattere le disuguaglianze sociali che ostacolano la libertà e l'autonomia degli individui in una società sempre più integrata dalla rivoluzione dei diritti e mostrato estrema consapevolezza del modo in cui le questioni di genere e l'eterogeneità infragruppo complicano il raggiungimento dell'eguaglianza all'interno sia dei gruppi marginali che di quelli privilegiati[54].

Quello che ci si deve chiedere, allora, è se l'eliminazione della parola "razza" dalle leggi e dalla Costituzione, nella società attuale e non in un mondo ipotetico, abbia l'effetto di rafforzare o indebolire la lotta nei confronti della discriminazione[55].

Se da una parte il diritto ha una forte valenza "simbolica", in quanto è capace di legittimare o delegittimare certi valori e certe scelte, d'altra parte però non bisogna dimenticare il suo ruolo all'interno dei conflitti, in quanto offre degli strumenti idonei a riequilibrare le disuguaglianze. Dietro questi conflitti infatti ci sono molto spesso soggetti (immigrati, gay, bambini, anziani, malati) che per ragioni – materiali, culturali e giuridiche – patiscono una situazione di inferiorità ed ai quali è necessario, in vario modo, attribuire un potere che prima non avevano o riattribuirgli quello che hanno perduto.

E questi due aspetti possono spesso trovarsi in tensione fra di loro, le conseguenze simboliche non sono in linea con quelle distributive (di potere) o viceversa. Cosa che rende le scelte talvolta molto problematiche. Vi è infatti da raggiungere un delicato equilibrio fra la necessità di non legittimare oltre l'idea che esistano razze differenti e quella di rafforzare la lotta contro le disuguaglianze che producono le varie forme di razzismo ancora presenti nella nostra società.

---

[53] Di queste istituzioni alcuni gruppi, particolarmente nelle versioni populistiche, si considerano i "legittimi proprietari" reclamandone l'esclusività ad esclusione degli "altri".

[54] In questa prospettiva, varrà la pena ricordare, almeno, la battaglia per la promozione della legislazione sulla privacy di cui Rodotà era stato appassionato fautore sin dagli anni settanta e che considerava vera e propria precondizione della cittadinanza. Rodotà preconizzava una sorta di "diritto al silenzio" circa le proprie opinioni e scelte esistenziali che si colorava già chiaramente allora di *equal protection*, richiamando l'attenzione sull'apparente paradosso, presente al suo interno: schermare i dati sensibili (fra i quali proprio le origini razziali ed etniche) era essenziale per combattere le discriminazioni e per assicurare così, in una società ancora fortemente caratterizzata dai pregiudizi e dagli stereotipi, le condizioni per una piena partecipazione del cittadino alla vita pubblica. Una prospettiva nella quale il cittadino non doveva "essere lasciato solo", ma assistito da una fitta rete di rimedi giuridici (cfr. RODOTÀ, *Protezione dei dati e circolazione delle informazioni*, in *Tecnologie e diritti*, 2 ed., a cura di ALPA, MARELLA, MARINI e RESTA, Bologna, 2021).

[55] Del resto, nei paesi in cui il dibattito si è già sviluppato, l'intervento si è limitato alla riformulazione del termine, sostituito con termini diversi come "appartenenza etnica", come in Austria o "svantaggio razziale" come proposto in Germania.

MARISARIA MAUGERI

INTERSEZIONALITÀ E DIRITTO DEI CONTRATTI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L'intersezionalità – 3. Cenni sul riferimento all'intersezionalità nei documenti delle Nazioni Unite e nel diritto europeo – 4. La prospettiva dell'intersezionalità: incremento della perequazione sociale o indebolimento dei soggetti discriminati?

1. *Introduzione*

A differenza che altrove[1], il tema dell'Intersezionalità non è al centro del dibattito dei civilisti italiani che si occupano di diritto dei contratti. Se si escludono alcuni autori, che citerò nel prosieguo, credo, anzi, che si possa affermare che la nozione non venga affatto contemplata da questi.

Proverò, dunque, in questa sede, in primo luogo, a dar conto delle origini del termine e del tipo di problema che lo stesso segnala. Anche se, sembra opportuno precisare che la nozione, dal punto di vista degli studi sociologici, è in evoluzione e che indica più una possibile tensione verso il superamento degli schemi attuali che una strategia definita[2].

Di seguito, rappresenterò alcune delle posizioni assunte dagli organismi sovranazionali.

Da ultimo mi interrogherò su come l'intersezionalità possa incidere sul diritto dei contratti e, se e in che misura, l'attribuzione di rilevanza all'intersezionalità in quello specifico contesto possa determinare una perequazione sociale.

2. *L'intersezionalità*

La nozione giuridica di intersezionalità è stata teorizzata per la prima volta da Kimberlé Crenshaw nel 1989[3] con riguardo all'intersezione tra razza e genere nelle esperienze discriminatorie vissute dalle donne di colore.

Kimberlé Crenshaw ha messo in evidenza come il diritto contro la discriminazione femminile avesse come riferimento la donna bianca e quello contro la discriminazione razziale l'uomo di colore, lasciando così non visibili le donne di colore.

Uno dei casi analizzati dall'autrice era quello DeGraffenreid v. General Motors. La questione era stata sollevata da cinque donne di colore licenziate dalla General Motors.

---

[1] Cfr., ad esempio, HESSELINK, *EU Private Law Injustices*, in *Yearbook of European Law*, 2022, 30 ss.

[2] Cfr. BELLO, *Intersezionalità. Teoria e pratiche tra diritto e società*, Franco Angeli, 2020, 31 ss. Le citazioni delle pagine di questo volume si riferiscono a quelle dell'ebook. Cfr. pure G. MARINI, *Intersezionalità: genealogia di un metodo giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 475.

[3] CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989, iss. 1, article 8. Il rapporto fra intersezionalità e *Critical Race Theory* è descritto da DU. KENNEDY, *Intersezionalità e Critical Race Theory: una genealogia dal punto di vista dei Critical Legal Studies*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2021, 9 ss.

La recessione del 1970 aveva costretto la General Motors ad operare tagli di personale e questa aveva deciso di procedere licenziando per primi i lavoratori con minore anzianità. Tale scelta, però, astrattamente neutrale, si era tradotta in un allontanamento delle donne nere. Ciò perché, fino al 1964, queste ultime non erano state assunte dalla GM.

Il giudice Wangelin aveva respinto l'azione perché formalmente erano rimasti in servizio sia gli uomini neri sia le donne bianche (assunti prima del 1964).

Crenshaw mette in evidenza come la differente forma di discriminazione non sia stata "considerata" (o vista) dall'ordinamento[4].

La discriminazione intersezionale viene caratterizzata, come si legge in uno studio recente, dalla "differenza da altri tipi di discriminazioni mono-fattoriali, multiple o composte, in ragione della causa della discriminazione (due o più fattori non separabili tra loro) e degli effetti della discriminazione (violazione più grave rispetto ad una discriminazione prodotta da un solo fattore). In questa prospettiva, nel suo studio sull'intersezionalità nell'Unione Europea, Sandra Fredman ha proposto la seguente definizione di discriminazione intersezionale: "*Intersectional discrimination happens when two or multiple grounds operate simultaneously and interact in an inseparable manner, producing distinct and specific forms of discrimination*" [5].

Ciò che una parte della dottrina intende mettere in evidenza, però, è che non si tratta di una nuova identità da proteggere ma di un diverso approccio alla rilevanza delle marginalità.

C'è chi si spinge ad affermare che le politiche antidiscriminatorie che considerano l'identità delle persone in base a un solo fattore per volta rischino di rafforzare la marginalità[6].

Come scrive, ad esempio, Giovanni Marini, in un recentissimo saggio, "Al centro del problema, per le donne nere, non è solo il fatto di non essere "rappresentate" e rimanere invisibili nel processo di categorizzazione, ma sono piuttosto le conseguenze sociali e materiali che tale combinazione di identità provoca e che le relega ai margini della geografia sociale: in una posizione nella quale gli strumenti della giustizia sociale non funzionano più e le strategie di resistenza adottate nel quadro delle varie *identity politics* possono rivelarsi addirittura nefaste, provocando un effetto boomerang che replica e rafforza la marginalità"[7].

L'idea delle e dei teorici dell'intersezionalità è quella di lasciare spazio all'intersezione e non all'addizione tra fattori di discriminazione[8].

---

[4] Per maggiori approfondimenti sui casi presi in considerazione da Kimberlé Crenshaw, cfr. G. Marini, *op. cit.*, 478 ss.; Bello, *op. cit.*, 35.

[5] Ferrari - Valenzi - Palazzo, *L'intersezionalità come approccio giuridico: una prospettiva multilivello tra diritto internazionale, diritto europeo, diritto italiano e prospettive di comparazione*, febbraio 2022, *in https://www.projectingrid.eu/lintersezionalita-come-approccio-giuridico-una-prospettiva-multilivello-tra-diritto-internazionale-diritto-europeo-diritto-italiano-e-prospettive-di-comparazione/*, 12. La definizione di Sandra Fredman, citata nel testo, è presa da *Intersectional Discrimination in EU gender equality and non-discrimination role*, Directorate Justice and Consumers, maggio 2016.

[6] Con riferimento all'Italia, ritiene che il PNRR, oltre a declinare il principio di non discriminazione in modo inferiore rispetto alla tutela offerta dal diritto dell'UE, si presenti ulteriormente debole in ragione della "mancata considerazione dell'intersezionalità che rischia di compromettere in maniera significativa la capacità del PNRR di fronteggiare le sfide che anche sul terreno della parità di genere si pongono in una società sempre più composita come quella italiana", M. Evola, *La parità di genere nel Piano nazionale di ripresa e resilienza. Brevi considerazioni in chiave UE*, in *La Magistratura*, 5 marzo 2022.

[7] G. Marini, *op. cit.*, 476.

[8] Mette in evidenza come la critica intersezionale, a differenza di quella queer, sia rimasta comunque legata alla ontologia delle identità reali, Marella, *Teoria queer e analisi giuridica*, in Pelissero - A. Vercellone (*a cura di*), *Diritto e persone LGBTQI+*, Giappichelli, 2022, 45.

3. *Cenni sul riferimento all'intersezionalità nei documenti delle Nazioni Unite e nel diritto europeo*

Le Nazioni Unite hanno fatto riferimento in alcuni documenti all'identità di genere o all'orientamento sessuale come vettori di forme specifiche di vulnerabilità se intersecati con altre caratteristiche della persona, quali la religione professata o l'appartenenza ad una specifica comunità.

L'art. 6 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, entrata in vigore con la L.18/2009, ad esempio, riconosce che «le donne e le minori con disabilità sono soggette a discriminazioni multiple» e prevede che gli Stati adottino «misure per garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali da parte delle donne e delle minori con disabilità»[9].

Non lineare, sotto il profilo, del riconoscimento dell'intersezionalità sembra essere il Diritto dell'UE.

Se per un verso, infatti, in alcuni considerando (cfr. il 14 della Direttiva 2000/43/CE e 3 della Direttiva 2000/78/CE) si tributa rilevanza alle intersezioni o, quanto meno, alle discriminazioni multiple, per altro verso, in alcune direttive antidiscriminatorie non si fa cenno alcuno a tale nozione[10].

La Corte di Giustizia, inoltre, è rimasta sostanzialmente ancorata alla discriminazione mono fattoriale.

Molto interessante a tal proposito è la decisione Parris (Caso C-443/15)[11]. La Corte si è interrogata sulla possibilità giuridica di adottare un approccio intersezionale. La Corte, infatti, ha fatto riferimento a una nuova categoria di discriminazione che sarebbe emersa dalla combinazione di più caratteristiche personali per giungere, però, ad affermare che "nessuna nuova categoria di discriminazione risultante dalla combinazione di più di un [...] motivo [...] può essere riscontrata quando la discriminazione sulla base di quei motivi presi isolatamente non è stata stabilita".

In particolare, la Corte ha ritenuto che "Gli articoli 2 e 6, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 debbano essere interpretati nel senso che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale non è tale da istituire una discriminazione fondata su una combinazione dell'orientamento sessuale e dell'età, qualora detta normativa non costituisca una discriminazione né in base all'orientamento sessuale né in base all'età, separatamente considerati".

Diversa era stata l'opinione dall'Avvocato Generale Kokott, non seguita dalla Corte. L'AG, infatti, aveva affermato quanto segue "la sentenza della Corte rifletterà la vita reale solo se analizzerà debitamente la combinazione di questi due fattori, piuttosto che considerare ciascuno dei fattori età e orientamento sessuale isolatamente" poiché "[l]a combinazione di due o più caratteristiche diverse [...] è un aspetto che conferisce una nuova dimensione a un caso".

---

[9] Per approfondimenti sull'intersezionalità nell'ordinamento delle Nazioni Unite, vedi BELLO, *op. cit.*, 139 ss.; FERRARI - VALENZI - PALAZZO, *op. cit.*

[10] Cfr. l'analisi di BELLO, *op. cit.*, 441 ss.

[11] "Il Sig. Parris aveva un partner dello stesso sesso che, a causa di requisiti di legge discriminatori – a detta del ricorrente –, non poteva ottenere la pensione di reversibilità a differenza dei partner di sesso opposto. Il requisito legislativo impugnato, infatti, prevedeva che i due coniugi si sposassero prima del raggiungimento dei 60 anni di età. Tuttavia, e in ciò consisteva la discriminazione, Parris e il compagno non avrebbero potuto farlo in quanto le unioni tra persone dello stesso sesso in Irlanda furono introdotto quando i due partner avevano già compiuto i 60 anni di età. In questo caso, la discriminazione era peculiare poiché non riguardava le coppie omosessuali tout court, ma un gruppo specifico".

Il Parlamento, da ultimo, ha emanato una Risoluzione su "Discriminazione intersezionale nell'UE: la situazione socioeconomica delle donne di origine africana, mediorientale, latinoamericana e asiatica"[12], che sembra voler attribuire rilevanza alla nozione[13].

Interessante appare l'invito a raccogliere dati.

Il Parlamento, infatti, "considerando che l'applicazione di un'analisi intersezionale consente di affrontare e comprendere le disuguaglianze sociali, l'esclusione e la discriminazione da una prospettiva globale, sistemica e strutturale, superando al contempo un approccio monoasse alla discriminazione; che le politiche dell'UE finora non hanno comportato un approccio intersezionale; che si sono concentrate solo sulle dimensioni individuali della discriminazione, il che ne sminuisce gli aspetti istituzionali, strutturali e storici" invita, fra l'altro, la Commissione e agli Stati membri, "sulla base della partecipazione volontaria, della riservatezza, dell'anonimato, dell'autoidentificazione e del consenso informato, *ad adottare misure per la raccolta di dati affidabili e comparabili sull'uguaglianza*[14], compresi dati disaggregati per genere, origine razziale ed etnica (come definita dalla direttiva dell'UE sull'uguaglianza razziale), orientamento e identità sessuale, nel rispetto dei principi e delle norme chiave della protezione dei dati dell'UE e dei diritti fondamentali, allo scopo di identificare le cause profonde, combattere il razzismo e la discriminazione e misurarne la portata in conformità dei quadri giuridici nazionali pertinenti e adoperarsi per utilizzare tali dati al fine di orientare l'elaborazione delle politiche; osserva che i dati sull'uguaglianza sono uno strumento essenziale per comprendere, svelare e combattere ogni tipo e forma di discriminazione, in particolare quelle intersezionali, strutturali e istituzionali; esorta l'UE a incoraggiare la raccolta di tali dati e a fornire supporto tecnico per attuare gli orientamenti esistenti della Commissione in materia e promuovere la partecipazione delle comunità colpite al processo".

Tale misura era stata fortemente auspicata perché considerata idonea a contrastare i fenomeni discriminatori e capace di produrre evidenze empiriche sulla marginalizzazione di gruppi di persone[15].

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha optato per una lista di fattori discriminatori aperta, che termina con la formula «e ogni altra condizione» (art. 14 della Convenzione) e questo ha consentito un più ampio margine per sanzionare le discriminazioni intersezionali.

Si pensi, a tal proposito, al caso BS c. SPAGNA della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 24 luglio 2012, che prende in considerazione la particolare vulnerabilità di una donna africana che lavorava come prostituta[16].

4. *La prospettiva dell'intersezionalità: incremento della perequazione sociale o indebolimento dei soggetti discriminati?*

Le evoluzioni registrate in tema di intersezionalità non hanno toccato direttamente il diritto dei contratti, ad eccezione del contratto di lavoro, che da tempo ha caratteristiche e discipline sue proprie.

---

[12] Risoluzione del 6 luglio 2022, in GUCE, 7.2.2023.

[13] Già le precedenti Risoluzioni del 29 novembre 2018 sulla situazione delle donne con disabilità e del 26 marzo 2019 sui diritti fondamentali delle persone di origine africana in Europa facevano riferimento all'intersezione.

[14] Enfasi mia.

[15] Bello, *op. cit.*, 449.

[16] B.S. c. Spagna, N. 47159/08, Corte EDU (Terza Sezione), 24 luglio 2012.

Per il vero anche in tema di locazione si registrano fenomeni di discriminazione. Non sono in grado di dire se mono fattoriali, multifattoriali o intersezionali.

Occorre sottolineare che lo scambio di utilità oggi è fortemente standardizzato. La discriminazione nel contesto dato è fondamentalmente legata alla possibilità economica di accedere ai beni [17]. Sono discriminati i poveri che non possono acquistare i beni, più che chi, come me, sia donna e del sud.

Ciò non significa che l'intersezione fra due o più fragilità non debba esser vista e risolta dall'ordinamento.

Occorre distinguere, però, fra l'intersezionalità che si traduca in una sotto-categoria descrivibile e individuabile, anche attraverso la raccolta di dati di cui si diceva prima, dall'intersezionalità intesa come riferimento alla specifica situazione in cui versa un soggetto dato.

Con riferimento alla prima ipotesi, a me sembra non ci sia dubbio alcuno che la nuova categoria sociale, possa e debba esser ricompresa, se necessario anche utilizzando l'interpretazione evolutiva laddove la disciplina antidiscriminatoria non contenga clausole generali di chiusura, all'interno delle categorie protette dalle varie discipline antidiscriminatorie[18].

Con riferimento alla seconda ipotesi, invece, a me sembra si possa dire che l'attribuzione di rilevanza al soggetto "frantumato" rischi di vanificare la forza delle battaglie sociali.

In altre parole, le lotte sono state storicamente identitarie anche perché rispecchiano lo sfruttamento di una classe o di una condizione personale o sociale su un'altra. Il rischio che il superamento dell'identità, anche caratterizzata da una combinazione di "debolezze", possa determinare una perdita di forza di reazione esiste. L'aggregazione identitaria, infatti, crea massa d'urto.

L'identità, ovviamente, può anche essere plurale. Si pensi al movimento LGBTQIA+. Una volta compreso il modo in cui le strutture di potere e di dominio possano esser collegate fra di loro, diventa possibile immaginare anche un collegamento fra gruppi che combattono e resistono contro identiche forme di discriminazione, marginalizzazione e privilegio.

L'identità si evolve e il diritto deve esser in grado di leggere tale evoluzione ma per far ciò basta utilizzare l'interpretazione evolutiva e/o analogica.

---

[17] In altre parole, una cosa è discutere di dominio di un modello istituzionale, ad esempio, quello che ha come capisaldi per l'accesso ai beni la ricchezza e il contratto, altra cosa è discutere del dominio che si realizza attraverso un atto privato. Correttamente opera questa distinzione Hesselink, *op. cit.*, 14

[18] Cfr. Femia, voce «Discriminazione (divieto di)», in *Enc. del dir.*, *I tematici - Contratto*, Giuffrè, 2021, 499 ss.

ARNALDO MORACE PINELLI

CURATORE SPECIALE E AUTODETERMINAZIONE DEL MINORE D'ETÀ

SOMMARIO: 1. La capacità di discernimento del minore. Il valore simbolico dell'art. 473-*bis*.8, comma 1, lett. *d*) c.p.c., introdotto dalla recente riforma del processo civile. – 2. Diritti fondamentali del figlio e dovere di cura ed educazione spettante ai genitori. – 3. La differente disciplina degli atti compiuti dal minore aventi natura patrimoniale e carattere strettamente personale. – 4. Il conflitto genitori-figli con riguardo agli atti di natura personale. – 5. Gli atti di contenuto patrimoniale propedeutici all'esercizio di diritti fondamentali spettanti al minore.

1. *La capacità di discernimento del minore. Il valore simbolico dell'art. 473-bis.8, comma 1, lett. d) c.p.c., introdotto dalla recente riforma del processo civile*

La riforma del processo civile del 2022, laddove si occupa della famiglia, tocca, tra le altre cose, il delicato problema del rilievo giuridico dell'autodeterminazione della persona minore d'età, che postula una tutela tanto più incisiva quanto più è prossimo il raggiungimento dei diciotto anni e si compie lo sviluppo e la crescita della persona umana. È il tema dei c.d. grandi minori, difficilmente relegabili in quella condizione in cui viene in preminente considerazione «*l'interesse superiore del fanciullo*» (art. 3 Convenzione di New York sui diritti del fanciullo)[1], magicamente destinata a svanire al compimento dei diciotto anni, quando si acquista la capacità di agire (art. 2 c.c.). Vi è in particolare, nella riforma, una norma che – a mio avviso – assume una spiccata valenza simbolica, ossia l'art. 473-*bis*, comma 1, lett. *d*), c.p.c. che attribuisce al minore che abbia compiuto i quattordici anni la legittimazione a richiedere la nomina di un curatore speciale, propedeutica all'esercizio dei suoi diritti, quando vi sia conflitto con i genitori cui la legge attribuisce la rappresentanza dei suoi interessi.

I termini del problema sono noti. Nel codice civile del 1942, il minore, in quanto soggetto alla potestà dei genitori (art. 316 c.c.) o del tutore (art. 357 c.c.), si trovava in una situazione di incapacità totale e generale di agire (art. 2 c.c.)[2]. Il principio era coerente con la concezione del minore quale soggetto debole da tutelare, assoggettato alla potestà dei genitori, all'epoca dominante, tramandata dal *Code civil*[3], e con la visione

[1] Cfr. BUSNELLI, *Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore,* in *Liber amicorum* per Giuseppe Vettori, in *www.personaemercato.it*, 2022, 497 ss.

[2] MESSINEO, *Manuale di diritto commerciale,* Milano, 1957, I. 236.

[3] Cfr, l'*Esposizione dei motivi,* del Sig. Rèal, nella sessione del Corpo legislativo del 14 marzo 1803, in LOCRE', *Legislazione civile, commerciale e criminale, ossia Commentario e compimento dei codici francesi,* trad. da G. Cioffi, III, Napoli, 1841, 423 ss., specialmente §§ 2 e 7: «2. *Noi nasciamo deboli, circondati dalle malattie e dai bisogni; la natura vuole che in questa prima età (quella dell'infanzia) il padre e la madre abbiano sui loro figliuoli un'intiera potestà, che è tutta di difesa e protezione. Nella seconda età, verso l'epoca della pubertà, il figliuolo ha già potuto osservare e riflettere, ma in questo momento ancora avviene che lo spirito comincia ad esercitare le sue forze, l'immaginazione a spiegare le sue ali; mentre nessuna esperienza ha formato il giudizio; egli è in questo momento che facendo i primi passi nella vita, abbandonato senza difese a tutte le passioni che s'impadroniscono del suo cuore, vivendo di desideri, esagerando le sue speranze, chiudendo gli occhi sugli ostacoli, egli ha soprattutto bisogno che una mano ferma lo protegga contro questi nuovi nemici, lo*

patrimonialistica del diritto privato che polarizzava l'attenzione dell'ordinamento sugli atti a contenuto patrimoniale[4], giudicando essenzialmente irrilevante, sul piano del diritto, l'esercizio dei diritti personali del minore. Tant'è che l'art. 320 c.c., attribuendo ai genitori la rappresentanza e l'amministrazione dei beni dei figli sino alla loro maggiore età, sul presupposto della loro incapacità d'agire (art. 2 c.c.), si riferisce esclusivamente ad atti aventi contenuto squisitamente patrimoniale.

Questi dogmi si sono, nel tempo, sgretolati. La possibilità di configurare i minori come una categoria astratta ed indifferenziata, oggetto di protezione da parte degli adulti, confligge innanzitutto con il dato esperienziale: il minore acquista capacità di discernimento in funzione della sua crescita, materiale e spirituale. Di ciò si era reso conto anche il legislatore francese dell'Ottocento che, pur guardando ai minori come a una categoria da proteggere, distingueva due età, l'infanzia e la pubertà, caratterizzate da pericoli e bisogni differenti[5].

La legge, d'altro canto, distingue tra i minori in base all'età, ammettendoli, in funzione di essa, al compimento di precise attività giuridiche. Così, in presenza di gravi motivi, il minore che abbia compiuto sedici anni può contrarre matrimonio (art. 84 c.c.), il figlio che abbia compiuto i quattordici anni deve prestare il suo assenso affinché il suo riconoscimento produca effetto (art. 250, comma 2, c.c.) e il minore sedicenne può riconoscere un proprio figlio (art. 250, comma 5, c.c.). A quattordici anni il figlio può promuovere l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 264 c.c.) e deve prestare il proprio consenso affinché i soggetti legittimati dalla legge esercitino, nel suo interesse, l'azione per ottenere che sia dichiarata giudizialmente la paternità o la maternità (art. 273 c.c.). Alla medesima età è necessario il consenso del minore affinché possa essere adottato (art. 25 l. n. 184/183).

Molte sono le leggi speciali che riconoscono al minore diritti direttamente esercitabili al compimento di una determinata età. Limitandoci a un florilegio: gli studenti della scuola secondaria superiore «*esercitano personalmente all'atto dell'iscrizione…il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica*» (art. 1 l. n. 281/1986); il minore ultraquattordicenne, vittima di cyberbullismo, «*può inoltrare al titolare del trattamento o al gestore del sito* internet *o del* social media *un'istanza per l'oscuramento, la rimozione o il blocco*» dei suoi dati personali, diffusi nella rete internet (art. 2, l. n. 71/2017); a determinate condizioni, la donna minore di diciotto anni può interrompere la gravidanza anche senza l'assenso dei propri genitori (art. 12, l. n. 194/1978); il minore che faccia uso di sostanze stupefacenti o psicotrope può chiedere personalmente al servizio pubblico per le dipendenze o alle strutture private autorizzate «*di essere sottoposto ad accertamenti diagnostici e di eseguire un programma terapeutico e*

---

diriga a traverso di questi scogli, domi o moderi in sul nascere queste passioni… A quest'epoca della vita egli ha bisogno d'un consiglio, di un amico che possa difendere la sua ragione nascente contro le seduzioni d'ogni specie che lo circonderanno, il quale possa secondare la natura delle sue operazioni, affrettare, fecondare, ingrandire i suoi felici sviluppamenti. La patria potestà, che è allora un potere di amministrazione domestica e di direzione, potrà solamente procurare tutti questi vantaggi, aggiungere la vita morale all'esistenza fisica, e nell'uomo nascente preparare il cittadino…7. E la natura e la ragione esigono evidentemente lo stabilimento e l'esercizio della patria potestà. Fino alla maggiore età questa potestà è nelle mani degli autori de' nostri giorni, siccome mezzo di difesa e di direzione…».

[4] Il *Code civil* fissava la maggiore età a ventuno anni (art. 388). A riprova della visione patrimonialistica del diritto privato, si faceva rilevare a coloro che volevano stabilirla ad un'età più elevata, che «*l'incapacità civile risultante dall'età minore, portata al di là del vero, faceva realmente perdere alla società tutta la somma di opere e transazioni che vi avrebbe versata l'individuo paralizzato dalla legge*».

[5] Cfr. sopra, la nota 4.

socio-riabilitativo» (art. 120 d.p.r. n. 309/1990); il minore che abbia compiuto gli anni quattordici «*può esprimere il consenso al trattamento dei propri dati personali in relazione all'offerta diretta di servizi della società dell'informazione*» (i *social network*: art. 2 *quinquies* d.l. n. 101/2018, che ha modificato il Codice della *privacy* all'esito del Reg. UE 2016/679) e, in caso di pericolo di *revenge porn,* può effettuare una segnalazione al Garante della Privacy (art. 144 *bis* Codice della privacy).

D'altro canto, con la riforma Bianca sulla filiazione del 2012, il sistema adultocentrico viene definitivamente cancellato. In un mutato contesto, il nuovo art. 315 *bis* c.c. enuncia lo statuto dei diritti fondamentali del figlio come persona, mentre in passato «*la posizione giuridica del figlio veniva identificata solo relativamente ai doveri dei genitori e agli obblighi delle prestazioni alimentari*»[6]. Il figlio viene posto al centro del sistema, ultimando tale riforma il passaggio da una concezione del minore, quale soggetto debole da tutelare, a quella di individuo, titolare di diritti soggettivi, che l'ordinamento salvaguarda ed è chiamato a promuovere[7]. Ed i suoi diritti, scolpiti nell'art. 315 *bis* c.c. (il diritto ad essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori, il diritto di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti, il diritto all'ascolto) rientrano nel novero di quelli fondamentali della persona e sono garantiti dall'art. 2 Cost.[8]

Questa visione minori-centrica si ripercuote anche nel rapporto con i genitori, focalizzato sulla persona del figlio e sulla prevalenza dei suoi diritti. Costituisce portato fondamentale della riforma del 2012 la sostituzione della nozione di potestà, evocativa di un potere sul minore, con quella di responsabilità genitoriale, che evidenzia invece l'impegno che l'ordinamento richiede ai genitori, non identificabile «*come una "potestà" sul figlio minore, ma come un'assunzione di responsabilità da parte dei genitori nei confronti del figlio*».[9] Questa sostituzione lessicale assume una valenza culturale profonda, segnan-

---

[6] M. Bianca, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico,* in *Nuove leggi civ. comm.,* 2013, 509.

Per la critica al rapporto genitori-figli, incentrato esclusivamente sui doveri dei genitori, cfr. A. Belvedere, voce «Minore età (Diritto privato e processuale)», in *App. noviss. Dig. it.,* V, Torino, 1986, 60 ss.

[7] Osserva C.M. Bianca, in *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154,* a cura di M. Bianca, Milano, 2014, XVIII, che «l'art. 315 bis, "Diritti e doveri del figlio", stabilisce il principio secondo il quale "il figlio ha diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni". Viene introdotta una nuova prospettiva, ignota alla tradizionale nozione della potestà, che esalta il profilo dei diritti del figlio verso i genitori. Una nuova prospettiva in cui il richiamo al rispetto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio assume un significato più attento alla sua personalità».

Su tale processo evolutivo cfr. M. Bianca, *Il diritto del minore all'amore dei nonni,* in *Riv. dir. civ.,* 2006, I, 173 e in *Studi in onore di C.M. Bianca,* II, Milano, 2006, 117 e ss.); M. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?,* in *Familia,* 2003, 162 ss., secondo il quale «si è oramai affermata una nuova considerazione della condizione del minore, non più soggetto incapace mero destinatario di protezione, ma individuo titolare di diritti soggettivi che l'ordinamento deve non solo riconoscere ma anche garantire e promuovere»; Zatti, Familia, familiae - *Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia,* in *Familia,* 2002, 38, il quale pure pone l'accento sui diritti della personalità del minore; E. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare: la recente riforma,* in *Familia,* 2006, 401, il quale richiama la tendenza «*a costruire la tutela degli interessi del minore… come espressione di sue proprie pretese e non di poteri altrui, sia pure esercitati nel suo interesse*»; Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia,* Torino, 1997, 326 e ss., la quale richiama la nuova concezione «*tesa a considerare il minore come vero "soggetto" di diritto e non più come "oggetto" della potestà dei genitori*»; A. Belvedere, *Minore età*, cit., 60 ss.: «*La situazione giuridica del minore è caratterizzata anche (e sempre più) dalla sua considerazione da parte dell'ordinamento come destinatario di attività altrui, e come titolare di diritti a prestazioni volte a suo vantaggio*».

[8] C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1*, Milano, 2017, 363 ss.

[9] Così la Relazione illustrativa del d.lgs. n. 154/2013.

Osserva C.M. Bianca, *Diritto civile, (2.1),* cit., 378, che «*si è voluto… sottolineare il mutamento dell'antica concezione dell'autorità spettante ai genitori e, in passato, al capo della famiglia. Questa concezione ha ormai lasciato il posto all'idea che i genitori sono titolari di un ufficio, che essi devono esercitare nell'interesse della prole*».

do il radicale mutamento di prospettiva operato dalla riforma: nel rapporto genitori-figlio l'ordinamento si colloca dalla parte del minore, in virtù del superiore interesse di cui questi è portatore.

Nel mutato contesto, sul minore si appuntano una pluralità di situazioni giuridiche soggettive, attive e passive. Egli è titolare di diritti, *in primis* quelli fondamentali della sua persona, enunciati dall'art. 315 *bis* c.c., di obblighi (ad esempio, se ancora convivente con i genitori, quello di contribuire al mantenimento della famiglia, in relazione alle proprie capacità, alle proprie sostanze e al proprio reddito: art. 315 *bis* c.c., ultimo comma), di doveri (il rispetto per i genitori, espresso da quest'ultima norma).

Il riconoscimento dei diritti fondamentali dell'art. 2 Cost. postula necessariamente la possibilità del loro diretto esercizio da parte del minore. L'autodeterminazione del minore dipende, peraltro, dalla sua capacità di discernimento, ossia dall'acquisizione di una capacità di giudizio sufficiente, in relazione all'atto da compiere, da accertarsi in concreto, caso per caso. La capacità di discernimento è dunque relativa.

Siffatta autonomia ed il rilievo della volontà del minore progrediscono in funzione della crescita e dello sviluppo della sua persona, cui corrisponde, parallelamente, la riduzione della responsabilità genitoriale, ossia di quei poteri/doveri riconosciuti ai genitori a tutela di un interesse alieno, che è poi quello del minore. Di qui la mistica dell'ascolto, diritto fondamentale del minore capace di discernimento, riconosciuto prima dalle convenzioni internazionali e poi formalizzato nel nostro ordinamento. L'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, sancisce con fermezza che gli Stati garantiscono al fanciullo, capace di discernimento, il diritto di esprimere liberamente la propria opinione su ogni questione che lo interessa, opinione da tenersi in debita considerazione in ragione dell'età e del grado di maturità del minore. In particolare, nei procedimenti giudiziari che lo riguardano, egli deve essere ascoltato, direttamente o tramite un rappresentante o un organo appropriato.

Siffatti principi sono stati ribaditi dalla Convenzione europea di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, che ha riconosciuto al minore, nelle procedure giudiziarie che lo riguardano, il diritto ad essere adeguatamente informato, ad essere consultato e ad esprimere la sua opinione, ad essere informato delle eventuali conseguenze dell'attuazione della sua opinione e delle eventuali conseguenze di ogni decisione, nonché quello di chiedere, anche personalmente, la designazione di un rappresentante speciale in caso di conflitto con i genitori o con il tutore (artt. 3 e 4).

L'amato Maestro da lungo tempo aveva posto in luce che la potestà dei genitori deve essere intesa «*in senso funzionale*», quale strumento per la realizzazione dell'interesse del minore (C.M. Bianca, *Le autorità private,* Napoli, 1977, 9 ss.).

Si veda pure, già nella medesima prospettiva, Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia,* cit., 321, secondo la quale la potestà «*non è concessa per soddisfare esigenze dei genitori, ma è funzionalizzata, in quanto ufficio, all'interesse dei figli. Si accentua in tal modo il profilo della doverosità, rispetto a quello del potere o addirittura del diritto*». L'autrice pone, infatti, in luce «*il passaggio nell'odierna disciplina dalla centralità della posizione dei genitori a quella dell'interesse dei figli*», giacché «*in una mutata concezione della famiglia, quale formazione sociale in cui si tutelano i diritti fondamentali e si sviluppa la personalità dei singoli componenti, non trova più spazio né uno squilibrio tra le posizioni dei genitori né una conduzione improntata a principi di autoritarismo nei confronti dei figli*» (*op. cit.*, 320).

Più recentemente, per la necessità del passaggio dalla potestà alla responsabilità, cfr. Rossi Carleo - Caricato, *La separazione e il divorzio*, in *Trattato di diritto privato* dir. da M. Bessone, IV, *Il diritto di famiglia, La crisi familiare,* a cura di T. Auletta, Torino, 2013, 363 ss., spec. 368 e ss., secondo le quali la giurisprudenza esalta «*sempre più spesso il profilo funzionale della potestà su quello autoritario*». La funzione della potestà «*degrada il "potere" attribuito ai genitori a "cura", da esercitare nell'interesse di un altro soggetto*».

Anche nell'ordinamento italiano, l'ascolto del minore in possesso di un sufficiente grado di maturità, attestato dall'età (dodici anni) ovvero dal concreto riscontro della capacità di discernimento (artt. 315-*bis*, comma 3, c.c. e 473-*bis*, 4 e 5, c.p.c.), costituisce momento essenziale e necessario nei procedimenti che lo vedono coinvolto, sia nella fase fisiologica che in quella patologica della famiglia.[10] Più nel profondo, è stato autorevolmente chiarito che l'ascolto costituisce uno dei modi in cui si realizza l'assistenza morale, giacché se non vi è comunicazione vuol dire che il figlio è lasciato solo. Per tale motivo l'ascolto deve iniziare all'interno della famiglia, sentendo le ragioni dei figli e partecipando loro le decisioni che li riguardano[11].

2. *Diritti fondamentali del figlio e dovere di cura ed educazione spettante ai genitori*

Alla luce di questi principi, maggiore è la capacità di discernimento del minore e più s'impone l'esigenza di tenere conto delle sue inclinazioni ed aspirazioni. Lo esprime chiaramente la normativa sull'ascolto («*le opinioni del minore devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità*»: art. 473-*bis* 4, c.p.c.) e lo afferma pacificamente la giurisprudenza[12].

Occorre tuttavia tenere presente che l'autodeterminazione del minore deve contemperarsi con i diritti-doveri, di pari rango, di cura ed educazione spettanti ai genitori (art. 30 Cost.). Questo complesso bilanciamento, da effettuarsi in concreto, caso per caso, muove dalla considerazione che la funzione educativa è riconosciuta nell'interesse del minore, con la conseguenza che, mano a mano la persona cresce e si forma, libera e consapevole, essa regredisce. Il potere discrezionale dei genitori si va «*progressivamente riducendo in rapporto al progressivo accrescersi dell'autonomia e del peso della volontà minorile*»[13]. Valgono, in tal caso, i nobili principi affermati da una nota sentenza della Corte di cassazione, in tema di fine della vita umana, che ebbe a chiarire come il diritto di agire nell'interesse dell'incapace non significa sostituirsi alla sua persona ma decidere insieme con lui[14]. E ciò tanto più vale allorché il minore sia prossimo alla maggiore età, ossia al momento in cui l'incapacità svanisce.

---

[10] Osserva C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1,* cit., 339 che «*il diritto all'ascolto tutela l'interesse essenziale del minore a che le decisioni importanti per la sua vita e la sua crescita siano prese tenendo conto della sua volontà e dei suoi sentimenti*».

Il diritto all'ascolto si colloca tra «*i diritti della personalità»,* tutelando «*interessi essenziali della persona nel tempo della sua crescita e della sua formazione*» (C.M. Bianca - M. Bianca, *Istituzioni di diritto privato*, 2016, 773).

[11] C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1*, cit., 339, secondo il quale «*ascoltare non significa udire il figlio ma sentirne le ragioni per parteciparlo alle decisioni che lo riguardano. L'ascolto presuppone allora che il figlio sia informato dei problemi e che ne discuta, che si attui cioè quella reciproca comunicazione che vuol dire dialogo*».

Cfr. anche M. Sesta, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, cit., 163, secondo il quale la trasformazione della relazione genitori-figli, seguita all'affermazione della centralità dei diritti soggettivi del minore, presuppone il passaggio «*da una relazione la cui struttura prevede che le decisioni circa l'interesse dei minori siano adottate indipendentemente da loro e loro imposte, ad una relazione di assistenza basata sulla comunicazione e l'interazione tra genitori e figli*».

[12] Cass., 17 maggio 2012, n. 7773, in *Ilcaso.it*, 2012.

[13] Corte cost., 6 ottobre 1988, n. 957.

[14] Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748: il tutore "*deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace; e, nella ricerca del* best interest, *deve decidere non "al posto" dell'incapace né "per" l'incapace, ma "con" l'incapace*".

3. *La differente disciplina degli atti compiuti dal minore aventi natura patrimoniale e carattere strettamente personale*

Il sistema deve essere letto alla luce dei superiori principi. Vi sono ordinamenti che hanno nettamente distinto, con riguardo alla tipologica degli atti da compiere, la posizione del minore. Quello svizzero, ad esempio, consente al minore capace di discernimento l'esercizio degli atti di natura personale (art. 19c)[15], limitandone la capacità d'agire soltanto rispetto a quelli di contenuto patrimoniale (art. 19 c.c.)[16].

A risultati analoghi può pervenirsi in via ermeneutica con riguardo all'ordinamento italiano. Innanzitutto appare ragionevole ritenere che l'art. 2 c.c. non abbia «*valore assoluto e portata esclusiva*»[17]. Coordinando tale norma con gli artt. 322 e 1425, comma 1, c.c. emerge come essa si riferisca soltanto agli atti aventi contenuto patrimoniale, i quali peraltro, ove compiuti dal minore, sono meramente impugnabili e non affetti da nullità o inesistenza. Il loro annullamento è infatti rimesso ad un provvedimento discrezionale del giudice («*gli atti… possono essere annullati*»: art. 322 c.c.), il quale lo rifiuterà ove l'atto sia rispondente all'interesse del minore, indipendentemente dalla sua incapacità di agire. Il divieto dell'art. 2 c.c. è dunque circoscritto agli atti aventi contenuto patrimoniale e non ne comporta, *sic et simpliciter*, l'invalidità. L'atto è valido ma annullabile ove non rispondente all'interesse del minore. Nella medesima logica si giustifica il riconoscimento al figlio minore della legittimazione a richiedere la nomina di un curatore speciale allorché ritenga che i genitori esercenti la responsabilità genitoriale non realizzino il suo interesse (art. 321 c.c.).

Gli atti di natura personale appaiono, invece, soggetti ad una diversa regola, desumibile dall'art. 2 cost., che consente al minore di esercitare i propri diritti fondamentali (*in primis* quelli scolpiti nell'art. 315 *bis* c.c.), ove abbia acquisito una sufficiente maturità di giudizio. Di tale regola costituiscono specificazione le norme codicistiche e quelle contenute nelle leggi speciali, indicate al superiore § 1, che attribuiscono al minore siffatta legittimazione, al compimento di una determinata età. In mancanza di una specifica previsione normativa, sarà il giudice, di volta in volta, a valutare «*la maturità di giudizio*» del minore «*secondo il criterio generale dell'accertamento della capacità di intendere e di volere del soggetto stesso in ordine all'atto personale…posto in essere*»[18]. Con riguardo ai diritti fondamentali vi è, infatti, una tendenziale indissociabilità tra titolarità ed esercizio del diritto[19].

L'interferenza dei genitori, rispetto all'agire dei figli minori, si giustifica soltanto in chiave protettiva, ossia per salvaguardare diritti fondamentali del minore (ad esempio, la salute) o per preservarne le future libertà. Ed è logico che siffatto potere (*rectius:* il diritto di cura ed educazione spettante ai genitori), oggi da concepirsi in chiave dialettica e non autoritativa[20], si attenui gradualmente, come abbiamo rilevato, in corrispondenza

---

[15] L'art. 19 c c.c, stabilisce che «*le persone capaci di discernimento che non hanno l'esercizio dei diritti civili esercitano in piena autonomia i diritti strettamente personali*», fatta eccezione per i casi «*nei quali la legge prevede il consenso del rappresentante legale*».

[16] L'art. 19 così recita: «*le persone capaci di discernimento che non hanno l'esercizio dei diritti civili non possono assumere obbligazioni o rinunciare a diritti senza il consenso del loro rappresentante legale*».

[17] Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire,* cit., 60.

[18] *Ivi*, 61 ss.

[19] Alla medesima logica, più in generale, risponde l'art. 2046 c.c., nell'individuare la soglia di imputabilità dei fatti dannosi. La responsabilità aquiliana del minore, in dipendenza delle suo agire, sorge allorché ne sia stata accertata la capacità di intendere o di volere.

[20] Cfr. sopra, il § 2.

allo sviluppo della personalità del figlio, sino a svanire, di regola, nell'imminenza della maggiore età. Per tale motivo la giurisprudenza di legittimità reputa che la responsabilità solidale prevista dall'art. 2048 c.c. a carico dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte non si configurabile con riguardo agli illeciti compiuti dai c.d. grandi minori, ormai autoresponsabili ed al di fuori della sfera di controllo dei soggetti la norma delega, di volta in volta, la vigilanza sul minore d'età[21]. Questo approccio, molto concreto e per niente ipocrita, nega, dunque, il fondamento solidaristico della responsabilità solidale a carico dei soggetti «vigilanti»[22], radicandola, invece, sull'effettiva possibilità di esercitare il controllo demandato dalla legge.

4. *Il conflitto genitori-figli con riguardo agli atti di natura personale*

È lecito dunque ritenere che, con riguardo agli atti aventi contenuto personale, possa sorgere un conflitto tra figli, titolari del diritto, e genitori, tenuti alla loro cura ed educazione.

La cronaca registra i casi più drammatici. Ad esempio quello del rifiuto di cure vitali da parte di un minore, a fronte dell'accanimento terapeutico voluto dai propri genitori, ovvero l'ipotesi in cui il minore intenda perseguire il percorso propedeutico al mutamento del sesso (assunzione di medicinali che bloccano lo sviluppo, cure ormonali, interventi demolitori), senza il consenso dei propri genitori.

La giurisprudenza, in queste ipotesi, ha affermato tutto e il contrario di tutto. Ad esempio, nel caso di transessualismo, vi è stato chi, atteso il carattere personalissimo del diritto al mutamento del sesso, ne ha di fatto negato l'esercizio al minore d'età ritenendo, da un canto, che esso non fosse suscettibile di rappresentanza da parte dei genitori, trattandosi di azione strettamente personale, e, dall'altro, che il figlio, titolare del diritto, in quanto incapace, dovesse attendere la maggiore età per attuarlo[23]. Altri hanno ritenuto che siffatto diritto possa esercitarsi con il consenso dei genitori, legittimato ad agire quali rappresentanti del minore.[24] Altri ancora che, in caso di conflitto, il minore capace di discernimento possa agire direttamente in giudizio[25] ovvero possa richiedere la nomina di un curatore speciale, cui demandare la proposizione dell'azione.

In altri casi la regola è stata posta dal legislatore, all'esito di un bilanciamento dei valori in gioco. L'art. 3, l. 22 dicembre 2017, n. 219 esprime, innanzitutto, il diritto del minore d'età «*alla valorizzazione delle proprie capacità di comprensione e di decisione*» e di «*ricevere informazioni sulle scelte relative alla propria salute in modo consono alle sue capacità per essere messa nelle condizioni di esprimere la sua volontà*» (comma 1). Disciplina, poi, le modalità del consenso informato al trattamento sanitario, stabilendo che esso «*è espresso o rifiutato dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore tenendo conto della volontà della persona minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità, e*

[21] Cass., ord., 31 gennaio 2018, n. 2334, secondo la quale «*la complessiva evoluzione sociale è coerente ormai con il riconoscere nelle persone di età prossima ai 18 anni una maturazione psicofisica ormai completa, e quindi idonea a giustificare una loro autoresponsabilità come responsabilità diretta ed esclusiva. I c.d. grandi minori costituiscono, oramai, in effetti, una fascia di passaggio tra l'età adolescenziale in senso stretto e la maggiore età, assimilandosi, peraltro, più a quest'ultima che a un periodo di necessità di sostegno altrui e di incapacità di comprendere direttamente gli effetti delle proprie azioni o omissioni*».

[22] In tal senso, ad esempio, Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire*, cit., 62 ss.

[23] Trib. Catania, 12 marzo 2004.

[24] Trib. Lucca, 28 agosto 2021.

[25] Trib. Minorenni Milano, 30 marzo 2010.

avendo come scopo la tutela della salute psicofisica e della vita del minore nel pieno rispetto della sua dignità» (comma 3). In caso di rifiuto delle cure, ritenute appropriate e necessarie dal medico curante, può essere adito il giudice tutelare, anche direttamente dal figlio, minore d'età (comma 5). Due relazioni, dunque, quella con i genitori, esercenti la responsabilità genitoriale (o il tutore), e quella coinvolgente il medico, di cui il minore è protagonista, valorizzandosi le sue capacità decisionali, aldilà della mera capacità di discernimento[26].

In assenza di una specifica disposizione normativa, a noi sembra, innanzitutto, che, in caso di conflitto, allorché si sia in presenza di atti di natura personale e non patrimoniale, la soluzione debba essere ricercata in chiave di art. 316 c.c., trovandoci al di fuori del campo di applicazione dell'art. 320 c.c., e tale norma, per come da ultimo novellata, impone al giudice l'ascolto del minore capace di discernimento e di adottare la soluzione che ritiene più adeguata al suo interesse. Non è, dunque, possibile sacrificare, in nome della funzione educativa e protettiva riconosciuta ai genitori, i diritti e le libertà fondamentali del minore, capace di discernimento, senza un suo consapevole consenso.

In caso di conflitto genitori-figli la dottrina ha ipotizzato la possibilità per il minore di ricorrere al giudice ai sensi dell'art. 333 c.c., ricomprendendolo tra i «parenti» legittimati all'azione dal successivo art. 336 c.c.[27], il quale, peraltro, a seguito della novella del 2022, prevede espressamente la possibilità che questi agisca per tramite di un curatore speciale. Del resto il minore, per la salvaguardia di situazioni giuridiche di minor rilievo, ossia per la tutela dei suoi interessi patrimoniali, è espressamente legittimato a richiedere, in caso di conflitto con i genitori, la nomina di un curatore speciale (art. 321 c.c.).

La riforma del processo civile del 2022 ha spazzato via qualsiasi dubbio ermeneutico. L'art. 473-*bis*.8, comma 1, lett. *d*) c.p.c., novellato legittima il minore che abbia compiuto gli anni quattordici a nominare un curatore speciale in caso di conflitto con i propri genitori. Siffatta norma ha una profonda valenza simbolica e culturale. Esprime il principio secondo cui il minore, in caso di conflitto, dal quattordicesimo anno d'età può esercitare i diritti fondamentali di cui è titolare, per tramite di un curatore speciale, di cui può direttamente richiedere la nomina. Quei diritti fondamentali, che la riforma Bianca sulla filiazione del 2012 ha definitivamente riconosciuto al minore d'età, accentuando il rilievo della sua personalità, acquistano effettività. Titolarità ed esercizio di diritti fondamentali si coniugano indissolubilmente.

Il curatore speciale, quanto più è sviluppata la capacità di discernimento del minore e la sua maggiore età è prossima tanto più è chiamato a decidere con il minore, tenendo conto delle sue aspirazioni ed inclinazioni. Mai in suo luogo o, secondo una obsoleta concezione paternalistica, per coltivarne un astratto interesse, discrezionalmente individuato.

5. *Gli atti di contenuto patrimoniale propedeutici all'esercizio di diritti fondamentali spettanti al minore*

Resta da dire di quegli atti a contenuto patrimoniale, connessi a quelli personali in quanto propedeutici e strettamente necessari all'esercizio di libertà fondamentali.

[26] Busnelli, *Immagini vecchie e nuove*, cit., 516 ss.
[27] Id., *Capacità ed incapacità di agire*, cit., 66 ss.

Già abbiamo detto che, in base al disposto dell'art. 322 c.c., quando il minore compia un atto di natura patrimoniale esso è valido, sebbene impugnabile, e che il giudice può annullarlo soltanto ove esso risulti contrario al suo interesse. Se l'atto patrimoniale è propedeutico all'esercizio di un diritto fondamentale, ragionevolmente, sussiste un interesse del minore alla sua conservazione. L'atto, in tal caso, è dunque valido.

Sussistono indici favorevoli anche nella legislazione speciale. Notoriamente, l'art. 2 *quinquies* d.lgs. n. 196/2003 consente al minore che abbia compiuto i quattordici anni d'età di prestare il consenso al trattamento dei suoi dati personali.

La direttiva UE 2019/770, attuata dal nostro legislatore con il d.lgs. 4 novembre 2021 n. 173, ha introdotto nel Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) il Capo I *bis*, denominato "*Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali*". Spicca il nuovo art. 135 *octies* (*Ambito di applicazione e definizioni*), il quale proietta la nuova disciplina nella prospettiva delle tutele del consumatore (garanzie e rimedi contrattuali): «*il presente capo disciplina taluni aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali conclusi tra consumatore e professionista, fra i quali la conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto o di mancata fornitura, le modalità di esercizio degli stessi, nonché la modifica del contenuto digitale o del servizio digitale*» (comma 1). Più specificamente si prevede un contratto a prestazioni corrispettive,[28] avente ad oggetto lo scambio dei dati personali a fronte di un servizio digitale: «*Le disposizioni del presente capo si applicano altresì nel caso in cui il professionista fornisce, o si obbliga a fornire, un contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si obbliga a fornire dati personali al professionista*» (comma 4).

Come abbiamo visto, l'accesso ai *social network* è ammesso al minore che abbia compiuto gli anni quattordici, legittimato a prestare il consenso al trattamento dei suoi dati personali. Di conseguenza egli è anche legittimato alla conclusione del contratto, avente contenuto patrimoniale, di scambio servizi digitali/dati personali, appena riferito.

[28] Cfr., *Introduzione,* in *La circolazione dei dati personali. Persona, contratto e mercato,* a cura di Morace Pinelli, Pacini giuridica, 2023, 24 ss.

TERESA PASQUINO

LA DIGNITÀ TRA *ETHOS* E *NOMOS* NEL "DIRITTO GENTILE" DI PAOLO ZATTI

SOMMARIO: 1. La dignità della persona: cenni storici sull'origine di un concetto. – 2. Sul concetto di dignità della persona come rispetto del sé. – 3. La dignità e i diritti della persona. – 4. La dignità nella relazione di cura. – 5. La dignità nella condizione esistenziale del malato.

1. *La dignità della persona: cenni storici sull'origine di un concetto*

Quando l'onorato Maestro comunicò a buona parte della Comunità accademica la sua idea di formare un gruppo che si dedicasse ad un "diritto gentile", è stato subito palese il suo intento di far emergere negli scritti – giuridici e non – che in quello spazio sarebbero stati editi intorno alla persona umana che lo spazio designato si preparava ad ospitare riflessioni caratterizzate da quella "costellazione di valori"[1] di cui la dignità si nutre.

Erano gli anni in cui diverse scienze – etico-filosofica, giuridica, medica, farmacologica – si erano messe a confronto sui grandi temi della vita e della morte, in quel momento enfatizzati dall'esito del famoso caso di Eluana Englaro, culminato nella sentenza della Corte di cassazione[2] che, per la prima volta, aveva riconosciuto il diritto all'autodeterminazione sanitaria in punto di rifiuto delle cure mediche quand'anche causativo della fine della vita.

Mettendo la dignità al centro di ogni riflessione e confronto tra saperi diversi, implicitamente è emersa in maniera chiara e decisa tutta la teorica che, nel pensiero dell'onorato Maestro, aveva precorso i tempi per una nuova concezione del "soggetto di diritto"[3].

È a tutti nota, infatti, la sua fondamentale riflessione, portata in dottrina, dopo che, in un saggio sulla "soggettività"[4], l'onorato Maestro è stato tra i primi a cogliere e perseguire il progressivo slittamento, anche nel linguaggio giuridico, dal "*soggetto*" alla "*persona*"[5]. Si è trattato di una reazione agli eccessi della dogmatica che aveva fortemente snaturato il significato della invenzione del "*soggetto*", separandolo dal suo contesto valoriale e materiale, a tutto vantaggio di una concezione della "*persona*" che, anche nella sua dimensione giuridica, avrebbe dovuto, invece, considerarsi intrisa della vita[6].

---

[1] Espressione usata da ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in ID., *Maschere del diritto, volti della vita*, Milano 2009, 29 ss.

[2] CASS. 16 ottobre 2007, n. 21748, su cui sia consentito rinviare a PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, in *Collana del Dipartimento di Scienze giu*ridiche Università di Trento, XII, 2009, 42 ss.

[3] Già con il fondamentale lavoro *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di 'persona' nel rapporto con la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive,* in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova,* LXXIV, Padova, 1975; ID., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti «dell'uomo»*, nel *Liber amicorum* per F.D. Busnelli, II, Milano, 2008, 121 ss.

[4] ZATTI, *Persona giuridica e soggettività,* op. cit.

[5] Su cui v. anche il noto saggio di RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, il quale ricordava, comunque, come «l'affermazione della soggettività è il modo per attribuire pienezza alla persona».

[6] Nella fase di estrema concettualizzazione dogmatica del concetto di *soggetto di diritto*, inteso come centro unitario di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, vi era stato già chi aveva avvertito del rischio che si correva nel voler ricondurre tutto al sistema, «costringendo, amputando, sacrificando il

Il percorso del suo pensiero, volto ad attribuire al "*soggetto*" tutta la sua naturalità, trovava le sue radici nella esaltazione della dignità dell'uomo che, in un processo di progressiva laicizzazione e secolarizzazione del concetto, aveva portato al Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che, come a tutti noto, "pone la persona al centro della sua azione" – ed il cui primo articolo stabilisce che "la dignità umana è inviolabile".

Com'è capitato a chiunque si sia dedicato alle letture in tema di dignità, in tutte le dissertazioni ad essa riferibili, si ritrova il rinvio ad un'opera, l'*Oratio de hominis dignitate*, assai rappresentativa del pensiero rinascimentale, da cui si fa discendere l'avvio del processo di evoluzione più significativo di un concetto destinato a diventare pietra miliare e termine di riferimento imprescindibile nel dibattito culturale moderno.

Nel 1486, il ventitreenne Giovanni Pico della Mirandola, nell'intento di stilare una introduzione alle novecento tesi che intendeva discutere a Roma in una sorta di convegno tra filosofi[7], scrisse la celebre *Oratio*; nella convinzione dell'autore, un discorso intorno al valore dell'uomo – come unico essere del creato non chiuso nei vincoli di un'esperienza precostituita ma capace di essere, attraverso la sua libera scelta, entità di natura divina ovvero di natura animale – avrebbe potuto ben rappresentare un comune denominatore per l'incontro tra le diverse dottrine alla ricerca di una concordia umana universale.

In verità, la locuzione "dignità umana", nella sua rilevanza di concetto filosofico, aveva assunto un significato ben preciso già nel pensiero di Marco Tullio Cicerone[8]. Egli ricorreva, infatti, a tale espressione ogni qualvolta volesse riferirsi o alla particolare posizione dell'uomo nell'universo, in quanto unico *animal rationale,* ovvero alla sua speciale funzione, ricoperta nella sfera pubblica, la quale attribuiva ad esso un particolare valore nel contesto sociale: nel primo senso, la dignità umana si mostrava quale valore assoluto ed immanente; nel secondo senso, quale valore relativo e transeunte.

È altrettanto noto che il concetto della dignità dell'uomo, inteso in senso universale, venne ripreso ed amplificato dalla dottrina dei Padri della Chiesa, principalmente nell'intento di sviluppare l'idea dell'uomo come *imago Dei* e di estenderla a tutti gli uomini e non già al solo popolo eletto; tale concetto, onorando la natura umana di una dignità trascendente, fu destinato a resistere ben oltre il Medioevo e a giungere nel periodo dell'Umanesimo quale potente incentivo, volto ad affermare il valore assoluto dell'uomo sulla natura, concetto, questo, da cui presero le mosse il pensiero e l'intento pichiani.

Fu, infatti, solo con l'affermarsi del giusnaturalismo moderno che si avviò il processo di storicizzazione del principio di dignità umana e, segnatamente, con l'evoluzione del pensiero di Pufendorf[9] che si tentò di spiegare il suo fondamento ricorrendo non più al particolare *status* dell'uomo nell'ambito dell'ordine universale o del contesto sociale

---

concreto della vita – che è vita dell'uomo nella società e della società nell'uomo – in nome di uno schematismo rigido che si è preteso di sostituire alla realtà», così Orestano, *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, 187-188.

[7] L'edizione di riferimento della *De hominis dignitate* è quella a cura di Garin, Firenze, 1942. Sul pensiero di Pico della Mirandola, cfr. Bori, *Pluralità delle vie. Alle origini del Discorso sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Milano, 2000, ove si trova anche il testo della orazione.

[8] Cicerone, *De officiis,* (I, 106).

[9] Su cui si rinvia, per tutti, a Becchi, *Da Pufendorf a Hegel. Introduzione alla storia moderna della filosofia del diritto*, Roma, 2007, 15 ss. Ampia trattazione anche in SAVONA, *Sulla dignità violata. Per un'etica del concreto*, in Aa.Vv., *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, a cura di Abignente e Scamardella, Napoli 2013, soprattutto da p. 40 ss.

quanto piuttosto partendo dall'idea della libertà che contraddistingue l'essere umano: libertà che, in quanto essenza di un ordine morale, doveva distinguersi dall'ordine naturale, essendo l'ordine morale l'unico a poter attribuire all'uomo la dignità. Soltanto l'uomo, infatti, tra gli esseri del mondo vivente, è in grado di prefigurare, nell'esercizio della propria autonomia, dei limiti al proprio agire e di sottomettersi alle leggi che egli stesso si dà; ed è per questo che, secondo tale accezione, alla dignità umana non può riconoscersi carattere ontologico quanto piuttosto deontologico, indicando essa quel dover essere che ogni uomo si dà[10].

2. *Sul concetto di dignità della persona come rispetto del sé*

Una indagine intorno alla nozione secolarizzata di dignità della persona, dunque, non può che prendere le mosse da una disamina del medesimo concetto così come si è venuto formulando nel pensiero filosofico moderno a partire dal XVIII secolo, ossia da quando, con il superamento della concezione che ormai si era attestata sul riconoscimento di una posizione privilegiata alla dignità della "*natura*" umana rispetto a quella delle altre entità naturali sul presupposto che l'uomo fosse l'unico essere creato da Dio a sua immagine, la riflessione intorno alla dignità della "*vita*" umana prese il posto della riflessione intorno alla dignità della "*natura*" umana[11]; con conseguente spostamento del tema, come si diceva, sul piano del dover essere, caratterizzato da ciò che l'uomo ritiene di dover prescrivere sia nei confronti di sé stesso, sia nel momento in cui entri in relazione con gli altri.

È questo il momento a partire dal quale, per poter cogliere il significato pieno della nuova dimensione concettuale della dignità della vita umana, è apparso opportuno collocarla nel contesto del pensiero filosofico rivolto più propriamente alla "*condizione*" umana della persona, nei cui confronti uno dei più noti imperativi categorici: «agisci in modo tale da considerare l'umanità sia nella tua persona sia nella persona di ogni altro, sempre al tempo stesso come scopo, e mai come semplice mezzo», venne spiegato proprio con riferimento al canone della dignità che contraddistingue l'uomo, essere razionale, il solo in grado di vita morale e, quindi, l'unico in grado di darsi una legge e di ubbidire ai precetti che egli stesso si dà[12].

Un primo significato della dignità rinvia, dunque, alla definizione kantiana che rinviene nel requisito dell'autonomia «il principio della dignità della natura umana e di ogni natura ragionevole». Infatti, uno dei tratti distintivi che connotano l'essere uomo è quella sua particolare capacità di speculare sulla struttura motivazionale del proprio essere e

[10] Sul significato più attuale del concetto di dignità e sulla densità delle implicazioni semantiche che esso porta con sé non si può che rinviare a ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, in Id., *Maschere del diritto, volti della vita*, op. cit., 38 ss.

[11] Fu HUME a pubblicare nel 1741 un saggio, intitolato *Dignità della natura umana*, poi reintitolato nel 1770 *Dignità o viltà della natura umana*, in cui si affrontò la questione del riconoscimento di una qualche dignità alla natura umana ma prospettando, tuttavia, anche l'alternativa circa la viltà della natura dell'uomo. V. HUME, *Saggi morali, politici e letterari*, in *Opere filosofiche*, III, Bari-Roma, 1987, 86 ss.

[12] Il riferimento è a KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, traduzione italiana a cura di CHIODI, Bari, 1998, ritenuta dai più il punto di arrivo di un'ampia tradizione di pensiero che ha attraversato il Rinascimento e l'epoca moderna. Nella *Antropologia pragmatica*, Roma-Bari, 2003, 10 ss., si ritrova espresso il pensiero di Kant secondo cui il fatto che l'uomo abbia la capacità di rappresentarsi il proprio *Io* lo pone in un grado elevato rispetto a tutti gli altri esseri viventi; attitudine, questa, in cui è possibile rinvenire l'origine della dignità della persona.

del proprio agire in maniera tale da essere sempre autore di una "scelta"[13]. Nella capacità di scegliere l'uomo esprime il suo essere principio delle proprie azioni e potere di libera scelta, esplicando in tal modo la sua autorità di governare se stesso; elementi questi che si rinvengono come parti integranti il concetto di autonomia in tutte le sue manifestazioni[14].

Non è difficile intuire quanto il valore dell'autonomia giuochi un ruolo rilevante nelle autorappresentazioni della *condizione* esistenziale dell'uomo e conferisca valore alle pretese normative che da ognuna di tali autorappresentazioni può promanare. Secondo tale impostazione, dunque, la libertà della persona di rappresentare a sé stessa e agli altri la propria dimensione esistenziale costituisce il fondamento da cui ha cominciato a prendere corpo quella nozione moderna e secolarizzata della dignità dell'uomo cui l'autonomia appare strettamente connessa.

In altra accezione, pure avanzata nella ricerca di un fondamento, il concetto di dignità implica di considerare che l'uomo, cui essa va riferita, è essere che rapporta sé stesso ad altri; i quali rappresentano il compimento della soggettività umana ed allo stesso tempo costituiscono il fondamento del suo esserci. Affinché questo accada, gli altri devono essere riconosciuti come eguali nella loro entità in quanto appartenenti alla stessa specie umana e, nel contempo, diversi in quanto espressione di individualità[15].

I due significati su cui si muove il pensiero filosofico attuale intorno al concetto di dignità[16] costituiscono i punti di partenza da cui ha preso le mosse il dibattito culturale in corso, oggi arricchito di nuove argomentazioni volte a stabilire se al concetto di

---

[13] V., al riguardo, Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge, 1988. Volendo risalire nel tempo, si può fare riferimento a quella parte della *Summa Theologiae* di Tommaso d'Aquino (*Prologus*, VIII, *La beatitudine e gli atti umani*, nella traduzione dei Domenicani italiani, ed. Studio domenicano, Bologna, 1984), in cui il Padre della Chiesa, trattando dell'uomo in quanto immagine di Dio, sostiene che questi, proprio perché *imago Dei,* «è principio delle proprie azioni, in forza del libero arbitrio e del dominio che ha su di esse».

[14] Scriveva Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, *op. cit.*, 142 ss.: «Che cosa può essere dunque la libertà della volontà se non autonomia, cioè la proprietà della volontà di essere legge a se stessa?».

[15] Secondo la tesi hegeliana, la relazione di riconoscimento implica la reciprocità. Così Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, traduzione italiana di De Negri, Firenze, 1960, I, 81 ss.

[16] Per un confronto tra giuristi, filosofi ed antropologi sulla dignità della persona, v. *ex plurimis*: Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione),* in, *Studi in onore di G. Chiarelli,* II, Milano, 1974; Ruggeri - Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; Barcaro, *Morire con dignità*, in *Bioetica*, 1996, 499 ss.; Alpa, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, 415 ss.; Cattorini - D'Orazio - Pocar, *Bioetiche in dialogo. La dignità della vita umana. L'autonomia degli individui*, Milano, 1999, ove ampio dibattito intorno al significato ed al contenuto etico del concetto di dignità; Hofmann, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 620 ss.; Busnelli, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001; Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 809 ss.; Piepoli, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, 45 ss.; Grossi, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Aa. Vv., *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; Rolla, *Il valore normativo del principio della dignità umana. Brevi considerazioni alla luce del costituzionalismo iberoamericano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 1870 ss.; Lipari, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, I, Napoli, 2004, 217 ss.; Bloch, *Diritto naturale e dignità umana* (traduzione italiana a cura di Russo), Torino, 2005; Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 29 ss.; 103 ss.; 247 ss.; Piepoli, *Tutela della dignità e ordinamento secolare,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 7 ss.; Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana*, *ivi*, 102 ss.; Pirozzoli, *Il valore costituzionale della dignità. Un'introduzione*, Roma, 2007; Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, pubblicata sul sito dell'*Associazione dei costituzionalisti italiani*, 15 marzo 2008; Costanza, *La persona e la sua dignità*, in *Scritti in onore di G. Benedetti*, I, Napoli, 2008, 457 ss.; Becchi, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009; Savona, *op. cit.*, 37-57. Sul tema della dignità nelle fasi delle fine della vita umana, sia consentito il rinvio a Pasquino, *Autodeterminazione e dignità della morte*, *op. cit.*, 42 ss.

dignità debba essere riconosciuto il ruolo di valorizzare la persona per ciò che essa ha di libero, autonomo ed irripetibile ovvero per ciò che di universale e di intrinseco sia possibile in essa rinvenire[17].

Al riguardo, pur tenendo conto delle diverse prese di posizione sulla questione posta, una constatazione di fondo accomuna i variegati orientamenti: la difficoltà – e, per molti, l'inutilità – di definire compiutamente un principio-valore come la dignità che è concetto di per sé sfuggente e che più significativamente può essere compreso nella sua interezza soltanto se si rinunzi a definirlo in positivo e meditando piuttosto sulle diverse vicende storiche che, di volta in volta, lo hanno tragicamente mortificato[18].

Considerato che la dignità si pone come principio-valore che caratterizza la vita dell'uomo sia in rapporto a sé stesso che in relazione con gli altri in un vincolo di reciproco riconoscimento, non sembra, infatti, opportuno ricondurre ad essa un insieme di attributi specifici e predeterminati che qualifichino dall'esterno l'azione umana; appare più utile, invece, sottoporre costantemente tale concetto alla sua stessa ridefinizione in modo tale da renderlo sempre adeguato al rapido mutare dei valori simbolici ed esperienziali dell'uomo[19].

---

[17] Si rinvia al dibattito tra filosofi ed antropologi che può leggersi in Cattorini - D'Orazio - Pocar, *op. cit.* Del dibattito che si sta compiendo in Germania riferisce Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit., 823-824, nt. n. 64, riportando il pensiero di Podlech, *Sub Art. 1, Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,* Band 1, Neuwied, 1989, 205 ss., secondo cui la garanzia della dignità si specifica in cinque elementi fondamentali, che sono anche i presupposti della sua effettiva realizzazione:1) condizioni di sicurezza sociale (diritto al lavoro, minimo esistenziale, in genere prestazioni dello stato sociale); 2) uguaglianza sostanziale; 3) garanzia dell'autonomia individuale e dell'autodeterminazione dei soggetti; 4) limitazione del potere pubblico e stato di diritto; 5) rispetto assoluto dell'autonomia individuale con riguardo alla dimensione della corporeità. L'Autore riporta anche un terzo modo di guardare alla dignità come espresso nelle pagine di Hofmann, *Die versprochene Menschenwürde*, in *AöR*, 1993, 353 ss.: «la dignità non come valore o prestazione individuale ma come *concetto* relazionale, come *promessa e pretesa di riconoscimento reciproco*, come fondamento di una comunità che si riconosce nei valori solidaristici».

[18] È questa l'indicazione data da Rescigno, *Conclusioni*, in Aa.Vv., *Bioetica e tutela della persona*, Roma, 2000, 117 ss. Coglie appieno tale suggerimento Piepoli, *Dignità e autonomia privata*, cit., 52 ss. il quale compie un'analisi del concetto di dignità contestualizzandone il principio alla luce dei tragici eventi storici del secondo dopoguerra. Preferisce parlare di rispetto per l'onore morale, come rispetto che si deve a tutti gli uomini in ragione della loro umanità e a prescindere dagli *status* sociali, Margalit, *La dignità umana fra kitsch e deificazione*, in *Ragion pratica*, 2005, 507 ss.; mentre, avverte della possibile banalizzazione del principio della dignità conseguente all'abuso del ricorso ad esso Hassemer, *Argomentazioni con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, 57 ss., soprattutto p. 60. Analoga preoccupazione sembra emergere dal pensiero di Costanza, *op. cit.*, 460.

[19] Su questa posizione, Alpa, *op. cit.*, 416, il quale, dopo aver sottolineato come nel testo costituzionale l'uso esplicito o implicito dell'espressione "dignità" non sia accompagnato da formule definitorie, rileva: «in altri termini, sia questa, sia altre espressioni che assolvono la medesima funzione, sono affidate alla cultura, alla sensibilità, all'attenzione dell'interprete, al quale spetta quindi il compito di «riempirle» di significati». La dignità umana è identificata dallo stesso Autore come "principio-valore", clausola generale, che qualifica l'essenza della persona e del suo modo di esistere in *La persona fisica (Parte Prima*), in Alpa - Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, 1, *Le Persone e la Famiglia*, Torino, 2006, 155 ss. Molti i giuristi che, di recente, si sono dedicati al tema della dignità ed alle sue interazioni con i grandi temi del diritto: dalla tutela dei diritti personalissimi, al bilanciamento col principio dell'autonomia negoziale, alla sua valenza ermeneutica nel recepimento del diritto sovranazionale. Cfr., da ultimo, Grondona, *La dignità nel codice civile (1942-2022): premesse per una discussione*, in *La dignità "del" e "nel" lavoro,* a cura di Zilio Grandi, Torino, 2023, 107 ss., ove anche altri saggi sulla incidenza della dignità in altri ambiti del diritto; Bilancia, *Dignità umana e fine vita in Europa*, in *Consulta on line,* 2022; Apostoli, *La dignità sociale come orizzonte dell'uguaglianza nell'ordinamento costituzionale,* in *Costituzionalismo*, 2019, 13 ss.; Scognamiglio, *Dignità dell'uomo e tutela della personalità*, in *Giustizia civile.com*, 2014; Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014; Bellocci-Passaglia, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, in *Corte costituzionale*, 2017; Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Forum costituzionale*, 2011; Resta, *La dignità*, in *Ambito e fonti*

Se questa posizione appare condivisibile, allora è possibile compiere l'ulteriore passo in avanti e considerare come la dignità, ritenuta da sempre un principio-valore, destinato a svolgere la sua rilevanza in campo etico e non suscettibile di «giuridicizzazione», negli ultimi decenni abbia subito un continuo processo di «secolarizzazione» che l'ha fatta assurgere a vero e proprio principio di rango costituzionale[20].

Il punto di svolta in tale processo di completa affrancazione del principio in esame dal piano dell'etica è rappresentato dalla entrata in vigore delle Costituzioni in numerosi Stati europei che, all'indomani della seconda guerra mondiale, ancora provati dalla tragica esperienza del nazionalsocialismo, hanno posto la persona al centro del sistema normativo.

Com'è noto, infatti, a seguito della fine della seconda guerra mondiale, il principio di intangibilità della dignità dell'uomo venne inserito nella Legge fondamentale di Bonn (Art. 1 Abs. I GG); è riecheggiato con espliciti richiami nella Carta delle Nazioni Unite del 1945 e nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; la dignità stessa è stata espressamente menzionata in diverse norme della Costituzione italiana del 1948 (art. 3, 1° comma; art. 36; art. 41, 2° comma)[21]; e via via, nel corso degli anni, è stata recepita in molti ordinamenti giuridici, europei e non, ed in numerosi documenti sovranazionali[22].

Nel nostro sistema, entrata in vigore la Costituzione, il nuovo complessivo quadro normativo, ridisegnato dall'art. 2 nel suo collegamento ermeneutico con l'art. 41, 2° comma, vide sostituirsi al binomio libertà-proprietà quello libertà-dignità, a maggiore garanzia di tutela della personalità umana[23].

Ne è conseguita una rottura di pensiero con il sistema giuridico preesistente, di stampo individualista, fondato su un concetto formale ed astratto di *persona*, intesa come centro di imputazione di diritti, ed un'affermazione del medesimo concetto basato sul «riconoscimento che la personalità non è mera soggettività, semplice valore ontologico, ma è anche una struttura di valore, un essere assiologico. Questa determinazione, che nasce dai valori e attinge l'uomo, oltre che nella sua razionalità, nella sua esistenza empirica, è un *novum* categoriale in quanto introduce un concetto "concreto" di persona, rivolto non più a una qualità (la capacità di diritti) ma allo stesso soggetto nella totalità dei suoi elementi costitutivi, e quindi anzitutto nella sua dimensione vitale. Tale concetto, permeato dal valore della "dignità umana" e termine di riferimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, porta ad emergere nella sfera della giuridicità problemi di tutela della vita materiale e spirituale che nella visuale del concetto astratto rimangono in ombra, quali i problemi di promozione del "pieno sviluppo della persona umana" (art. 3, co. 2°, Cost.)»[24].

---

del biodiritto, a cura di Rodotà e Tallacchini, nel *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, Milano, Giuffrè, 2010, 259 ss.; Zatti, *Note sulla semantica della dignità*, cit.

[20] Chiarissima, al riguardo, è stata Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost.*, 2000, 2239 ss., secondo cui «la dignità è principio costituzionale che informa di sé il diritto positivo vigente».

[21] Cfr. al riguardo, Alpa, *op. ult. cit.*, 415 ss.

[22] V. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità*, cit., 819 ss. (testo e note) per un'ampia e completa rassegna delle norme costituzionali ed ordinarie che nei diversi ordinamenti hanno recepito la clausola della dignità. Per una ricostruzione del pensiero filosofico sul rapporto tra dignità e diritti fondamentali v. Savona, *op. cit.*, 44 ss.

[23] Sull'ampio tema v. Baldassarre, voce «Libertà (Problemi generali)», in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.; Id., voce «Iniziativa economica privata», in *Enc. del dir.*, XX, Milano, 1971, 582 ss.

[24] Così, testualmente, Mengoni, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in v. *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1982, 1135-1136.

La consacrazione definitiva della clausola di dignità a principio normativo si ebbe quando, in un contesto culturale ed istituzionale ormai comune a molti ordinamenti, il principio del rispetto e della inviolabilità della dignità umana venne recepito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ha intitolato il Capo I alla Dignità e ne ha sancito l'inviolabilità (art. 1)[25].

Stante la valenza di diritto internazionale della convenzione e ora anche la sua configurazione come norma costituzionale interposta, secondo la più recente lettura della Corte costituzionale sulla base della nuova versione dell'art. 117 Cost., la CEDU non ha più soltanto valore di fonte sovranazionale cui adeguare l'interpretazione delle leggi ordinarie, ma può essa stessa essere invocata come parametro integrativo di verifica della costituzionalità delle leggi; sicché sembra, ormai, incontestabile che la dignità sia assunta a principio di diritto: un principio certamente ascrivibile alla sfera dei diritti fondamentali della persona ma di cui occorre vagliare l'utilizzo ed il reale grado di effettività[26].

3. *La dignità e i diritti della persona*

È indispensabile, infatti, verificare quali siano i presupposti necessari per l'applicabilità di tale principio e quali siano i risultati che l'interprete può raggiungere con il ricorso ad esso[27].

Come è stato già rilevato[28], appare preferibile che la definizione del contenuto del principio di dignità, non potendosi rinvenire nei testi normativi, sia affidata all'interprete e, segnatamente, al giudice.

Per lo svolgimento di tale compito viene in considerazione, in primo luogo, quanto si è già operato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, laddove la dignità è stata

---

[25] Ora nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato in Italia con Legge n. 130 del 2 agosto 2008. Il valore normativo della CEDU è, allo stato, ancora fortemente controverso, nonostante i numerosi richiami ad essa da parte della giurisprudenza nazionale e comunitaria. Sulla questione è intervenuta anche in diverse occasioni la Corte costituzionale a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 22 ottobre 2007, secondo cui alle norme della CEDU deve essere riconosciuta natura di norme di diritto internazionale pattizio e rango di fonte sub-costituzionale in ragione del loro contenuto a valenza costituzionale.

Sul ruolo della dignità in alcuni importanti testi normativi, v. diffusamente ZATTI, *Note sulla "semantica della dignità"*, cit., 29 ss. ove l'Autore pone anche in rilievo come la funzione normativa della dignità non sia di per sé sufficiente «a metterne in luce tutto il possibile valore argomentativo. Questo dipende certamente, in campo giuridico, dal primo, ma l'uno e l'altro poggiano sul valore semantico del simbolo. Un'analisi della dignità sotto questo punto di vista sarebbe un impegno enorme e certo superiore alle mie risorse culturali. Ma un giurista non può rinunciare ad assaporare almeno alcuni richiami delle parole di cui fa uso il legislatore e su cui si costruisce l'argomentazione ermeneutica». Così, testualmente, p. 38.

[26] Rileva PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, cit., 48-49: «… al quesito preliminare circa il significato di questo valore ormai giuridicizzato, la prima immediata risposta — tesa a difendere i connotati e le prerogative dell'ordinamento liberale — è fondamentalmente negativa. La clausola di dignità appare vuota, priva di specifici contenuti. Tale categoria non può infatti operare alcuna positivizzazione di una qualche specifica opzione di ordine etico. Essa non ratifica un determinato insieme di norme sociali esterne al soggetto; non assume un orizzonte valoriale specifico, quale governo eteronomo dell'azione, oggettivo ed incondizionato, di ordine generale, che trascende il soggetto e vincola la sua autonomia. … Di conseguenza, la categoria della dignità, svuotata in tal modo di ogni valenza positiva, definisce semplicemente l'attitudine del soggetto sovrano e libero ad autodeterminarsi in funzione dei fini che egli stesso si è dato. Ed in questa prospettiva, al rifiuto di una gerarchia di valori oggettivi ed imposti dall'esterno si accompagna la garanzia di una eguale libertà di tutti i soggetti dell'ordinamento, nonché il riconoscimento in ogni individuo della qualità di soggetto razionale, capace di azioni conseguenti».

[27] Il rinvio è, di nuovo, a ALPA, *op. ult. cit.*, p. 417 ss., nonché a BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato. Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, soprattutto 1 ss. e 255 ss.

[28] ALPA, *op. ult. cit.*, 416.

sempre concepita come principio dal contenuto altamente *morale*, in grado di conformare a sé l'agire dei privati[29].

Nella giurisprudenza ordinaria, il ricorso all'uso del principio della dignità, diffusosi soprattutto negli ultimi decenni, è avvenuto principalmente per rendere più agevole all'interprete l'applicazione delle norme costituzionali nei rapporti tra privati. Gli effetti di tale attività ermeneutica sono stati diversi, a seconda della fattispecie di volta in volta presa in esame[30].

In via generale, può rilevarsi come al principio della dignità i giudici si richiamino in tutte le motivazioni delle sentenze in cui si tratti della tutela dei diritti fondamentali dell'uomo; è, infatti, soprattutto nella sfera della tutela della personalità dell'individuo che il principio di dignità può operare come criterio ermeneutico in grado di consentire un ampliamento dell'area di applicazione di quei diritti.

Nella sua funzione integrativa, tale principio non può, tuttavia, rimanere isolato ma deve essere affiancato dal riferimento ad altri principi – quali, la sicurezza, l'uguaglianza, la libertà, la solidarietà, l'utilità sociale – in modo tale da dare corpo ad un complesso di limiti che devono essere rispettati sia dai privati che dalla pubblica autorità, e consentire così uno stretto collegamento tra la dignità e le situazioni concrete in cui le persone, della cui tutela si tratta, si vengano a trovare.

Considerata solo in sé, infatti, la dignità umana potrebbe apparire un termine di riferimento generico ed insufficiente o anche un modo per imporre valori e visioni che potrebbero addirittura finire per porsi in contrasto con la stessa tutela dei diritti fondamentali.[31]

Privo di un contenuto costitutivo predeterminato, il concetto di dignità della persona dovrebbe indicare piuttosto una predisposizione dell'uomo ad improntare la propria condizione esistenziale verso la costruzione di una propria identità, in relazione ai fini che egli stesso si è dato, senza subire valori imposti dall'esterno ma sempre pronto a riconoscere e garantire uguale libertà di autodeterminazione per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento, assicurando così pluralismo e diversità.

---

[29] V. Corte cost., 21 novembre 1973, n. 159, in *Foro it.,* 1973, I, 3257; Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293, in *Giur. cost*., 2000, 2239, con nota di Oddi, *La riesumazione dei* boni mores, ove il principio di dignità è stato definito come «valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo». In dottrina, v. Ruggeri - Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 343 ss.

Ben più incisiva, al riguardo, l'azione della giurisprudenza costituzionale francese. Con la decisione del *Conseil constitutionnel* 94-359 DC del 19 gennaio 1995, in *Dalloz*, 1995, somm., p. 137 ss., si è riconosciuto il diritto di disporre di un'abitazione decente fondato sul principio di dignità; analogamente, con la successiva decisione 98-403 DC del 29 luglio 1998 è stato stabilito che per la salvaguardia del principio della dignità il legislatore è libero di apportare al diritto di proprietà tutte le limitazioni che ritiene necessarie a tal fine.

[30] La disamina completa si ritrova in Alpa, *op. ult. cit*., 417 ss., di cui v. anche *L'applicabilità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ai rapporti tra privati,* in *Eur. e dir. priv*., 1999, 873 ss. In proposito, v., altresì, gli importanti rilievi di Rescigno*, CEDU e diritto privato (famiglia, proprietà, lavoro*), in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 325 ss.

[31] V., al riguardo, le considerazioni di Zatti, *Note sulla "semantica della dignità"*, cit., 40, secondo cui occorre indugiare sempre nella riflessione sulla efficacia simbolica del termine dignità. L'onorato Maestro pone in evidenza che «sostenere la vacuità del simbolo "dignità" significa, a mio parere, abdicare all'uso simbolico del linguaggio giuridico, e proprio sul piano dell'esperienza e della concretezza; perché se una persona sa cosa dice quando dice: "questo è contrario alla mia dignità" o semplicemente: "ciò è indegno di un uomo" sa che non usa una parola vacua, ma semmai troppo intensa per potersi completamente risolvere in altri e più "discreti" simboli.

L'operazione di svalutazione della dignità mi pare viziata quindi da un approccio razionalistico che non dà spazio al valore simbolico del linguaggio giuridico ma lo avvicina piuttosto come un sistema di operatori logici che da premesse traggono conclusioni prescrittive: aspetto certo importante ma non esclusivo per le ragioni che sopra si sono dette (par. 1)».

Se, dunque, appare senz'altro utile ed opportuno convenire sulla impossibilità di definire analiticamente o predeterminare staticamente il concetto di dignità umana, tuttavia, non sembra possibile prescindere dal significato semantico che il termine "dignità" evoca all'interprete; tanto anche e soprattutto al fine di tentare di trasporre in campo giuridico una sorta di "contenuto minimo" che renda a tale concetto la funzione sua propria di principio-valore o di clausola generale che deve "informare di sé il diritto positivo vigente"[32].

Non sembra inutile qui ricordare che, con riferimento all'uomo, il lemma "dignità" indica *in primis* la condizione umana di chi, per qualità intrinseche o per meriti acquisiti, ha rispetto di sé; condizione, questa, la quale implica l'esistenza di un dovere di rispetto da parte degli altri e si realizza pienamente in un contesto di relazioni interpersonali sulla base di un chiaro riconoscimento di un'analoga condizione nell'altro. Di modo che la pretesa di una persona di essere trattata con dignità può dirsi equivalere all'interesse a che gli altri riconoscano i suoi valori, i suoi convincimenti così come trasfusi nel suo progetto di vita, nel rispetto della sua specifica ed irriducibile identità[33].

Intesa in questo senso, l'*identità* si palesa in tutta la sua valenza quale elemento indicativo che può entrare a far parte di quel "contenuto minimo" del concetto di dignità dell'uomo e che consente di conformare il richiamo del principio alla *condizione esistenziale* di volta in volta considerata come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Se si è nel giusto, se ne desume che non può – né deve – esistere un concetto predeterminato ed immobile di dignità; piuttosto, ad essa si dovrebbe fare riferimento, quale principio informatore e clausola generale, ogni qual volta, ricostruita l'identità di una persona, si tratterà di individuare le diverse forme di tutela per le pretese che da essa promanino, a seconda della condizione esistenziale in cui la persona medesima si trovi in quel dato momento.

Riconoscere l'influenza dei principi generali dell'ordinamento a valenza costituzionale – qual è il principio di dignità – pur non implicando di considerare le norme che li contengono come direttamente attributive di diritti soggettivi, significa assumere il compito di interpretare il diritto positivo tenendo in debita considerazione quei principi ed i valori che essi esprimono; e, trattandosi di tutela dei diritti fondamentali, impongono al giudice di riferirsi ad essi per riconoscerla e garantirla[34].

4. *La dignità nella relazione di cura*

L'appello costante al principio della dignità costituisce l'elemento comune denominatore anche nelle variegate posizioni assunte dai diversi esponenti del dibattito cultu-

[32] Secondo l'indicazione data dalla Corte cost. nella sentenza del 17 luglio 2000, n. 293, cit.. Su questo profilo del concetto di dignità il rinvio è ancora una volta a ZATTI, *Note sulla "semantica della dignità"*, cit., 43, ove viene anche tracciato il rapporto necessario tra la dignità e la costellazione dei valori che afferiscono alla sfera umana.

[33] L'accostamento tra dignità umana ed identità della persona si ritrova con particolare evidenza in tutta la teorica dell'onorato Maestro. V. anche HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, 2003, soprattutto 43 ss.

[34] Sulla applicabilità diretta delle norme costituzionali, il dibattito è sempre aperto ed è impossibile renderne conto in questa sede ma, sul fronte civilistico, si potrebbero prendere le mosse sul tema da MENGONI, *Autonomia privata a Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1 ss; ID., *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, in *Giornate in onore di A. FALZEA*, Milano, 1993.

rale che si è sviluppato intorno ai trattamenti sanitari ed alle nuove pratiche consentite dall'evoluzione della medicina e della biologia in ordine all'evento della morte degli esseri umani[35].

A seconda che ci si muova da una visione laica o fideistica[36], l'appello alla dignità della persona viene utilizzato per una strenua difesa della vita biologica e della sua indisponibilità ovvero per l'affermazione del diritto di autodeterminazione dell'individuo in piena coerenza con le proprie scelte di vita; e, tuttavia, in tal modo, si corre il rischio di rimanere imbrigliati in un conflitto di natura etica e di consegnare, dunque, la soluzione ad una decisione socio-politica in cui prevarrebbe la concezione morale che si presume dominante.

Può essere, invece, più utile – secondo gli insegnamenti dell'onorato Maestro – far discendere il criterio di riferimento alla dignità della persona sul piano del sistema positivo tentando di individuare, come si diceva, un "contenuto minimo" che meglio si attagli al tema che ci occupa, pur nei limiti imposti dalla presente trattazione.

A tal fine, è necessario riprendere le mosse dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come si è visto, sancisce già nel suo *incipit* l'inviolabilità della dignità della persona, connotandola dei suoi caratteri peculiari attraverso gli artt. 2 e 3 che tutelano rispettivamente il diritto alla vita e quello alla integrità psico-fisica della persona; per poi soffermarsi su quanto previsto nella Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina del 4 aprile 1997, la cui ratifica è stata autorizzata in Italia con Legge del 28 marzo 2001, n. 145[37] che all'art. 1 sancisce una protezione dell'essere umano nella sua dignità e nella sua identità, garantendo ad ogni persona, senza discriminazione, il rispetto della sua integrità e dei suoi diritti e libertà fondamentali riguardo alle applicazioni della biologia e della medicina.

Libertà personale, tutela della identità ed integrità psico-fisica della persona, quali elementi essenziali per un "contenuto minimo" della dignità umana anche rispetto ai trattamenti sanitari, trovano, altresì, riconoscimento nel principio costituzionale dell'autodeterminazione responsabile, rinvenibile nell'art. 32, 2° comma, Cost. in combinata lettura con l'art. 13; principio, questo, già da tempo ricostruito dalla dottrina e dalla giurisprudenza ed ora definitivamente positivizzato mediante la Legge n. 145 del 28 marzo 2001 di autorizzazione alla ratifica della Convenzione di Oviedo[38].

È stato opportunamente rilevato come di fronte al dolore, che può mettere alla prova la vita dell'uomo, sia necessario distinguere le diverse aree del disagio psico-fisico

[35] Temi assai cari all'onorato Maestro e oggetto di riflessioni nel gruppo "Undirittogentile".

[36] Per comprendere in pieno le diverse impostazioni dei temi trattati, può essere utile e di sicuro interesse la lettura del saggio di Habermas, *Tra scienza e fede*, Bari, 2006.

[37] Occorre precisare che con la Legge n. 145 del 2001 non si è ancora perfezionato il procedimento di ratifica della Convenzione di Oviedo. Al riguardo, la Corte di Cassazione aveva chiarito che «sebbene il Parlamento ne abbia autorizzato la ratifica con la Legge 28 marzo 2001, n. 145, la Convenzione di Oviedo non è stata a tutt'oggi ratificata» e che, pur tuttavia, «da ciò non consegue che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento … potendosi ad essa assegnare una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: esso dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme». Così, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Quad. cost.*, 2008, 3, p. 545 ss.

[38] Si vedano anche l'art. 3, comma 2°, l. 21 ottobre 2005, n. 219 in tema di donazione del sangue; l'art. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 sulla procreazione medicalmente assistita; l'art. 3, lett. d), d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, in materia di sperimentazione clinica; l'art. 3, l. 4 maggio 1990, n. 107, in tema di donazione del sangue e delle cellule midollari e staminali; l'art. 33, l. 23 dicembre 1978, n. 833 che ha istituito il Servizio sanitario nazionale.

della persona che si percepisca come morente[39], potendosi, allo stato, individuare una fase in cui la persona soffre un dolore fisico non passibile di trattamento lenitivo e tale da pregiudicare quello stato minimo di benessere esistenziale; una fase in cui, pur in assenza di dolore fisico, la persona si trovi in un profondo disagio psichico per motivi legati alla sua concezione ideologica o religiosa della vita; una fase in cui la persona si trovi ad affrontare un dolore fisico sopportabile ma subisca dei gravi degradi fisio-psichici che la costringono ad essere fortemente dipendente da altri e viva tale sudditanza con disagio ed umiliazione. In tali situazioni, appare indubbio che la disciplina delle variegate istanze che possono promanare dal soggetto che soffre e, dunque, dei poteri che egli può esercitare, non possa che essere improntata al principio del consenso, avendo come fine ultimo la salvaguardia del diritto alla qualità ed alla dignità della vita; principi questi cui la scienza medica si è già da tempo conformata per effetto delle previsioni di legge e di autoregolamentazione ormai vigenti.

In simili circostanze, è certo che il dolore, la malattia e tutti gli interventi sanitari che si interpongono tra la persona ed il suo corpo costituiscano una scissione dell'individuo nella sua interezza e possano rendere problematica la scelta tra i casi in cui appartiene alle esigenze primarie della persona intervenire sul corpo – anche in modo particolarmente invasivo – ed i casi in cui la lotta assoluta ed indefinita nei confronti della malattia non sia coerente con il fine di realizzare il benessere psico-fisico dell'uomo.

Sulla delicata questione sottesa, l'insigne Maestro[40] aveva già colto il punto più peculiare – da un punto di vista giuridico – del rapporto tra l'identificazione o disidentificazione dell'io con il corpo nelle decisioni sulla propria sopravvivenza ed, al riguardo, aveva rilevato che: «Qui infatti il problema del rapporto tra sé e il corpo esonda nel rapporto tra sé e la vita, nel problema di definirsi vivo, nonostante e contro una definizione di morte, o nel problema di volersi/non volersi vivo; e quindi quasi inevitabilmente nella concezione del rapporto tra corpo e persona»; da qui, gli interrogativi che l'Onorato si pone con riguardo al corpo di una persona in coma irreversibile circa il potere statuale di trattare quel corpo, contro la convinzione propria della persona, «come soggetto di cui si asserisce un diritto inviolabile alla vita e un relativo dovere di prolungare la sopravvivenza … E nel paradosso di identificazione e disidentificazione tra me e un corpo che mi costringe a sopportare l'insopportabile, nel disaccordo radicale tra forza del corpo (o forza dei sostegni terapeutici) e riconoscimento di sé, come non assecondare un diritto a seguire la *via dell'io* che non si riconosce più nella vita del corpo e che si riconosce interamente nel desiderio di chiudere l'esistenza? In altri termini, che rapporto c'è tra diritto *all'identità* e diritto *alla vita*? Può esistere un dovere alla vita contro un diritto all'identità? Il diritto alla vita è diritto alla sopravvivenza del corpo o è diritto a essere vivo, cioè a essere sé stesso in vita? E se così fosse, come dovremmo ragionare

[39] Per una dettagliata disamina delle diverse situazioni di "dolore" in cui può trovarsi l'individuo e delle diverse soluzioni per disciplinarle v. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, Milano, 2003, ove viene, altresì, ricostruito un vero e proprio *statuto dei diritti del morente* i cui principi di fondo consistono nel riconoscimento della salvaguardia della qualità della vita e nella tutela della dignità della persona.

Rileva, al riguardo, SCARPELLI, *La bioetica. Alla ricerca dei principi*, Biblioteca della libertà, 1987, 20, come, nel delicato passaggio dalla vita alla morte, la possibilità etica di lasciare a ciascuno la scelta finale per se stesso debba prevalere sulla scelta etica di imporre norme e valori per tutti.

[40] ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss. ed, *amplius*, ID., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti «dell'uomo»*, in *Liber amicorum* per F.D. Busnelli, II, Milano, 2008, 121 ss.

sull'indisponibilità del diritto alla vita? Possiamo davvero ammettere che un potere sociale mi imponga di *essere ciò che non riconosco come me*, semplicemente che mi imponga di esistere contro la mia identità?»[41].

Ricondotto ad un contesto più ampio – quello in cui si pongono le questioni esistenziali della vita dell'uomo – il dilemma si pone perché è incerto anche il concetto stesso di "vita", il quale, nel confronto tra scienza medica e scienza filosofica, è sempre in continua oscillazione tra la vita anonima dell'organismo e quella personalizzata dell'individuo[42]; un contesto in cui emergono in tutta evidenza il ruolo e la rilevanza che assumono i due fondamentali criteri di riferimento per operare scelte più consone e più vicine alla dimensione esistenziale di ciascun individuo: il rinvio obbligato è, per l'appunto, al principio della dignità della persona, principio che, nella concezione moderna e secolarizzata in cui è pervenuto ai giorni nostri, appare strettamente connesso all'altro fondamentale principio qual è quello dell'autodeterminazione.

5. *La dignità nella condizione esistenziale del malato*

Per volgersi alla condizione ed ai diritti del malato e riguardarli usando la "lente" del principio della dignità della persona non sembra utile, dunque, prendere le mosse dalla netta contrapposizione che si è determinata tra posizioni laiche e posizioni fideistiche; conviene, piuttosto, porre al centro della riflessione la considerazione secondo la quale il malato è una persona, con un suo corpo e con una sua vita individuale e relazionale, i quali devono essere complessivamente intesi nella loro profonda unità[43].

Secondo talune concezioni filosofiche, infatti, corpo e coscienza non sono due parti distinte dell'Intero personale, ma sono il medesimo Intero contemplato sotto due profili

[41] Questi i termini della questione così come è posta da ZATTI, *op. ult. cit.*, 11-12. Al profilo della identità della persona ha dedicato ampie pagine SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 384-388, ove il concetto di identità personale, al di là dei dati generici o biografici che distinguono una persona, è posto in stretta relazione con la *coscienza*, così come acquisita da ciascun individuo nel corso della sua evoluzione: «coscienza evoluta o superiore che consente alla nostra specie di avere consapevolezza di chi siamo e di come viviamo, ed in particolare di essere, ciascuno di noi, l'autore delle proprie scelte e capace di riflettere e valutare "*in prima persona*" quanto gli accade, preferendo tra varie opzioni, volta a volta, quale abbracciare. Con l'acquisizione della coscienza auto-riflessiva (o superiore) diventiamo consapevoli (quanto meno in larga misura ed a partire dall'età in cui si raggiunge una adeguata maturità fisica e mentale) dei nostri cambiamenti e di quelli dell'ambiente che ci circonda, consentendoci di monitorare rapidamente le alternative che nei vari momenti ci troviamo aperte, cercando, in modi flessibili, le determinazioni da considerare per noi più confacenti e della cui realizzabilità pensiamo di essere in grado (in buona percentuale) di tentare di renderci conto, pur tra inevitabili errori e valutazioni imprecise o spesso perfino più o meno scorrette. La coscienza presuppone che la persona sia diventata capace di districarsi tra enormi insiemi di alternative e di tentare di operare scelte dopo aver valutato frettolosamente vantaggi ed inconvenienti delle possibili preferenze» (così, testualmente, p. 387).

[42] Di particolare interesse, al riguardo, le considerazioni svolte da JONAS, *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1979 (*Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, traduzione italiana a cura di Portinaro, Torino, 1990); ID., *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung*, Frankfurt am Main, 1985 (*Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, traduzione italiana a cura di BECCHI, Torino, 1997), e da RODOTÀ, *Il paradosso dell'uguaglianza davanti alla morte*, in *Il diritto di morire bene*, a cura di SEMPLICI, Bologna, 2002, 39 ss. e in *La vita e le regole,* cit., 29 ss.; 103 ss.; 247 ss. Circa l'effettiva utilità di taluni trattamenti sanitari, v. BARNI, *Stato vegetativo persistente: l'ineludibile protagonismo del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 628 ss.

[43] Anche e soprattutto nel contesto di una relazione terapeutica, il corpo deve essere inteso come un luogo dell'Io. Nelle efficaci espressioni di ZATTI, *Di là dal velo della persona fisica*., cit., 132, «Il corpo è soggettività perché è il luogo in cui vive la percezione e l'autopercezione».

diversi[44]; e la persona non sta sul retro delle espressioni corporee ma è costituita da tali manifestazioni[45].

Questa visione "corporea" della persona consente di ritenere che la tutela riservata al corpo sia già di per sé rispetto della dignità del malato e che nessun rispetto per le altre forme di estrinsecazione della sua dignità – quali il linguaggio, la razionalità, la coscienza di sé e degli altri – potrebbe avere senso senza il rispetto della inviolabilità della presenza della persona nel suo corpo[46]. Tale inviolabilità della persona, anche nella sua corporeità, non implica, tuttavia, un'astensione sacrale da ogni intervento terapeutico; impone, piuttosto, una sua giustificazione in relazione al benessere psico-fisico ed alla utilità per la cura del malato.

Nel rapporto medico-paziente, il rispetto della dignità del malato implica nei confronti di quest'ultimo la massima attitudine di cura per la salute del suo corpo; ma questo non deve tradursi in scelte univoche ed uniformi che prescindano dalla singolarità e dalla condizione esistenziale del malato. È necessario, invece, che dette scelte, tenendo conto dei diritti che sul corpo ha il malato – *privacy*, identità, integrità, intangibilità – vengano compiute attingendo sovente al criterio della proporzionalità adeguata, in maniera tale da non prescindere mai dalla specificità ed unicità della persona che è il corpo di quel malato.

Il fondamento etico-giuridico del principio di dignità del malato consente di ritenere che non esiste alcuna ragione per la quale questi – se pienamente consapevole e capace[47] – debba essere privato del suo diritto di mantenere il controllo sugli interventi che subisce il suo corpo. Di ciò si è dato conto anche nel parere espresso dal Comitato nazionale per la bioetica del 24 ottobre 2008, laddove si è ritenuto che «superata l'impostazione strettamente paternalistica del rapporto medico – paziente, il criterio del "miglior interesse" del paziente si articola su un duplice livello di giudizio: esso viene, cioè, in rilievo non soltanto come fatto oggettivo e conoscibile (di cui è depositario il medico), ma anche come fatto soggettivo (il "sapere su di sé" di cui è depositario il paziente, a partire dalla consapevolezza della malattia e della sofferenza quale parte della propria storia di vita)»[48].

Riguardato sotto il profilo privatistico, il problema della condizione esistenziale e giuridica del paziente in termini di dignità della persona ha ricevuto un vero e proprio punto di svolta nel momento in cui si è attribuita rilevanza alla volontà dell'interessato e, dunque, nel momento in cui, ai fini della legittimità di qualsiasi trattamento medico, è stato ritenuto necessario il preventivo consenso libero ed informato del paziente; il quale consenso, per l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che ha ricevuto, può oggi dirsi vera e propria regola generale non soltanto per i trattamenti sanitari finalizzati al mantenimento in vita del paziente ma anche per governare il "processo del morire"[49].

---

[44] Sul concetto di *persona* come anteriore a quelli di *corpo* e *coscienza*, v. STRAWSON, *Individui. Saggio di metafisica descrittiva*, Milano, 1978.

[45] In questa ottica, MELCHIORRE, *Corpo e persona*, Genova, 1987; GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2002. Tra i giuristi, cfr. ZATTI, *op. ult. cit.*; RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»,* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 467 ss.; SCHLESINGER, *op. cit.*; MAZZONI (a cura di), *Per uno statuto del corpo*, Milano, 2008; RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007.

[46] Inquadra i diritti sul corpo nel contesto del principio di sovranità ZATTI, *op. ult. cit.*, 150 ss.

[47] Più problematica si presenta la questione per quei casi in cui il malato non sia pienamente capace e non abbia indicato preventivamente a quali trattamenti sanitari intende essere sottoposto. Non è possibile in questa sede rendere conto dei problemi giuridici che ne derivano; per qualche approfondimento sia consentito un rinvio a PASQUINO, *Autodeterminazione e dignità della morte*, cit., 107 ss.

[48] Il parere del Comitato nazionale per la bioetica del 24 ottobre 2008 si può leggere sul sito http://www.governo.it/bioetica/pareri.html .

[49] Per la letteratura sul tema del consenso si può partire dai riferimenti di dottrina e giurisprudenza, contenuti nei contributi degli Autori che se ne sono occupati nella vasta opera confluita nei volumi del

Il diritto di autodeterminarsi circa il modo con cui affrontare quella fase della vita che conduce alla morte trae, infatti, la sua origine dal diritto alla salute, diritto che, nella più attuale concezione – cui si è giunti a seguito di una evoluzione concettuale che lo ha identificato prima come mera questione di ordine pubblico, poi come tipico diritto sociale – è stato ora classificato come «vero e proprio diritto soggettivo assoluto e primario, volto a garantire l'integrità psico-fisica delle persone bisognose di cura», individuandosi nella sua assolutezza il «nucleo essenziale» del bene-salute[50] .

Dal consenso consapevole, libero ed informato come espressione massima del rispetto della dignità del malato, è possibile far discendere quel diritto all'autodeterminazione sulla propria persona che può anche assumere come suo contenuto la libertà di rifiutare un trattamento medico ricorrendo a tutti gli strumenti e le forme consentiti dall'ordinamento giuridico per l'esercizio di tale potere di autonomia; un diritto che, come il diritto da cui trae origine, rinviene il suo fondamento normativo, oltre che nell'art. 32 Cost., norma con una portata immediatamente precettiva e non meramente programmatica, e nell'art. 13 Cost. quale espressione del diritto alla libertà personale e, dunque, come diritto a non subire intromissioni non volute sul proprio corpo[51], anche in una serie di norme, di rango inferiore, *in primis* quelle contenute nella legge n. 219 del 22 dicembre 2017, ma anche le norme contenute nel codice di deontologia medica che, in diverse sedi, danno attuazione a detto principio; così, al 4° comma dell'art. 35 si precisa che «in ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona capace, il medico deve desistere dai consueti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

Tali principi, pur reiteratamente riconosciuti da quanti si sono occupati di questi temi prima della legge n. 219 del 2017, non sempre avevano ricevuto adeguato riscontro in termini di applicazione ai casi concreti che già si erano posti all'attenzione dei giudi-

---

Trattato di biodiritto, diretto da Rodotà e Zatti, Milano, 2010, per arrivare ai più recenti e sempre numerosi che si sono pubblicati dopo l'emanazione della legge n. 219 del 22 dicembre 2017 in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate sui trattamenti sanitari per la cui formazione fondamentale si sono rivelati il dibattito, lo studio e la predisposizione del progetto elaborato dal gruppo "Undirittogentile", guidato dall'onorato Maestro.

Sulla questione del rifiuto delle cure, spesso inopportunamente accostata al problema dell'eutanasia, ancora si ripropone lo schieramento tra etica laica ed etica cattolica.

Al riguardo, rinvenendosi in essa molti riferimenti espliciti alla dignità del malato, appare utile riferirsi a proposito dei trattamenti sanitari a quanto contenuto nella *Dichiarazione sull'eutanasia della S. Congregazione per la dottrina della fede* del 5 maggio 1980: «È molto importante oggi proteggere, nel momento della morte, la dignità della persona umana e la concezione cristiana della vita contro un tecnicismo che rischia di divenire abusivo. Di fatto, alcuni parlano di "diritto alla morte", espressione che non designa il diritto di procurarsi o farsi procurare la morte come si vuole, ma il diritto di morire in tutta serenità, con dignità umana e cristiana. Da questo punto di vista, l'uso dei mezzi terapeutici talvolta può sollevare dei problemi».

[50] Così testualmente, Cass., sez. un., 1° agosto 2006, n. 17461, in *La resp. civ.*, 2007, 299 ss., con nota di Greco, *Il "nocciolo duro" del diritto alla salute*, 304 ss.

[51] «Con l'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, e con l'affermarsi del principio personalista ivi enunciato, la *quaestio* relativa alla portata dell'art. 5 c.c. non andrebbe più impostata in termini di "potere" di disporre, ma di "libertà" di disporre del proprio corpo, stante il valore unitario e inscindibile della persona come tale; e, quindi, in termini di libertà di decidere e di autodeterminarsi in ordine a comportamenti che in vario modo coinvolgono e interessano il proprio corpo»: così si legge, da ultimo, in un passo della motivazione di Cass., sez. un. penali, 21 gennaio 2009, n. 2437, in *Corr. merito*, 2009, 303 ss., (con nota di Picciali, *Il "consenso informato" e la responsabilità del medico)*, la quale sembra, peraltro, contraddirsi quando afferma la liceità del comportamento del medico – che aveva eseguito un intervento chirurgico, per il quale non aveva ricevuto il consenso del paziente – in base al fatto che da detto intervento non era derivato alcun nocumento per il paziente medesimo.

ci[52]; laddove, di frequente, l'*iter* argomentativo dei giudicanti si arrestava di fronte alla necessità di procedere ad un bilanciamento degli interessi e dei valori in giuoco quando veniva in considerazione la vita del paziente, la cui pretesa irrinunciabilità determinava, peraltro, un pregiudizio a scapito di altre situazioni giuridiche soggettive, pure tutelate dalla Costituzione come diritti fondamentali, quali il diritto alla libertà personale e lo stesso diritto alla salute[53].

A distanza di alcuni anni, confluite le sensibilità di molti nella fucina di «Undirittogentile» voluto dall'onorato Maestro, si è riuscito a dimostrare – anche ispirando la produzione di un assetto concreto di norme giuridiche – che in fatto di diritti fondamentali, soprattutto riguardanti condizioni di fragilità delle persone, non è possibile abdicare ad alcuno di essi senza menomare in modo irreparabile il generale principio del pieno rispetto della dignità umana; la cui essenza più compiuta in relazione alla condizione umana sembra rinvenibile nel pensiero di Hersch[54], la quale così si esprime in un suo approfondito saggio: «E, tuttavia, c'è un'esigenza fondamentale che si percepisce ovunque. Qualcosa è dovuto all'essere umano per il solo fatto che è un essere umano: un rispetto, un riguardo; un comportamento che salvaguardi le sue occasioni di fare di sé stesso l'essere che è in grado di divenire; il riconoscimento di una dignità che egli rivendica perché aspira consapevolmente a un futuro, e perché la sua vita trova in questo un senso di cui è pronto a pagare il prezzo. (…) Ogni uomo vuole 'essere un uomo', anche se questo non si verifica per tutti nello stesso modo. Ogni uomo vuole essere riconosciuto come tale. Se glielo s'impedisce, può soffrirne al punto da preferire a volte morire».

[52] Basti il riferimento al noto caso Welby (fra i numerosi commenti che sono stati ad esso dedicati v. Azzalini, *Il rifiuto di cure. Riflessioni a margine del caso Welby*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 313 ss.), deciso dal Tribunale di Roma con ordinanza del 16 dicembre 2006 (*ivi*, I, p. 844 ss.), ove la richiesta di riconoscere al paziente il diritto di scegliere la terapia cui sottoporsi ed il correlativo diritto di rifiutarla, pur essendo stati riconosciuti, non sono stati ritenuti esercitabili in concreto.

[53] Cfr., al riguardo, la posizione di Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 32 ss., secondo cui non esiste in seno alla nostra Costituzione una gerarchia assoluta tra diritti, e di Rodotà, *La vita e le regole*, cit., 255 ss., il quale precisa che «non si può dare fondamento costituzionale alla pretesa di considerare la vita come indisponibile da parte della stessa persona. Si può ben dire che il riconoscimento della persona e della sua dignità esclude la possibilità di espropriarla del potere di decisione di fronte alla fine dell'esistenza, sancendo una sorta di estraneità dalla vita dell'intero tempo che ci porta verso il morire».

[54] Hersch, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, a cura di F. De Vecchi, Milano, 2008, 71

FABRIZIO PIRAINO

L'APPLICAZIONE DIRETTA DEI DIRITTI INVIOLABILI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I diritti inviolabili. – 3. *Segue*. Diritti inviolabili e rapporti di diritto privato. – 4. Le condizioni per l'applicazione diretta dei diritti inviolabili: i dispositivi di generalizzazione della decisione. – 5. Il caso del danno non patrimoniale. – 6. Diritti inviolabili e autonomia privata.

1. *Introduzione*

L'applicazione diretta dei diritti inviolabili – sovente indicati anche come fondamentali, sebbene questo attributo meglio si attaglia al riconoscimento che travalica i confini dell'ordinamento nazionale – o la reazione alla loro compressione, rappresenta uno dei capitoli più delicati della più ampia questione dell'applicazione diretta, mediata o immediata, delle norme costituzionali e delle altre disposizioni apicali di carattere indeterminato. Per adottare una terminologia oramai consueta nella teoria generale del diritto e per di più comune all'intera tradizione giuridica occidentale, senza distinzioni tra sistemi di *civil law* e di *common law*, qui si disputa dall'applicazione mediata o immediata nei rapporti di diritto privato dei c.d. principî, in quanto norme distinte dalle regole[1], sia per struttura sia per tecnica di applicazione[2]. In coerenza con

[1] Tra i teorici della distinzione forte tra regole e principi v. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 37 ss.; ALEXY, *Theorie der Grunderechte*, Frankfurt am Main, 1994, trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 101 ss.; ATIENZA-RUIZ MANERO, *Tre approcci ai principi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1993, 9 ss.; ID., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, 1996, *passim*; ID., *Rules and Principles Revisited*, in *Associations*, 2000, 147 ss.; D. MARTÍNEZ ZORRILLA, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, 2007, *passim*, in part. 81-84; e in Italia BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, II ed. riveduta e aggiornata a cura di G. Crifò, Milano, 1971, 310 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*. Leggi diritti giustizia, Torino, 1992, 148 ss.; MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milan cit., 115 ss.

[2] I fautori della distinzione debole tra principî e regole sostengono che tutte le norme, siano esse regole o principî, in definitiva posseggono in un qualche misura almeno alcune delle proprietà attribuite ai secondi, sicché la differenza finisce per essere di grado: i principî sono norme più generiche, più indeterminate, più aperte ad eccezioni implicite etc.: cfr. e: RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale Law Journal*, 81, 1972, 823 ss.; MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), Oxford 1994, trad. it. *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, Torino, 2001, *passim*; TWINING-MIERS, *Come far cose con regole*, Milano, 1990, 180 ss.; HART, *Postscript*, in *The Concept of Law*, 2a ed., Oxford, 1994; MORESO, *Come far combaciare i pezzi del diritto*, in *Analisi e diritto*, 1997, 79 ss.; SULLIVAN, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, in *106 Harv.L.Rev.*, 1992, 57-62; COMANDUCCI, *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, 81 ss.; GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su princìpi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65 ss.; ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di DICIOTTI e VELLUZZI, Torino, 2008, 173 ss.; GUASTINI, *Sui principî di diritto*, in *Dir. soc.*, 1986, 601 ss.; ID., *Interpretare e argomentare*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2011, 173 ss.; DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 427 ss.; BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008, 108-115; G. MANIACI, *Razionalità ed equilibrio riflessivo nell'argomentazione giudiziale*, Torino, 2008, 300 ss.; PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 51 ss.; ID., *I principi tra la teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Dir. & quest. pubbl.*, 2012, 75 ss. e di recente FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss., in part. 2794 ss.

la propria natura di norme di consacrazione sul piano giuridico dei valori fondanti e costitutivi dell'ordinamento e con la relativa formulazione generale e indeterminata ad ampio spettro, i principî non delineano una fattispecie, connotativa invece delle regole, le quali, a loro volta, sono opache rispetto al valore cui si ispirano o che attuano. Sul piano applicativo, i principî pongono questioni di "peso" e di importanza relativi, istituendo dunque un bilanciamento con altri principî, il quale comporta un'operazione logico-pratico di tipo valutativo; mentre le regole incorporano un bilanciamento già effettuato dal legislatore e, quindi, si applicano seccamente, senza pesature in concreto, mediante operazioni logico-formali di tipo inferenziale. In conseguenza di ciò, i principî sono norme defettibili, quale proprietà imprescindibile nel bilanciamento; mentre le regole sono norme di applicazione categorica. In definitiva, i principî si presentano come "mandati di ottimizzazione", in quanto prescrivono il perseguimento di un certo obiettivo, peraltro categorico, nella maggiore misura possibile, alla luce delle concrete possibilità di fatto e di diritto; mentre le regole sono norme ipotetiche[3].

Sul versante particolarmente impervio dell'applicazione diretta dei principî, è necessario distinguere tra principî che enunciano valori o fini politici costitutivi o di innalzamento della qualità della convivenza sociale (quali il principio democratico, il principio di solidarietà, il principio di eguaglianza sostanziale etc.), e principî che enunciano diritti inviolabili o fondamentali[4]. È ragionevole ritenere che, mentre i primi non possono che essere oggetto di un'applicazione diretta mediante efficacia mediata, in quanto privi di una portata regolativa diretta ma destinati piuttosto a correggere o ad arricchire il contenuto di corpi normativi dotati di effetti regolativi finali, i secondi pongono invece la questione di una loro efficacia immediata[5], che – come sostenuto da Claus Wilhelm Canaris – travalica la netta alternativa tra *unmittelbare Drittwirkung*[6] e *mittelbare Drittwirkung*[7].

---

[3] Per un quadro sintetico, ma accurato, v. Pino, *Diritti e interpretazione*. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale, Bologna, 2010, 52 ss.

[4] In tal senso v. N. Rizzo, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti. Rileggendo* Dworkin *e* Hart, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 912 11, in part. 936 ss. In questa schematica distinzione una posizione a sé stante, o forse addirittura trasversale, riveste la dignità umana: valore apicale, tradotto in principio, ora addirittura espresso (art. 1 Carta dei diritti fondamentale dell'Unione europea). E sulla dignità riecheggia il giudizio di Zatti, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss., dal quale trapela la complessità del principio e la sua portata cardinale: «nella dignità dell'uomo si riconosce la radice e il senso di tutta la costruzione dei diritti umani, oggi spesso indicata come unica possibile etica planetaria. E nel vasto processo dell'integrazione di culture, la dignità appare come l'unico criterio proponibile per assicurare insieme accoglienza e fermezza degli ordinamenti pluralisti rispetto a valori e costumi che chiedono inclusione: l'unico valore veramente non negoziabile».

[5] Sul problema della *Drittwirkung* dei diritti fondamentali cfr. Oeter, *"Drittwirkung" der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts. Ein Beitrag zun den funktionell-rechtlichen Dimensionen der Drittwirkungsdebatte*, in *Arch. öff. Rechts,* 119, 1994, 529-563 trad. it. "Drittwirkung" *dei diritti fondamentali e autonomia del diritto privato. Un contributo alla dimensione giuridico funzionale nel dibattito sulla* Drittwirkung, in Drittwirkung*: principi costituzionali e rapporti tra privati*, cit., 161 ss.

[6] Tra i principali fautori della *unmittelbare Drittwirkung* vanno annoverati Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Festschrift für E. Molitor,* a cura di Nipperdey, München-Berlin, 1962, 17 ss., trad. it. *Diritt fondamentali e diritto privato*, in Drittwirkung*: principi costituzionali e rapporti tra privati*, cit., 53 ss.; Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin, 1960, *passim*; Ramm, *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der der Rechtsstrutur der Vereinigung*, Stuttgart, 1960, *passim*; Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, in *AcP*, 1964, 386 ss., in part. 419 ss; Steindorff, *Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht*, Heidelberg, 1983, 12 e, sebbene sulla base di un fondamento dogmatico differente, Schwabe, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*. Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr, 1971, *passim*.

[7] Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, 201 ss., trad. it. *Diritti fondamentali e diritto privato*, in Drittwirkung*: principi costituzionali e rapporti tra privati*, cit., 105 ss.

2. *I diritti inviolabili*

In quanto consacrazione giuridica di una libertà o di un valore, il diritto inviolabile è per lo più strutturato come una proposizione prescrittiva di natura permissiva, chiamata a delineare sfere di liceità che vanno intese, in primo luogo, come ambiti di immunità dall'invasione del potere pubblico, ossia divieti di ingerenza; e, in secondo luogo, come possibilità di azione. L'orizzonte della libertà lascia indeterminate le conseguenze del suo esercizio, specie nei rapporti con gli altri consociati, perché le Costituzioni, le Carte fondamentali e le disposizioni normative subordinate che enunciano i diritti inviolabili, per lo più, si limitano a specificare sotto quali condizioni ed entro quali limiti il potere pubblico può comprimerli o condizionarli, i c.d. limiti di tolleranza[8]; mentre ricorrono a una forte apertura testuale, per utilizzare le parole di Robert Alexy[9], nel delineare il contenuto della posizione sostanziale o, più in generale, la consistenza del bene protetto e, dunque, l'ampiezza della relativa tutela[10]. L'indeterminatezza che avvolge le facoltà e i poteri sostantivi che compongono tali sfere di libertà, e le conseguenze prodotte dal loro esercizio, rende complesso concepire i diritti inviolabili come prerogative nei confronti degli altri consociati nei termini dei tradizionali diritti soggettivi. Manca, infatti, la dimensione della relazionalità intesa in senso lato e, in particolare, la posizione di obblighi nei confronti di soggetti determinati o di doveri nei confronti della generalità dei consociati, che non sia la generica istanza di non aggressione sotto forma della loro completa negazione.

La più rigorosa concettualizzazione dei diritti inviolabili in Italia ravvisa in essi valori della persona nati nel XVII secolo nel bacino del diritto naturale e, quindi, concepiti come immutabili principi metafisici di ragione o della natura umana, ma sottoposti, a partire dal XVIII secolo, a un mutamento epistemologico che ha condotto a ridefinire l'inviolabilità non come intangibilità ma come garanzia costituzionale di contenuto[11]. Con la scelta politico-istituzionale, compiuta dapprima con il *Bill of Rights* americano del 1779 e con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e poi con le Costituzioni nazionali e le Carte dei diritti sovranazionali, i diritti inviolabili sono stati sottratti alla dimensione assoluta, ma informale, del diritto naturale ed è stata conferita loro la veste formale di enunciati giuridici, all'esito di una selezione che, al contempo, produce la loro legittimazione sul piano istituzionale, imponendo così che la lotta po-

---

[8] V. Onida, voce «Costituzione italiana», in *Digesto IV ed.*, *disc. pubbl.*, Torino, 1989, 328.

[9] Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1994, trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 34 ss.

[10] Si sofferma su questo profilo, con notazioni assai interessanti, Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 40 ss., il quale, muovendo dai problemi definitori relativi alla libertà di espressione, osserva che «questi problemi definitori, che hanno tormentato i giudici di tutte le giurisdizioni costituzionali del mondo e hanno impegnato l'energia dei migliori giuristi, non concernono la definizione del termine "pensiero", ma la definizione della *tutela giuridica* connessa ad un certo bene, un certo interesse. I due aspetti tendono a confondersi, perché la definizione del contenuto del "bene" protetto non è mai disgiunta dalla definizione dell'intensità della tutela. Però, mentre la definizione di un termine è sempre sviluppabile nella logica si-no (l'insulto *non* è mai "pensiero"; l'opinione politica è sempre pensiero), la tutela dell'interesse che è designato con quel termine sfugge a quella logica, ed è infatti graduabile. È graduabile sulla base della minor o maggiore distanza dal punto di massima protezione del diritto, che sicuramente tutela il pensiero "alto", di matrice filosofica, politica, religiosa ecc. Lì sicuramente la protezione è sicuramente rigorosissima; ma quando si scende ai piani meno elevati. Per esempio, della pubblicità commerciale, la tutela si fa meno pregnante, subisce la concorrenza di numerosi altri diritti o interessi».

[11] Mengoni, *Fondata sul lavoro. La Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Scritti*. I. *Metodo e teoria giuridica*, cit., 139 ss.

litica per il loro riconoscimento debba essere incanalata nei processi democratici che conducono alla loro incorporazione nel diritto positivo.

Pur senza voler tornare alla concezione weimariana dei *Grundrechte* come diritti soggettivi pubblici, intesi in forma ottriata come autolimitazioni del potere pubblico, non è possibile affidare la giurificazione dei valori inviolabili della persona al riconoscimento di nuovi diritti inviolabili per via esclusivamente pretoria o, per lo meno, ciò non può accadere senza un mutamento istituzionale, che conferisca alla giurisprudenza un tale potere ricognitivo e di positivizzazione. Opinare diversamente condurrebbe a un diritto degli ἄριστοι, con l'inevitabile ritorno, se non all'assolutezza, per lo meno all'indeterminatezza del diritto naturale, camuffato sotto le vesti del convincimento del giudice. La positivizzazione dei valori morali della persona mediante l'incorporazione nella Costituzione non li spoglia del loro statuto ontologico e logico, ma alla loro essenza assiologica si affianca la validità formale del diritto positivo, cosicché i diritti inviolabili finiscono per appartenere in pari tempo al diritto e alla morale[12]. Se l'assunzione dei principi morali nel corpo del diritto positivo comporta una trasformazione del paradigma positivistico, non va trascurato che, al contempo, la necessità della positivizzazione rende insufficiente la loro vigenza assiologica pre-giuridica. E ciò dovrebbe impedire al giudice di attingere direttamente alla dimensione dei valori per individuare il criterio del proprio giudizio, affermandone la validità proprio nel momento del loro impiego.

La positivizzazione dei diritti inviolabili, o fondamentali, non va concepita nel senso rigidamente formalistico che ne esige l'espressa previsione nella Costituzione o nei Trattati europei o sovranazionali. Il riconoscimento da parte dell'ordinamento può essere affidato anche alla normazione ordinaria in sede di concretizzazione dell'art. 2 Cost. Quest'ultimo non costituisce, dunque, una clausola generale, o come si è soliti dire una fattispecie aperta[13]; ma neppure una norma di rinvio ad altre disposizioni costituzionali[14]. La genesi giuridica dei diritti inviolabili si rivela più complessa, imboccando almeno altre due vie oltre a quella dell'espressa proclamazione nel testo costituzionale, o nei trattati europei e internazionali, nell'ambito non soltanto delle c.d. libertà negative ma anche dei diritti sociali e forse anche di alcuni diritti politici fondamentali[15]. In primo luogo, diritti inviolabili inespressi possono essere ricavati per derivazione dai diritti inviolabili espressi in funzione del nesso di stretta consequenzialità[16], il che, in definitiva, coincide con l'idea delle potenzialità dell'interpretazione evolutiva degli enunciati sui diritti inviolabili espressi[17]. In secondo luogo, archiviata l'alternativa secca tra clausola generale e norma ricognitiva, emerge la reale fisionomia dell'art. 2 Cost. come norma di indirizzo che prescrive al legislatore di proseguire, lungo la strada tracciata dal costituente, l'opera di riconoscimento di quei valori morali della persona che l'evoluzione del modello antropologico di soggetto di diritto rende opportuno, se non necessario, tradurre nella veste di diritti inviolabili o che il mutamento delle dinamiche sociali espone

[12] *Ivi*, 141-142.

[13] Così invece Barbera, sub *art. 2*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 65 ss.

[14] In tale senso v. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 53 ss.; Baldassarre, voce «Diritti inviolabili», in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 21; Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2011, 45 ss.; Caretti, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, 4a ed., Torino, 2017, 181 ss.

[15] Per tale ultima prospettiva v. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 23.

[16] Corte cost., 1° agosto 1979, n. 98, in *Giur. cost.*, 1979, 719 ss.

[17] Baldassarre, *Diritti inviolabili*, cit., 19; E. Rossi, sub *art. 2 cost.*, in *Comm. Cost.*, I, Torino, 2006, 47 ss.

a lesioni o a compressioni inedite, cui reagire con la loro proclamazione sul piano del diritto positivo. D'altro canto, anche chi ha scandagliato il tema delle ripercussioni dei diritti inviolabili della persona sul terreno civilistico, pur riconoscendo a tale categoria una forza autopoietica, sollecitata dai costanti mutamenti delle forme di aggressione nei confronti dell'uomo, ha circoscritto l'espansione dei diritti inviolabili entro i confini dell'interpretazione[18], sebbene andrebbero, però, anche chiariti quali siano i limiti di quest'ultima, specie quando l'enunciato normativo ha contenuto indeterminato ed è formulato in termini valutativi.

Il moto ascensionale che vede la normativa ordinaria nazionale e il diritto europeo arricchire la teoria dei diritti inviolabili riconosciuti dai testi costituzionali, negli ultimi decenni, si è intensificato e il caso forse più emblematico è rappresentato dall'emersione del diritto alla riservatezza e del diritto alla protezione del dati personali, sollecitata dal processo di armonizzazione del diritto europeo, dopo la prima approssimativa affermazione del diritto alla riservatezza per via giurisprudenziale[19]. Ben prima della proclamazione tra i diritti fondamentali da parte dell'Unione europea, a seguito dell'equiparazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ai trattati costitutivi (a far data – com'è sin troppo noto – dal 1° dicembre 2009, che segna l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona), la Corte di cassazione ha ritenuto di riconoscere al diritto alla riservatezza, fissato nella legislazione ordinaria sempre su impulso del diritto europeo, il rango di diritto inviolabile[20]. Di recente la Suprema corte ha rintracciato i segni dell'inviolabilità anche in un'altra declinazione del diritto alla riservatezza, il c.d. diritto all'oblio[21]: messo a fuoco su impulso della giurisprudenza europea[22] e consacrato nell'art. 17 reg. 2016/679 (GDPR). Non meno significativo è però il caso dei diritti c.d. familiari, sanciti dal codice civile nel contesto del rapporto di coniugio e di filiazione (artt. 143, 147 e 315-*bis* c.c.), cui tanto la dottrina[23] quanto la giurisprudenza costituzionale[24] riconoscono natura di diritti inviolabili della persona.

3. Segue. *Diritti inviolabili e rapporti di diritto privato*

Una volta chiarito il processo che porta al riconoscimento di un diritto inviolabile, bisogna passare all'analisi del contenuto. Come si è detto, i diritti inviolabili sono predicati espressamente dalla legge, o ricavati nei modi in precedenza chiariti, come proposizioni prescrittive di natura permissiva, chiamate a delineare sfere di liceità e, nei rapporti privatistici, possibilità di azione. Non va trascurato, però, che il concreto

[18] Navarretta, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, cit., 352 ss., in part. 354. Al riguardo, N. precisa che l'interpretazione va «guidata dalla similitudine con altri interessi già affermatisi o dalla comunanza sostanziale con i valori posti a fondamento della categoria, che in un certo senso chiudono il sistema: la dignità umana e, in una proiezione relazionale e dinamica, il libero svolgimento della personalità». Tale posizione sembra più cauta rispetto alla prima elaborazione del pensiero sul tema (Id., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, cit., 62 ss.), dove si registra una maggiore aperura nei confronti delle "fonti materiali" dei diritti inviolabili come la coscienza sociale, a dire il vero coniugata, però, con la legislazione ordinaria, il diritto europeo e quello internazionale.

[19] Cass., 25 maggio 1975, n. 2129, in *Foro it*., 1976 , I , 2895 ss.

[20] Cass., 9 giugno 1998, n. 5658, in *Dir. inf*., 1999, 39 ss. e, più di recente, Cass., 24 aprile 2008, n. 10690, in *Resp. civ. e prev*., 2009, 155 ss.

[21] Cass., sez. un., 22 luglio 2019, n. 19681, n. 9.

[22] Corte giust. UE, 13 maggio 2014 C131/12 *Google Spain*.

[23] Baldassarre, voce «Diritti sociali», in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 21.

[24] Corte cost., 22 luglio 1976, n. 181; Corte cost., 31 dicembre 1982, n. 258.

dispiegarsi di una possibilità di azione inevitabilmente finisce per incidere sul concreto dispiegarsi delle altrui possibilità di azione. La pratica di una libertà limita fisiologicamente la pratica di altre libertà. Quando si passa dalla dimensione del riconoscimento dei diritti inviolabili nei testi normativi apicali, dove la contraddittorietà è ammessa e anzi è fisiologica per potere dare voce al pluralismo dei valori, alla dimensione del loro esercizio o della loro invocazione individuali entra in campo la questione degli obblighi o dei doveri gravanti sui terzi e della limitazione degli interessi pubblici su cui la pratica di quella libertà potrebbe incidere. È evidente, infatti, che trattandosi per lo più di libertà, l'enunciazione dei diritti inviolabili prescinde dalla formalizzazione secondo lo schema del rapporto giuridico o dalla fissazione di limiti predeterminati e la conseguenza inevitabile non può che essere la fisiologica sovrapposizione del loro esercizio con lo svolgimento delle libertà altrui. In presenza di forme di godimento di posizioni soggettive non formalizzate mediante il preventivo bilanciamento con gli interessi contrapposti e l'individuazione di un ordine di prevalenza, il conflitto individuale non è prefigurato dall'ordinamento e regolato appositamente. Da ciò l'alternativa: o esso si esaurisce sul piano sociale e non attinge alla soglia della rilevanza giuridica o, se lo si vuole rendere rilevante, concependo il diritto inviolabile come una serie di prerogative nei confronti anche degli altri consociati, è necessario precostituire in sede interpretativa e di analisi dogmatica i criteri di soluzione del conflitto che, per necessità, comportano la limitazione tanto della libertà dei terzi quanto della libertà dell'esercente. In altri termini, com'è stato autorevolmente rimarcato, ogni diritto inviolabile ha un costo in termini di contrazione della libertà altrui, perché è consustanziale all'idea di diritto quella di limite, sicché, si dice, i diritti sono "a somma zero"[25]. Ecco le ragioni per le quali la definizione formale, o strutturale, proposta da Luigi Ferrajoli sembra più confacente a descrivere l'effetto verticale dei diritti fondamentali, intesi come «tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a "tutti" gli essere umani in quanto dotati di *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per "diritto soggettivo" qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per *status* la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio»[26].

E, tuttavia, come evidenziato da Canaris, sulla scorta della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, sarebbe estremamente riduttivo esaurire la portata normativa dei diritti inviolabili, o fondamentali, nel divieto di ingerenza a carico dei poteri pubblici, andando loro riconosciuta anche una finalità protettiva dei valori e dei beni cui essi conferiscono forma giuridica contro le violazioni perpetrare da altri cittadini[27]. Per Canaris l'efficacia diretta dei diritti fondamentali non si traduce, però, nella loro *unmittelbare Drittwirkung* in quanto la realizzazione della funzione protettiva dei diritti fondamen-

[25] Bin, *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di Cocco, Milano, 2010, 95 ss.; Id., *Critica della teoria dei diritti*, cit., 33 ss.: «ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, provoca cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse. Può essere che a pagarne le spese sia il diritto di un altro individuo (il diritto proprietario di recintare il mio fondo produce la limitazione del diritto di circolazione degli altri individui) o di un interesse generale (il diritto di portare armi riduce la sicurezza della collettività)».

[26] Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2008, 5.

[27] Canaris, *Dritti fondamentali e diritto privato*, cit., 134 ss., il quale precisa che «non si tratta di violazioni dell'apparato statale, poiché a queste ultime provvede già la dimensione dei diritti fondamentali quali divieti di ingerenza e diritti di difesa, ma di violazioni perpetrate da altri cittadini: si rientra appieno nella problematica della *Drittwirkung*».

tali è concepita come una questione oggettivamente di diritto positivo[28]. La sofisticata sistemazione proposta da Canaris[29] non può essere esportata integralmente nel sistema italiano[30] in quanto inestricabilmente legata alle caratteristiche dell'ordinamento tedesco e, in particolare, all'istituto della *Verfassungsbeschwerde*[31]. E tuttavia l'idea centrale secondo cui la funzione di protezione dei diritti fondamentali costituisca una questione di diritto positivo va approfondita.

Il nodo di fondo riguarda la portata della c.d. costituzionalizzazione del diritto privato[32] e, in particolare, se essa abbia arricchito il quadro normativo del dirit-

[28] *Ivi*, 136: «il legislatore, o al suo posto il giudice, deve creare disposizioni protettive adeguate per reagire ai pericoli cui sono esposti i diritti fondamentali per effetto del conferimento ai privati del potere di autonomia. A tal fine esiste uno spazio di creazione e di concretizzazione molto ampio. Di conseguenza, con il ricorso alla funzione di protezione dei diritti fondamentali, non si è ancora giunti alla dottrina dell'applicazione immediata della Costituzione. Lo si comprende dal punto di vista dogmatico, in quanto la funzione di protezione dei diritti fondamentali ha come destinatari delle norme giuridiche corrispondenti soltanto lo Stato e non anche i soggetti di diritto privato; e dal punto di vista pratico, in quanto è largamente evitata la strada di derivare i risultati concreti direttamente dai diritti fondamentali […]. Se lo si desidera, si può anche parlare a tal proposito di "applicazione diretta" (*mittelbare Drittwirkung*), tanto più che, naturalmente, gran parte della protezione privatistica è garantita dalle clausole generali. Appare invero preferibile evitare questa terminologia, riservandola soltanto per identificare talune specifiche posizioni nella storia della dogmatica. Soprattutto occorre considerare che, seguendo il punto di vista qui rappresentato, l'incidenza dei diritti fondamentali sulle *norme* di diritto privato (siano essere scritte o ricavate dalla concretizzazione ed integrazione giurisprudenziale), è diretta. La problematica dei rapporti tra diritti fondamentali e diritto privato deve essere pertanto costruita mediante *un collegamento tra le molteplici funzioni dei diritti fondamentali*: fin dove le *norme* di diritto privato siano commisurate ai diritti fondamentali, essi sono applicati "direttamente" nella loro funzione classica di divieti di ingerenza e diritti di difesa; quando, invece, gli *atti dei soggetti di diritto privato*, in particolare i negozi giuridici, sono valutati nello loro compatibilità con i diritti fondamentali, viene in rilievo la loro funzione quali comandi di protezione – e , poiché in tali ipotesi è abitualmente necessaria un'attuazione mediante il diritto di fonte primaria, l'incidenza dei diritti fondamentali è in tal caso ancora soltanto "mediata"».

[29] In ordine alla posizione di Canaris, Femia, Drittwirkung*. Una dogmatica di transizione*, in Drittwirkung*: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un percorso nella dottrina tedesca*, a cura di Femia, Napoli, 2018, XV osserva quanto segue: «Canaris ha compiuto un'operazione che, a distanza di oltre trent'anni, lascia ammirati per la sua raffinatezza, ma resta pur sempre un nobile tentativo di rinnovamento riformista della tradizione dinanzi alla rivoluzione costituzionale».

[30] Sotto questo profilo, non è possibile esportare integralmente in Italia i frutti del dibattito tedesco sulla *Drittwirkung*, come correttamente sottolinea Zarro, *L'evoluzione del dibattito sulla* Drittwirkung *tra Italia e Germania*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 997 ss.

[31] In Germania opera, infatti, la *Verfassungsbeschwerde* di cui all'art. 93, comma 1, n. 4 *Grundgesetz*, ossia il ricorso individuale, che consente l'accesso diretto, non mediato quindi da un giudice, alla giustizia costituzionale, in virtù del quale chi ritenga di essere stato leso in un proprio diritto fondamentale da un pubblico potere può agire dinanzi al Tribunale costituzionale federale (*Bundesverfassungsgericht*) La peculiarità della *Verfassungsbeschwerde* non si esaurisce nella legittimazione individuale, ma riguarda anche l'estensione del giudizio sulla lesione dei diritti fondamentali. Rientrano, infatti, nella nozione di pubblico potere non soltanto il legislatore e le altre istituzioni munite di potere normativo, ma anche gli organi della giurisdizione, specie quelle di ultima istanza del *Bundesgerichtshof*. In Germania si ripristina, quindi, quell'alterità istituzionale tra chi ha l'ultima parola nel determinare il contenuto e l'ampiezza dei principî, e in particolare dei diritti fondamentali, e chi esercita il potere il cui esercizio va improntato ai primi e, in conseguenza di ciò, limitato. Si è, infatti, al cospetto di una forma di controllo che si colloca al di là tanto dell'autocontrollo del potere giudiziario quanto del controllo eteronomo di matrice politica, sul modello del *reféré legislatif*, e che si presenta, in pari tempo, autonomo ed eteronomo, in quanto esercitato da un organo pur sempre giurisdizionale ma distinto dalla struttura propriamente intesa del potere giurisdizionale: un controllo giurisdizionale del tutto particolare che funge da "diaframma procedurale" tra parlamento e magistratura. Cfr. Häberle, *Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 1997, 89 ss., trad. it. *La* Verfassungsbeschwerde *nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*. In appendice la legge sul Tribunale costituzionale federale aggiornata con la novella del 16/7/1998, traduzione e presentazione di Antonio D'Atena, Milano, 2000.

[32] Tema cruciale sul quale cfr., innanzitutto, Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e* Drittwirkung *ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, *passim*, in part. 61 ss.; e Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, *passim*, in part. 165 ss.

to privato, introducendo criteri di legittimità ulteriori rispetto ai requisiti di stretta legalità, oppure se abbia addirittura modificato le forme del giudizio privatistico, in conseguenza della pervasività del ragionamento per principî, destinato a sorreggere un giudizio fondato sul bilanciamento. Al di là dell'intenzione politica di modificare l'assetto istituzionale dello Stato e il sistema delle fonti del diritto privato, non vi sono ragioni giuridiche, logiche e storiche per modificare la forma del giudizio civile, incentrata sulla necessità che la decisione poggi su un criterio predeterminato, tale sin dall'origine, in quanto delineato da una disposizione normativa a impianto analitico che offre un materiale linguistico abbastanza pregnante per garantire una determinatezza per lo meno sufficiente del nucleo regolativo, oppure determinabile per via di concretizzazione del precetto indeterminato da cui esso è ricavato. Si è soliti designare questa forma di giudizio come "sillogismo giudiziale", ma il sintagma rischia di essere decettivo se dovesse trasmettere l'idea di un'operazione intellettiva meccanica di mera sussunzione. Tanto l'interpretazione delle disposizioni ad impianto analitico quanto – e in misura ancora maggiore – la concretizzazione delle clausole generali e dei concetti normativi indeterminati comportano aree di valutatività che non possono essere trascurate. Ciononostante, il procedimento che ne governa l'attribuzione di senso e l'applicazione incontra limiti oggettivi e strumenti di controllo intersoggettivo del suo esito incomparabilmente superiori a quelli del giudizio di bilanciamento[33] che, invece, connota l'applicazione dei principî, specie nei giudizi di legittimità costituzionale, e nel quale il peso dei giudizi di valore e delle preferenze etico-politiche è maggiore: e si tratta di argomenti tutti di ordine morale. In particolare, mentre nelle controversie di diritto privato il bilanciamento si presenta come un giudizio individuale, in larga misura condizionato dalle specificità del caso da decidere, il che inevitabilmente esalta la dimensione della giustizia del caso concreto; il consueto giudizio fondato su regole tende a una soluzione universalizzabile, come precipitato dei caratteri della generalità ed astrattezza dei criteri di giudizio adottati. Va precisato che la portata individuale del giudizio non è propria del bilanciamento in sé, ma è una condizione del suo innesto nei giudizi di diritto privato. Nel diritto costituzionale il bilanciamento esibisce una portata di universalità in quanto l'oggetto del giudizio non sono fatti ma disposizioni normative, che rilanciano l'esito del bilanciamento nella dimensione della generalità e dell'astrattezza, come in un certo qual senso accade, pur con tutti i necessari adattamenti, anche nel giudizio di costituzionalità introdotto dalla *Verfassungsbeschwerde*. La pretesa di strutturare il giudizio delle controversie privatistiche secondo la logica del bilanciamento finisce per attribuire al giudice civile un potere di decisione finanche più ampio di quello in mano della Corte costituzionale. Il giudice civile verrebbe investito del potere di decidere prendendo in considerazione una pluralità di fattori anche eterogenei e non precostituiti, istituendo direttamente un ordine di priorità tra gli interessi confliggenti al termine dell'operazione di comparazione, valutazione e pesatura: un ordine valido però soltanto nella fattispecie concreta. Il giudice compirebbe così, in via diretta, il bilanciamento degli interessi in conflitto. Un esito che neppure

[33] Per una riflessione teorico-generale sul bilanciamento cfr. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., 173 ss., il quale sottolinea che il bilanciamento è una metafora che non denota una specifica tecnica argomentativa, indicando piuttosto la logica che è presupposta e che sovrintende a tecniche argomentative diverse. Per logica del bilanciamento P. intende «qualunque operazione intellettuale, anche non esplicitata, che consiste nel prendere in considerazione fattori diversi, idonei ad influenzare in maniera diversa una decisione o un inter argomentativo, e valutarne i rispettivi meriti, vantaggi e svantaggi, o comunque assegnare loro un ordine di priorità» (*ivi*, 175).

alla Corte costituzionale è consentito, tenuto conto che ad essa non spetta di compiere un bilanciamento autonomo, ma soltanto di ricostruire il bilanciamento compiuto dal legislatore e di verificarne la tenuta, anche alla luce dell'emersione di casi nuovi che sfidano le disposizioni normative vigenti, mettendo in discussione la rappresentazione della realtà presupposta dalla regolazione[34].

4. *Le condizioni per l'applicazione diretta dei diritti inviolabili: i dispositivi di generalizzazione della decisione*

Se il giudizio di diritto privato presenta per sua natura caratteri di universalizzabilità della decisione, bisogna domandarsi come si possa conciliare l'applicazione diretta dei principî e dei diritti inviolabili con la struttura e le cadenze del giudizio privatistico. La soluzione non può che essere rintracciata nel ricorso a dispositivi di generalizzazione della decisione fondata sui diritti inviolabili, ossia a espedienti tecnici per individuare condizioni di applicazione dei diritti che travalicano le specificità del caso concreto da decidere, alle quali, a loro volta, vanno connesse conseguenze anch'esse destinate ad applicarsi oltre la vicenda minuta. Soltanto per questa via è possibile enucleare quei limiti generali e astratti dei diritti inviolabili, nella forma di obblighi di fare o di non fare o di doveri di astensione, essenziali nella dimensione intersoggettiva e, per di più, idonei a proiettare la decisione in una prospettiva universalizzante. Due dei possibili dispositivi di generalizzazione della decisione che riposa sui diritti inviolabili consistono nella traduzione del principio che enuncia il diritto inviolabile in regola, mediante la specificazione delle sue condizioni di applicazione e dei relativi effetti, oppure nell'ancoraggio dell'applicazione diretta dei diritti inviolabili a concetti dogmatici che riducono la discrezionalità giudiziale e costringono ad astrarre la decisione dalle specificità del caso concreto, attribuendo peso alle sue ricadute sociali. Il meccanismo della traduzione del principio in regola è finalizzato a definire il contenuto del diritto inviolabile nel contesto dato, mediante la specificazione delle facoltà e dei poteri sostanziali del titolare e dei limiti gravanti sui terzi. Esso solleva, però, il problema della compatibilità con l'art. 23 Cost. in tutte quelle ipotesi in cui la perimetrazione del principio in regola non venga attuata dal legislatore ma operi per mano del giudice, nel quadro della concretizzazione del contenuto protettivo del principio. Bisogna domandarsi se quell'ampio margine di valutatività che anima la concretizzazione di un principio non faccia varcare al giudice il perimetro dell'art. 23 Cost., sempre che non si voglia intendere tale norma come riferita soltanto alle prestazioni imposte al cittadino nei confronti dello Stato.

Alla luce di tali premesse, è possibile concludere che nel diritto privato l'applicazione diretta dei principî opera, quindi, o in connessione col piano delle regole sub-costitu-

[34] Cfr. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 51 ss., il quale, sul presupposto che il compito di conciliare gli interessi e i valori contrapposti spetti in via principale al legislatore giacché non rientra di per sé nei margini ordinari della giurisdizione, sottolinea che «non c'è dubbio che il giudice del caso e la Corte costituzionale si debbano occupare del bilanciamento degli interessi […]. Ma non spetta a loro compierlo. Il loro compito è circoscritto alla ricostruzione del bilanciamento compiuto dal legislatore e alla verifica della sua "tenuta" costituzionale. Il che comporta una seria di passaggi ampiamente ricostruiti dalla letteratura: verificare che la "topografia" degli interessi valutati dal legislatore sia adeguata, che il fine perseguito dalla legge sia legittimo, che la norma varata sia strumentale rispetto al raggiungimento di quel fine, che il sacrificio degli altri interessi in gioco sia ridotto allo stretto necessario ecc. Sono tutti questi i passaggi tipici di un giudizio sul bilanciamento ben condotto: il bilanciamento ne è l'oggetto, bilanciamento di cui il legislatore è l'autore».

zionali, secondo un moto circolare di reciproca implicazione[35], o in via di riformulazione giudiziale del principio in regola[36] oppure di ancoraggio a una categoria dogmatica.

Volendo circoscrivere la riflessione a questi due ultimi congegni, vista la loro intima correlazione con il tema dell'effettività dei diritti inviolabili, si può rintracciare un esempio della traduzione del principio in regola nella riformulazione dei diritti inviolabili in diritti della personalità[37], cui talora si assiste nell'ampio campo delle obbligazioni e della responsabilità civile[38]. Si tratta di operazioni di specificazione delle facoltà e dei poteri riconosciuti al titolare e di fissazione dei limiti a carico dei terzi, così da individuare le condizioni di prevalenza e di soccombenza rispetto agli altrui interessi contrapposti. Nell'ambito dei rapporti contrattuali è emblematica la vicenda che ha condotto alla configurazione per via giudiziale del diritto all'autodeterminazione del paziente[39] e alla condivisione del percorso di cure tramite l'imposizione al medico di specifici obblighi di informazione sulle conseguenze e sui rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari, oltre che sulle possibili alternative, e il riconoscimento della portata vincolante del consenso o del rifiuto del paziente[40]. A questo riconoscimento si

---

[35] Ho prospettato questa forma di applicazione diretta de principî in Piraino, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principî*, cit., 99 ss. osservando che «la limitazione e il controllo dell'applicazione diretta dei principî si devono esplicare quanto più possibile *ex ante*, tramite la conservazione delle strutture di predicibilità del diritto, e in ciò risultano imprescindibili la centralità delle disposizioni legislative ad impianto analitico (le così dette regole) e il vincolo del sistema affidato ai concetti della dogmatica. Ove vi sia, la regola non deve essere soppiantata dal principio e, affinché ciò accada, è necessario che il secondo esplichi la sua efficacia diretta in maniera mediata o, forse sarebbe più opportuno dire, combinata, vale a dire nei termini di un arricchimento anche audace ma certo non sovversivo delle regole, di cui il principio non può fare a meno di rispettare lo spettro di significati offerto dalla semantica del testo» (*ibidem*, 109).

[36] A dispetto di quanto sostenuto da Alchourrón-Bulygin, *Normative System*, New York-Vienna 1971, trad. it. a cura di Chiassoni-Ratti, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2005, 11 ss. il principio non può essere ridotto a una regola molto astratta perché le due strutture sono irriducibili; mentre è possibile riformulare il principio in una regola nella consapevolezza che quella ricavata è soltanto una delle concretizzazioni alle quali può essere sottoposto il principio.

[37] Sull'evoluzione della figura dei diritti della personalità cfr. G. Resta, *I diritti della personalità*, in Alpa-G. Resta, *La persona e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2006, 361 ss.

[38] L'intersezione tra i diritti inviolabili e la responsabilità civile è una delle questioni centrali del diritto privato a partire dalla seconda metà del '900 e sino al giorno d'oggi. Nella riflessione civilistica riveste un ruolo di spicco l'opera di sistemazione compiuta da Navarretta, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, *passim*, in part. 51 ss., della quale v. anche Id., voce «Diritti inviolabili e responsabilità civile», in *Enc. del dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, 343 ss. Specie nella monografia, N. tenta di superare la contrapposizione tra teoria unitaria e teoria pluralistica dei diritti della persona e tra concezione aperta e chiusa dell'art. 2 Cost., orientandosi per una concezione di quest'ultimo come norma di sintesi della *ratio* comune dei diritti inviolabili dell'uomo, alla luce della quale è però necessario andare alla ricerca di un fondamento di diritto positivo per ciascun diritto inviolabile di cui si voglia predicare l'esistenza. Tale fondamento va rinvenuto nelle disposizioni costituzionali della Parte prima della Costituzione, tenendo conto però delle loro potenzialità espansive in sede ermeneutica, e, qualora tale procedimento dovesse rivelarsi insufficiente a rispondere alle nuove istanze che si sollevano dal corpo sociale, il fondamento va eccezionalmente ricercato risalendo «ad un principio generale, ossia alla comune base di valore dei diritti inviolabili dell'uomo, rappresentata dalla dignità personale».

[39] Fondamentali si sono rivelati in questa materia gli studi di Paolo Zatti, tra i quali vanno segnalati: Zatti, *Il processo del consenso informato*, in *I nuovi diritti nell'integrazione europea: la tutela dell'ambiente e la protezione del consumatore*, a cura di Klesta Dosi, Padova, 2000, 214 ss.; Id., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine del caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 1 ss. ora in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 229 ss.; Id., *Rapporto medico-paziente e «integrità» della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 403 ss.

[40] Sul punto v. Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, ed. agg., Milano, 2010, *passim*, in part. 11 ss.; Calderai, voce «Consenso informato», in *Enc. del. dir.*, Ann. VIII, Milano, 2015, 225 ss. e, proprio nella prospettiva della *Drittwirkung*, v. Azzarri, *Diritti della persona e interventi*

è affiancato un congruo presidio rimediale affidato alla responsabilità contrattuale per mancata o inesatta acquisizione del consenso, dalla quale può scaturire il risarcimento del danno patrimoniale e non: quest'ultimo, a seconda dei casi, identificato nel danno alla salute oppure nel solo danno morale da lesione del diritto di autodeterminarsi[41]. Com'è noto, l'ampia elaborazione giurisprudenziale è stata infine filtrata dal legislatore che, con la l. 22 dicembre 2017, n. 219[42], ha delineato in termini generali negli artt. 1, 3 e 5 il contenuto e la portata del diritto di autodeterminazione del paziente, improvvidamente etichettato consenso informato secondo un uso invalso ma non per questo meno improprio[43], approntandone anche una disciplina[44] che inevitabilmente comporta limitazioni dell'altrui sfera di libertà, come ad esempio quella del medico, al quale non

delle corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche, in *Effettività e* Drittwirkung *nelle discipline di settore*. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare, cit., 7 ss.

[41] Nella casistica si registrano quattro diverse ipotesi: *a*) mancata o inesatta acquisizione del consenso e successivo intervento sanitario imperito che ha cagionato un danno alla salute e al quale il paziente si sarebbe in ogni caso sottoposto se informato adeguatamente: qui l'unico danno prospettabile è quello alla salute; *b*) mancata o inesatta acquisizione del consenso e successivo intervento sanitario imperito che ha cagionato un danno alla salute e al quale il paziente non si sarebbe sottoposto se informato adeguatamente: in questo caso il risarcimento abbraccia, oltre al danno alla salute, anche il danno da lesione dell'autodeterminazione; *c*) mancata o inesatta acquisizione del consenso e successivo intervento perito che, ciononostante, ha determinato in esito invalidante o un peggioramento dello stato fisico precedente: in questa ipotesi, se il paziente è in grado di provare, anche per presunzioni, che, ove debitamente informato, non si sarebbe sottoposto all'intervento, il risarcimento per lesione dell'autodeterminazione può essere parametrato al peggioramento delle condizioni psico-fisiche provocate dall'intervento sanitario; *d*) mancata o inesatta acquisizione del consenso e successivo intervento necessario e perito, dal quale non sono derivati esiti invalidanti o un peggioramento della condizione psico-fisica: in questo caso, il risarcimento del danno è configurabile soltanto se l'intervento ha provocato conseguente inaspettate senza la necessaria e consapevole predisposizione ad affrontarle. Questa quadripartizione è stata delineata da Cass., 23 marzo 2018, n. 7248, in *Foro it.*, I, 2411 ss., ma non si può trascurare un indirizzo meno rigoroso che perviene alla conclusione censurabile secondo cui nell'ipotesi *sub* d, ossia nell'ipotesi di danno da lesione dell'autodeterminazione in sé senza ulteriori conseguenze peggiorative sulla salute, si possa ricorrere alla figura del danno *in re ipsa*, giacché presenta i caratteri della normalità, ossia corrisponde all'*id quod plerumque accidit*, la circostanza che il paziente non informato, o non debitamente informato, patisca sofferenze per la contrazione della propria libertà di determinarsi in ordine al trattamento sanitario, anche quando quest'ultimo sia stato eseguito in maniera esatta e non ne siano discesi effetti invalidanti o peggiorativi. La Suprema corte ritiene che «al rilievo che il danno-conseguenza rappresentato dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di sé stesso corrisponde allo sviluppo di circostanze connotate da normalità e all'*id quod plerumque accidit* in seguito alla violazione dell'obbligo informativo, consegue che la risarcibilità di tali perdite non esige una specifica prova», ferma restando la possibilità per il medico di confutare tale presunzione e quella del paziente di provare fatti a sé ancora più favorevoli (Cass., ord., 15 maggio 2018, n. 11749, in *Foro it.*, 2018, 2401 ss., con nota di Caputi, *Consenso informato, autodeterminazione e contrasti occulti ma non troppo*, ma già Cass., 12 giugno 2015, n. 12205, in *Danno e resp.*, 2016, 394 ss., con commento di Gazzara, *Responsabilità per omessa o insufficiente informazione pre-operatoria* e in *Corr. giur.*, 2016, 934 ss., con nota di Grippaudo, *Non è tutto bene quel che finisce bene se manca il consenso informato*; e Cass., 5 luglio 2017, n. 16503).

[42] Sulla legge cfr. Zatti, *Brevi note sull'interpretazione della legge n. 219 del 2017*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 3 ss.; Carusi, *La legge "sul biotestamento": una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 293 ss.; De Marzo, *Prime note sulla legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Foro it.*, 2018, 138 ss.

[43] Lo segnala Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 248 bollando il "consenso informato" come una «sciocca e deleteria formula» che introduce nel corpo della l. 219/17 «un difetto estetico, ma anche semantico, perché un'espressione raccoglie sempre un'eredità di significati e malintesi che bisognava spezzare anche sul piano linguistico. Per fortuna all'interprete è chiaro – o dovrebbe esserlo – che il consenso è uno stato, non un atto: come tante volte si è detto, un processo che precipita, in taluni momenti, in una concentrazione che è l'atto di consenso – o di rifiuto».

[44] Cfr. Lucchini Guastalla, *Informazione e consenso*, in *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, a cura di Iudica, Milano, 2019, 255 ss.

è riconosciuto il diritto di obiezione di coscienza (art. 1, comma 6, l. 219/17), invece riservatogli dall'art. 9 l. 22 maggio 1978, n. 194, in materia di interruzione di gravidanza. Nel contesto della responsabilità aquiliana e della tutela inibitoria è sintomatica del meccanismo di traduzione dei diritti inviolabili in diritti della personalità la vicenda che ha condotto all'individuazione dei presupposti e dei limiti del diritto di cronaca[45] e delle condizioni della sua prevalenza sui diritti alla riservatezza, all'identità personale, alla reputazione e all'onore dei terzi, ravvisate nell'interesse pubblico alla conoscenza della notizia, nella verità, anche soltanto putativa, dei fatti e nella continenza delle forme espressive della notizia e del relativo commento[46].

5. *Il caso del danno non patrimoniale*

Sempre per rimanere nel contesto della responsabilità civile, bisogna soffermarci sulla questione del risarcimento del danno non patrimoniale, la quale rappresenta un campo d'osservazione privilegiato del modo di operare dei diritti inviolabili nei rapporti di diritto privato[47].

Il meno che si possa affermare è che i diritti inviolabili hanno esercitato una fortissima pressione al rinnovamento sul sistema delle regole codicistiche e sulle categorie intorno ad esse elaborate al fine di individuare criteri e ampiezza del ristoro del danno non patrimoniale. Sarebbe, tuttavia, un errore esiziale istituire una corrispondenza biunivoca tra diritti inviolabili e risarcimento del danno non patrimoniale, come se la tipicità "a maglie larghe", ammessa dall'art. 2059 c.c. accanto alla tipicità casistica, possa essere integrata dalla violazione di qualunque diritto inviolabile della persona[48]. Il dibattito civilistico non ha mancato di mettere in guardia contro la totale frantumazione dei presupposti della responsabilità civile cui si perverrebbe se la tipicità "a norma generale" delineata dall'art. 2059 c.c. venisse integrata dal riferimento all'art. 2 Cost. inteso

[45] In giurisprudenza spicca la c.d. sentenza del decalogo: Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Giur. cost.*, 1985, I, 2623 ss. Cfr. Barile-Grassi, voce «Informazione (Libertà di)», nel *Noviss. Digesto it.*, Appendice IV, Torino, 1983, 196 ss.; Bevere-Cerri, *Diritto di cronaca e critica. Libertà di pensiero e dignità umana*, Roma, 1988, *passim*; Id., *Il diritto di informazione e i diritti della persona. Il conflitto della libertà di pensiero con l'onore, la riservatezza, l'identità personale*, 2a ed., Milano, 2006, *passim*; Pace-Petrangeli, voce «Cronaca e critica (diritto di)», in *Enc. del dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 303 ss.; Pace, *Informazione: valori e situazioni soggettive*, in *Diritto e società*, 2014, 735 ss.; e, di recente, Adamo, *I "confini" del diritto di cronaca tra parametri giurisprudenziali e regole deontologiche*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1056 ss. Nella prospettiva della Cedu cfr. G. Resta, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 223 ss.

[46] Cass., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, 2711 ss.; in *Giust. civ.*, 1984, I, 2941 ss., con note di M. Finocchiaro, *La cassazione e l'uniforme interpretazione della legge*, di Giacobbe, *Prime impressioni... tecniche su una contrastata sentenza*, e di Dogliotti, *La Cassazione e i giornalisti: cronaca, critica e i diritti della persona*; nonché di Ulisse, *Note sui limiti della responsabilità civile dei giornalisti*, *ivi*, 1985, I, 364 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 214 ss., con nota di commento di Alpa, *Diritto di cronaca - Illecito civile*, cui segue la replica di Roppo, *La Corte di cassazione e il decalogo del giornalista*; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1099 ss., con nota di Tenella Sillani, *Libertà di stampa e concorrenza sleale*; in *Dir. inf.*, 1985, 143 ss., con note di Fois, *Il c.d. decalogo dei giornalisti e l'art. 21 cost* e Morozzo della Rocca, *Controllo di legittimità e giurisprudenza consolidata*.

[47] Cfr. il recente saggio di Alpa, *Danno* in re ipsa *e tutela dei diritti fondamentali (diritti della personalità e diritto di proprietà)*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 6 ss., in part. 11 ss.

[48] Manifesta perplessità sull'attitudine selettiva dell'art. 2 Cost. Zecchin, *Ragioni e possibili forme di una nuova disciplina dei danni non patrimoniali*, Jus, 2020, 122 a causa dell'assenza di un retroterra etico sufficientemente coeso, conseguenza inevitabile della struttura pluralistica della società contemporanea. Lo sfaldamento di un ἔθος sociale condiviso rischia di trasformare l'art. 2 Cost. nello strumento di criptica neutralizzazione dell'art. 2059 c.c.

come clausola generale che legittima, dunque, il giudice a conferire in via diretta dignità di diritti inviolabili alle aspettative sociali o a talune visioni del mondo diffuse nel corpo sociale. La regola che scaturirebbe da tale connubio si rivelerebbe talmente generica da rendere inintelligibili i confini del torto aquiliano, non assumendo neppure i contorni di una regola di comportamento in grado di fissare in maniera sufficientemente chiara e predefinita i presupposti della responsabilità. Non verrebbe, dunque, assicurata la necessaria condizione dell'anteriorità di una puntuale regola di responsabilità rispetto al relativo giudizio[49], figlia dell'esigenza, valida anche nel diritto civile, di «un minimo di chiarezza riguardo a ciò di cui si può essere chiamati a rispondere»[50]. È allarmante la prospettiva di addebiti a titolo di responsabilità per danni non patrimoniali frutto della lesione di diritti inviolabili la cui rilevanza sul piano civilistico non sia stata messa a fuoco anteriormente alla commissione della condotta dannosa e che, pertanto, il soggetto da rendere responsabile non è consapevole di mettere a repentaglio con il proprio contegno colposo o doloso. La *unmittelbare Drittwirkung* dei diritti inviolabili, per di più di matrice pretoria in attuazione della concezione estroflessa dell'art. 2 Cost., scalza i limiti posti dall'art. 2059 c.c. e attua la fosca previsione dell'«incontrollabile soggettivismo della decisione» assunta dal giudice solitario dinanzi alla "vita" in una nudità coperta di "valori"[51].

Non tutti i diritti inviolabili sono suscettibili di applicazione diretta nei rapporti orizzontali nella forma della *mittelbare Drittwirkung*, comunque imprescindibile per fornire al diritto inviolabile un contesto. Tutti i diritti inviolabili presentano, infatti, una proiezione verticale, presentandosi come posizioni soggettive individuali nei confronti dello Stato, il quale ha assunto l'impegno di creazione e di preservazione delle condizioni più adeguate al loro esercizio grazie alla previsione della garanzia costituzionale di contenuto e non solo di istituto. Basti pensare al caso emblematico del diritto al lavoro: diritto inviolabile dell'individuo a esplicare la propria personalità tramite lo svolgimento dell'attività lavorativa e, addirittura, fondamento della Repubblica, in una con il sistema democratico (art. 1 Cost.). In qualità di legittima aspettativa all'accesso al lavoro, la posizione sostanziale in esame va inclusa, senza alcun dubbio, nel novero dei diritti inviolabili, in ragione della sua consustanzialità al nucleo di valori essenziali dell'uomo inteso non come individuo isolato ma come persona. Quest'ultimo è infatti un concetto di relazione che, dunque, implica un rapporto con gli altri, anche sotto il profilo della partecipazione attiva alla vita economica e al progresso del Paese. In virtù di questa sua connotazione, il diritto al lavoro si configura come una pretesa della persona nei confronti dello Stato alla creazione delle condizioni favorevoli alla più ampia occupazione possibile, esaurendo la sua rilevanza nei rapporti verticali, e ad esso si correla il diritto sociale al mantenimento e all'assistenza a favore dell'inabile al lavoro (art. 38 Cost.). Radicale è il mutamento nel passaggio dal diritto al lavoro al diritto di esplicazione dell'attività lavorativa, a seguito dell'instaurazione del rapporto di lavoro. Ed è a questo diritto soggettivo pieno che si rivolgono, con la chiara finalità di conformarne il contenuto, gli artt. 35, 36 e 37 Cost., ponendo condizioni minime inderogabili. Analoga proiezione verticale presentano tanto il diritto alla libertà individuale sotto il profilo dell'*habeas corpus* (art. 13, co. 2-5, Cost.), quanto il diritto di difesa (art. 24 Cost.), quanto ancora il diritto all'abitazione. Come si è già constatato con il diritto al lavoro, anche gli

[49] Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 237 ss.
[50] Zecchin, *Il danno non patrimoniale dal torto al contratto*, Milano, 2020, 98.
[51] Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 10.

altri diritti inviolabili a proiezione verticale possono assumere una rilevanza orizzontale di ordine privatistico quando si sia instaurato un rapporto giuridico che li implichi. Ancorché inviolabili, tali diritti non conferiscono di per sé prerogative nei confronti di altri privati, ma, qualora il rapporto di diritto privato si sia instaurato, la loro violazione o l'ostacolo alla loro realizzazione può assumere rilievo anche sul piano risarcitorio e sotto il profilo del danno non patrimoniale. E così – volendo esemplificare ancorché nel campo del danno non patrimoniale da inadempimento – se il diritto inviolabile all'abitazione non conferisce di per sé la pretesa nei confronti degli altri consociati ad ottenere in locazione l'immobile da adibire ad abitazione, è anche vero che, una volta instauratosi il rapporto locativo, l'ingiustificata sottrazione del godimento del bene da parte del locatore o forme di ostacolo alla fruizione possono ripercuotersi anche sulle condizioni di vita del conduttore e giustificare il risarcimento. Una rassegna della giurisprudenza non fa che confermare il rachitismo del diritto all'abitazione nei rapporti orizzontali e, infatti, quando si è ritenuto di dare ingresso alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale in connessione con lesione delle forme, reali o personali, di godimento dell'abitazione – come è accaduto nel contesto dei rapporti di vicinato o di immissioni – lo si è fatto invocando la lesione della riservatezza della vita personale e familiare[52].

Ecco allora che soltanto alcuni diritti inviolabili sono caratterizzati da intersoggettività nei rapporti paritari e, come tali, si presentano idonei a rendere rilevanti i pregiudizi alle condizioni di vita che ne conseguono. Si pensi non tanto alla libertà personale e individuale, presidiata dalla previsione di appositi delitti (artt. 600-623-*bis* c.p.), quanto: al diritto all'instaurazione e allo sviluppo delle relazioni familiari; al diritto di associazione; al diritto di riunione, anche in luogo aperto al pubblico; al diritto di professare la propria fede religiosa in forma comunitaria; al diritto alla reputazione; al diritto al nome o all'immagine; al diritto all'identità personale; al diritto alla salute; al diritto all'autodeterminazione in sede sanitaria etc. Resterebbe da affrontare il nodo della necessaria analiticità o meno della norma che riconosce il diritto inviolabile per potervi riconnettere effetti c.d. orizzontali, così da evitare che la giurisdizione, in sede di concretizzazione di precetti indeterminati di contenuto valoriale, travalichi lo spazio riservato alla legislazione[53]. Anche se va forse realisticamente riconosciuto che – come si è tentato di chiarire in precedenza – sul terreno della definizione del contenuto e dell'ampiezza dei diritti inviolabili legislazione e giurisdizione devono procedere di conserva.

Va allora respinta la convinzione che dalla natura inviolabile della persona discenda, per necessità logica, l'ammissibilità del risarcimento del danno non patrimoniale in qualità di tutela minima garantita dall'ordinamento, così da non svuotare di valore giuridico i diritti inviolabili, trasformandoli in pure declamazioni di principio[54]. Il diritto positivo, costituzionale o ordinario, deve infatti conferire ai valori della persona assunti ad oggetto dei diritti inviolabili una proiezione orizzontale, riconoscendo al titolare possibilità di azione destinate ad incidere strutturalmente, e in via diretta, sulla sfera giuridica di altri individui (si pensi alla libertà di manifestazione del pensiero nelle sue

[52] Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2611 e Corte eur. dir. uomo, 16 novembre 2004, C 4141/02: sul tema v. Bargelli, *Costituzionalizzazione del diritto privato e diritto all'abitazione. Dal diritto interno alla CEDU e alla Corte di Giustizia e ritorno*, in *Effettività e* Drittwirkung *nelle discipline di settore*, a cura di Navarretta, Torino, 2017, 90 ss.

[53] Cfr. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 60 ss.

[54] In tal senso v. invece Cass., 31 maggio 2003, n. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272 ss. e, in dottrina, Virgadamo, *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014, 139 ss. In senso critico, e in termini generali, cfr. Barcellona, *Il danno non patrimoniale*, cit., 57 ss.

varie declinazioni) oppure un rafforzamento della salvaguardia di taluni aspetti della personalità o della dimensione spirituale dell'individuo destinato a innalzare altrettanti limiti all'altrui libertà di ingerenza. In altri termini, i diritti inviolabili idonei a esplicare una *mittelbare Drittwirkung* per il tramite dell'art. 2059 c.c. sono soltanto quelli che conferiscono al titolare una libertà di ordine morale prevalente sul piano giuridico rispetto alla generica libertà dei terzi, ovviamente sotto determinate condizioni, oppure decretano una speciale preservazione della sfera personale del titolare rispetto alle ingerenze prodotte dall'esercizio dell'altrui libertà. Non è configurabile, invece, un principio di inviolabilità che procede per linee autonome rispetto alla conformazione del diritto della persona riconosciuto in maniera più o meno ampia dall'ordine giuridico e che è destinato a istituire una sfera per lo meno protettiva anche laddove l'ordinamento non riconosca al titolare la pretesa a ottenere l'attuazione del proprio interesse spirituale.

Inoltre, non ogni diritto inviolabile caratterizzato da proiezione orizzontale si presta alla tutela risarcitoria. Basti pensare al diritto alla vita, la cui lesione – come di recente ha riconosciuto dalla Suprema corte[55] – è sottratta alla tutela risarcitoria a causa dell'impossibilità di considerare la perdita della vita – nonostante la sua indiscutibile rilevanza massima – come un danno risarcibile nei confronti della vittima primaria. Nonostante alcune autorevoli voci reputino diversamente, ad impedire il risarcimento per perdita della vita è il concetto stesso di danno, il quale presuppone la sopravvivenza del danneggiato all'evento lesivo per un lasso di tempo ragionevole, e della connessa funzione riparatoria del risarcimento, la quale implica la sussistenza di un soggetto dalla cui sfera traslare, mediante l'obbligazione risarcitoria, le conseguenze pregiudizievoli, anche quando insuscettibili di assumere un oggettivo valore economico. Ad una diversa conclusione potrebbe giungersi soltanto allargando la nozione di danno non patrimoniale non solo alla perdita ma anche alla lesione dell'interesse della persona[56]; e tuttavia, così facendo, il risarcimento finirebbe per fungere da sanzione della condotta lesiva piuttosto che da mezzo di ristoro del pregiudizio. Sul piano retorico, al principio romanistico "*momentum mortis vitae tribuitur*", da cui si è soliti muovere per riconoscere la necessità logica di ri-

[55] Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, I, 2690 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1008 ss., con note di commento di D'Acunto, *Le sezioni unite riaffermano l'irrisarcibilità* iure hereditatis *del danno da perdita della vita*, di Foffa, *Il danno da morte tra Epicuro e Guglielmo d'Occam*; in *Danno e resp.*, 2015, 889 ss., con nota di V. Carbone, *Danno tanatologico e risarcibilità* iure hereditatis; nonché cfr. C. Scognamiglio, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza in materia di responsabilità civile: il danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1794 ss.; Pucella, *Le Sezioni unite confermano il divieto di cittadinanza al danno da morte. Brevi note a Cass., sez. un., 22.7.2015, n. 15350*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 652 ss. e M. Gorgoni, *L'altalena qualificatoria del danno da morte: da Cass. n. 3475/1925 alle Sezioni Unite n. 15350/2015*, in *Danno e resp.*, 2016, 224 ss. Il contrasto giurisprudenziale che ha condotto alla decisione delle sezioni unite è stato creato da Cass., 23 gennaio 2014 n. 1361, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 493 ss., con nota di con nota di C.M. Bianca, *La tutela risarcitoria del diritto alla vita: una parola nuova della Cassazione attesa da tempo*; in *Foro it.*, 2014, I, 719 ss., con note di Palmieri - Pardolesi, *Di bianco o di nero: la "querelle" sul danno a morte*; di Simone, *Il danno per la perdita della vita: "die hard" 2.0*; di Caso, *Il bene della vita e la struttura della responsabilità civile*; di Medici, *Danno da morte, responsabilità civile e ingegneria sociale*; in *Giur. it.*, 2014, 813 ss., con nota di Valore, *La risarcibilità del danno da perdita della vita*; in *Danno e resp.*, 2014, 388 ss., con note di Ponzanelli-Foffa, *La sentenza "Scarano" sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno* e postilla di Pardolesi-Simone; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 396 ss., con nota di M. Gorgoni, *Il danno da perdita della vita: un nuovo orientamento della Cassazione*; nonché cfr. C. Scognamiglio, *Il danno da perdita della vita e le funzioni del risarcimento del danno non patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2014, 605 ss.; Cendon-Sapone, *Verso una nuova stagione (esistenziale) del diritto privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 247 ss.; Galasso, *Il danno tanatologico*, *ivi*, 2014, 257 ss.; Ponzanelli, *Alcune considerazioni sulla decisione sulla decisione «Scarano»*, *ivi*, 2014, 264 ss.; Pucella, *Coscienza sociale e tutela risarcitoria del valore-persona: sul ristoro del danno da morte*, *ivi*, 2014, 269 ss.

[56] Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 167-168.

parare anche il più (la vita) se si ripara il meno (la salute), può essere contrapposta l'osservazione di Samuel Pufendorf secondo cui la vita appartiene alla vittima e non già ai suoi eredi: «*caeterum liberi hominis vita aestimationem non habet, et et si haberet, non est, cui illa exsolvi possit. Nam ad propinquos eius vita non pertinet, sed interest tantum ipsorum, ut iste vivat; adeoque eo quod interest praestito, aestimationem vitae postulare hi nequeunt*»[57].

6. *Diritti inviolabili e autonomia privata*

Nell'area dell'autonomia privata dovrebbero operare in prevalenza i dispositivi di generalizzazione della decisione incentrati sul ricorso alle categorie dogmatiche e le figure alle quali si può ricorrere sono varie e vanno: dalla valorizzazione dei dispositivi dell'ordine pubblico e del buon costume[58] al ricorso alla nozione di impossibilità giuridica della prestazione o a quella di inesigibilità; dalla causa del contratto all'enfasi sulla natura indisponibile del nucleo duro dei diritti della persona[59], tanto più se di natura fondamentale; dagli obblighi di protezione al diniego dei rimedi di tutela specifica: tanto l'inibitoria quanto l'adempimento in natura. Pur nella loro varietà, tali categorie sono accomunate dall'esigenza di sottrarre la decisione che valorizza i diritti inviolabili alla dimensione sapienziale del diritto casistico e deformalizzato, saggiandola e modellandola in funzione della sua integrabilità nel sistema (in particolare con riferimento all'ordine pubblico, all'impossibilità giuridica, all'indisponibilità del contenuto essenziale dei diritti della persona, agli obblighi di protezione e al diniego dei rimedi specifici) o della sua accettabilità o desiderabilità sociale (con specifico riferimento alla causa, intesa in senso general-funzionale[60], e al buon costume). In tal modo, il contenimento dell'autonomia privata per compressione eccessiva, o addirittura per disconoscimento, dei diritti inviolabili assume una portata universalizzante e soltanto in questa chiave va inteso il loro passaggio attraverso i canali della dogmatica[61]. Le categorie concettuali non sono

---

[57] Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, libri octo, Francofurti-Lipsiae, 1759, 307, III.1.7.

[58] Il problema dei diritti inviolabili, o fondamentali, come limite dell'autonomia privata e possibile causa di invalidità cfr., soprattutto, Roppo, *L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili*, in *Liber amicorum per Paolo Zatti*, vol. I, Napoli, 2023, 533 ss.; Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 183 ss. e Vettori, voce «Contratto e Costituzione», in *Enc. del dir.*, *I Tematici - Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 266 ss., in part. 283 ss.

[59] Sul punto cfr. G. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, *passim*, in part. 123 ss.; nonché Id., *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nell'UE*, nel *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, Agg., Torino, 2013, 92 ss.; Id., «Contratto e diritti fondamentali», in *Enc. del dir.*, *I Tematici - Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 291 ss.; Nicolussi, voce «Autonomia privata e diritti della personalità», in *Enc. del dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, 133 ss.; e ora Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018, 49 ss.

[60] Sul punto cfr. l'analisi acutissima di Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 186 ss., ma sia consentito anche il rinvio a Piraino, voce «Meritevolezza degli interessi», in *Enc. del dir*, I tematici I-2021, *Contratto*, a cura di G. D'Amico, Milano, 2021, 667 ss., in part. 675 ss.

[61] Non va considerata una buona operazione dogmatica quella che, nel campo dell'autonomia privata, affida al criterio della meritevolezza degli interessi la funzione di sindacare i contratti, e in generale i negozi giuridici – tipici o atipici che siano – alla luce non tanto della contrarietà ai diritti inviolabili quanto dell'adeguatezza o meno del grado della loro attuazione assicurato dal singolo atto negoziale: cfr. P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 204 ss., in part. 211 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4a ed., t. IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, 106 ss. e, di recente, su questa linea Polidori, *Meritevolezza e liceità dell'atto di autonomia: ricadute attuali di una questione antica*, in *Storia Metodo Cultura nella scienza giuridica*, 2022, 175 ss. Quest'uso della categoria della meritevolezza non contribuisce a definire la portata dei poteri giudiziali nella concretizzazione dei principî, ma addirittura concorre ad ampliarli.

mobilitate, infatti, con l'obiettivo di imbrigliare o di sterilizzare la portata innovativa e di adeguamento dell'ordine giuridico alle mutate esigenze sociale propria dei principî, e dei diritti inviolabili in particolare; ma da questo connubio esse escono, anzi, sottoposte a una costante verifica e al rinnovamento, ove necessario. In pari tempo, le categorie concettuali restituiscono una certa stabilità delle soluzioni normative e soprattutto – per quanto qui di specifico interesse – la generalità dell'affermazione di diritto[62]. Soltanto così si può scongiurare il rischio che l'apertura testuale dei principî e l'improvvido ricorso al bilanciamento nella decisione su di essi fondata finiscano per far apparire il riconoscimento dell'interesse invocato e la somministrazione della tutela come una soluzione equitativa, giustificata dalla particolarità del caso e destinata a premiare l'intraprendenza dell'attore, piuttosto che un guadagno per l'intera collettività. Se ciò è corretto, bisogna allora puntualizzare l'auspicio di chi invoca una dogmatica di transizione[63]: un indirizzo, questo, del tutto condivisibile a condizione di chiarire che a essere di passaggio non è la dogmatica in quanto metodo, la quale si presenta piuttosto come un imprescindibile passaggio del pensiero, ma gli strumenti con i quali essa è praticata, suscettibili di rinnovamento in funzione delle esigenze di adattamento del sistema. È nel sistema, infatti, che emerge la dimensione del problema giuridico da risolvere.

[62] Mi sembra che sia ispirata alle medesime esigenze esposte *supra* nel testo, e corrisponda a un canone metodologico non dissimile, la categoria, proposta da Roppo, *L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili*, cit., 536, dei «diritti dei quali lo Stato non può disporre in odio ai titolari; mentre i titolari possono liberamente disporne nell'esercizio della propria autonomia (o libertà) contrattuale». E nello stesso senso si incamminano le tre regole operative per il bilanciamento giudiziale tra libertà di autodeterminazione negoziale e altri diritti inviolabili: 1) i vincoli che i diritti inviolabili pongono all'autonomia privata sono meno stringenti dei vincoli posti al potere pubblico; 2) la contrarietà a diritti inviolabili è rilevante solo se esteriorizzata (insindacabilità delle scelte di foro interno); 3) va distinta tra lesione del diritto inviolabile puntuale e circoscritta e generalizzata e indistinta (*ibidem*, 537 ss,).

[63] Femia, Drittwirkung. *Una dogmatica di transizione*, cit., XXI ss. osserva, con toni alti e con parole che interpellano la coscienza del giurista, che «una dogmatica – ma meglio sarebbe dire, adesso: un discorso – sui diritti fondamentali è sempre un discorso di transizione; è ciò che consente al diritto di trascendersi all'interno, di trovare nei propri segni di valore le forze discorsive per superare chiusure comunicative, gerarchie irriflessive, poteri regolatori di fatto immuni di diritto. La posizione del problema della vigenza della Costituzione nel diritto privato nella scelta dogmatica tra applicazione diretta e indiretta, allora, è la formalizzazione del problema politico del potere privato. L'autonomia del politico – della quale si discorre da secoli e che forse il Novecento con la creazione di partiti di massa, cioè di strutture governate da gruppi sostenuti da amplissimo consenso popolare, ha provvisoriamente incarnato – ha rivelato non la separazione tra cittadino e istituzioni, ma la necessità di ripensare il rapporto tra legittimazione del potere e libertà di autolegislazione privata».

PIETRO RESCIGNO

L'ATTO PATRIMONIALE DELLA PERSONA VULNERABILE

Il Professor Pietro Rescigno desidera onorare il festeggiato offrendogli le pagine di Presentazione del contributo monografico di Arianna Fusaro "L'atto patrimoniale della persona vulnerabile", uno dei più recenti volumi apparsi nella collana "Biblioteca di diritto privato".

Dalla scuola di Paolo Zatti giunge ad arricchire la vecchia Biblioteca il libro di Arianna Fusaro, esemplare testimonianza di vasta cultura e di profonda sensibilità. Il tema è caro al gruppo padovano e qui trova uno svolgimento critico e costruttivo che visita vecchi istituti alla luce di situazioni ed esigenze di sicura attualità. Al centro dell'indagine è la protezione del soggetto fragile e perciò vulnerabile, con particolare attenzione alle ipotesi in cui la lesione sia resa possibile e agevole dalla relazione del soggetto agente col soggetto che esercita il condizionamento e detta la decisione.

L'interesse e l'originalità della ricerca consistono in primo luogo nell'esame di reazioni e rimedi che possano già ricavarsi dal sistema, e altresì nell'attenzione prestata ad istituti e strumenti propri di altre esperienze. In breve, il libro procede ad un rilettura del sistema dei vizi del volere e della incapacità di intendere e di volere, suggerendo e legittimando una più penetrante considerazione dell'ordinamento; d'altro canto guarda con curiosità e profitto a figure di altri ordinamenti (in primo luogo all'*indue influence* della consolidata esperienza angloamericana e all'abuso di dipendenza della recente legislazione francese) che possano esercitare sulla nostra giurisprudenza soluzioni e risposte proiettate al di là del solo fascino intellettuale.

Il libro di A.F. è dunque, in primo luogo, una originale rilettura di quanto già costituisce patrimonio del positivo sistema dei vizi del volere e dell'incapacità naturale, ai fini di una rivalutazione di istituti esclusi o ai margini delle figure già presenti (come accade per il timore reverenziale). In secondo luogo, è un'illuminante proposta per l'integrazione delle discipline positive, a cominciare dalla possibilità dello strumento risarcitorio esperibile nell'inoperatività del rimedio invalidante. È infine aperto alle suggestioni dei modelli stranieri, in primo luogo alla *undue influence* del *common law* e agli enunciati del diritto europeo che non si esprimono col grado e la vincolatività della legge ma già rispecchiano le esigenze e le attese di un diritto comune largamente condiviso e aperto all'equità correttiva del giudice.

Muovendo dalla positiva disciplina delle figure tradizionali (minaccia nella violenza morale, il raggiro nel dolo), A.F. scopre spazi rilevanti per riconoscere il peso e l'incidenza della mancata o sminuita presenza a se stessa della persona fragile e perciò vulnerabile, condizionata dalle situazioni relazionali in cui versa. L'interesse dell'opera, come si è cercato di dire, è da un lato nell'aver messo in luce le già esistenti possibili tutele (anche attraverso una interpretazione libera da antichi pregiudizi), dall'altro nell'avere ravvisato nel sistema le tracce di un'azione rivolta alla debolezza ed alla fragilità, indotta anche da dati della concreta esperienza (nel caso del testamento dell'invecchiamento

della popolazione favorito dai progressi della medicina) che per il testamento suggerisce un'autonoma trattazione.

Il discorso di A.F. si inquadra in diversi fenomeni del nostro tempo e rappresenta una reazione motivata ed acuta alla realtà. L'attenzione del legislatore, anche nella dimensione europea, è rivolta soprattutto alle diseguaglianze economiche, del resto influenti anche nella materia a cui la monografia è dedicata (si pensi alla decisiva importanza del grave pregiudizio per l'annullamento dell'atto dell'incapace naturale e alla lesione nel regime della rescissione); l'originalità del tema della ricerca e delle soluzioni va ravvisata nell'avere portato l'attenzione alla fragilità, agli 'spazi grigi' che accompagnano la vita di relazione e possono tradursi in sacrifici ed impegni che trascendono la dimensione patrimoniale e toccano l'intera esistenza della persona.

La Biblioteca è particolarmente lieta di ospitare un libro che non solamente supera i consueti confini del diritto, arricchito come è da apporti della medicina e della sociologia, ma del diritto illustra aspetti che ne realizzano integrazione e correzione, riprende e respinge proposte radicalmente emendative (come la preclusione dell'olografo a chi abbia compiuto una certa età), nella sostanza diviene un capitolo della vicenda della dignità umana.

ANNARITA RICCI

SISTEMI REPUTAZIONALI E LIBERTÀ DEL CONSENSO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto espresso in giurisprudenza. – 2. Alle origini del dibattito. – 2.1. La posizione del Garante per la protezione dei dati personali. La funzione sociale della normativa a tutela dei dati personali. – 2.2. La posizione del giudice di merito. Il ruolo prevalente dell'autonomia individuale. – 2.3. La posizione della Suprema Corte. La libertà del consenso al trattamento dei dati personali è garanzia di effettività della tutela della sfera individuale. – 3. I termini del dibattito. Il valore della reputazione nel mercato. – 3.1. Il mercato della reputazione. I sistemi reputazionali su base volontaria. – 3.2. I sistemi reputazionali e la prioritaria tutela della persona.

1. *Il principio di diritto espresso in giurisprudenza*

«In tema di trattamento di dati personali, il consenso è validamente prestato solo se espresso liberamente e specificamente in riferimento a un trattamento chiaramente individuato; ne segue che nel caso di una piattaforma web preordinata all'elaborazione di profili reputazionali di singole persone fisiche o giuridiche, incentrata su un sistema di calcolo con alla base un algoritmo finalizzato a stabilire i punteggi di affidabilità, il requisito di consapevolezza non può considerarsi soddisfatto ove lo schema esecutivo dell'algoritmo e gli elementi di cui si compone restino ignoti o non conoscibili da parte degli interessati».

È quanto stabilito da una pronuncia della Corte di Cassazione, a parere di chi scrive non attenzionata come meritava, salvo alcune rare e perciò lodevoli eccezioni, in ordine alla liceità di un sistema, costituito da una piattaforma digitale, collegata ad un archivio informatico che, attraverso l'elaborazione automatica di informazioni, misura l'affidabilità economica e professionale delle persone che vi aderiscono[1].

L'interesse nei confronti della pronuncia si giustifica considerando che il tema, ad essa sotteso, è la tutela della sfera individuale della persona, un tema classico del diritto, caro al Maestro cui questo scritto è dedicato, che in anni recenti è stato al centro di un rinnovato dibattito dottrinale, in ragione, fra l'altro, del processo di oggettivazione delle componenti identitarie che pone l'interprete di fronte alla necessità di "fare i conti" con l'idea originaria della loro indisponibilità.

2. *Alle origini del dibattito*

Il caso trae origine da un provvedimento dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali che aveva ritenuto non conforme alla normativa sulla protezione

[1] CASS. CIV., sez. I, 25 maggio 2021, n. 14381, in *Dir. inf.*, 2021, 1001 e ss., con commento di BRAVO, *Rating reputazionale e trasparenza dell'algoritmo. Il caso «Mevaluate»*; in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 488 ss., con nota di CASTAGNA, *Trasparenza algoritmica e validità del consenso al trattamento dei dati personali*; in *Danno e resp.*, 2022, 33 ss., con nota di COMANDÈ, *Leggibilità algoritmica e consenso al trattamento di dati personali.* La pronuncia è stata inoltre commentata da ALAGNA, con lo scritto intitolato *Rating reputazionale sul web: l'algoritmo deve essere conosciuto e serve un consenso specifico da parte dell'utente*, in *Ridare.it*, 29 marzo 2022.

dei dati personali un sistema basato, come detto, su una piattaforma digitale, collegata ad un archivio informatico, finalizzato alla valutazione della componente reputazionale concernente persone fisiche e giuridiche e alla conseguente elaborazione e attribuzione di uno specifico rating reputazionale[2].

Il provvedimento dell'Autorità Garante è stato impugnato innanzi al Tribunale di Roma il quale, evocando il dogma della volontà e della sovranità del consenso, ha ritenuto non condivisibili le argomentazioni dell'Autorità in ordine alla illiceità del sistema[3]. Il giudizio è giunto così innanzi alla Suprema Corte che ha cassato con rinvio la pronuncia di merito.

Prima di illustrare i termini del dibattito, pare utile soffermarsi sulla descrizione del sistema, considerato che le sue caratteristiche sono state assunte a giustificazione delle argomentazioni dell'una e dell'altra posizione, sebbene, come detto opposte.

Il sistema, elaborato dall'Associazione Mevaluate Onlus, è basato sulla «Infrastruttura Digitale Mevaluate per la Qualifica Reputazionale», i cui diritti di proprietà intellettuale sono di titolarità della Società Mevaluate Holding Ltd. Il sistema consente agli utenti, soci dell'Associazione Mevaluate Onlus, di inserire all'interno della piattaforma informazioni sulla propria identità sociale, realizzando così uno specifico profilo reputazionale. Le informazioni, prima di essere pubblicate sul web, sono sottoposte ad una preventiva verifica, finalizzata ad accertarne veridicità, correttezza e completezza. All'esito della verifica il sistema, attraverso un algoritmo matematico, elabora le informazioni inserite e calcola un punteggio, il c.d. "rating reputazionale", che misura il grado di affidabilità del soggetto cui le informazioni si riferiscono.

Il punteggio, variabile nel tempo ed in funzione delle informazioni oggetto di valutazione, si struttura in cinque sub-rating ("penale", "fiscale", "civile", oltre che eventualmente "lavoro e impegno civile" e, limitatamente alle persone fisiche, "studi e formazione"), è reso disponibile agli altri utenti della piattaforma ed è corredato dalla documentazione inserita dall'interessato a supporto di quanto dichiarato. Tra i documenti che il sistema consente di inserire figurano, a titolo esemplificativo, i dati curriculari, i certificati del casellario giudiziale, i certificati di regolarità fiscale, oltre che eventuali informazioni tratte da articoli di stampa o altre fonti informative.

La procedura che conduce al rilascio del rating reputazionale consta di quattro fasi: in primo luogo la creazione di un profilo reputazionale, mediante l'accesso all'«Infrastruttura Digitale Mevaluate per la Qualifica Reputazionale» dove, su base volontaria, gli interessati possono caricare i documenti redatti da terzi e afferenti al proprio profilo reputazionale che, una volta costituito, sarà accessibile ai soli associati; successivamente la scelta di un consulente reputazionale (professionista abilitato da un ente di certificazione privato), cui il singolo aderente dovrà affidarsi nel processo di rilascio del rating reputazionale; quindi segue la certificazione del profilo reputazionale da parte del consulente, garante della correttezza e genuinità dei documenti inseriti su base volontaria; quarta ed ultima fase è la pubblicazione del profilo reputazionale e del relativo rating reputazionale, accessibile soltanto agli associati.

---

[2] Garante per la protezione dei dati personali, Provvedimento 24 novembre 2016, n. 488, consultabile in *http://www.garanteprivacy.it*, *doc. web* n. 5796783.

[3] Trib. civ. Roma, sez. I, 4 aprile 2018, n. 5715, RG n. 3798/2017, Rep. n. 7092 del 4 aprile 2018, in *Dir. inf.*, 2019, 514 ss., con nota di Giannone Codiglione, *Algoritmi reputazionali e confini dell'autonomia dei privati*.

In base a quanto dichiarato dall'Associazione Mevaluate Onlus il sistema, così descritto, consente di «rendere più efficaci i processi di valutazione e classificazione delle controparti (appaltatori e subappaltatori, fornitori, distributori, business partner, aspiranti dipendenti, dipendenti in forza e clienti)», incrementando il livello di fiducia nei singoli interlocutori ed incentivando l'adozione di comportamenti virtuosi da parte degli operatori economici "censiti". Valorizzando la componente reputazionale quale strumento idoneo a superare l'asimmetria informativa caratterizzante i rapporti economici su larga scala, il sistema "Mevaluate" realizzerebbe spazi negoziali più sicuri, promettendo efficaci azioni di contrasto avverso eventuali forme di mistificazione identitaria e garantendo, allo stesso tempo, maggiore trasparenza e certezza nelle relazioni interpersonali.

Al di là dell'asserito scopo di garantire una maggiore efficienza, trasparenza e sicurezza nei rapporti economici, la cui liceità è assunta quale dato incontrovertibile, attesa la libera adesione alla piattaforma, certa è, sotto il profilo giuridico, la necessità di garantire, qualora le informazioni raccolte costituiscano dati personali[4], il rispetto della normativa vigente. Di qui la richiesta formulata dall'Associazione Mevaluate Onlus, in qualità di titolare del trattamento dei dati personali, all'Autorità Garante al fine di verificare la conformità delle operazioni effettuate sui dati personali alle previsioni di legge.

2.1. *La posizione del Garante per la protezione dei dati personali. La funzione sociale della normativa a tutela dei dati personali.* – Il Garante per la protezione dei dati personali ha formulato un deciso parere negativo sulla conformità alla normativa sul trattamento dei dati personali effettuato dal sistema Mevaluate. Il provvedimento emesso è articolato, illustra le caratteristiche del sistema, evidenziandone le criticità e sin dalle premesse emerge con chiarezza la posizione di assoluta contrarietà del Garante. A detta dell'Autorità, occorre muovere dalla considerazione che il rating, elaborato automaticamente dal sistema, incide sulla sfera identitaria della persona e che la reputazione, oggetto dell'operazione di misura e di conseguente attribuzione di un peso aritmetico, è componente personale strettamente correlata alla dignità dell'individuo, valore fondante il riconoscimento dei diritti dell'uomo universalmente riconosciuti. Così testualmente l'Autorità: «il "rating" elaborato potrebbe ripercuotersi pesantemente sulla vita (anche privata) degli individui censiti, influenzandone scelte e prospettive e condizionando la loro stessa ammissione a (o esclusione da) specifiche prestazioni, servizi o benefici; occorre, pertanto, estrema cautela nell'affrontare tematiche così delicate, anche in considerazione del fatto che la reputazione che si vorrebbe qui misurare, in quanto strettamente correlata alla considerazione delle persone e alla loro stessa "proiezione" sociale, risulta intimamente connessa con la loro dignità, elemento cardine della disciplina di protezione dei dati personali».

Ciò premesso, il trattamento dei dati personali sarebbe, secondo il Garante, privo del presupposto di legittimità o, come si scriverebbe oggi, della base giuridica del trattamento, ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679. Sebbene, infatti, vi sia il consenso degli

[4] La precisazione si rende necessaria considerato che i dati riferiti alle persone giuridiche, a seguito della modifica introdotta dall'art. 40, comma 2°, lett. a), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214), recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», non costituiscono più dati personali e conseguentemente ad essi non si applicano le previsioni del Codice in materia di protezione dei dati personali. Sulla nozione di dato personale v. FINOCCHIARO, *Privacy e protezione dei dati personali*, Bologna, 2012, 17 ss.

interessati che, decidendo di aderire al sistema Mevaluate, accettano che i propri dati siano oggetto del trattamento finalizzato alla creazione del profilo reputazionale, la manifestazione di volontà non sarebbe libera, ma indotta esclusivamente dal timore di vedere sfumate opportunità di business con possibili controparti, già soci dell'Associazione.

Il trattamento, poi, oltre che privo del presupposto di legittimità non rispetterebbe, secondo l'Autorità, i principi di necessità e di proporzionalità che impongono al titolare di trattare i soli dati indispensabili al perseguimento delle finalità del trattamento medesimo, evitando di raccogliere informazioni non pertinenti o comunque eccedenti gli scopi originari della raccolta. Da ultimo, la mole di informazioni raccolte imporrebbe l'adozione di specifiche misure di sicurezza, atte ad impedire l'accesso non autorizzato ai dati o il loro utilizzo abusivo, che l'Autorità non ha ravvisato nel caso di specie.

Al di là, per ora, di un giudizio di condivisibilità o meno delle conclusioni raggiunte, è certo che questi rilievi si basano sul dato normativo ed in particolare sui principi generali in materia di trattamento dei dati personali, su cui si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo. Destano invece incertezze le ulteriori considerazioni effettuate sul sistema Mevaluate e precipuamente sulla sua idoneità ad effettuare valutazioni oggettive e per ciò stesso imparziali sui soggetti censiti. Potrebbero, invero, risultare ultronei i rilievi sull'affidabilità dei rating attribuiti e calcolati sulla base di parametri che non possono essere agevolmente classificati. Si legge nel provvedimento: «si nutrono perplessità, più in generale, sull'opportunità stessa di rimettere a un sistema automatizzato ogni determinazione in merito ad aspetti particolarmente delicati e complessi quali quelli connessi alla reputazione dei soggetti coinvolti. A prescindere, infatti, dall'oggettiva difficoltà di misurare situazioni, parametri e variabili non sempre agevolmente "classificabili" o "quantificabili", occorre evidenziare che la suddetta (acritica) valutazione potrebbe fondarsi su atti, documenti o certificati viziati *ex ante* da falsità ideologica, ovvero caratterizzati da alterazioni materiali non facilmente riscontrabili da parte di pur esperti "consulenti" reputazionali (peraltro non esenti da pericoli di errore o tentativi di corruzione); con il rischio, neanche tanto remoto, di creare profili reputazionali inesatti e non rispondenti alla reale rappresentazione – e, quindi, all'identità personale, intesa anche quale immagine sociale dei soggetti censiti».

In ogni caso, queste criticità e sopra tutte la considerazione circa le possibili ripercussioni sulla dimensione identitaria delle persone censite, derivanti dal trattamento automatizzato delle informazioni a queste riferite, giustificano a detta dell'Autorità Garante un parere negativo circa la conformità al dettato normativo dei servizi offerti tramite il sistema Mevaluate ed un correlato divieto di procedere ad ulteriori trattamenti di dati personali.

2.2. *La posizione del giudice di merito. Il ruolo prevalente della autonomia individuale.* – Di segno opposto è la posizione del Tribunale di Roma, secondo cui la mancanza di una disciplina normativa istitutiva del rating reputazionale, analoga a quella prevista dal Codice dei contratti pubblici, non comporta di per sé il difetto di liceità di un sistema reputazionale creato su base volontaria. Invero, secondo la posizione espressa dal giudice di merito, il presupposto di legittimità, salvo evidentemente la successiva verifica del rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali, è proprio l'autonomia privata che governa la realizzazione del sistema reputazionale. È l'autonomia privata che fonda e giustifica la creazione del vincolo associativo, la definizione del suo scopo e della sua struttura organizzativa. Ed è sempre l'autonomia privata che fonda e giustifica l'autonor-

mazione all'interno del vincolo associativo così creato, attraverso il richiamo a codici di condotta o di autodisciplina. Così testualmente il Tribunale di Roma: «basandosi su uno schema negoziale di tipo associativo, strumentale a fornire un servizio di valutazione e di accreditamento a vantaggio dei consociati, un sistema così realizzato risulta perfettamente consono ai principi dell'autonomia privata, ai quali ben si adatta anche il richiamo a codici di condotta o di autoregolamentazione che, per quanto ispirati a valori universali (Codice della reputazione universale), traggono la loro fonte esclusivamente dalle regole negoziali di autonormazione».

Se l'autonomia privata consente di organizzare sistemi di accreditamento, cui i soggetti spontaneamente aderiscono, che forniscono servizi di valutazione professionale, in vista del loro ingresso e della loro permanenza sul mercato, soddisfacendo specifici interessi economici, è la facoltà delle parti di autoregolamentare questi interessi che giustifica la creazione del sistema Mevaluate. Il singolo è libero di decidere se aderire e, una volta aderente, come perseguire e raggiungere lo scopo cui è finalizzata la sua manifestazione di volontà, determinando le informazioni da fornire sul proprio conto e controllando quelle da altri inserite.

Secondo quest'ordine di idee, l'adesione all'Associazione Mevaluate rappresenta, in sostanza, un'operazione economica voluta dalle parti, fra i cui effetti nella (loro) sfera giuridica vi è l'assegnazione di un rating reputazionale, e all'interno di questa cornice di autoregolamentazione deve essere inserito il controllo della legge a garanzia della protezione dei dati personali oggetto di trattamento. Il Tribunale di Roma passa così in rassegna tutte le argomentazioni addotte dal Garante, discostandosene in larga parte.

In primo luogo, secondo il giudice di merito, il consenso al trattamento dei dati personali espresso dai soggetti aderenti al sistema Mevaluate risponde ai requisiti di liceità previsti dal Codice. Il consenso, manifestato in forma scritta, risulta specificamente riferito ad un trattamento chiaramente individuato, le cui caratteristiche sono illustrate da un'adeguata informativa.

Contrariamente, inoltre, a quanto sostenuto dall'Autorità Garante, il consenso è ritenuto libero, fondato su una consapevole, in quanto informata, manifestazione di volontà degli aderenti all'Associazione Mevaluate Onlus. La sottoscrizione, infatti, del vincolo associativo «rende conoscibili i propri profili reputazionali a tutti i consociati, in una funzione di controllo reciproco che garantisce anche l'aggiornamento dei dati e dei propri profili reputazionali».

Secondo il giudice di merito, inoltre, la libertà del consenso al trattamento dei dati personali non sarebbe pregiudicata dalla clausola, inserita nelle "Condizioni generali di fornitura dei servizi di certificazione reputazionale Mevaluate Italia S.r.l.", che subordinerebbe la conclusione dei rapporti contrattuali all'adesione al sistema Mevaluate e all'Associazione che lo fornisce. La clausola, infatti, non costituisce parte integrante del vincolo associativo, rappresentando una mera condizione accessoria di un eventuale rapporto contrattuale che può instaurarsi tra due o più associati e che, come tale, sarà basato sulla loro libera determinazione.

La considerazione che la volontà del singolo è causa dell'atto di adesione al sistema Mevaluate, oltre che causa dell'effetto, costituisce il presupposto argomentativo per valutare, secondo il giudice del merito, anche il trattamento effettuato sui dati personali di soggetti non aderenti al sistema Mevaluate. Coerentemente a quanto affermato in relazione alla necessità che il trattamento dei dati personali, strumentale alla realizzazione di profili reputazionali, si basi sulla volontà delle parti e quindi sul loro consenso, il Tribu-

nale di Roma conferma il giudizio di illiceità del trattamento effettuato sui dati personali di terzi, soggetti non aderenti al sistema, non potendo assumere alcuna rilevanza che i dati in questione siano tratti da documenti liberamente conoscibili, quali ad esempio pubblici registri, provvedimenti giudiziari, articoli di stampa. Detto in altri termini, la finalità di sostegno alle relazioni di mercato in chiave di perseguita trasparenza, essendo in definitiva una finalità economica, «proprio in quanto legittima l'autonomia negoziale a disciplinare l'attività di trattamento dei dati, non può prescindere dal presupposto consensualistico». L'illegittimità del trattamento effettuato sui dati personali di terzi soggetti non aderenti all'Associazione Mevaluate, rappresentando «soltanto un segmento dell'attività posta in essere dal più ampio sistema reputazionale», non inficia, tuttavia, il procedimento e l'organizzazione complessiva su cui il sistema reputazionale si basa: il Tribunale accoglie pertanto il ricorso e annulla il provvedimento dell'Autorità Garante.

Nella prospettiva del giudice di merito, il problema in termini giuridici non è quello di verificare l'idoneità del sistema Mevaluate all'attribuzione di un rating reputazionale. Un eventuale giudizio riguarda il momento valutativo del procedimento, rispetto al quale non può che essere il mercato a stabilirne l'efficacia e a misurarne l'impatto sulle relazioni economiche delle parti coinvolte. Il problema non è neppure quello di valutare l'affidabilità del rating reputazionale attribuito alla parte, trattandosi, anche in questo caso, di una verifica attinente alle modalità della valutazione effettuata, al numero delle informazioni raccolte e alla loro qualità, intesa quest'ultima come garanzia di verità, integrità, correttezza e completezza delle informazioni raccolte. Ciò evidentemente non significa affermare l'assoluta irrilevanza giuridica di questi profili. Altro però è il presupposto di legittimità che consiste esclusivamente nella facoltà delle parti di autoregolamentare i propri interessi economici.

2.3. *La posizione della Suprema Corte. La libertà del consenso al trattamento dei dati personali è garanzia di effettività della tutela della sfera individuale.* – Di contrario avviso è la Corte di Cassazione che ribalta la decisione del Tribunale di Roma, concentrando tutta l'attenzione sui requisiti di validità del consenso al trattamento dei dati personali e all'utilizzo dell'algoritmo funzionale alla loro valutazione e all'elaborazione del conseguente rating reputazionale. Secondo la Suprema Corte, il consenso al trattamento dei dati personali effettuato da un sistema automatizzato che si avvale di un algoritmo per la valutazione "obiettiva" dei dati raccolti richiede, per essere valido, che l'interessato sia a conoscenza dello «schema esecutivo in cui l'algoritmo si esprime e gli elementi all'uopo considerati». In caso contrario, secondo la Suprema Corte, il consenso non soddisferebbe i requisiti previsti dall'art. 23 del Codice in materia di protezione dei dati personali, fra cui l'essere espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato, «atteso che la locuzione "chiaramente individuato" presuppone che il consenso debba essere previamente informato in relazione a un trattamento ben definito nei suoi elementi essenziali».

Soffermatasi sulla decisione della Suprema Corte, la dottrina è andata al di là di quanto ivi sinteticamente statuito, quasi a voler sopperire ad un dato non sufficientemente chiarito.

Da parte dei commentatori si avverte, in particolare, il bisogno di ancorare il principio affermato dalla Suprema Corte all'attuale assetto normativo, considerato che a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento (UE) 2016/679 l'art. 23 del Codice in

materia di protezione dei dati personali è stato abrogato e, il punto non può tacersi, la corrispondente previsione europea non è altrettanto specifica nel dettare i requisiti del consenso al trattamento dei dati personali.

Il principio affermato dalla Corte di Cassazione sulla conoscibilità dello schema esecutivo dell'algoritmo e degli elementi di cui si compone si inquadra ora nell'adempimento di uno specifico obbligo informativo in capo al titolare del trattamento previsto dagli artt. 13, par. 2, lett. f), e 14, par. 2, lett. g), del Regolamento (UE) 2016/679. Secondo queste norme, il titolare del trattamento è tenuto a fornire all'interessato una serie di informazioni, strumentali a garantire la correttezza e la trasparenza del trattamento effettuato, fra cui l'informazione circa «l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato».

Rilevanti sono le conseguenze in capo al titolare del trattamento per l'inosservanza degli obblighi informativi atteso che, secondo quanto previsto dall'art. 83, par. 5, lett. a) e lett. b) del Regolamento (UE) 2016/679, la violazione è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a «20 milioni di euro, o per le imprese, fino al 4% del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore». E la violazione degli obblighi informativi comporta l'illiceità del trattamento effettuato sui dati personali, in quanto non trasparente.

Il tema dei requisiti del consenso passa così in secondo piano, offuscato dal rilievo sul principio di trasparenza, precondizione di liceità del trattamento dei dati personali che impone, a prescindere da quale sia il (successivo) presupposto, fra quelli sanciti dall'art. 6 del Regolamento (UE) 2016/679, che legittima lo specifico trattamento, di rendere edotto l'interessato sulle sue caratteristiche e modalità.

Nulla di più dice la Suprema Corte, inducendo il lettore a ricostruire i termini di una vicenda che, nei suoi termini giuridici, è molto più complessa di quanto la concisione e la brevità della decisione di legittimità potrebbero far pensare.

3. *I termini del dibattito. Il valore della reputazione nel mercato*

Leggendo le più articolate motivazioni dell'Autorità Garante per la protezione dei dati personali si ha la percezione che, al di là della dichiarata necessità di conformare il trattamento dei dati personali alle previsioni di legge, l'argomentazione decisiva a supporto dell'affermata illiceità del sistema Mevaluate sia la mancanza di un espresso riconoscimento normativo, come se l'esistenza di una norma fosse di per sé garanzia di tutela della componente identitaria delle persone aderenti al sistema. Si legge nel provvedimento dell'Autorità: «non può trascurarsi che gli altri sistemi di accreditamento riconosciuti attualmente dall'ordinamento derivano da previsioni di legge che ne individuano espressamente, salvo il rinvio a discipline più di dettaglio, le principali caratteristiche (...); ciò appare coerente, del resto, con l'obiettivo di rendere disponibili alla collettività strumenti di valutazione universalmente riconosciuti, in grado di fornire agli utenti, attraverso un avallo formale che ne stabilisca puntualmente i requisiti e i limiti, elementi di giudizio certi e oggettivi, nonché imparziali e affidabili».

L'autonomia delle parti nella prospettiva dell'Autorità Garante non può qualificarsi idonea fonte di regolazione di un sistema di accreditamento e ciò in ragione della

particolare natura del servizio prestato. Il rilievo è quello per cui essendo l'oggetto del sistema di accreditamento la reputazione dei soggetti aderenti ed essendo la reputazione connessa alla dignità, valore supremo dell'ordinamento da tutelare e garantire, sull'iniziativa economica privata prevalga in ogni caso l'esigenza di proteggere la persona e le sue componenti individuali. La reputazione e prima di questa, le informazioni riferite alla persona, sarebbero così sottratte alla disponibilità della parte.

A questo punto è importante, per afferrare il senso e la portata di questa affermazione, soffermarsi sulla nozione di reputazione. La reputazione, come è noto, è la componente oggettiva dell'identità personale che deriva dall'altrui considerazione. È una componente relazionale della persona che presuppone la sua collocazione in un ambiente sociale, essendo fondata sui giudizi espressi da soggetti terzi. Se la relazione ne rappresenta il tratto caratterizzante, distinguendola peraltro dall'onore, assume rilievo l'insieme dei valori che vengono riconosciuti alla persona dal corpo sociale, concernendo la reputazione non solo le qualità morali, ma i diversi aspetti in cui si esplica l'esperienza individuale[5]. Particolarmente efficace risulta essere l'affermazione secondo cui la reputazione configura un "interesse alla vita di relazione", considerato che la persona desidera e pretende di essere protetta nella "sua sfera di rispettabilità, connotato quest'ultimo che può consentirle un rapporto proficuo, o quanto meno non ostile, con la collettività" [6].

Pur vero è che la reputazione, richiedendo la relazione sociale e fondandosi sull'altrui opinione, è una componente che sfugge al controllo esclusivo della persona. La persona può infatti solo parzialmente incidere sulla costruzione di una determinata reputazione, tanto più sul suo consolidamento e mantenimento. Di qui il naturale timore di perdere la reputazione, evidentemente quando si tratta di una "buona reputazione", dovuto alla generale mancanza di controllo sulle opinioni altrui.

Queste considerazioni assumono un particolare rilievo se contestualizzate nei rapporti imprenditoriali, dove la reputazione diventa un bene che supera la dimensione individuale e assume una diretta valenza economica. Per un operatore del mercato godere di una buona reputazione significa vantare una posizione di vantaggio nei confronti dei propri concorrenti; al tempo stesso, la perdita o anche l'oscillazione *in peius* della buona reputazione di cui si gode(va) può comportare l'uscita definitiva dal settore imprenditoriale di riferimento[7].

Il timore di perdere la buona reputazione si giustifica, peraltro, considerando che il connotato di oggettività della reputazione si riferisce alla natura della componente, non ai dati di cui essa si compone. La reputazione si basa di regola su opinioni, consolidate perché ripetute nel tempo, non su fatti accertati e documentati. Ma l'opinione dei terzi può basarsi su informazioni errate, alterate, decontestualizzate, con la conseguenza che il giudizio espresso sarà falsato e di qui l'esigenza di monitorare costantemente le informazioni che circolano sul proprio conto: un'esigenza che diventa un interesse cruciale in Rete. La Rete ha difatti rivoluzionato i processi di creazione e diffusione delle informazioni, oltre che i modelli di scelta individuale. Se nel mondo pre-telematico l'in-

---

[5] V., nella letteratura civilistica, Zeno Zencovich, *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*, Napoli, 1985; Id., voce «Onore e reputazione», in *Digesto IV ed.*, *disc. priv.*, *sez. civ.*, vol. XIII, Torino, 1995, 91.

[6] Giampiccolo, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 459 ss.

[7] Il valore della reputazione per le imprese è stato oggetto di un'approfondita analisi da parte di Fusaro, *Informazioni economiche e "reputazione d'impresa" nell'orizzonte dell'illecito civile*, Torino, 2010.

formazione è elaborata e diffusa al pubblico da operatori qualificati, nel mondo digitale chiunque può fare informazione, senza che siano operabili, almeno sotto un profilo generale, vagli di riconoscibilità dell'autore e di correttezza del relativo contenuto. Ci si affida alle parole di Finocchiaro, secondo cui in Rete "sono del tutto assenti i criteri essenziali dell'archiviazione, relativi alla qualità dell'informazione, alla contestualizzazione della stessa nell'ambito di un processo, nonché alla costituzione di relazioni fra le informazioni (metadati). Le informazioni sono tutte al medesimo livello, appiattite (...), come pagine isolate di libri custoditi in mille diverse biblioteche"[8].

Anche i processi conoscitivi vedono nel mondo digitale mutare i criteri di riferimento. L'utente della Rete conosce attraverso l'inserimento nei motori di ricerca di una "parola chiave" o del nome di una persona, di un'azienda, di un prodotto rispetto a cui desidera assumere informazioni. L'inserimento della parola o del nome consegna però un numero indefinito di informazioni, che l'utente non sempre è in grado di discernere e interpretare.

Nel descritto scenario, l'informazione riferita alla persona, alla sua attività, ai suoi prodotti e servizi, diventa il bene essenziale da tutelare, garantendone ove possibile la qualità, considerato che un'informazione incompleta o non contestualizzata si traduce in un dato falsato che altera il processo formativo dell'altrui opinione, con un inevitabile impatto sulla componente reputazionale che, come detto, si alimenta dal "dire di terzi". Peso ancora maggiore assume l'informazione nel caso in cui la persona operi professionalmente sul mercato digitale ed abbia, quindi, uno specifico interesse a incrementare la buona reputazione di cui gode nel settore di riferimento. Potendo modulare la formazione dell'altrui opinione inserendo informazioni sulla propria attività ovvero monitorando quelle presenti, l'imprenditore può di fatto influenzare le scelte del mercato, veicolando le preferenze dei consumatori verso il prodotto o il servizio offerto o, comunque, alterando o deviando altrove quelle accordate ad un concorrente. Al tempo stesso, la possibilità offerta a chiunque di inserire informazioni, esprimere giudizi e commenti attraverso modalità diversificate, aumenta il rischio di diffusione di informazioni denigratorie, la cui potenzialità dannosa è maggiore rispetto alla medesima informazione diffusa nel mondo pre-telematico, considerata l'immediata incisività del messaggio nella sfera di conoscibilità degli utenti, la sua immanenza, la sua permanente fruibilità e facile riproducibilità.

3.1. *Il mercato della reputazione. I sistemi reputazionali su base volontaria.* – In un mercato in cui l'informazione è in grado, come detto, di persuadere i consumatori dell'affidabilità di un'impresa ovvero della bontà di un prodotto o di un servizio, come del contrario, la reputazione diventa per gli operatori economici il bene principale su cui investire tempo e denaro, in grado com'è di garantire una posizione di vantaggio nel settore di riferimento. La reputazione assume così un rilievo centrale e le imprese che vantano una buona reputazione dimostrano una redditività superiore rispetto alle imprese che non godono di un affidamento sul mercato o peggio hanno una cattiva reputazione. Diventa, pertanto, essenziale preservare costantemente la propria componente reputazionale, affidandosi a professionalità a ciò preposte. Consapevoli che una lesione alla reputazione si può tradurre in un significativo danno economico e che la

[8] Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Dir. inf.*, 2010, 394-395.

perdita della fiducia di cui si gode(va) si ripercuote negativamente sul più generale assetto economico-organizzativo dell'impresa, è necessario monitorare, tanto in Rete quanto nei media tradizionali, le informazioni che circolano sul proprio conto, per capire come l'impresa o i suoi prodotti sono percepiti; analizzare la posizione dell'impresa o dei suoi prodotti sul *web*, confrontandola con quella goduta dai concorrenti; garantire la completezza e il costante aggiornamento delle informazioni che circolano in Rete, cancellando quelle denigratorie o comunque negative; creare, quando la componente reputazionale è compromessa definitivamente, una nuova identità digitale, su cui costruire nel tempo una rinnovata buona reputazione.

La reputazione quindi si astrae, pur mantenendosi collegata con la persona cui le informazioni si riferiscono, per diventare un bene a sé stante con un proprio valore economico. Inoltre, da opinione, espressa da terzi e come tale difficilmente controllabile, la reputazione tende a diventare un fatto, misurabile oggettivamente da sistemi a ciò preposti. E c'è di più, atteso che la reputazione, in ragione della valutazione effettuata, supera la dimensione individuale di riferimento, assumendo una valenza pubblicistica, fornendo utili indicazioni all'instaurazione di relazioni commerciali. La reputazione diventa, in altri termini, uno strumento di fiducia nel contesto di riferimento dell'operatore economico cui attengono le informazioni vagliate.

È il mercato della reputazione in cui la persona, soprattutto se operatore economico, chiede di essere valutato, attraverso l'analisi di informazioni provenienti, oltre che da sé stessa, da terzi. E a questa esigenza, sempre più avvertita, corrisponde l'aumento crescente, soprattutto con riferimento al mondo digitale, dell'offerta di sistemi reputazionali creati su base volontaria. Sistemi reputazionali che possono essere realizzati dagli stessi operatori economici che si autoregolano, attraverso l'elaborazione e la libera adesione a specifici standard e modelli organizzativi, senza ricorrere all'intervento di terzi: è il caso delle associazioni di categoria, la cui appartenenza è indice di affidabilità e per ciò stesso, strumento di autopromozione. Sistemi reputazionali che possono inoltre essere gestiti da terzi che offrono il servizio dietro compenso da parte di chi richiede le informazioni o degli stessi soggetti che chiedono di essere valutati: è il caso delle agenzie di rating, dove l'indice di affidabilità è (anche) l'essersi spontaneamente sottoposto a valutazione[9].

La valutazione della componente reputazionale diventa l'oggetto di un accordo, anche a titolo oneroso, diretto a soddisfare un interesse economico delle parti meritevole di tutela. Il rating ottenuto, se elevato, è indice di affidabilità e serietà professionale che assume un'importanza strategica nel settore commerciale di riferimento.

In uno scenario così descritto, il valore giuridico della persona e della sua dignità rimane intatto, considerato che gli effetti della valutazione, oggetto di un accordo, espressione dell'autonomia delle parti e sottoposto ai vincoli derivanti dalla legge (quali ad esempio, come nel caso di specie, quelli derivanti dalla normativa a protezione dei dati personali), non attengono all'essere persona quale valore normativo, quanto alla concreta esteriorizzazione e conseguente oggettivazione della componente reputazionale. Ed invero, l'atto di libera adesione ad un sistema che valuta le informazioni che cir-

[9] Debitrice per questa ricostruzione di Smorto, *Reputazione, fiducia e mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 199 ss. L'a. ricostruisce i sistemi reputazionali alla stregua di strutture informative che raccolgono e diffondono "dati relativi alla reputazione individuale entro un determinato contesto di riferimento, con la funzione di offrire indicazioni utili alla conclusione degli affari e favorire la creazione di fiducia nel mercato" e ne giustifica la crescente proliferazione all'abbassamento dei costi di funzionamento dei sistemi di informazione e monitoraggio connessi all'uso delle tecnologie.

colano sull'aderente medesimo, attribuendogli uno specifico rating reputazionale, non deve essere riferito al valore della persona in quanto tale, ma alla singola componente che, oggettivizzatasi, diventa bene autonomo. Al tempo stesso, il corrispettivo in denaro non misura la persona, né la sua reputazione. Il denaro misura la prestazione, voluta dalla parte, avente ad oggetto la reputazione. Non può pertanto ravvisarsi alcuna mercificazione della persona. L'accordo negoziale ad oggetto la componente reputazionale è come detto lecito e il valore della reputazione quale bene giuridico a sé stante emerge in conseguenza della manifestazione di volontà della parte, che così le attribuisce una specifica rilevanza giuridica nel mercato o, più semplicemente, nelle relazioni con gli altri[10].

3.2. *I sistemi reputazionali e la prioritaria tutela della persona.* – L'autonomia delle parti crea, come detto, il sistema reputazionale e ne regolamenta il funzionamento. Il sistema così realizzato soddisfa uno specifico interesse economico delle parti che vi aderiscono e al tempo stesso può, in ragione delle sue caratteristiche, perseguire una funzione di pubblico interesse, fornendo informazioni sull'affidabilità degli operatori economici e contribuendo ad incrementare la fiducia nel mercato di riferimento.

L'autonomia delle parti, tuttavia, non si sostituisce alla legge ma con essa concorre alla definizione dell'architettura giuridica di riferimento. Ed invero, affinché un sistema reputazionale possa rappresentare un indice affidabile, è necessario garantire la qualità delle informazioni raccolte e oggetto di successiva valutazione, considerato che solo dall'analisi di dati corretti e completi è possibile ricavare un giudizio attendibile.

La qualità delle informazioni rappresenta peraltro la condizione per garantire la tutela dei diritti delle persone coinvolte, atteso che la libera adesione ad un sistema reputazionale, pur rappresentando un atto di disposizione avente ad oggetto la componente personale, non comporta la rinuncia alla relativa dimensione di tutela.

Strettamente correlata alla protezione della componente reputazionale e alla conseguente necessità di garantire efficaci strumenti di reazione alla diffusione di ingiustificati contenuti denigratori è, come detto, la necessità di garantire che il trattamento dei dati personali, ovvero delle informazioni riferite alle persone fisiche aderenti ai sistemi reputazionali, avvenga nel rispetto della normativa vigente. Il dato personale, oltre che strumento per la libera circolazione di persone, beni e servizi, è difatti componente dell'identità personale, strumento di esplicazione della personalità e di esercizio delle libertà individuali.

Sul trattamento delle informazioni che la riguardano la persona ha il diritto di mantenere il pieno controllo, così da determinare le modalità di costruzione della propria dimensione individuale. L'effettività del riconoscimento del diritto all'autodeterminazione informativa è garantita da una serie di prerogative, riconosciute dalla legge, esercitabili senza particolari formalità e a prescindere dalla circostanza che il trattamento si basi

[10] Il tema dell'utilizzabilità economica delle componenti della personalità, tradizionalmente considerate sottratte alla libera determinazione delle parti, giustificherebbe un approfondimento che non può essere condotto in queste pagine. Un tema, peraltro, che ha scontato nella letteratura civilistica il peso di considerazioni di ordine etico che per lungo tempo ne hanno condizionato l'approccio. Sia pertanto consentito il rinvio a R. Scognamiglio, *Il diritto all'utilizzazione economica del nome dell'immagine*, in *Dir. inf.*, 1988, 23 ss.; Zeno Zencovich, *Profili negoziali e attributi della personalità*, in *Dir. inf.*, 1993, 545 ss.; e più di recente a D. Messinetti, *L'autodeterminazione dispositiva della persona e il valore di libertà del soggetto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 547 ss.; Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; Id., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 809 ss.

sul consenso della persona medesima. Per quel che rileva in questa sede, si segnala che l'interessato ha il diritto di ottenere la rettifica e l'integrazione dei dati. Il potere di intervento sui dati inesatti, incompleti o non aggiornati rivela la dimensione dinamica del relativo diritto, che consente alla persona di invocare una più generale pretesa alla verità dell'informazione e, conseguentemente, all'esatta rivelazione della sua identità. L'interessato ha inoltre il diritto di ottenere la cancellazione dei dati trattati in violazione di legge, compresi quelli di cui non è necessaria la conservazione in relazione agli scopi per i quali i dati sono stati raccolti o successivamente trattati, nonché il diritto di opporsi per ragioni personali al trattamento dei dati personali, ancorché pertinenti alla finalità della raccolta, oltre che di revocare in qualsiasi momento il consenso prestato al trattamento.

Il contenuto dei diritti riconosciuti dalla legge all'interessato risulta coerente con l'impianto dei principi generali, applicabili a qualsiasi trattamento di dati personali e finalizzati a conformare le attività realizzate ai diritti e alle libertà fondamentali della persona. I principi generali sono sintetizzabili nei principi di liceità, correttezza e trasparenza del trattamento, di finalità del trattamento, di esattezza dei dati trattati, di pertinenza e non eccedenza dei dati rispetto alle finalità della raccolta, nonché nei principi relativi alla completezza, all'aggiornamento e alla contestualizzazione dei dati trattati. Fra questi, nella realizzazione di un sistema reputazionale, basato sulla raccolta e successiva analisi automatizzata di informazioni, assume particolare rilievo il principio di esattezza che impone al titolare di verificare che i dati personali siano corretti e completi. L'esattezza, che deve essere garantita a priori, a prescindere cioè dalla richiesta della persona cui si riferiscono le informazioni, attiene al profilo qualitativo del dato. Occorre cioè verificare all'atto della raccolta che i dati siano strettamente necessari rispetto alle finalità del trattamento, abbiano un contenuto informativo vero, aggiornato e pertinente al perseguimento dei fini proposti. Conseguentemente, il titolare del trattamento è tenuto ad adottare tutte le misure ragionevoli per cancellare o rettificare tempestivamente dati inesatti o non aggiornati.

L'obbligo quindi di trattare, in modo lecito e corretto, esclusivamente informazioni necessarie, proporzionali, pertinenti e non eccedenti rispetto agli scopi del sistema reputazionale segna i confini di liceità di un'operazione economica nascente dall'autonomia delle parti e che nella disciplina sulla protezione dei dati personali, oltre che nel più generale principio del *neminem laedere*, trova l'indice di riferimento a tutela delle libertà fondamentali delle persone aderenti.

Orbene, rileggendo il principio affermato dalla Suprema Corte alla luce della ricostruzione sin qui effettuata, oltre che alla luce del contesto di riferimento, emerge un dato di rilievo. La pronuncia è, come detto, stringata, forse anche eccessivamente, tanto da giustificare che l'interprete la legga e la assuma alla stregua di un esercizio di riduzionismo argomentativo che muove, recependolo, da quanto statuito dall'Autorità Garante. Se così è, il riferimento alla garanzia di effettività della tutela della componente reputazionale, e con essa della più generale sfera identitaria della persona, presuppone l'argomento secondo cui la reputazione economica non configura un interesse di natura esclusivamente patrimoniale, scisso ed autonomo dalla reputazione personale, rappresentando una specifica manifestazione o, *rectius* esteriorizzazione, di un valore unitario, oggetto di una sola, ancorché complessa, pretesa soggettiva. La reputazione, in sé e per sé considerata, è un bene personale, unico, del soggetto; a seconda del settore di riferimento la reputazione, considerata quale distinta e autonoma componente giuridica, instaura un legame particolare con altri beni che attraverso essa sono conseguibili, ma

ciò non significa che la reputazione di cui gode il soggetto nell'esercizio della sua attività imprenditoriale o professionale sia altro dalla sua reputazione personale. Non si possono configurare due distinte posizioni soggettive in merito a quello che si ritiene essere un unico diritto, quello alla reputazione, a sua volta declinazione di un valore unitario dell'ordinamento giuridico, la tutela della persona, che trova ragione e fondamento nell'art. 2 del dettato costituzionale. Le posizioni giuridiche soggettive sono invero coincidenti, semplici declinazioni di una complessa componente della personalità. Quale declinazione del diritto alla reputazione, la reputazione economica è la considerazione sociale, la stima di cui la persona gode nel settore in cui svolge la sua attività produttiva ed in questo senso la distinzione è funzionale esclusivamente a delimitare il settore in cui opera l'eventuale lesione, individuando specifici parametri di liquidazione del danno. Non è, per contro, accoglibile la distinzione qualora da questa si ritenga di poter individuare posizioni giuridiche soggettive distinte[11].

Sotto il profilo argomentativo, residua, tuttavia, un'incertezza. La posizione della Suprema Corte e la successiva lettura offertane dalla dottrina paiono essere ispirate dalla volontà di proteggere la persona che, sottoposta ad un processo decisionale automatizzato, potrebbe subire una lesione dei suoi diritti e delle sue libertà fondamentali. La peculiarità dell'operazione sulle informazioni riferite alla persona giustificherebbe, in altri termini, una dimensione di tutela "rafforzata", come se il ricorso ad un algoritmo fosse di per sé indice di una maggiore "pericolosità sociale" del trattamento. Una soluzione interpretativa che, *stricto sensu*, supera il dato normativo atteso che il Regolamento (UE) 2016/679 accentua l'obbligo informativo, elevandolo a "diritto alla spiegazione", solo in presenza di un trattamento esclusivamente automatizzato e implicante esiti decisori in merito all'interessato. Ma come è stato affermato dalla Suprema Corte non è il mercato a sancire la bontà di un sistema reputazionale e neppure, pare giustificato aggiungere, l'autonomia delle parti. E il pensiero corre inevitabilmente al Professor Zatti e alle sue parole: "la dignità è il presidio dell'autonomia in quanto fonte di un corredo di diritti che accompagnano la persona; è il fondamento che dà forza all'autonomia individuale in situazioni estreme come in situazioni del tutto quotidiane.

Ma se il prisma è ruotato in modo da porre in primo piano l'indisponibilità "intrinseca" dell'essere umano, il nucleo che rende la sola dignità valore *intangibil*e, allora la dignità segna il *limite all'autonomia* e di diritti molto legati all'autonomia"[12].

[11] Profili a suo tempo approfonditi nel mio A. Ricci, *La reputazione: dal concetto alle declinazioni*, Milano, 2018, in particolare p. 117 e ss.

[12] Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Milano, 2009, 45.

UMBERTO ROMA

ACCETTAZIONE TACITA DI EREDITÀ DELL'AMMINISTRATORE DI SOSTEGNO PER IL BENEFICIARIO INCAPACE?

SOMMARIO: 1. Limiti della disciplina dell'amministrazione di sostegno in tema di accettazione di eredità e genesi dei problemi. – 2. L'accettazione di eredità delata al beneficiario di amministrazione di sostegno. – 3. L'accettazione tacita di eredità ad opera dell'amministratore di sostegno. – 4. La necessità di specifica autorizzazione all'accettazione tacita. – 5. Le conseguenze ipotizzabili di un'accettazione tacita non autorizzata dell'amministratore di sostegno.

1. *Limiti della disciplina dell'amministrazione di sostegno in tema di accettazione di eredità e genesi dei problemi*

Tra i limiti della disciplina sostanziale dell'amministrazione di sostegno, segnalati in dottrina e fonte di divergenti soluzioni giurisprudenziali[1], vi è l'omessa previsione legislativa in ordine alla necessità dell'accettazione di eredità con beneficio di inventario cui si chiamato il beneficiario. Ciò impone, ai fini di un'accorta e responsabile gestione della misura di protezione, che l'amministratore di sostegno, nel richiedere l'autorizzazione all'accettazione di eredità, debba porre al Giudice tutelare la questione del beneficio di inventario, rappresentando, nei termini in cui sia conosciuta, la situazione in cui versa l'eredità. È noto che nella giurisprudenza di merito si rinvengono soluzioni difformi: accanto alle decisioni che ritengono indefettibile il beneficio, si rinvengono provvedimenti nei quali l'esclusione dell'accettazione beneficiata è stata giustificata talora in ragione della ragionevole certezza dell'insussistenza di passività nel patrimonio relitto, talora, in aggiunta a tale motivo, in considerazione dei costi che l'inventario comporta, infine assumendosi a discrimine la gravità del *deficit* psichico del beneficiario[2].

---

[1] Ed in larga misura dovuti, per un verso, alla scelta della l. 9.1.2004, n. 6, istitutiva dell'amministrazione di sostegno, di omettere una specifica disciplina dell'accettazione di eredità devoluta al beneficiario, e per altro verso, dall'adozione della tecnica del rinvio *ex* art. 411 cod. civ. alla tutela, limitato peraltro dalla clausola di compatibilità, e che, a sua volta, genera problemi di coordinamento tanto con quella disciplina quanto con quella relativa alla vendita dei beni ereditari affidata all'art. 747 cod. proc. civ.: MURITANO e DELL'ANNA, *L'amministrazione di sostegno. Gli atti e le autorizzazioni*, in *L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza*, a cura di BORTOLUZZI, Utet, 2005, 148; ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 228; MARCOZ, in MASCOLO e MARCOZ, *L'amministrazione di sostegno e l'impianto complessivo del codice civile*, in *Riv. notar.*, 2005, 1344.

[2] Per il beneficio di inventario TRIB. ROMA, 6.4.2005, in *Riv. notar.*, 2005, 879; TRIB. ROMA, 8.10.2008, in *www.personaedanno.it*, che così motiva: «con specifico riguardo alla richiesta del ricorrente di conferimento all'Amministratore di sostegno della rappresentanza del beneficiario per l'accettazione dell'eredità, va rilevato che l'accertata e documentata incapacità gestionale di Y impone di tener conto dell'esigenza di proteggere il patrimonio dell'erede, trattandosi di interesse tutelato da norme imperative che vietano di accettare puramente e semplicemente le eredità devolute a minori, interdetti, emancipati ed inabilitati (artt. 471 e 472 c.c.) e subordinano l'accettazione con beneficio d'inventario ad autorizzazione giudiziale (artt. 321, 374, 394 c.c.); in applicazione dell'art. 411, 4° co., c.c., va dunque disposto che venga estesa all'interessato l'applicazione delle norme sopra indicate»; TRIB. MILANO, 21.8.2013, in *www.personaedanno.it*, ma senza specifica motivazione; *contra* TRIB. PORDENONE, 4.6.2005, in *Giur. merito*, 2005, 2342; TRIB. PIACENZA,

Non è, peraltro, rimasta sconosciuta alla prassi giudiziaria la questione dell'ammissibilità dell'accettazione tacita di eredità ad opera dell'amministratore di sostegno.

Nella giurisprudenza edita, consta di un provvedimento giudiziale che ha espressamente autorizzato l'amministratore di sostegno, investito di poteri di assistenza, al compimento di un atto (riscossione di capitali) che presuppone necessariamente la volontà di accettare l'eredità e che l'autore non avrebbe diritto di compiere se non nella qualità di erede, precisando nel contempo di autorizzare, per effetto di quella riscossione, l'accettazione tacita di eredità[3].

Si è, tuttavia, dato il caso – che non risulta affrontato dalla giurisprudenza compulsata – dell'esecuzione immobiliare su bene oggetto di ipoteca volontaria costituita, previa autorizzazione giudiziale, dall'amministratore di sostegno con poteri di rappresentanza esclusiva, devoluto *ab intestato* in morte del marito alla beneficiaria di amministrazione di sostegno, che, tuttavia, mai aveva accettato, espressamente o tacitamente, l'eredità, né poteva ritenersi erede pura e semplice *ex* art. 485, comma 2°, cod. civ., non essendosi trovata nel possesso dei beni successivamente al decesso dell'ereditando.

L'esecutante, nell'opposizione della figlia che aveva, invece, accettato l'eredità paterna, sostiene l'ammissibilità e la legittimità dell'esecuzione intrapresa, affermando la titolarità dominicale del bene in capo all'esecutata in ragione dell'intervenuta accettazione tacita dell'eredità per effetto dell'iscrizione di ipoteca volontaria ad opera dell'amministratore, quale atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare e che non avrebbe avuto il diritto di fare se non nella qualità di erede[4].

La soluzione della questione richiede l'esame del sistema dell'accettazione di eredità.

2. *L'accettazione di eredità delata al beneficiario di amministrazione di sostegno*

L'art. 411, comma 1°, cod. civ. dichiara applicabile all'amministrazione di sostegno, in quanto compatibili, l'art. 374 cod. civ., che, nella formulazione sostituita ad opera dell'art. 1, comma 7°, lett. *a*), d. legis. 10.10.2022, n. 149, ha assorbito il contenuto dell'art. 375 cod. civ., abrogato ad opera della lettera *b*) del medesimo comma 7°, nel quadro del-

10.6.2014, che motiva l'esclusione del beneficio di inventario con la «assenza di elementi di rischio per il beneficiario»; Trib. Cuneo, 14.10.2015, ined.; Trib. Vercelli, 3.3.2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 279 con nota di Arfani, *Sulla possibilità, per il beneficiario di amministrazione di sostegno, di accettare tacitamente l'eredità*. In dottrina, ferma la necessità dell'autorizzazione del giudice tutelare *ex* art. 374, n. 6, cod. civ., non reputano necessaria l'accettazione beneficiata: Bonilini, in Bonilini e Tommaseo, *Dell'amministrazione di sostegno, Artt. 404-413*, nel *Commentario Schlesinger*, 2a ed., Giuffrè, 2018, 498; Onofri, *Riflessi di diritto successorio dell'amministrazione di sostegno*, in *Riv. notar.*, 2005, 881; Calò, *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè, 2004, 130; così pare anche Parente, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 717, che ritiene necessario il beneficio nel caso di «beneficiario giudizialmente sottoposto al regime giuridico dell'accettazione ereditaria dell'interdetto (art. 411, comma 4, c.c.)», come pure nel caso in cui «nel decreto di nomina dell'amministratore o in un provvedimento successivo, il giudice abbia disposto che le eredità devolute al sostenuto siano accettate dall'amministratore in rappresentanza esclusiva dell'amministrato (art. 405, comma 5, n. 3, c.c.) o siano accettate dall'amministrato con l'assistenza necessaria dell'amministratore (art. 405, comma 5, n. 4, c.c.), nella forma dell'accettazione beneficata»; da tale ultima precisazione pare potersi argomentare che il giudice tutelare potrebbe disporre per l'accettazione compiuta dall'amministratore o con l'amministratore pure senza che, con essa, si imponga l'obbligo dell'inventario.

[3] Trib. Vercelli, 3.3.2017, (G. tut. Bianconi), in *Fam. e dir.*, 2018, 279, con nota di Arfani, *Sulla possibilità, per il beneficiario di amministrazione di sostegno, di accettare tacitamente l'eredità.*

[4] Invocando il principio espresso, tra le altre, da Cass., ord. 1°.3.2021, n. 5569, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*, e già da Cass., 23.6.1958, n. 2226, in *Mass. Foro it.*, 1958.

la devoluzione alla competenza del Giudice tutelare delle autorizzazioni in precedenza ripartite tra tale giudice ed il Tribunale.

L'art. 374, n. 6, cod. civ. dispone che il tutore non può senza l'autorizzazione del Giudice tutelare accettare eredità o rinunciarvi, accettare donazioni o legati soggetti a pesi o condizioni.

Come noto, l'art. 374 cod. civ. si applica all'amministratore di sostegno immediatamente in forza di legge, cioè in forza del disposto del 1° comma dall'art. 411 cod. civ., non essendo necessario che un provvedimento del Giudice tutelare ne disponga l'applicazione secondo il meccanismo disegnato dallo stesso art. 411, comma 4°, cod. civ., per l'estensione di determinati effetti, limitazioni o decadenze previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato. Diversamente opinando, il 1° comma dell'art. 411 cod. civ., nella parte in cui menziona l'art. 374 cod. civ., sarebbe ultroneo e comporterebbe un'antinomia con il comma 4°.

I limiti della compatibilità, cui accenna il comma 1°, sono rispettati (e dunque l'art. 374 deve applicarsi) nel caso in cui possa ritenersi – dalla lettura del decreto istitutivo dell'amministrazione o da successivi decreti integrativi – che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno sia stato privato della capacità di agire in generale ovvero con riguardo agli atti di straordinaria amministrazione (quali quelli enumerati dall'art. 374) ovvero specificamente con riguardo all'accettazione o rinuncia all'eredità (mediante espressa estensione, *ex* art. 411, comma 4°, cod. civ., dell'art. 374 cod. civ.).

È, infatti, evidente che, qualora il beneficiario non sia stato privato della capacità di agire in via generale o per gli atti di straordinaria amministrazione ovvero quando rispetto a tali atti non sia stata prevista l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno (e dunque la necessità del concorso delle volontà di beneficiario ed amministratore: c.d. atto complesso), egli dovrà considerarsi capace di agire, *ex* art. 409, comma 1°, cod. civ., e potrà compiere, *personalmente* e *da solo* (cioè senza rappresentanza ed assistenza dell'amministratore), l'atto di accettazione di eredità, tanto in forma espressa quanto in forma tacita. Soluzione sulla quale concorda la dottrina pressoché unanime[5].

Nel caso che offre occasione a queste pagine, dal decreto istitutivo della misura, pronunciato dal Giudice tutelare, si ricava: *a*) la totale privazione della capacità di agire del beneficiario, desumibile dal conferimento del potere rappresentativo in capo all'amministratore per il compimento di "*tutte le attività e gli atti di ordinaria amministrazione*", dal che si desume la privazione della capacità di agire, *a fortiori*, per gli atti di straordinaria amministrazione; *b*) l'imposizione all'amministratore della previa autorizzazione per il compimento degli atti di cui all'art. 374 (e, dell'allora vigente, art. 375) cod. civ.

L'espressa, specifica previsione della necessaria preventiva autorizzazione per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 374 (e 375) cod. civ. da parte dell'amministratore di sostegno, prevista nel decreto istitutivo, esime, nel caso di specie, dall'approfondire la questione se per il valido compimento degli atti di straordinaria amministrazione possa ritenersi sufficiente il conferimento del potere rappresentativo per essi disposto nel decreto istitutivo (o in successivi decreti); peraltro, tale questione è risolta in senso negativo dalla prevalente dottrina[6].

---

[5] Roma, *Amministrazione di sostegno ed accettazione beneficata di eredità*, in *Casi controversi in materia di diritto delle successioni*, I, *Esperienze italiane*, a cura di Scola e Tescaro, Esi, 2019, 71, ed *ivi* riferimenti bibliografici.

[6] A ragione, osserva Genghini, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, 3ª ed., Cedam, 2023, 1218, che «l'autorizzazione è richiesta per il compimento degli atti per i quali è prevista la rappresentanza ovvero l'assistenza necessaria: si ritiene, infatti, che il decreto di nomina dell'ammini-

In conclusione, non sussiste dubbio che l'autorizzazione all'accettazione di eredità dovesse essere *a*) richiesta dall'amministratore di sostegno (la lettera del decreto, infatti, recita: «*dispone* (…) *che l'A.S. chieda la preventiva autorizzazione del giudice tutelare per gli atti di straordinaria amministrazione di cui agli artt. 374 e 375 C.C.*») e *b*) comunque, se del caso, concessa dal Giudice tutelare, tanto in forza del dispositivo del decreto medesimo, quanto *ex lege*, per le ragioni sopra illustrate.

Non consta che l'autorizzazione sia stata richiesta né che l'autorizzazione all'accettazione sia stata comunque rilasciata dal Giudice tutelare; così come non risulta che vi sia stata un'accettazione espressa dell'eredità compiuta dall'amministratore di sostegno in nome e per conto della beneficiaria.

3. *L'accettazione tacita di eredità ad opera dell'amministratore di sostegno*

L'ulteriore questione da dirimere è se il compimento di un atto di straordinaria amministrazione posto in essere dall'amministratore di sostegno, in nome e nell'interesse del beneficiario ed autorizzato dal Giudice tutelare, possa valere quale accettazione tacita a mente dell'art. 476 cod. civ.

È principio consolidato quello secondo il quale non è ammessa l'accettazione tacita dell'eredità ad opera dei legali rappresentanti di soggetti incapaci di agire poiché per i medesimi è imposta l'accettazione col beneficio di inventario (artt. 471 e 472 cod. civ.).

Con riguardo all'amministrazione di sostegno, l'accettazione beneficiata, come si è accennato, non è imposta dalla legge: l'art. 411, comma 1°, cod. civ. non annovera tra gli articoli da applicare, in quanto compatibili, l'art. 471 né l'art. 472 cod. civ. Si ritiene che il beneficio di inventario debba essere disposto espressamente dal Giudice tutelare, facendo applicazione del meccanismo dell'art. 411, comma 4°, cod. civ.

La giurisprudenza di merito, come si è accennato, è divisa tra le decisioni che reputano necessario il beneficio e quelle che ammettono l'accettazione pura e semplice.

L'esclusione della necessità dell'accettazione beneficiata e, dunque, la possibilità che l'accettazione possa avvenire puramente e semplicemente dovrebbe consentire anche l'accettazione in forma tacita. Ma l'accettazione pura e semplice deve comunque essere autorizzata dal Giudice tutelare per le ragioni sopra illustrate: *a*) la previsione di legge *ex* art. 411, comma 1°, cod. civ. e *b*) nel caso di specie, l'espressa previsione che gli atti di straordinaria amministrazione *ex* art. 374 cod. civ. siano previamente autorizzati dal Giudice tutelare.

L'applicazione necessaria della norma che impone l'autorizzazione del Giudice tutelare per l'accettazione di eredità *ex* art. 374 cod. civ. comporta l'esclusione radicale dell'ammissibilità da parte del legale rappresentante di un'accettazione tacita, cioè mediante il compimento di un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare

---

stratore di sostegno abbia *natura programmatica*, nel senso che esso indichi solo cosa, e come, l'amministratore ed il beneficiario possano fare; e che sia sempre necessario ricorrere al giudice tutelare per ottenere l'autorizzazione al compimento dell'atto, non essendo l'amministratore di sostegno automaticamente autorizzato ad agire in forza del solo decreto di nomina». In tale direzione convergono sia la lettera dell'art. 405 cod. civ., «che parla di "*indicazione*" degli atti nel provvedimento di nomina, e non anche di autorizzazione implicita al compimento degli stessi», sia «l'espresso richiamo compiuto dall'art. 411 cod. civ. agli artt. 374 e 375 cod. civ. (richiamo che non avrebbe avuto ragione d'essere qualora si ritenesse l'amministratore automaticamente autorizzato ad agire in forza del solo decreto di nomina)». L'autorizzazione contestuale alla nomina pare rivesta carattere eccezionale, essendo espressamente contemplata solo per l'amministratore di sostegno provvisorio *ex* art. 405, comma 4°, cod. civ.

e che non avrebbe il diritto di fare se non nella qualità di erede, e ciò pur quando tale atto sia stato autorizzato dal Giudice tutelare. Con la sola eccezione, forse, dell'ipotesi in cui il Giudice tutelare abbia contestualmente autorizzato l'accettazione di eredità mediante il compimento dell'atto idoneo ad integrare l'accettazione tacita, a sua volta autorizzato pur esso: in sostanza, è necessario che il provvedimento giudiziale autorizzi – su domanda dell'amministratore – l'accettazione di eredità mediante il compimento dell'atto idoneo a produrre accettazione tacita che, a sua volta, deve essere espressamente autorizzato su istanza dell'amministratore.

In altri termini, non può riconoscersi al provvedimento autorizzativo di un atto di straordinaria amministrazione *ex* art. 374 cod. civ. (o, prima dell'abrogazione, dell'art. 375), richiesto per un atto diverso dall'accettazione di eredità, la natura e l'efficacia di provvedimento autorizzativo dell'accettazione dell'eredità, quasi fosse un'autorizzazione implicita o, pur essa, tacita all'accettazione di eredità da effettuarsi dal legale rappresentante, a sua volta, tacitamente.

Le ragioni di tale conclusione mi pare possano essere più di una.

In primis, con riguardo alla previsione dell'art. 374 cod. civ. (nella lettura combinata con l'art. 411, comma 1°, cod. civ.), la disposizione considera tipicamente e tassativamente (secondo la giurisprudenza di legittimità[7]) gli atti in essa enumerati per affidare all'organo giudiziario una valutazione di non dannosità (secondo molti, pure di necessità o utilità evidente per l'incapace), che è pertanto sottratta all'esclusiva valutazione del rappresentante legale (ché altrimenti l'autorizzazione non avrebbe senso). La *ratio* della autorizzazione postula che il Giudice tutelare sia posto in condizione di apprezzare, in relazione al singolo atto da autorizzare, le circostanze fattuali relative alla sfera giuridica dell'incapace, le conseguenze fattuali e le implicazioni giuridiche che il compimento dell'atto produce; pertanto è imprescindibile che all'organo giudiziario sia richiesta l'autorizzazione per il compimento di quello specifico atto soggetto ad autorizzazione, fornendosi contestualmente dal rappresentante legale le ragioni, in fatto e in diritto, su cui la domanda si fonda.

Inoltre, con riguardo all'art. 411, comma 1°, cod. civ., nella parte in cui richiama l'art. 374 cod. civ., e dunque la necessità dell'autorizzazione per l'accettazione di eredità, e con riguardo allo stesso art. 411, comma 4°, cod. civ., nella parte in cui legittima l'estensione, per specifico provvedimento giudiziale, dell'obbligo dell'accettazione beneficiata *ex* artt. 471 o 472 cod. civ., risulta ulteriormente confermata la necessità dell'autorizzazione giudiziale per l'accettazione di eredità e, ulteriormente, la necessità che un'eventuale accettazione tacita – ove per ipotesi si reputi ammissibile – debba essere espressamente autorizzata con provvedimento che autorizzi, nel contempo, il singolo atto comportante accettazione tacita.

4. *La necessità di specifica autorizzazione all'accettazione tacita*

E, infatti, è proprio la mancata previsione legislativa dell'obbligo di accettazione beneficiata (artt. 471 e 472 cod. civ.) e la possibilità che essa sia imposta dal giudice mediante il meccanismo dell'art. 411, comma 4°, cod. civ., a confermare la necessità dell'espressa autorizzazione giudiziale all'accettazione di eredità *ex* art. 374 cod. civ. (con

[7] Cass., 1°.8.2003, n. 11748, in *Arch. civ.*, 2004, 791.

l'apprezzamento giudiziale che essa presuppone), tanto per l'accettazione espressa quanto, ed *a fortiori*, per la (ipotizzata, in tesi) accettazione tacita.

Se, invero, si pone mente al fatto che al Giudice tutelare è rimesso dal sistema (art. 411, comma 4°, cod. civ.) il potere di disporre o meno l'accettazione beneficiata (a tutela del beneficiario chiamato alla successione), ciò postula che lo stesso giudice sia posto in condizione di apprezzare la complessiva situazione di fatto e di diritto del beneficiario chiamato, valutando dannosità, necessità e utilità dell'accettazione per il medesimo nonché gli elementi di fatto – situazione dell'eredità – che possono imporre l'accettazione col beneficio d'inventario[8]. Ciò è garantito proprio dall'applicazione necessaria dell'art. 374, n. 6, cod. civ., cioè dalla richiesta di autorizzazione di accettazione (o rinunzia) dell'eredità: solo in sede di cognizione della relativa istanza, corredata dalla descrizione ad opera dell'istante amministratore di sostegno delle circostanze di fatto relative all'eredità delata ed alle condizioni patrimoniali del beneficiario, il Giudice è posto in condizione di provvedere consapevolmente. Il che comporta che al Giudice tutelare debba essere specificamente richiesta l'autorizzazione all'accettazione di eredità, o che debba – ove si ammetta in astratto la possibilità di un'accettazione tacita ad opera dell'amministratore – essere quanto meno rappresentato che il compimento dell'atto per cui si chiede autorizzazione è idoneo a comportare accettazione tacita.

Ed allora, in applicazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il giudice dovrebbe *a*) autorizzare o meno l'accettazione di eredità e *b*), nel caso in cui sia chiesto il compimento di atto di straordinaria amministrazione comportante accettazione tacita, autorizzare, espressamente e contestualmente, l'atto di straordinaria amministrazione e l'accettazione tacita mediante il compimento dello stesso. In difetto di espressa autorizzazione all'accettazione (anche tacita) di eredità, il Giudice potrebbe autorizzare l'atto di straordinaria amministrazione (diverso dall'accettazione di eredità) nella mancata consapevolezza del possibile effetto (l'accettazione tacita) che esso potrebbe produrre. Tutto ciò si tradurrebbe in un *vulnus* alla tutela del beneficiario e potrebbe integrare – nell'ipotesi in cui l'amministratore di sostegno taccia al Giudice tutelare l'esistenza di una chiamata alla successione e, dunque, taccia che l'atto autorizzato può produrre l'accettazione (tacita) – la stessa invalidità dell'autorizzazione al compimento dell'atto di straordinaria amministrazione diverso dall'accettazione di eredità (ingenerando contenzioso ed esponendo l'amministratore di sostegno a responsabilità per danni), in quanto pronunciata nell'ignoranza degli effetti ulteriori che esso produce (l'accettazione di eredità). L'ipotesi non sembra dissimile, *mutatis mutandis*, dall'errore di fatto legittimante la revocazione *ex* art. 395, n. 4, cod. proc. civ. Peraltro, la mancata allegazio-

[8] Deve, inoltre, considerarsi che la necessità della istanza specifica per l'autorizzazione all'accettazione di eredità, con l'allegazione degli elementi di fatto relativi alla stessa ed alle condizioni patrimoniali del beneficiario, si rende necessaria pur quando l'eredità non sia gravata da passività (e dunque non abbisogna di accettazione beneficiata) potendo il Giudice pervenire alla decisione di negare l'autorizzazione all'accettazione; la necessità del provvedimento di autorizzazione all'accettazione è ritenuto indispensabile, per la valutazione di opportunità che esso comporta, per interdetti e minori, sebbene l'accettazione per costoro debba sempre essere beneficiata, «dal momento che anche l'acquisto di beni ereditari può essere potenzialmente pregiudizievole per il minore, se, ad esempio, ha ad oggetto beni immobili o mobili che richiedano alti costi di manutenzione, a fronte di nulla o scarsa redditività» (Naddeo, *Della tutela e dell'emancipazione*, *artt. 343-399*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2018, 290). A maggior ragione, identica conclusione si pone con riguardo al beneficiario di amministrazione di sostegno per il quale il beneficio di inventario è meramente eventuale, dipendendo la relativa applicazione da una decisione giudiziale *ex* art. 411, comma 4°, cod. civ. e non da una previa valutazione tipica del legislatore (come accade per minori ed interdetti, e pure emancipati ed inabilitati).

ne, nell'istanza per l'autorizzazione al compimento di un atto comportante, in ipotesi, accettazione tacita, da parte dell'amministratore *a*) della chiamata alla successione del beneficiario e/o *b*) della ragionevole probabilità che l'eredità sia *damnosa* parrebbe dover esporre l'amministratore a responsabilità per danni, sia l'omissione colposa o dolosa.

Da ultimo, ancora con riguardo all'art. 374 cod. civ. in quanto richiamato dall'art. 411, comma 1°, cod. civ., si ricava che il potere di accettare l'eredità da parte dell'amministratore di sostegno esula dal novero dei poteri che lo stesso può esercitare liberamente ed autonomamente (come accade per gli atti di ordinaria amministrazione), essendo soggetto il relativo esercizio all'autorizzazione giudiziale. Ammettere che il compimento di un atto che importa accettazione tacita, pur quando autorizzato dal giudice ma nell'ignoranza della situazione di fatto che determina l'ulteriore effetto successorio, possa comportare l'accettazione tacita, provoca l'inammissibile conseguenza di disapplicare l'art. 374, n. 6, cod. civ., rendendo di fatto l'amministratore di sostegno – versi in colpa o in dolo nulla cambia – titolare del potere, incontrollabile *ex ante*, di accettare l'eredità per il beneficiario, con rimozione, in difetto di qualsivoglia ancoraggio normativo, del limite imposto dalla legge all'esercizio di tale potere rappresentativo[9].

Queste conclusioni trovano conferma nell'unico, per quanto consta, precedente giurisprudenziale, sopra richiamato, che ha ammesso l'accettazione tacita di eredità, peraltro a favore di beneficiario incapace parziale di agire (trattandosi di amministrazione c.d. di assistenza e non di rappresentanza, e dunque implicante il concorso della volontà di beneficiario ed amministratore[10]).

Le ricorrenti, beneficiaria ed amministratrice di sostegno, avevano chiesto *a*) l'autorizzazione alla riscossione di capitali, ma nel contempo avevano *b*) «*espressamente soggiunto che ciò comporterebbe accettazione tacita del compendio relitto*» e *c*) pure, «*allegando la dichiarazione di successione, hanno altresì dimostrato l'assenza di passività del medesimo*». Nel dispositivo del decreto di autorizzazione, si legge esattamente: «(…) *in accoglimento del ricorso, autorizza le istanti alla riscossione dei valori mobiliari caduti nel compendio ereditario* (…); *autorizza per l'effetto l'accettazione tacita del compendio morendo dismesso dalla* de cuius».

Il passaggio essenziale della motivazione che ammette l'accettazione tacita dell'eredità impone che nell'istanza per l'autorizzazione al compimento dell'atto implicante accettazione tacita sia «*necessariamente*» illustrato che quell'atto comporterà accettazione tacita: «*La precisazione che si rende peraltro indispensabile, è quella per cui, laddove al beneficiario sia imposto di accettare l'eredità solo previa autorizzazione del Giudice tutelare (art. 374, comma 1, nr. 3, c.c.) – o in ogni caso gli sia precluso di negoziare validamente atti concernenti la straordinaria amministrazione patrimoniale – dovrà essere sottoposta alla relativa autorizzazione proprio l'atto il cui compimento importerà accettazione ereditaria. In*

[9] Non a caso, invero, il consolidato avviso della giurisprudenza di legittimità giunge persino ad escludere radicalmente che l'accettazione tacita di eredità rientri tra i poteri del rappresentante legale dell'incapace e ne sostiene, pertanto, l'improduttività di effetti giuridici nei confronti di costui: v. le decisioni richiamate, *infra*, alla nt. 14.

[10] Nella motivazione, si legge, infatti: «*Con riferimento all'attività concernente la straordinaria amministrazione, questo Magistrato deferiva all'amministratrice di sostegno poteri così detti in assistenza, ex art. 405, comma 5, n. 4, c.c., disponendo che salva l'autorizzazione giudiziale – i relativi atti potessero dirsi validamente negoziati solo ove sottoscritti sia dalla beneficiaria che dalla amministratrice di sostegno*"; e, ancora: "*Deve premettersi come il decreto di nomina relativo al caso di specie indichi, tra gli atti di straordinaria amministrazione patrimoniale da compiersi con l'assistenza necessaria dell'amministratrice di sostegno, tanto la riscossione di capitali* (Omissis) *quanto l'accettazione di eredità, con sostanziale richiamo alle norme di cui ai numeri 2) e 3) dell'art. 374 c.c.*».

mancanza, l'accettazione tacita dell'eredità potrà sì dirsi compiuta, ma certo non validamente, giusta il disposto di cui all'art. 412 c.c. È appena il caso di notare, poi, che il compimento dell'atto che comporti accettazione tacita, nella gran parte dei casi, sarà anch'esso soggetto al medesimo regime autorizzativo (si pensi alla riscossione di capitali, o alla vendita di beni), ciò che determinerà dunque una duplice valenza in capo al decreto del Giudice tutelare, da intendersi quale condicio juris *tanto del valido compimento dell'atto espresso, quanto della valida accettazione tacita dell'asse ereditario. Questo implica dunque necessariamente che, in sede di istanza al Giudice tutelare, l'interessato illustri compiutamente non solo i contenuti dell'atto da autorizzarsi, ma altresì che il compimento dello stesso determinerà gli effetti di cui all'art. 476 c.c., e che questi ultimi saranno forieri di conseguenze positive per il soggetto beneficiario, o quantomeno scevri da controindicazioni*».

La dottrina, a commento del provvedimento, nel sottolineare la centralità (della necessaria funzione bivalente) del provvedimento autorizzatorio, ha esattamente rimarcato: «A ben vedere, pertanto, l'atto, che integra accettazione tacita dell'eredità, non è tanto la richiesta avanzata dal beneficiario-delato, quanto l'autorizzazione rilasciata dal Giudice tutelare. Ciò comporta, come lo stesso provvedimento sottolinea, che il contenuto dell'istanza debba essere il più possibile preciso e articolato, sì da consentire al Giudice tutelare di poter deliberare compiutamente sulla richiesta, attesi gli importanti effetti successori che ne derivano»[11].

5. *Le conseguenze ipotizzabili di un'accettazione tacita non autorizzata dell'amministratore di sostegno*

Ove si ritenga, seguendo l'innovativa proposta interpretativa, l'ammissibilità di un'accettazione tacita da parte del beneficiario per il tramite dell'amministratore di sostegno (con funzioni di rappresentanza o anche solo di assistenza), resta da esaminare quale sia la sorte di un'asserita (come nel caso che offre spunto a queste pagine) accettazione tacita di eredità, argomentata in forza del compimento di un atto riconducibile alla previsione dell'art. 476 cod. civ., e priva, tuttavia, nel singolo caso di una specifica autorizzazione a tale forma di accettazione.

In particolare, può affermarsi che l'effettivo compimento dell'atto, previamente autorizzato ma nella totale ignoranza da parte del Giudice tutelare dell'idoneità astratta a comportare il rilevante effetto successorio, comporti nondimeno accettazione?

La risposta dovrebbe essere negativa in forza del rilievo generale secondo cui, a fronte dell'ablazione o della limitazione della capacità di agire del beneficiario e della correlativa attribuzione all'amministratore del potere di compiere gli atti di cui all'art. 374 cod. civ. previa l'autorizzazione da esso prevista, non può darsi accettazione o, comunque, essa è invalida o inefficace, secondo le diverse ricostruzioni prospettabili.

Le soluzioni possibili oscillano, infatti, tra l'annullabilità dell'accettazione e la sua radicale inefficacia; ciò, peraltro, comporta essenziali differenze nelle ricadute in tema di legittimazione dei relativi rimedi, che nel caso di specie assumono considerevole rilievo.

La soluzione dell'*annullabilità*, troverebbe diretto ancoraggio nell'art. 377 cod. civ., espressamente richiamato dall'art. 411, comma 1°, cod. civ. Ne consegue che soggetti le-

[11] Arfani, *Sulla possibilità, per il beneficiario di amministrazione di sostegno, di accettare tacitamente l'eredità*, cit., 284.

gittimati all'azione di annullamento sono, ai sensi dell'art. 377 cod. civ., l'amministratore di sostegno, lo stesso beneficiario, i suoi eredi o aventi causa. Non manca chi afferma – per l'ipotesi in cui l'atto in violazione di legge sia stato compiuto dall'amministratore – la legittimazione straordinaria del pubblico ministero, facendo applicazione dell'art. 412 cod. civ. (come ritiene il citato Tribunale di Vercelli)[12]. Ove si segua la tesi dell'annullabilità, la posizione della figlia, divenuta erede e perciò proprietaria del bene esecutato, risulterebbe penalizzata, difettando in capo ad essa, in vita della madre, la legittimazione all'impugnazione dell'accettazione (tacita) di eredità. Doppiamente penalizzata se si considera che la rilevabilità di ufficio dell'annullabilità da parte del giudice è esclusa[13].

L'annullabilità, conseguente all'applicazione dell'art. 377 cod. civ. o dell'art. 412 cod. civ., costituisce la via più piana e diretta; tuttavia essa, nel caso dell'accettazione tacita, si scontra con l'assoluta particolarità che tale figura presenta nel contesto dell'amministrazione di sostegno, qualora l'atto idoneo a produrre l'effetto acquisitivo non sia stato apprezzato come tale dal Giudice tutelare nella sua specifica ulteriore idoneità funzionale in relazione alla situazione di fatto del singolo caso. Mi pare che la sanzione dell'annullabilità prevista dall'art. 377 cod. civ. per gli atti posti in essere senza l'osservanza delle autorizzazioni prescritte dagli artt. 371-376 cod. civ. e, per quanto qui interessa, dall'art. 374 cod. civ., sia pienamente coerente con il sistema (per così dire, tradizionale) da essi previsto, nel quale ciascuno degli atti autorizzandi, da un lato, assume una morfologia ben definita e precisa, dall'altro, produce effetti (diretti) altrettanto certi e prevedibili per beneficiario e terzi, e come tali valutabili dal giudice in vista della decisione sull'autorizzazione. Per contro, nell'atto in astratto comportante accettazione tacita, compiuto dall'amministratore (o, con lui, dal beneficiario) e pure autorizzato in conformità alle previsioni dell'art. 374 cod. civ., non sussiste affatto la conoscibilità *ex se* (cioè in assenza di espressa e precisa informazione da parte dell'amministratore) da parte del Giudice tutelare dei presupposti di fatto idonei a provocare l'(ulteriore) effetto acquisitivo. A tacere del fatto che persino l'amministratore potrebbe ignorare la chiamata a favore del beneficiario. I rischi per il beneficiario e per i terzi sono troppo consistenti per ammettere l'efficacia precaria propria dell'atto annullabile.

A scongiurare tali rischi, soccorre la tesi dell'*inefficacia* dell'accettazione tacita, ove non espressamente autorizzata dal Giudice tutelare. Essa potrebbe argomentarsi secondo due percorsi, entrambi radicali quanto alle loro conseguenze. Il primo si sostanzia nel ribadire il consolidato principio di legittimità che esclude per gli incapaci di agire ogni effetto giuridico di un'accettazione tacita compiuta dal legale rappresentante, col rilievo secondo cui tale forma di accettazione, fatta cioè col compimento di uno degli atti menzionati dall'art. 476 c.c., non rientra tra i poteri del legale rappresentante, con la conseguenza che l'incapace rimane nella posizione di chiamato all'eredità fino a quando egli stesso o il suo rappresentante eserciti il diritto di accettare o di rinunciare all'eredità entro il termine di prescrizione[14]. Il secondo potrebbe muovere dalla (problematica) teorica dell'inesistenza[15], riconducendovi l'accettazione tacita di eredità, per l'inammis-

[12] Osserva, al riguardo Delle Monache, nel *Commentario Cian-Trabucchi*, 15a ed., Cedam, 2022, *sub* art. 412, 495, che l'art. 412 cod. civ., sancendo l'annullabilità dell'atto compiuto dall'amministratore in difetto delle autorizzazioni richieste dall'art. 374 cod. civ., si conforma all'identica previsione dell'art. 377 cod. civ., salva proprio l'estensione della legittimazione all'azione al pubblico ministero.

[13] Cass., 16.11.2000, n. 14869, in *www.onelegale.wolterskluwer.it*

[14] Cass., 27.2.1995, n. 2276, in *Vita not*., 1996, 256, e Cass., 1°.2.2007, n. 2211, in *Foro it*., 2007, I, 2823.

[15] Non senza tacersi le difficoltà che presenta il ricorso alla categoria dell'inesistenza.

sibilità della figura medesima in termini generali con riguardo al beneficiario incapace e sostituito dall'amministratore, oppure (e forse più pianamente) dalla nullità di un'accettazione tacita riconducibile alla violazione dell'ordine pubblico a tutela degli incapaci e dei terzi: in sostanza, ad essere invalidata non sarebbe l'accettazione espressa in difetto di autorizzazione, che darebbe luogo ad annullabilità, ma l'accettazione tacita che sarebbe improduttiva di effetti ove all'amministratore non sia stata concessa la specifica autorizzazione; tale autorizzazione non avrebbe il ruolo di rimozione di un limite all'esercizio di un potere esistente in capo all'amministratore, ma si porrebbe come elemento costitutivo dell'accettazione tacita imposta per ragioni di ordine pubblico, sostanziale (la tutela degli incapaci) e processuale (la prevenzione della pronuncia di provvedimenti autorizzativi – nella specie, per l'atto che importa accettazione tacita – produttivi di effetti ulteriori – l'accettazione di eredità – che potrebbero essere ignorati dal giudice).

LILIANA ROSSI CARLEO

I DIRITTI FONDAMENTALI DEI CONSUMATORI TRA SPECIFICITÀ E COMPLEMENTARIETÀ

SOMMARIO: 1. Centralità della persona e diritti fondamentali dei consumatori. – 2. L'elenco dei diritti riconosciuti come fondamentali dal comma 2 dell'articolo 2 del codice del consumo. – 3. I caratteri peculiari: specificità e complementarietà. – 4. Informazione ed educazione.

1. *Centralità della persona e diritti fondamentali dei consumatori*

L'immagine della "realtà sociale" come una "scena animata da diversi protagonisti" utilizzata nel Manuale dal Maestro che andiamo ad onorare ci permette di riconoscere anche nel consumatore un attore primario intorno al quale, per via dell'evoluzione vertiginosa del contesto in cui egli si muove, si succedono continui cambiamenti che determinano interventi normativi che conformano la stessa realtà sociale, in chiave funzionale agli interessi dei consumatori e del mercato.

Il *fil rouge* che tiene insieme i diversi interventi normativi sembra potersi individuare nei diritti fondamentali. Invero, giova ricordare che, a livello normativo, l'attenzione riservata ai diritti fondamentali dei consumatori traspare già nel lavoro di riaggregazione sistematica che ha portato nel 2005 all'emanazione del codice del consumo, come si ricorda nella Relazione che ha accompagnato la sua introduzione; né l'ha posta nell'ombra l'opzione sistematica dell'art. 1 su "finalità" e "oggetto" del Codice, che anticipa la norma sui diritti fondamentali in virtù del principio di gerarchia delle fonti e del rapporto tra regole generali e di settore che serve a chiarire la forza delle regole successive tra cui, proprio nelle Disposizioni generali del codice del consumo, segue la norma sui diritti fondamentali.

In questa prospettiva, che si pone nel solco dell'art. 169 T.F.U.E., le cui radici si rinvengono già nella Risoluzione sui diritti del consumatore del 14 aprile 1975 (GUCE, 25 aprile 1975, N. C92/1), va letto l'art. 2 del cod. cons. che riproduce, pressoché testualmente, l'art. 1 della legge 281/1998, orgogliosamente definita *Bill of right* dei consumatori. Nella legislazione a tutela del consumatore, la legge del 1998, fra le poche non di diretta derivazione europea e confluita nel codice del consumo quasi per intero, sebbene in maniera frastagliata rispetto al suo impianto originario, ha inteso rappresentare il tentativo del nostro legislatore di stabilire una sorta di "zoccolo duro" per la tutela dei diritti del consumatore.

Il linguaggio di questa legge, presentata come statuto dei consumatori, sembra far sorgere il sospetto che si sia voluto supplire, sia pure in via ordinaria e, quindi, impropriamente, alla mancanza di un richiamo espresso al consumatore nella nostra Costituzione, sebbene nessuno abbia mai inteso revocare in dubbio che la tutela del consumatore, pur nella specificità del suo essere, trovi comunque le proprie basi nelle principali disposizioni della Carta costituzionale.

Di recente (18 gennaio 2023) è stata, tuttavia, presentata alla Camera una proposta di legge costituzionale per inserire la tutela dei consumatori nella Costituzione. Essa

prevede che all'art. 35 della Costituzione venga aggiunto il seguente comma: «*Promuove* e *garantisce la tutela dei consumatori e degli utenti, dei loro diritti ed interessi economici. La legge definisce l'effettiva tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti, ne favorisce l'informazione e l'educazione, disciplina le modalità delle loro associazioni rappresentative*» e all'art. 99, comma 1, della Costituzione, dopo le parole «*delle categorie produttive*» vengano inserite le seguenti parole «*dei consumatori e degli utenti*».

Ciò premesso, nel considerare la valenza dei diritti fondamentali dei consumatori, non si può prescindere dal tener conto di come, nella disciplina positiva, venga declinato in concreto lo statuto dei consumatori e, ancor prima, configurata sul piano giuridico la figura del consumatore. Si coglie subito, malgrado la definizione puntuale, anch'essa di origine europea, riportata nell'art. 3 cod. cons., che si tratta di una nozione a geometria variabile, in continuo divenire il che, peraltro, appare inevitabile per una figura ontologicamente dinamica. Il consumatore esiste in virtù del rapporto relazionale che lo coinvolge e va osservato nel contesto nel quale opera.

Queste due variabili (relazione e contesto) danno luogo al proliferare delle numerose figure – ad esempio consumatore/turista, consumatore/investitore, utente di servizi essenziali – che hanno indotto già da tempo a parlare del "consumatore frazionato", dando atto delle molteplici dinamiche che possono connotarne l'agire ancor più che l'essenza.

Frazionare la figura del consumatore non significa tuttavia negarne la valenza unitaria concettuale sul piano sistematico ma è operazione logica necessaria a dare testimonianza della complessità della nozione che si ricompone tuttavia nella sua unità alla luce dei principi generali.

Prima di procedere, appare utile un chiarimento per evitare equivoci di natura terminologica che potrebbero essere forieri di un'interpretazione sistematica non corretta: malgrado il costante riferimento alla "persona/consumatore", i concetti di persona o meglio di persona fisica e consumatore non si identificano e, ugualmente, i diritti fondamentali del consumatore hanno peculiarità che li distinguono dai diritti fondamentali della persona e che non si tutelano attraverso i medesimi meccanismi dei diritti fondamentali della persona.

Il consumatore esprime infatti, piuttosto, una "dimensione della persona" o meglio, delle persone, posto che il consumatore viene considerato come soggetto collettivo, malgrado l'uso frequente del singolare (si pensi per tutti al consumatore medio).

Ne consegue che, oltre ad essere titolare di diritti della persona, il consumatore è anche titolare di diritti ulteriori che trovano nella dimensione collettiva la propria ragion d'essere e che variano in considerazione del contesto in cui il consumatore/persona agisce, connotato da socialità crescente e da un'elevata dinamicità che contraddistingue l'attività rispetto alla quale assume valenza la sua qualità di consumatore.

La specificità del consumatore/persona e, di conseguenza, la peculiarità dei suoi diritti fondamentali e l'interazione tra questi e i diritti fondamentali della Persona evidenzia, da un lato, la complessità del sistema di regole e principi che ruotano intorno alla figura, per cui si va dal generale al particolare e viceversa, dall'altro lato, la circolarità e l'interdipendenza fra principi e regole.

La centralità della persona umana è l'aspetto fondante del sistema che dà coerenza al tutto.

Questa centralità emerge con chiarezza malgrado la complessità del sistema delle fonti, sia sovraordinate (Trattati e Carta dei diritti fondamentali dell'UE, Costituzione),

sia europee , sia nazionali declinate al plurale in maniera orizzontale. A tale riguardo possiamo limitarci a richiamare solo alcune delle più recenti discipline che maggiormente si intersecano in maniera diretta con il diritto dei consumatori. Da questa angolazione la centralità della persona umana traspare con evidenza e trova conferma nella visione antropocentrica che caratterizza sia il regolamento UE n. 679/2016 (c.d. GDPR: *General Data Protection Regulation*) sia la proposta di regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale (COM/2021/206 final).

Tale impostazione, chiaramente adottata dal legislatore, supera una visione meramente utilitaristica o essenzialmente incentrata sulla tecno-economia e comporta una pluralità di ricadute operative poiché incide sulla lettura sistematica della intera disciplina.

A titolo esemplificativo possiamo ricordare che essa sembra incidere, fra l'altro, sullo statuto concettuale e metodologico che guarda all'*homo oeconomicus* le cui scelte risultano ispirate solo da incentivi economici, favorendo l'ingresso alla concorrente considerazione della "razionalità limitata" che pone la necessità di prendere in esame anche motivazioni irrazionali assegnando, quindi, un più incisivo rilievo ai diritti fondamentali che, ovviamente, non possono essere letti solo come diritti economici. Occorre ancora osservare che il moltiplicarsi dei riferimenti alla socialità e allo sviluppo sostenibile confermano la crescente rilevanza del consumatore come persona in un sistema nel quale anche i rapporti economici vanno letti in un nesso inscindibile con le istanze solidaristiche, dovendo le norme sul mercato realizzarsi in conformità con quanto esprime la rilevata centralità della persona umana.

2. *L'elenco dei diritti riconosciuti come fondamentali dal comma 2 dell'articolo 2 del codice del consumo*

Il riconoscimento e la garanzia dei diritti dei consumatori, sancita dall'art 2, comma 1, cod. cons., trova una prima importante attuazione nella predisposizione di un elenco di diritti che il comma 2 del medesimo articolo qualifica, in maniera più enfatica che tecnica, come «fondamentali».

Sembra ormai consolidata una lettura, per così dire, correttiva del termine privilegiando, rispetto a quella «diritti fondamentali», la dizione «diritti essenziali», ossia diritti suscettibili di effettivi rimedi a seguito di una loro violazione. Non mancano, però, letture che, analizzando i singoli diritti fondamentali attribuiti dall'art. 2 cod. cons., evidenziano rispetto a ciascuno di essi il fondamento costituzionale che, in una visione di sistema, si ritiene possibile ricavare attraverso una operazione ermeneutica evolutiva del dettato costituzionale.

In questa prospettiva, parte della dottrina rinviene nella Costituzione, pur in mancanza di un espresso richiamo alla tutela del consumatore, norme volte a confermare il rango «fondamentale» dei diritti dei consumatori. Sono state avanzate in proposito molte letture, ricche di suggestive sfaccettature che ne rendono difficile la sintesi: si può solo accennare che assumono rilievo determinante non solo l'art. 2 Cost., ma anche le norme della Costituzione economica, in particolare l'art. 41 Cost.

Peraltro, tenendo presente l'ordine giuridico del mercato, si è anche avanzata la possibilità di costruire i diritti dei consumatori come diritti riconducibili alla libertà della persona/consumatore, evidenziando che nella difesa della libertà e nella "lotta per il mercato" risiede la dignità stessa della persona nel suo essere consumatore.

Limitandoci a concentrare l'attenzione sulla pluralità dei diritti elencati, occorre osservare che essa si spiega in ragione della diversità degli interessi interconnessi, i quali comportano anche una diversità di contenuti; ne discende che essa implica la volontà di assegnare a ciascuno di tali diritti una adeguata tutela, ricorrendo, in prevalenza, alla qualificazione di diritto soggettivo, garantendone in tal modo la tutela conseguente.

A tale riguardo appare significativo osservare che la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che anche l'art. 143 cod. cons., rappresenta un ulteriore e indubbio rafforzamento di tali diritti. La norma, difatti, oltre a prevedere una ipotesi di nullità testuale di eventuali patti contrari alle previsioni codicistiche, sancisce la irrinunciabilità dei diritti fondamentali da parte del titolare, predisponendo, in tal modo, uno strumento di difesa aggiuntiva di tali diritti. Malgrado i dubbi che suscita la sua formulazione sembra possibile rilevare la valenza sistematica del principio sotteso ed esaltarne la forza espansiva.

Pur senza analizzare in dettaglio la portata di ciascuno dei vari diritti nella loro singolarità e ribadendo, comunque, che essi sono immanenti nella intera disciplina, non è però possibile revocare in dubbio l'eterogeneità delle situazioni giuridiche previste.

Queste situazioni vanno dal diritto *alla salute (lett.a)* – che sembra ribadire la rilevanza di un diritto inviolabile della persona (art. 32 Cost.) – *alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi (lett. b)* – la cui valenza precettiva trova conferma nei continui mutamenti della disciplina di riferimento) – *ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità (lett. c)* – volta a garantire la ricerca di un rimedio effettivo per la persona consumatore o utente in caso di violazione delle regole che rappresentano i pilastri sui quali si fondano le regole di mercato che fanno riferimento al consumatore – *all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà (lett. c-bis)* – che, pur facendo riferimento ad una delle discipline che hanno avuto maggiore impatto per quanto riguarda le attuali regole di mercato, aperta peraltro anche ad un consumatore non persona fisica, sembra riecheggiare, nel puntuale richiamo al rispetto dei principi di buona fede, di correttezza e di lealtà, l'art. 39 cod. cons. nella sua originaria struttura precedente al recepimento della direttiva sulle p.c.s. che già richiamava i principi suddetti , – *alla educazione al consumo (*lett. d) – ritenuta, dai più, norma priva di valenza precettiva – *alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali (lett. e)* – che apre all'esercizio di una corretta tecnica di bilanciamento in funzione di garanzia degli opposti interessi, sempre più soventemente letti in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà e ponendo sempre maggiore attenzione alla centralità della persona. Si trova ancora poi nell'elenco il riferimento – *alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti (lett. f)* – disposizione che affonda le radici nel momento storico che accompagnò la nascita del c.d. statuto dei diritti del consumatore, il cui impatto per quanto riguarda la precettività andrebbe considerato ripercorrendone la genesi e , infine, – all'*erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza (lett. g)* – norma la quale non solo dà conferma della parificazione fra consumatore e utente ma, per quanto riguarda le forme di tutela, consente di valorizzare, proprio in ragione della rilevanza dei diritti della persona/utente, un rapporto paritario fra ente erogatore ed utente.

La diversa portata precettiva dei diritti elencati potrebbe indurre ad evidenziare che, per alcuni di essi, non è possibile ricorrere alla qualificazione di diritto soggettivo, trovandoci, talvolta, di fronte a norme programmatiche e all'enunciazione di principi

(sintomatico in tal senso viene ritenuto il diritto all'educazione). Posto che per la dottrina prevalente i principi non hanno una applicazione diretta, ne discenderebbe, la necessità per l'interprete di tener conto della distinzione operativa tra principi, diritti e regole.

In questo inquadramento, seppure sommario e generale, ciò che appare importante rilevare è la comune caratteristica di questi diritti, costituita dall'ampiezza e dalla flessibilità che li contraddistingue e che dipende anche dal contesto di riferimento e dalle circostanze che portano il diritto ad assumere una conformazione variabile.

Va posta pertanto attenzione alla tecnica legislativa adottata, in quanto il legislatore, come ha esattamente evidenziato parte della dottrina, ha sancito alcuni diritti che sono stati introdotti mediante disposizioni aperte e di portata generale, che non si prestano ad un procedimento ordinario di sussunzione – che impone di considerare la corrispondenza fra la fattispecie concreta (caso al quale occorre dare una risposta) e la fattispecie astratta (prevista dalla norma) – ma impongono una valutazione del caso concreto, nella quale la rilevanza degli interessi coinvolti deve essere valutata secondo una regola di prevalenza rispetto agli altri interessi che con essi eventualmente confliggono. Si tratta di un bilanciamento in chiave funzionale agli interessi protetti.

Si discute ancora se l'elenco dell'articolo 2, che, peraltro rispetto alla sua emanazione il legislatore ha ampliato (d. lgs. 23-10-2007, n. 221) inserendo nella lettera c-*bis* il diritto «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà», configuri un numero chiuso o se costituisca un elenco aperto, in quanto i diritti si pongono come espressione essenziale rispetto a nuove istanze che potrebbero sorgere determinando la possibilità di ampliamenti e integrazioni.

Ugualmente approfondite discussioni ha suscitato il significato che assume questa elencazione per quanto riguarda la sua portata precettiva. Invero, la circostanza che l'elenco riprenda tutti i diritti che trovano nel codice del consumo una specifica disciplina, confermata, peraltro, dalla introduzione della lettera c-*bis*, potrebbe indurre a ritenere che l'elenco stesso abbia una funzione meramente ricognitiva; tuttavia la dottrina prevalente ne sottolinea, invece, la portata innovativa. A ben vedere, la norma assurge al ruolo di chiusura del sistema: ne discende, infatti, la possibilità sia di richiamarla al fine di rafforzare ipotesi di diritti essenziali dei consumatori altrove considerati, consentendo di offrire una tutela adeguata anche per casi che potrebbero restarne privi, sia di coprirne di nuovi che vengano in rilievo nel contesto in cui si muovono i consumatori, per la logica relazionale e sociale che connota le dinamiche consumeristiche.

Si riconosce cioè nell'art. 2 del Codice del Consumo il fondamento normativo dei diritti fondamentali dei consumatori, che assume valenza tanto più incisiva quanto più si riconosce alla norma elasticità sufficiente a garantire effettività alla tutela, secondo quanto sancisce l'art. 47 della Carta dei diritti.

3. *I caratteri peculiari: specificità e complementarietà*

I tratti identificativi che caratterizzano i diritti dei consumatori alla luce di quanto si è fin qui detto sembrano essere soprattutto la *specificità* e la *complementarietà.*

Quanto al primo, ognuno dei diritti elencati assume, rispetto all'accezione generale che sembra, talvolta, connotarne la denominazione (ad esempio: salute, informazione), una propria specificità che serve a dargli una propria connotazione.

Ciascun diritto va infatti considerato per la rilevanza che lo contraddistingue nel procedimento che precede, accompagna e segue una scelta economica posto che, al di là del consumatore inteso secondo la definizione ristretta, la tutela si allarga anche al consumatore, per così dire, frazionato, considerato, cioè, in relazione alle sue molteplici attività nelle quali la scelta si inserisce. Il consumatore frazionato è espressione, come si è detto, di una collettività, o meglio di una classe di soggetti, al cui interno confluisce la figura della persona consumatore; persona che va tutelata non contro il mercato, ma nel mercato, che come *locus artificialis* è deputato a tenere in conto la centralità della persona umana.

In questa prospettiva, la specificità è l'elemento imprescindibile per dare coerenza al tutto.

Al fine di verificare il significato della specificità possiamo soffermarci, a titolo di esempio, sul primo dei diritti elencati. *Il diritto alla salute*, che apre l'elenco dei diritti fondamentali dei consumatori, sembrerebbe essere espressione del più generale diritto fondamentale alla salute che si rinviene all'art. 32 Cost.

Il criterio della specificità ci consente, però, di evidenziare che tale diritto come contemplato nel Codice del Consumo non riguarda la persona come soggetto considerato nella sua individualità, ma la persona come soggetto che si inserisce in un preciso contesto di mercato.

L'oggetto del diritto, cioè la salute, a differenza di come si configura se considerato diritto fondamentale della persona, non arriva ad immedesimarsi con la persona stessa determinando, sia pure nel suo primo nucleo identificativo, un obbligo di non ingerenza. Il diritto costituzionale alla salute esalta profili, quali, ad esempio, come ben ha insegnato il Maestro che onoriamo, il diritto all'autodeterminazione, evidenziato anche dal principio di volontarietà dei trattamenti che, come abbiamo visto di recente, in occasione del dibattito sulle vaccinazioni, può incontrare un limite solo in presenza di un interesse pubblico, quale quello della salute collettiva.

Per quanto riguarda, invece, i consumatori, oggetto del diritto è il bene salute, rispetto al quale il legislatore non impone un obbligo di astensione ma impone, piuttosto, obblighi a che vengano precostituite le condizioni atte ad evitare il pericolo di una lesione al bene salute, lesione che, qualora si verifichi, consente anche il ricorso a rimedi di carattere successivo. Norme (peraltro contenute nel codice del consumo, pur non riferendosi esclusivamente al consumatore) relative alla responsabilità per danno alla persona – ossia la direttiva 85/374/CEE (anch'essa attualmente in fase di revisione) in tema di danno da prodotti difettosi – rappresentano infatti il nucleo più antico intorno al quale, per aggregazioni successive, si è andata a stratificare la disciplina.

Tuttavia il legislatore consapevole della rilevanza del criterio della specificità cerca quanto più possibile di rafforzare la tutela preventiva, individuando regole trasversali che permettano di tutelare in via anticipata il bene salute.

Quanto al secondo criterio, risulta evidente la complementarietà fra i vari diritti fondamentali, in considerazione sia dell'interconnessione che li caratterizza sia della strumentalità di alcuni diritti rispetto ad altri, come si evince con immediatezza già solo scorrendo l'elenco e guardando, ad esempio, all'interazione tra diritto all'informazione, alla pubblicità adeguata e alle pratiche commerciali corrette. Specificità e complementarietà sono poi essenziali per comprendere la relazione tra diritto all'informazione e all'educazione, su cui ci si sofferma nel prosieguo.

4. *Informazione ed educazione*

Un'attenzione particolare merita il diritto all'informazione e all'educazione, la cui promozione è disposta con pari forza da fonti primarie dell'UE (art. 169 del Trattato), ma che ha trovato un'attuazione non simmetrica da parte del legislatore europeo, che si è preoccupato di riempire di concreto contenuto le regole sull'informazione, senza invece predisporre regole altrettanto puntuali per quanto riguarda l'educazione.

L'informazione costituisce uno dei pilastri fondanti del diritto dei consumatori. In particolare, attraverso l'informazione al consumatore/persona viene garantito il diritto dello stesso ad operare scelte informate e per ciò stesso, quindi, scelte consapevoli.

La previsione di obblighi di informazione è difatti presente in tutta la disciplina, non solo in quella contenuta nel codice del consumo, ma anche in quella di tutti i sottosistemi che ad esso si collegano.

Questa copiosa messe di norme – che non possiamo di certo richiamare e sintetizzare in questa sede – seppure diversa nella modalità, risponde comunque ad una comune finalità: appare destinata a conformare il mercato, essendo funzionale al suo corretto funzionamento.

Dalla disciplina complessiva si ricava una sorta di statuto dell'informazione, che rivela la preoccupazione di dettare regole che modellino il mercato in chiave funzionale alla tutela dello stesso e dei suoi primari attori: i consumatori.

Fin dal primo sguardo si può osservare che l'informazione adeguata si realizza, però, esasperando la standardizzazione del comportamento del professionista, e accentuando la spersonalizzazione che caratterizza i contratti di massa e che determina una sorta di liquefazione del singolo, il quale viene ad essere assorbito dal soggetto collettivo.

Se si adotta tuttavia un diverso angolo visuale che ponga attenzione al contesto nel quale l'informazione si colloca, lo statuto dell'informazione ai consumatori si presenta assai variegato e consente di individuare diversi modelli di informazione.

Ne discende la necessità di prendere atto del poliformismo degli obblighi informativi che vanno, ad esempio, dagli obblighi di informazione minima (art 48 cod. cons.), all'informazione/comunicazione relativa ad elementi che divengono parte integrante del contratto (artt. 49, 71, 72, comma 4, cod. cons. e, ancora, fra gli altri, artt. 37, 38 codice del turismo), all'informazione/consulenza che vede il professionista obbligato a fornire chiarimenti adeguati alle esigenze e alla situazione finanziaria del consumatore (art. 120-*novies*, comma 2, t.u.b.).

Questo poliformismo, che si lega all'esigenza di declinare gli obblighi di informazione secondo modalità differenziate, è stato oggetto di severe critiche perché genera un eccessivo moltiplicarsi di obblighi a contenuto informativo che pregiudicano certezza ma, al contempo, sembra funzionale all'esigenza di intercettare le differenti caratteristiche dei destinatari e assicurare la tutela in modo ad esse coerente. Esigenza quest'ultima tanto più avvertita quanto più ci si confronti con consumatori che necessiterebbero una specifica educazione senza la quale è a rischio l'effettiva consapevolezza rispetto alle operazioni che compiono.

Il diritto all'informazione come diritto essenziale vive oggi la sua piena concretizzazione in relazione alla concreta situazione e lo strumento per assicurarne protezione è il principio di effettività: è questa la *ratio* sottesa alla molteplicità dei rimedi che assistono il diritto soggettivo.

Le difficoltà maggiori si registrano nel tentativo di trovare un necessario bilanciamento tra governo preventivo, e necessariamente standardizzato dell'informazione, e governo successivo relativo ad una informazione adeguata e, quindi, appropriata alla situazione, considerando a tale riguardo le ricadute operative legate al comportamento del professionista, con riferimento anche ai diversi segmenti delle discipline settoriali, che talvolta legano la informazione alla struttura del contratto.

Il silenzio del legislatore europeo sulle conseguenze dell'inadempimento, qualitativamente o quantitativamente inesatto, coniugato alla diversa configurazione che tali obblighi assumono, ha determinato un acceso dibattito, la cui ampiezza e notorietà consente di prescindere del darne conto in questa sede, limitandoci a richiamare, come significativa testimonianza, le incertezze che tuttora accompagnano la distinzione fra *regole di comportamento* e *regole di validità*.

Interessa però andare oltre, e porre attenzione sulla rilevanza che va ad assumere non solo la consueta posizione di oggettiva debolezza dei diversi soggetti, che i diritti essenziali mirano appunto a riequilibrare, ma anche la vulnerabilità che può caratterizzare la posizione del soggetto debole in considerazione di fattori di fragilità che possono essere legati a elementi biologici (esempio età); a contingenze (esempio pandemia) o a evoluzioni della realtà sociale che possono dare luogo a nuove esigenze di protezione (es. rivoluzione digitale).

Essa impone di considerare la peculiarità di talune situazioni che possono definirsi a rischio e che impongono di graduare l'*adeguatezza* dell'informazione alle esigenze di tutela diversamente misurate.

Fondamentale, particolarmente in questi casi, è porre la debita attenzione sulla strumentalità esistente tra diritto all'educazione e diritto alla informazione.

Non può certo revocarsi in dubbio che il diritto all'informazione possa essere vanificato dall'impossibilità di decifrare i dati messi a disposizione del consumatore, in mancanza di una qualche forma di educazione che lo metta nelle condizioni di prendere decisioni informate.

L'informazione potrebbe tramutarsi in un pilastro destinato a crollare qualora il diritto all'informazione si tramutasse in un dovere ad informarsi per il consumatore, peraltro schiacciato dal peso delle informazioni eccessive, che finirebbero solo per addossargli un'auto-responsabilità che per l'effetto deresponsabilizzerebbe il professionista.

La difficoltà di affidare alla sola informazione il compito di colmare asimmetrie che impediscono una scelta consapevole conferma la necessità di promuovere, come prescrive l'art. 169 TFUE, accanto alla informazione, l'educazione del consumatore.

Appare evidente che, per una decisione realmente consapevole, il procedimento cognitivo non può prescindere dal sostegno di una adeguata educazione.

Il diritto all'educazione in termini astratti rischia di essere un principio declamatorio privo di contenuti effettivi, dal tenore generico in quanto non solo non è chiaro il soggetto sul quale grava questo obbligo ma, ancor più, non rinvengono indicazioni su come possa e debba essere svolta l'educazione al consumo.

A livello legislativo appare sufficiente ricordare che un puntuale riferimento all'educazione è contenuto, nell'art. 6 – *Educazione finanziaria dei consumatori* – della direttiva 2014/17/UE. Si pone quindi, quindi, a carico del professionista non tanto l'obbligo di porre direttamente in essere un'attività di educazione, che peraltro nella disciplina che abbiamo richiamato si può connettere, ma non confondere con la componente collaborativa dell'intermediario sul processo decisionale, quanto piuttosto di verificare che

sussistano «misure atte a garantire che i consumatori siano consapevoli» (*considerando* 30, direttiva 2014/17/UE). Le diverse "*misure*" vanno poi sottoposte a valutazione al fine di consentire la verifica delle pratiche migliori.

Potrebbe soccorrere a tal fine nel nostro sistema il principio di sussidiarietà tenuto conto che l'art. 118, comma 4 Cost. incentiva "*l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale".*

In conclusione, questi brevi accenni lasciano trasparire la circolarità che sussiste tra i diritti essenziali e le regole specifiche che da essi discendono, ma che ad essi riconducono dando conferma della loro valenza generale; ma soprattutto confermano che il diritto dei consumatori appare in prospettiva un volano sempre più importante per riconoscere alla persona, nella sua dimensione individuale e di categoria, uno spazio protetto in cui manifestare la propria personalità avendo riguardo non solo al diritto individuale ma a interessi generali come la sostenibilità o la solidarietà sociale che sempre più orientano le scelte del mercato.

ROBERTO SENIGAGLIA

SPUNTI CRITICI SULLA CAPACITÀ CONTRATTUALE DEL MINORE

SOMMARIO: 1. Autodeterminazione e autonomia del minore. – 2. Il necessario ripensamento della categoria della capacità di agire. – 3. La capacità di discernimento quale referente della capacità contrattuale. – 4. La categoria dei contratti identitari della vita corrente. – 5. I contratti che eccedono la vita corrente. – 6. Gli ambiti di autonomia della persona minorenne con discernimento. – 7. Il minore e Internet. – 8. *Segue*. La falsa dichiarazione di essere maggiorenne. – 9. La situazione di vulnerabilità. – 10. La protezione tra misure di diritto privato e di diritto pubblico.

1. *Autodeterminazione e autonomia del minore*

Gli studi più recenti riguardanti il diritto all'autodeterminazione del soggetto minore di età esprimono il convincimento dell'inadeguatezza della categoria della capacità di agire, così come definita dalla tradizione, di governare l'attività del minorenne, ovvero il momento dinamico delle situazioni giuridiche soggettive di cui egli è titolare. E questo, senz'altro per quanto concerne gli atti di natura personale (la sfera più attinente all'autodeterminazione del soggetto); meno diffuso è invece il convincimento con riguardo agli atti di natura patrimoniale, in special modo all'attività contrattuale del minore (la sfera, cioè, più attinente all'autonomia del soggetto)[1].

La libertà del minore rispetto a quest'ultimo gruppo di atti accusa, da un lato la mancanza di risposte normative generali, che riconoscano uno spazio di autonomia contrattuale al minore e che siano capaci di edificare l'affidamento di chi contrae con lui e dunque di garantire la sicurezza dei traffici; dall'altro, un atteggiamento dell'interprete più concentrato sulla necessità, imposta dal principio personalistico[2], di liberare il paradigma della totale incapacità di agire del minorenne dall'esercizio dei diritti personali[3], confinandolo piuttosto al contratto, all'ambito problematico, appunto, dell'attività patrimoniale.

---

[1] Si veda GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1390; ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. DE CRISTOFARO e BELVEDERE, Milano, 1980, 265; BUSNELLI, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 1982, 61; GIARDINA, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, *passim*; PALMERI, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori,* Napoli, 1984, 80 ss.; S. PATTI, *Il consenso dell'interessato al trattamento dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 458; TAFARO, *L'età per l'attività*, Napoli, 2003, 241 ss.; LA ROSA, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, 20 ss.; CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, Padova, 2007, 23 ss.; NICOLUSSI, voce «Autonomia privata e diritti della persona», in *Enc. del dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 137 ss.; P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, con la prefazione di R. PANE, rist. ed. del 1975, Napoli, 2018, *passim*; DI MASI, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, Napoli, 2020, *passim*.; SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, *passim*; GRANELLI, *Minore età e contratto*, in *Contratti*, 2022, 377 ss.

[2] In proposito ZATTI, *Rapporto educativo e intervento del giudice,* cit., 266.

[3] Si rinvia a P. STANZIONE, *Scelte esistenziali e autonomia del minore, in Rass. dir. civ.,* 1983, 1151.

Di qui la considerazione delle rare ipotesi in cui il legislatore accorda la capacità contrattuale[4] al minore come *eccezioni* alla regola generale dell'incapacità[5], tanto da ravvisare la necessità, in recenti espressioni della nostra dottrina, di avvertire che le affermazioni sulla validità ed efficacia dei cosiddetti "atti minuti della vita quotidiana", posti in essere da soggetti minori di età, «meritano di essere accolte *cum grano salis*»[6].

2. *Il necessario ripensamento della categoria della capacità di agire*

Volendo focalizzare l'attenzione sul c.d. "grande minore", a fronte di una realtà complessa, che lo vede operare nel mercato anche spingendosi ben oltre gli "atti minuti della vita quotidiana", i tentativi operati — attivando il dialogo ermeneutico tra fatti, regole e principi[7] — per disporre l'ordinamento al governo di codesta complessità alternano a momenti e luoghi in cui si approda a significati che danno al minore accesso al contratto, momenti di forte indecisione, discendente, principalmente, dall'antagonismo tra esigenze di autonomia ed esigenze di protezione.

Ma nell'affrontare questo antagonismo, peraltro fisiologico nell'attività di un soggetto vulnerabile quale è il minore di età, il giurista di *civil law* è chiamato a valutare il problema nella piena consapevolezza della funzione e dei limiti del diritto privato e di quelli del diritto pubblico. E ciò, in funzione della necessità irrinunciabile di tracciare con rigore le coordinate dell'operatività dell'uno e dell'altro nel realizzare i diversi interessi in gioco; evitando così di giungere a sacrificare l'interesse del minore all'autonomia in nome dell'esigenza di tutela del medesimo[8], quando l'uno e l'altra possono essere parimenti realizzati, demandando la seconda a più efficaci strumenti di diritto pubblico, preposti financo a realizzare forme di regolazione dello specifico settore di mercato frequentato da consumatori minorenni[9].

Ora, quel che pare certo è il fatto che, con specifico riguardo all'attività patrimoniale del soggetto minore di età, l'attuale realtà giuridica e sociale reclama l'adeguamento delle relative regole del diritto domestico, nel senso di affermare significati che riconoscano spazi di autonomia al minore di età, specie negli ambiti in cui egli normalmente opera per svolgere la propria personalità[10], consolidando gli effetti discendenti dai relativi atti.

È specialmente la teoria della capacità di agire che necessita di un ripensamento, a fronte della complessità summenzionata, generata, in particolar modo, dal digitale e

---

[4] Cfr. Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, cit., 64 ss.; Capilli *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., 61 ss.; Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 20 ss.

[5] In questo senso Giorgianni, *In tema di capacità del minore di età,* in *Rass. dir. civ.*, 1987, I, 108.

[6] Vivarelli, *Diritto di autodeterminazione dei minori di età e principio di responsabilità nel diritto contemporaneo*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 877 ss.

[7] Cfr. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, *passim*.

[8] Zatti, *Maschere del diritto volti della vita,* Milano, 2009, 125*,* ritiene si debba «abbandonare in modo risoluto la relazione tra protezione e incapacità. Essa è fondata in un paradigma ancora più antico, che attribuiva all'individuo i caratteri del *pater familias*, e che legava la capacità all'essere *alieni iuris*, soggetto a potestà, e perciò incapace. (…). Occorre dunque consentire al soggetto *sui iuris* la protezione necessaria senza sottoporlo a potestà e quindi senza incapacitarlo; qui abbiamo già l'esperienza francese che ci guida e che occorre elaborare e perfezionare».

[9] Giardina, *Il minore e il contratto*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di Senigaglia, Pisa, 2019, 178 s.

[10] Cfr. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 22 ss.

dalle "formazioni sociali" che in esso si affermano, il cui accesso avviene, evidentemente, per il tramite dello strumento contrattuale. Ma questa necessità discende, più in generale, dalla constatazione di fatto che il minorenne, a mano a mano che si avvicina alla maggiore età, diviene attore di una significativa attività contrattuale[11], la quale ha senz'altro conosciuto una tipizzazione sociale e porta con sé, quindi, il crisma della giuridicità; una realtà, dunque, che non può essere ignorata dal diritto, ma, anzi, esige di essere dal medesimo ordinata. E questo, sia per quanto concerne le relazioni *off line* sia per quelle *on line*.

3. *La capacità di discernimento quale referente della capacità contrattuale*

Per come si è evoluto il diritto minorile nei suoi assetti assiologici presieduti dal principio del *best interest of the child*[12] ed edificati da fonti multilivello, pare possibile ritenere che la capacità d'agire del minore di età vada *specificata* in ragione della capacità di discernimento dello stesso[13], presunta, nel nostro ordinamento, a partire dal compimento del dodicesimo anno di età; un *tipo* di capacità la quale, nel momento in cui matura, genera in capo al soggetto il diritto fondamentale di essere ascoltato in tutte le questioni che lo riguardano[14].

---

[11] Si veda, in proposito, Di Sabato, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, 77 s.

[12] Sui profili funzionali del principio della tutela del migliore interesse del minore si veda Quadrato, *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995; Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1998, 167 ss.; E. Quadri, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. e dir.*, 1999, 80 ss.; La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, Milano, 2005, 5 ss.; M. Bianca, *L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente legge n. 219 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2013, II, 205 ss.; Senigaglia, Status filiationis *e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013, 57 ss.; Moscati, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)*, in *Dir. e fam.*, 2014, 1141 ss.; Sicchiero, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2015, 72 ss.; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 86 ss.; Giardina, *L'interesse del minore: gli aspetti identitari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 159 ss.; Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, prefazione di Pomodoro, Milano, 2016, 64 ss.; Recinto, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne "adultocentriche" e scelte apparentemente "minorecentriche" della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, I, 2017, 3669 ss.; Corapi, *La tutela dell'interesse superiore del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 777 ss.; Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405 ss.; Marella, *Fra* status *e identità. L'interesse del minore e la costruzione della genitorialità*, in Aa.Vv., Liber Amicorum *Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, 213 ss.; Viola, *Nell'interesse del minore: la tutela giuridica tra sfide vecchie e nuove, Relazione al convegno internazionale "Prendiamoci cura di me. Servizi, scuole, famiglie per la tutela dei minori"*, Rimini, 9-10 novembre 2018; Sonelli, *L'interesse superiore del minore. Ulteriori «tessere» per la ricostruzione di una nozione poliedrica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 1373 ss.; Ballarani, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di P. Perlingieri e Giova, Napoli, 2019, 318 ss.; Bilotti, *Diritti e interesse del minore*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di Senigaglia, cit., 34 ss.; Di Landro, Best interest of the Child *e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 451 ss.; Di Masi, *L'interesse del minore. Il principio e la clausola generale*, cit., *passim*.

[13] In questo senso. Giardina, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1619. V. anche Busnelli, *Il diritto delle persone*, in *I cinquant'anni del Codice civile. Atti del convegno di Milano 4-6 giugno 1992*, I, Milano, 1993, 30; Tafaro, *L'età per l'attività*, cit., 228 ss.; Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, in *Familia*, 2002, 938; La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari. Contributo allo studio per uno statuto dei diritti dei minori*, cit., 63 ss. e 73 ss.; Scardaccione, *La capacità di discernimento del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, 1319 ss.; Rigazio, *Autodeterminazione del minore e attività sportiva*, cit., 68.

[14] Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, 4a ed., Milano, 2017, 371 ss.

L'effetto dirompente di questi significati — il cui impatto sistematico è stato portato a compimento dal legislatore della riforma della filiazione, in special modo con l'introduzione dell'art. 315 *bis* c.c.— si traduce nella presa d'atto che la capacità di discernimento — intesa come idoneità a saper distinguere ciò che è conforme da ciò che è contrario al proprio interesse — funge da un lato da criterio di specificazione della capacità di agire, dotandola del carattere di gradualità che la rende flessibile in ragione del livello di maturità del soggetto interessato; dall'altro, come diretta conseguenza, funge pure da effettivo referente della capacità contrattuale del minore, scalzando l'idea di capacità di agire radicata rigidamente sul dato anagrafico dell'età[15].

L'inferenza è che al minore con discernimento, titolare del diritto all'ascolto, non può che essere riconosciuto il potere di affermare e realizzare il proprio migliore interesse, operando *direttamente* le scelte. Questo senz'altro con riguardo ai diritti personali, stante l'inscindibilità rispetto ad essi di titolarità ed esercizio, ma pure — ed è questo un esito razionalmente obbligato — per gli atti di carattere patrimoniale strumentali allo svolgimento della personalità, costituenti cioè forme di esplicazione dell'identità personale[16].

Il riferimento è a quegli spazi di vita e a quegli ambiti dell'attività individuale in cui la dimensione personale e quella patrimoniale del soggetto interagiscono in termini interfunzionali, nel senso che l'una si pone in funzione dell'altra[17].

Il contratto, in sostanza, assurge a strumento di affermazione della propria identità, sì che la capacità di agire esige di essere posta a servizio dell'identità.

Un esempio chiaro di questa interazione tra dimensione non patrimoniale e dimensione patrimoniale della persona è rintracciabile nella disciplina del trattamento dei dati personali nei servizi della società dell'informazione rivolti ai minori; è evidente, in proposito, la criticità di quelle letture che a fronte del riconoscimento della capacità a prestare il consenso in capo al minore almeno sedicenne, operato dall'art. 8 del Reg. UE 2016/679 (limite ridotto dal nostro ordinamento, avvalendosi del margine di discrezionalità accordato dal Regolamento, a quattordici anni *ex* art. 2 *quinquies*, d. lgs. n. 196/2003), negano a questo stesso soggetto la capacità contrattuale di "cedere" i (concedere il trattamento dei) propri dati personali in cambio della fornitura di contenuti o servizi digitali (operazione, questa, regolata dalla Dir. UE 2019/770 e dagli artt. 135-*octies* ss. Cod. cons.)[18].

---

[15] Su queste architetture del dogma, illuminanti sono le considerazioni di Zatti, *Recensione al volume di Francesca Giardina, La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, XIX-203, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 449 ss.

[16] Il riferimento è, principalmente, a P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, con la prefazione di R. Pane, rist. dell'edizione del 1975, cit., *passim*; Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., 61 ss.; Giardina, *La condizione giuridica del minore*, cit., *passim*; Palmeri, *Diritti senza poteri. La condizione giuridica dei minori*, cit., *passim*; Tafaro, *L'età per l'attività*, cit., 36 ss.; Alpa, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *I Contratti*, 2004, 520 ss.; Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, cit., *passim*; Nicolussi, *Lo sviluppo della persona umana come valore costituzionale e il cosiddetto biodiritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 23 ss.

[17] Cfr. Resta, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 310.

[18] Si veda Lucchini Guastalla, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contr. e impr.*, 2018, 117; Caggiano, *Privacy e minori nell'era digitale. Il consenso al trattamento dei dati dei minori all'indomani del Regolamento UE 2016/679, tra diritto e tecno-regolazione*, in *Familia*, 208, 13 s. Una lettura differente è condotta da Ricciuto, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'orazio e Ricciuto, Torino, 2019, 54-55; Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità,* cit., 75 ss.

Relativamente a questo settore di attività, scindere la sfera personale da quella patrimoniale, riconoscendo la capacità di agire soltanto con riguardo alla prima, significa ignorare la duplice caratterizzazione patrimoniale e non patrimoniale del dato o di altro interesse personale parimenti oggetto di apprezzamento economico. Sì che, la negazione della capacità di disporre dei propri dati personali per remunerare un contenuto o un servizio digitale finisce inevitabilmente con l'ostacolare pure l'esercizio del diritto personale[19]. Un esito questo senz'altro inammissibile anche in ragione del fatto che nella gran parte dei casi in cui la base di legittimazione è il consenso, specie nell'ambito dei servizi della società dell'informazione, il dato assolve appunto alla funzione di remunerare il servizio o il contenuto di cui gode l'interessato. Insomma, si è al cospetto di una situazione paradigmatica, in cui *persona* e *mercato* non ammettono considerazioni separate bensì esigono una valutazione unitaria, la cui cifra di compatibilità è segnata dalla *dignità* della persona[20].

Pertanto, in quel contesto, al minore quattordicenne non può non essere riconosciuto il potere di scambiare i propri dati personali con altri beni o servizi. In termini più ampi, nel momento in cui al minore munito della capacità di discernimento è riconosciuto il potere di esercitare i diritti personali, strettamente legati alla sua identità, al medesimo non può essere negata la capacità contrattuale rispetto ad atti patrimoniali funzionali a realizzare la propria identità[21].

4. *La categoria dei contratti identitari della vita corrente*

In generale, l'ambito in cui si celebra codesta interfunzionalità tra sfera personale e sfera patrimoniale non è tanto quello degli "atti minuti della vita quotidiana" — così come ricostruiti dalla tradizione, di scarso valore economico che scandiscono la routine di vita del soggetto — ma piuttosto quello degli atti della vita corrente (come li chiamano i francesi)[22], di quelli aventi ad oggetto i beni *necessaries* (come li chiamano gli inglesi)[23]. Si tratta di atti strettamente legati, appunto, all'identità della persona del minorenne, alla sua condizione singolare (culturale, economica, familiare), che cambiano dunque da minore a minore e che in base alla situazione concreta possono avere anche un valore economico significativo.

---

[19] Si veda, in proposito, C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei social networks,* in *Ras. dir. civ.*, 2016, 1333; Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, 44; Astone, *L'accesso dei minori d'età ai servizi della c.d. Società dell'informazione: l'art. 8 del Reg. (UE) 2016/679 e i suoi riflessi sul Codice per la protezione dei dati personali*, in *Contr. e impr.*, 2019, 627; Ricciuto, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 647 s.; Id., *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022, 137 ss. Si veda, inoltre, Cass., 22 settembre 2016, n. 18585, in banca dati *De Jure*.

[20] Zatti, *La dignità dell'uomo e l'esperienza dell'indegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 377 ss.; Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 57 ss.

[21] Cfr. Zeno Zencovich, *Sull'informazione come bene (e sul metodo del dibattito giuridico)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 485 ss.; Giardina, *L'interesse del minore: gli aspetti identitari*, cit., 159 ss.

[22] Si rinvia a J.C. Montanier, *Les actes de la vie courante en matière d'incapacités*, in *JCP*, 1982, I, 3076; A. Gouttenoire, *La capacité usuelle du mineur, in Mélanges en l'honneur du professeur J. Hauser*, Paris, 2012, 163 ss.

[23] Si rinvia a G.H. Treitel, *The Law of Contract*, VIII ed., London, 1991, 482; Cheshire, Fifoot, Furmston's, *Law of Contract*, 17th, Oxford, 2007, 530 ss. V. anche Venchiarutti, *L'attività contrattuale dell'incapace nel diritto inglese. I «contracts for necessaries» e i «beneficial contracts of service»*, in *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, a cura di Cendon, I, Milano, 1994, 1143 ss.; Alpa, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, cit., 517 ss.

In definitiva, considerato il necessario riconoscimento dell'autonomia contrattuale al minore rispetto agli atti strettamente funzionali a realizzare la propria personalità, tale autonomia deve essere razionalmente riconosciuta rispetto a quelli che potremmo categorizzare come *contratti identitari della vita corrente* posti in essere dal minore con mezzi propri o messi a sua disposizione[24]. Si tratta di una categoria nuova, aperta e differenziata, importante da definire e da affermare nell'ordine dei rapporti di mercato con soggetti minori di età perché capace di edificare e rafforzare l'affidamento di chi contrae con il minore con discernimento e la sicurezza dei traffici.

Rispetto a questi contratti, dunque, in capo al soggetto minore di età con discernimento deve ravvisarsi il potere di agire direttamente e il contratto da lui concluso deve ritenersi definitivamente efficace[25]. Trattandosi comunque di un soggetto vulnerabile[26], il ruolo dei genitori passa dalla narrativa della rappresentanza a quella dell'"*assistenza*" intesa, non tanto in senso formale come integrazione del consenso o come "assistenza morale" ai sensi dell'art. 315 *bis* c.c., bensì come forma di "vigilanza" della effettiva libertà del minore nel momento in cui si è determinato a concludere il contratto. E solo se i genitori ravvisano un difetto di libertà devono attivarsi per tutelare il figlio minorenne anche ricorrendo ai rimedi preposti a far cadere gli effetti del contratto.

5. *I contratti che eccedono la vita corrente*

Ma anche per gli atti patrimoniali che eccedono la vita corrente, quindi non strettamente funzionali all'affermazione dell'identità del soggetto, la forza semantica della capacità di discernimento e del diritto di ascolto che essa genera conduce a ritenere incontestabile (e quindi stabile) l'effetto del contratto posto in essere dal soggetto minorenne in conformità al proprio migliore interesse. Conformità che, in caso di contestazione del contratto, potrà essere accertata proprio attraverso l'ascolto, dando la parola al minore interessato.

In sostanza, necessitano di essere ricollocati i tradizionali significati associati alla capacità contrattuale del soggetto minore di età, all'annullabilità del contratto concluso dal minore, al ruolo e all'ufficio genitoriale e al regime delle autorizzazioni di cui all'art. 320 c.c. Istituti, questi, che già nei loro significati prescrittivi sono posti in stretta funzione dell'interesse del minore[27].

Ora, il soggetto preposto a individuare questo *best interest* è stato diversamente individuato in ragione della differente rappresentazione formale, avvenuta nel corso del tempo, del rapporto genitori-figli. Sì che, nel momento in cui è stata superata la visione gerarchica di tale rapporto e al minore munito della capacità di discernimento è accordato il diritto di essere ascoltato in *tutte* le questioni che lo riguardano, maturato codesto

---

[24] Si rinvia al nostro *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 155 ss.

[25] In proposito v. Giardina, *La maturità del minore nel diritto civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 95 ss.; Papini, *Minori d'età o minori diritti?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 543 ss.

[26] Su questo concetto si rinvia ad Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Napoli, 2019, 2 ss.

[27] Cfr. Busnelli, *Capacità ed incapacità di agire del minore*, cit., 67 ss.; Giardina, *La condizione giuridica del minore*, cit., 43 ss. e 84 ss.; Del Prato, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, *Rimedi*, 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, 213 ss.; Cinque, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*, cit., 9 ss.; Giardina, *L'art. 1426 c.c. tra annullabilità del contratto a tutela del minore e validità del contratto come «rimedio» a favore dell'altro contraente*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di Del Prato t. II, Napoli, 2013, 1073 ss.

presupposto, ovvero giunta a compimento la maturità razionale del soggetto, non può che competere a quest'ultimo l'individuazione del proprio migliore interesse e la sua affermazione per il tramite dell'ascolto[28]. Per questo, gli istituti appena evocati conoscono inevitabilmente una significativa restrizione del loro ambito operativo.

6. *Gli ambiti di autonomia della persona minorenne con discernimento*

Tradotto in un linguaggio più categoriale, si può allora tentare di delineare le coordinate dei diversi ambiti di autonomia del soggetto minore di età munito della capacità di discernimento. Per l'attuazione dei propri diritti strettamente personali, la regola generale è che egli può agire direttamente *con* l'"assistenza" del genitore, ove l'assistenza non va intesa in termini formali, bensì come controllo della effettiva libertà del minore nel momento della scelta, anche in ragione del fatto che si tratta pur sempre di un soggetto vulnerabile. Soltanto per specifici atti, formalmente individuati dal legislatore in ragione della gravità delle implicazioni della scelta sulla persona dell'interessato e della delicatezza, anche in termini conoscitivi, delle valutazioni da compiere per addivenire alla scelta migliore, è richiesto l'intervento sostitutivo del genitore; il quale, però, dovrà agire *con l'ascolto* del minore (è quanto deve avvenire, ad esempio, nel caso del consenso o rifiuto ai trattamenti sanitari *ex* art. 3, l. n. 219/2017[29]).

In definitiva, per gli atti di natura strettamente personale il nuovo ordine assiologico e normativo del diritto civile minorile[30] porta a individuare, come regola generale, la capacità del minorenne con (effettivo) discernimento di porli in essere direttamente, ritenendo necessario, soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, la sostituzione del rappresentante legale, quale forma di rafforzamento del controllo e della garanzia di libertà. In tal caso, il rappresentante legale è comunque chiamato a trasmettere la (a farsi portavoce della) volontà dell'interessato, recepita per il tramite dell'ascolto. Così, prendendo ancora a riferimento la disciplina in materia di trattamenti sanitari, il consenso è manifestato (formalmente esternato) dai genitori, ma *con* l'ascolto del minore. È questa, peraltro, la regola recepita dal legislatore svizzero nell'art. 19*c* del Codice civile, a tenore del quale «le persone capaci di discernimento che non hanno l'esercizio dei diritti civili esercitano in piena autonomia i diritti strettamente personali; sono fatti salvi i casi nei quali la legge prevede il consenso del rappresentante legale»[31].

---

[28] Si veda, in proposito, Ruscello, *Garanzie fondamentali della persona e ascolto del minore*, cit., 933 ss.; Scaglione, *Ascolto, capacità e legittimazione del minore*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 429; Ballarani, *Il diritto all'ascolto*, in *La riforma della filiazione*, a cura di C.M. Bianca Padova, 2015, 133 ss.; Sesta, *Il rapporto genitori-figli nella famiglia unita e nella crisi*, in Sesta - Arceri, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, *La crisi della famiglia*, III, Milano, 2016, 123 s.

[29] Sul tema si rinvia a Piccinni, *I minori di età*, in Mazzoni e Piccinni, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2016, 404 ss.; Foglia, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 112 ss.; Zatti, *Spunti per una lettura della legge sul consenso informato e DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 247 ss.; M. Bianca, *La legge 22 dicembre 2017 n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Familia,* 2018, 109 ss.

[30] Si veda M. Bianca, *Le fonti del diritto civile minorile*, in *Diritto civile minorile*, a cura di Cordiano e Senigaglia, Napoli, 2022, 3 ss.

[31] Pure l'art. 162 del codice civile spagnolo sancisce che: «*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; (…)*».

Ma lo stesso può dirsi con riguardo ai contratti *identitari* della vita corrente: se, in generale, il minorenne munito della capacità di discernimento può porli direttamente in essere *con* l'"assistenza" del genitore da intendersi, anche in tal caso, non in senso formale ma sostanziale poiché il genitore, nell'assolvere il suo ufficio, è deputato a controllare il corretto esplicarsi della libertà del figlio minorenne e se dovesse constatarne il difetto ha il potere/dovere di intervenire per tutelare il figlio, adoperandosi anche al fine di far venir meno gli effetti dell'atto; soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge deve agire il rappresentante legale *con* l'ascolto del minore.

Il rapporto generale-speciale si inverte, invece, rispetto agli atti patrimoniali non strettamente identitari, che fuoriescono dalla vita corrente dell'interessato; in questo caso, la regola generale è che a porli in essere sia il rappresentante legale *con l'ascolto* del minorenne, se munito della capacità di discernimento, o comunque *nell'interesse* dello stesso se sprovvisto di tale capacità.

Risultano, in definitiva, rivisitati: *i)* la categoria della capacità di agire, oggi specificata dalla capacità di discernimento, la quale assurge a referente della capacità contrattuale del minore; *ii*) la rigida distinzione tra atti personali e atti patrimoniali — la quale continua a condurre gran parte della dottrina a riconoscere la capacità del minore rispetto ai primi e a negarla con riguardo ai secondi — riconoscendo le sempre più ampie zone di attività in cui si assiste all'interazione funzionale dell'una e dell'altra dimensione[32]; *iii)* la categoria della responsabilità, la quale, in caso di danni perpetrati dall'agire di un minore con discernimento e in possesso della capacità naturale di intendere e di volere nel momento in cui ha commesso il fatto, dovrebbe escludere la rigida operatività dell'art. 2048 c.c.

7. *Il minore e Internet*

Nell'ordine di quanto sin qui delineato, una considerazione peculiare merita l'attività contrattuale del minore in Internet[33].

Quello della rete è un ambiente frequentato dai minorenni sin dall'età precoce; anzi la loro vita di relazione, fin dal momento in cui comincia a svilupparsi, conosce una naturale espansione alle formazioni sociali digitali.

Le peculiarità di questo ecosistema, sconfinato e incontrollabile, espongono la sfera giuridica dell'utente della rete a rischi significativamente elevati.

In particolare, la navigazione, per definizione solitaria, incontra, tra le varie insidie anche quelle messe in atto dagli operatori del mercato digitale. Con specifico riguardo al minore di età, per comprendere la sua esposizione al rischio nel momento in cui svolge la sua attività nell'ambiente di Internet, occorre prendere atto del paradigma antropologico di riferimento. Scrive, in proposito, Joel Bakan che «dipendenza, violenza mediatica, sessualizzazione, iperconsumismo e prodotti dannosi alla salute sono gli argomenti principali del nuovo "curriculum dell'infanzia". Per gli inventori di questo curriculum, funzionari e rappresentanti delle *corporation* — che hanno acquisito posizioni di potere

[32] In proposito v. Di Sabato, *Le relazioni economiche del minore*, in *Dir. succ. fam.*, 2015, 710.

[33] Sul tema v. Cinque, *Il minore e la contrattazione telematica tra esigenze del mercato e necessità di apposite tutele*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 21 ss.; Di Sabato, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, in *Riv. dir. impr.*, 2011, 76; Andreola, *Il regime degli acquisti on line del minore quale consumatore "debole"*, in *Familia*, 2017, 683 ss.; Andreola, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, 193 ss.

e influenze senza precedenti nei confronti dei bambini e dell'infanzia nel corso degli ultimi cinquant'anni — il profitto è l'unico obiettivo legittimo. Da questa prospettiva interessata, la vulnerabilità del bambino — emozioni fragili e turbolente, intelletto in formazione e assenza di malizia — è presa di mira per la facilità di sfruttamento»[34].

Ebbene, quando si osserva l'agire del minore nella rete, particolarmente insidiosa, è necessario, prima di tutto, chiarire la sua condizione in base al suo livello di maturità. È possibile allora distinguere principalmente due fasi nel percorso evolutivo del minore:

a) la fase dell'*educazione*, che riguarda il c.d. "piccolo minore" e volta a edificare in lui il discernimento, con particolare riferimento alla vita digitale, alla quale la sua generazione è vocata[35]. In questa fase l'ufficio genitoriale deve essere diretto a *proteggere* il figlio minorenne e a sostituirlo nell'attività pur cogliendo (interpretando o recependo) il suo interesse;

b) la *fase del discernimento*, che riguarda il c.d. "grande minore", l'adolescente, titolare del diritto di ascolto, di affermare e realizzare il proprio migliore interesse nelle scelte che lo riguardano[36]. A questo soggetto, come si è detto, deve essere riconosciuta la libertà di agire, di affermare i propri interessi identitari, pur con le necessarie restrizioni legate al livello di esposizione al rischio, specialmente in termini di impatto sui suoi diritti fondamentali[37]. In taluni casi, è lo stesso legislatore che fissa un'età dell'agire nella fascia del discernimento. È quanto avviene per il consenso al trattamento dei dati personali e, dunque, come già affermato, per i contratti di scambio di dati contro contenuti o servizi digitali ai sensi della Dir. UE 2019/770[38]. Operazione complessa, questa, che comprende tutti i contratti che il minore conclude anche con le piattaforme di *social network* (*Facebook*, *Twitter*, *Instagram*, ecc.) in cui la "cessione" (il consenso al trattamento) dei dati personali remunera l'utilizzo dei servizi e dei contenuti forniti dalla piattaforma medesima[39].

---

[34] J. Bakan, *Assalto all'infanzia. Come le corporation stanno trasformando i nostri figli in consumatore sfrenati*, Prefazione di C. Saraceno, Milano, 2012, 35.

[35] Cfr. Gorassini, *Un nuovo fonema giuridico: figlio. Lo stato unico di figlio nel tempo dell'eclissi del diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, p. 390 s.; M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di Senigaglia, cit., 161; Dogliotti, *Capacità, incapacità, diritti degli incapaci. Le misure di protezione*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2019, 360 s.; Senigaglia, *Il dovere di educare i figli nell'era digitale*, in *Pers. merc.*, 2021, 21 ss.

[36] Cfr. Caterina, *Ai confini dell'autonomia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 471; Ballarani, *La capacità autodeterminativa del c.d. grande minore*, in *L'interesse del minore tra bioetica e biodiritto*, a cura di Palazzani, Roma, 2010, 187 ss.; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, cit., 99; Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., 2012, 15 ss.; Moscati, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell'interesse del minore)*, cit., 1155; Giardina, *"Morte" della potestà e "capacità" del figlio*, cit., 1611 ss.; P. Malaurie, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, X éd., Issy-Les-Molineaux, 2018, 295; C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.*, 2019, 618 ss.

[37] Assume rilevanza, in proposito, la disciplina del controllo parentale di cui all'art. 7 *bis*, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 (convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70) e le relative linee guida dell'AGCOM, emanate il 25 gennaio 2023.

[38] Si rinvia, in proposito, a Resta - Zeno Zencovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, 411 ss.; De Franceschi, *Il «pagamento» mediante dati personali*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di Cuffaro, D'Orazio e Ricciuto, cit., 1393; Camardi, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 499 ss.; Bravo, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contr. e impr.*, 2019, 39; Ricciuto, *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, cit., 137 ss.

[39] In proposito si veda l'ampia analisi di C. Irti, *Consenso "negoziato" e circolazione dei dati personali*, Torino, 2021, 61 ss.

In questi spazi, peraltro, il minore di età consuma la propria sopravvivenza sociale. Osserva ancora Bakan che «come il tradizionale videogioco, anche il *social network* (associato all'uso di *social game* e delle applicazioni) promuove un impegno ossessivo tra bambini e adolescenti, ma senza dubbio in modi e con effetti diversi. Quando, per esempio, nostra figlia diceva di avere *bisogno di essere* su Honesty Box, la sua non era un'affermazione di dipendenza, quanto di sopravvivenza sociale. L'identità e lo *status* tra pari di molti adolescenti sono oggi ampiamente definiti *online* ed è dunque necessario avere e gestire un'identità *online* per stabilire e mantenere una posizione e una figura nel mondo delle relazioni sociali reali»[40].

Ora, con specifico riguardo all'attività patrimoniale del minore in Internet, nessuna considerazione peculiare, rispetto a quanto già osservato in generale, meritano quelli che abbiamo definito contratti identitari della vita corrente, potendo quindi essere posti direttamente e validamente dal minorenne con discernimento.

Un discorso a sé, invece, va rivolto ai contratti che fuoriescono dall'ambito della vita corrente posti in essere dal minore nel mercato digitale. Questi contratti, nel nostro ordinamento, vanno incontro al rischio di poter essere annullati, sulla base del solo presupposto della incapacità (legale) di agire del minore (art. 1425 c.c.), ben conoscibile dall'altra parte, la quale quindi non potrebbe neppure far valere il suo affidamento[41]. Si è tuttavia inteso, che l'eventuale azione di annullamento può essere paralizzata dal minore con discernimento nel momento in cui viene ascoltato e riconosce la conformità dell'atto al suo migliore interesse, privando in tal modo il rimedio della funzione a cui è formalmente preposto[42].

In pratica, se i genitori intendono far annullare il contratto eccedente la vita corrente posto in essere direttamente dal figlio minorenne, essendo la loro iniziativa subordinata alla sussistenza della «necessità o utilità evidente del figlio» (art. 320 c.c.), la mancanza di questo presupposto, attestata dall'ascolto del minore, sul piano processuale non integra il requisito fondamentale della ricorrenza dell'interesse ad agire *ex* art. 100 c.p.c.

8. Segue. *La falsa dichiarazione di essere maggiorenne*

Resta il fatto, comunque, che nell'impianto della disciplina codicistica la stabilità degli effetti del contratto è consegnata alla *piena* disponibilità del minore contraente e del suo rappresentante legale. L'altra parte si trova, invece, a dover subire l'annullamento, non potendo far valere il proprio affidamento, nemmeno in presenza della *semplice* eventuale falsa dichiarazione del minore di essere maggiorenne, a meno che non provi che quest'ultimo ha nascosto con raggiri la sua minore età (art. 1426 c.c.)[43].

Questo impianto prescrittivo, nato in un contesto relazionale che conosceva rapporti di mercato caratterizzati esclusivamente dalla fisicità e dalla parola parlata, si arricchisce di nuovi significati nel momento in cui quei rapporti si consumano nell'ecosi-

---

[40] J. Bakan, *Assalto all'infanzia. Come le corporation stanno trasformando i nostri figli in consumatore sfrenati*, Prefazione di C. Saraceno, cit., 36.

[41] Si veda Del Prato, *Le annullabilità*, cit., 213; Marini, *Il contratto annullabile*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi*, 1, a cura di Gentili, cit., 329; Giardina, *Il minore e il contratto*, cit., 179.

[42] Si rinvia al nostro *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 161 ss.

[43] Cfr. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, cit., 85; Roppo, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2a ed., 2011, 719 s.; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017, 145 s.; Andreola, *Minori e incapaci in Internet*, cit., 207; Senigaglia, *I principi e le categorie del diritto civile minorile*, in *Diritto civile minorile*, a cura di Cordiano e Senigaglia, cit., 48 ss.

stema digitale; un ambiente, questo, a carattere prettamente mercantile, poiché si regge e si nutre di beni in special modo immateriali, primi fra tutti i dati personali. In esso i rapporti contrattuali si dispiegano all'insegna di un modello non diffuso nel contesto originario poc'anzi evocato. Il modello è quello dei contratti di massa, standardizzati, consegnati all'anonimia dei volti e delle parole, in cui, in sostanza, l'identità fisica della persona-consumatore sfugge alla percezione dell'operatore professionale[44].

Ebbene, essendo acquisito che per "i nativi digitali" la rete è uno strumento imprescindibile delle loro relazioni personali e patrimoniali, tendenzialmente la loro attività contrattuale si dirige al mercato di Internet. E quando si esce dagli atti identitari della vita corrente spesso l'operatore professionale chiede al consumatore la conferma del possesso della maggiore età; e il minore, interessato a conseguire il bene, dichiara, sovente con un segno di spunta (il sistema del cosiddetto *point and click*), di essere maggiorenne.

È evidente che in tale contesto si fa fatica a ravvisare quella *semplicità* che, stando all'art. 1426 c.c., deve connotare la dichiarazione di essere maggiorenne per renderla non impeditiva dell'annullamento del contratto[45]. In altre parole, se quella dichiarazione, riferita a un modello di contrattazione individuale, in cui le parti si incontrano e si scrutano, difficilmente è attratta nella fattispecie dell'occultamento della minore età supportato da raggiri, i quali, nei rapporti *off line*, sono per lo più accompagnati da fatti materiali; viceversa, nel contesto digitale, del tutto anonimo, consegnato alla velocità dei rapporti di massa, la dichiarazione sulla maggiore età tende a non connotarsi per la semplicità poiché la mancanza di contatto fisico e della parola, in un settore altamente massificato, la colora di elementi senz'altro idonei a trarre in inganno l'altra parte[46]. A ciò si aggiunge, in genere, la piena consapevolezza del minore con discernimento dell'idoneità del contesto in cui si inserisce la dichiarazione a trarre in inganno.

In altre parole, nella rete quella dichiarazione non nutre né può nutrire dubbi nella parte professionale; sì che, si potrebbe dire, che quanto dichiarato dal minore, anche con un semplice segno di spunta, è assorbito nel raggiro integrato dallo schermo, dalla standardizzazione e dalla massificazione del mercato al punto che non può non essere tutelato l'affidamento dell'altra parte, facendo salvi gli effetti del contratto.

In definitiva, quella dichiarazione che nel contesto analogico non giustifica l'affidamento dell'altro contraente, in quello digitale lo edifica assumendo tutte le fattezze del raggiro che, come sappiamo, può essere integrato anche dal silenzio in circostanze tali da ingannare l'altra parte[47].

---

[44] Sul tema si rinvia a N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 348 s.; Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss.; Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 747 ss.; C.M. Bianca, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita not.*, 2001, I, 1120 ss.; Maggiolo, *Predisposizione e "scambi senza accordo" nei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, 30 ss.; Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti reticolari*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 549 ss.; G. D'amico, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, V, Rimedi-2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 994; E. Andreola, *Minori e incapaci in Internet*, cit., 208 ss.

[45] Si veda Giardina, *L'art. 1426 c.c. tra annullabilità del contratto a tutela del minore e validità del contratto come «rimedio» a favore dell'altro contraente*, cit., 1072 ss.; Venchiarutti, *Raggiri dell' inabilitato per occultare la propria incapacità: il contratto non sarà annullabile?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 42 ss.; Capilli, *La capacità negoziale dei minori. Analisi comparata e prospettive di riforma*, cit., 49; Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, cit., 169 ss.

[46] Cfr. Gentili, *L'inefficacia del contratto telematico*, cit., 747 ss.; Comandé - Sica, *Il commercio elettronico*, Torino, 2001, 79.

[47] La massima giurisprudenziale è nel senso che «la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde

9. *La situazione di vulnerabilità*

In ogni caso, il minore con discernimento che opera in Internet, sia che ponga in essere atti di esercizio dei propri diritti puramente personali, sia che concluda contratti identitari della vita corrente sia che agisca eccedendo questo ambito, necessita di una tutela particolare, più forte rispetto a quella accordatagli nei rapporti *off line*. E ciò proprio in ragione del fatto che si tratta di un ambiente privo di confini, anonimo e non trasparente, in cui è preclusa la possibilità di dialogare e perciò insidioso, specie per un soggetto che comunque versa in una situazione di vulnerabilità[48].

Questa *protezione* deve essere attuata anzitutto da parte dei genitori, chiamati ad "assistere" il figlio minorenne con discernimento, nel senso di esercitare un controllo sulla effettiva esplicazione della sua libertà. Ma indispensabile è pure il comportamento richiesto agli operatori professionali del mercato di Internet; i quali, quando rivolgono la loro offerta anche a un pubblico di minorenni sono chiamati, in generale, ad adempiere l'obbligo di correttezza e buona fede contrattuale declinando l'informazione in modo da rendere veramente edotti questi soggetti dell'effettivo impatto delle loro scelte sulla propria sfera giuridica soggettiva personale e patrimoniale.

In tal senso, nel sistema del diritto dei consumatori il soggetto minore di età non è escluso dall'attività, ma, quale consumatore «particolarmente vulnerabile» (art. 20 Cod. cons.), beneficia di un'intensificazione degli strumenti di protezione istituiti dalla specifica disciplina a tutela del consumatore. E questo al fine di garantire la sua libertà e di renderla agevolmente controllabile anche da parte di chi è preposto alla sua cura[49].

Questa esigenza è attuata in termini paradigmatici in un significativo intervento normativo francese (*Loi n. 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne*) volto a tutelare lo sfruttamento dell'immagine dei soggetti di età inferiore a sedici anni nelle piattaforme elettroniche. Segnatamente, l'art. 1, il quale apporta alcune modifiche al *Code du travail*, al n. 4°, lett. b), integra l'art. L. 7124-1 di tale *Code* disponendo che il datore di lavoro, la cui attività consista nel realizzare registrazioni audiovisive il cui soggetto principale sia un bambino di età inferiore ai sedici anni, trasmesse a scopo di lucro su un servizio di piattaforma di condivisione video, non possa assumere il minore interessato se non previa specifica autorizzazione concessa dall'autorità amministrativa. Prevede inoltre che con l'autorizzazione, l'autorità amministrativa debba fornire «ai rappresentanti legali informazioni relative alla tutela dei diritti del minore nell'ambito della realizzazione di questi video, che riguardano in particolare le conseguenze, sulla vita privata del minore, della diffusione della sua immagine su una piattaforma di condivisione video. Tali informazioni riguardano anche i loro obblighi finanziari ai sensi dell'articolo L. 7124-25».

Il legislatore d'oltralpe pare non escludere il minore dall'attività, ma si limita a prendere atto delle peculiarità ambientali in cui essa si svolge, le quali accentuano notevolmente l'esposizione della persona a lesioni della sua dignità. Perciò individua nell'età di sedici anni il raggiungimento della maturità razionale necessaria per cogliere appieno

---

stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza», così Cass., 20 gennaio 2017, n. 1585, in banca dati *De jure*.

[48] Si rinvia a Andreola, *Minori e incapaci in Internet,* cit., *passim*.

[49] Si veda, in proposito, Di Sabato, *Il contratto del minore tra incapacità di contrarre e capacità di consumare*, cit., 77.

la portata del rischio; istituendo, invece, per l'infrasedicenne una duplica forma di controllo: *pubblica*, di carattere procedurale; *privata* di carattere rimediale.

10. *La protezione tra misure di diritto privato e di diritto pubblico*

Richiamando allora la consapevolezza invocata all'inizio di queste riflessioni sui diversi ambiti di competenza del diritto privato e del diritto pubblico[50], si può giungere alle seguenti considerazioni conclusive.

La valorizzazione della persona del minorenne esige il riconoscimento, nell'età del discernimento, della capacità contrattuale. Peraltro quando si tratti di atti identitari della vita corrente, strettamente legati allo svolgimento della personalità, ogni altro interesse accusa un disvalore che lo rende inidoneo a negare l'autonomia dell'interessato. In sostanza, l'incapacità di agire, come strumento di diritto privato, si rivela una soluzione sproporzionata e irragionevole per il perseguimento di fini di protezione.

Le esigenze di tutela, di qualsivoglia contenuto, ben possono invece essere realizzate da strumenti di diritto pubblico, quale una *disciplina del mercato* che, per il tramite della tecnica della norma imperativa, imponga obblighi di condotta in capo agli operatori professionali che operano in settori frequentati da consumatori minorenni; ma pure per mezzo dell'intervento delle *Authority* preposte alla vigilanza di tali settori del mercato o dell'*Authority* finalizzata alla promozione e tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età (Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza). A ciò si aggiungono altri strumenti, di diversa natura, idonei a rafforzare il controllo privato demandato, anzitutto, ai genitori chiamati ad assistere il figlio minorenne nei termini anzidetti.

[50] Su questi profili problematici si veda Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 101 ss.; G. Perlingieri - Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, 82 ss.; Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, *passim*; Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, *passim*.

MICHELE TAMPONI

GLI ENTI RELIGIOSI NEL CODICE DEL TERZO SETTORE

SOMMARIO: 1. Una questione terminologica. – 2. Gli enti della Chiesa: varietà e distinzioni. – 3. Ente ecclesiastico e diritto comune. – 4. Enti religiosi e terzo settore. – 5. Le condizioni per l'accesso dell'ente religioso civilmente riconosciuto al regime promozionale di cui al CTS: a) l'adozione del regolamento; b) la costituzione di un patrimonio destinato; c) le specifiche scritture contabili. – 6. Enti religiosi e impresa sociale. – 7. Il dissesto dell'ente religioso insolvente.

1. *Una questione terminologica*

Innanzitutto una questione terminologica. Per l'art. 20 Cost. il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di limitazioni di alcun genere sotto il profilo legislativo, fiscale, della costituzione, della capacità giuridica, delle forme di attività.

Orbene, non vi è dubbio che nella prospettiva costituzionale l'aggettivo "ecclesiastico" non possa essere considerato equivalente soltanto a "cattolico", e debba essere piuttosto inteso come sinonimo di "confessionale", esteso quindi agli enti di qualunque confessione religiosa[1].

Il che non toglie, beninteso, che non raramente la locuzione "ente ecclesiastico" venga dal legislatore nazionale riferita ai soli enti cattolici, come avviene, ad esempio, nella legge 20 maggio 1985 n. 222, che ha riguardo agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti alla luce di intese tra Stato italiano e Chiesa cattolica.

Significativamente, del resto, altre leggi nazionali sono state emanate sulla scorta di accordi con altre confessioni religiose, sì che conosciamo gli "enti valdesi civilmente riconosciuti", gli "enti ebraici civilmente riconosciuti", gli "enti avventisti civilmente riconosciuti" e così via[2].

Il profilo lessicale è particolarmente complesso, tantopiù che l'elemento religioso si presenta più esteso di quello confessionale, potendo investire anche risvolti spirituali non riconducibili alla sola religiosità confessionalmente orientata. Valga, per tutti, il dibattito suscitato dal controverso riconoscimento della personalità giuridica dell'Unione di atei ed agnostici, che ha provocato anche un intervento della Corte costituzionale oltre che dei giudici amministrativi[3]. Né può trascurarsi la configurabilità di enti confessionali non religiosi, cioè istituzionalmente confessionali, e magari riconosciuti come tali

---

[1] FLORIS, *Autonomia confessionale. Principi-limite fondamentali e ordine pubblico*, Napoli, 1992, specie 177 ss.; CONSORTI, *L'impatto del nuovo codice del Terzo settore sulla disciplina degli "enti religiosi"*, in *www.statoechiese.it*, n. 4, 2018, 5; da ultimo COSTANZA, *Terzo settore in frammenti. Considerazioni di diritto privato*, Torino, 2022, 39.

[2] Per tutti CONSORTI, *L'impatto del nuovo codice del Terzo settore sulla disciplina degli "enti religiosi"*, cit., 6.

[3] CORTE COST., sent. 10 marzo 2016 n. 52, in *Giur. cost.*, 2016, 537 ss.; TAR LAZIO, sent. n.7068/2014. In argomento PARISI, *Associazionismo ateista e accesso all'Intesa con lo Stato. Riflessioni a margine della sentenza n. 7068 del 2014 del Tar Lazio*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, 36, 1 ss.; E. ROSSI, *Le "confessioni religiose" possono essere atee? Alcune considerazioni su un tema antico alla luce di vicende nuove*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2014, 27, 1 ss.

anche dallo Stato, perseguenti compiti non religiosi e quindi caratterizzati da un'ecclesiasticità soltanto strumentale. Immediato è il richiamo agli istituti per il sostentamento del clero, ma il pensiero può correre anche allo IOR[4].

2. *Gli enti della Chiesa: varietà e distinzioni*

Spostandoci dal tema più esteso degli enti di matrice religiosa agli enti della Chiesa cattolica, si aprirebbe la strada a profili, distinzioni e classificazioni incompatibili con lo spazio riservato a queste rapide riflessioni: la loro disciplina canonistica e il suo stretto rapporto con il diritto secolare, il fenomeno associativo all'interno della Chiesa, la ricca tipologia di soggetti che ne animano la vita, persone giuridiche canoniche pubbliche e persone giuridiche canoniche private, enti di struttura (privi di autonomia statutaria e caratterizzati dal ruolo che in essi assume l'autorità ecclesiastica: si pensi alle diocesi e alle parrocchie) ed enti di libertà (contrassegnati dal libero impulso dei fedeli)[5]. A quest'ultimo riguardo, è bastevole osservare che nell'attualità è sempre più frequente la costituzione di associazioni o altri enti di diritto comune, talora anche privi di un formale riconoscimento canonico, da parte di gruppi di fedeli volti al perseguimento di varie finalità di natura apostolica.

Ci si può qui limitare a sottolineare che una grande trasformazione è in atto. Se per lungo tempo il diritto secolare è stato lo strumento con il quale lo Stato moderno ha cercato di condizionare l'azione della Chiesa attraverso una disciplina restrittiva delle entità ad essa ispirate, sottoposte a regimi di pervasiva vigilanza che ne limitavano il riconoscimento civile, l'amministrazione interna e la stessa capacità giuridica e patrimoniale, oggi il rapporto degli enti della Chiesa con il diritto secolare si snoda da un lato attraverso le norme di matrice concordataria, e dall'altro attraverso l'apertura a un diritto comune non più pregiudizialmente ostile alle comunità religiose[6].

3. *Ente ecclesiastico e diritto comune*

La legge nazionale 20 maggio 1985 n. 222, recante *Disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi*, ha stabilito all'art. 3 che il riconoscimento della personalità giuridica è accordato su domanda di chi ne è rappresentante secondo il diritto canonico, previo assenso dell'autorità ecclesiastica competente, ovvero su domanda di questa. E in forza dell'articolo successivo «*Gli enti ecclesiastici che hanno la personalità giuridica nell'ordinamento dello Stato assumono la qualifica di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti*». In tal modo essi possono essere considerati istituzioni che conservano in ambito nazionale gli originari caratteri dell'ordinamento canonico entro cui sono sorti. La loro irriducibile specialità è

[4] In tema, per tutti da ultimo Di Carlo - Treppiedi, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Rogiosi Editore, 2020, 116 ss.; Consorti, *La remunerazione del clero. Dal sistema beneficiale agli istituti per il sostentamento*, Torino, 2000; Id., *Le riforme economiche di papa Francesco*, in Aa.Vv., *Finanze vaticane e Unione europea*, a cura di Bani e Consorti, Bologna, 2015, 7 ss.

[5] Per tutti, senza pretesa alcuna di completezza, Buccelli, *Fabbricerie fra pubblico e privato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 254 ss.; Cavana, *Enti della Chiesa e diritto secolare*, in *www.statoechiese.it*, n. 14, 2018, 1 ss.; Punzi Nicolò, *Gli enti nell'ordinamento canonico*, Padova, 1983; Lo Castro, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 1985; Id., *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio delle persone morali*, Milano, 1974.

[6] Per tutti Cavana, *Enti della chiesa e diritto secolare*, cit., 54 s.

per l'appunto il fatto che sono riconosciuti come persone giuridiche agli effetti civili nel rispetto delle relative caratteristiche originarie stabilite dal diritto canonico[7].

Ne è scaturito un sistema a doppio binario: l'ente ha una sola sostanza, quella religiosa che ne costituisce la ragion d'essere, ma ha anche capacità civile. Si rinvengono le basi normative di tale scansione nell'art. 7, c. 2, legge 25 marzo 1985 n. 121, che contempla la ratifica e l'esecuzione dell'accordo, con protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, per la modifica del concordato lateranense dell'11 febbraio 1929.

In combinato disposto con gli artt. 1 e 2 c. 3 legge 20 maggio 1985 n. 222 quest'ultima disposizione subordina il riconoscimento di un ente della Chiesa cattolica al perseguimento in modo costitutivo ed essenziale di finalità religiose o di culto, eventualmente connesse a obiettivi di ordine caritativo contemplati dal diritto canonico. E giova qui ricordare che per attività di religione o di culto si intendono quelle rivolte all'esercizio del culto e alla cura delle anime, alla formazione del clero dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana (art. 16, lett. a, legge n. 222/1985); per attività diverse, per contro, si intendono quelle di assistenza e beneficenza, istruzione, educazione e cultura, oltre che quelle di natura commerciale e lucrativa (art. 16, lett. b, stessa legge).

Naturalmente, condizione per la riconoscibilità è che le seconde non abbiano natura prevalente rispetto a quelle di cui all'art. 16 lett. a) e siano ad esse connesse o strumentali, e comunque compatibili con la struttura e la finalità dell'ente. L'obiettivo religioso o di culto deve quindi in ogni caso rivestire principalità, risultante non solo e non tanto dallo statuto o dall'atto costitutivo, quanto piuttosto dall'attività realmente svolta.

Tutto ciò consente di qualificare ente ecclesiastico la persona giuridica derivata da un'investitura della confessione, e quindi direttamente o indirettamente espressiva della sua organizzazione interna, che presenti uno scopo di religione o di culto costitutivo ed essenziale[8]. In tal senso si sono orientate, con riguardo all'ente ecclesiastico cattolico, le norme di derivazione concordataria, le quali ne considerano elementi qualificanti, in forma congiunta, sia il carattere ecclesiastico che il fine di religione o di culto, entrambi presenti, in forma disgiunta, nella richiamata previsione dell'art. 20 Cost. Dette disposizioni sono state riproposte, con qualche variante, dalla generalità delle intese con le confessioni diverse da quella cattolica.

Pertanto gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti possono certamente svolgere, accanto alle funzioni rispondenti agli scopi di religione o di culto, anche attività diverse. Queste, pur legittime, non possono integrare *lo scopo* dell'ente, ma devono restare al livello di attività: la partita relativa all'identità dell'ente, cioè alla sua "ecclesiasticità", si gioca proprio sulla dialettica tra finalità e attività[9].

4. *Enti religiosi e terzo settore*

In forza dell'art. 4, c. 3, del decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 (il c.d. "Codice del terzo settore"), agli enti religiosi civilmente riconosciuti le regole del provvedimento

[7] Così Licastro, *Gli enti religiosi tra diritto comune e diritto speciale*, in *www.statoechiese.it*, fascicolo n. 1 del 2022, 86, il quale rinvia al documento conclusivo dell'accordo tra Stato italiano e Chiesa cattolica del 18 febbraio 1984.

[8] *Ex multis*, di recente Licastro, *Gli enti religiosi tra diritto comune e diritto speciale*, cit., 82.

[9] Cardia, *Riconoscimento degli enti ecclesiastici e Consiglio di Stato*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 121; nello stesso senso Varalda, *Enti ecclesiastici cattolici e procedure concorsuali. La rilevanza del "patrimonio stabile" nella gestione della crisi*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale*, 2015, n. 28, 1 ss.

in parola si applicano limitatamente allo svolgimento di specifiche attività di interesse generale della collettività e subordinatamente a precise condizioni. Il ramo – si è osservato – delimita l'ambito di operatività della normativa del CTS rispetto all'ente ecclesiastico: al suo interno è tratteggiato un perimetro rispetto al quale trovano applicazione le regole del Terzo settore[10].

Quanto alle attività (tutte riconducibili a finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale) occorre rifarsi all'art. 5, che le elenca puntualmente[11].

Le condizioni sono così sintetizzabili:

– per le attività in questione dev'essere adottato un regolamento in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata, che recepisca le norme del CTS e che venga depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore;
– per lo svolgimento di queste attività dev'essere costituito un patrimonio destinato e debbono essere tenute separate scritture contabili.

Giova rilevare subito, prima di accedere al merito delle enunciate prescrizioni, che compare per la prima volta in un testo legislativo la locuzione "enti religiosi civilmente riconosciuti", in luogo dell'espressione "enti ecclesiastici civilmente riconosciuti" di cui alla legge 20 maggio 1985 n. 222. L'aggettivo "religiosi" invece che "ecclesiastici" sembra recepire una visione legislativa più inclusiva delle formazioni sociali con finalità di culto, attraverso l'apertura anche ad istituzioni non rientranti nella sola esperienza cristiano-cattolica.

Ciò premesso, può osservarsi che con il richiamo al "riconoscimento civile" il legislatore ha inteso subordinare all'attribuzione della personalità giuridica e all'autonomia patrimoniale perfetta l'accesso alle agevolazioni e ai benefici di cui al CTS. Sono pertanto esclusi da questo sistema promozionale gli enti religiosi privi della personalità giuridica[12].

Per la verità, la scelta di una disciplina differenziata a favore degli enti delle confessioni religiose c.d. *intesizzate* può tradire una portata discriminatoria rispetto ad enti che, pur ispirando la propria azione a finalità etico-religiose altrettanto meritevoli di tutela, non possono vantare uno specifico legame di appartenenza a confessioni che abbiano in corso patti, accordi o intese con lo Stato, ciò che legittima il dubbio circa la compatibilità con l'art. 20 Cost.[13].

Si aprono inoltre plurime questioni interpretative, inclusa quella connessa alla stessa denominazione utilizzata, giacché la legge delega 6 giugno 2016 n. 106 si riferiva agli "enti delle confessioni religiose che hanno stipulato patti o intese con lo Stato", mentre il decreto legislativo 3 luglio 2017 n. 117 adotta la formula "enti religiosi civilmente riconosciuti": dizione che è stata bollata in dottrina come «improprio impoverimento

[10] Per tutti Fusaro, *Gli enti del Terzo settore. Profili civilistici*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2022, 87.

[11] Per qualche esempio: interventi e servizi sociali; prestazioni sanitarie e socio-sanitarie; educazione, istruzioni e formazione professionale; tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio; ricerca scientifica di particolare interesse sociale; attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale; attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso; commercio equo e solidale; promozione della cultura della legalità; protezione civile, ecc.

[12] Per tutti, Floris, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 3/2018, 15.

[13] In tema Elefante, *Enti ecclesiastici-religiosi e Terzo settore tra questioni aperte e prospettive di riforma: sviluppi recenti*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, fasc. 3, dicembre 2016, 595. Il dubbio di legittimità costituzionale è espresso da vari Autori, e tra questi Consorti, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli "enti religiosi"*, cit., 2.

concettuale, potenzialmente foriero di ulteriore confusione, frutto – se non di ignoranza – di colpevole disattenzione»[14].

Non è richiesto che l'ente religioso civilmente riconosciuto modifichi la propria ragione sociale: non essendo strettamente tipizzato come ente del Terzo settore non è ad esso applicabile la regola, dettata in via generale, di cui all'art. 12 CTS.

Naturalmente, la scelta di accedere alla categoria degli ETS, sia pure solo parzialmente, è rimessa al vaglio del singolo ente religioso, che valuterà in piena autonomia l'impatto dei vincoli e delle opportunità sulle proprie opere e sulla propria *mission*: la convenienza delle agevolazioni di ordine fiscale, la possibilità di avvalersi dei cc.dd. titoli di solidarietà, l'interesse a fruire di finanziamenti. Ma anche altri sono i potenziali vantaggi: dialogo più fluido con le pubbliche amministrazioni in funzione di attività di co-programmazione e di co-progettazione (art. 55 CTS); corsie preferenziali nell'ottenimento in comodato di beni mobili e immobili di Regioni ed enti locali (art. 71 CTS).

All'iniziativa delle comunità ecclesiali si apre in tal modo l'amplissimo ventaglio di attività, considerate di interesse generale, previsto dall'art. 5 del CTS, e trova così dettagliata specificazione la garanzia già assicurata nell'art. 2, n. 1, del c.d. *Accordo di Villa Madama* (cioè l'accordo intervenuto nel giugno 1984, recepito dalla richiamata legge 25 marzo 1985 n. 121) dove è stabilito che la Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica la piena libertà di svolgere la sua missione pastorale, educativa e caritativa, di evangelizzazione e di santificazione[15].

Questa apertura rappresenta per gli enti ecclesiastici una grande opportunità e, al tempo stesso, una sfida[16], giacché schiude ad essi importanti prospettive d'impegno agevolato nelle attività di utilità sociale chiamandoli a dare prova di capacità progettuale e organizzativa.

Superate nel tempo le parole d'ordine dell'ideologia del littorio ("tutto nello Stato, niente al di fuori dello Stato"), l'esplicita formalizzazione del principio di sussidiarietà è valso a far uscire da una sorta di limbo valori e principi contenuti nella prima parte della Carta repubblicana, come la rivalutazione delle formazioni sociali, il solidarismo, l'eguaglianza sostanziale. Al contempo, e già ben prima dell'introduzione dell'attuale art. 118 c. 4 nel corpo della Costituzione, sono progressivamente cadute le barriere erette negli ultimi secoli dalle legislazioni civili, in particolare negli Stati preunitari, per limitare l'azione della Chiesa e di altri soggetti privati nella sfera sociale.

In siffatto contesto, il CTS incoraggia gli enti religiosi civilmente riconosciuti, e tra questi quelli della Chiesa cattolica, ad accedere ai benefici in esso previsti, pur nel rispetto della loro struttura e della loro finalità primaria. In realtà, il ricorso alla figura dell'ente ecclesiastico civilmente riconosciuto – cioè organicamente inserito nell'organizzazione gerarchica della Chiesa e avente una fisionomia interna dettata dal diritto canonico – era già stato contemplato, per lo svolgimento di attività a rilevanza sociale, dall'art. 2 l. 20 maggio 1985 n. 222. Ma non v'è dubbio che il d. legisl. n. 117/2017 abbia assai più puntualmente tracciato il perimetro normativo entro il quale gli enti religiosi possono svolgere con il *favor* statuale le attività "diverse" da quelle di religione o di culto.

---

[14] Consorti, *op. ult. cit.*, 8; Mazzullo, *Il nuovo codice del Terzo settore. Profili civilistici e tributari*, Torino, 2017, 29.

[15] In tema, per tutti, Dalla Torre, *Enti ecclesiastici e Terzo settore. Annotazioni prospettiche*, in *www.statoechiese.it*, n. 16 del 2018, 9 s.

[16] Sull'argomento Cavana, *Enti ecclesiastici e riforma del Terzo settore. Profili canonistici*, in *www.statoechiese.it*, n. 22/2017, 1

Merita di essere sottolineato, in argomento, che la sollecitazione emergente dalla normativa statale sembra aver riscosso presso gli ambienti religiosi l'attenzione che merita, ove solo si consideri l'intervenuta adozione di modelli di regolamento per la costituzione di un ramo "ente del terzo settore" degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti[17].

5. *Le condizioni per l'accesso dell'ente religioso civilmente riconosciuto al regime promozionale di cui al CTS: a) l'adozione del regolamento; b) la costituzione di un patrimonio destinato; c) le specifiche scritture contabili*

a). – L'ente religioso civilmente riconosciuto che intenda accedere al regime promozionale di cui al CTS ha l'onere di adottare un regolamento, redatto in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata e depositato nel Registro unico nazionale del Terzo settore, inerente al funzionamento del ramo deputato alle attività riconducibili a tale ambito.

Naturalmente, esso dovrà continuare ad osservare gli ordinari obblighi di legge. E considerato che a tenore dell'art. 5 legge 20 maggio 1985 n. 222 gli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti devono essere iscritti nel registro delle persone giuridiche, ne discende che il soggetto interessato ad acquisire *anche* la qualifica di ETS dovrà essere iscritto sia all'ordinario registro delle persone giuridiche sia al RUNTS. Non dovrà tuttavia rinunciare alla sua denominazione originaria né aggiungervi l'acronimo ETS o analoga formula, come invece l'art. 12 CTS dispone in via generale. E ciò, per l'intuibile ragione che esso *non è* un ente del Terzo settore, bensì un soggetto *diverso* cui è accordata una *terzosettorializzazione* parziale. Nessuna contraddittorietà può pertanto riscontrarsi rispetto all'art. 5 CTS, che subordina l'iscrizione nell'apposito Registro – e quindi la qualificazione di "ente del Terzo settore" – all'esercizio "in via esclusiva e principale" di almeno una delle attività di interesse generale ivi elencate. Del resto, l'ente ecclesiastico è un'istituzione che conserva nell'ordinamento italiano gli originari caratteri dell'ordinamento canonico entro cui è sorto: non è né un ente privato né un ente pubblico, bensì l'elemento di un'autonoma organizzazione confessionale, cui lo Stato si è limitato a riconoscere la personalità giuridica[18].

La sua natura non cambia, dunque, se sceglie di affiancare alla primaria finalità di religione o di culto, come il legislatore italiano gli ha consentito di fare, una o più attività volte al perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale elencate nell'art. 5 CTS. La sostanza religiosa, destinata a costituirne la ragion d'essere, non viene meno in ragione dello svolgimento, *a latere*, di altre attività. Né si tratta di una novità introdotta dal CTS, ove si consideri che l'art. 16 della legge 20 maggio 1985 n. 222, cioè la richiamata legge sugli enti e beni ecclesiastici in Italia, come in precedenza ricordato ha nettamente distinto le attività di religione o di culto, dirette all'esercizio del culto, alla cura delle anime, alla formazione del clero e dei religiosi, a scopi missionari, alla catechesi, all'educazione cristiana, da quelle "diverse", ovverossia tendenti all'assistenza e beneficenza, all'istruzione, all'educazione e alla cultura, oltre che a mire di ordine lucrativo.

---

[17] In tema Perego, *I modelli di atto e regolamento per il ramo degli enti ecclesiastici proposti da CEI, USMI e CISM*, in *www.terzjus.it*, 5 maggio 2022; cenni in Fici, *Le principali novità di un anno di riforma*, in *Terzjus Report 2022*, *Dal non profit al terzo settore. Una riforma in cammino*. Napoli, 2022, 24, 253-255.

[18] Cons. Stato, I, 21 marzo 2001 n. 1008/2000, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2402 ss., e in dottrina Bettetini, *Riflessi canonistici della riforma del Terzo settore*, in *www.statoechiese.it* n. 20/2018, 2.

Ciò significa che si rivelano funzionali, in quanto rivolti a realizzare le finalità proprie della Chiesa, non solo quelli di religione e di culto, ma anche gli interventi di carattere educativo, caritativo, di assistenza, beneficenza, istruzione e cultura. Una diversa conclusione sarebbe viziata di incostituzionalità per contrasto con l'art. 7, c. 1, Cost. e anche con il riformato art. 118 Cost., che dà rilievo al principio di sussidiarietà attribuendo sia alle persone fisiche sia agli enti ruoli attuativi di interessi generali[19].

La strada scelta dal legislatore del 2016-2017, a ben vedere, non si discosta da quella tracciata a suo tempo per gli enti religiosi interessati ad operare come ONLUS[20]. L'art. 10 c. 9 d. lgs. 4 dicembre 1997 n. 460 riconosceva infatti agli enti ecclesiastici delle confessioni religiose con le quali lo Stato aveva stipulato patti, accordi o intese la facoltà di assumere la detta qualifica limitatamente all'esercizio delle attività di solidarietà sociale (assistenza sociale e socio-sanitaria, assistenza sanitaria, beneficenza, istruzione, formazione, sport dilettantistico, tutela e promozione delle cose d'interesse artistico e storico, tutela e valorizzazione della natura e dell'ambiente, promozione di arte e cultura, tutela dei diritti civili, ricerca scientifica di particolare interesse sociale), e tutto ciò a condizione che per esse fossero tenute scritture contabili separate.

b). – Grava inoltre sugli enti religiosi che vogliano accedere al regime degli ETS l'onere della costituzione di un patrimonio destinato, non richiesta per gli enti di altra natura.

L'interrogativo sulla coerenza con l'art. 20 Cost. è stato formulato anche sotto questo profilo. Per tale disposizione «*il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto non possono essere causa di speciali limitazioni legislative*», ed effettivamente limitanti potrebbero apparire le condizioni poste dal legislatore del 2017. L'impressione è tuttavia superabile osservando che la creazione di un patrimonio destinato trova la sua *ratio* proprio nella natura religiosa o di culto dell'ente, giacché l'assenza di un patrimonio destinato rischierebbe di intaccare le risorse devolute allo svolgimento delle sue primarie attività istituzionali. Si tratta, insomma, di uno strumento di protezione, e non di una misura discriminatoria fonte di disparità irragionevole.

Immediato ed istintivo apparirebbe il richiamo agli artt. 2447-*bis* e seguenti del codice civile, e sembrerebbe dunque doversi fare riferimento alle proporzioni ivi stabilite in via generale[21]. Ma la mancanza di un'esatta individuazione del "patrimonio destinato" di cui all'art. 4 CTS rende estremamente problematica la questione: da un lato, tale previsione impone un "patrimonio destinato" all'ente religioso che voglia svolgere attività proprie degli ETS; dall'altro, l'art. 10 stesso codice ammette in via generale la possibilità per gli enti del Terzo settore dotati di personalità giuridica e iscritti nel registro delle imprese di costituire uno o più patrimoni destinati a uno specifico affare «*ai sensi e per gli effetti degli articoli 2447-bis e seguenti del codice civile*». Non è chiaro, quindi, se il patrimonio destinato di cui all'art. 4 sia il medesimo individuato all'art. 10, tantopiù che il primo si presenta come necessario ed imprescindibile per l'ente religio-

[19] Per tutti, Bettetini, *Riflessi canonistici della riforma del Terzo settore*, cit., 7.

[20] Persuasivamente Fusaro, *Gli enti del Terzo settore. Profili civilistici*, cit., 85 rileva che la nuova disciplina si pone in continuità con quelle antesignane (organizzazioni non lucrative di utilità sociale di cui al d. lgs. n. 460/1997 e impresa sociale *ex* d. lgs. 24 marzo 2006 n. 155).

[21] Art. 2447-*bis*, c. 2, cod. civ.: «*Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali*».

so che voglia svolgere attività ETS, mentre il secondo è indiscutibilmente facoltativo. Molte altre, del resto, sono le differenze: all'art. 4 si parla di "patrimonio destinato", mentre all'art. 10 si specifica "patrimonio destinato a uno specifico affare …"; le due disposizioni sono collocate in contesti differenti, e presentano finalità radicalmente distinte. Inoltre solo l'art. 10 esplicita il rinvio alle previsioni dettate dal codice civile in ambito societario.

Ciò che sicuramente risulta chiaro è l'obiettivo della separazione, sul piano contabile, di quanto destinato, in termini patrimoniali ed anche organizzativi, allo svolgimento di attività di religione e di culto, riservate all'autorità ecclesiastica, e quanto invece indirizzato alle "attività diverse" svolte dall'ente ecclesiastico, soprattutto se in veste imprenditoriale e quindi con doverosa copertura dei costi con i ricavi, come tali assoggettati alla legislazione civile: prospettiva imprescindibile, anche in chiave di possibili procedure esecutive in caso di gravi difficoltà economiche[22].

È facile avvertire che la previsione di un "patrimonio destinato", in disparte il tema della sua sovrapponibilità a quello di cui agli artt. 2447-*bis* e seguenti del codice civile, si espone alla tradizionale obiezione per la quale le ipotesi di separazione patrimoniale hanno carattere tassativo *ex* art. 2740, c. 2 cod. civ.: obiezione che induce a dubitare dell'ipotizzata sovrapponibilità. Né a diversa conclusione potrebbe pervenirsi valorizzando il dettato dell'art. 2645-*ter* cod. civ., non prevedendo il CTS il compimento, da parte dell'ente religioso, di un atto di destinazione avente per oggetto beni immobili o mobili registrati, come la disposizione testé richiamata stabilisce. Senza considerare, poi, che allo svolgimento dell'attività l'ente potrebbe destinare denaro, strumenti finanziari o altri beni non costituenti oggetto di iscrizione nei pubblici registri, così da non darsi luogo all'applicazione della detta previsione[23].

c). – Gli enti religiosi civilmente riconosciuti debbono tenere specifiche scritture contabili e un bilancio separato per il ramo "Terzo settore", affinché le relative attività restino nettamente distinte dalla gestione di quelle ad oggetto religioso o culturale[24].

Non si tratta di novità di pregio: già si è ricordata la disciplina dettata al riguardo per il segmento ONLUS dell'ente religioso (art. 10, c. 9, d. lgs. 4 dicembre 1997 n. 460).

Il requisito della contabilità separata è soddisfatto anche nell'ambito di scritture onnicomprensive, cioè con la tenuta di un unico impianto contabile e di un unico piano dei conti, purché siano distintamente rilevate le operazioni destinate all'attività istituzionale da quelle relative all'attività "altra"[25]. Ciò che si vuole evitare, in altre parole, è l'opacità delle scelte di gestione, foriera di possibili abusi.

La separazione nella tenuta delle scritture contabili risponde a plurime finalità: scongiura la commistione tra la gestione dell'attività istituzionale e la conduzione delle attività proprie del Terzo settore svolte dall'ente religioso; permette ai creditori la conoscenza della situazione patrimoniale e reddituale dell'ente con riguardo all'attività di interesse generale che concretamente esso esplica; rende infine possibile l'applicazione delle regole di devoluzione del patrimonio di cui all'art. 9 CTS.

---

[22] Per tutti Cavana, *Enti ecclesiastici e riforma del Terzo settore. Profili canonistici*, cit., 18.

[23] In tema Perrone - Marano, *La Riforma del Terzo settore e gli enti ecclesiastici: un rischio, un costo o un'opportunità?*, in *www.statoechiese.it*, n. 35 del 2018, 6 s.

[24] Per tutti Colombo, *Il "ramo" ETS degli enti religiosi*, in *Cooperative e enti non profit*, 2/2018, 14.

[25] Per tutti Bettetini, *Riflessi canonistici della riforma del Terzo settore*, cit., 14.

6. *Enti religiosi e impresa sociale*

Agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti non è attribuita soltanto la possibilità di fruire, a certe condizioni e con riguardo alle funzioni rispondenti a finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, dei vantaggi riservati agli ETS, bensì anche quella di beneficiare, limitatamente all'attività imprenditoriale, delle prerogative riservate all'impresa sociale.

Alla base dell'incontro normativo tra ente religioso e impresa sociale è, in primo luogo, l'art. 1 c. 1 del d. lgs. 3 luglio 2017 n. 112, in forza del quale l'accesso ai benefici riservati all'impresa sociale è consentito a «*tutti gli enti privati … che, in conformità alle disposizioni del presente decreto, esercitano in via stabile e principale un'attività d'impresa di interesse generale, senza scopo di lucro, e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività*».

Siffatta generale previsione fa da battistrada al terzo comma, che conferisce agli enti religiosi civilmente riconosciuti la facoltà di avvalersi delle regole contenute nel decreto legislativo in parola limitatamente allo svolgimento delle attività ivi contemplate. E ciò, a condizione che sia adottato un regolamento, in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, che recepisca le norme previste per le imprese sociali, che sia costituito un "patrimonio destinato", e che siano tenute in modalità separata le scritture contabili (art. 2, c. 3).

Si richiede inoltre che il regolamento sia depositato nel Registro delle imprese. Le condizioni, cioè, sono le medesime contenute nel CTS.

In altre parole, il legislatore nazionale si è posto il problema di contemperare le nuove previsioni con le specificità dell'ente ecclesiastico e della normativa bilaterale: un'applicazione *tout court* del CTS e del coevo decreto legislativo sull'impresa sociale sarebbe risultata irrealistica, e si è mirato a coniugare le differenti esigenze con particolare riguardo al sistema di *governance* e al regime dei beni.

L'ente ecclesiastico che svolga attività di interesse generale come impresa sociale non è tenuto a indicarlo espressamente nella propria denominazione (art. 6, c. 2, d. lgs. n.112/2017); non è chiamato a prevedere la partecipazione dei lavoratori e degli utenti alla *governance* (art. 11, c. 5, d. lgs. n. 112); in caso di scioglimento volontario o di perdita volontaria della qualifica di impresa sociale non è tenuto a devolvere il patrimonio ad altri ETS o al fondo per la promozione e lo sviluppo delle imprese sociali (art. 12, c. 5, d. lgs. n. 112/2017); non è soggetto a liquidazione coatta amministrativa (art. 14, c. 6, d. lgs. 112/2017).

Non tutte le disposizioni del decreto legislativo dedicato all'impresa sociale sono però riferibili al "ramo" impresa sociale dell'ente religioso: è lo stesso d. lgs. n. 112 a stabilire che alcune disposizioni non trovano applicazione ovvero possono essere dall'ente derogate. Segnatamente, il detto provvedimento, mentre implicitamente prevede che l'ente ecclesiastico debba adeguarsi alle prescrizioni in tema di nomina e di requisiti degli amministratori e degli organi interni di controllo (art. 7), nonché a quelle di non discriminazione (art. 8), lo esonera invece dall'assunzione della denominazione di impresa sociale (art. 6 c. 2), dall'obbligo di democraticità (art. 8), dagli obblighi relativi alla partecipazione di lavoratori e *stakeholders* (art. 11 c. 5), dagli obblighi di devoluzione del patrimonio (art. 12 c. 5), dalla disciplina contemplata per trasformazioni e fusioni (art. 14 c. 6), dalle regole concernenti l'impiego di volontari (art. 13), nonché dalla soggezione alla

liquidazione coatta amministrativa (art. 14, c. 6). Il legislatore vuole così salvaguardare nella misura massima possibile la struttura e la finalità dell'ente ecclesiastico-religioso.

Merita di essere ricordato che lo stesso legislatore è più recentemente intervenuto con riguardo alla costituzione del patrimonio destinato. A seguito del d.l. 31 maggio 2021 n. 77 (recante *Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure*), convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021 n. 108, l'art. 1 c. 3 del d. lgs. n. 112 del 2017 dispone che i beni costituenti il patrimonio destinato siano indicati nel regolamento, anche con atto distinto ad esso allegato. Dispone inoltre che per le obbligazioni contratte in relazione alle attività d'impresa di interesse generale gli enti religiosi civilmente riconosciuti «*rispondono nei limiti del patrimonio destinato*», e precisa che gli altri creditori non possono far valere alcun diritto sul patrimonio destinato allo svolgimento delle attività d'impresa di interesse generale.

La novella legislativa ha così chiarito in termini inequivoci che l'ente ecclesiastico risponde per le obbligazioni contratte in relazione all'attività di impresa sociale "nei limiti del patrimonio destinato" e che quest'ultimo, a sua volta, non è aggredibile dagli altri creditori dell'ente, cioè dai creditori che siano divenuti tali in relazione alle sue attività diverse da quelle di impresa sociale. È così conseguito, con finalità protettive delle attività primarie dell'ente stesso, un effetto sostanzialmente segregativo costituente nuova deroga alla previsione generale dell'art. 2740 cod. civ.[26].

Naturalmente, anche ulteriori problemi potrebbero essere affacciati, e tra questi l'interrogativo circa la possibilità, per l'ente religioso civilmente riconosciuto, di dare vita a un'autonoma figura tra quelle contemplate nello stesso d. lgs. n. 112, e quindi a un ente civile strumentale, separato e autonomo, in qualche modo collegato mediante apposite clausole statutarie. Si assisterebbe, in tal modo, alla possibilità di configurare l'ente religioso come "capogruppo" di ETS e/o imprese sociali giuridicamente a sé stanti, ma assoggettati al suo controllo[27].

7. *Il dissesto dell'ente religioso insolvente*

Grava sugli amministratori di un ente l'obbligo di un'adeguata diligenza gestionale. Per il *Codex iuris canonici* gli amministratori dei beni ecclesiastici «*sono tenuti ad attendere alle loro funzioni con la diligenza del buon padre di famiglia*» (can. 1284, par. 1), così come il codice civile richiede ad amministratori di associazioni e fondazioni (art. 18), a mandatari (art. 1710), ad amministratori di società semplici (art. 2260). Soglia più alta e più impegnativa è poi richiesta per gli amministratori di società personificate (art. 2392 e segg. per le s.p.a.; art. 2476 per le s.r.l.).

[26] Sul tema Perego, *Le attività diverse e il patrimonio destinato degli enti religiosi civilmente riconosciuti (Note a margine di recenti integrazioni alle norme sul Terzo settore)*, in *Terzjus. Osservatorio di diritto del terzo settore, della filantropia e dell'impresa sociale*, 31 agosto 2021.

[27] In argomento, in chiave problematica, FICI, *Appunti e spunti in tema di impresa sociale degli enti ecclesiastici*, in *Terzjus. Osservatorio di diritto del Terzo settore, della filantropia e dell'impresa sociale*, 23 maggio 2020 (*www.terzjus.it*); Cavana, *Gli enti ecclesiastici sul processo di riforma del terzo settore*, in Aa.Vv., *Gli enti ecclesiastici nella riforma del Terzo settore*, a cura di Cavana, Torino, 2021, 56. Da ultimo D'angelo, *Fattore religioso e Costituzione economica. A proposito di enti ecclesiastici-religiosi e impresa sociale*, in *www.statoechiese.it*, fasc. 9 del 2022, 34 ss. ed *ivi*, a p. 38 ss., forti riserve su tale ipotesi, la quale «*rischia di fungere da tramite per sviamenti funzionali e pratiche distorsive*».

Ma *quid iuris* se l'ente diviene insolvente o comunque precipita in una situazione di grave crisi di ordine gestionale?

È accaduto talvolta che la stessa Santa Sede, con riguardo a un ente ecclesiastico insolvente, abbia sollecitato la presentazione al giudice civile della domanda di fallimento o di accesso ad altra procedura concorsuale[28].

Appare infatti evidente che un ente religioso il quale svolga attività d'impresa non possa essere reputato immune rispetto alle procedure concorsuali. Il necessario rispetto della struttura e delle finalità primarie non può impedirne l'assoggettamento ad esse. Si impone perciò una drastica scissione tra funzioni di carattere confessionale e attività imprenditoriale, pur senza per questo pervenire a una sorta di sezionamento che finisca per dare vita a due distinti soggetti giuridici[29].

L'art. 3, c. 2, d. lgs. 117/2017 stabilisce che per quanto non previsto dal CTS agli enti del Terzo settore si applicano, in quanto compatibili, le norme del codice civile e le relative disposizioni di attuazione. Questo generale rinvio al codice civile ricomprendeva anche l'art. 2221 cod. civ.[30], abrogato a seguito dell'entrata in vigore (15 luglio 2022) del d. lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (il "codice della crisi di impresa e dell'insolvenza"), che si apre proprio con l'indicazione dell'ambito di applicazione: «*il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana, o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici*» (così il primo comma).

I due commi successivi dello stesso articolo fanno salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese e in materia di crisi delle società pubbliche. L'ultimo comma (il quarto) assicura il coordinamento delle disposizioni in tema di liquidazione coatta amministrativa con gli ordinamenti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e Bolzano.

---

[28] Trib. Roma, Sez. fall., sent. 30 maggio 2013 n. 432, in *Giur. comm.*, 2014, 1082 con nota di Rivetti, *Enti ecclesiastici e ammissibilità alle procedure concorsuali*.

In tema già Trib. Paola, sent. 3 dicembre 2009, in *Fall.*, 2010, 979 ss. con nota di Trentini, *Il fallimento di ente ecclesiastico che esercita l'attività d'impresa. Ampia è la letteratura in argomento*. *Ex multis*, Bettetini, *Enti ecclesiastici civilmente riconosciuti e procedure concorsuali*, in Aa.Vv., *Il diritto come "scienza di mezzo", Studi in onore di Mario Tedeschi*, a cura di D'Arienzo, vol. I, 2017, 185 ss.; Celli, *Amministrazione dell'ente ecclesiastico: prevenzione e gestione delle criticità*, in *Temi di amministrazione dei beni ecclesiastici e riforma del Terzo settore*, a cura della *Conferenza Episcopale Italiana*, 10 ss., in *https://economato.chiesacattolica.it*; Leozappa, *Enti ecclesiastici e procedure concorsuali*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, 313 ss.; Nicolò Punzi, *Enti ecclesiastici e procedure fallimentari. Considerazioni introduttive*, in Aa.Vv., *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, vol. I, Torino, 2010, 371; Neri, *La nozione di ente ecclesiastico. Spunti preliminari in tema di fallimento*, *ivi*, 375.

[29] In tema Licastro, *Gli enti religiosi tra diritto comune e diritto speciale*, cit., 98. Ampia è la letteratura sull'attività d'impresa dell'ente religioso. *Ex multis*: Parisi, *L'ente ecclesiastico imprenditore. Legislazione bilaterale e diritto comune nella disciplina normativa delle attività di impresa dell'ente religioso*, in *Arch. giur.*, 1, 2021, 105 ss.; già Fuccillo, *Enti ecclesiastici e impresa commerciale: finalmente un binomio compatibile!*, in *Dir. eccles.*, 2, 1995, 460 s.; Id., *Società di capitali, enti religiosi e dinamiche interculturali*, in Aa.Vv., *Esercizi di laicità interculturale e pluralismo religioso*, a cura di Fuccillo, Torino, 2014; Id., *Gli enti religiosi nel «terzo settore» tra la nuova impresa sociale e le società di benefit*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2018, 341 s.

[30] «*Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure di fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali*».

Mancando un'esclusione degli enti del Terzo settore, è giocoforza concludere che le procedure concorsuali riguardino appieno anch'essi, allorché esercitino anche attività commerciali, ivi inclusi gli enti religiosi.

La casistica è in proposito assai limitata, e tuttavia variegata: talvolta si è riconosciuta per questi ultimi l'applicabilità del concordato preventivo[31], altre volte è stato dichiarato il fallimento[32]; né è mancata l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria[33].

Ferme le peculiarità di ciascuna vicenda, alla base sono state poste, in ogni caso, le statuizioni di cui all'art. 7 della legge 25 marzo 1985 n. 121, ove è stabilito che le attività diverse da quelle di religione o di culto, svolte dagli enti ecclesiastici, sono soggette, nel rispetto della loro struttura e della loro finalità, alle leggi dello Stato che le concernono, nonché al regime tributario previsto per esse. Si è concluso perciò che lo stato di ente di culto non ostava all'applicazione delle disposte procedure concorsuali.

Escluso infatti che gli enti religiosi possano rientrare tra gli enti pubblici che l'ora abrogato art. 2221 cod. civ. sottraeva alle procedure concorsuali, si è posto in luce che lo scopo ideale da essi perseguito non ne impedisce l'assoggettamento allo statuto dell'imprenditore laddove esercitino (anche) un'attività imprenditoriale, come sovente accade nelle ipotesi di attività ospedaliera o scolastica, organizzate ed attuate secondo criteri di economicità, ma anche nel caso di produzione e vendita di prodotti di erboristeria ed officinali, liquori e dolciumi da parte degli ordini monastici.

I presenti rilievi non valgono con esclusivo riguardo all'attività di un ente religioso che svolga anche attività propria degli ETS, e si estendono all'ipotesi in cui l'ente in parola eserciti un'attività di impresa sociale. L'unica differenza è costituita dalla previsione (art. 14 d. lgs. 3 luglio 2017 n. 112, abrogativo del d. lgs. 24 marzo 2006 n. 155) secondo cui in caso di insolvenza queste imprese debbono essere sottoposte alla procedura di liquidazione coatta amministrativa.

Con riferimento al fallimento (ora liquidazione giudiziale) si dovrebbe concludere, in via di principio, che la sua apertura determina lo spossessamento dell'intero patrimonio dell'ente, con la sola esclusione degli edifici di culto, inespropriabili a norma dell'art. 5 l. 25 marzo 1985, n. 121, e dei beni che ne costituiscano pertinenza: ad essi potrebbe riconoscersi, sia pure con qualche sforzo ermeneutico, la natura di "beni personali", in quanto tali sottratti al fallimento dall'art. 46 legge fall. (e ora dall'art. 146 del richiamato codice della crisi e dell'insolvenza)[34]. Significativamente, del resto, l'art. 831 cod. civ. riserva loro un trattamento particolare, disponendo al secondo comma che gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartenenti a privati, non possono essere sottratti alla destinazione neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano. Si evince, perciò, che questi beni non fanno parte del patrimonio dell'imprenditore-ente

[31] Trib. Roma, decr. 25 ottobre 2012 (inedito, ma richiamato da M. Bianca, *Il pluralismo confessionale e l'insolvenza degli enti religiosi: riflessioni a margine dell'esperienza statunitense e della riforma del terzo settore*, in *Dir. fall.*, 2017, 1333 nota 11).

[32] Trib. Roma, 19 luglio 2013, inedita; Trib. Roma, 30 maggio 2013, n. 432, cit.

[33] Decr. Min. dello Sviluppo Economico 29 marzo 2013 a carico della Provincia italiana della Congregazione dei Figli dell'Immacolata Concezione.

[34] Ad esempio, i beni e i rapporti direttamente destinati e relativi alle attività di religione o di culto sono stati esclusi dallo spossessamento da Trib. Roma, 30 maggio 2013 n. 432, cit.

ecclesiastico posto a garanzia generale delle obbligazioni da esso assunte ai sensi dell'art. 2740 cod. civ.[35].

Il tema si rivela più spinoso per i beni mobili: statue, tele, pale d'altare, trittici ecc. possono definirsi vincolati alla destinazione di religione e di culto, quando tali opere sono presenti in musei, case private, castelli, uffici pubblici che nulla hanno a che fare con religione e culto? L'interrogativo è legittimo, anche tenuto conto della previsione di cui all'art. 514 cod. proc. civ., che qualifica assolutamente impignorabile «*le cose sacre e quelle che servono all'esercizio del culto*».

[35] Aprile, *La porta stretta tra fine spirituale di un ente ecclesiastico ed esercizio di attività commerciale*, in *Fall.*, 2014, 211; più recentemente Licastro, *Sulla questione della pignorabilità degli edifici di culto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2019, n. 31, 71 ss.

MANUELA TOLA

PAGAMENTI DIGITALI E FRAGILITÀ DELLA PERSONA

SOMMARIO: 1. Bisogni della persona e pagamenti digitali. – 2. La tecnologia a presidio delle vulnerabilità. – 3. Standardizzazione dell'attività bancaria e limiti alla personalizzazione dei contratti. – 4. La dignità della persona come limite all'organizzazione dell'impresa.

1. *Bisogni della persona e pagamenti digitali*

In una sua recente riflessione sulla "politica della fragilità", Paolo Zatti osservava che «quel rivolo di buone intenzioni che la legge raccoglie, e traduce in norme, si insabbia o si deforma nell'inerzia, nell'impreparazione, nella disorganizzazione, nelle ottusità»[1]. E con la consueta eleganza della sua prosa, l'illustre Maestro esortava i giuristi a «pensare a leggi nuove solo integrando nel progetto il problema della sua attuabilità»[2], perché «ottenuta la legge, ci troviamo di fronte all'ostacolo gigantesco, massiccio, forse invincibile di un apparato – cultura costume, organizzazione, barriere autodifensive – che inghiotte, deforma, sterilizza tutto ciò che vuole sovvertire o cambiare il suo "ordine"»[3].

Questo raffinato pensiero dedicato alla persona «nella sua propria, concreta, unica fragilità», si è rivelato di disarmante concretezza in seguito alle restrizioni imposte dalla legislazione emergenziale per contenere gli effetti della pandemia. In quel periodo, la repentina modifica dei processi di scambio tradizionali, dovuta all'introduzione delle misure di isolamento e di distanziamento tra gli individui, si è immancabilmente riflessa sulle abitudini dei consumatori[4]. È noto infatti che la gestione dell'emergenza ha implicato una drastica riduzione nell'utilizzo del denaro contante e un'intensificazione dei pagamenti digitali, grazie ai quali è stato peraltro possibile mantenere una certa continuità nel compimento delle attività quotidiane[5].

Questa tendenza è ancora oggi in atto ed è certamente servita a dare un forte impulso a quel processo di «finanziarizzazione» dell'economia che ha portato le banche

---

[1] ZATTI, *L'intendance suivra…?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 182.

[2] *Ivi*, 183.

[3] *Ivi*, 182.

[4] Dall'indagine della B.C.E., *Study on the payment attitudes of consumers in the euro area (SPACE)*, 2020, reperibile all'indirizzo *https://www.ecb.europa.eu/stats/ecb_surveys/space/html/index.en.html*, 21, emerge come nella riduzione dell'uso del contante abbiano avuto un peso decisivo i timori di contrarre infezioni, le raccomandazioni a non utilizzare banconote e la minore accettazione di queste nelle transazioni. Ed in effetti, nonostante le evidenze scientifiche escludessero la maggiore propagazione del virus attraverso le banconote, la tendenza è stata quella di evitare ogni genere di contatto nella fase di pagamento. Così, ARDIZZI-NOBILI-ROCCO, *A game changer in payment habits: evidence from daily data during a pandemic*, Banca d'Italia, 2020, 5.

[5] Cfr. i rilievi di ARDIZZI-GAMBINI-NOBILI-PIMPINI-ROCCO, *L'impatto della pandemia sull'uso degli strumenti di pagamento in Italia*, in *Mercati, infrastrutture, sistemi di pagamento*, Banca d'Italia, 7. L'impulso all'uso dei pagamenti digitali come misura atta a ridurre i rischi di contagio da Covid 19, è stato forte anche livello europeo. Cfr. COMMISSIONE UE, *On a Retail Payments Strategy for the EU, 2020, reperibile all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0592&from=EN, 18*; EUROPEAN BANK AUTHORITY, *Single Rulebook Q&A*, 2018_4042, 19.7.2019, reperibile all'indirizzo *eba.europa.eu*.

e gli intermediari finanziari ad assumere un ruolo insostituibile nel sistema dei pagamenti[6]. Al punto che ne risulta oramai imprescindibile l'intermediazione non solo per tutti quegli adempimenti legati alle limitazioni nell'uso del contante (come il versamento dei tributi[7], la percezione dei trattamenti retributivi e pensionistici[8], la tracciabilità dei trasferimenti di denaro), ma anche, e più banalmente, per l'acquisto di beni e servizi di natura essenziale o di uso quotidiano. Anzi, proprio in relazione a queste ultime operazioni, le transazioni alimentate dalle nuove tecnologie hanno registrato il maggiore incremento, aprendo la via ad un contesto economico dominato dalla moneta scritturale, in cui i pagamenti digitalizzati e, più in generale, la «gamma dei servizi, prodotti e infrastrutture finanziari» nella quale si declina il *Fintech*[9], sono ormai entrati a far parte del comune stile di vita della società[10], integrandosi a pieno titolo nel sistema di pagamenti, quale insieme di strumenti tecnici e giuridici slegati dal rapporto intersoggettivo e dotati di natura di «bene collettivo»[11]. Cosicché ove se ne impedisse o se ne limitasse l'acces-

[6] Secondo lo studio realizzato da McKinsey & Company, *How COVID-19 has pushed companies over the technology tipping point and transformed business forever*, ottobre 2020, reperibile all'indirizzo *https://www.mckinsey.com/capabilities/strategy-and-corporate-finance/our-insights/how-covid-19-has-pushed-companies-over-the-technology-tipping-point-and-transformed-business-forever#/*, la pandemia avrebbe contribuito a ridurre di almeno sette anni i tempi di digitalizzazione dell'economia.

[7] Si ricorda che, a partire dal 28.12.2021 i pagamenti rivolti alle pubbliche amministrazioni possono eseguirsi unicamente attraverso la piattaforma PagoPa, alla quale si può accedere direttamente dal sito dell'Ente destinatario ovvero attraverso gli sportelli fisici o virtuali dei prestatori dei servizi di pagamento (cd. PSP), ossia banche, Istituti di pagamento e Istituti di moneta elettronica che vi aderiscono.

[8] Va rammentato che per effetto dell'art. 2, comma 4°-*ter*, d. l. 6.12.2011, n. 201 conv. dalla l. 22.12.2011, n. 214, «al fine di favorire la modernizzazione e l'efficienza degli strumenti di pagamento, riducendo i costi finanziari e amministrativi derivanti dalla gestione del denaro contante» è stato introdotto l'obbligo per le P.A. di corrispondere gli stipendi, le pensioni e qualunque altro emolumento di importo superiore a 1.000 euro «con strumenti di pagamento elettronici bancari o postali». Analogo obbligo è stato successivamente introdotto dall'art. 1, comma 910°, l. 27.12.2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), a carico dei datori di lavoro e dei committenti i quali, a partire dall'1.7.2018, sono tenuti a corrispondere la retribuzione attraverso una banca o un ufficio postale a mezzo bonifico, con strumenti di pagamento elettronico, in contanti presso lo sportello bancario ovvero a mezzo assegno. Al fine di tutelare i destinatari di trattamenti pensionistici minimi, assegni e pensioni sociali e porli al riparo dai costi inerenti all'attivazione dei rapporti bancari necessari alla percezione delle relative somme, sempre l'art. 12, commi 3°, 5°, lett. *d*) e 6°, d. l. n. 201/2011, ha previsto l'introduzione dei cd. conti di pagamento di base, funzionali a garantire l'«inclusione finanziaria e sociale» delle fasce di popolazione economicamente svantaggiate e destinati all'esecuzione di operazioni di pagamento. Questi conti, manco a dirlo, sono stati boicottati dalle banche (a loro dire perché prive di adeguata organizzazione; in realtà per via della gratuità imposta dalla legge), e solo un richiamo formale della Banca d'Italia, inteso a sollecitare la tempestiva adozione delle misure organizzative, procedurali e informative idonee alla loro attuazione, ne ha consentito, almeno in parte, la messa a disposizione dei destinatari. Un esame di questa disciplina è svolto da Meli, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 56.

[9] Si tratta della definizione proposta dal Parlamento Europeo, Commissione per i problemi economici e monetari, *Relazione sulla tecnologia finanziaria: l'influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario*, 28.4.2017, (2016/2243(INI)), n. 6, reperibile all'indirizzo *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0176_IT.html*.

[10] Così, Mattarella, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, Giappichelli, 2021, 2. Proprio in virtù della crescente diffusione dei pagamenti elettronici, nel gennaio 2020 il Consiglio direttivo della B.C.E. ha istituito una *task force* di alto livello incaricata dello studio delle valute digitali delle banche centrali (CBDC) nell'area euro. L'ipotesi di fondo sarebbe l'introduzione dell'"euro digitale" destinato alle transazioni cd. al dettaglio poste in essere da imprese e consumatori. Per i risultati dell'indagine, si rinvia a European Central Bank, *Report on a digital euro*, ottobre 2020, reperibile all'indirizzo *https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/Report_on_a_digital_euro~4d7268b458.en.pdf.*

[11] Sciarrone Alibrandi, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 441; Marchetti-Merusi-Prosperetti, *Funzione, estensione, strumenti della sorveglianza sui sistemi di pagamento*, *ivi*, 1996, I, 300. La qualificazione del sistema dei pagamenti in termini di «bene collettivo» è quanto mai in linea con il contesto attuale, nel quale «tutto ciò che

so, anche solo precludendo il compimento delle attività che possono essere svolte fuori degli orari di apertura dei locali della banca, si renderebbe disagevole, meno immediato e più costoso il soddisfacimento dei bisogni quotidiani, con evidenti ripercussioni sulla crescita economica e sulla qualità della vita degli individui[12].

2. *La tecnologia a presidio delle vulnerabilità*

La correlazione tra innovazione tecnologica e benessere degli individui si pone alla base dell'impegno assunto dalla gran parte degli ordinamenti per consentire l'effettiva partecipazione alla vita economica delle fasce più deboli della popolazione[13]. L'idea di fondo è che la tecnologia possa contribuire a ridurre la vulnerabilità e le disuguaglianze tra le persone facilitandone l'accesso ai beni e ai servizi, di modo che tutti possano trarre benefici dalle «dinamiche di mercato tendenzialmente (…) slegate da uno specifico territorio»[14].

Un passo importante verso questa direzione è rappresentato proprio dalla disponibilità dei servizi di pagamento, la cui idoneità a «garantire la maggior inclusione finanziaria possibile» si rapporta espressamente all'opportunità «di acquistare beni o servizi online» ovvero «di trasmettere ordini di pagamento avvalendosi delle funzioni di banca online»[15]. A queste due ipotesi sembra corrispondere il livello minimo di operatività che, in rapporto all'attuale grado di sviluppo del sistema finanziario, dovrebbe essere garantito ai consumatori per renderne possibile lo sfruttamento dei potenziali vantaggi dell'innovazione tecnologica[16].

---

prima era pensabile solo nel mondo fisico ora acquisisce una propria dimensione nel mondo immateriale» divenendo «parte integrante della vita reale dell'uomo in cui la dimensione vitale, relazionale, sociale e comunicativa, lavorativa ed economica, è vista come frutto di una continua interazione tra la realtà materiale e analogica e la realtà virtuale e interattiva»: GIULIANO, *Le risorse digitali nel paradigma dell'art. 810 cod. civ., ai tempi della blockchain*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1220.

[12] Potrebbe prospettarsi, infatti, quel «mancato riconoscimento di diritti» che, secondo BATTELLI, *Vulnerabilità della persona e debolezza del contraente*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 940, sarebbe atto a comprimere la libertà di scelta e a compromettere l'accesso a ciò che si ritiene importante per il proprio *well-being*. Tanto più che attraverso l'abbattimento delle infrastrutture fisiche, conseguente all'uso dei servizi di pagamento a distanza, si ha una riduzione dei costi delle operazioni, con maggiori vantaggi per i risparmiatori. Cfr. FEDERICO-GRAZIOLI-MILIOLI-NOTTE-POLETTI, *Financial and social inclusion in Europe*, EIF, 2021, 1.

[13] L'impegno dei governi a garantire l'inclusione finanziaria finalizzata a ridurre la povertà, a promuovere l'educazione finanziaria e le innovazioni tecnologiche si era manifestato in occasione del G20 di Toronto del 2010, nel corso del quale è stato elaborato il documento del G20 FINANCIAL INCLUSION EXPERTS GROUP, *Innovative Financial Inclusion. Principles and Report on Innovative Financial Inclusion from the Access through Innovation Sub-Group of the G20 Financial Inclusion Experts Group*, 25 may 2010, reperibile all'indirizzo *https://www.gpfi.org/sites/gpfi/files/documents/Principles%20and%20Report%20on%20Innovative%20Financial%20Inclusion_0.pdf*, VII, nel quale sono indicati i princìpi finalizzati a migliorare l'accesso ai servizi finanziari attraverso la creazione di un contesto normativo favorevole all'inclusione finanziaria innovativa; cfr. pure GLOBAL PARTNERSHIP FOR FINANCIAL INCLUSION, *G 20 Policy Guide. Digitalization and informality: harnessing digital financial inclusion for individuals and MSMFs in the informal economy*, 2018, 16, reperibile all'indirizzo *https://www.oecd.org/g20/G20-Policy-Guide-Digitisation-and-Informality.pdf*.

[14] MAGNUSON, *Regulating Fintech*, in *Van. L. Rev.*, 71(4), 2018, 1222. In Italia, uno tra i propugnatori dell'accesso a Internet come "diritto" della persona è stato RODOTÀ, *Una costituzione per* internet*?*, in *Pol. dir.*, 2010, 3, 337.

[15] Così, il "considerando" 11 della Raccomandazione della COMMISSIONE UE, n. 2011/442/UE, del 18.7.2011, sull'accesso a un conto di pagamento di base.

[16] Secondo la definizione di KEMPSON-WHYLEY-CASLEY-COLLARD, *In or Out? Financial Exclusion: A Literature and Research Review,* FSA, 2000, 28, la *financial exclusion* è fenomeno riferibile tanto a coloro che si vedono rifiutare tutti i prodotti bancari e finanziari, quanto a coloro che decidono liberamente di

Se non che, proprio l'ausilio della tecnologia che dovrebbe assicurare il «benessere sociale» di tutti i cittadini[17], viene spesso ostacolato dalle banche che, per definizione, alla tecnologia dovrebbero invece agevolare l'accesso e curarne la diffusione anche attraverso i cd. programmi di educazione finanziaria[18]. Nella pratica, infatti, si ripetono i dinieghi all'uso degli strumenti di pagamento innovativi come il *Bancomat*, l'*Internet banking* o il *Mobile Banking*, per le persone in situazione di impossibilità di provvedere ai propri interessi e, incredibilmente, proprio *a cagione* di questa loro condizione soggettiva. I casi di maggiore gravità si sono manifestati nel periodo più critico della pandemia e, manco a dirlo, proprio quando l'obbligo di evitare occasioni di contatto tra gli individui rendeva vieppiù complicato il compimento delle normali operazioni di prelievo e di pagamento presso gli sportelli fisici, con evidenti difficoltà a soddisfare i bisogni essenziali della vita quotidiana[19].

Prassi non commendevoli come queste si sono spesso registrate – e, a giudicare dal contenzioso in atto, si perpetuano ancora – proprio con riguardo ai clienti sottoposti ad amministrazione di sostegno. Le banche sogliono motivarle variamente, ora con il richiamo a specifiche previsioni contrattuali ora con regolamenti interni che espressamente negherebbero l'operatività da remoto o l'uso del *Bancomat* proprio in ragione di questa misura[20]. Anzi, spesso e paradossalmente è la stessa banca a sollecitare l'amministrazione di sostegno come condizione per la prosecuzione del rapporto, al fine di evitare i rischi di un'azione d'annullamento *ex* art. 428 cod. civ. per gli atti posti in essere da e con clienti che, per età o condizioni psicofisiche, si trovino ai limiti della capacità d'intendere e di volere[21]. Se non che, una volta disposta la misura, il pericolo di annullamento degli atti compiuti in violazione dei limiti posti dal decreto del giudice tutelare da parte dell'amministratore di sostegno o dello stesso beneficiario (art. 412 cod. civ.), induce la stessa banca a revocare i servizi digitali e, spesso anche a ritirare il *Bancomat*: anche

non utilizzarli ovvero vi rinunciano in ragione dell'inadeguatezza dell'offerta corrente rispetto alla loro situazione finanziaria.

[17] La stretta correlazione tra innovazione (finanziaria) e benefici economico-sociali è posta in luce dal Parlamento Europeo, Commissione per i problemi economici e monetari, *cit.*; e ribadita da Parlamento Europeo, Risoluzione 17.5.2017, *Tecnologia finanziaria: influenza della tecnologia sul futuro del settore finanziario.* Entrambi i documenti ripropongono i risultati raggiunti dalla teoria economica. Ad esempio, nell'analisi condotta da Alvarez-Lippi, *Financial innovation and the transactions demands for cash*, in *Econometrica*, 77, 2009, 363 ss., spec. 380, si è dimostrato come l'uso della carta *Bancomat* produca benefici diretti sui consumatori e benefici indiretti sulla società sotto forma di risparmio di costi. Quest'ultimo dato è confortato dai risultati dell'indagine condotta dalla Banca d'Italia, *Il costo sociale degli strumenti di pagamento in Italia*, Banca d'Italia, 2020, 19 s., in cui si evidenzia come, nel lungo periodo, il costo delle transazioni in denaro contante risulta più elevato di quello delle transazioni con mezzi elettronici in ragione «dei maggiori oneri (variabili) legati alla sicurezza (es. furti, trasporto valori, assicurazioni)».

[18] Ad esempio, nel "considerando" 14 della Raccomandazione della Commissione Ue, n. 2011/442/UE, *cit.*, i prestatori di servizi di pagamento sono incaricati di fornire «informazioni di portata generale, chiare e comprensibili ai consumatori» sulle caratteristiche e le condizioni dei conti di pagamento di base «così come sulle istruzioni pratiche che consentano di esercitare il diritto di accesso» agli stessi.

[19] Numerosi sono i casi sottoposti all'A.B.F.: *ex multis* coll. Roma, 1.12.2020, n. 21509, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 566 ss., con nt. Palmeri, *Amministrazione di sostegno e* home banking *dispositivo.*

[20] Cfr., in proposito, le decisioni dell'A.B.F.: coll. Palermo, 26.10.2021, n. 22233; coll. Roma, 1.12.2020, n. 21509; 6.11.2019, n. 24377; 28.10.2019, n. 23677.

[21] Lo rileva Girolami, *Dalla crisi dell'amministrazione di sostegno al mandato di protezione: un bilancio de iure condendo*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 861, la quale ritiene che questo modo di procedere abbia «contribuito ulteriormente ad accrescere le richieste, ma ha anche condotto ad un fisiologico snaturamento del ruolo dell'amministrazione di sostegno che da strumento di protezione delle persone vulnerabili si è in molti casi tramutato in un mezzo per garantire la stabilità dell'operato dei loro interlocutori». In proposito, v. anche il caso deciso da Trib. Modena, 20.2.2014, in *Dejure.*

se, alla luce dell'art. 1191 cod. civ., ci sarebbe da chiedersi quanto il rischio di annullamento sia in realtà concreto e quanto invece pretestuoso, là dove si tratti – come il più delle volte accade – di pagamenti di prestazioni dovute. Mette conto infatti sottolineare come sia di per sé irrilevante l'elemento della volontà, e così il «profilo volontaristico» ed i relativi vizi, rispetto agli atti di adempimento. Dall'adempimento non può discendere infatti pregiudizio alcuno per il debitore «quando la sua attività sia contenuta nei limiti dell'obbligazione assunta»[22]: che è appunto la situazione che si dà allorché si tratti di pagamenti concernenti la vita corrente (rette, canoni, bollette, ecc.), con la conseguenza che manca qui *tout court* l'interesse ad impugnare il pagamento da parte dell'amministrato o dei suoi eredi. E dunque, addurre questo pretesto per revocare i servizi digitali si appalesa contrario alla buona fede oggettiva e cela il reale intento della banca che è quello di determinare la controparte a recedere dal contratto originario e a stipulare un nuovo contratto con l'amministratore di sostegno, limitandone rigorosamente l'operatività allo sportello.

Ciò si spiega con la propensione del sistema per il modello di banca multicanale che, attraverso l'offerta a distanza di una molteplicità di servizi, genera dei rischi che gli operatori pretendono di riversare sulla clientela[23]. Va rammentato, infatti, che ben prima dell'emergenza pandemica, le politiche di contenimento dei costi avevano portato alla riduzione del numero degli sportelli bancari e degli ATM (ora concentrati in limitate aree territoriali), con conseguente espansione dei servizi digitalizzati[24], che consentono una certa varietà di operazioni con riduzione di prezzi e tempi di esecuzione[25].

Inutile dire che non pochi disagi ne sono conseguiti a quanti sono privi di adeguati strumenti informatici o, più banalmente, non hanno dimestichezza con l'*Internet banking*[26]. Si tratta, tuttavia, di problemi superabili con la pratica ovvero con l'ausilio di persone in grado di padroneggiare gli strumenti tecnologici[27]. Ma quando sia la stessa

---

[22] Nicolò, voce, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, 1958, p. 558 s., il quale osserva che poiché l'adempimento non è altro che l'attuazione di un obbligo, ai fini della sua attuazione è sufficiente l'attività svolta dal debitore nei limiti del dovuto, senza considerazione alcuna di carattere soggettivo.

[23] Ricorda, infatti, Antonucci, *I contratti bancari* on line, in *I contratti bancari*, a cura di Capobianco, nel *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Utet, 2016, che la maggiore criticità dell'operatività a distanza è costituita «dalla "industrializzazione del cybercrimine" che, con l'epidemica diffusione di truffe *on line*, rende spesso insufficiente strumento di prevenzione la diligenza del cliente nell'adempimento degli obblighi contrattuali, richiedendo alle banche una complessa e costosa attività destinata a raggiungere e mantenere standard di sicurezza efficienti».

[24] Le motivazioni di queste politiche vengono esaminate da Santoni, *Il diritto bancario del futuro*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, I, 130, il quale rileva che con il ridimensionamento della banca territoriale «anche la necessità di presidiare il territorio con numerose filiali o addirittura con sportelli di dimensione minuscola ha perso la sua ragion d'essere». Per la visuale economica, v. Carmignani-Manile-Orame-Pagnini, *Servizi bancari online e dinamica degli sportelli bancari*, Banca d'Italia, 2020, p. 5 ss. Avverte, tuttavia, la Federazione Italiana Bancari Autonomi (FABI), *4 milioni di italiani senza banca*, 2022, 2, reperibile all'indirizzo *https://www.fabi.it/wpcontent/uploads/2022/08/FABI_Analisi_20220812_italianisenzabanca.pdf*, che «l'allontanamento delle banche dai territori, di pari passo all'avvento di nuove tecnologie, che spingono a promuovere canali digitali» ha dato vita a una sorta di «desertificazione bancaria» che, oltre a «provocare da un lato un forte limite nell'accesso ai servizi bancari (…..), dall'altro può spingere la clientela fuori del circuito legale e, quindi, dell'economia, a vantaggio di organizzazioni criminali, con conseguenti danni per la crescita del Paese e anche per le finanze pubbliche in termini di minor gettito nelle casse dello Stato».

[25] Antonucci, *op. cit.*, 412.

[26] Il mutamento organizzativo dell'attività bancaria desta interesse anche sul piano sociologico. V. lo studio di Palmisano, *Il bancario a più dimensioni. Aspetti del cambiamento tecnologico, organizzativo e del lavoro nelle agenzie di banca*, in *Quad. sociologia*, 2015, 127 ss.

[27] Ma, come rileva opportunamente Busatta, *Quasi "a portata di click": accesso a SPID e amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1361, il principio costituzionale di uguaglianza non

banca a negare l'accesso a tali servizi, non curandosi degli incomodi provocati dalle proprie valutazioni economiche, non più di disagio si tratta bensì di privazione di ogni possibilità di scelta e di sostanziale ingerenza nel diritto dei clienti di disporre delle proprie risorse monetarie: impossibile mediante i servizi a distanza, impraticabile in presenza per la rarefazione degli sportelli fisici.

Quest'ultimo atteggiamento suscita non poche perplessità essendo ormai noto, ma anche di recente è stato precisato dall'A.B.F., che tanto il *Bancomat* quanto l'*home banking* rappresentano modalità di gestione del conto corrente ordinariamente ricomprese nel contratto e meramente funzionali a consentire il compimento delle medesime operazioni che il correntista o il suo rappresentante potrebbero compiere presso la sede della banca: sono, se così si può dire, *adminicula negotii*[28]. Inibirne l'uso complica certamente il compito di chi cura l'interesse del soggetto privo di autonomia gestionale: il rifiuto di eseguire una determinata prestazione secondo certe modalità esecutive, adducendo il superamento dei limiti dell'operatività allo sportello, rende ingiustificatamente disagevole l'agire di chi, nell'«utilizzo delle somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità», deve necessariamente farsi carico «dei bisogni e delle aspirazioni» di costui (art. 410, comma 1°, cod. civ.). Bisogni e aspirazioni che, oltretutto, si sottraggono non di rado ad ogni preventivabilità e calcolabilità, essendo legati a necessità particolari o estemporanee o anche a semplici desideri della persona che «non sempre si esprimono in domande aventi i requisiti richiesti dal mercato»[29].

Questa esigenza, dotata di una sua centralità nelle misure orientate a «garantire agli individui le opportunità di vita»[30], non dovrebbe subire alcun condizionamento nei tempi e nei modi di esplicazione, e men che mai dovrebbe risentire dei limiti dell'organizzazione fisica della banca, per giunta ormai ridotta al minimo anche nei luoghi. È questo uno dei tanti punti di intersezione tra attività di impresa e valori umani, la cui tutela dovrebbe trovare un equo bilanciamento sul piano della responsabilità nell'assunzione delle scelte imprenditoriali[31].

---

potrebbe certamente realizzarsi se «alcune persone sono (di fatto) escluse dalla piena possibilità di fruire di servizi "solo" perché hanno uno scarso o insufficiente accesso alle tecnologie digitali».

[28] *Ex multis*, A.B.F., coll. Roma, 23.2.2023, n. 1824; 7.12.2022, n. 15687; 11.5.2022, n. 7550; 1.12.2020, n. 21509, *cit.*; Cass. 13.5.2011, n. 10654, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 5, 748. In dottrina Antonucci, *op. cit.*, 418, la quale riconduce l'operatività *on line* a «un contratto stipulato con tecniche tradizionali, cui si aggiungono specifiche pattuizioni relative all'uso dei canali a distanza».

[29] Oppo, *Impresa e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Cedam, 2005, 182.

[30] Pastore, *Presentazione*, in *Capacità di agire e vulnerabilità. Una prospettiva interdisciplinare*, a cura di B. Pastore, in *Riv. fil. dir.*, 2020, 8.

[31] Bazoli, in *Esiste un'esperienza cristiana di impresa?*, Ned, 1993, 179, il quale ritiene di poter individuare un altro grande profilo della responsabilità bancaria nelle scelte di gestione delle sofferenze. L'esigenza di un equo bilanciamento tra responsabilità d'impresa e dignità della persona è accentuata anche dai limiti della giustizia alternativa (ADR) attivabile in caso di controversie che vedono contrapposti amministratori di sostegno e operatori bancari e finanziari in ordine alla prestazione dei rispettivi servizi. Limiti che, nel caso di specie, si correlano alle competenze riconosciute all'ABF che sono circoscritte all'«accertamento di diritti, obblighi e facoltà». Insomma, nei fatti, l'accesso a questo rapido rimedio giustiziale mal si concilia con l'efficacia costitutiva dell'annullamento per incapacità legale ex art. 1425 cod. civ. e con l'imposizione di obblighi di *facere* sovente necessari per la miglior tutela dei soggetti privi di autonomia gestionale. E non è un caso che la gran parte dei ricorsi all'A.B.F. promossi dagli amministratori di sostegno contro le banche, proprio per questa ragione, si chiudono con una decisione di irricevibilità.

3. *Standardizzazione dell'attività bancaria e limiti alla personalizzazione dei contratti*

L'approccio delle banche verso la clientela sottoposta ad amministrazione di sostegno può considerarsi una conseguenza del progresso tecnologico e della standardizzazione dell'attività che, come intuiva Paolo Zatti, riversa sull'impresa un «comportamento prescrivibile – "tipico" –, osservabile, misurabile nel suo corrispondere o non corrispondere al modello»[32]. Un comportamento che, in buona parte dipende dall'affermazione di nuovi processi produttivi, concepiti secondo un'articolazione per fasi che si succedono sempre identiche tra loro in un contesto spazio-temporale in cui il lavoro continua a perdere «ogni fremito di umanità»[33]. Questo fenomeno è divenuto particolarmente evidente con l'avvento dei servizi digitali, nel loro automatico compimento al verificarsi di fatti oggettivi che la macchina deve limitarsi a rilevare nella loro realizzazione[34].

Insomma, l'automazione delle procedure inerenti alla gestione quotidiana della banca ha determinato una nuova impostazione dell'attività che, sul piano esecutivo, risulta oggi priva di qualsivoglia volontarietà e discrezionalità[35].

Immancabili e immediati sono stati i riflessi sui contratti «che devono presentare il minor numero di varianti rispetto ad uno schema unico che è deputato a svolgere una funzione universale»[36]. La banca, infatti, s'impegna ad adempiere agli obblighi contrattuali «secondo le procedure normalmente adottate dalla sua organizzazione»[37], e quindi mediante soluzioni tecniche costanti che non consentono margini di personalizzazione. In questo contesto risulta difficile concedere spazio alle «relazioni irriducibili a *standard* comportamentali», come quelle intessute sull'unicità della persona: le banche le rifuggono ravvisandovi un motivo di disorganizzazione[38], e trincerandosi dietro procedure operative che mal si conciliano con rapporti modificabili caso per caso e di tempo in tempo, in funzione degli interessi del soggetto amministrato.

Qui la dinamicità dei poteri dell'amministratore di sostegno, concepita in funzione del conseguimento «dell'obiettivo finale di cura e di assistenza della persona» priva di autonomia nella gestione della quotidianità, viene avvertita come un limite[39], non essendovi spazio per variazioni del rapporto che sfuggono ad ogni sua determinazione nell'*an*, nel *quantum* e nel *quando*[40]. Al punto da disattendere le prescrizioni contenute nel decreto del giudice tutelare: molte banche consentono determinate operazioni solo in presenza di precise formule autorizzative, altre invece le ignorano, costringendo a continui ricorsi al giudice tutelare e alla giustizia alternativa.

Dal punto di vista degli operatori, dunque, un istituto refrattario a ogni rigida predeterminazione dei poteri rappresentativi – prevista, invece, dalla disciplina dell'in-

---

[32] Zatti, *op. cit.*, 182.

[33] Zaninelli, *I problemi dell'impresa nelle settimane sociali dei cattolici italiani*, in *Esiste un'esperienza cristiana d'impresa?*, cit., 38.

[34] Santoro, *Il conto corrente bancario*, nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1992, *sub* art. 1852, 47; più di recente F. Marasà, *Servizi di pagamento e responsabilità degli intermediari*, Giuffrè, 2020, 69 ss., la quale osserva che, una volta ricevuto, l'ordine di pagamento diviene irrevocabile «e, se tutte le condizioni previste dal contratto quadro sono rispettate, sorge l'obbligo di eseguire l'operazione richiesta».

[35] Santoro, *op. cit.*, 46.

[36] *Ivi*, 45 nt. 137.

[37] Giorgianni-Tardivo, *Manuale di diritto bancario*, Giuffrè, 2012, 435.

[38] Zatti, *op. cit.*, 182.

[39] Palmeri, *op. cit.*, 571.

[40] Cfr. art. 118 Tub, che riconosce alla banca il cd. *ius variandi* ossia la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni contrattuali in presenza di un giustificato motivo.

terdizione e dell'inabilitazione – non potrebbe che apparire quantomeno «scomodo e laborioso»[41]. La necessità di attenersi, di volta in volta, alle mutevoli indicazioni del decreto del giudice tutelare richiede un impegno che verosimilmente ne supera la programmabilità operativa, tanto più ove al soggetto amministrato sia riconosciuta una capacità residua, secondo la previsione dell'art. 409 cod. civ.[42].

In un contesto economico e sociale come quello odierno, caratterizzato da una vistosa «velocità dell'avanzamento della tecnica»[43], ci si deve allora interrogare se queste palesi manifestazioni di ottusità non sostanzino *tout court* un illecito contrattuale. La speciale diligenza professionale che infatti l'art. 1176, comma 2°, cod. civ. esige dall'operatore bancario nell'adempimento dell'obbligazione discendente dall'art. 1852 cod. civ. («[…] il correntista può disporre *in qualsiasi momento* delle somme risultanti a suo credito»), addossa inequivocabilmente alla banca la responsabilità di organizzare la propria attività aziendale in modo da consentire al cliente l'«esigibilità immediata» dei crediti «disponibili», con peculiare riferimento al tempo in cui il diritto viene esercitato[44]. Al tempo stesso, la clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.) dovrebbe paralizzare anche la manipolazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno, quando questo venga trasformato in pretesto per la protezione della banca anziché della persona fragile. All'amministratore di sostegno autorizzato ad operare sul conto dovrebbe essere garantita una possibilità esattamente simmetrica a quella del cliente amministrato: beninteso, se ed in quanto (come generalmente avviene) il potere di disposizione sul conto corrente sia ricompreso nel suo ufficio.

Se non che, dall'angolo visuale delle banche è forte l'esigenza di impedire l'«eventuale uso illegittimo dei dispositivi di operatività *online*», in ragione della possibile responsabilità per l'esecuzione di operazioni non consentite dalla previsione di limiti ai poteri dell'amministratore di sostegno ovvero alla capacità del soggetto amministrato[45]. Si vogliono, così, scongiurare le conseguenze di quella che Giorgio Oppo definiva «rilevanza negativa della capacità», precludendo l'accesso a qualsivoglia «mezzo che non (…) consente di rilevare la capacità altrui»[46].

---

[41] Cendon-Morano, *Amministrazione di sostegno, banche, protezione delle persone fragili*, in *Persona & danno*, 14 marzo 2016.

[42] Prova ne sia che nei casi di amministrazione di sostegno cd. "di assistenza", sembrerebbe percepirsi una certa apertura all'accesso all'*home banking* benché di tipo informativo ossia a mero scopo di verifica delle spese autonomamente sostenute dal soggetto amministrato senza possibilità di disporre operazioni. A questo proposito basta dare una scorsa delle decisioni dell'A.B.F. per rendersi conto della grande confusione ancora oggi esistente nei rapporti tra banche e amministratori di sostegno. Infatti, la genericità dei compiti a quest'ultimo attribuiti tende ad essere percepita da alcune banche come un ostacolo, da altre come un vantaggio sul piano dell'operatività sul conto corrente bancario, determinandone l'atteggiamento più o meno chiuso rispetto agli atti di disposizione delle somme appartenenti al soggetto amministrato.

[43] Groppi, *Alle frontiere dello Stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *La circolazione della ricchezza nell'era digitale*, Pacini, 2021, 47.

[44] Fiorentino, *Conto corrente. Contratti bancari*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, 2a ed., Zanichelli-Foro it., 1969, *sub* art. 1823, 36 ss. e 145.

[45] Palmeri, *op. cit.,* 573.

[46] Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VI, Cedam, 2000, 200. Va peraltro ricordato come, in taluni casi, siano state proprio le banche a sollecitare la conclusione di contratti con soggetti privi di capacità d'agire. Ne dà conto Colussi, *Capacità e depositi bancari (prime note sui rapporti fra minore e banche*), in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, Cedam, 1992, 135 ss., il quale riporta il caso di contratti implicanti il rilascio del *Bancomat* a soggetti minori di età che esponevano la banca al rischio di subire le conseguenze dell'invalidità. In ogni caso, va altresì segnalato che ricadono comunque sulla banca anche i rischi dei rapporti finanziari posti in essere dal beneficiario senza l'assistenza dell'amministratore di sostegno. Si pensi, ad es., alle operazioni di credito al consumo legate alla concessione di piccoli finanziamenti o all'acquisto di beni e servizi con

La questione, si sposta allora sulla difficoltà di monitorare le operazioni dispositive sul conto del soggetto privo di autonomia gestionale per verificare il rispetto delle prescrizioni del giudice tutelare alla luce delle possibili variazioni, di volta in volta, introdotte in rapporto alle condizioni del beneficiario[47]. Questo tipo di controllo – assunto dalla banca al di fuori di qualsivoglia previsione normativa, dovendo l'amministratore di sostegno rendere conto del suo operato esclusivamente al giudice tutelare, come espressamente previsto dall'art. 405, comma 5°, n. 6, cod. civ.[48] – risulta sicuramente agevole nei casi di operatività presso la sede fisica. In questa eventualità, infatti, è facile immediatamente sincerarsi dell'identità della persona che intende movimentare il conto e del tipo di operazione richiesta e non darvi corso ove appaia non conforme alle prescrizioni del decreto di nomina. Diversamente, l'ammissione all'operatività a distanza, nel suo rendere la clientela «più mobile e meno controllabile»[49], pone per l'appunto il problema della "mobilità" del credito disponibile sul conto corrente, la cui utilizzabilità si accresce considerevolmente, rivelandosi possibile in qualsiasi momento e in una molteplicità di forme[50]. Per giunta, con l'impossibilità di discernere tra operazioni dispositive poste in essere dall'amministratore di sostegno e operazioni compiute dal beneficiario in quella sorta di "zona grigia" segnata dall'art. 409 cod. civ. con riferimento agli «atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza dell'amministratore di sostegno» nonché a quelli «necessari a soddisfare le esigenze della propria vita», che si declinano negli "atti minuti della vita quotidiana" della cui validità si è a lungo discusso in riferimento all'incapace, aprendo la via al fenomeno dell'agire in rappresentanza del proprio rappresentante legale[51].

4. *La dignità della persona come limite all'organizzazione dell'impresa*

Di fronte alla segnalata difficoltà di tipo organizzativo non varrebbe invocare, da parte della banca, l'autonomia privata e in particolare il rispetto della libertà d'iniziativa economica: tantomeno qui, dove accanto al rilievo sulla generale applicabilità dell'art. 1176, comma 2°, cod. civ., cui si è accennato, si aggiunge quello sulla esistenza dei limi-

pagamento differito del prezzo che trovano regolazione mediante addebito periodico sul conto corrente del soggetto amministrato. Posto che nell'instaurazione di questi rapporti le società finanziarie agiscono senza la benché minima verifica della capacità della controparte contrattuale, ogni controllo di validità del rapporto viene rimesso alla banca che gestisce il conto di appoggio del finanziamento intestato al beneficiario dell'amministrazione di sostegno. La medesima, infatti, richiesta dell'ordine di addebito delle rate, è l'unica in possesso delle informazioni necessarie per prevenire l'anomala movimentazione del conto. Tuttavia, basta una scorsa alle decisioni dell'A.B.F. per comprendere che in questi casi, molto spesso, l'attenzione non sia massima.

[47] Questa motivazione viene raramente dichiarata dalle banche ma in taluni casi è desumibile dagli atti difensivi. Vedi ad es. le controversie decise dall'A.B.F., coll. Palermo, 26.10.2021, n. 22233 e coll. Roma, 28.10.2019, n. 24377.

[48] Trib. Trieste, 17.2.2014, reperibile all'indirizzo *https://www.assostegno.it/wp-content/uploads/2014/02/Decreto-operatività-on-line.pdf*. E, difatti, come messo in luce da Palmeri, *op. cit.*, 570, deve escludersi che, nell'esercizio delle sue funzioni, l'amministratore di sostegno possa subire «limitazioni differenti ed ulteriori ad opera di terzi rispetto a quelle insite nel decreto di nomina». In particolare, secondo l'A.B.F., coll. di Torino, 6.3.2021, n. 6070, la banca non potrebbe sindacare nel merito il motivo delle operazioni da lui disposte né chiedergli elementi ulteriori a quelli già posseduti, a giustificazione della sua posizione soggettiva.

[49] Baravelli, *La banca* multibusiness. *Evoluzione e innovazione dei modelli strategici e organizzativi nell'industria finanziaria globalizzata*, Giappichelli, 2011, 135.

[50] Giorgianni-Tardivo, *op. cit.*, 383.

[51] Zatti-Colussi, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, 1991, 140.

ti costituzionali alle scelte organizzative dell'impresa enunciati dall'art. 41, comma 2°, Cost., ed in particolare del limite della dignità umana. Insomma, la negazione dell'operatività a distanza determinata proprio dalla condizione di fragilità della persona, e mascherata da un intento protettivo – che però il più delle volte è protettivo dell'interesse proprio della banca ad evitare rischi, veri o creduti, che di quello dei soggetti sottoposti ad amministrazione di sostegno – mette a nudo un sistema che, esasperato dalle regole del libero mercato e dell'economia, continua nei fatti ad agire «al di là del diritto»[52], introducendo a danno delle persone discriminazioni che non sono determinate da previsioni normative ma sono «frutto di un'inadeguata e poco attenta considerazione» degli interessi delle persone fragili[53].

Per questo motivo, nella valutazione di tale modo di procedere si dovrebbe sempre avere riguardo alla "persona" più che alla "parte contrattuale", considerandola come "soggetto fragile" piuttosto che come "contraente debole" in senso economico-giuridico. In questa prospettiva, la condotta delle banche non sostanzierebbe tanto una violazione dei canoni di correttezza e trasparenza nei rapporti con la clientela[54], né potrebbe risolversi semplicemente sul piano della vessatorietà delle clausole contrattuali ovvero della responsabilità per il rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento, come rispettivamente deciso dall'A.B.F.[55] e dalla giurisprudenza anche recente[56]. Così considerata, infatti, la prassi in esame apparirebbe, ancor prima, contraria a princìpi di ben altro rilievo e portata. Si tratta, allora, di stabilire se l'esercizio dell'attività bancaria, in connessione con la tutela costituzionale del risparmio e della libertà di iniziativa economica, possa spingersi fino al punto da far ricadere sempre e comunque sulla clientela – e su clientela "fragile" per la cui protezione l'utilizzo dei sistemi di pagamento è indispensabile – le scelte organizzative dell'impresa.

All'origine della questione si pone la precisa tendenza dell'ordinamento di riservare alle banche una molteplicità di norme di favore che, nell'intento di garantirne la «sana e prudente gestione», hanno, per certi aspetti, istituito un contesto di «iperprotezione bancaria»[57]. Tra queste, l'art. 120 T.u.b. riconosce il potere di modifica unilaterale delle condizioni economiche, che si esprime nell'esercizio dello *ius variandi* connesso alla necessaria «gestione in massa» e al «carattere generalmente "di durata"» dei contratti stipulati con la clientela[58]. Inoltre, numerosi privilegi sono ancora riconosciuti dalla disciplina del credito fondiario (art. 38 ss. T.u.b.), al fine di assicurare alla banca vantaggi

---

[52] Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, 2006, 16 s.

[53] Carlesso-Gentile-Gigantesco-Mazzei-Santaroni, *Le armi spuntate del Giudice Tutelare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 723.

[54] Palmeri, op. cit., 572 ss.

[55] Così A.B.F., coll. Roma, 1.12.2020, n. 21509, cit., che tenuto conto che la domanda del ricorrente, volta ad ottenere l'annullamento di una clausola contrattuale, implicava una pronuncia costitutiva che «esorbita dalle attribuzioni funzionali» del Collegio, ha ritenuto opportuno soffermarsi sul contenuto della clausola contestata che impediva all'amministratore di sostegno di fruire del servizio di *home banking*, riconoscendone la vessatorietà.

[56] La giurisprudenza ritiene che l'indebito uso, da parte dei terzi, dei codici di accesso all'*home banking* sia un rischio d'impresa prevedibile ed evitabile con appropriate misure tecniche volte a verificare la riferibilità delle eventuali operazioni poste in essere alla volontà del correntista. Così, *ex multis*, Cass., 26.11.2020, n. 26916, in banca dati *Dejure*; 5.7.2019, n. 18045, *ivi*; 12.4.2018, n. 9158, in *www.altalex.com*; 3.2.2017, n. 2950, in banca dati *Dejure*; App. Firenze, 8.9.2022, in *www.dirittodelrisparmio.it*; Trib. Pisa, 23.2.2022, in banca dati *Dejure*; Trib. Siracusa, 4.2.2019, *ivi*.

[57] Costa, *Le operazioni di credito speciale nelle procedure concorsuali alla luce del nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *D. fall.*, 1995, I, 314.

[58] Giorgianni-Tardivo, *op. cit.*, 395 s.

sostanziali e procedurali che, tuttavia, si rivelano oramai difficilmente conciliabili con princìpi costituzionalmente protetti[59].

Queste disposizioni, la cui finalità è quella di minimizzare – nella prospettiva della stabilità del mercato e della tutela degli investitori – i maggiori rischi che caratterizzano l'attività delle banche e degli operatori finanziari rispetto a quella delle altre imprese, sono state concepite in funzione protettiva dell'organizzazione bancaria[60], nella sua correlazione con le esigenze di carattere generale inerenti alla tutela costituzionale del risparmio (art. 47 Cost.); tutela che, in ragione della natura imprenditoriale dell'attività, si riconnette alla libertà di iniziativa economica predicata dall'art. 41 Cost., che è certamente non solo libertà d'intraprendere un'attività, ma anche libertà di scelta «di forme, di condotte, di mezzi» con cui esercitarla[61].

Si tratta tuttavia di una libertà che – com'è stato autorevolmente osservato – già di per sé nasce limitata[62] perché soggetta ai limiti insuperabili dell'utilità sociale[63], della sicurezza, e soprattutto – ed è ciò che qui rileva – della libertà e della dignità umana. In questo senso, si può dire allora che già nel disegno dei costituenti i rapporti economici devono necessariamente coniugarsi con i diritti «universali e inviolabili» della persona e orientarsi al perseguimento del bene comune, peculiarmente inteso come possibilità per ogni uomo di accedere a «tutte quelle cose che sono necessarie a condurre una vita veramente umana e a soddisfare i bisogni fondamentali»[64].

Questo quadro costituzionale, pur trascurato talvolta dalle stesse autorità di vigilanza nel loro ruolo attuativo di norme per definizione poco attente ai bisogni della persona, resta comunque imprescindibile anche di fronte alla specificità della banca, al suo innegabile tecnicismo e alla natura di ordinamento settoriale della disciplina che ne regola l'attività. Profili, questi, che nella visione del Maestro che si onora dovrebbero disperdersi in quei «picchi di attenzione» che il diritto riserva alla tutela dei soggetti deboli nel momento in cui ne considera gli interessi sul piano del «sentire» prima che dell'«operare»[65]. A tanto maggior ragione, verrebbe fatto di dire, di fronte a «un'onnipresente ed onnisciente intermediazione che sembra rendere senza volto ognuno di noi e che conosce bene e coltiva la distinzione tra potentati (le imprese) e sudditi (i consumatori e gli utenti)»[66].

---

[59] Si pensi al regime delle ipoteche (art. 39); all'estinzione anticipata e alla risoluzione del rapporto (art. 40); alla cancellazione delle ipoteche (40-bis); e al procedimento esecutivo. Sul piano pratico, queste norme hanno suscitato ricorrenti censure di illegittimità per violazione del diritto costituzionale di uguaglianza e del diritto di difesa. In arg., v. *amplius* Presti, *La costituzionalità del credito fondiario alla luce della nuova normativa*, in *Dir. fall.*, 1996, I, 220.

[60] Infatti, la *ratio* è fondamentalmente quella di preservare la capacità della banca di rimborso del risparmio raccolto e di recupero del credito concesso: Costi, *L'ordinamento bancario*, 5a ed., Il Mulino, 2012, 466 ss. e 703.

[61] Oppo, *Princìpi*, nel *Trattato Buonocore,* sez. I, t. I, Giappichelli, 2001, 8; Buonocore, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto commerciale e diritto dell'impresa*, ESI, 2008, 202 ss.

[62] Lipari, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 760. Osserva Rivolta, *L'impresa tra legalità e socialità,* in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 2021, 136, che l'impresa privata è sottratta alla assoluta discrezionalità gestoria dell'imprenditore, quando lo esigano «superiori interessi» che «la nostra costituzione esprime eminentemente con le formule dell'"utilità sociale e dei "fini sociali"».

[63] Sulla nozione di utilità sociale v. Oppo, *Diritto dell'impresa e morale sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 15 ss.

[64] Buonocore, *op. cit.*, 225.

[65] Zatti, *op. cit.,* 182.

[66] Spada, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, 3a ed., Giappichelli, 2012, 128.

ANGELO VENCHIARUTTI

LA CONVENZIONE DI NEW YORK E L'ESERCIZIO DELLA CAPACITÀ LEGALE DA PARTE DELLE PERSONE CON DISABILITÀ

SOMMARIO: 1. L'adattamento dell'ordinamento spagnolo alla Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con disabilità. – 2. Le nuove misure: principi generali. – 3. Necessità e proporzionalità. – 4. La Convenzione ONU nell'ordinamento italiano. – 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. *L'adattamento dell'ordinamento spagnolo alla Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con disabilità*

Con la Ley 8/2021 del 2 giugno il legislatore spagnolo ha inteso compiere il passaggio decisivo per adattare il proprio ordinamento alla Convenzione di New York sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 (CRPD)[1]: Convenzione che propone un modello volto a promuovere, proteggere e garantire il pieno ed uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità, e il rispetto della loro intrinseca dignità[2]. In particolare, la legge mira a dare attuazione all'articolo 12 della CRPD, che sotto la rubrica "*Uguale riconoscimento davanti alla legge* stabilisce una serie di obblighi in capo agli Stati Parti affinché le persone con disabilità godano della "*Legal capacity*" su base di uguaglianza con gli altri in tutti gli aspetti della vita[3]. Espressione, quella di "*Legal capacity*", che come ha esplicitato il *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* nella sua Osservazione generale n. 1, va intesa nel senso di includere "*the capacity to be both a holder of rights and an actor under the law*"[4].

---

[1] La Convenzione è stata ratificata dalla Spagna il 30 marzo 2007. Per i diversi passaggi che hanno caratterizzato il processo di adattamento dell'ordinamento spagnolo alla Convenzione v., tra gli altri, TORRES COSTAS, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Agencia Estatal Boletín Oficial de Estado, 2020; VIVAS TESÓN, *El ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad*, in DE SALAS MURILLO-MAYOR DEL HOYO, dir., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, tirant lo blanch, 2019, 428 ss.

[2] Tra i primi a mettere in luce il modello proposto dalla Convenzione, v. ÁLVAREZ LATA-SEOANE, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Derecho Privado y Constitución*, 2010, 11 ss; CARDONA LLORENS-SANJOSÉ GIL, *Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in FERRER LLORET-SANZ CABALLERO, coords., *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo blanch, 2008, 163 ss; DE ASÍS ROIG *et al.*, *Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español*, in CUENCA GÓMEZ, ed., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, 2010, 11 ss.

[3] La versione in lingua italiana, della Convenzione, forse frutto di una traduzione troppo letterale del testo inglese, si può leggere nel sito del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali: *https://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/disabilita-e-non-autosufficienza/focus-on/Convenzione-ONU/Pagine/Convenzione%20Onu.aspx*

[4] *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, *11th session 31 March-11 April 2014, General comment No. 1 (2014) Article 12: Equal recognition before the law,* § 12. Sul tema, anche per qualche osser-

La normativa spagnola ha dato luogo ad una complessiva riforma della «*legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*». Particolarmente ampie e profonde sono le novelle apportate al *Código civil*, in quanto la riforma pone le basi di nuovo sistema fondato sul rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità, alla quale si intende attribuire un ruolo da protagonista nell'adozione delle decisioni in tutte le questioni che la riguardano. In questa sede, sarà possibile soltanto fornire qualche traccia del nuovo sistema illustrando oltre ai principi ispiratori le caratteristiche basilari delle nuove misure di "*apoyo*" per le persone con disabilità.

2. *Le nuove misure: principi generali*

Per quanto concerne il *Código civil* il cambiamento più rilevante ha interessato il titolo XI del Libro I, che è stato riformulato nella sua interezza ed ora è significativamente rubricato «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*»[5].

Quanto ai contenuti, la riforma ha prodotto un netto cambio di paradigma nel trattamento della disabilità. Essa non viene più valutata, in senso negativo, quale presupposto per una restrizione più o meno incisiva della capacità[6]. Per il nuovo sistema invece – in attuazione a quanto previsto dalla Convenzione – tutte le misure hanno lo scopo di permettere alle persone con disabilità di esercitare i propri diritti in condizioni di uguaglianza, in modo da consentire a ciascuno lo sviluppo della propria personalità[7]. Ciò emerge già dal testo del nuovo art. 249 *Código civil* (che inaugura appunto il titolo XI del Libro I), ove si stabilisce che "*Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica*

vazione critica, v., *ex multis*, Martínez de Aguirre Aldaz, *La Observación General n. 1 del Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad ¿interpretar o corregir*? in Cerdeira Bravo De Mansilla-Pérez Gallardo, dirs, *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Ediciones Olejnik, 2021, 85 ss; Canimas Brugué, *Decidir por el otro a veces es necesario*, in *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, Cuadernos de la Fundación Víctor Grífols i Lucas n° 39, 2016, 13 ss;

[5] Per un commento della riforma, tra gli altri, v.; Guilarte Martín-Calero, dir., *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Editorial Aranzadi, 2021; Pereña Vicente-Hera Hernández, coord., Núñez Núñez, dir., *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, tirant lo blanch, 2022; García Rubio-Moro Almaraz, dirs., Varela Castro, coord.., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Editorial Civitas, 2022; Leciñena Ibarra, *Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica*, in *Rev. de Derecho Civil*, 2022, 257 ss.; Cerdeira Bravo de Mansilla-García Mayo, dirs., Gil Membrado-Pretel Serrano, coords., *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, 2021. Mentre per l'esame del Proyecto de Ley pubblicato nel Boletín Oficial de la Cortes Genérales (BOGC), el 17 de julio 2020, v. Munar Bernat (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, 2021.

[6] Nel *Boletín Oficial del Estado* (BOE) Núm. 132, jueves 3 de junio de 2021, Sec. I, pág. 67790, si legge: "(…) *el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, …, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad (…)*".

[7] Guilarte Martin-Calero, *Artículo 249 CC*, in Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, cit., 515 ss.

tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad" e che le stesse misure devono essere "*inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales*".

La nuova impostazione trova espressione altresì nella scelta operata dal legislatore spagnolo a favore di un sistema volto a preferire le misure di "*apoyo*" rispetto a strumenti di natura rappresentativa. Come si legge nello stesso *Preámbulo* della legge con la riforma si è inteso determinare un "*cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*"[8].

Il sostegno alla persona che ne ha bisogno costituisce l'idea centrale del nuovo sistema. Nello specifico, la versione attuale dell'articolo 250 *Código civil* contempla, al comma 1, una serie di "*medidas de apoyo pare el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen*": esse dovranno avere la funzione di "*asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso*".

Inoltre, il rispetto della volontà, dei desideri e delle preferenze della persona costituisce non solo il criterio a cui ispirare l'attuazione delle misure di appoggio (art. 250, comma 2, *Código civil*): esso invece è destinato ad influenzare il funzionamento dell'intero sistema, anche nella fase di vaglio dell'adozione delle stesse misure di *apoyo*.

Ciò è testimoniato dalla scelta del legislatore diretta a favorire le soluzioni protettive predisposte dalla volontà dell'interessato rispetto a quelle legali o giudiziali. Pur in assenza di specifiche indicazioni nelle "*Disposiciones generales*" del *Título XI, Libro Primero*, il testo dell'ultimo comma dell'art. 255 *Código civil*, stabilisce difatti che "*solo en defecto o por insuficiencia de (…) medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*"[9]. Pertanto, l'adozione di misure legali o giudiziali assume un carattere sussidiario: ad esse si potrà ricorrere soltanto ove misure volontarie non siano state attivate da parte dell'interessato o quelle attivate si siano rivelate inadeguate e/o insufficienti.

L'intento del legislatore spagnolo volto a privilegiare l'autodeterminazione si manifesta inoltre, per un verso, nella regolamentazione di strumenti che permettono alla persona con disabilità di organizzare la propria protezione, attraverso *los poderes y mandatos preventivos* o la *autocuratela*, e, per altro verso, nella previsione di passaggi tecnici che consentono alla persona interessata di riorientare la richiesta di attivazione di una misura di sostegno giudiziale verso misure di appoggio informale (*guarda de hecho*) o di natura volontaria[10].

Pertanto, e in conclusione su questo punto, il nuovo sistema si compone di misure formali (volontarie, legali e giudiziali) e informali (*guarda de hecho*)[11]. Attribuisce inol-

[8] BOE, cit., Sec. I, pág. 67789.

[9] Così Guilarte Martin-Calero, *Artículo 249 CC*, cit., 515 ss.

[10] In particolare, l'art. 42 *bis* b) commi 3 e 4 della Ley15/2025, de 2 de julio, de *Jurisdicción Voluntaria,* come modificato dalla riforma del 2021, stabilisce che, una volta iniziato il procedimento di giurisdizione volontaria per l'attivazione di una misura di *apoyo*, l'autorità giudiziaria nel corso della prima udienza potrà informare la persona disabile, alla luce delle sue condizioni, in ordine alle alternative esistenti per ottenere il sostegno di cui ha bisogno sia attraverso il suo ambiente sociale o comunitario, sia attraverso misure di sostegno di natura volontaria. E qualora, a seguito delle informazioni fornite dall'autorità giudiziaria, la persona con disabilità opti per una misura di sostegno alternativa, il fascicolo viene chiuso.

[11] Sulla *guarda de hecho*, tra gli altri, v. López San Luis, *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Thomson Reuters -Aranzadi, 2022.

tre carattere principale alle misure volontarie (*acuerdo de apoyos*, *autocuratela y poderes preventivos*)[12] e carattere sussidiario alle misure legali e giudiziali (nn. 1-4 dell'art. 295 *Código civil*)[13].

3. *Necessità e proporzionalità*

Tra i principi di carattere generale presenti nella nuova legislazione, pur nella brevità di questo contributo, vanno segnalati il principio di necessità e il principio di proporzionalità. Si tratta di principi che sono destinati ad assumere rilievo sotto più di un profilo, e in maniera connessa tra di loro. In via complessiva, quanto all'ambito di applicazione soggettivo, pur in mancanza nel testo del *Codigo civil* di specifiche indicazioni[14], non vi è dubbio che ad essere interessate ad un misura di *apoyo* saranno coloro che si trovano, per ragioni intellettuali o psicosociali, in condizioni suscettibili di incidere nelle diverse fasi del processo di adozione di decisioni in modo libero e cosciente[15]. Pertanto, in ossequio al principio di necessità, la misura potrà essere adottata soltanto quando sia d'ausilio per l'esercizio della *capacidad jurídica*, o come recita l'art. 255 *Código civil*, nel suo *incipit* "*cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica*".

Argomentando sul tema, i commentatori evidenziano come la dimostrazione della necessità della misura sia imprescindibile, precisando che appunto a tale fine la nuova normativa richiede che la domanda della misura di sostegno sia corredata da specifica documentazione (quale una perizia di professionisti specializzati in ambito sociale e sanitario, che consigli le misure di sostegno adatte a ciascun caso; o una relazione dell'ente pubblico che, nel rispettivo territorio, abbia la funzione di promuovere l'autonomia e l'assistenza alle persone con disabilità, o di un ente del terzo settore di azione sociale debitamente autorizzato come collaboratore dell'Amministrazione della giustizia)[16].

Una volta constatata la necessità della misura, essa dovrà essere proporzionata alla situazione della persona, al fine di fornirle il sostegno di cui ha bisogno. Oltre che l'art. 12 della Convenzione di New York, si esprime in questo senso, nell'ambito dell'ordi-

[12] In particolare, l'art. 255, §§ 1-3, *Código civil* recita: "*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249. Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias*".

[13] L'ultimo co. dell'art. 295 *Código civil*, completando il testo citato nella nota precedente, dispone: "*Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*".

[14] Come viene evidenziato ancora nel *Preámbulo:* "*Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo*", BOE, cit., Sec. I. 67791.

[15] Con riferimento al testo del Proyecto de Ley, v. Martínez De Aguirre Aldaz, *Autonomía, apoyos y protección en la Reforma sobre discapacidad psíquica*, in La Ley, n° 9851, 17 de mayo 2021, 3; García Rubio, *Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivito o anticipatorio*, in *Rev. de Derecho Civil*, 2018, 30 ss; Pau Perdrón, *De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil*, in *Rev. de Derecho Civil*, 2018, 6 ss.

[16] Per maggiori dettagli, si rinvia al testo del nuovo art. 42 bis b), Ley15/2025, de 2 de julio, de *Jurisdicción Voluntaria*.

namento spagnolo, giurisprudenza radicata del *Tribunal Supremo*[17]. Inoltre, la nuova disciplina contiene più di una espressione di quest'ultimo principio: basta pensare, in questa sede, all'art. 250 *Código civil* ove con riferimento alla curatela si stabilisce che "*su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo*", e all'art. 268 *Código civil* il quale, in via generale, dispone "*las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise*".

Al principio di proporzionalità si ispira poi la stessa organizzazione della *curatela*, che nel nuovo assetto assume la veste di misura di protezione, a carattere giudiziale, per le situazioni nelle quali la persona necessiti un aiuto continuativo[18]. Il significato stesso dell'espressione *curatela* rivela la finalità dell'istituto: assistenza, sostegno, aiuto nell'esercizio della *capacidad juridica*; pertanto, in via di principio, la curatela sarà di natura assistenziale. Soltanto nei casi in cui sia necessario, e solo eccezionalmente, potranno essere attribuite al curatore funzioni di rappresentanza (art. 249, co. 3, *Código civil*) [19]. In ogni caso si prevede che l'estensione della *curatela* venga stabilita dall'autorità giudiziaria "*en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo*" (art. 250, co. 5, *Código civil*)[20].

4. *La Convenzione ONU nell'ordinamento italiano*

È tempo di volgere lo sguardo all'ordinamento italiano. L'Italia ha ratificato la CRPD con la legge 3 marzo 2009, n. 18, che è entrata in vigore il 15 marzo 2010.

Nonostante sia trascorso più di un decennio da quella data, né all'impianto complessivo del diritto civile, né più nello specifico al regime di protezione civilistica delle persone disabili, è stato apportato alcun cambiamento al fine di trasfondere nell'ordinamento italiano i principi innovatori espressi dallo strumento normativo internazionale.

Scarsa è stata pure, in genere, l'attenzione dedicata dagli studiosi e dalla giurisprudenza domestica alla Convenzione ONU. Atteggiamento indotto forse, almeno per una parte, dalla supposizione che l'Italia nulla, o ben poco, avrebbe dovuto fare per adeguarsi al contenuto della CDPR del 2006, dato che il sistema di protezione del disabile era stato innovato con l'introduzione nel codice civile dell'istituto dell'amministrazione di sostegno e la modifica di alcuni articoli in materia di interdizione e di inabilitazione (legge n. 6 del 2004)[21].

---

[17] Tra le altre, STS 282/2009, 29.4.2009; STS 3168/2014,1.7.2014; STS 654/2020, 3.12.2020, tutte in *www.poderjudicial.es/search/*.

[18] Nel senso indicato nel testo, v., tra gli altri, Vivas Tesón, *Curatela y asistencia*, in Munar Bernat, dir., *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, 2021, 279.

[19] V. ancora Guilarte Martin-Calero, *Artículo 249 CC*, cit., 520.

[20] Specificando questo criterio, l'art. 269, co. 2 e 3, *Código civil* stabilisce "*La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad*".

[21] Circa la tendenziale compatibilità della misura dell'amministrazione di sostegno alla Convenzione, v. Corte cost. 7.3.2019, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 978 ss., con nota di Venchiarutti; Cass., 25.10.2012, n. 18320, *De Jure*; Lenti, *La implementación de la Convención de Naciones Unidas en el entorno*

Tuttavia nel suo primo rapporto alternativo, il Forum Italiano sulla Disabilità invitava ad abrogare le disposizioni di legge sull'interdizione e inabilitazione e a riformare l'istituto giuridico dell'amministrazione di sostegno[22].

Da lì a poco il Comitato sui Diritti delle Persone con disabilità nelle Osservazioni conclusive al primo rapporto dell'Italia, esprimeva preoccupazione con riferimento alla continuazione della prassi della sostituzione nella presa di decisione anche attraverso l'istituto dell'amministrazione di sostegno, raccomandando l'abrogazione di tutte le norme che permettono il meccanismo della sostituzione nei sistemi di protezione dei disabili[23].

5. *Qualche considerazione conclusiva*

È tempo formulare qualche considerazione conclusiva. L'adattamento del sistema italiano al contenuto della Convenzione sollecitato dal Comitato ONU nelle sue osservazioni conclusive al primo rapporto dell'Italia suscita più di una questione. In particolare, anche alla luce di quanto realizzato in Spagna con la Ley 8/2021, pare evidente che non si tratterebbe soltanto di aggiustare, o di abrogare, qualche norma codicistica[24]. Occorrerebbe invece ripensare in modo sistematico la disciplina in materia di protezione delle persone con disabilità. Dalla Convenzione emerge come il modello scelto al fine di promuovere, proteggere e assicurare il pieno ed eguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali da parte delle persone con disabilità si articoli in misure di sostegno. In secondo luogo, ma in modo connesso con il primo profilo, emerge che il sostegno proprio per assicurare le finalità appena elencate deve essere ispirato al rispetto della volontà e delle preferenze della persona con disabilità[25]. In altri termini, il criterio ispiratore del modello di sostegno è quello dell'interesse l'interesse preferito della persona disabile

Sinteticamente per quanto riguardo il nostro ordinamento ciò dovrebbe comportare la completa abrogazione della disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione, con la conseguenza cancellazione dall'ordinamento giuridico italiano delle disposizioni che dispongono divieti e incapacità per la persona interdetta e inabilitata[26].

Pur se è vero che lo spazio applicativo attuale delle misure di protezione tradizionali appare, ormai, abbastanza residuo; e ciò grazie al diffondersi della nuova cultura del sostegno, indotta dalla disciplina dell'amministrazione di sostegno e dalla stessa giuri-

---

europeo: la "amministrazione di sostegno" italiana, in De Salas Murillo-Mayor del Hoyo, dir., *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, tirant lo blanch, 89.

[22] V. il documento in *https://www.osservatoriodisabilita.gov.it/it/* nella sezione "Documentazione relativa alla Convenzione delle Nazioni Unite".

[23] Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Concluding observations on the initial report of Italy*, 6 October 2016, in particolare §§ 27 e 28.

[24] Barba, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 438 ss.

[25] V. *General comment No. 1 (2014), Article 12, Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, cit., in part. § 21: sul tema, v. Martínez De Aguirre Aldaz, La *Observación General n. 1 del Comité de los Derechos de las Personas con discapacidad ¿interpretar o corregir?*, cit., 105, Torres Costas, *La capacidad jurídica a la luz del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cit., 86 ss; nonchè già Álvarez Lata-Seoane, *El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad*, cit. 21 ss;

[26] Barba, *El art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006*, in *Dir. pers. fam.*, 2022, II, 1550 ss.

sprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione[27]. Permane però il fatto che interdizione e inabilitazione hanno molteplici caratteristiche negative e appaiono, per più aspetti, in aperto contrasto con il contenuto della Convenzione.

La prima, costituisce evidentemente – per utilizzare le parole del Comitato ONU nelle sue osservazioni conclusive – una forma di regime decisionale sostitutivo del tutto incompatibile con il contenuto della Convenzione. La previsione ora contenuta nel primo comma dell'art. 427 c.c. che consente al giudice di graduarne gli effetti (stabilendo che l'interdetto possa compiere alcuni atti di ordinaria amministrazione senza l'intervento ovvero con la sola assistenza del tutore) non ha modificato nella sostanza il tenore della misura.

Quanto all'inabilitazione – pur costituendo un "*supported decision-making regime*" – il carattere tendenzialmente predefinito degli effetti non pare in grado di soddisfare il contenuto dell'art. 12 della Convenzione, sotto altri aspetti: in particolare, si pensi alla circostanza che le forme di sostegno nell'esercizio della capacità legale, anche quelle più intensive, devono basarsi sul rispetto della volontà e delle preferenze della persona, e non su ciò che è percepito come il suo migliore interesse oggettivo; o ancora al fatto che essa non consente all'interessato di scegliere formalmente la persona o le persone di sostegno.

Il ripensamento impone poi di rivedere la stessa disciplina dell'amministrazione di sostegno. Lo stesso Comitato del resto, nelle sue "*Concluding observations on the initial report of Italy*" ha espresso le sue preoccupazioni con riferimento al fatto che attraverso il meccanismo dell'"amministrazione di sostegno" continui ad essere praticato, nel nostro sistema, un regime decisionale a carattere sostitutivo.

Con riguardo alla misura di sostegno introdotta nel nostro ordinamento nel 2004, si può ipotizzare un rafforzamento di alcuni principi che pur già trovano espressione nell'ordito normativo attuale: principi però che figurano fortemente indeboliti dalla diffusione di prassi che, in molte circostanze, tradiscono le finalità della stessa legge[28].

Ci si riferisce, in particolare, ai casi, purtroppo frequenti, in cui prevalgono pratiche operative ancorate ai modelli delle misure di protezione tradizionali, per un verso, e basate sulla semplicità di soluzioni standardizzate e/o caratterizzate dalla ripetitività. Con il risultato che, in molte circostanze, dai giudici vengono adottate misure di sostegno a carattere sostitutivo e di portata generale, ossia destinate a determinare nei confronti del beneficiario effetti paragonabili a quelli che determina l'interdizione.

Accogliendo le indicazioni della Convenzione ONU, andrebbero affermati con maggior precisione invece i principi di necessità e di proporzionalità, che almeno per certi versi sono già desumibili da alcune trame della disciplina attuale.

Dal testo della l. 6/2004 emerge già adesso come la capacità legale sia un valore per quanto possibile da preservare (cfr. art. 1)[29]. Tant'è che nella stessa giurisprudenza è ben saldo il principio secondo il quale nell'applicazione dell'istituto dell'amministrazione di sostegno è richiesta un'attenta disamina delle dichiarazioni del beneficiario nonché la valutazione sull'utilizzo di strumenti alternativi[30].

---

[27] Di recente, per le corti di merito, v. Trib. Sciacca, 29.9.2021, in *DeJure*.

[28] Al riguardo si rinvia ai diversi contributi a firma di Piccinni, Roma, Carlesso *et al.*, Schenardi *et al.*, Diquigiovanni *et al.*, Lazzari *et. al.* e di Benedetto *et al.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 691 ss.

[29] Si ricorda che l'art. 1 della L. 6/2004 stabilisce che: "*La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.*

[30] Così già Cass., 27.9.2017 n. 22602, in *Foro it.*, 2017, 3307, e in seguito, Cass., 31.12.2020 n. 29981, in *Dir. fam. e pers.* 2021, I, 1043; Cass., 4.11.2022, n. 32542, *ivi*, 2022, I, 1391.

Né mancano sempre da parte anche dei giudici le indicazioni volte a privilegiare, nell'attivazione della misura di sostegno, l'interesse della persona da proteggere – al fine di escludere il ricorso alla misura protettiva in caso di patologie o menomazioni poco significative, e quando le domande di protezione appaiono dirette alla tutela di interessi economici, piuttosto che al benessere dell'interessato[31], o quando la pur riscontrata esigenza di protezione della persona (capace ma in stato di fragilità) risulti già assicurata da una rete familiare all'uopo organizzata e funzionale[32].

Pur in presenza di un certo numero di importanti e significative pronunce giurisprudenziali, sarebbe comunque opportuno da parte del legislatore italiano fornire indicazioni più precise delle attuali in ordine al bilanciamento tra le esigenze di protezione della persona fragile e la tutela della sua libera autodeterminazione.

Si potrebbe ipotizzare altresì l'abbandono dell'idea di un sostegno sostitutivo a favore di un sostegno collaborativo, conservando la possibilità di attribuire all'amministratore di sostegno poteri rappresentativi soltanto come una scelta residuale, nei casi in cui non sia possibile assicurare all'interessato un sostegno in forma diversa – alla stregua di quanto ha fatto la riforma spagnola con riguardo alla *curatela*. In ogni caso, ciò comporterebbe una riforma dell'art. 405 codice civile che ora prevede l'amministrazione di sostegno rappresentativa come una soluzione concorrente o alternativa a quella di carattere assistenziale.

Poteri di rappresentanza dunque, ma anche di assistenza dovranno essere attribuiti davvero soltanto in casi eccezionali, in relazione a singole situazioni o atti, nel rispetto dei principi di proporzionalità e necessità, in modo che la conservazione della capacità della persona con disabilità non costituisca soltanto una proclamazione formale ma una realtà concreta ed effettiva.

Sotto un diverso profilo, peraltro necessariamente connesso a quello che ora si è analizzato, occorre evidenziare come la persona che presta sostegno debba agire in modo da realizzare e attuare la volontà, i desideri e le preferenze della persona con disabilità. Il comma 4° dell'art. 12 della Convenzione stabilisce, tra l'altro, che gli Stati Parti assicureranno che tutte le misure relative all'esercizio della capacità legale rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona. Nel suo *General Comment*, il *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, ha precisato che secondo una lettura dell'articolo 12, paragrafo 4, insieme all'intera Convenzione, gli Stati sono tenuti a creare garanzie appropriate ed efficaci per l'esercizio della capacità legale. Lo scopo principale di queste garanzie deve essere quello di assicurare il rispetto dei diritti della persona, della volontà e delle preferenze della persona. E quando, dopo aver compiuto sforzi significativi, non sia possibile determinare la volontà e le preferenze di un individuo, il criterio della "migliore interpretazione della volontà e delle preferenze" deve sostituire il paradigma del "miglior interesse" per garantire che le persone con disabilità godano del diritto alla "*Legal capacity*" su base paritaria con gli altri[33].

Anche per questo aspetto occorre pensare ad un rafforzamento di principi già presenti nella disciplina domestica vigente. Basta in questa sede qualche sintetico riferimento: all'art. 405 c.c. che consente la personalizzazione della misura di sostegno in ragione dei bisogni di protezione e del grado con il quale l'infermità o la menomazione ha inciso sulla possibilità della persona di provvedere ai propri interessi; all'art. 407, co. 2, c.c.,

[31] Cass., 27.12.2017, n. 22602, in *DeJure*.
[32] Cass., 31.12.2020, n. 29981, in *DeJure*
[33] *General comment No. 1 (2014), Article 12*, cit., in particolare §§ 20 ss.

ove si prevede che il giudice tutelare, nel corso del procedimento di istituzione dell'amministrazione di sostegno, debba sentire direttamente la persona alla quale la procedura si riferisce, al fine di raccoglierne "bisogni e richieste" dell'interessato; all'art. 408, co. 1, c.c., che, nel dettare i criteri di scelta dell'amministratore di sostegno, indica anzitutto come la stessa debba avvenire avendo "esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario"; e, ancora all'art. 410, co. 1, c.c., ove si prevede che, nello svolgimento dei suoi compiti, l'amministratore di sostegno "deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario"[34].

Per concludere alcuni cenni su quanto in concreto si sta facendo in Italia in vista dell'adeguamento dell'ordinamento italiano al contenuto della Convenzione. È noto come già da alcuni anni si susseguano le iniziative volte all'abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione e rafforzamento dell'amministrazione di sostegno[35]. Fino ad ora però quelle iniziative pur giunte anche alla ribalta del nostro Parlamento non sono approdate ad alcun concreto risultato.

Diventa così attuale l'invito – formulato dal Maestro che si intende in questo scritto onorare – ai giuristi che hanno ingegno, forza e voglia di progettare, di pensare a leggi nuove integrando nel progetto il problema della loro attuabilità e attuazione: di battersi, cioè perché ogni legge nuova nasca attrezzata di quelle misure – economiche, organizzative, formative – che consentano almeno di rendere pensabile la sfida dell'innovazione[36].

[34] Su questi temi, mi si consenta il rinvio, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, VENCHIARUTTI, *La sfera affettiva e sessuale della persona fragile: il ruolo per l'amministratore di sostegno*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 379 ss.

[35] Il testo aggiornato del progetto abrogativo di P. Cendon si può leggere nel sito dell'Associazione dei civilisti italiani: *www.civilistiitaliani.eu/iniziative/notizie/715-proposta-di-abrogazione-dell-interdizione-del-prof-paolo-cendon-ed-altri*.

[36] ZATTI, L'intendance suivra...?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 183.

ALBERTO VENTURELLI

AUTODETERMINAZIONE E DIVIETO DEI TRATTAMENTI DI CONVERSIONE

SOMMARIO: 1. La «nebulosa dell'appartenenza» e l'affermazione dell'identità sessuale. – 2. Il divieto di «trattamenti di conversione». – 3. Il condizionamento del processo di maturazione dell'identità di genere. – 4. La modificazione dei caratteri sessuali. – 5. Le prospettive di riforma della disciplina italiana.

1. *La «nebulosa dell'appartenenza» e l'affermazione dell' identità sessuale*

Al fine di individuare le caratteristiche della relazione giuridica tra il soggetto e il corpo, il Festeggiato si è ampiamente soffermato sulla «struttura originariamente proprietaria della categoria del diritto soggettivo» e ha evidenziato che essa ha generato «un equivoco prolungato, nel linguaggio e nel pensiero giuridico, tra proprietà e appartenenza», perché ha elevato la prima a «modello esaustivo dell'appartenenza» stessa, così da scorgere in «tutta la linea della de-patrimonializzazione del diritto privato e dello sviluppo dei diritti della personalità […] un prolungato sforzo di riconquistare ampi aspetti dell'appartenenza, che l'esclusività del modello proprietario non riusciva a percepire»[1].

Il rilievo non consente solo di riaffermare il valore centrale della persona e la conseguente necessità di superare approcci metodologici univocamente orientati alla tutela delle sole situazioni patrimonialmente rilevanti, nella piena consapevolezza della copertura costituzionale dei diritti fondamentali e del loro ruolo gerarchicamente sovraordinato rispetto alla stessa valorizzazione del mercato e del profitto individuale[2].

Esso offre, più esattamente, un chiarimento decisivo sulle modalità attraverso le quali la relazione tra soggetto e persona si estrinseca, perché consente di accertare che l'affermazione dei diritti della personalità non si è realizzata «superando la dicotomia soggetto-oggetto, ma piuttosto de-materializzando il polo dell'oggetto», cioè ricorrendo ad «un accorgimento logico-linguistico: quello di separare dal soggetto, o ipostatizzare, gli aspetti della vita e della persona tutelata, facendone degli "oggetti" di interesse, di tutela, e di diritto soggettivo […]. Sinteticamente, il linguaggio ci propone un oggetto – la reputazione, l'immagine – che consente di rappresentare efficacemente il carattere assoluto del diritto, sicché l'oggetto del diritto sembra non essere il comportamento, ma il bene protetto. E ciò forse nasconde, a chi se ne faccia abbagliare, che il nome, la repu-

[1] Così ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss., spec. 2 s. (da cui la successiva citazione); e, con il titolo *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza: dalla sovranità alla proprietà*, in *Per uno statuto del corpo*, a cura di MAZZONI, Milano, 2008, 69 ss., spec. 71 s. Il passaggio è ripreso ed approfondito anche in ID., *Di là dal velo della persona fisica. Realtà del corpo e diritti «dell'uomo»*, in Liber amicorum *per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, 121 ss., spec. 130 ss.; e in ID., *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, 53 ss., spec. 64 ss. (da cui le successive citazioni).

[2] Tornano da ultimo sul tema VETTORI, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 2020, 1 ss.; DI ROSA, *La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo «post mortem»*, in *Eur. e dir. priv.*, 2020, 1179 ss.; P. PERLINGIERI, *Principio personalista, dignità umana e rapporti civili*, in *Ann. SISDIC*, 2020, 411 ss.

tazione, l'immagine, beni protetti, sono un *aspetto di me* di cui chiedo protezione […]. Dove il possibile abbaglio dell'oggetto è più evidente, è nel diritto all'identità personale, che si sposta ancora di più verso il centro della nebulosa: diritto ad essere veduto, riconosciuto, presentato per ciò che sono, diritto ad essere socialmente percepito così come mi sono realmente espresso nella mia maschera sociale: non è un diritto all'io, ma un diritto alla propria "persona" secondo la distinzione junghiana»[3].

Avuto specifico riguardo all'identità sessuale, sarebbe dunque fuorviante concludere che la sua tutela si riduca alla generica affermazione della libertà di attuare il proprio orientamento e al conseguente divieto di atti discriminatori fondati sul carattere omosessuale delle relazioni affettive instaurate dal soggetto[4].

Se la tutela deve includere la piena valorizzazione di sé e dunque l'affermazione della propria individualità, occorre altresì garantire al soggetto la possibilità di apparire come ritiene di essere.

In questa direzione si è da tempo mossa anche la legislazione italiana, che autorizza l'intervento medico-chirurgico diretto a modificare i propri attributi sessuali al fine di ottenere la rettificazione degli atti dello stato civile e la conseguente attribuzione di un'identità sessuale diversa da quella registrata alla nascita (l. 14 aprile 1982, n. 164)[5].

La decisione di sottoporsi al relativo trattamento, tuttavia, si matura ad esito di un articolato percorso esistenziale, i cui connotati rimangono sottratti alla valutazione del legislatore, che si è limitato a dettare una disciplina ispirata pressoché esclusivamente alla necessità di assicurare al soggetto il pieno «governo» del proprio corpo, inteso come bene integralmente appartenente al suo titolare[6].

Resta in tal modo impregiudicata la valutazione della liceità di eventuali interventi di condizionamento resi durante il suddetto percorso esistenziale e finalizzati ad incidere sul suo approdo.

Riconosciuta al soggetto la libertà di decidere se sottoporsi o meno al trattamento, il legislatore non ha dato alcuna importanza alle ragioni che possono indurre alla maturazione della relativa decisione, nonostante esse si formino quasi sempre durante fasi della vita – spesso adolescenziali – che possono essere variamente condizionate da fattori familiari, economici e sociali o comunque si collegano a condizioni di vera e propria incapacità di agire che impongono la partecipazione attiva di altri soggetti portatori di interessi e bisogni non necessariamente coincidenti con quelli del loro assistito.

---

[3] Così Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, cit., 3 s. Il passaggio è ripreso anche in Id., *Di là dal velo della persona fisica*, cit., 77 ss.

[4] Lo rileva con chiarezza Apostoli, *Trattamenti di conversione sessuale e principi costituzionali*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, a cura di Pescatore, Torino, 2021, 97 ss.

[5] Per un più ampio commento di tale disciplina, sia consentito il rinvio a Venturelli, nel *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di A. Zaccaria, 4ª ed., Milano, 2020, 2183 ss.

[6] Ai limiti insiti nella riconduzione alla logica proprietaria del rapporto con il proprio corpo il Festeggiato ha dedicato ampia attenzione: cfr., a titolo meramente esemplificativo, Zatti, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 43 ss., spec. 48 ss.; e in *Riv. it. med. leg.*, 1995, 3 ss., spec. 7 ss.; Id., *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 1 ss.; Id., *Spunti in tema di libertà di cura: tra sperimentazione e terapia innovativa*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, I, Milano, 2004, 369 ss. (questi tre scritti – l'ultimo con il titolo *La libertà di cura tra sperimentazione e terapia innovativa* – sono altresì consultabili in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 5 ss., spec. 13 ss., 229 ss. e 271 ss.); Id., *Di là dal velo della persona fisica*, cit., 56 ss.; nonché, con specifico riferimento alla condizione del concepito, Id., *Corpo nato, corpo nascente, capacità, diritti: l'art. 1 c.c. e la vita prenatale*, in *Il diritto privato nella società moderna. Seminario in onore di Stefano Rodotà*, a cura di Alpa e Roppo, Napoli, 2005, 373 ss.; e in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, cit., 163 ss.

Occorre dunque chiedersi se la prioritaria necessità di garantire piena protezione alla personalità non imponga di estendere l'intervento legislativo anche alla valutazione delle fasi antecedenti all'esecuzione del trattamento e, segnatamente, di anticipare la tutela fino al punto di regolare il modo con il quale il soggetto attua il processo di affermazione della propria individualità sessuale.

Fornire al quesito risposta affermativa consentirebbe di superare quella «nebulosa dell'appartenenza» denunciata dal Festeggiato e di giungere ad una piena valorizzazione dell'autodeterminazione sessuale, contribuendo ad una più ampia ridefinizione dei connotati stessi del diritto all'identità personale[7].

2. *Il divieto di «trattamenti di conversione»*

Nella direzione appena evocata si muovono i più recenti interventi legislativi di alcuni paesi europei.

Per effetto dell'*Act* 9 dicembre 2016, n. LV («Affirmation of Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression Act»), è vietata a Malta l'esecuzione di «qualsiasi trattamento, pratica o sforzo prolungato che miri a cambiare, reprimere e/o eliminare l'orientamento sessuale, l'identità di genere e/o l'espressione di genere di una persona». Incorre, in particolare, in una sanzione detentiva (reclusione da 1 a 5 mesi) e pecuniaria (multa tra 1000 e 5000 euro) chiunque esegua tali trattamenti su soggetti considerati «vulnerabili» ed identificati dalla normativa in esame con i minori di anni 16 e con coloro che, indipendentemente dall'età, siano affetti da un disturbo mentale o comunque siano valutati dal giudice come particolarmente deboli per plurime circostanze, quali ad esempio situazioni di dipendenza da alcool o sostanze stupefacenti o particolari stati psicologici ed emotivi. Le sanzioni descritte operano anche su chi effettui terapie di conversione «forzate», alle quali un soggetto non si sia volontariamente sottoposto[8].

Similmente, in Germania, per effetto della «legge per la protezione dai trattamenti di conversione» («Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen» – KonvBG) del 23 giugno 2020, vige il divieto di praticare terapie di conversione sui minori e sui maggiorenni che abbiano a tal fine espresso un «consenso viziato»[9]. La relativa sanzione, che può arrivare fino ad un anno di detenzione e comprende altresì una pena pecuniaria, non è però applicabile alle persone che agiscono come rappresentanti legali, «a condizione che non violino gravemente il loro dovere di diligenza o educazione» (§ 5, 2° co., KonvBG).

---

[7] Cfr. Pescatore, *La legge tedesca sui 'trattamenti di conversione': al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 1 ss., spec. 13 ss. (da cui le successive citazioni); e in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, 1 ss., spec. 16 ss.; Id., *Diritto all'identità personale e divieto dei trattamenti di conversione*, in Liber amicorum *Giuseppe Vettori*, a cura di Passagnoli *et al.*, Firenze, 2022, 3187 ss., spec. 3194 ss.; Id., *Verso una nuova identità personale?*, in Jus Brixiae et alibi. *Scritti scelti offerti ad Alberto Sciumé*, a cura di Cassi e Fusar Poli, Torino, 2022, 353 ss.

[8] Cfr. *Affirmation of Sexual Orientation, Gender Identity and Gender Expression Act – Act LV/2016*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 279 ss.

[9] Cfr. *Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen – KonvBG*, in *Bundesgesetzblatt*, 2020, I, 1285 ss.; e in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 248 ss.; nonché, per un analitico commento, Burgi, *Rahmenbedingungen der Strafbarkeit von sog. Konversionstherapien*, in *MedR*, 2020, 81 ss.; Lemmert, *Das Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen – mehr Schein als Sein*, in *MedR*, 2020, 824 ss.; Bertelli, *La tutela dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere in Germania: la legge «zum Schutz vor Konversionsbehandlungen»*, in *Pers. merc.*, 2020, 263 ss.; Ead., *La «protezione dai trattamenti di conversione» nei sistemi giuridici italiano e tedesco*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 25 ss.

Nella *Relazione* allegata al relativo disegno di legge (19/17278), si precisa che l'accertamento di un «trattamento di conversione», che il § 1, 1° co., KonvBG identifica con qualsiasi trattamento «volto a modificare o sopprimere l'orientamento sessuale o l'identità di genere percepita», deve essere compiuto tenendo conto delle caratteristiche del singolo caso e nella consapevolezza che esso può comprendere tanto coercizioni psicologiche, quanto interventi aventi una rilevanza sulla salute psico-fisica della persona (elettroshock o somministrazione di farmaci). Semplici conversazioni con guide religiose o sedute di psicoterapia durante le quali si discuta di esperienze legate all'orientamento sessuale non costituiscono trattamenti di conversione, fino a quando non determinino pressioni fisiche o psicologiche superiori ad una soglia di «normale tollerabilità»[10].

In Francia, il nuovo art. 225-4-13 *code penal*, come introdotto dalla legge 31 gennaio 2022, n. 2022-92, punisce con sanzione detentiva fino a due anni ed ammenda fino a 30.000 euro «le pratiche, le condotte o le parole ripetute dirette a modificare o a reprimere l'orientamento sessuale o l'identità di genere, vera o supposta, di una persona e aventi per effetto un'alterazione della sua salute fisica o mentale». La pena è aggravata fino a tre anni di reclusione e a 45.000 euro di ammenda se tali pratiche sono realizzate a pregiudizio di un minore, da parte di un ascendente o tutore, nonché «su una persona in condizioni di particolare vulnerabilità o dipendenza, dovute alla sua età, ad una malattia, ad una infermità, ad una deficienza fisica o psichica, a uno stato di gravidanza o alla precarietà della sua situazione economica o sociale, laddove tali condizioni siano evidenti o conosciute dall'autore del fatto punito»[11].

In Spagna, infine, il 16 febbraio 2023 è stata approvata anche dal Senato un'articolata disciplina per «la reale ed effettiva eguaglianza delle persone *trans* e per la garanzia dei diritti delle persone LGBTI»[12]. L'art. 17 di tale normativa introduce il divieto «di metodi, programmi e terapie di avversione, conversione o controcondizionamento, in qualsiasi forma, volti a modificare l'orientamento sessuale o l'identità o l'espressione di genere delle persone, anche se queste hanno il consenso dell'interessato o del suo legale rappresentante».

Per quanto connotate da un fondamento assiologico sostanzialmente identico e collegabile all'esigenza di prevenire e reprimere condotte che minaccino o ledano il diritto

---

[10] Il testo della *Relazione* è riprodotto in *Identità sessuale e auto-percezione di sè*, cit., 253 ss., spec. 262 ss.

[11] Cfr. Vialla, *Maladie d'amour? A propos de la loi du 31 janvier 2022 interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne*, in *Sem. jur.*, 2022, 361 ss.; P. Conte, *Un contre-modèle de législation pénale: l'incrimination des «thérapies de conversion»*, in *Droit pén.*, 4/2022, 17 s.; Couard, *L'interdiction légale des thérapies de conversion*, in *Droit fam.*, 4/2022, 21 ss.; Léon, *Interdiction des thérapies de conversion: la loi interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre est publiée*, in *Le Quotidien*, 23 février 2022; Charruau, *Premières impressions sur la proposition de loi visant à interdire les «thérapies de conversion sexuelle»*, in *D.*, 29/2020, 1672 s.; nonché, con riferimento ai lavori preparatori, Id., *Les «thérapies de conversion sexuelle». Quelques remarques sur une proposition de loi français*, in *Rev. dr. homme*, 2020, 1 ss.

[12] Cfr. *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*, in *Boletín oficial de l'Estado*, 1° marzo 2023, n. 51.

«Todo el articulado del Proyecto de Ley carece de rigor por la confusión terminológica que contiene, utilizando de manera confusa distintas expresiones: identidad sexual u orientación sexual, identidad o expresión de género»: così sentenzia FeMeS. Asociación Española de Feministas Socialistas, in *feministasocialistas.com* e tutto lascia intendere quanto ampia potrà essere la gamma degli apprezzamenti relativi a questa legge.

Discipline di analogo tenore sono comunque già in vigore nelle comunità autonome spagnole di Madrid, Andalusia, Valencia, Aragona e Murcia: per più ampie indicazioni sul tema, cfr. Mendos, *Curbing Deception: a World Survey on the Legal Regulation of so-called «conversion therapies»*, Généve, 2020, 92 ss.

di autodeterminazione sessuale e condizionino il processo di affermazione della propria identità di genere, le soluzioni normative richiamate si connotano per apprezzabili differenze, che si riflettono, anzitutto, sul piano probatorio.

A Malta, in particolare, la vittima del trattamento deve offrire adeguata dimostrazione della sua «vulnerabilità» o del carattere «forzato» del trattamento stesso. Similmente accade in Francia, dove l'onere probatorio è ulteriormente aggravato dalla necessità di dar conto della pregiudizialità del trattamento, sia pure con più ampio riferimento all'integrità psico-fisica della persona che lo ha subito e senza che abbia rilievo, in tal caso, il consenso precedentemente prestato, dovendosi alla prova del danno riconoscere un valore per così dire assorbente in ordine alla stessa illiceità del comportamento tenuto dall'autore del fatto.

In Germania, invece, tali circostanze non hanno alcuna rilevanza se il trattamento è effettuato su un minore, visto il carattere assoluto del relativo divieto, e sono comunque superate da una più diretta valutazione della consapevolezza e libertà del consenso del maggiorenne[13]. Toccherà inoltre all'autore del trattamento fornire l'eventuale prova del mancato superamento della soglia di «normale tollerabilità»: stante l'assenza, nel dettato normativo tedesco, di un testuale riferimento a questa circostanza fattuale, il soggetto che ha subito il trattamento può limitarsi a dar conto della sua realizzazione e spetta alla controparte dimostrare che, in realtà, il trattamento non ha raggiunto i suoi scopi, non ha minimamente causato un danno al soggetto che lo ha subito o comunque non ha assunto contorni tali da influenzarlo nelle sue valutazioni sul tema.

Tale rilievo vale a sminuire e depotenziare le differenze con il modello spagnolo, che si rivela solo apparentemente più rigido di quello tedesco.

È vero, infatti, che solo in Spagna si precisa espressamente che il consenso del maggiorenne o del legale rappresentante non ha alcuna rilevanza giuridica nell'affermazione della responsabilità per l'esecuzione del trattamento. Poiché, tuttavia, l'esistenza di quest'ultimo deve essere necessariamente provata dalla vittima, la controparte resterà libera di dimostrare l'oggettiva inidoneità della condotta tenuta a condizionare il processo di affermazione dell'identità di genere, sicché quelle stesse circostanze fattuali che la *Relazione* tedesca richiama quali esempi di comportamenti inidonei a causare un apprezzabile danno quantomeno ad una persona maggiorenne e in adeguate condizioni psico-fisiche rileveranno altresì in Spagna allo scopo di escludere la stessa sussistenza di un trattamento di conversione.

3. *Il condizionamento del processo di maturazione dell'identità di genere*

Il divieto appena descritto non opera su tutti gli interventi diretti a condizionare la maturazione dell'identità di genere.

Nel già richiamato *Act* 9 dicembre 2016, n. LV, in particolare, si nega espressamente che rappresentino trattamenti di conversione «eventuali servizi e/o interventi relativi all'esplorazione e/o al libero sviluppo di una persona e/o all'affermazione della propria identità […] tramite consulenza, servizi psicoterapeutici e/o servizi simili», nonché «qualsiasi servizio sanitario relativo al libero sviluppo e/o all'affermazione della propria

[13] Cfr. Cacace, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 151 ss.; Ead., *Terapie di conversione sessuale e disposizione di sé*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, 147 ss.

identità di genere e/o espressione di genere di una persona» e «qualsiasi servizio sanitario legato alla cura di un disturbo mentale».

In forza del § 1, 2° e 3° co., KonvBG, la normativa tedesca «non si applica al trattamento dei disturbi di preferenza sessuale riconosciuti a livello medico», nonché a fronte di «interventi chirurgici o trattamenti ormonali volti a consentire di esprimere l'identità sessuale percepita da una persona o a rispondere al desiderio di una persona per un aspetto fisico più maschile o femminile».

Il nuovo art. 225-4-13, 6° co., *code penal* francese esclude la punibilità a fronte di comportamenti che «invitano soltanto alla prudenza e alla riflessione la persona che si interroga sulla sua identità di genere e che considera di intraprendere un percorso medico volto al cambiamento di sesso, avuto riguardo soprattutto alla sua giovane età».

Nella già richiamata *Relazione* al disegno di legge tedesco si osserva che il divieto di trattamenti di conversione non si estende agli interventi diretti a curare feticismo, esibizionismo o pedofilia, nonché a qualsivoglia intervento che operi supponendo già formata, in modo univoco e definitivo, l'identità di genere del soggetto che si sottopone al trattamento stesso. Gli esempi a tal fine addotti sono rappresentati, rispettivamente, dal minore *transgender* che vuole una riduzione del seno e assume a tal fine bloccanti ormonali e dal bambino intersessuale con varianti dello sviluppo di genere al quale effettuare una riduzione del clitoride. Entrambi gli interventi sono considerati ammissibili perché si rivelano finalizzati ad esprimere l'identità di genere e ciò varrebbe ad introdurre una netta differenza rispetto al vero e proprio «trattamento di conversione», riscontrabile esclusivamente quando il soggetto che vi si sottopone non è ancora convinto della definitività del suo stato, ma anzi lo intende come un qualcosa di patologico, in quanto tale «curabile»[14].

Non è peraltro casuale che, negli esempi appena riportati, il trattamento sia inevitabilmente destinato ad essere eseguito sotto controllo medico.

Ciò vale ad introdurre un'ulteriore ed apprezzabile differenza rispetto alla «conversione» vietata, la quale, quando non si riduce alla mera manifestazione di un'opinione personale, ovviamente lecita nella misura in cui non assuma toni ingiuriosi nei confronti delle altrui convinzioni, né miri in alcun modo a provocarne un forzato mutamento, non assume i contorni di un vero e proprio trattamento medico, perché non è esercitata da soggetti aventi una specifica professionalità e, anche per questo motivo, si rivela quasi sempre inidonea a conseguire risultati apprezzabili e conformi alle aspettative poste a fondamento della sua realizzazione, pur potendo frequentemente produrre danni fisici e psichici a colui che la subisce[15].

È inoltre necessario evidenziare che, se in forza del già richiamato § 1, 2° co., KonvBG, la presenza di «disturbi di preferenza sessuale riconosciuti a livello medico» vale ad escludere l'illiceità del relativo trattamento, l'attuazione dell'identità di genere assicurata dagli «interventi chirurgici o trattamenti ormonali» evocati dal § 1, ult. co., KonvBG prescinde dalla preventiva individuazione di una patologia curabile e la sua terapeuticità può tutt'al più essere apprezzata solo sul piano psicologico, avuto riguardo

[14] Il passaggio della *Relazione* riportato nel testo può leggersi in *Identità sessuale e auto-percezione di sè*, cit., 263 s.

[15] Cfr. PESCATORE, *La legge tedesca sui 'trattamenti di conversione'*, cit., 11 s.; CACACE, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, cit., 156 ss.; nonché, per una più ampia valutazione dell'ideologia riparativa dell'omosessualità e del suo superamento, VIGGIANI, *I trattamenti di conversione sessuale. Dalle origini ai più recenti sviluppi*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sè*, cit., 73 ss.

al disagio esistenziale correlato alla manifestazione del «desiderio … per un aspetto fisico più maschile o femminile».

La prova della corrispondenza del trattamento a tale desiderio vale dunque ad escludere la presenza di una «conversione» e a rendere lecito il trattamento stesso, a nulla rilevando che la sua esecuzione, pur non essendo giustificata dall'esigenza di curare un disturbo riconosciuto a livello medico, produca apprezzabili mutamenti nei caratteri sessuali primari o secondari dell'individuo e possa dunque determinare un cambiamento – anche irreversibile – della sua integrità fisica, avuto riguardo, ad esempio, alla perdita della capacità di generare.

A tal stregua, il § 1, ult. co., KonvBG offre un chiarimento decisivo sulle reali finalità del provvedimento normativo in esame e sulla stessa rilevanza giuridica della direzione che la «conversione» deve assumere per essere oggetto del divieto.

Al fine di confutare l'idea secondo cui transessualismo, omosessualità, bisessualità siano valutabili come vere e proprie patologie suscettibili di cura, la legislazione tedesca non mira solo a fornire espresso riconoscimento normativo ad un divieto in realtà già indirettamente deducibile dall'attribuzione di rilevanza penale e civile agli atti lesivi dell'altrui integrità psico-fisica, ma vuole più esattamente contribuire al superamento della forte componente omotransfobica ancora collegabile alla diffusione di tali pratiche.

Le convinzioni religiose o ideologiche poste a fondamento del contrasto verso la comunità LGBT non possono legittimare atti nei quali, approfittando in buona misura di una situazione di disagio individuale vissuta da soggetti facilmente condizionabili, si cerca – comunque quasi sempre infruttuosamente – di indurli ad una «conversione» ispirata all'idea che occorre correggere o superare una malattia o una situazione in qualche misura erronea o non conforme ad un modello ideale considerato *a priori* legittimo e corretto.

Ciò vale a segnare una non marginale differenza rispetto alla soluzione francese, la cui portata precettiva si riduce, a ben vedere, all'introduzione di uno specifico caso di lesione personale, avente rilievo penale solo nella misura in cui provochi un danno all'integrità psico-fisica della persona[16].

Se è pacifico che questo stesso pregiudizio assicura alla previsione francese, nonostante la sua collocazione topografica, un rilievo civilistico, avuto riguardo alla possibilità di agire quantomeno anche con lo strumento risarcitorio aquiliano, non sembra, tuttavia, che dalla soluzione legislativa in esame si ricavino utili indicazioni circa la regolamentazione della direzione che la conversione deve assumere per essere considerata illegittima.

L'esonero dalla punibilità per gli inviti «alla prudenza e alla riflessione» disposto dal già richiamato art. 225-4-13, 6° co., *code penal* lascia impregiudicata la valutazione degli obiettivi assunti da tali inviti, perché è destinato ad operare non solo quando alla persona che si interroga sulla sua identità di genere è in qualche modo suggerito di av-

[16] È la medesima conclusione cui perviene, con riferimento ad altre previsioni di tenore analogo riscontrabili in alcuni Stati nord-americani, Scaroina, *Prospettive di criminalizzazione dei trattamenti di conversione sessuale*, in *Dir. pen. contemp.*, 4/2020, 33 ss., spec. 45 s.; e in *Identità sessuale e auto-determinazione di sé*, cit., 117 ss., spec. 140 s., la quale riconosce che l'esigenza di tutela della dignità umana giustifica la scelta di criminalizzazione delle terapie di conversione in via autonoma e indipendente, ma non è davvero accresciuta o soddisfatta dall'introduzione di un reato proprio, la cui portata è dunque essenzialmente promozionale, avuto riguardo ai suoi riflessi sulla valutazione collettiva dell'omosessualità o del transessualismo.

viare percorsi diretti al cambiamento di sesso, ma anche e soprattutto nei casi in cui si valorizza la pericolosità o dannosità di tali interventi e, in genere, si pone l'accento sulle conseguenze morali o sociali di un cambiamento che, essendo pur sempre inteso in termini negativi, è in tal modo disincentivato.

Nella prospettiva prescelta dal legislatore tedesco, invece, s'intende attribuire un valore gerarchicamente prevalente all'identità di genere, la cui affermazione autorizza qualunque mutamento dei caratteri sessuali, anche se realizzato in assenza di una patologia medicalmente documentata.

Se, in particolare, si delinea un contrasto tra la percezione individuale del genere e le risultanze sessuali oggettive, i comportamenti modificativi di queste ultime sono da intendersi come leciti ed incentivati, a misura che conducano ad un rafforzamento e ad una piena attuazione del genere stesso.

Ove, al contrario, il soggetto che, lamentando un disagio per tale contrasto, provi a superarlo mediante tecniche variamente dirette alla riaffermazione del proprio sesso anatomico e alla conseguente svalutazione della propria percezione individuale, il ricorso a tali pratiche – indipendentemente dalle loro caratteristiche, dalla loro effettiva utilità e dalla stessa entità delle conseguenze sfavorevoli direttamente correlate alla loro esecuzione – formerà oggetto di un divieto che si rivela fondato, in via esclusiva, sulla direzione impressa all'attività modificativa e, segnatamente, sul fatto che il tentativo di far prevalere l'identità anatomica sui desideri dell'individuo trae legittimazione da un condizionamento sociale incompatibile con la prioritaria esigenza di attuare la propria personalità[17].

Ciò induce a svalutare le stesse differenze correlate all'età del soggetto che si sottopone al trattamento.

Si è già evidenziato che, ai sensi del § 2 KonvBG, «è vietato effettuare trattamenti di conversione su persone di età inferiore ai 18 anni» e, per i maggiorenni, il divieto è limitato a colui «il cui consenso a effettuare il trattamento di conversione sia viziato».

Il maggiorenne sembra dunque lasciato libero di decidere, ma il richiamo alla categoria concettuale dei vizi della volontà, nonché l'estensione dell'istituto del consenso

[17] Lo rileva con chiarezza PESCATORE, *La legge tedesca sui 'trattamenti di conversione'*, cit., 3, il quale trae dalla disciplina in commento «due indicazioni sistematiche ben precise, e una ragione di perplessità. La prima è che, quando intervenga un medico, o almeno vi siano i presupposti perché ciò accada, ci si trova *al di fuori* dell'area di rilevanza che l'ordinamento tedesco assegna ai trattamenti di conversione. Di più, verrebbe da dire che lo 'spazio' logico e giuridico dei trattamenti di conversione *finisce* laddove inizia quello della necessità, o anche soltanto dell'opportunità di un intervento, del controllo ovvero di una gestione professionale della situazione da parte del medico. La seconda indicazione, meno netta, più sottile e sfuggevole, aiuta a comprendere come in tanto può ricorrere la fattispecie 'trattamento di conversione', in quanto l'identità sessuale del soggetto che lo subisce sia ancora incerta o in divenire. A questo corollario si perviene se si considera che, al di là del fatto che l'intervento chirurgico o il trattamento ormonale non possono prescindere da un contributo del medico, essi comunque non rilevano quali terapie di conversione qualora consentano ad una persona di esprimere la propria identità sessuale: che tuttavia, per essere 'espressa', deve essere "percepita" con i caratteri della definitività o, almeno, della stabilità. La perplessità è, invece, riconducibile al frammento della stessa disposizione [§ 1, comma (3)] che – come anticipato – esclude la configurabilità della terapia di conversione qualora l'intervento chirurgico o il trattamento ormonale rispondano al "desiderio" di un aspetto fisico più maschile o femminile. Sennonché la disposizione nulla dice circa la stabilità e, per così dire, la serietà del desiderio: così ponendo, innanzitutto, il problema della relativa manifestazione e della connessa percezione esteriore. È un problema, questo, che, nell'impostazione sistematica della legge, parrebbe voler essere risolto dalla presenza del medico, comunque necessaria tanto per l'intervento chirurgico quanto per il trattamento ormonale: ciò che, peraltro, quasi attribuisce al professionista un peculiare ruolo di 'interprete' delle aspirazioni più intime del paziente».

a pratiche che, per le ragioni già descritte, non sono riconducibili a trattamenti medici mirano a disincentivare notevolmente la «conversione»[18].

Affinché il consenso sia immune da vizi, colui che effettua il trattamento deve preliminarmente ed adeguatamente informare la controparte non solo in ordine alle caratteristiche della «terapia», ma anche e soprattutto in merito alla sua natura e, dunque, al fatto che non ha probabilità di successo perché muove da un postulato che la legge indica come erroneo.

Essendo altrettanto ineludibile che la controparte si sia trovata nelle condizioni psico-fisiche di ricevere e comprendere tale informativa, l'esecuzione di una «terapia» di conversione su maggiorenni in tutto o in parte privi di capacità di agire o di capacità naturale è da intendersi come vietata e dalla previsione in esame è ragionevole dedurre l'attribuzione di un connotato personalissimo al consenso, posto che la manifestazione di volontà espressa, a tal proposito, da un rappresentante rischierebbe di alterare quel processo di attuazione dell'identità di genere che appartiene alla più assoluta ed inaccessibile intimità del soggetto. A quest'ultimo deve dunque essere riconosciuta la possibilità di decidere in completa libertà ed autonomia, stante anche l'assenza di quei motivi terapeutici che, in ambito medico-sanitario, legittimano il rappresentante ad intervenire in sostituzione del paziente.

La formulazione letterale del § 2, 2° co., KonvBG – nella parte in cui dispone che «è vietato» il trattamento di conversione sul maggiorenne che abbia espresso un consenso viziato – esclude inoltre ogni possibilità di invocare l'apparato rimediale ordinariamente correlato all'individuazione di un vizio della volontà.

Il «consenso viziato», in altri termini, non può dirsi annullabile e dunque efficace fino all'accoglimento dell'impugnazione, ma è inteso dalla legge come fattispecie sufficiente a provocare l'applicazione dell'apparato sanzionatorio collegato all'esecuzione della terapia vietata, in termini identici a quanto accadrebbe ove si accertasse la sua stessa inesistenza e senza alcuna considerazione dell'eventuale affidamento incolpevole generato dalla sua manifestazione in capo a colui che effettua il trattamento.

Le condizioni appena descritte, tuttavia, valgono esclusivamente quando l'esecuzione del trattamento sia finalizzata a sacrificare l'affermazione dell'identità di genere.

Gli stessi esempi prospettati nella *Relazione* confermano che, anche grazie al § 1, ult. co., KonvBG, trattamenti ormonali e chirurgici su minori continuano ad essere considerati legittimi, se diretti ad attuare l'identità di genere e, per i maggiorenni, la decisione in ordine alla loro esecuzione resta affidata all'ordinaria disciplina del consenso al trattamento medico[19].

---

[18] Cfr. Bertelli, *La «protezione dai trattamenti di conversione» nei sistemi giuridici italiano e tedesco*, cit., 29 ss.; Cacace, *Il consenso ai trattamenti di conversione sessuale*, cit., 163 ss.; Ead., *Terapie di conversione e disposizione di sé*, cit., 147 ss.

[19] La materia è attualmente regolata dalla «legge sul miglioramento dei diritti del paziente» («Gesetz zur Verbesserung der Rechte der Patientinnen und Patienten») del 20 febbraio 2013, pubblicata in *Bundesgesetzblatt*, 2013, I, p. 277 ss. Tale normativa ha modificato la disciplina dei §§ 611-630 BGB, introducendo una regolamentazione specifica del «contratto di trattamento» («Behandlungsvertrag»). Un primo commento del provvedimento in lingua italiana è offerto da Favale, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 693 ss.; Id., *L'inserimento nel BGB della disciplina della responsabilità del medico*, in *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, II, Milano, 2017, 1577 ss.; nonché da Stagl, *La «legge sul miglioramento dei diritti del paziente» in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 35 ss., spec. 36, il quale sottolinea che il nuovo tipo contrattuale non si riferisce solo al trattamento medico, ma comprende anche gli accordi perfezionati con «i dentisti, vari tipi di psicoterapeuti, levatrici, ergoterapisti e, infine addirittura, i professionisti della naturopatia», sicché le parti possono decidere, con espressa pattuizione, di non sottoporre il trattamento al puntuale rispetto delle regole dell'arte medica.

In entrambi i casi, la legittimazione non sembra dipendere da una preventiva valutazione di terapeuticità, anche se genericamente collegata all'idoneità a garantire un effettivo superamento della situazione di disagio lamentata dal richiedente, bensì proprio e solo dalla volontà di quest'ultimo, chiamata ad attuare la sua personalità anche dal punto di vista dell'identità sessuale.

4. *La modificazione dei caratteri sessuali*

L'estensione all'ordinamento giuridico italiano di conclusioni simili a quelle appena prospettate è resa impossibile da una più attenta valutazione dell'art. 1, 1° co., l. 164/1982, il quale subordina la rettificazione all'ottenimento di una sentenza costitutiva che «attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali»[20].

La formulazione letterale di tale previsione non chiarisce se tali modifiche debbano aver riguardato i caratteri sessuali primari del richiedente, così da risolversi nella constatazione degli esiti pratici di un intervento medico-chirurgico comunque ineludibile, o, al contrario, possano esaurirsi nella verifica di un cambiamento dei caratteri sessuali secondari, idoneo – ove supportato dalla prova dell'univoca assunzione di atteggiamenti di vita corrispondenti a quelli tenuti da persone del sesso opposto – a dar conto del disagio esistenziale che potrebbe appunto essere temperato o risolto dalla rettificazione.

La prima soluzione trovava riscontro nella formulazione letterale del previgente art. 3, 2° co., l. 164/1982, il quale stabiliva che, una volta autorizzata l'esecuzione del trattamento medico-chirurgico previa valutazione del suo carattere «necessario», «il tribunale, accertata la effettuazione del trattamento autorizzato, dispone la rettificazione in camera di consiglio». La rigida sequenza in tal modo descritta lasciava univocamente intendere che la rettificazione potesse essere disposta solo dopo l'esecuzione del trattamento e previa puntuale verifica della sua effettiva realizzazione. Il riconoscimento della possibilità di rettificare in assenza di un intervento medico-chirurgico avrebbe dunque comportato un'evidente ed irragionevole disparità di trattamento rispetto a quanto testualmente previsto per chi avesse deciso di chiedere la relativa autorizzazione[21].

---

[20] Per una più ampia dimostrazione dell'assunto, sia consentito il rinvio a Venturelli, *Trattamenti di conversione e «intervenute modificazioni dei caratteri sessuali»*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 175 ss.; Id., *«Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso*, in *Pers. merc.*, 2021, 323 ss.

[21] Cfr. Macioce, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padova, 1984, 39 s.; Stanzione, *Transessualismo e tutela della persona: la legge n. 164 del 1982*, in *Leg. giust.*, 1984, 754 s.; Id., voce «Transessualità», in *Enc. del dir.*, XLIV, Milano, 1992, 874 s.; Id., *Transessualismo e sensibilità del giurista: una rilettura attuale della legge n. 164/1982*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 720 ss.; Dogliotti, voce «Transessualismo (profili giuridici)», in *Noviss. Digesto it. Appendice*, VIII, Torino, 1987, 788 s.; S. Patti, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 244; Id., voce «Transessualismo», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 417 s. e 423; Vecchi, voce «Transessualismo», in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1991, 5; Id., *Transessualismo e divieto di discriminazioni*, in *Familia*, 2001, 343 s.; Ciliberti, *La rettificazione di attribuzione di sesso: aspetti giuridici*, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 346 ss., spec. 352 ss.; Ferraro, *Transessualismo e Costituzione: i diritti fondamentali in una lettura comparata*, in *Federalismi.it*, 21/2013, 13 s.; Lorenzetti, *Il cambiamento di sesso anagrafico e le sue condizioni: la necessità o meno dell'intervento chirurgico. Brevi riflessioni sulla situazione attuale e sui prossimi sviluppi*, in *GenIUS*, 1/2015, 174 ss.; Trib. Cagliari, 25 ottobre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 590 ss., con nota di S. Patti, *«Attribuzione» di sesso e «mutamento» di nome: lacune della legge e soluzioni giurisprudenziali*; e in S. Patti e Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona. Saggi di diritto civile e comparato*, Padova, 1986, 85 ss.; Trib. Milano, 2 novembre 1982, in *Foro it.*, 1984, I, 582 ss., con nota di Moccia; Trib. Roma, 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*,

L'azione *ex* art. 1, 1° co., l. 164/1982 avrebbe potuto essere esercitata senza previamente passare dalla domanda *ex* art. 3 l. 164/1982 solo in casi eccezionali, correlati, ad esempio, all'esecuzione di un intervento chirurgico all'estero o prima dell'entrata in vigore della normativa in commento[22].

L'abrogazione dell'art. 3, 2° co., l. 164/1982 ad opera dell'art. 34, 39° co., lett. c, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, ha agevolato una ricostruzione diversa[23].

Per quanto anche la nuova disciplina continui a richiedere un'autorizzazione giudiziale «quando risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali da realizzare me-

---

1983, I, 996 ss.; App. Bologna, 14 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1984, I, 2, 113 ss., con nota di S. Patti, *I destinatari della legge 14 aprile 1982, n. 164 ed il mutamento del nome*; in S. Patti e Will, *op. cit.*, 95 ss.; e in Sciancalepore e Stanzione, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002, 121 ss.; Trib. Trieste, 21 dicembre 1982, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, 665 ss., con nota di Bonifacio e Malaninno, *Mutamento di sesso e «caratteri dominanti»*; e in Loré e Martini, *Aspetti e problemi medico-legali del transessualismo*, 3ª rist., Milano, 1991, 104 ss.; Trib. Pescara, 18 luglio 1983, in *Giur. mer.*, 1984, 540 ss., con nota di Coco, *Diritto al cambiamento di sesso*; e in Sciancalepore e Stanzione, *op. cit.*, 131 ss.; Trib. Monza, 5 agosto 1983, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, 169 s.; Trib. Genova, 27 settembre 1983, *ivi*, 583 ss., con nota di Branca, *Rettificazione di attribuzione di sesso. La rilevanza del fattore psicosessuale: tutela giuridica di «inclinazioni morbose»?*; Trib. Pisa, 20 gennaio 1984, in *Foro pad.*, 1984, I, 462 ss., con nota di Poso, *Rettificazione dell'attribuzione di sesso e diritto all'identità personale*; Trib. Messina, 5 dicembre 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2571 ss., con nota di Panuccio Dattola, *Rettifica di attribuzione di sesso e cambio di nome*; e in Sciancalepore e Stanzione, *op. cit.*, 143 ss.; Trib. Massa, 11 novembre 1989, in *Arch. civ.*, 1989, 737 s.; Trib. Sanremo, 7 ottobre 1991, in *Dir. fam. e pers.*, 1992, 242 ss.; Trib. Perugia, 21 febbraio 1996, in *Rass. giur. umbra*, 1996, 431 [s.m.]; Trib. Ravenna, 26 febbraio 1998, in *Arch. civ.*, 1998, 568 s.; Trib. Vicenza, 2 agosto 2000, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 220 ss.; Trib. Milano, 5 dicembre 2002, in *Nuovo dir.*, 2003, 964 s.; Trib. Brescia, 15 ottobre 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 527 ss.; Trib. Vercelli, 12 dicembre 2014, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1379 ss.; Trib. Potenza, 20 febbraio 2015, in *Not.*, 2016, 118 ss., con nota di Trerotola, *Profili esegetici emergenti in tema di transessualismo, tra merito e legittimità*; e, con riferimento alla necessità di dimostrare che le «intervenute modificazioni» hanno provocato l'assoluta sterilità del ricorrente, Trib. Bologna, 5 agosto 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 3542 ss.; Trib. Pavia, 2 febbraio 2006, *ivi*, 1596 ss.; e in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 25 ss., con nota di S. Patti, *Rettificazione di sesso e trattamento chirurgico.*

[22] Cfr. S. Patti e Will, *La «rettificazione di attribuzione di sesso»: prime considerazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 741 s. e 751 ss.; S. Patti e Will, *Legge 14 aprile 1982, n. 164. Norme in materia di rettificazione di sesso*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 37 e 44 (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in S. Patti e Will, *Mutamento di sesso e tutela della persona*, cit., 41 s., 63 ss., 17 s. e 24); Mantovani, *Legge 14 aprile 1982, n. 164. Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, 14 s.; D'Arrigo, *Autonomia privata e integrità fisica*, Milano, 1999, 61 s.; Palmeri e Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata ed indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam. e pers.*, 1999, 1331 ss., spec. 1341 ss.; App. Genova, 23 aprile 1990, *ivi*, 1991, 554 ss., con nota di Boccaccio, *Mutamento di sesso ed autorizzazione preventiva*; e in Sciancalepore e Stanzione, *op. cit.*, 146 ss.; Trib. Salerno, 5 marzo 1998, in *Dir. fam. e pers.*, 1998, 8; Trib. Milano, 5 ottobre 2000, *ivi*, 2001, 1497 ss.; nonché, per la possibilità di concedere la rettificazione nonostante la mancata realizzazione di un intervento medico divenuto eccessivamente pericoloso per il paziente a causa del peggioramento delle sue condizioni di salute, Trib. Roma, 18 ottobre 1997, *ivi*, 1998, 1033 ss., con nota di La Barbera, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 253 ss., con nota di Schuster, *Identità di genere: tutela della persona o difesa dell'ordinamento?*; Trib. Roma, 14 aprile 2011, in *Fam. e dir.*, 2012, 183 ss., con nota di Trimarchi, *L'attribuzione di una nuova identità sessuale in mancanza di intervento chirurgico*; Trib. Rovereto, 3 maggio 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 1116 ss., con nota di Bilotta, *Identità di genere e diritti fondamentali della persona*; Trib. Messina, 11 novembre 2014, *ivi*, 2015, I, 543 ss., con nota di Vesto, *Favorire l'emersione dell'identità sessuale per tutelare la dignità umana nella sua unicità.*

[23] Cfr. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, 59 ss.; Bilotta, voce «Transessualismo», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., Agg.*, VIII, Torino, 2013, 760 s.; Guarini, *«Maschio e femmina li creò» … o, forse, no. La Corte costituzionale ancora sulla non necessità di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso*, in *Federalismi.it*, 11 aprile 2018, 6 s.; Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1481 ss.; Cacace, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1169 s.; Perago, *Il procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso e la tutela del diritto all'identità di genere*, in *Foro it.*, 2020, V, 23 ss.

diante trattamento medico-chirurgico» (art. 31, 4° co., d.lgs. 150/2011), è oggi scomparso ogni riferimento alla dichiarazione di rettificazione in camera di consiglio «accertata la effettuazione del trattamento autorizzato».

Rimane dunque possibile chiedere la rettificazione dopo l'esecuzione del trattamento[24], ma non è più preclusa la facoltà di agire contestualmente per ottenere la rettificazione e l'autorizzazione del trattamento stesso, lasciando al giudice il compito di accertare, con un'unica decisione, che i caratteri sessuali sono già sufficientemente mutati per consentire una nuova attribuzione di sesso e che le condizioni lamentate dal ricorrente autorizzano altresì l'esecuzione di un trattamento medico-chirurgico la cui effettiva realizzazione non deve più essere successivamente verificata[25].

La mancanza di tale verifica rende eventuale la stessa realizzazione dell'intervento[26]. Una volta autorizzato, esso rimane affidato all'esecuzione della relazione di cura, previa manifestazione, da parte del paziente, di un consenso libero ed informato, che dovrà tener conto di eventuali sopravvenienze, delle quali il giudice deve invece disinteressarsi.

In questa prospettiva, diventa inutile accertare per quale motivo il trattamento non sia realizzato, e, segnatamente, se ciò sia dipeso dal fatto che esso si è rivelato troppo pericoloso per il paziente o quest'ultimo, avuto riguardo ad una più attenta valutazione dei vantaggi e degli svantaggi ad esso correlati, ha semplicemente cambiato idea, decidendo di differire o escludere il ricorso al bisturi senza per questo rinunciare ad una rettificazione che rimane correlata ad «intervenute modificazioni» comunque riscontrate[27].

---

[24] Così accade nelle vicende decise da Cass., 14 dicembre 2017, n. 30125, in *Foro it.*, 2018, I, 136 ss.; Cass., 17 febbraio 2020, n. 3877, in *Familia*, 2020, 221 ss., con nota di S. Patti e Caricato, *Cambiamento del nome della persona transessuale e diritto all'oblio*; nonché Trib. Roma, 13 aprile 2017; Trib. Reggio Emilia, 27 aprile 2017; Trib. Bari, 7 febbraio 2019; Trib. Milano, 6 marzo 2019; Trib. Torino, 7 maggio 2019; Trib. Grosseto, 3 ottobre 2019; Trib. Savona, 8 ottobre 2019; Trib. Monza, 4 febbraio 2020; Trib. Cuneo, 3 dicembre 2021, tutte in *DeJure*.

[25] Così accade nelle vicende decise da Trib. Cagliari, 5 gennaio 2018, in *Riv. giur. sarda*, 2020, 451 ss.; Trib. Napoli, 3 dicembre 2019, in *Foro nap.*, 2020, 277 ss., con nota di Epifania, *Qualora sia richiesta la rettificazione di attribuzione di sesso, è necessario sottoporsi preventivamente ad intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari?*; nonché Trib. Bari, 14 dicembre 2015; Trib. Catania, 17 dicembre 2015; Trib. Savona, 30 marzo 2016; Trib. Bari, 24 maggio 2016; Trib. Genova, 15 dicembre 2016; Trib. Treviso, 12 aprile 2017; Trib. Bologna, 3 agosto 2017; Trib. Milano, 1 marzo 2018; Trib. Bari, 16 maggio 2018; Trib. Torino, 5 dicembre 2018; Trib. Vercelli, 27 dicembre 2018; Trib. Milano, 13 febbraio 2019; Trib. Forlì, 25 febbraio 2019; Trib. Milano, 1° marzo 2019; Trib. Milano, 5 dicembre 2019; Trib. Termini Imerese, 29 gennaio 2020; Trib. Milano, 11 febbraio 2020; Trib. Vicenza, 7 agosto 2020; Trib. Torino, 21 settembre 2020; Trib. Foggia, 28 gennaio 2021; Trib. Sassari, 23 aprile 2021; Trib. Firenze, 3 maggio 2021; Trib. Milano, 6 luglio 2021; Trib. Napoli, 1° dicembre 2021; Trib. Torino, 15 settembre 2022; Trib. Monza, 27 ottobre 2022; Trib. Brescia, 5 dicembre 2022; Trib. Rovigo, 20 gennaio 2023, tutte in *DeJure*; nonché Cass., 9 marzo 2022, n. 7735, in *Rep. Foro it.*, 2022, voce *Cassazione civile*, n. 75.

[26] Cfr. Trib. Catania, 18 novembre 2016; Trib. Roma, 20 gennaio 2017; Trib. Mantova, 27 gennaio 2017; Trib. Roma, 4 aprile 2017; Trib. Mantova, 21 aprile 2017; Trib. Roma, 7 giugno 2017; Trib. Roma, 5 luglio 2017; Trib. Pavia, 16 gennaio 2018; App. Torino, 28 marzo 2018; Trib. Trani, 6 dicembre 2018; Trib. Novara, 22 novembre 2018; Trib. Milano, 11 luglio 2019; Trib. Perugia, 18 gennaio 2022, tutte in *DeJure*.

[27] Cfr. Lorenzetti, Lost in Transition*: la depatologizzazione e la tutela costituzionale delle persone trans*, in *Esquimesi in Amazzonia. Dialoghi intorno alla depatologizzazione della transessualità*, a cura di Ballarin e Padovano, Milano-Udine, 2013, 60 s.; Aprile - Malgieri - Palazzi, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 59 ss.; Valerio e Fazzari, *Dilemmi e controversie nell'inquadramento diagnostico delle identità* transgender *e delle identità di genere non conformi*, in *Quest. giust.*, 2016, 210 ss.; Rubio-Marin e Osella, *Le precondizioni per il riconoscimento dell'identità sessuale*, in *Quad. cost.*, 2016, 61 ss.; Posteraro, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari: riflessioni sui problemi irrisolti alla luce della recente giurisprudenza nazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1350 ss.; Angiolini, *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione di sesso fra diritti della*

Dei corollari applicativi insiti in questo rilievo si è accorta solo parzialmente la Cassazione, quando ha posto l'accento sul fatto che l'acquisizione di una nuova identità di genere può essere il frutto di un processo individuale che non postula la necessità di addivenire all'intervento chirurgico, purché la serietà ed univocità del percorso scelto e la compiutezza dell'approdo finale siano oggetto di accertamento tecnico in sede giudiziale. Secondo il giudice di legittimità, imporre per la rettificazione l'esecuzione di un trattamento chirurgico potenzialmente pericoloso per la salute significherebbe porsi in contrasto con il valore fondamentale della salute stessa, che dovrebbe essere preservato accettando, al medesimo scopo, anche la sola modifica dei caratteri sessuali secondari[28].

In questa stessa direzione si è mossa anche la Corte costituzionale che, con tre sentenze interpretative di rigetto, ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 1, 1° co., l. 164/1982, limitatamente alla parte in cui la previsione, non contenendo un preciso riferimento testuale alle modalità con cui addivenire ad una variazione dei caratteri sessuali primari, lasci intendere la necessità di un trattamento chirurgico per ottenere la rettificazione. Secondo la Corte, il trattamento stesso è soltanto una tecnica potenzialmente usufruibile per completare un percorso di transizione che rimane in larga parte affidato al singolo individuo. Poiché la scelta di modificare chirurgicamente i propri caratteri sessuali costituisce l'esito di un processo di autodeterminazione non condizionabile dalla valutazione del giudice, a quest'ultimo resterebbe affidato solo il compito di accertare le modalità attraverso le quali il cambiamento è avvenuto e il suo carattere definitivo. Il trattamento chirurgico, in altri termini, costituisce uno strumento eventuale di ausilio al fine di garantire, attraverso una tendenziale corrispondenza dei tratti somatici con quelli del sesso di appartenenza, il conseguimento di un pieno benessere psichico e fisico della persona[29].

---

persona e interesse pubblico, in *Eur. e dir. priv.*, 2017, 266 s. e 282 s.; Bardaro, *La transizione sessuale: stato dell'arte e prospettive evoluzionistiche*, in *Dir. succ. fam.*, 2017, 37 s.

[28] Cfr. Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Foro it.*, 2015, I, 3137 ss., con nota di Casaburi, *La cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico «radicale». Rivive il mito dell'ermafroditismo?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 1068 s., con note di Amram e S. Patti, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*; in *Corr. giur.*, 2015, 1349 ss., con nota di Bartolini, *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione «costituzionalmente orientata»*; in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1261 ss., con nota di Cavana, *Mutamento di sesso o di genere? Gli equivoci di una sentenza*; in *Giur. it.*, 2016, 68 ss., con nota di Attademo, *La rettificazione del sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*; in *Familia*, 2016, 135 ss.; con nota di Angiolini, *La rettificazione del sesso alla luce della recente giurisprudenza dei giudici di legittimità*; e in *Not.*, 2016, 129 ss., con nota di Marmocchi, *Identità di genere, identità personale e identificabilità*; ampiamente commentata da Maestri, *Cambio di sesso senza intervento sui genitali: dalla Cassazione «con juicio, pero adelante»*, in *BioLaw Journal*, 2015, 209 ss.; L. Conte, Felicità raggiunta*? La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari*, in *GenIUS*, 2/2015, 244 ss.

[29] Cfr. Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Foro it.*, 2015, I, 3758 ss.; in *Giur. cost.*, 2015, 2041 ss., con note di Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*; e Tomba, *Il «depotenziamento» dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un «nuovo» riflesso sulle tecniche decisorie?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 582 ss., con nota di Caricato, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*; in *Fam. e dir.*, 2016, 637 ss., con nota di Spangaro, *Anche la consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico*; in *Giur. cost.*, 2016, 261 ss., con nota di D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi*; in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 20 ss.; in *Consultaonline*, 2016, 175 ss., con nota di Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione persona tra* identità *e* diversità *di genere*; in *GenIUS*, 1/2016, 105 ss., con note di S. Patti, *La Corte costituzionale e la «necessità» di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso*; e di Covacci, *Transessualismo: i requisiti necessari per il riconoscimento giuridico del cambiamento di genere prima e dopo la sentenza 221/2015 della Corte costituzionale*; e in *BioLaw Journal*, 2016, 283 ss., con nota di Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*; Corte cost., 20 giugno

Non si tratta di contestare la validità delle conclusioni finali cui approdano le sentenze da ultimo richiamate.

In piena conformità a quanto deducibile dalla riforma del 2011, esse non fanno altro che ammettere la possibilità di una rettificazione senza previo intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali, purché le circostanze addotte consentano al giudice di individuare «intervenute modificazioni» che ben potrebbero esaurirsi nei cambiamenti correlati ad una terapia ormonale, dalla quale dedurre la serietà ed univocità del percorso di transizione intrapreso.

Discutibile, piuttosto, è l'idea secondo la quale tale conclusione dipenderebbe, in via esclusiva, dalla necessità di garantire l'autodeterminazione del transessuale, offrendo pieno e definitivo riconoscimento ad un «diritto all'identità sessuale o di genere», che, non sopportando alcuna limitazione, rimarrebbe suscettibile di qualsivoglia potenzialità espressiva, ivi compresa quella diretta all'ottenimento di una corrispondenza giuridica alle percezioni individuali del suo titolare[30].

Si è già avuto occasione di evidenziare, ancor prima della riforma del 2011, che il diritto appena richiamato non può essere concettualmente distinto da quello alla salute, che continua a rappresentare l'unica situazione giuridica soggettiva tutelata dalla normativa in esame[31].

A favore di tale conclusione è sufficiente qui ribadire che, se la rettificazione fosse collegata all'esercizio di un diritto della personalità assoluto ed esclusivo, la stessa ricerca delle «intervenute modificazioni» perderebbe ogni utilità, trasformandosi in una condizione vessatoria lesiva di quella autodeterminazione che pure vorrebbe tutelare[32].

I rilievi critici sottesi all'idea che il «costringimento al bisturi» possa comportare un'irragionevole e discriminatoria lesione della salute individuale del transessuale potrebbero essere facilmente estesi anche al trattamento ormonale, il quale, se protratto per un ampio margine temporale, provoca effetti permanenti sull'integrità fisica di chi vi si sottopone, pregiudicando la realizzazione di altre esigenze individuali, come, ad esempio, quelle correlate alla procreazione naturale[33].

2017, n. 180, in *Foro it.*, 2017, I, 3555 ss., con nota di Casaburi, *Sulla rettificazione di sesso*; in *Giur. cost.*, 2017, 1667 ss., con nota di Mannella, *Sulla tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale in occasione di due recenti pronunce in tema di rettificazione di attribuzione di sesso*; in *Dir. fam. e pers.*, 2018, 344 ss., con nota di Ruggiano, *La Sentenza della Corte Costituzionale n. 180 del 2017: inquieta e preoccupa la irrilevanza della biologia e della chirurgia per l'attribuzione della identità di genere e il compito del Giudice nel relativo accertamento*; Corte cost., 21 giugno 2017, n. 185, in *Giur. cost.*, 2017, 1724 ss.

[30] Cfr. D'Amico, *Identità di genere: «non è mai troppo tardi per essere ciò che avresti potuto essere»*, in *Quad. cost.*, 2015, 419 ss.; Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, *ivi*, 1006 ss.; Astone, *Il controverso itinerario dell'identità di genere*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 305 ss.; Alpa, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021, 239 ss.

[31] Sia consentito il rinvio a Venturelli, *Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 732 ss., spec. 759 s.; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di Ruscello, I, Napoli, 2008, 971 ss., spec. 991 s.

[32] Cfr. Azzarri, *Diritti della persona e interventi delle Corti: dalla fonte costituzionale alle regole civilistiche*, in *Effettività e* Drittwirkung *nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, a cura di Navarretta, Torino, 2017, 32; Grisi, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 270 s. (da cui le successive citazioni; lo scritto è altresì edito, con marginali modifiche e il medesimo titolo, in *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, a cura di Anastasia e Gonnella, Roma, 2019, 90 s.).

[33] Cfr. Pierdominici *et al.*, *La ricerca pubblica attenta alle identità di genere*, in *GenIUS*, 2/2019, 114 ss.; Varani e Signani, *Benefici e rischi nel trattamento farmacologico con Triptorelina nella disforia di genere*, *ivi*, 120 ss.; Trib. Trapani, 6 luglio 2023, inedita.

Di converso, il richiamo ad una concezione di salute limitata al profilo fisico e, in quanto tale, indifferente ai risvolti emotivi ed esistenziali della decisione – quasi sempre sofferta – di avvicinarsi al sesso opposto non potrebbe che condurre al vero e proprio divieto di trattamenti medici privi di alcuna giustificazione terapeutica, avuto anche riguardo all'impossibilità – suffragata da univoche indicazioni della comunità scientifica – di considerare il transessualismo come una vera e propria patologia, ancorché curabile[34].

Solo riaffermando l'imprescindibile esigenza di intendere la salute anche in termini psicologici è possibile cogliere la reale ragione giustificatrice del richiamo alle «intervenute modificazioni» e, contestualmente, salvaguardare la legittimità costituzionale della l. 164/1982, valorizzandone fino in fondo le potenzialità applicative[35].

Subordinando la rettificazione alla prova di un cambiamento oggettivo, il legislatore italiano non ha inteso soltanto evitare la presentazione di domande non adeguatamente ponderate e, in quanto tali, non corrispondenti ad un'autodeterminazione libera e consapevole del richiedente, ma ha voluto attribuire alla rettificazione stessa una precisa funzione terapeutica, conferendole il ruolo di contribuire al superamento di una «disfonia di genere» ancora condizionata dall'analisi dei caratteri sessuali dell'individuo perché finalizzata a confermare e ribadire un dualismo che, in sé e per sé considerato, non è compatibile con l'obiettivo di offrire piena protezione alla volontà individuale del soggetto[36].

---

[34] Cfr. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Padova, 2007, 53 ss.; Pucella, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, ed. aggiornata, Milano, 2010, 69, testo e nota 113; Palmeri, *Il cambiamento di sesso*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà e Zatti, I, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Zatti e Rodotà, Milano, 2011, 731 s.; Valerio e Fazzari, *Alcune note sul «fenomeno transessuale» oggi: un disturbo da depatologizzare?*, in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, a cura di Chieffi, Milano-Udine, 2012, 307 ss.; Bartolini, *Divorzio del transessuale e «conversione» del matrimonio: un nuovo inizio?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 235 ss., spec. 238 s.; Rospi, *Il transessualismo e il (venir meno del) «costringimento al bisturi»: una prova di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme*, in *Federalismi.it*, 27 gennaio 2016, 1 ss.; Posteraro, *Transessualismo, identità di genere ed effettività del diritto alla salute in Italia*, in *Dir. soc.*, 2016, 737 ss.; Valerio e Scandurra, *Pluralità identitarie, questioni di genere e orientamenti sessuali: tra bioetica e biodiritto*, in *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, a cura di Ferraro *et al.*, Milano-Udine, 2016, 35 ss.

[35] Cfr. Maisto, *Personalismo e solidarismo familiare nel diritto internazionale privato. Il ruolo del principio di sussidiarietà nell'impiego delle norme civilistiche straniere*, Napoli, 2010, 29 s., testo e nota 45, e 84 s.; Cartabia, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Identità sessuale e identità di genere*, a cura di D'Agostino, Milano, 2012, 43 ss.; Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., 50 ss.; Mauceri, *op. cit.*, 1490 ss.; Cacace, *Il genere: identità, filiazione, genitorialità*, cit., 1170 s.; Guarini, *Appunti su «terzo sesso» e identità di genere*, in *Dirittifondamentali.it*, 11 giugno 2019, 16 ss.; nonché, con più ampio riferimento ai rischi sottesi al riconoscimento generalizzato di un diritto all'autodeterminazione, Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 167 ss.; Id., *I due volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, *ivi*, 2014, 403 ss.; Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 novembre 2009, 1 ss.; Anzani, *Gli «atti di disposizione della persona» nel prisma dell'identità personale (tra regole e principi)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 1 ss.; Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, 270 ss.; Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del convegno nazionale U.G.G.I., Pavia, 5-7 dicembre 2009, a cura di D'Agostino, Milano, 2012, 11 ss.; Barbera, voce «Costituzione della Repubblica italiana», in *Enc. del dir.*, *Ann.*, VIII, Milano, 2016, 263 ss., spec. 331 s.; Pastore, *Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto*, in *GenIUS*, 2/2018, 105 ss.; Ruggeri, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda*, in *Consulta online*, 2019, 92 ss.

[36] Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., III, *Situazioni soggettive*, Napoli, 2020, 43 ss., spec. 48 s., il quale riprende e sviluppa quanto già evidenziato, prima dell'entrata in vigore della l. 164/1982, in Id., *Note introduttive ai problemi giuridici del*

Nella prospettiva prescelta dalla l. 164/1982, non merita tutela un generico interesse ad esprimere l'appartenenza ad un sesso diverso da quello indicato negli atti dello stato civile se tale appartenenza non abbia alcuna corrispondenza nei connotati identificativi esterni dell'individuo.

L'attribuzione di sesso persegue imprescindibili esigenze di certezza e tutela interessi della collettività che prevalgono sull'autodeterminazione individuale. Il cambiamento è legittimato esclusivamente quando conduce ad un risultato conforme alla manifestazione esteriore dell'identità di genere, che proprio per questo deve formare oggetto della valutazione giudiziale[37].

Il dualismo di genere continua comunque a rappresentare postulato indiscusso della stessa individuazione dei limiti di operatività del rimedio rettificatorio: la normativa in commento, cercando di superare il disallineamento tra sesso anagrafico e sesso effettivo, suppone che l'intenzione ultima del transessuale resti quella di pervenire ad una nuova identità comunque riconducibile al binomio uomo/donna[38].

---

mutamento di sesso, in *Dir. giur.*, 1970, 830 ss.; in *Rass. medico-forense*, 1970, 305 ss.; in D'Addino Serravalle, P. Perlingieri e Stanzione, *Problemi giuridici del transessualismo*, Napoli, 1981, 37 ss.; e in P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 149 ss. e alle cui posizioni aderiscono anche D'Addino Serravalle, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*, Napoli, 1983, 64 ss. e 168 ss.; Stanzione, voce «Transessualità», cit., 879 s.; Angiolini, *Transessualismo e identità di genere*, cit., 277 s.; Fontanarosa, *Il diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, 710 s.; Mauceri, *op. cit.*, 1483 s. Più articolata, invece, la posizione di G. Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, in *GenIUS*, 1/2018, 30 ss., spec. 36, il quale evidenzia che «se la rettificazione di attribuzione di sesso si ottiene a prescindere dal sesso cromosomico e fenotipico, anzi in aperta e potenzialmente duratura distonia con essi, non paiono sussistere più dubbi che il sesso anagrafico rifletta solo e soltanto la dimensione psicosessuale della persona». Ciò è indubbiamente vero a fronte di casi in cui il percorso di transizione compiuto da chi richiede di procedere alla rettificazione sia univocamente diretto al raggiungimento del sesso opposto rispetto a quello fenotipico. Se, al contrario, la concezione psicologica della propria identità sessuale appaia incerta o comunque non definitivamente riconducibile al binomio uomo/donna, la normativa in esame non può dirsi semplicemente inapplicabile, ma fissa un principio generale diretto ad impedire qualsivoglia adattamento del sesso anagrafico, il quale resta ancorato alla dimensione fenotipica.

[37] Cfr. Palmeri e Venuti, *op. cit.*, 1332 s.; Trucco, *Introduzione allo studio dell'identità individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 2004, 172 s.; Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, 2011, 7 ss.; Livi, *Il diritto al nome nel prisma dell'identità personale*, Torino, 2012, 40 s.; Cartabia, *op. cit.*, 50; Bilotta, voce «Transessualismo», cit., 732 s.; Astone, *op. cit.*, 310 s.; Cicero e Arru, *Il ruolo del giudice nella società che cambia: transessualismo e vincolo matrimoniale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 89 s.; Rubio-Marin e Osella, *op. cit.*, 66 ss.; Posteraro, *Il diritto alla salute delle persone transessuali e la rettificazione chirurgica del sesso biologico: problemi pratici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 1085 ss.; Angiolini, *op. ult. cit.*, 267 s.; Marchese, *Amleto, ovvero l'inquietudine di sentirsi diverso: una riflessione su transessualismo ed etica giuridica nel pensiero post-moderno*, in *OIDU*, 2018, 480 s.; Guarini, *op. ult. cit.*, 19 s.; Grisi, *op. cit.*, 263 s.; nonché Mauceri, *op. cit.*, 1494 s., il quale sottolinea altresì i riflessi di tale binomio sull'affermazione della personalità individuale e sull'instaurazione di relazioni affettive stabili nell'ambito genitoriale.

[38] Cfr. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici»: sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Atti del seminario, Ferrara, 26 febbraio 2010, a cura di Bin *et al.*, Torino, 2010, 1 ss., spec. 9; Id., *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in *Discriminação por orientação sexual. A homosexualidade e a transexualidade diante de experiência constitucional*, Florianopolis, 2012, 327 ss.; Marella, *I diritti civili fra laicità e giustizia sociale*, in *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, a cura di Anastasia, Torino, 2011, 70; Palazzani, *Identità di genere come problema biogiuridico*, in *Iustitia*, 2011, 171 s.; Id., Sex/gender*: gli equivoci dell'uguaglianza*, Torino, 2011, 106 ss.; Giacomelli, *Quando la vita infrange il mito della «normalità»: il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 598 s.; Bilotta, *op. ult. cit.*, 760 s.; Zanardo, *Gender e differenza sessuale. Un dibattito in corso*, in *Agg. soc.*, 2014, 379 ss.; Schinella, *Identità sessuata, identità sessuale, orientamento sessuale? Dall'esilio del corpo al corpo ritrovato. Riflessioni antropo/teologiche*, in *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, cit., 241 ss.; Posteraro, *Transessualismo, rettificazione anagrafica del sesso e necessità dell'intervento chirurgico sui caratteri sessuali primari*, cit., 1355 s.; Schuster, *La rettificazione di sesso: criticità persistenti*, in *Forum quad. cost.*, 13 luglio 2017, 6 s.; Azzarri, *Identità sessuale e stato civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 444 s.; Guarini, «Maschio e femmina li creò», cit., 25 ss.; Mauceri, *op. cit.*, 1475 ss.; Cacace, *op. ult. cit.*, 1170 ss.

Proprio per questo, la rettificazione resta affidata all'intervento costitutivo della sentenza: solo il giudice, in quanto soggetto terzo ed imparziale, può adeguatamente valutare la serietà e definitività del percorso intrapreso dal richiedente, così da concludere che l'accoglimento della sua domanda gli permetterà un oggettivo miglioramento delle condizioni di vita e, dunque, un esito conforme alla tutela della salute, intesa qui come prevalente rispetto alla stessa affermazione della propria personalità individuale[39].

5. *Le prospettive di riforma della disciplina italiana*

Le considerazioni appena svolte consentono di chiarire meglio in quale direzione debba muoversi l'ordinamento giuridico italiano ove decida di conformarsi alle indicazioni offerte da altri sistemi giuridici europei in ordine al divieto di terapie di conversione[40].

L'eventuale adozione di un provvedimento simile alla legge maltese, alla KonvBG tedesca o alla *ley* spagnola richiederebbe preliminarmente di prendere in esame l'opportunità di un intervento modificativo o abrogativo specificamente rivolto alla l. 164/1982.

In caso contrario, la coesistenza di plessi normativi ispirati ad apparati valoriali radicalmente diversi condurrebbe inevitabilmente l'interprete a sollevare questioni di legittimità costituzionale derivanti dall'instaurazione di un conflitto tra il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione assicurato dal riconoscimento del fondamento esclusivamente volontaristico della scelta sull'identità sessuale.

Ove, in particolare, fosse introdotta in Italia una disposizione avente formulazione simile a quella del § 1, ult. co., KonvBG, la legittimità dell'intervento di adeguamento, indipendentemente dal fatto che esso si rivolga a caratteri sessuali primari o secondari, dovrebbe essere correlata, in via esclusiva, all'esigenza di soddisfare i desideri individuali del soggetto e ciò farebbe perdere ogni utilità alla ricerca della terapeuticità dell'atto che attualmente giustifica la stessa attribuzione al giudice di un ruolo decisivo nella concessione della rettificazione e nell'autorizzazione al trattamento medico-chirurgico «necessario»[41].

---

[39] Cfr. Ferraro, *Il giudice nel procedimento di rettificazione del sesso: una funzione ormai superata o ancora attuale?*, in *Quest. giust.*, 2016, 220 ss.; Mauceri, *op. cit.*, 1479 ss.; Grisi, *op. cit.*, 284 s.; Azzarri, *Diritti della persona e interventi delle Corti*, cit., 34 s.

[40] Per una più ampia valutazione dell'analogo dibattito esistente in Svizzera, cfr. Ferrario, *«Guérir de l'homosexualité»? Sulla regolamentazione dei trattamenti di conversione in Svizzera*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, cit., 55 ss.

[41] È lo stesso rilievo critico che induce parte della dottrina tedesca a considerare la *Transsexuellengesetz* tedesca del 1980 anacronistica e suscettibile di una radicale riscrittura: cfr. Adamietz, *Transgender* ante portas*. Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität*, in *Krit. Justiz*, 2005, 368 ss.; Büchler e Cottier, *Intersexualität, Transsexualität und das Recht. Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption*, in *FFS*, 2005, 115 ss.; Grünberger, *Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG*, in *Standesamt*, 2007, 357 ss.; Id., *Die Reform des TSG: Großer Wurf oder kleine Schritte?*, in *Transsexualität und Intersexualität. Medizinische, ethische, soziale und juristische Aspekte*, herausgegeben von D. Groß, C. Neuschaefer-Rube und C. Steinmetzer, Berlin, 2008, 95 ss.; Obermeyer, *Zum rechtlichen Umgang mit Transsexualität bzw. Transidentität – insbesondere zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum sog. Transsexuellengesetz*, in *IZGOnZeit.*, 2012, 21 ss.; Butler, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 20ª ed., Frankfurt am Main, 2020, 85 ss.; nonché le raccolte di contributi intitolate *Begutachtung nach dem Transexuellengesetz: Auswertung von Gutachten dreier Sachverständiger 2005-2014*, herausgegeben von B. Meyenburg, in *Z. Sexualforsch.*, (28) 2015, 107 ss.; *Expertendiskussion der Begutachtung nach dem Transexuellengesetz*, herausgegeben von B. Meyenburg, *ivi*, (29) 2016, 57 ss. Lo scorso 23 agosto 2023, del resto, il Consiglio federale tedesco ha approvato una «Selbstbestimmungsgesetz» che, se confermata del Bundestag, consentirà di modificare il prenome e l'indicazione di genere senza autorizzazione giudiziale ed indipendentemente dalla esecuzione di un trattamento ormonale e chirurgico.

Incompatibile con il riconoscimento dell'autodeterminazione individuale si rivelerebbe, infatti, il richiamo normativo alle «intervenute modificazioni dei caratteri sessuali», in quanto ispirato all'idea che per attuare l'identità di genere si debba in qualche misura «adattare» il proprio corpo alla rappresentazione interiore della personalità. L'art. 1, 1° co., l. 164/1982 diventerebbe privo di una valida giustificazione costituzionale, perché conferisce contorni di doverosità ad una scelta che, al contrario, dovrebbe rimanere assolutamente libera e spontanea, pena, altrimenti, la sua riconducibilità ad un vietato tentativo di conversione.

In questa prospettiva, diventerebbe necessaria l'introduzione di una normativa ispirata al riconoscimento della possibilità di ottenere la rettificazione previa azione di natura esclusivamente amministrativa.

Ammessa la rettificazione a semplice richiesta del soggetto, bisognerebbe altresì riconoscere tutela a chi non si sente rappresentato dal binomio uomo/donna, sicché l'introduzione di un'attribuzione sessuale «neutra» diventerebbe corollario applicativo pressoché ineludibile per garantire il pieno soddisfacimento delle ragioni individuali che, nel mutato sistema normativo, rappresenterebbero unica giustificazione della stessa attribuzione sessuale[42].

Ove, al contrario, il legislatore italiano si limitasse ad introdurre un divieto di «terapie» di conversione modellato sulla soluzione francese senza contestualmente prevedere l'affermazione della legittimità degli interventi di adeguamento, l'assenza di una disposizione simile al § 1, ult. co., KonvBG potrebbe indurre a ritenere vietato qualunque trattamento su minori, ivi compreso quello ormonale, così da decretare, quantomeno, l'anticipazione del controllo del giudice allo stesso avvio del percorso di transizione e delineare esiti applicativi opposti a quelli correlati alla normativa oggi in vigore[43].

---

[42] È quanto già prevede la *ley* spagnola 22 marzo 2007, n. 3 («Rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas»), sulla quale cfr. Lloveras Ferrer, *Una ley civíl para la transexualidad*, in *In Dret*, 2008, 8 ss.; Belsué Guillorme, *Sexo, género y transexualidad: de los desafiosteóricos a las debilidades de la legislación española*, in *Acciones e Investigaciones Sociales*, 2011, 20 ss.; Rodríguez Yagüe, *Orientación sexual e identidad de* género*: el proceso de consagración de derechos del colectivo LGBT*, in *Rev. gen. der. const.*, 15/2012, 14 ss.; Elvira, *Transexualidad y derechos*, *ivi*, 17/2013, 7 ss.; Bonavente Moreda, *Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas*, *ivi*, 35 ss.; Grisi, *op. cit.*, 254 ss.; nonché Brunetta d'Usseaux e Ferrari, *op. cit.*, 134 ss., i quali dedicano ampia attenzione anche alla più recente giurisprudenza francese ed austriaca. In Germania, fondamentale rimane l'intervento di BVerfG, 10 ottobre 2017, n. 1 BvR 2019/16, in *FamRZ*, 2017, 2046 ss., con nota di Helms; in *NZFam*, 2017, 1141 ss., con nota di Frie; *ivi*, 2018, 1 ss., con nota di Märker, *Drittes Geschlecht? Quo vadis Bundesverfassungsgericht?*; in *BverfGE*, (147) 2018, 1 ss.; e in *Jura*, 2018, 154 ss., con nota di Muckel, *Beschränkung des Geschlechtseintrags auf «männlich» oder «weiblich» im Personenstandsregister verfassungswidrig*, che ha dichiarato incostituzionale il § 22, ult. co., della «legge sullo stato civile» del 19 febbraio 2007 («Personenstandsgesetz» – PStG), nella formulazione assunta a seguito della «legge per modificare le disposizioni degli atti dello stato civile» del 7 maggio 2013 [«Gesetz zur Änderung personenstansrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz)» – PstRÄndG] e limitatamente alla parte in cui ha introdotto la possibilità, per i bambini che non possano essere associati né al sesso femminile né a quello maschile, di omettere nell'atto di nascita e nei loro atti di stato civile ogni indicazione relativa al sesso. Il giudice delle leggi tedesco ha infatti lamentato la violazione del principio di eguaglianza correlata al mancato riconoscimento di analoga possibilità per qualunque individuo, evidenziando che chi lo desidera deve poter accedere ad uno spazio anagrafico neutrale distinto da quello maschile e da quello femminile. Da ultimo, al tema ha altresì dedicato attenzione CEDU, 31 gennaio 2023, n. 76888/17, in *De Jure*.

[43] Nel silenzio, sul punto, della l. 164/1982, l'orientamento prevalente ammette l'esercizio dell'azione di rettificazione anche in conto del minore e sostiene che nel relativo giudizio promosso dai genitori il consenso al trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali debba essere considerato espressione di due volontà concordi, con conseguente necessità di accertare, in capo al minore, un'adeguata maturità psico-fisica: cfr. Dogliotti, *op. cit.*, p. 792; Stanzione, voce «Transessualità», cit., 887; D'Arrigo, *op. cit.*, 59, testo e nota 129; Di Bona, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli,

Per intersessuali e pseudo-ermafroditi, in particolare, il trattamento dovrebbe dirsi sempre vietato fino al raggiungimento della maggiore età, stante l'assenza di una manifestazione di volontà libera e consapevole del soggetto e la stessa erroneità dell'idea secondo cui l'adeguamento finalizzato a garantire la piena emersione dei caratteri sessuali predominanti potrebbe assicurare l'avvio e il completamento di un processo di «normale» maturazione dell'identità sessuale[44].

Per minori transessuali, invece, la legittimità dell'adeguamento dovrebbe essere motivata alla luce del fatto che esso mira a garantire la piena emersione della percezione individuale, a scapito dell'identità apparentemente desumibile dal sesso fisico, ma il carattere personalissimo della relativa decisione e la conseguente impossibilità di delegarne in tutto o in parte la realizzazione a rappresentanti legali impedirebbero lo stesso avvio del relativo processo di transizione, rendendo ancor più agevole il richiamo dell'art. 5 c.c.

Per sottrarsi a questa eventualità, non resterebbe che ridefinire l'ambito di operatività del giudizio sul carattere «necessario» dell'intervento, valorizzando il fatto che l'attesa fino al compimento del diciottesimo anno accrescerebbe così tanto il disagio da renderlo intollerabile.

2000, 73 ss.; Bilotta, *op. ult. cit.*, 757 s.; Cacace, *Autodeterminazione in salute*, Torino, 2017, 227 s., testo nota 76; Stefanelli, *Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale*, in *GenIUS*, 1/2018, 17 ss.; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, III, cit., 45 s.; Valongo, *Transgenderism and Minor Age in Italy*, in *It. Law Journ.*, 2020, 285 ss.; Trib. min. Potenza, 29 luglio 1993, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 1199 ss.; in *Riv. it. med. leg.*, 1996, 299 ss.; e in Sciancalepore e Stanzione, *op. cit.*, 149 ss.; Trib. Roma, 11 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 253 ss.; e in *Fam. e dir.*, 2012, 499 ss., con nota di Ruo, *Persone minori di età e cambiamento di identità sessuale*; Trib. Frosinone, 25 luglio 2017, in *Foro it.*, 2018, I, 136 ss. *Contra* Trib. Catania, 12 marzo 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, 1107 ss., con nota di Famularo, *I minori e i diritti della personalità*, che ha considerato inammissibile per mancanza di legittimazione attiva l'azione di rettificazione di sesso e di autorizzazione al trattamento medico-chirurgico proposta da un minore, anche se con l'assistenza e il consenso del genitore esercente la potestà, stante l'esigenza di affermare il carattere strettamente personale della dissociazione tra psiche e soma che legittimerebbe l'intervento del giudice.

[44] È quanto oggi prevede l'art. 19, 2° co., *Ley 4/2023* spagnola, che vieta «tutte le pratiche di modificazione genitale nelle persone di età inferiore ai 12 anni, salvo nei casi in cui le indicazioni mediche richiedano diversamente al fine di tutelare la salute della persona. Nel caso di minori di età compresa tra 12 e 16 anni, tali pratiche saranno consentite solo su richiesta del minore a condizione che, in ragione della sua età e maturità, possa acconsentire in modo informato al compimento di dette pratiche». Per una più ampia valutazione delle ragioni che inducono a vedere negli interventi su minori intersessuali vere e proprie «terapie di conversione» cfr. Dicè *et al.*, *Disorders of sex development. The frontiers in a scientific bioethical and social debate*, in *Bioethical issues. Unesco Chair in Bioethics*, 9th World Conference, Bioethics, Medical Ethics & Health Law towards the 21st Century, Naples, 19-21 November 2013, edited by the Interuniversity Center for Bioethics Research (C.I.R.B.), Napoli, 2013, p. 181 ss.; Ziegler e Kuffer, *Orientation sexuelle et identité de genre des mineurs en droit international*, in *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, a cura di Hernández-Truyol e Virzo, Napoli, 2016, 77 ss.; Valerio e Santamaria, *Bambini e adolescenti con varianze di genere: questioni e dilemmi*, in *Pluralità identitarie tra bioetica e biodiritto*, cit., 345 ss.; Comeni, *La condizione intersessuale: una testimonianza*, in *GenIUS*, 1/2018, 12 ss.; Viggiani, *Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico*, cit., 37 s.; Id., *Un' introduzione critica alla condizione* intersex, in *BioLaw Journal*, 2019, 433 ss., spec. 448 s.; Di Bari, *Il diritto all' identità di genere inizia al liceo. Una riflessione sul caso* Joel Doe et Al. *v.* Areas School District et Al., in *GenIUS*, 1/2019, 89 ss.; Valerio, Scandurra e Mezza, *Transfobia e pressione sociale*, *ivi*, 2/2019, 80 ss.; Guarini, *op. ult. cit.*, 13 s.; Dameno, *Chi decide per i/le minori «gender variant»? Responsabilità genitoriale, diritto all' identità personale e responsabilità professionale*, in *Soc. dir.*, 2020, 123 ss. Ma, per una riflessione più articolata, che, muovendo dalla l. 164/1982, prospetta l'idoneità del trattamento a garantire un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute del minore nell'ipotesi in cui un disagio esistenziale sia già univocamente prevedibile, ove non si intervenga tempestivamente per eliminare situazioni di ambiguità sessuale, cfr. Cardaci, *Il processo di accertamento del genere del minore intersessuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 683 ss.; Id., *il processo di rettificazione dell'atto di nascita della persona* intersex, in *GenIUS*, 1/2018, 40 ss.; Guarini, *Appunti su «terzo sesso» e identità di genere*, cit., 7 ss.

L'autorizzazione, però, dovrebbe allora inevitabilmente estendersi anche al trattamento ormonale, perché solo attraverso il giudizio favorevole di un soggetto terzo ed imparziale diventerebbe possibile stabilire che l'avvio del percorso di transizione non è dettato da quei condizionamenti esterni che, avuto riguardo alla minore età del soggetto su cui il trattamento deve essere eseguito, giustificano lo stesso divieto delle «terapie» di conversione.

Solo per i transessuali capaci di agire, la situazione resterebbe pressoché invariata.

La necessità di subordinare l'esecuzione di una «terapia» di conversione alla manifestazione di un consenso libero e consapevole, infatti, non potrebbe in alcun modo condizionare la loro decisione di avviare o completare un percorso di transizione, perché quest'ultima si rivela comunque ispirata all'idea di far prevalere un'identità di genere ormai compiutamente formata e ciò esclude la stessa sussistenza di quei condizionamenti che possono rendere «viziato» il consenso.

Collocandosi in un momento logico e cronologico antecedente a quello preso in esame dalla l. 164/1982, il divieto di trattamenti di conversione servirebbe solo ad impedire che transessuali maggiorenni psicologicamente fragili possano essere indotti da altri a tentare di sottrarsi al loro disagio salvaguardando le loro caratteristiche fisiche originarie.

In tal caso, stante l'assenza di una previsione simile a quella del § 1, ult. co., KonvBG, l'operatività del divieto non sarebbe tanto correlata alla direzione che la conversione vorrebbe assumere, cioè alla prevalenza del sesso fisico su quello psicologico, bensì proprio e solo alla mancata valutazione consapevole delle caratteristiche del trattamento proposto al soggetto, il quale confermerebbe, accettando di sottoporsi ad esso, di versare ancora in una situazione confusa, di per sé inidonea a permettere l'avvio e il completamento di quel processo di transizione che giustifica la stessa realizzazione delle «intervenute modificazioni».

FILIPPO VIGLIONE

MAI PIÙ INCAPACI. SUGGESTIONI SPAGNOLE PER UN NUOVO DIRITTO DELLA DISABILITÀ

SOMMARIO: 1. Il modello riformatore della Spagna contemporanea. – 2. Inquadramento generale del problema. – 3. Convenzione di New York e disciplina spagnola. – 4. Prospettive italiane. – 5. Conclusioni.

1. *Il modello riformatore della Spagna contemporanea*

Ancora non è dato sapere se la recente riforma spagnola sulle misure di protezione delle persone con disabilità[1] sia destinata a costituire un mutamento radicale di paradigma o sia invece null'altro che il nuovo tassello di un mosaico già conosciuto e sperimentato nei paesi occidentali. Il giudizio sulla legge del 2021 rimane sospeso in attesa che giurisprudenza e prassi ne chiariscano il significato concreto[2], mentre la dottrina si è presto divisa tra quanti vi vedono una vera "rivoluzione copernicana" – in particolare nel venir meno di ogni forma di incapacitazione giudiziale – e chi, all'opposto, intravvede nel disegno delle *Cortes* spagnole l'emersione di una riforma importante, ma non dirompente sotto il profilo delle capacità.

Che dalla penisola iberica possano giungere impulsi creativi originali per immaginare nuove frontiere del diritto civile è un dato che non può stupire, in particolare nei settori del diritto delle persone e della famiglia. Una simile dinamica si è verificata ripetutamente nel recente passato, ad esempio con la previsione della piena legittimità dell'adozione da parte di persone *single*, con l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso fin dal 2005, quest'ultima anticipata dalle numerose aperture alle *parejas de hecho* nelle varie comunità autonome spagnole, e si è poi ripetuta più di recente con la *Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia* e fino all'ultima regolamentazione sulla transizione delle persone transessuali[3].

Del resto la Spagna presenta spesso una tensione innovativa quasi rivoluzionaria, emersa agli inizi della democrazia e come forma di reazione al franchismo, tensione che si è manifestata in numerosi ambiti culturali. Dalla letteratura di Manuel Vázquez

---

[1] Si tratta della *ley 8/2021* del 2 giugno, con la quale si riforma la legislazione civile e processuale civile "*para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*". Una illustrazione accurata dei principali aspetti della riforma spagnola si può leggere in questo volume in VENCHIARUTTI, *La convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità*.

[2] Né si può escludere che anche in Spagna possa verificarsi un'attuazione della nuova legge non all'altezza dei suoi principi e delle sue aspirazioni. Per usare le parole di Paolo Zatti (*L'*intendance suivra*...?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 182), "quel rivolo di buone intenzioni che la legge raccoglie, e traduce in norme, si insabbia o si deforma nell'inerzia, nell'impreparazione, nella disorganizzazione, nelle ottusità e nelle ostilità dell'*intendance*".

[3] La *Ley para la Igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos LGTBI*, la cd. Ley Trans, consente di richiedere la modifica del proprio sesso a partire dai 16 anni, senza autorizzazioni giudiziarie o attestazioni mediche circa la presenza di disforia di genere e inoltre senza attendere due anni di trattamento ormonale, precedentemente richiesti. L'età si abbassa fino ai 12 anni in presenza di ulteriori requisiti.

Montalbán o Javier Marías alle pellicole di Bigas Luna e Pedro Almodóvar, ci viene spesso restituita l'immagine di un Paese in cui la conquista delle libertà democratiche cristallizzate nella Costituzione del 1978 si accompagna al desiderio di sperimentazione, dispiegandole nelle nuove strutture sociali familiari e nelle relazioni interpersonali.

Il filo che sembra così unire il fenomeno giuridico alle espressioni delle arti potrebbe annodarsi non solamente alle innovazioni legislative nel settore del diritto di famiglia, ma anche all'intero diritto delle persone, che vede oggi un ripensamento dell'idea di capacità, nelle sue diverse declinazioni, in conseguenza dell'entrata in vigore della *ley 8/2021*. In effetti, un osservatore abituato a ragionare sulla base di categorie dogmatiche consolidate, di fronte alle novità della legge spagnola sulla protezione delle persone disabili, non può che rimanere stupito di fronte a quelle che sembrano incertezze terminologiche, se non vere e proprie sovrapposizioni concettuali tra capacità giuridica, di agire e di intendere e di volere[4].

Inquadrate però in un disegno più ampio, in cui la messa in discussione delle strutture sociali è così radicale, anche la rinnovata interpretazione della capacità può acquistare un significato più profondo: pare infatti delinearsi un modello nel quale il protagonista della scena giuridica non è più un "essere morale dotato di ragione e di volontà"[5], ma il soggetto in quanto tale, con le sue debolezze e complessità. Per comprendere se sia possibile collocare le suggestioni spagnole in questa cornice di superamento di paradigmi tradizionali, si procederà in tre passaggi: verrà brevemente descritto il contesto "culturale" di riferimento, si procederà all'analisi del fondamento giustificativo e delle regole principali della riforma spagnola, si valuteranno questi elementi alla luce delle problematiche emerse negli ultimi anni con la disciplina italiana dell'amministrazione di sostegno.

Senza addentrarci nel dettaglio dell'intera nuova disciplina, se ne prenderà in considerazione un aspetto che più di altri sta interessando il dibattito scientifico, non solo spagnolo: il superamento dell'incapacitazione dei maggiorenni, alla cui protezione dovrebbero concorrere solamente istituti di sostegno, con preferenza per quelli di natura volontaria o nascenti "dal fatto", e nei quali gli eventuali poteri rappresentativi non sarebbero ablativi della capacità di agire della persona, qualificata come disabile (fisico e/o psichico) e non più incapace[6].

---

[4] Diversi autori spagnoli, al riguardo, ritengono che la nuova disciplina contempli un ripensamento delle categorie generali di capacità, e in particolare il superamento della distinzione tra capacità giuridica e di agire (eventualmente sostituita dal binomio "capacità giuridica" ed "esercizio della capacità giuridica"). Così García Rubio, *La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles*, en Llamas Pombo, Martínez Rodríguez, Toral Lana (dir.), *El nuevo Derecho de las capacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer, La Ley, 2022, 56; Quesada Sánchez, *Cuestiones generales. Sobre el sentido de la discapacidad en la nueva Ley*, en De Lucchi López-Tapia, Quesada Sánchez (dir.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Atelier, 2022, 74. In senso critico si vedano le riflessioni di De Verda y Beamonte, *Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia*, in *Rev. Jur. Notariado*, 2022, 22 ss., incline a ritenere che la distinzione tradizionale sia compatibile con il nuovo sistema e mantenga inalterata la propria utilità.

[5] Zatti, *Oltre la capacità*, in *Follia e diritto*, a cura di Ferrando e Visintini, Bollati Boringhieri, 2003, 49 ss. e ora in Zatti, *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffré, 2009, 113 ss., 114 (da cui si cita in seguito).

[6] Come primario elemento di novità, è sufficiente qui richiamare l'art. 199 del *Código civil*, che prima della riforma stabiliva che "*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*" e che oggi invece elimina ogni riferimento all'incapacità dei maggiori di età (vi si prevede solamente che siano soggetti a tutela i minori non emancipati in condizione di abbandono o non soggetti a patria potestà). Può inoltre essere utile notare la riformulazione dell'art. 1263 del *Código civil*, dedicato all'annullabilità dei contratti per incapacità. Viene infatti meno la chiara previsione secondo

2. *Inquadramento generale del problema*

Per elaborare una riflessione sulle prospettive offerte dal rinnovamento legislativo di un ordinamento vicino al nostro, l'indagine dovrebbe muoversi su più fronti. Sarebbe opportuno infatti salire le scale dell'interpretazione utilizzando diversi strumenti, a cominciare da quelli della comparazione, che consentono di uscire dalle strettoie dell'esegesi testuale per approdare ad una considerazione complessiva delle linee di tendenza attraverso il raffronto tra soluzioni differenti.

Un passaggio necessario dovrebbe, poi, coinvolgere il rapporto tra novità legislativa e principi costituzionali, oltre che "sovranazionali": l'innovazione del legislatore si inserisce infatti in una traiettoria evolutiva già segnata dal ragionamento per principi più che per regole di dettaglio.

Ma oltre all'inquadramento costituzionale e comparatistico, è indubbio che l'analisi della nuova disciplina potrebbe trarre giovamento da uno sguardo che si rivolga anche al passato, in quanto il ripensamento delle categorie generali, che la riforma porta con sé, non nasce dal nulla, ma è il frutto di un processo storico plurisecolare, che ancora non è dato comprendere se resisterà alla prova della sua collocazione nel percorso della storia.

Tale ambizioso programma richiederebbe una ricerca da svolgere ben al di là delle pagine di questo contributo. Il discorso quindi procederà qui senza la struttura di una riflessione ordinata, ma con il limitato obiettivo di fornire qualche ipotesi per riflettere su possibili orizzonti che paiono dischiudersi, favorendo l'immaginazione dell'interprete.

Del resto, quando si parla di capacità nelle sue varie declinazioni, i principi costituzionali, i confronti comparatistici e le ricognizioni storiche sembrano convergere e richiedere all'interprete l'individuazione preliminare di un "valore": accogliendo l'insegnamento di Max Weber, il valore che l'interprete deve assumere non è solo il prodotto di una preferenza personale, ma è colorato da una connotazione normativa; ciò spiega perché al diritto, così come alle altre scienze sociali, non si richieda di determinare la validità ideale dei valori, ma all'opposto si imponga il compito di spiegarne l'origine, le condizioni di realizzazione nei diversi ordinamenti, ma anche gli scopi e la compatibilità sistematica.

Il valore che il legislatore spagnolo sembra aver normativamente accolto è sintesi di dignità ed autonomia attribuite a ciascuna persona, al di là di qualsiasi condizione di debolezza fisica o psichica. Questo orizzonte valoriale è peraltro necessitato dall'obiettivo esplicitamente dichiarato di adeguare il tessuto normativo alla Convenzione delle Nazioni Uniti sui diritti delle persone con disabilità che, al suo articolo 3, menziona quali primi principi ispiratori la "*dignità intrinseca*" e "*l'autonomia individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte*"[7]. In realtà, proprio l'abbinamento tra dignità e

cui "*no pueden prestar consentimiento*", oltre ai minori non emancipati, "*los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial*". La versione finale della riforma non accoglie nemmeno la formulazione dell'originario disegno di legge, ove si leggeva che "*las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas*", ipotesi quest'ultima considerata incompatibile con lo spirito di una riforma che cancella le limitazioni di capacità per i maggiori d'età.

[7] A differenza di altri ordinamenti, in Italia non sembra essersi sviluppata ancora un'adeguata riflessione sulle potenzialità della Convenzione di New York. Tra le poche voci che se ne sono occupate in maniera dettagliata, si vedano Barba, *Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 420, Lenti, *La implementación de la Convención des Naciones Unidas en el entorno europeo: la "amministrazione di sostegno" italiana*, in

autonomia (oltre che indipendenza) suggerisce i criteri di interpretazione che dovrebbero spiegare il nuovo modello di protezione delle persone, non più incapaci, ma disabili.

Come è stato osservato, infatti, l'argomento della dignità non è mai univoco o unidirezionale, ma può condurre a esiti interpretativi opposti: da un lato può concorrere ad un'espansione della sfera di sviluppo della personalità (come nelle questioni attinenti al corpo e alla salute), ma dall'altro potrebbe condurre ad interpretazioni che si collocano nella prospettiva di una limitazione della libertà individuale, proprio con l'obiettivo di proteggere la dignità della persona[8]. L'abbinamento all'autonomia individuale è però qui esplicito e sembra orientare in maniera chiara l'interprete, nel senso di riconoscere per quanto possibile che le persone in condizioni di vulnerabilità o di disagio psichico debbano vedersi riconosciuto ogni spazio di possibile autonomia, quand'anche si riveli potenzialmente in contrasto con i loro interessi, ma corrispondente ai loro desideri e preferenze[9].

Si tratta, come detto, di una prospettiva che giunge dopo anni di evoluzione del pensiero sulla condizione di vulnerabilità delle persone, dovuta anche al superamento della concezione kantiana che richiedeva la possibilità di un "giudizio morale", attributo che solo era in grado di umanizzare il soggetto. Inserito in questa traiettoria di sviluppo delle idee, il sistema di protezione delle persone disabili – in questo senza distinzioni nei paesi occidentali – è segnato dal ribaltamento dell'impostazione che imponeva l'isolamento sul versante pubblicistico nonché la sottrazione della capacità di agire su quello privatistico.

Non può che apparire come coerente ulteriore sviluppo di un simile percorso anche la proposta di revisione costituzionale che, ancora una volta, giunge dalla Spagna: appare destinata a buone possibilità di successo – pur in un Paese che ha finora conosciuto solamente due riforme della Carta costituzionale – la proposta di modifica dell'art. 49 della Costituzione, volta non soltanto a eliminare il riferimento, inadeguato ai tempi, a "*disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*", ma a riconoscere che le persone "*con discapacidad*" debbano poter esercitare diritti e doveri in condizione di "*libertad e igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación*"[10].

I molteplici segnali che il vivace legislatore spagnolo manifesta rispondono dunque ad una logica che è certamente inclusiva, nella quale si stimola la partecipazione della persona disabile alla vita civile e le si assicura il pieno godimento dei diritti, ma è anche

---

De Salas Murillo, Mayor del Hoyo (dir.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia, 2019, 87 ss, Di Mauro, *L'amministrazione di sostegno e l'interesse "preferito" della persona con disabilità*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 1826 ss. Anche in giurisprudenza i riferimenti alla Convenzione appaiono piuttosto limitati. Si segnala, peraltro, che il richiamo all'art. 12 della Convenzione è servito recentemente a fondare una rivisitazione dei poteri gestori di un amministratore di sostegno; si veda Cass., 31.3.2022, ord. n. 10483, in *personaedanno.it*.

[8] Zatti, *Note sulla semantica della dignità*, in Id., *Maschere del diritto. Volti della vita*, 42.

[9] Si è fatto riferimento in proposito all'esistenza di un "*derecho a equivocarse*" (García Rubio, *La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, in *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1, 2018, 173). Il tema è molto dibattuto e non mancano opinioni che reputano un simile modello controproducente e quasi punitivo per il disabile, lasciato in balìa delle proprie difficoltà. In questo senso De Verda y Beamonte, *Principios generales*, cit., 79.

[10] Sul progetto di modifica dell'art. 49 della Costituzione spagnola nonché sulla relazione tra quest'ultimo e la Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, v. García-Cuevas Roque, *Aportaciones de la jurisprudencia constitucional al ámbito de la discapacidad. especial referencia a las sstc 3/2018 y 52/2022*, in 38 R*evista General de Derecho Constitucional* (2023) 88 ss. e spec. 95 ss.

proattiva, in quanto il nuovo disegno degli strumenti di protezione tende a promuovere l'autonomia e la libertà della persona disabile rispetto alla realizzazione delle proprie scelte[11]. In questo senso, non può sfuggire all'osservatore l'obiettivo di valorizzazione dell'identità personale; questa valorizzazione sembra all'opposto porre nell'ombra un problema che spesso, in passato, aveva ostacolato il rinnovamento della prospettiva generale, ossia il problema della sicurezza: sicurezza dei traffici giuridici, della posizione dei terzi, del patrimonio della persona da proteggere, dell'ordinamento in generale.

Anche quello della sicurezza è in fondo un valore, che può essere inteso in senso oppositivo rispetto a quelli della autonomia e della dignità e che, peraltro, pare frapporsi quale ostacolo rispetto ad alcune opzioni che sarebbero invece più efficaci. Prima dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno, la stessa alternativa secca capacità / incapacità rispondeva ad un bisogno di certezza, che si manifestava proprio nell'assenza di zone grigie. Gli esempi in cui il bisogno di certezza e sicurezza impedisce anche solo di immaginare soluzioni nuove e più flessibili sono moltissimi nel campo del diritto privato. Basterà pensare alle regole successorie, che per forza d'inerzia – giustificata solo dall'esigenza di certezza delle relazioni giuridiche – escludono la rilevanza di rapporti di fatto, spesso ben più significativi nella vita del *de cuius* rispetto a quelli più certi dei legami familiari (mentre altri ordinamenti, come tutti quelli di *common law*, hanno elaborato strumenti più flessibili in grado di valorizzare anche le figure di successibili che i modelli romano-germanici trascurano).

Vi è dunque l'impressione che il contesto generale segnali la presenza attuale di un terreno fertile per il definitivo abbandono di una visione escludente della disabilità, pur con le difficoltà di sistema che ciò presenta. Sono difficoltà evidenti da un punto di vista storico-culturale, con la necessità di un superamento radicale del paradigma individualista, ma anche teorico-generale, stante il permanere di incrostazioni inconsce di logiche geometriche e strettamente positiviste che rifuggono da un opportuno ragionamento, anche simbolico, per principi e per valori incentrato attorno ai diritti fondamentali delle persone[12].

3. *Convenzione di New York e disciplina spagnola*

L'entrata in vigore della *ley 8/2021* ha sollevato numerose questioni interpretative che hanno innescato un intenso dibattito dottrinale. Pur con una grande varietà di posizioni su singoli aspetti, vi è una certa omogeneità di vedute in relazione alla sussistenza di almeno tre fondamentali elementi che caratterizzano il nuovo testo: *i*) il passaggio da un regime di sostituzione nelle scelte dell'incapace ad uno di appoggio o sostegno alle sue decisioni, passaggio reso evidente dalla eliminazione dell'istituto della tutela quale strumento di protezione delle persone maggiori d'età in condizione di disabilità

[11] Il testo legislativo spagnolo fa generico riferimento alla "*discapacidad*", ossia alla disabilità, senza definirla e senza ulteriori specificazioni. Si reputa che la disciplina riguardi dunque i casi di attenuazione delle facoltà cognitive e qualsiasi "deficienza fisica, psichica o sensoriale" che consigli l'adozione di misure di sostegno, con preferenza per quelle volontarie o di fatto, in ragione delle difficoltà di partecipazione piena ed effettiva alla vita sociale. Per una valutazione positiva della scelta del legislatore, si veda García Rubio, *La reforma de la discapacidad en el código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, 88 ss.

[12] Su questi aspetti, particolarmente forti sono i richiami di Zatti, *Infermità di mente e diritti fondamentali della persona*, in *Pol. dir.*, 1986, 425 ss., ora in Id., *Maschere del diritto. Volti della vita*, 255 ss.

psichica; *ii*) la conseguente eliminazione di ogni riferimento lessicale all'incapacità e alla incapacitazione, termini dei quali non vi è più traccia nella legislazione spagnola; *iii*) il perseguimento dell'obiettivo di assicurare non più il "miglior interesse della persona da proteggere", ma l'interesse preferito, che si sostanzia nel rispetto dei suoi desideri, volontà e preferenze, anche se espresse in un periodo precedente rispetto all'insorgere dello stato di vulnerabilità.

Già da questi tre elementi risulta chiaro che lo snodo fondamentale della riforma, esplicitamente disegnata con l'obiettivo di adeguare il diritto spagnolo alle regole della Convenzione di New York, attiene al regime degli atti giuridici compiuti dal soggetto disabile, di carattere personale e patrimoniale, ed ai profili della eventuale invalidità degli stessi. Dal punto di vista civilistico, infatti, le scelte del legislatore spagnolo si collocano nel difficile equilibrio tra il riconoscimento di una piena capacità della persona adulta in condizione di disabilità e la necessità di una sua protezione, da realizzarsi in relazione al compimento dei suoi atti giuridici.

Il cambio di paradigma, laddove lo si voglia scorgere, si sostanzierebbe proprio in questo. Come sostiene Antonio Pau, presidente della Commissione generale di Codificazione: "*Hay que olvidar la idea de incapacitación. La capacidad no se toca ya. Ni se priva de ella ni se gradúa. Cada persona con discapacidad tiene plena capacidad jurídica, y su ejercicio requerirá un apoyo menor o mayor en cada caso, pero un apoyo que se base en la voluntad autónoma de todas y cada una de ellas*"[13]. È evidente che, se l'idea stessa di incapacitazione viene meno, inevitabilmente si impone un ripensamento del regime di validità degli atti compiuti dalle persone (non più qualificabili come incapaci) in condizione di disabilità anche psichica. Ciò detto, è bene subito precisare però che, nonostante queste premesse, il legislatore non si è spinto fino al punto da escludere ogni ipotesi di invalidità degli atti compiuti dalla persona disabile senza seguire le cautele previste con il provvedimento giudiziale di sostegno, circostanza valutata come una contraddizione logica del sistema[14].

Appare dunque proficuo illustrare le nuove regole sul regime degli atti, per poi valutare quelle presenti in Italia, individuandone le differenze e verificando se queste ultime siano da considerarsi giustificabili in relazione ai contenuti convenzionali. In ultima analisi, si tratta di comprendere se, sul piano privatistico, nella dimensione della protezione dell'infermo di mente, il processo riformatore italiano abbia raggiunto un definitivo punto di equilibrio tra la tutela degli interessi delle persone vulnerabili e la protezione delle esigenze del traffico giuridico, o se non sia prospettabile invece un nuovo tratteggio degli istituti di protezione, tale da renderli adeguati ad una ipotesi di esclusione di qualsiasi forma di incapacitazione.

Modernità e adeguatezza di soluzioni, in realtà, andrebbero valutate nel contesto spagnolo anche alla luce della nuova conformazione degli strumenti di sostegno, nelle forme dell'*apoyo* volontario, della curatela (eccezionalmente rappresentativa), del *difensor judicial*, e soprattutto della *guarda de hecho*[15]. Al riguardo, il nuovo titolo XI del libro

[13] A. Pau, *Las personas con discapacidad se van a convertir en protagonistas de su propia vida jurídica*, in *Rev. Voces*, n. 457, 2021, 9.

[14] Carrasco Perera, *Contratación por discapacitados con y sin apoyos*, in *Rev. Der. Consumo*, 2022, 198, pur in una prospettiva fortemente critica rispetto alle interpretazioni più radicali della nuova legge.

[15] Su quest'ultimo istituto, di rilievo sistematico centrale nella nuova disciplina, si veda in questo volume il contributo di Carapezza Figlia, Guarda de hecho *e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili*, con ampi riferimenti alla letteratura spagnola (v. in particolare gli autori citati alla nt. 33).

I del Código civil è ora denominato "*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*". Il sostegno è quindi la nuova chiave di lettura degli strumenti che il legislatore ha predisposto a vantaggio della persona con disabilità, che pare supportato da una legislazione attenta a valorizzare in ogni modo possibile la volontà e i desideri della persona affetta da una forma di vulnerabilità fisica o psichica[16].

Ciò emerge chiaramente dalla lettura di molte delle nuove disposizioni. Basti pensare all'art. 249, che in apertura del nuovo Titolo XI chiarisce che gli strumenti di sostegno, ispirati ai principi di necessità e proporzionalità, richiedono il rispetto della dignità della persona e dei suoi diritti fondamentali. Le persone chiamate a prestare il sostegno, laddove questo derivi da una scelta della stessa persona vulnerabile, sono sempre tenute a rispettare "*voluntad, deseos y preferencias*" di quest'ultima[17]. Ma il compito di chi presta il sostegno è anche quello di consentire che la persona in stato di disabilità possa autonomamente sviluppare un processo decisionale – laddove ciò sia possibile –, fornendo informazioni, strumenti di aiuto alla comprensione e facilitando in ogni modo la possibilità di esprimere le proprie preferenze. Solo quando la condizione di disabilità sia tale da rendere vana l'operazione di ricerca di volontà, desideri e preferenze, allora subentreranno funzioni rappresentative; ma anche in questo caso si dovrà tenere in conto la "*trayectoria vital de la persona con discapacidad*", guardando alle sue convinzioni ed ai suoi valori, eventualmente espressi prima dell'insorgere dello stato di disabilità[18]. Circostanza quest'ultima di fondamentale importanza, perché sembra tradurre in regola l'idea stessa che le decisioni della persona non siano "atti" ma "processi" nei quali, per usare le parole di Paolo Zatti, "domina l'interazione tra i protagonisti e il contesto"[19].

Il cambio di prospettiva, con l'eliminazione di ogni riferimento agli strumenti di incapacitazione, si riflette inevitabilmente sul regime degli atti compiuti dalla persona in condizione di disabilità anche psichica[20]. La norma di riferimento, in questo caso, è l'art. 1302 del *código civil*, ampiamente modificato rispetto alla formulazione precedente.

---

[16] Sul punto v. De Verda y Beamonte, *Principios generales*, cit., 16, secondo cui si osserva un chiaro cambio di paradigma nel trattamento della disabilità, considerata non più dal punto di vista negativo o "*restrictivo*" della "*tradicionalmente denominada capacidad de obrar*"; all'opposto, la sua positiva considerazione si coglie nel disegno di un sistema di sostegno e salvaguardie idoneo a permettere l'esercizio autonomo dei diritti di cui le persone disabili sono titolari in virtù della capacità giuridica.

[17] Simile fondamento è alla base anche degli articoli 250, 253, 268 del *Código civil*. Anche in relazione all'obiettivo di valorizzare le volontà e i desideri della persona disabile, si è ritenuto che la legge spagnola sia rivolta a persone che hanno o hanno avuto una certa capacità di comprensione e di volizione, quasi dimenticandosi però di chi quella attitudine non ha mai avuto (Álvarez Lata, *El artículo 1263 CC*, in Guilarte Martín-Calero, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, 2021, 991).

[18] In questo senso si colloca il nuovo art. 249, 3° comma, secondo cui "*En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*".

[19] Zatti, *Oltre la capacità*, 124. V. altresì Id., *Il tragico caso di Carmelo P. (spunti in tema di limitata capacità di fatto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 315 ss., e in Id., *Maschere del diritto volti della vita*, 142, ove la chiara preferenza dell'autore per un modello che rispetti, laddove non sia possibile accertare una volontà consapevole, almeno il "sentimento", ossia "l'inclinazione manifesta, nella sua storia e nei suoi atteggiamenti, verso valori e preferenze".

[20] Deve tenersi presente, al riguardo, che l'art. 269, 3° comma, stabilisce che solamente in casi eccezionali, in cui ciò risulti inevitabile, l'autorità giudiziaria determinerà, motivatamente, gli atti specifici per i quali sia previsto un potere rappresentativo del curatore.

Vi si prevede, oggi, una distinzione tra tre differenti ipotesi in cui venga esercitata un'azione volta a far dichiarare l'annullamento degli atti compiuti senza il previsto sostegno, a seconda che l'azione sia proposta dallo stesso disabile, dai suoi eredi o, infine, dalla persona tenuta al sostegno della persona disabile.

In questa disposizione si annidano alcuni tra i più delicati problemi interpretativi, che la dottrina già non ha mancato di passare in rassegna. Quello centrale riguarda proprio la prima ipotesi, ossia quella in cui la persona affetta da disabilità, tale da imporre un sostegno (non importa se richiesto volontariamente o deciso giudizialmente), possa successivamente agire in giudizio per chiedere l'annullamento dell'atto compiuto senza sostegno[21]. Il tema deve leggersi nella più ampia prospettiva della valorizzazione di ogni spazio di rispetto dei desideri e volontà della persona vulnerabile.

In particolare, un'opinione dottrinale, ammettendo il diritto a rinunciare agli strumenti di sostegno (laddove la rinuncia intervenga in un momento di capacità di intendere e volere), reputa che il sistema non contempli alcun automatismo nella caducazione degli atti compiuti[22]. Sarebbe infatti contraddittorio sostenere che la persona disabile – e in particolare quella affetta da disabilità psichica – possa rinunciare definitivamente agli strumenti di sostegno, ma non sia in grado di compiere un atto dotato di piena validità, laddove compiuto con consapevolezza, quand'anche siano già previsti strumenti di sostegno obbligatori[23]. Gli atti posti in essere senza il sostegno previsto saranno dunque annullabili solamente secondo le regole generali relative alla validità del consenso, che deve essere prestato in un momento di pienezza nella capacità di intendere e di volere.

Sta proprio in questo meccanismo la realizzazione del principio secondo cui "*la capacità non si tocca*", circostanza che, a ben vedere, colloca la persona disabile nelle dinamiche del mercato al pari di qualsiasi altro soggetto, sterilizzando il rischio di una sua espulsione di fatto dal traffico giuridico. Parallelamente, ciò comporta di riflesso una rinnovata centralità della capacità di fatto[24], terreno sul quale inevitabilmente si sposterà la riflessione per verificare la tenuta di un sistema nel quale non esiste più un

---

[21] Come chiarisce De Verda y Beamonte, cit., 34, l'ipotesi non riguarda l'istituto della *guarda de hecho*, non essendo l'intervento del *guardador* una condizione di validità di alcun atto della persona disabile. La precisazione appare particolarmente rilevante dal punto di vista sistematico, considerando che il legislatore spagnolo ha chiaramente optato per un modello in cui gli strumenti giudiziali di sostegno operino solamente quando siano assenti o non adeguati quelli volontari e quelli di fatto, come appunto la *guarda de hecho*.

[22] García Rubio, *La capacidad para contratar de las personas con discapacidad*, in Blanco Martínez, Morales Moreno (dir.), *Estudios de derecho de contratos*, BOE, 2022, 333 ss.; Ead., *Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Editorial Jurídica SEPIN, 2021, 5.

[23] Particolarmente interessante, anche in relazione a quanto si vedrà al par. 4, è l'opinione di Leciñena Ibarra, *Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad juridica*, in *Rev. Der. Civ.*, 2022, 279 s., secondo cui l'esistenza di strumenti di sostegno non pregiudica di per sé la capacità di prestare un valido consenso quand'anche espresso senza rispettare la previsione di uno specifico "*apoyo*". Ciò presuppone, secondo l'a., che il consenso sia prestato in un momento di lucidità e senza indebite interferenze di terzi che si approfittino della debolezza della persona vulnerabile.

[24] Il cambio di prospettiva che manifesta una nuova centralità della capacità naturale ben si intravvede nelle parole, riferite alla contrattazione delle persone anziane, di Leciñena Ibarra *Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento*, in *Diario La Ley*, n. 10063, 6.5.2022, 5. In particolare, l'a. individua un ruolo fondamentale per il notaio, chiamato a verificare la capacità di intendere e volere dei contraenti. La sua valutazione, anche se contestabile in giudizio, sarebbe infatti idonea a garantire la validità dell'atto compiuto da persona che, sebbene sottoposta a misura di sostegno non rappresentativa, sia pienamente in grado di intendere e volere al momento del compimento dell'atto. Ciò eviterebbe di costringere la persona in condizioni di disabilità a servirsi di un *apoyo* che in concreto non le serve e che potrebbe anzi contraddire le sue volontà effettive.

modello di normalità dell'intendere e del volere, e che richiede pertanto nuovi strumenti interpretativi al riguardo.

Quanto all'azione di annullamento esercitata dagli eredi, la nuova disposizione codicistica ne ammette la proponibilità nei limiti dei quattro anni di prescrizione dell'azione, decorrenti sempre dal compimento dell'atto. Gli eredi potranno dunque esercitare l'azione solamente laddove la morte della persona disabile intervenga in quel lasso di tempo. Anche in tal caso, così come in quello dell'azione promossa dallo stesso beneficiario del sostegno, secondo una parte della dottrina per aversi l'annullamento del contratto non è sufficiente l'assenza in concreto degli strumenti di *apoyo*, ma si richiede comunque che la controparte abbia ottenuto un ingiusto vantaggio dalla conclusione del contratto[25].

Infine, l'annullamento potrà essere richiesto anche da chi è chiamato a fornire il sostegno alla persona disabile, laddove quest'ultima abbia agito autonomamente senza avvalersi del sostegno contemplato nel provvedimento giudiziale. In questa ipotesi, il legislatore prevede che l'annullamento possa essere pronunciato solamente se il terzo contraente era a conoscenza degli strumenti di sostegno al momento della conclusione del contratto o se si è approfittato della condizione di disabilità ottenendo un ingiusto vantaggio (con un'interpretazione dottrinale che reputa in ogni caso necessaria la presenza di "*ventaja injusta*" per esercitare con successo l'azione di annullamento). La condizione di disabilità con conseguente previsione di un *apoyo* non basta, dunque, di per sé, a rendere annullabile il contratto, richiedendosi ulteriori condizioni, che paiono avvicinare ancora una volta il regime dell'invalidità a quello previsto dal nostro articolo 428 sull'incapacità naturale. In questo percorso sembra così consolidarsi una nuova idea di capacità di agire, che non corrisponde solamente all'aspetto dinamico della capacità giuridica, ma è essa stessa espressione del diritto all'autodeterminazione, attributo inviolabile della persona.

4. *Prospettive italiane*

In che modo il superamento dell'incapacitazione, sommariamente descritto nel contesto spagnolo, può essere in grado di soddisfare l'esigenza di garantire dignità alla persona disabile? In fondo, sebbene in Italia con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno si sia spostato il centro del discorso dalla sostituzione al sostegno stesso, non si è finora ammesso (e forse nemmeno seriamente considerato) che la limitazione di capacità di agire sia, in sé e per sé, un male evitabile. Per questa ragione le novità che arrivano dalla riforma spagnola, ma forse sarebbe meglio dire da una certa interpretazione della Convenzione di New York[26], meritano quantomeno di essere indagate alla luce dei suoi risvolti pratici.

[25] García Rubio, *Contenido y significado*, 16. La circostanza che, per l'annullamento del contratto stipulato senza il rispetto delle previsioni di sostegno, sia sempre richiesta la presenza di un ingiusto vantaggio della controparte, non è comunque condivisa da altri autori. Si vedano le osservazioni di Gómez Calle, *En torno a la anulabilidad de los contratos de las personas con discapacidad*, in *Almacén de Derecho*, 3 Dic 2021, che fa leva non solo sull'argomento letterale, ma anche su quello logico e sistematico.

[26] In particolare, si fa qui riferimento a quell'interpretazione più radicale offerta dal Comitato sui diritti delle persone con disabilità, nel *General Comment* n. 1/2014 dedicato all'art. 12 della Convenzione di New York, alla luce della quale il sistema italiano non sarebbe in linea con le previsioni convenzionali, non soltanto per il permanere di interdizione e inabilitazione, ma anche per taluni automatismi incapacitanti dell'amministrazione di sostegno.

Vi sono allora almeno quattro momenti nei quali le dinamiche concrete della vita delle persone disabili potrebbero trarre beneficio dall'assenza di qualsiasi incapacitazione.

i) In primo luogo, la protezione che si incarna nel sostegno – e non nella sottrazione di capacità – potrebbe risolvere alla radice il problema dell'esercizio dei *diritti fondamentali*. Che di un problema vero si tratti è, a mio avviso, indubbio, soprattutto a causa di una formulazione normativa nella legge n. 6/2004 che non si cura affatto dei profili relativi all'esercizio dei diritti fondamentali da parte della persona disabile. La soluzione che l'ordinamento italiano conosce sembra infatti manifestare una concezione "difensiva" dei diritti fondamentali: il beneficiario di amministrazione di sostegno conserva capacità di compiere gli atti per i quali non è prevista, nel decreto istitutivo (o modificativo), una rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Laddove il giudice tutelare lo ritenga opportuno, i diritti fondamentali si trovano dunque in una zona d'ombra, nella quale non si può escludere che le dinamiche concrete ne impediscano un effettivo esercizio. Nulla si prevede affinché lo strumento di protezione sia rivolto invece proprio all'effettivo godimento dei diritti fondamentali della persona disabile. Rimangono sullo sfondo della legge le questioni relative alla libertà di cura, all'esercizio del diritto all'onore e all'immagine, alla dimensione digitale della vita della persona disabile, nella quale oggi si dispiega in misura crescente la personalità di ciascuno e si esercitano sempre più frequentemente alcuni diritti fondamentali, come quelli relativi alla protezione dei dati personali. Sono talvolta questioni vitali per chi, immaginiamo turbato dall'avanzare dell'età o dallo sgretolamento della propria serenità, proprio su talune scelte esistenziali concentri le residue energie e volontà (dove abitare, chi scegliere come badante, come presentare la propria immagine di sé, in che modo preservare la propria intimità).

Nella stessa prospettiva si possono formulare alcune considerazioni relative al compimento di atti personalissimi. La rilevanza della questione presuppone che il giudice tutelare, facendo uso del potere conferito dall'art. 411, ultimo comma, abbia esteso determinate limitazioni di capacità, già previste per l'interdetto o l'inabilitato, al beneficiario di amministrazione di sostegno. Anche sulla scorta delle significative perplessità che la disposizione ha suscitato nel dibattito dottrinale[27], si è assistito finora ad un utilizzo sicuramente moderato di tale previsione, specialmente con riguardo alle limitazioni di capacità connesse all'esercizio di atti personalissimi.

Si è venuta comunque consolidando una giurisprudenza che ammette, nel caso in cui ciò possa giovare al soggetto bisognoso di protezione, una sua limitazione alla capacità di contrarre matrimonio, di testare e di donare[28]. Non sarà quindi possibile per il beneficiario di amministrazione di sostegno la stipula di uno di questi atti; quand'anche vi riuscisse, la conclusione non potrà che essere quella della loro annullabilità, per

[27] Bonilini, *Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in Bonilini e Chizzini, *L'amministrazione di sostegno*, Cedam, 2007, 230 s.; Balestra, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno* in *Familia*, 2005, 659. Con particolare riguardo alla capacità matrimoniale, che non potrebbe essere in alcun modo compressa per il beneficiario di amministrazione di sostegno, cfr. Anelli, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, 220.

[28] Si vedano Cass., 11.5.2017, n. 11536, in *Fam. e dir.*, 2017, 953 e Cass., 21.5.2018, n. 12460, in *Foro it.*, 2019, I, 272, decisioni nelle quali, non a caso, si fa riferimento al *best interest* dell'amministrato, secondo una logica che il legislatore spagnolo, con l'obiettivo di conformarsi alla Convenzione di New York, ha perentoriamente rifiutato.

violazione delle disposizioni del decreto istitutivo o modificativo dell'ads. Questo esito interpretativo, non del tutto convincente, sembra trascurare l'opportunità che simili questioni vengano trattate più in termini di "debolezza e forza del consenso"[29] che non di validità e di invalidità, guardando alle condizioni che conducono alla manifestazione della volontà, più che all'atto in sé.

ii) Un modello nel quale si escluda ogni ipotesi di incapacitazione renderebbe finalmente superata la discussione circa l'esistenza di un *necessario effetto incapacitante* dell'amministrazione di sostegno. Parte della dottrina ha infatti sostenuto la tesi secondo cui l'attivazione dell'amministrazione di sostegno comporterebbe, inevitabilmente, la perdita di capacità quantomeno per un nucleo essenziale di atti[30].

Per individuare l'area negoziale il cui accesso è impedito al beneficiario, si è fatto leva sulle previsioni legislative che richiedono, per il compimento di determinati atti, non la semplice capacità di agire, bensì la "piena" capacità di agire; la pienezza di capacità non sarebbe riscontrabile in quei soggetti destinatari di un provvedimento di amministrazione di sostegno, i quali di conseguenza non potrebbero validamente compiere tre specifiche tipologie di atti: *1)* accettare la nomina ad esecutore testamentario (art. 701 cod. civ.); *2)* esercitare il diritto di voto nell'impresa familiare (art. 230 *bis* cod. civ.); *3)* effettuare donazioni (art. 774 cod. civ.), pur se in quest'ultimo caso la dottrina che ammette solo un'amministrazione incapacitante appare divisa al suo interno.

Per la verità si tratta di una tesi criticabile sotto diversi profili. Al di là della singolarità delle tre ipotesi, che appaiono immediatamente caratterizzate da scarsa sistematicità, l'esclusione di una amministrazione di sostegno che non sia incapacitante sembra contraddire il disegno generale dell'istituto di protezione, la cui flessibilità e aderenza alle specifiche condizioni del beneficiario ne rappresentano invece il reale tratto distintivo, oltre a porsi in sicuro contrasto con la Convenzione di New York[31]. Del resto, la "piena capacità di agire" che le tre disposizioni richiamano si innesta, nel codice del 1942, in un contesto degli strumenti di protezione ben diverso rispetto a quello attuale; e nemmeno il dato letterale offerto dal legislatore del 2004 sembra in grado di fornire certezze in ordine al necessario effetto incapacitante, come messo in luce da coloro che riflettono sulla portata dell'art. 409 laddove, nel prevedere il permanere di capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono "rappresentanza esclusiva" o "assistenza necessaria", lascia aperta l'ipotesi del conferimento di poteri di rappresentanza concorrente (tra amministratore e beneficiario) e di una forma di assistenza facoltativa dell'amministratore.

In fondo, la rimozione degli ostacoli che rendono la persona "impossibilitata" a provvedere ai propri interessi non passa necessariamente per una sua incapacitazione, come peraltro ben confermano numerose pronunce di merito che paiono riscuotere il consenso anche della Suprema Corte. Non sono infrequenti, al riguardo, provvedimenti

---

[29] Zatti, *Oltre la capacità*, 129.

[30] Tescaro, voce «Amministrazione di sostegno», in *Digesto IV ed.*, *Disc. priv.*, *sez. civ.*, *Aggiornamento* I, 2007, 35 e più di recente Id., *L'effettiva protezione degli incapaci maggiorenni al tempo del Covid-19 (e non solo)*, in *personaedanno.it*, 2021, 547 ss.; Dellacasa, in Roppo e Dellacasa, *Amministrazione di sostegno: gli atti compiuti "in violazione di legge"*, in S. Patti, *L'amministrazione di sostegno*, Giuffré, 2005, 160.

[31] Sul punto è intervenuta una decisione chiarificatrice della Corte costituzionale (10.5.2019, n. 114, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 973), che ha escluso che il divieto di cui all'art. 774 cod. civ. operi nei confronti dei beneficiari di amministrazione di sostegno, dichiarando così infondata la questione di legittimità costituzionale del suo primo comma; vi si sostiene che il provvedimento di nomina dell'amministratore di sostegno "*non determina uno status di incapacità della persona*" cui si ricolleghino automaticamente i divieti e le incapacità tipiche dell'interdizione o dell'inabilitazione.

di nomina di amministratori di sostegno, nei quali si preveda espressamente la conservazione in capo al beneficiario della facoltà di compiere tutti gli atti anche senza assistenza dell'amministratore[32].

iii) Vi è un ulteriore elemento, nascosto nelle pieghe del sistema attuale italiano di sostegno, che potrebbe concorrere a formulare un giudizio favorevole ad un modello che escluda l'incapacitazione della persona disabile. Si tratta di un elemento che impone una riflessione sul coordinamento tra l'art. 412 ed il 428 del codice civile, ossia tra la regola sull'invalidità degli atti posti in essere dal beneficiario di amministrazione e l'incapacità di intendere e di volere, con particolare riguardo ai contratti stipulati da persona sottoposta ad amministrazione di sostegno. Com'è noto, in presenza di quest'ultima misura di protezione, per l'annullamento dei contratti stipulati in violazione delle previsioni del decreto del giudice tutelare, non serve la prova del pregiudizio che l'atto cagioni alla persona disabile, né tantomeno la prova della malafede della controparte. La presenza di meccanismi pubblicitari, sia pure imperfetti e non idonei al raggiungimento immediato di una piena contezza delle limitazioni di capacità, supplisce in un certo senso al requisito della malafede dell'altro contraente.

Deve però considerarsi l'ipotesi di contratto stipulato dal beneficiario e che non rientri tra quelli per i quali sussiste una limitazione della sua capacità. Se, infatti, il contratto viene concluso in un momento di scarsa lucidità, la disciplina dell'incapacità naturale – così come consolidata negli orientamenti giurisprudenziali – determina la necessità di raggiungere la sola prova della malafede della controparte e non, anche, del pregiudizio che la conclusione del contratto determina nella sfera giuridica dell'incapace di fatto[33].

Ma in questa fase si realizza una sorta di facilitazione (se non di presunzione) rispetto alla prova della malafede, come già una parte della dottrina ha opportunamente posto in rilievo[34]. Tale circostanza determina la conseguenza che, tanto per gli atti indicati nel decreto, quanto per quelli estranei alle previsioni del giudice tutelare, i terzi

[32] Si veda Piccinni, *Gli adulti privi in tutto o in parte di autonomia*, in Mazzoni e Piccinni, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2016, 495, favorevole all'ipotesi di un'amministrazione di sostegno che, senza sottrarre spazi di capacità, si limiti a conferire poteri di rappresentanza concorrente e/o di assistenza facoltativa. In giurisprudenza, v. Cass., 21 maggio 2018, n. 12460, secondo cui il giudice tutelare può imporre esplicite limitazioni alla capacità di donare (così come di testare), il cui esercizio da parte del beneficiario dell'amministrazione di sostegno "*non può intendersi precluso, in linea generale, dall'art. 774 c.c., comma 1*". Per giungere a tale conclusione la Supr. Corte argomenta sulla base di dati sistematici (facendo riferimento all'art. 411, comma 2°, che estende all'amministratore l'incapacità di ricevere per donazione prevista dall'art. 779 per il tutore, ed anche alla disposizione del comma 4° del medesimo articolo, ove sono dichiarate valide le "convenzioni", e quindi anche le donazioni, in favore dell'amministratore che sia anche coniuge o convivente o parente entro il quarto grado del beneficiario).

[33] Com'è noto, all'orientamento giurisprudenziale dominante si contrappone una corrente dottrinale assai nutrita che ravvisa la necessità, ai fini dell'annullamento del contratto, della prova del grave pregiudizio. La mala fede, indicata all'art. 428, co. 2°, sarebbe infatti un elemento che si aggiunge (e non si sostituisce) al pregiudizio, requisito richiesto dunque per tutti gli atti, inclusi i contratti; in questo senso, tra gli altri, Rescigno, *Incapacità naturale e adempimento*, Jovene, 1950, 38; Roppo, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, 2° ed., Giuffrè, 2011, 725; Sacco, *La volontà*, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, 4° ed., Utet, 2016, 469 ss., il quale chiarisce come la portata del 1° comma dell'art. 428 sia "abbastanza ampia per comprendere tutti gli atti tra vivi (e, quindi, anche i contratti), e pertanto anche per l'annullamento delle convenzioni la lettera della legge richiede il requisito del pregiudizio".

[34] Si veda Tescaro, *L'invalidità degli atti posti in essere dall'amministratore di sostegno e dal beneficiario della misura di protezione*, in *Fam., pers. e succ.*, 2010, 338, il quale parla di "maggiore facilità" di dimostrare la mala fede dell'altro contraente, in considerazione della pubblicità cui è assoggettato l'istituto, quantomeno nei casi in cui la misura di sostegno dipenda dall'esistenza di una infermità mentale.

contraenti potrebbero essere costretti a subire le conseguenze di una pronuncia di annullamento, in virtù della mera sottoposizione della propria controparte ad un provvedimento di amministrazione di sostegno, senza nemmeno che rilevi l'equilibrio delle condizioni contrattuali raggiunte e la conseguente assenza di qualsiasi pregiudizio nei confronti della persona disabile[35]; v'è di più, senza neppure la necessità di provare il compimento dell'atto in un momento di incapacità di intendere e di volere, posta anche in questo caso la facilitazione probatoria che consegue al provvedimento di amministrazione di sostegno, destinato a far venir meno quella soglia standardizzata di lucidità che rappresenta il confine convenzionale per l'annullamento per incapacità naturale[36].

In questa prospettiva si inquadra anche quell'opportuna considerazione secondo cui, tra i profili più problematici riscontrabili nella prassi dell'amministrazione di sostegno, vi è la tendenza a far attivare la misura di protezione "con il fine atipico e strumentale di neutralizzare l'attività negoziale del beneficiando in vista della tutela delle aspettative successorie e, più in generale, in una prospettiva ripiegata solo sulla tutela patrimoniale"[37].

È evidente che simili conseguenze possano condurre, nella pratica, a consolidare l'idea che il beneficiario di amministrazione di sostegno sia, sempre e comunque, incapace di stipulare un contratto i cui effetti siano stabili e idonei a determinare un ragionevole affidamento sulla controparte. E ciò dipende, più che dalla disciplina stessa dell'amministrazione di sostegno, dalla mancata considerazione dei problemi di coordinamento con la disciplina dell'incapacità naturale, che nella sedimentata prospettiva giurisprudenziale continua a non richiedere la prova del pregiudizio, se non quale indice sintomatico della malafede[38].

Nel rimedio invalidante *ex post*, sarebbe invece quanto mai opportuno che il pregiudizio assurgesse a presupposto fondamentale[39], tale da consentire anche alla persona sottoposta ad amministrazione di sostegno una partecipazione compiuta al traffico giuridico. In questo modo, l'equilibrio degli scambi garantirebbe i terzi rispetto alla tenuta

---

[35] Analoghe riflessioni potrebbero valere ove si aderisse alla tesi secondo cui l'amministrazione di sostegno potrebbe determinare una sorta di inversione della presunzione di capacità testamentaria. Nel caso in cui il beneficiario di un provvedimento di amministrazione di sostegno (sul presupposto diverso dall'infermità fisica) dovesse redigere un testamento, pur non essendogli precluso né dalla legge né nel provvedimento giudiziale *ex* art. 411, ult. comma, si dovrebbe secondo taluni autori ipotizzare una "presunzione di incapacità"; così S. Patti, *Il testamento olografo nell'era digitale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1006).

[36] Per Zatti, *Oltre la capacità*, 124 nel solo campo degli atti di disposizione patrimoniale, in cui rimane valido il concetto di incapacità legale, è necessario conservare un concetto, convenzionale, che stabilisca una soglia relativamente standardizzata di lucidità, in grado di stabilire il confine tra capacità e incapacità.

[37] Roma, *Amministrazione di sostegno: criticità normative sostanziali e processuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 694.

[38] Non può sottacersi peraltro anche il più generale fenomeno di una tendenza alla sovrapposizione, se non alla coincidenza, tra disciplina dell'incapacità legale e naturale che, in taluni ambiti, va maturando nel corso degli ultimi anni. Si pensi, ad esempio, alla sorte dell'art. 245 del codice civile, dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che la decorrenza del termine per l'azione di disconoscimento di paternità sia sospesa anche nei confronti di chi, sebbene non interdetto, versi in condizione di abituale infermità di mente non dichiarata, che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi, e per tutto il tempo in cui persista la condizione di incapacità di intendere e di volere. Cfr. Corte cost., 25 novembre 2011, n. 322 (*Fam., pers. e succ.*, 2012, 362) con nota di Venchiarutti, *Esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e incapacità naturale*.

[39] Cfr. E. Carbone, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità di agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 560, per il quale sarebbe possibile "recuperare un'esegesi dell'art. 428 c.c. più attenta all'elemento oggettivo, più consona, quindi, agli obiettivi di inclusione della persona disabile nel mondo delle relazioni giuridiche e, in primo luogo, nella contrattualità della vita quotidiana".

dei contratti conclusi e, di riflesso, eviterebbe al beneficiario di amministrazione di sostegno il rischio di un'esclusione indiretta dal mercato. Tutto ciò conferma la necessità che, già in sede di interpretazione, l'opportunità di protezione della persona disabile si accompagni alla consapevolezza che l'eccessiva estensione dell'area dell'annullabilità rischia di risolversi, in ultima analisi, in un effetto boomerang a suo discapito. Si tratta pertanto di risvolti negativi dell'attuale disciplina, che una esclusione radicale dell'incapacità di agire verrebbe sicuramente a sminare.

iv) Come abbiamo visto, nel rinnovato sistema spagnolo, quando un contratto sia posto in essere personalmente dalla persona "vulnerabile" senza il necessario sostegno, l'azione di annullamento può essere proposta, tra gli altri, da chi era incaricato del sostegno. Non vi è però alcun automatismo tra condizione di sottoposizione al sostegno e annullamento, in quanto quest'ultimo presuppone che la controparte contrattuale fosse effettivamente a conoscenza della misura di protezione al momento della conclusione del contratto o, alternativamente (o, secondo un'opinione, in ogni caso), ne abbia tratto un ingiusto vantaggio. Vulnerabilità della persona e approfittamento, così come debolezza e condizionamento psichico, sembrano dunque divenire rilevanti in un modello nel quale la piena valorizzazione delle capacità residue della persona disabile avrebbe altrimenti rischiato di lasciarla priva di qualsiasi protezione di fronte a soggetti che, pur senza realizzare un vero e proprio raggiro rilevante secondo la disciplina dei vizi del volere, abbiano comunque indebitamente influenzato la sua volontà[40].

In un sistema che non conosce l'incapacitazione quale strumento di protezione generale, e nel quale non c'è automatismo tra strumenti di appoggio e invalidità degli atti, si potrebbe così chiudere il cerchio nel disegno di un modello personalistico che guarda alla persona vulnerabile come ad un soggetto le cui preferenze e i cui desideri debbono essere al centro delle preoccupazioni del sistema. L'influenza esterna di terzi dovrebbe allora valutarsi quale momento di emersione di un condizionamento che incide sulla volontà stessa, e che concorre a determinare un eventuale giudizio di invalidità. Sul punto, sembra così emergere un parallelismo con la tesi espressa nel dibattito dottrinale italiano secondo cui, quando non vi sia un affidamento di terzi da tutelare, ma siano presenti invece elementi riferibili a diverse cause di invalidità di per sé incomplete (in particolare l'incapacità di intendere e volere, insieme a dolo e/o errore), possa venir meno il fondamento giustificativo dell'atto, solo allora determinandosi un effetto invalidante[41].

5. *Conclusioni*

Verificare la compatibilità della disciplina italiana con le regole convenzionali non è un'operazione semplice. Le difficoltà derivano anche dall'opacità nei contenuti della Convenzione di New York, che usa una terminologia non sempre chiara e definitiva. Basti pensare alle incertezze derivanti dall'ambiguità nell'utilizzo dell'espressione "*legal capacity*", tradotta in italiano con "capacità giuridica", rispetto alla quale sembra essersi imposta un'interpretazione (ben oltre il dato letterale italiano) secondo cui l'art. 12 della

[40] In questo senso è significativo il richiamo, nella dottrina spagnola, alla necessità di considerare la "dimensione di relazione del processo di formazione della volontà", su cui si veda Leciñena Ibarra, *Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial*, cit., 275.

[41] La tesi è di Ar. Fusaro, *L'atto patrimoniale della persona vulnerabile*, Jovene, 2019, *passim*.

Convenzione farebbe riferimento non alla sola attitudine ad essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, ma anche alla capacità di esercitare concretamente diritti ed azioni, che quella prima attitudine inverano[42].

Si può forse pensare allora che la risposta dipenda dalla lettura della stessa Convenzione: se si ammette che un'interpretazione coerente sia solamente quella che esclude qualsiasi riferimento ai modelli incapacitanti, che impedisce qualunque forma di ablazione anche parziale della capacità di agire, che favorisce invece la ricerca dell'interesse preferito dell'infermo di mente (e non del suo interesse superiore), allora non può certamente ritenersi che l'istituto dell'amministrazione di sostegno risponda appieno a tali caratteristiche. Ciò in particolare laddove si consideri l'evidente tendenza ad una standardizzazione dei provvedimenti giudiziali, che rende del tutto inadeguato l'istituto rispetto ai bisogni della singola persona bisognosa di sostegno. Si renderebbe, dunque, inevitabile una riforma che non soltanto provveda ad abrogare interdizione e inabilitazione (sopravvissute già fin troppo tempo), ma che modelli diversamente anche l'amministrazione di sostegno, realizzando così un sistema in cui, dopo il raggiungimento della maggiore età, si diventi "mai più incapaci".

Laddove invece si consideri che l'amministrazione di sostegno si fonda (o dovrebbe fondarsi) su principi di solidarietà, sussidiarietà, flessibilità e necessità, ed è (o dovrebbe essere) strumento disegnato su misura dei bisogni, desideri e aspettative del beneficiario, allora forse il giudizio di incompatibilità appare meno netto. Anche il tema della contrapposizione tra interesse preferito o superiore dell'infermo di mente sembra meno rilevante ove si tenga presente l'art. 410, che prevede un dovere per l'amministratore di sostegno di "tenere conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario"[43].

Del resto, poi, anche il modello spagnolo ammette una curatela sostitutiva, per le ipotesi eccezionali in cui non sia sufficiente il solo ricorso all'*apoyo* esterno nei confronti della persona disabile. La vera distinzione, quanto all'ambito negoziale, sembra ridursi ai diversi spazi di annullabilità degli atti compiuti dal beneficiario senza il rispetto delle previsioni contenute nel provvedimento giudiziale che istituisce la misura di sostegno. Automatismo nell'annullabilità degli atti nella soluzione italiana, valutazione del caso concreto, in relazione ad elementi ulteriori che avvicinano le regole a quelle dell'incapacità naturale, in quella spagnola[44]. Ed è probabilmente in questo limitato spazio di valutazione che può riconoscersi l'esigenza di una riflessione che porti ad una riforma del sistema, o quantomeno ad un suo adeguamento interpretativo.

---

[42] Sull'opportunità di ripensare le nozioni di capacità giuridica e capacità di agire, alla luce della CDPD, si veda Torres Costas, *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, BOE, 2020.

[43] Al riguardo, si vedano Cendon, *La tutela civilistica dell'infermo di mente* e C.M. Bianca, *L'autonomia privata: strumenti di protezione*, entrambi in S. Patti (a cura di), *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Giuffré, 2002, 35 e 117.

[44] Secondo Carrasco Perera, 201 s. lo spazio per l'annullabilità degli atti della persona sottoposta ad una misura di sostegno è pressoché inesistente. Se si tratta di atti della vita quotidiana, mancherebbero i presupposti per procedere alla caducazione. In presenza di atti da compiersi nella forma notarile, sarà il notaio stesso a verificare la condizione di capacità naturale dell'autore, precludendo la stipula in sua assenza e assicurandone all'opposto la validità qualora le capacità di discernimento sussistano. Per altri atti di rilievo economico, ma che non richiedono la presenza del notaio, l'annullabilità si giocherebbe su altri fronti, attesa anche la difficile conoscibilità del provvedimento giudiziale di sostegno, e dunque sulla scorta dell'incapacità naturale e/o dei vizi del volere.

DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN

LA FUNZIONE COMPENSATIVA DELL'ASSEGNO DIVORZILE E LA VALENZA DELL'APPORTO «EXTRAMATRIMONIALE»

SOMMARIO: 1. La funzione compensativa dell'assegno divorzile tra contributo «dato», contributo «prospettivo» nella famiglia «destrutturata» … – 2. … e nuova convivenza del beneficiario – 3. La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la rilevanza del contributo prematrimoniale.

1. *La funzione compensativa dell'assegno divorzile tra contributo «dato», contributo «prospettivo» nella famiglia «destrutturata»*

A cinque anni di distanza dalla decisione con la quale le Sezioni Unite[1] hanno valorizzato la funzione compensativa e perequativa dell'assegno divorzile si delineano significative questioni concernenti il problema dell'individuazione dell'estensione temporale entro la quale l'esigenza di ricompensare il coniuge che si sia sacrificato nell'interesse della famiglia merita di essere tutelata[2]. Sotto questo profilo due questioni recentemente poste alle Sezioni Unite testimoniano che la transizione da un modello di determinazione dell'assegno post-matrimoniale in funzione dell'esigenza di garantire alla parte economicamente debole il perdurante godimento del tenore di vita matrimoniale ad uno che valorizza le funzioni compensativa e perequativa impone di considerare che il contributo dato al *ménage* familiare si diffonde non di rado in un arco temporale assai più ampio rispetto a quello racchiuso nella durata legale del vincolo matrimoniale.

In quest'ottica si pongono, anzitutto, l'esigenza di ricompensare il contributo fornito durante il matrimonio, nonché quella di ricompensare le conseguenze negative a lungo termine riconducibili all'assunzione del ruolo di genitore prevalente in costanza di matrimonio (*parent gap*)[3]. Occorre, inoltre, considerare un contributo endofamiliare

---

[1] CASS., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, in *Corr. giur*., 2018, 1186 ss., con nota di S. PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Foro it*., 2018, I, 2671 ss., con nota di M. BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*; in *Giur. it*., 2018, 1843 ss., con nota di RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Fam. e dir.*, 2018, 1007 ss., con note di AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite* e di DANOVI, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*. In questo senso, da ultimo, CASS., 21.2.2023, n. 5395, CASS., 28.3.2023, n. 8703, CASS., 17.4.2023, n. 10168, in *onelegale.wolterskluwer.it*.

[2] RIMINI, voce «Divorzio (rapporti patrimoniali)», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da MACARIO, Milano, 2022, 282 ss.

[3] Qualora la crisi intervenga in un momento in cui i figli sono ancora in tenera età si potrebbe essere in presenza di una situazione nella quale la vita familiare comporta costi nel presente e ne comporterà verosimilmente in futuro; diversamente – specie nei matrimoni di lunga durata – è possibile che, pur essendosi esaurite o ridotte le incombenze legate allo svolgimento della vita familiare, si riscontri una incapacità di procurarsi mezzi adeguati che uno dei coniugi ha progressivamente acquisito nel corso del matrimonio e che, con una formula estremamente incisiva, viene definita dai *Principles of the Law of Family Dissolution* come una *Residual Loss in Earning Capacity* In questo senso rivestono notevole interesse le osservazioni conteunte nel commento ufficiale della sezione 5.05 *Compensation for Primary Caretaker's Residual Loss in Earning Capacity* dei *Principles of the Law of Family Dissolution*: «This section compensates a spouse whose earning capacity at divorce is less than it would have been had he or she not been the primary caretaker of

che può essere prestato successivamente al divorzio e che assume una rilevanza particolare soprattutto nelle ipotesi in cui al momento della rottura del matrimonio i figli siano ancora in tenera età, nonché in quelle caratterizzate dalla presenza di patologie che rendono i figli permanentemente non autosufficienti[4].

L'osservazione comparatistica testimonia che, soprattutto laddove siano presenti figli in tenera età, il contributo più significativo in termini di sacrifici della propria attività professionale si colloca in quell'arco temporale nel quale, successivamente al divorzio, la famiglia vive in una dimensione «destrutturata» nella quale, nonostante la rottura della relazione di coppia tra i genitori, permane un'intensa trama di rapporti che si risolvono nella necessaria cooperazione nei compiti di accudimento dei figli comuni[5]. La crescente rilevanza di questo fenomeno, costantemente certificato dalle statistiche[6], sembra trovare un significativo riconoscimento nella recente disciplina (l. n. 149/2023) che, da una parte rende sempre più celere la rottura del matrimonio, ma, dall'altra, sottolinea la fondamentale rilevanza del principio di bigenitorialità laddove contempla l'obbligo per i genitori di predisporre un «piano» (art 473-*bis* 12 c.p.c.) funzionale a regolare l'organizzazione della vita familiare successivamente alla dissoluzione del consorzio coniugale[7].

2. *… e nuova convivenza del beneficiario*

Il problema della compensazione dei sacrifici e delle rinunce effettuati nell'interesse della famiglia si arricchisce di un ulteriore elemento di complessità laddove si consideri la fattispecie caratterizzata dalla sovrapposizione di un nuovo nucleo familiare creato da colui che benefici dell'assegno post-matrimoniale. A tale riguardo le Sezioni Unite hanno ammesso la possibilità di una persistenza del diritto a percepire l'assegno anche nell'ipotesi in cui, dopo la dissoluzione del matrimonio, il beneficiario dia vita ad una nuova famiglia fondata sulla convivenza[8]. Infatti, da una parte, se il «nuovo progetto di

---

the couple's children during their marriage. A parent who assumes the responsibilities of primary caretaker of the marital children often limits his or her market labor during this period, and this limitation typically results in a residual loss in earning capacity that continues after the children no longer require close parental supervision. This cost is ordinarily incurred in the expectation that the marriage will endure and the primary caretaker will continue to share in the income of the other parent. The arrangement reflects a division of labor in which one parent fulfills most of the couple's joint responsibility for the care of their children while the other fulfills most of their joint responsibility for the family's financial support. Many married couples find this traditional division of labor convenient. If they divorce, however, the primary caretaker will bear the arrangement's entire financial cost. This result is inappropriate because the cost of raising the couple's children is their joint responsibility. This section ensures that the loss is shared». Sul punto v. anche Servidea, *Reviewing premarital agreements to protect the state's interest in marriage*, in *Virginia Law Review*, 2005, 538.

[4] Con particolare riferimento ai compiti di cura del figlio affetto da disabilità assolti dal genitore e ai loro riflessi personali ed economici v. Trib. Bologna, 7.8.2018, in *giuraemilia.it*.

[5] Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Ipsoa, 2007, 238.

[6] I dati Istat mostrano un significativo impoverimento patito dalle famiglie all'indomani della crisi, anche in relazione alle voci di spesa da sostenere per la cura dei figli: *https://www.istat.it/it/archivio/47539*. Le stesse rilevazioni Istat, al 2018, riportano 43.815 divorzi con affidamento condiviso, sui 47.364 totali (*http://dati.istat.it/Index.aspx?QueryId=31392*).

[7] Sesta, *Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari*, in questo volume.

[8] Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1390 ss., con nota di E. Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*; in *Giustizia insieme*, 21.12.2021, con nota di M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione*

vita intrapreso» e «i reciproci doveri di assistenza morale e materiale che ne derivano» creano «una cesura col passato» a cui consegue la perdita della componente assistenziale dell'assegno[9], dall'altra, ciò non significa che l'instaurazione di una nuova convivenza debba necessariamente determinare anche l'estinzione di quella componente dell'assegno divorzile attribuita in funzione esclusivamente compensativa. La «caducazione automatica del diritto all'assegno di divorzio, sia nella sua componente assistenziale, sia nella sua componente compensativa, nella sua integralità ed a prescindere dalle vicende del caso concreto», continuano le Sezioni Unite, «oltre che mancante di un saldo fondamento normativo attuale, non è neppure compatibile con la funzione dell'assegno divorzile, come delineata attualmente dalla giurisprudenza della Corte (da Cass., sez. un., n. 18287 del 2018 in poi) come non esclusivamente assistenziale, ma anche compensativo-perequativa[10]. L'assegno divorzile, pertanto, può persistere nonostante l'instaurazione di una nuova convivenza qualora il beneficiario provi il proprio contributo alla «comunione familiare», all'«apporto alla realizzazione del patrimonio familiare e personale dell'ex coniuge» ed alla crescita professionale di quest'ultimo in costanza di matrimonio, nonché la «eventuale rinuncia concordata ad occasioni lavorative»[11].

Una simile lettura interpretativa – seppur confermata da successive decisioni di legittimità e di merito[12] – continua a destare perplessità che si manifestano anzitutto laddove si impone l'esigenza di «separare» la componente assistenziale da quella compensativa, attribuendo a quest'ultima una totale autonomia[13] e valutando l'apporto endofamiliare in termini assoluti mediante «un calcolo non proiettato verso il futuro, ovvero correlato alla previsione di vita della persona, ma rivolto al passato, ovvero volto a

dell'assegno di divorzio; in *Giur. it*., 2022, 1080 ss., con nota di Caterina, *Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio.* In particolare – superando l'orientamento che, in un contesto nel quale l'assegno di divorzio svolgeva solamente una funzione assistenziale, era giunto a ricollegare l'estinzione automatica e definitiva dell'assegno divorzile alla scelta del beneficiario di formare una nuova famiglia non fondata sul matrimonio – le Sezioni Unite hanno chiarito che «l'instaurazione da parte dell'ex coniuge di una stabile convivenza di fatto, giudizialmente accertata, incide sul diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio o alla sua revisione nonché sulla quantificazione del suo ammontare».

[9] A tal proposito Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit., precisa che una simile eventualità si realizza «anche se il nuovo nucleo familiare di fatto abbia un tenore di vita che non sia minimamente paragonabile al precedente».

[10] Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit.

[11] Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit..

[12] L'orientamento inaugurato da Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit., ha trovato seguito in una più recente decisione di legittimità (Cass., 22.2.2023, n. 5510, in *onelegale.wolterskluwer.it.*), nella cui massima viene ribadito che «L'instaurazione da parte dell'ex coniuge di una stabile convivenza more uxorio, giudizialmente accertata, incide sul diritto al riconoscimento di un assegno di divorzio o alla sua revisione, nonché sulla quantificazione del suo ammontare, in virtù del progetto di vita intrapreso con il terzo e dei reciproci doveri di assistenza morale e materiale che ne derivano, ma non determina necessariamente la perdita automatica ed integrale del diritto all'assegno, in relazione alla sua componente compensativa». In senso analogo Trib. Forlì, 24.2.2023, n. 168, ha stabilito che «Qualora il coniuge che percepisce l'assegno divorzile instauri una stabile convivenza di fatto, ciò non comporta automaticamente la perdita del diritto al contributo se il coniuge sia privo, anche all'attualità, di mezzi adeguati ed impossibilitato a procurarseli per motivi oggettivi e se riesca comunque a dimostrare la spettanza dell'assegno in relazione alla sua componente compensativa, ossia tenendo conto del suo contributo alla comunione familiare, la rinuncia ad occasioni lavorative e di crescita professionale in costanza di matrimonio».

[13] E. Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*, cit., 1396, manifesta in proposito condivisibili perplessità con riferimento alla contrapposizione tra componente assistenziale e componente compensativa, sottolineando che, al contrario, la determinazione dell'assegno divorzile non può «risolversi in una sommatoria di addendi, rappresentati da sue pretese "componenti", ciascuna rispecchiante distinte possibili "funzioni" dell'assegno stesso».

stimare il contributo prestato in quell'arco di tempo chiuso, circoscritto alla durata della vita matrimoniale»[14].

Adottando questa lettura – che attribuisce un valore assoluto all'apporto fornito dal richiedente durante gli anni del matrimonio ed osserva il contributo prestato dalla parte debole al *ménage* familiare in una dimensione statica cristallizzata entro gli angusti confini del «delimitato arco di vita del matrimonio»[15] – la compensazione del contributo endofamiliare si ridurrebbe ad un mero rimborso degli investimenti di capitale umano effettuati nel corso del matrimonio, allontanandosi da quella finalità di compartecipazione paritaria agli arricchimenti conseguiti in costanza di matrimonio che costituisce la più coerente attuazione del principio enunciato dall'art. 29 Cost.

La «stima» dell'apporto endofamiliare nell'ambito dell'«arco di tempo chiuso, circoscritto alla durata della vita matrimoniale», inoltre, può porre inopinatamente in ombra il rilevante contributo fornito da colui che assuma la veste di genitore prevalente nella fase in cui, successivamente alla crisi coniugale, la famiglia viva in una dimensione destrutturata[16].

L'attuazione del precetto costituzionale che vede nella famiglia una società di uguali e mira ad affermare la pari dignità tra il lavoro casalingo e quello extra casalingo impone di concepire la solidarietà post-coniugale contemplando un dovere di contribuzione a favore del coniuge che non disponga dei mezzi sufficienti per condurre una vita autonoma (funzione assistenziale minima pura) ed anche di attuare – laddove il beneficiario abbia conseguito questo merito nel corso della vita matrimoniale attraverso la perdurante dedizione alla cura della famiglia – una compensazione che significa rendere la parte economicamente svantaggiata partecipe della condizione di benessere che l'altra ha conseguito in attuazione di un progetto di vita comune. In altri termini, pertanto, la compensazione tra ex coniugi non si limita ad un mero rimborso degli investimenti di capitale umano effettuati nel corso del matrimonio; essa si inserisce necessariamente in un contesto di sperequazione all'interno della coppia che merita di essere attenuata o totalmente elisa attraverso un'attribuzione patrimoniale che tenda a porre gli ex coniugi in una posizione di sostanziale equilibrio garantendo alla parte debole un livello di benessere tendenzialmente omogeneo rispetto all'altra[17].

Non si tratta quindi di attribuire un valore economico in termini assoluti al contributo endofamiliare, ma di valutare se la sua rilevanza e la sua estensione temporale siano tali da giustificare il diritto della parte economicamente debole e svantaggiata a condividere per il tempo successivo al divorzio il livello di benessere raggiunto dall'altra grazie

---

[14] Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit.

[15] Danovi, *Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2022, 125, definisce opportunamente questo approccio alla stregua di un «accertamento quasi fotografico, e di per sé immutabile». L'A. opportunamente rileva che «la Cassazione parla a questo riguardo di un sacrificio che è proteso solo verso il passato e che solo della definitiva regolamentazione dei rapporti con l'ex coniuge, in relazione al delimitato arco di vita del matrimonio, può trovare la sua soddisfazione». «Eppure», sottolinea condivisibilmente Danovi, «allo stesso tempo, non si può non dimenticare che il diritto a un contributo (e così pure all'assegno di divorzio) presuppone un substrato legittimante perdurante e attuale, e risente sempre anche delle ulteriori circostanze che in un successivo momento potrebbero venire in considerazione».

[16] È assai frequente, infatti, che, soprattutto laddove al momento del divorzio siano presenti figli in tenera età, uno dei coniugi sia chiamato a svolgere per un significativo periodo successivo alla rottura del matrimonio la funzione di genitore prevalente. Sul ruolo genitoriale nella cosiddetta «famiglia destrutturata», Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, cit., 238.

[17] Sesta, *L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?*, in *Fam. e dir.*, 2022, 87.

all'attuazione di un progetto di vita familiare concordato e perseguito da entrambi. La meritevolezza di compensazione del contributo endofamiliare, pertanto, costituisce il presupposto sulla base del quale riconoscere la titolarità di un assegno divorzile che il legislatore ha concepito come strumento dominato da una finalità eminentemente assistenziale, ma nondimeno funzionale a realizzare anche istanze compensative e perequative. In altri termini, la finalità assistenziale, quella compensativa e quella perequativa, pur potendosi distinguere sul piano concettuale operano in un rapporto di necessaria simbiosi[18].

Più precisamente, il rapporto di necessaria simbiosi ed accessorietà della funzione compensativa e perequativa rispetto a quella assistenziale trae la propria origine nell'esigenza di assicurare il rispetto del principio costituzionale che vede nella famiglia una società di uguali (art. 29 Cost.) nell'ambito di un ordinamento che contempla lo scioglimento del matrimonio. La necessità di affidare inderogabilmente l'attuazione del principio di parità tra i coniugi all'assegno divorzile attribuendogli una funzione eminentemente assistenziale, ma nondimeno permeata anche da una curvatura compensativa, del resto, ha costituito un dato costante delle tre stagioni dell'assegno divorzile. La presenza di una funzione compensativa e perequativa accanto a quella assistenziale – chiaramente esplicitata nell'originaria disciplina dell'assegno divorzile (1970-1987) – ha continuato a persistere anche nel contesto segnato dalla riforma del 1987 e dalla successiva lettura interpretativa secondo la quale il parametro del tenore di vita coniugale assumeva un valore determinante sotto il profilo dell'attribuzione dell'assegno e della sua quantificazione. Proprio l'adozione di una nozione di mezzi adeguati determinata in funzione del tenore di vita matrimoniale, infatti, lasciava spazio ad una concezione dell'assegno di divorzio come uno strumento attraverso il quale attuare un'effettiva condivisione delle ricchezze della famiglia intese nel senso più ampio, ossia comprensivo dei redditi, dei cespiti patrimoniali e di ogni altra utilità[19].

La decisione delle Sezioni Unite del 2018 con la quale è stato introdotto un requisito di meritevolezza al fine di giustificare la compensazione della parte economicamente debole circoscrivendola alle ipotesi nelle quali sia ravvisabile un effettivo contributo funzionale agli incrementi di reddito dell'altro coniuge, pur sottolineando la finalità compensativa e perequativa dell'assegno di divorzio, non ne ha mutato il carattere sino a renderla autonoma e «scorporabile» rispetto alla funzione assistenziale.

In definitiva, pertanto, le tre letture che hanno dominato i cinquant'anni successivi all'introduzione del divorzio convergono intorno al denominatore comune della necessaria simbiosi tra la funzione assistenziale e quelle compensativa e perequativa, differenziandosi solamente per l'enfasi posta su queste ultime, che erano evidenti nella fase compresa tra il 1970 e il 1987, sono state per lungo tempo celate ed assorbite nel riferimento al tenore di vita coniugale, che costituiva lo strumento per assicurare una tendenziale compartecipazione paritaria del coniuge economicamente debole alla posizione di agio

[18] M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*, cit., osserva che la sottolineatura della funzione compensativa dell'assegno divorzile ad opera della decisione delle Sezioni Unite del 2018 «non ha […] significato l'abbandono della funzione assistenziale ma la sua integrazione con una funzione compensativa che ha consentito di dare rilevanza alla solidarietà post-coniugale in concreto».

[19] Al Mureden, *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, cit., 247.

economico conseguito dall'altro (1990-2017)[20], e, infine, tornano oggi ad essere chiaramente poste in evidenza al fine di circoscrivere gli obblighi della parte economicamente forte alle sole fattispecie nelle quali sia ravvisabile un effettivo merito in capo a colui che, pur disponendo di mezzi che lo rendono autosufficiente, aspiri a condividere un livello di benessere frutto di sacrifici comuni[21].

La costruzione interpretativa che postula la possibilità di isolare le funzioni compensativa e perequativa rendendole autonome e scorporabili rispetto a quella assistenziale appare pertanto incoerente rispetto ai principi fondamentali che permeano l'intero sistema della solidarietà post-coniugale e che, seppur con declinazioni differenziate, sono stati mantenuti saldi nel corso dei cinque decenni successivi all'introduzione del divorzio[22].

3. *La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la rilevanza del contributo prematrimoniale*

L'esigenza di ampliare l'ambito di osservazione entro il quale valutare la rilevanza del contributo endofamiliare è stata colta anche in una diversa prospettiva che può essere considerata un ulteriore tassello la cui definizione appare necessaria al fine di operare una valutazione esaustiva della complessiva «storia del nucleo familiare». Una recente ordinanza della Cassazione, infatti, ha posto in luce il problema della rilevanza dei sacrifici e delle rinunce compiuti nel contesto della convivenza prematrimoniale[23]. Sotto questo profilo, pertanto, si pone il problema di comprendere se il meccanismo compensativo insito nella disciplina dell'assegno di divorzio possa estendere la propria operatività anche con riferimento alla fase della vita della coppia che ha preceduto la formazione del vincolo matrimoniale[24].

La questione della persistenza dell'assegno divorzile nonostante la nuova convivenza instaurata dal beneficiario – che le Sezioni Unite hanno affrontato – e quella della rilevanza del contributo prestato durante la convivenza prematrimoniale – che le stesse Sezioni Unite sono attualmente in procinto di risolvere – possono essere consi-

[20] Cass., sez. un., 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, 67 ss., con note di E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e di V. Carbone, Urteildämmerung*: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio).*

[21] M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*, cit.; Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2021, 754 s., in part. 757, 762.

[22] E. Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite si impegnano nella ricerca di una soluzione coerente,* cit., 1390; Luccioli, *Brevi note sulla sentenza delle SU n. 32198/21: il rapporto tra assegno di divorzio e nuova convivenza di fatto*, in *giudicedonna.it*, 3/2021, osserva in proposito che la lettura interpretativa adottata dalle sezioni unite, isolando la componente compensativa ed «assumendola come entità autonoma ed in quanto tale autonomamente valutabile», «non appare affatto in linea con le enunciazioni delle SU del 2018, che nel sostenere la funzione composita dell'emolumento avevano ancorato il giudizio sulla sua spettanza a tutti gli indicatori descritti nell'incipit del comma 6 dell'art. 5».

[23] Cass., 18.10.2022, n. 30671, in *Giur. it.*, 2023, 33 ss., con nota di Olivero, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite.*

[24] Il problema della rilevanza del contributo prestato in una fase precedente alla formalizzazione dell'unione è stato posto anche nella diversa prospettiva dell'unione civile da Cass., 27.1.2023, n. 2507, in *onelegale.wolterskluwer.it*: «È questione di massima di particolare importanza, che giustifica l'assegnazione della causa alle Sezioni unite, stabilire se ai fini del riconoscimento dell'assegno divorzile, in fattispecie di scioglimento di un'unione civile conclusa ai sensi dell'art. 1 della legge n. 76/2016 (che richiama la disciplina della legge n. 898/1970), sia possibile valutare i fatti verificatisi nella fase di convivenza anteriore alla formale costituzione dell'unione».

derate entrambe corollari della riscoperta della funzione compensativa e perequativa dell'assegno divorzile. In termini più generali – in un contesto dominato dalla pluralità dei modelli familiari[25] e dall'affermarsi di un nucleo minimo di famiglia che affida la propria coesione al principio della bigenitorialità – il delinearsi di una nuova questione in materia di contributo prestato nella fase della convivenza prematrimoniale testimonia l'indifferibile necessità di operare una lettura organica delle interazioni tra convivenza e matrimonio, soprattutto con riferimento alle questioni che si pongono in occasione del divorzio e della persistente solidarietà tra ex coniugi.

Il dibattito concernente la compensazione del coniuge che abbia effettuato sacrifici e rinunce funzionali a realizzare l'interesse dell'altro e, più in generale, dell'intero nucleo familiare si è tradizionalmente polarizzato intorno al paradigma che assumeva come presupposto inespresso che la vita della coppia prendesse tendenzialmente avvio dal momento del matrimonio e terminasse con il suo scioglimento.

L'adozione di una simile prospettiva, tuttavia, impedisce di considerare adeguatamente il contributo endofamiliare prestato in quelle fasi della vita della famiglia non coincidenti con il rapporto matrimoniale. Sotto questo profilo l'esigenza di compensare il contributo fornito in quel lasso temporale successivo al divorzio nel quale uno dei genitori si faccia prevalentemente carico dell'accudimento dei figli e quella – prospettata dalla recente ordinanza della SC[26] – di riconoscere il contributo endofamiliare prestato nel corso della convivenza prematrimoniale appaiono strettamente collegate. Nel primo caso, infatti, viene in considerazione il problema del protrarsi di un indirizzo della vita della famiglia «destrutturata» nella quale, anche dopo il divorzio, persiste l'esigenza di un contributo familiare prevalente; nel secondo emerge l'esigenza di valorizzare un indirizzo della vita familiare fondata sulla convivenza che ha costituito il prologo della famiglia fondata sul matrimonio[27].

Ai fini della soluzione della questione interpretativa sottoposta alle Sezioni Unite appare opportuno valorizzare l'introduzione della disciplina organica della convivenza (art. 1, comma 36°, l. n. 76/2016). Il fatto che essa contempli esclusivamente un dovere di solidarietà tra ex conviventi che si estrinseca nell'obbligo di prestare gli alimenti per un tempo proporzionale alla durata del rapporto (art. 1, comma 65°, l. n. 76/2016)[28] e non preveda alcuna forma di compensazione a favore del convivente che, al termine del rapporto, affermi di avere fornito un apporto endofamiliare sacrificando le proprie aspirazioni a favore dell'altro o della famiglia[29] potrebbe condurre ad escludere la rilevanza del contributo prematrimoniale ai fini della quantificazione dell'assegno divorzile.

Una simile lettura, tuttavia, non appare convincente in quanto essa muove da una visione atomistica della convivenza e del matrimonio, come situazioni differenziate; nella fattispecie sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, invece convivenza, successivo matri-

---

[25] Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Id., *Famiglia e matrimonio*, 2a ed., a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Giuffrè, 2011, 1, 23 ss.; Zatti, Familia, familiae - *Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 28 ss.

[26] Cass., 18.10.2022, n. 30671, cit.

[27] Olivero, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*, cit., 36, osserva che, «una volta che si decidesse di ricalcolare la durata del vincolo secondo un approccio fattuale […] la stessa logica dovrebbe operare bidirezionalmente».

[28] Al Mureden, nel *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Milano, 2017, *sub* art. 1, comma 65, l. n. 76/2016, 1426; Parini, *La risoluzione del contratto di convivenza e la cessazione della convivenza*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, *Le riforme*, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 1, Giuffrè, 2018, 248 ss.

[29] Al Mureden, *op. ult. cit.*, 1427 s.

monio e divorzio appaiono strettamente collegate. Il contributo endofamiliare, pertanto, deve essere osservato nella più ampia prospettiva della «storia del nucleo familiare», cominciata con la convivenza, cementata con il successivo matrimonio e allentata al momento del divorzio. Proprio questa prospettiva consente di osservare esaustivamente il problema della compensazione del contributo prestato prima del matrimonio, durante il matrimonio e successivamente al divorzio tenendo nella dovuta considerazione lo stretto collegamento e le profonde interazioni tra le diverse fasi nelle quali la storia del nucleo familiare si snoda.

Proprio questo particolare angolo di visuale consente di affermare la meritevolezza di tutela del contributo prestato durante la convivenza prematrimoniale. Infatti, in un contesto nel quale uno dei più rilevanti effetti del matrimonio consiste nella presenza di strumenti di solidarietà post-coniugale ispirati anche ad una funzione compensativa e perequativa, sembra possibile affermare che proprio la scelta di cementare la propria unione con il vincolo matrimoniale implichi l'accettazione del dovere di compensare colui che nel corso del matrimonio si sia prevalentemente dedicato al lavoro familiare ed abbia sacrificato le proprie aspirazioni professionali. Una simile finalità compensativa non riguarda solamente il contributo già dato, ma può essere giustificata anche in presenza di un contributo fornito prevalentemente dopo il divorzio o di una permanente incapacità di conseguire un'autonomia dovuta alla prolungata dedizione al lavoro familiare.

Queste considerazioni inducono a ritenere che, a maggior ragione, la scelta del matrimonio implichi anche l'accettazione di compensare colui che abbia fornito un rilevante apporto endofamiliare nella fase di convivenza che ha preceduto le nozze[30]. In altri termini, se scegliendo il matrimonio i coniugi accettano l'eventualità di dover corrispondere a tempo indeterminato un assegno divorzile al fine di compensare colui che nel corso del matrimonio e successivamente alla sua rottura sopporti sacrifici nell'interesse della famiglia, appare ragionevole ritenere che gli stessi coniugi che abbiano già trascorso prima del matrimonio un rilevante periodo di convivenza nell'ambito del quale era stato stabilito un indirizzo della vita della famiglia di fatto caratterizzato da una netta divisione dei ruoli, proprio con la decisione di cementare la loro unione con le nozze attribuiscano a quel periodo una rilevanza tale da considerarlo meritevole di essere incluso nelle tutele contemplate a favore del coniuge e, in particolare, nel meccanismo compensativo che caratterizza l'assegno divorzile.

In questo senso appaiono pienamente condivisibili le osservazioni di chi, muovendo dalla disciplina dell'adozione e dal diritto vivente formatosi in materia di violazione del dovere di lealtà tra coniugi, osserva come, a seguito del matrimonio, la convivenza prematrimoniale assume una valenza peculiare che in larga misura la «attrae» verso la disciplina che governa i rapporti tra coniugi[31].

---

[30] Olivero, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite*, cit., 36, muovendo dall'osservazione per cui la convivenza prematrimoniale «non è affatto una convivenza come tutte le altre» conclude che «scrutata retrospettivamente essa quasi muta sostanza e partecipa della natura del matrimonio che l'ha seguita».

[31] Olivero, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite,* cit., 6, che in questo senso rinviene significative conferme in «frammenti di diritto giurisprudenziale e positivo» osservate alla stregua di «tante punte di emersione di un principio generale sotteso: quello per cui la convivenza – comunque sia nata – subisce una trasfigurazione in seguito al successivo matrimonio». In particolare questa conclusione muove dalla analisi della previsione che condiziona l'accesso all'adozione piena alle coppie sposate da almeno tre anni ed include anche quelle che, seppur coniugate da un tempo più breve, possano vantare un periodo di convivenza prematrimoniale che, sommato alla convivenza come

L'eventualità di un riconoscimento della meritevolezza di tutela dell'apporto familiare fornito durante la fase prematrimoniale – e quindi della sua rilevanza ai fini della quantificazione della componente compensativa dell'assegno divorzile – condurrebbe verosimilmente ad innescare ulteriori esigenze di revisione della disciplina della solidarietà post-coniugale nell'ambito della quale diviene sempre più rilevante operare un'analisi sistematica delle plurime interazioni tra famiglia fondata sulla convivenza e famiglia fondata sul matrimonio.

Una volta riconosciuta la rilevanza del contributo prematrimoniale, infatti, diverrà necessario rimeditare gli orientamenti consolidati riferiti alle disposizioni che governano la compartecipazione del coniuge divorziato al trattamento di fine rapporto percepito dall'altro e la ripartizione della pensione di reversibilità tra l'ex coniuge divorziato titolare dell'assegno post matrimoniale ed il coniuge superstite[32].

coniugi, consenta di raggiungere il triennio (art. 6, L. n. 184/1983); considerazioni analoghe vengono ulteriormente suffragate richiamando la decisione (Cass., 10.5.2005, n. 9801, in *Fam. e dir.*, 2005, 365 ss., con nota di Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*) che, pronunciandosi relativamente ad una fattispecie nella quale il futuro coniuge aveva celato all'altro una patologia che impediva lo svolgimento di una normale vita coniugale, ha chiarito che «l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio […] non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro – pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo – un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, che si sostanzia anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto».

[32] Olivero, *Assegno di divorzio e convivenza prematrimoniale: attendendo le Sezioni unite,* cit., 35.

GUIDO ALPA

LA FAMIGLIA NELL'ETÀ POSTMODERNA. NUOVE REGOLE, NUOVE QUESTIONI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto di famiglia e diritto delle "famiglie". – 3. Radiografia delle famiglie d'oggi. – 4. Gli strati sociali. – 5. Qual è il compito del diritto nella disciplina della famiglia? – 6. La famiglia come "isola". – 7. Oltre il *dictum* di Jemolo. – 8. La storicizzazione del diritto di famiglia. – 9. La famiglia e la *vita familiare* nella giurisprudenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti umani. – 10. La "contrattualizzazione" del diritto di famiglia.

1. *Premessa*

La distanza tra la concezione della famiglia tradizionalmente trasmessa dai testi normativi e dal diritto sapienziale, oltre che, naturalmente, dalle sentenze dei giudici, e la concezione della famiglia oggi emergente dalle esperienze contemporanee è misurata innanzitutto dal lessico impiegato dai giuristi e dagli studiosi delle materie interessate a questo fenomeno: è un lessico assai più colto, tecnicamente connotato e più vario di quello che si utilizzava nel secolo scorso, e forse fino alle propaggini del nuovo millennio[1]. Tutto ciò non è solo frutto della rapida evoluzione dei costumi, dei modi di vita e delle stesse concezioni di famiglia che si sono avvicendati nel tempo, ma credo – soprattutto – dei risultati raggiunti dalle nuove tecnologie: la medicina ha consentito, con la procreazione artificiale, di dare a famiglie sterili la gioia della maternità; l'"utero in affitto" (là dove esso è consentito) ha esteso la gioia della maternità o della paternità anche alle coppie di persone dello stesso sesso; si è persino visto un "salto" di generazioni, quando la nonna o la sorella hanno messo a disposizione il loro apparato riproduttivo per consentire ad una donna di poter diventare madre "sociale" di un figlio che non avrebbe mai potuto mettere al mondo. L'adozione del single si avvia a consentire la creazione di una famiglia uniparentale, superando il mito della bigenitorialità[2].

---

[1] Non si parla soltanto di famiglie mononucleari, allargate, ricomposte, ma anche di famiglie variamente formate con il mutare della identità della persona, per via di quella "intersezionalità" che, da un lato, incide sulla procreazione e quindi sulla trasmissione della vita, e, per l'altro, riformula la distribuzione dei compiti nell'ambito della famiglia, riformulazione già modificata dall'equiparazione dei sessi e dai principi di eguaglianza e dignità eletti a valore costituzionale: v. RUSSO e MONGIBELLO, *Intersezionalità e genere*, Milano, 2021; SCHILLACI, *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, 2014.

[2] Tutti questi aspetti sono stati esaminati dalla Corte costituzionale in più occasioni, con un rinvio al legislatore perché provveda a risolvere le questioni più spinose: v. Corte cost. n. 32 del 2021, che ha rivolto l'invito al legislatore a regolare le modalità di riconoscimento del rapporto tra figli nati da PMA di tipo eterologo da coppie dello stesso sesso e genitore intenzionale; Corte cost. n. 33 del 2021, che ha invitato il legislatore a disciplinare lo stato di filiazione del minore nato da maternità surrogata (sul punto v. anche la Corte EDU, che con la decisione *Paradiso e Campanelli contro Italia* del 2017, aveva ritenuto insufficiente, per l'accertamento di un legame di vita familiare, la mera esistenza di un progetto genitoriale, in mancanza di legami biologici tra il minore e gli aspiranti genitori; e così pure con la sentenza n. 252 del 2021, che non ha riconosciuto l'adozione da parte di persona non coniugata residente in Italia).

La rivoluzione delle aggregazioni di vita, agevolate dai divorzi, dai ricongiungimenti, dai nuovi matrimoni, è fonte di famiglie che si compongono e ricompongono in più occasioni.

Per parte sua, la rivoluzione informatica e digitale è foriera di incontri, di vite familiari distanti nello spazio, ma non nella comunicazione, di vite "sociali" virtuali, di gruppi e di fasce professionali, culturali, associative in cui si vivono momenti un tempo riservati alle vite familiari tradizionali.

La famiglia finisce per esternare attività e funzioni che vengono svolte dal gruppo, ma, per altri versi, comincia a recuperare attività e funzioni che il gruppo non è più in grado di garantire come per il passato: basti pensare alla assistenza degli anziani e degli incapaci, a cui il sistema dello Stato sociale non assicura più una adeguata sistemazione, o alla integrazione dei sussidi scolastici, divenuti ormai carenti, che trovano un surrogato nella famiglia colta.

Sì che la famiglia per un verso si svuota dei suoi compiti storici, per altro verso se ne vede affidati altri[3].

In più, attraverso gli avatar, e il mondo di Metaverso, alle famiglie naturali si affiancano famiglie "artificiali", che offrono ai loro componenti una vita alternativa, del tutto immaginifica e "liquida", eppure tendenzialmente simile negli affetti, nei contrasti, nelle avversità, alla vita reale.

Per il momento, il diritto si è ritagliato uno spazio più ridotto: si occupa dei rapporti personali e patrimoniali tra i membri della famiglia, della collocazione dei figli nei nuclei familiari, della loro educazione e istruzione, fino al loro inserimento nel mondo del lavoro.

Non si deve dimenticare che la famiglia è lo specchio della società, più che del diritto: nella famiglia si riversano sì le innovazioni esterne, sociali e tecnologiche, ma anche le concezioni religiose, filosofiche, politiche, sociologiche, economiche di cui essa è sensibile membrana.

Se non bastasse l'esperienza propria di ciascuno di noi, si pensi al posto centrale che la famiglia ha nella letteratura e nelle arti in genere: proiezioni di emozioni e di valori che accompagnano l'umanità da tempi immemorabili[4].

La famiglia nella storia è un cammino affascinante, e ancor più complesso, quando ad esso si associano le alleanze politiche ed economiche, seguendo la storia degli status sociali. Un cammino che può essere doloroso, quando registra i momenti tragici della Storia, se diviene l'obiettivo di criminali programmi di sterminio e di discriminazione[5].

"Famiglia" è molto di più di quel che il giurista solitamente pensa, abituato a leggere le aride disposizioni della legge: "famiglia" evoca immediatamente i ricordi personali, i sentimenti, gli innamoramenti, le nozze e i distacchi, le nascite, le malattie e la morte, la casa di origine, e i trasferimenti, le cose che hanno circondato l'infanzia e la giovinezza,

---

[3] V. Grilli, *Antropologia delle famiglie contemporanee*, Roma, 2019.

[4] Per i primi riferimenti v. Carusi, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022.

[5] Nell'immensa letteratura V. Rosenberg (a cura di), *La famiglia nella storia*, Torino, 1979; Casey, *La famiglia nella storia*, Roma-Bari, 1999; Bettini, *La parentela nella letteratura e nella cultura antica*, Bologna, 2009; Boroni, *L'immagine della famiglia nella letteratura italiana del Novecento, Studi di storia e critica della letteratura italiana dell'Ottocento e del Novecento in onore di Giuseppe Farinelli*, Edizioni Otto/Novecento, Milano, 2011.

L'intreccio di Storia e storie è esperienza "familiare" di ciascuno di noi; ma voglio segnalare in particolare il libro di I.J. Singer, *La famiglia Karnowski*, Milano, 2015.

la lingua e la religione, la cultura del gruppo, e pure il nome, e, nei momenti più importanti, anche la Storia che si è intrecciata con le piccole storie individuali e di gruppo, segnando in tutti i secoli vicende epocali.

Anche questi aspetti in vario modo e a vario titolo rimbalzano nel mondo del diritto. Ed è ovvio che tradurre questo complesso groviglio di fattori in formule giuridiche è ben poca cosa rispetto alla maestà della loro natura.

Nell'esperienza italiana l'ultimo decennio ha portato due straordinari mutamenti, che, essendo impensabili anche nel passato più recente, attendono ancora di essere metabolizzati dai giuristi: l'unificazione dello status dei figli, con la disciplina recata dalla l. 17.12.2012, n. 219 e la legittimazione delle unioni tra persone dello stesso sesso e il riconoscimento della dignità alla convivenza di persone di sesso diverso (e di sesso eguale), recata dalla l. 20.5.2016, n. 76. A queste due rivoluzioni si è aggiunta la terza, da lungo attesa, costituita dalla riforma del processo civile e la istituzione del c.d. "tribunale della famiglia", introdotto con la l. 26.11.2021, n. 206.

In un decennio si è assistito ad un rivolgimento radicale della disciplina che ha implicato un ripensamento non soltanto delle vecchie concezioni ma ha postulato anche un adattamento di quelle più recenti, già ritenute innovative.

Il diritto interno deve in più essere integrato dal diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale convenzionale, come risultante dai molti trattati riguardanti i rapporti familiari e le esigenze dei figli, degli anziani, delle famiglie socialmente deboli, dei diseredati, insieme con le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani, e dalla giurisprudenza rispettivamente della Corte di Giustizia dell'Unione e della CEDU (Corte Europea dei diritti dell'uomo).

Per questi aspetti, pure assai significativi, rinvio alla letteratura del settore, in attesa di una rimeditazione consegnata a futuri contributi[6], così come ai profili della armonizzazione del diritto di famiglia in ambito europeo, che è già approdato a risultati significativi[7].

2. *Diritto di famiglia e diritto delle "famiglie"*

Più di altri settori dell'ordinamento il diritto di famiglia è sensibile alle ideologie dell'interprete, che tende ad interpretare le disposizioni in linea con il modello di famiglia che più apprezza, o in linea con quello che ha introitato vivendo nella propria famiglia[8]. Tuttavia, il diritto di famiglia si compone delle regole imposte dal legislatore, e riflette, nella maggior parte dei casi, un'immagine di famiglia deformata, diversa non

[6] Per i profili generali v. Zatti, *Familia, familiae- Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I , 9; S. Patti-Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa,* Milano, 2008; Carbone e Queirolo, *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008; Civinini, *Cedu, famiglia, minori, SSM*, Firenze, 2020; Conti, *CEDU e Carta dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti, Consultaonline*, 2020 fasc. III.

[7] Boele Woelki (a cura di), *Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe*, Antwerp-Oxford, New York, 2003; Alpa (a cura di), *I nuovi confini del diritto privato europeo-New borders of european private law.* Atti del Convegno (5-6 giugno 2015), Milano, 2015. Sull'armonizzazione e sulla uniformazione del diritto di famiglia v. ancora Boele Woelki, *op. cit.*

[8] In questo senso v. Rodotà, *Presentazione a Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di Grillini-Marella, Napoli 2001, XIII; e v. Barcellona, voce «Famiglia», in *Enc. del dir.*, XVI, Milano, 1967, 780 ss.; Bessone, *Commentario alla Costituzione, art. 29*, Bologna, 1976; Bessone-Alpa-D'Angelo-Ferrando-Spallarossa, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1977; Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale,* Bologna, 1981.

solo da quella ambita dall'interprete, ma – aspetto assai peggiore – da quella esistente nella realtà concreta[9].

Non è un caso che Arturo Carlo Jemolo, come si dirà più oltre, avesse dipinto la famiglia, che egli voleva difendere dallo Stato, come un'isola che il mare del diritto (pubblico e privato) dovesse solo lambire; e che Cesare Grassetti aprisse il testo della sua voce enciclopedica sulla famiglia con parole tratte dalle lezioni sul diritto naturale di Jacques Leclercq, che definiva la famiglia come un istituto pregiuridico, «di cui il sentimento morale è l'anima, e nella quale i costumi sono più forti del diritto»[10].

Non è un caso ancora che Paolo Zatti[11], rilevando le contraddizioni tra il diritto di famiglia vigente e la famiglia esistente nella realtà sociale, abbia parlato di "famiglie" al plurale, declinazione scelta – con differente gerarchia di valori – da Vincenzo Scalisi. E quindi Zatti ha messo in guardia il giurista dal seguire l'immagine deformata dallo specchio del diritto per risolvere i problemi complessi che la investono[12]. La famiglia è pur sempre concepita dai giuristi come una istituzione "pregiuridica", ma le sue funzioni e i suoi elementi costitutivi sfuggono ad una definizione univoca. Ancora Vincenzo Scalisi sottolineava qualche anno fa che «colta dal punto di vista delle persone che vi danno vita, "famiglia" è anzitutto fondamentalmente rapporto di necessaria "alterità" e intrinseca "relazionalità", prescindente in quanto tale da ogni datità naturalistica, biologica o anche soltanto formale e invece esprimente una condizione affettiva e solidaristica di vita dei suoi membri, scissa da ogni individualistica "egoità" e in quanto tale essenzialmente poggiante su ciò che è il *proprium* dell'*humanum*, ossia la spiritualità, luogo primario del dispiegamento di ogni strutturale relazionalità».

«Come comunità, la famiglia è invece formazione sociale, in posizione sotto-ordinata e servente rispetto ai suoi membri, con funzione socializzante e *lato sensu* educativa, quale spazio ideale e protetto di autoespressione e realizzazione, promozione e crescita della personalità umana nella molteplicità e varietà delle sue manifestazioni attive, esistenziali ed affettive. In questo nesso di necessaria coappartenenza tra persona e comunità ha radice e risiede il principio stesso di qualificazione dell'*essere* (*Sein*) di ogni umana convivenza o aggregazione come famiglia»[13].

Di qui l'impossibilità, oggi, di dare una definizione giuridica di "famiglia"[14].

Oggi non solo si è rinunciato all'idea di contenere in un unico termine le mutevoli e variegate aggregazioni familiari che la realtà ormai presenta, postulando il ricorso ad un plurale ("famiglie") nel quale tutte possano essere ricomprese, ma appare difficile inseguire una realtà che ha scosso alle fondamenta la stessa nozione di "famiglia", cioè

---

[9] Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, 2a ed., I.1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando-Fortino-Ruscello, Milano, 2011, 22.

[10] Leclercq, *Leçons de droit naturel*, vol. III, La famille, 3a ed., Louvain, 1950, 34 (la 1° ed. è del 1927) in Grassetti, voce «Famiglia», nel *Noviss. Digesto It.*, vol. VII, Torino, 1961, 48.

[11] Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1043 e 1287; Id., *Famiglia e famiglie in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, n. 1, 7 ss., che amplia la relazione al Convegno su "Persona e comunità familiare (1982-2012)" (Salerno, 28-29 settembre 2012), organizzato Gabriella Autorino e Pasquale Stanzione; v. Lipari, *Riflessioni su famiglia e sistema comunitario*, in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di Scalisi, Milano 2007, 440, 442. S. Patti, *Modelli di famiglia e di convivenza*, in S. Patti-Cubeddu, *op. cit.*, 111 ss. Sono sempre attuali le considerazioni di Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000.

[12] Zatti, *op. cit.*, vol. I, 3.

[13] Scalisi, *Famiglia e famiglie*, *cit.*, 21.

[14] E pertanto appaiono prive di significato le contestazioni delle novità giurisprudenziali o legislative provenienti da quanti sono affezionati al modello tradizionale di famiglia costituito da due persone di sesso diverso fondato sul matrimonio e destinato alla procreazione.

i requisiti perché un'aggregazione di persone possa essere qualificata, e connotata, con questo vocabolo. Il diritto di famiglia diviene un contenitore di diverse discipline piuttosto che una unica disciplina uniformemente estesa a tutte le ipotesi aggregative. L'isola, a cui alludeva Arturo Carlo Jemolo si è frantumata, come se il modello familiare primigenio, un blocco monolitico uniforme e solido, fosse stato infranto, colpito nella sua compattezza, e destinato a sopravvivere in condizioni precarie e con fragili componenti, moltiplicandosi in parti tra loro non omogenee; e il diritto, anziché restituire, come uno specchio fedele, un'immagine chiara, dai contorni precisi, lascia il campo ad una immagine deformata e dai contorni sfumati.

Dobbiamo però sottolineare, come si è potuto intendere dalle parole introduttive, che questi cambiamenti non sono recenti.

Da tempo la famiglia non rispecchia più il "modello originale" o "tradizionale", cioè il modello bipolare fondato sul sesso diverso dei suoi membri, uniti in matrimonio, perché non è più costituita soltanto da una coppia, deputata a trascorrere unita tutta la vita fino alla morte, e non è più una istituzione fondata solo sul matrimonio religioso o civile.

La famiglia di oggi non è più l'istituzione a cui i Padri costituenti avevano riservato gli artt. 29, 30, 31 della Carta, perché quel modello è divenuto un fenomeno minoritario. Per descrivere i caratteri della famiglia odierna non è neppure sufficiente includere nella nozione la convivenza di fatto, atteso che si sono diffuse ed hanno ottenuto l'attenzione del legislatore altre forme di aggregazione sociale equiparate alla famiglia intesa nel senso tradizionale. In ogni caso, la famiglia di fatto, pur dovendo essere considerata, almeno oggi, una "famiglia"[15] vera e propria, anzi una famiglia *legittima*, perché prevista e normata dal legislatore, al pari di quella fondata sul matrimonio, e pur presentando una articolata disciplina[16], prevede la conclusione di "contratti di convivenza" ed è quindi necessario ricorrere al diritto negoziale, ad accordi ad hoc, per poterne definire gli effetti giuridici precisi.

In questo ambito il diritto – inteso come l'intervento del legislatore che dall'alto del suo potere modella i fenomeni che disciplina – si rimette alla volontà dei privati, legittimando e quindi rendendo vincolante gli accordi da essi conclusi[17].

La molteplicità dei tipi di famiglia richiede che la "famiglia" in sé e per sé non sia più un termine significante sufficiente a descrivere il significato, occorrendo almeno un aggettivo per comprendere tutte le sue varietà: alludo alla famiglia composta da persone di sesso diverso o dello stesso sesso, a quella originaria, a quella ricomposta, quando, dopo il divorzio, entrambi i coniugi, o uno solo di essi abbiano deciso di risposarsi con altri, o di convivere con altri, di sesso diverso o dello stesso sesso, ed anche alle famiglie con prole o senza prole, o con prole derivante dalla procreazione assistita (dando così luogo ad una famiglia sociale distinta da quella biologica), a quelle monoparentali, alle adottive, e ancora alle famiglie in cui il terzo, non legato ai figli da vincoli di sangue, ma con essi convivente, è considerato "genitore sociale"; e così via.

---

[15] Lo negava Grassetti, voce *Famiglia*, *cit*., 50; per una analisi della sua evoluzione v. Balestra, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004.

[16] Si tratta dei commi da 36 a 67 dell'art.1 l. 20 maggio 2016 n. 76; per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.

[17] Nella vasta produzione scientifica v. in particolare C.M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017.

Insomma, il diritto di famiglia, che per ciascuna di queste fattispecie deve trovare soluzioni ai problemi della vita, e una tutela agli interessi inerenti la persona, collocati nell'ambito dei diritti fondamentali, sembra un continente sommerso, piuttosto che non un'isola soltanto lambita dal mare del diritto.

Potrebbe apparire curioso, ma la realtà delle cose è ancora più complessa.

L'evoluzione sociale ha superato la fantasia dei giuristi.

Ad essa si è subito adeguata l'economia e il diritto ha finito per rimanere indietro, arrancando con fatica per potersi adattare alle nuove esigenze.

Il "principio famiglia" in questo contesto è stato sostituito dai rapporti bilaterali dei membri conviventi: solo nelle c.d. famiglie tradizionali composte da padre, madre e figli, il vincolo che unisce il figlio ai genitori sorge unitario al momento della denuncia all'anagrafe; nelle altre famiglie, i figli, alla nascita, non hanno un vincolo unitario con entrambi i genitori, ma solo bilaterale, e, a seconda dei casi, si tratterà di un vincolo naturale oppure di un vincolo sociale.

3. *Radiografia delle famiglie d'oggi*

Le analisi demografiche e sociologiche sulla situazione del Paese proiettano la famiglia in una luce variegata e dai contorni molto labili, sì che sembra difficile riuscire ad inglobare questi fenomeni nelle metafore dell'isola o dell'arcipelago.

A ben vedere, l'arcipelago è nato non nel 2000[18] ma nel 1970 con l'approvazione della legge sul divorzio, che ha consentito il formarsi di nuove famiglie con altri figli, dando luogo ad un fenomeno nuovo, per l'esperienza italiana, cioè la famiglia distrutta e poi ricomposta.

La durata del matrimonio si è nel tempo accorciata, in media non supera i sette-dieci anni, e separazioni e divorzi interessano anche coppie in età avanzata; la pandemia da COVID ha ulteriormente enfatizzato questo indirizzo.

I dati emergenti dal Rapporto ISTAT del 2022 e dai rapporti dell'Eurostat e dell'OCSE relativi al 2021[19] sconvolgono il modello di famiglia sul quale si è costruita la disciplina del 1942, la normativa costituzionale del 1948 e finanche la legge di riforma del 1975. Ormai da decenni la società italiana si è allontanata da quel modello che vedeva il padre più acculturato della madre, unico in famiglia a svolgere una attività lavorativa, con due e più figli nati in costanza di matrimonio, con un numero marginale di figli nati fuori del matrimonio, o adottivi, e destinata a durare fino al limite naturale della vita, con la convivenza di più generazioni sotto lo stesso tetto.

I dati statistici innanzitutto fanno riferimento ad una nozione di famiglia di tipo "amministrativo", come risulta dai certificati relativi allo stato di famiglia e alla residenza delle persone, e considera quindi famiglie anche quelle costituite da una sola persona (adulta, singola, occupata, più frequentemente di sesso femminile); e non considera inclusi in "famiglie" le aggregazioni di persone conviventi e consanguinee, come i fratelli e le sorelle, e gli affini.

---

[18] Il riferimento è, ovviamente, al pregevole saggio di Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520; sul punto v. S. Patti , *La* famiglia*: dall' isola all'*arcipelago?, in *Riv. dir. civ.*, 2022.

[19] ISTAT, Rapporto annuale. Cap. III, *Famiglie, stranieri e nuovi cittadini*, Roma, 2022, 147 ss.; EUROSTAT, EUROSTAT, *Statistics on Society and Work during COVID-19,* Bruxelles, 28 ottobre 2020; OECD, *Family Data base*, Paris, s.d.

Il rapporto ISTAT mette in evidenza la maggior durata della vita delle persone, con tutti gli aspetti positivi e negativi dell'invecchiamento diffuso.

Il tempo è un fattore che il legislatore prende in considerazione con parsimonia, quanto meno in materia di diritto di famiglia[20]. Eppure esso incide notevolmente, da un lato, sulla durata della coppia – coniugata o solo convivente – dall'altro sulla organizzazione familiare, e poi sull'esercizio dell'attività lavorativa o professionale, sul risparmio, sul pensionamento, sull'assistenza sociale e sanitaria, sul sostegno economico che gli anziani offrono ai figli (e non viceversa), e così via[21].

L'invecchiamento della popolazione in Italia è un fenomeno divenuto preoccupante, perché ha mutato in modo drammatico tutte le rappresentazioni e previsioni demografiche: l'innalzamento della *vita media* è stato costante, passando dai 40-45 anni del 2000, ai 60-65 anni del 2020, per finire ai 75-80 del 2040. Le ragioni di questo risultato, positivo e straordinario, sono dovute ad una maggiore acculturazione delle persone, ad una vita più sana, ad un lavoro più sicuro, ad una alimentazione più attenta, ad una cura della salute più efficace, e, ovviamente, ai traguardi raggiunti dalla scienza medica e chirurgica.

All'invecchiamento della popolazione ha fatto *pendent* la denatalizzazione. La diminuzione dei primogeniti nel corso del ventennio è salita al 40%. E, cosa ancor più significativa, il numero dei figli nati fuori dal matrimonio è giunto al 38,9 % del totale di figli nati dalle coppie unite in matrimonio o dalla semplice convivenza. Nel Centro Italia la percentuale aumenta al 45,8 per cento. Tra i nati fuori del matrimonio l'84 % si ascrive alle coppie conviventi di celibi e nubili.

Si registra inoltre il crollo dei matrimoni. Le unioni libere si sono moltiplicate e oggi (cioè nel biennio 2020-2021) ammontano a circa 1.450.000, mentre i matrimoni nel 2021 sono stati 179.000 circa, di cui i matrimoni religiosi sono il 56%.

Considerando le statistiche dalle quali risulta che i figli nati fuori dal matrimonio sono più di un terzo del totale, e i matrimoni sono solo un settimo del totale, si misura la distanza del modello attuale dal modello tradizionale di famiglia che gli estensori del codice civile, i Padri costituenti, e i redattori della stessa riforma del 1975 avevano in mente.

Una distanza che risulta ancor più evidente dai risultati riguardanti la composizione delle famiglie. La struttura della famiglia si è trasformata radicalmente: si sono ridotte le famiglie multiple o estese, sono aumentate le famiglie nucleari, si sono moltiplicate le famiglie unipersonali. Persone sole o coppie senza figli raggiungono la metà di tutte le famiglie. Di esse le famiglie unipersonali sono un terzo di tutte le famiglie, e ammontano a 8,5 milioni, mentre le famiglie estese superano di poco il milione. Nei Paesi dell'Europa del Nord le famiglie unipersonali superano addirittura il 50% di tutte le famiglie. Si stima che nel futuro le coppie senza figli supereranno in percentuale le coppie con figli.

Quelle che oggi consideriamo dunque le novità del momento sono famiglie che si sono formate nel corso di due decenni: coppie non coniugate, famiglie ricostituite, single non vedovi e monogenitori non vedovi sono famiglie che raggiungono il 36,7% delle famiglie; i single non vedovi sono 5,3 milioni.

---

[20] V. ora i contributi raccolti da DEL PRATO, *Diritti e tempo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2021, n. 12; e l'originale trattazione di TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio*, Soveria Mannelli, 2021.

[21] V. TAMPONI, *Nel diritto della terza età. Le rughe tra giudizio e pregiudizio,* Soveria Mannelli, 2021.

Le unioni libere e le famiglie ricostituite superano di gran lunga le famiglie unite dal primo matrimonio.

È migliorata anche la posizione della donna nella famiglia, risultando che le mogli più istruite dei mariti segnano percentuali elevate (circa il 20%), mentre basse sono ancora le percentuali delle donne che hanno una occupazione esterna alla famiglia (meno della metà).

La lunga permanenza dei giovani all'interno della famiglia – un fenomeno che nel 2004 aveva scandalizzato la Banca Mondiale degli Investimenti[22] – è un tratto costante della società italiana, condiviso con Portogallo, Grecia e Croazia, ed ammonta a circa la metà di coloro che si situano nella fascia dai 18 ai 34 anni.

Per finire questa rassegna, gli anziani compresi nella fascia tra i 65 e i 74 anni sono 7 milioni, e rappresentano circa la metà di questo segmento della popolazione, di cui un quinto vivono da soli e quattro quinti vivono in famiglia, contribuendo ai bisogni familiari. L'altra metà non è autosufficiente, e si affida prevalentemente alla famiglia piuttosto che ai servizi sociali.

Infine, una notevole risorsa è costituita dalla immigrazione, posto che gli immigrati registrati (residenti) sono più di 5,5 milioni (ma si stima che quelli non registrati ammontino a circa un milione), prevalentemente provenienti dalla Romania, e da Paesi extracomunitari come l'Albania, il Marocco, l'Egitto e la Cina, con una cospicua presenza di famiglie con un indice di natalità superiore a quello dei cittadini. Gli immigrati minorenni sono circa un milione, di cui il 22,7 per cento ha acquisito la cittadinanza italiana; gli altri attendono di acquisirla o mediante la introduzione dello *ius soli* o mediante il ricorso allo *ius scholae*, con la modifica della l. n. 91 del 1992.

4. *Gli strati sociali*

Il Rapporto ISTAT ci aiuta anche a comprendere la composizione sociale della popolazione e quindi le differenze di ceto[23]. A differenza di quanto si potrebbe pensare, la struttura sociale italiana non è configurata secondo una piramide ascendente, di cui la base delle famiglie poco abbienti è la superficie più ampia e la punta rappresentata delle famiglie più abbienti la superficie più ristretta. Oggi – ci rammentano i sociologi – la struttura sociale è a forma di clessidra, in cui la parte mediana è molto ristretta, e le parti più ampie riguardano il fondo e il vertice della scala sociale. All'espansione della classe media che si è verificata dagli anni Sessanta del Novecento al Duemila, è succeduta una maggiore pauperizzazione delle classi intermedie ed un maggiore arricchimento ed una maggiore estensione delle classi più abbienti. Si registra inoltre una maggiore segmentazione (in termini di profili occupazionali, di reddito e adeguatezza del titolo di studio) del tessuto sociale. Per l'Istat[24] «la crescente complessità del mondo del lavoro attuale ha fatto aumentare le diversità non solo tra le professioni ma anche all'interno degli stessi ruoli professionali, acuendo le diseguaglianze tra classi sociali e all'interno di esse».

Nove sono i gruppi sociali in cui è divisa la società italiana: i giovani "blue collar"; le famiglie degli operai in pensione con reddito medio; le famiglie a reddito basso con

[22] V. il Rapporto del 2004. *Doing Business. Undestanding Regulations*, Washington, DC.

[23] Barbagli, *Classi e ceti sociali nello spazio urbano:19545-2001*, ne *L'Italia e le sue Regioni*, Treccani digitale, Roma, 2015.

[24] Rapporto 2017.

stranieri; quelle a reddito basso di soli italiani; le famiglie tradizionali della provincia; il gruppo formato da anziane sole e giovani disoccupati; le famiglie benestanti di impiegati; le famiglie con "pensioni d'argento" e infine la classe dirigente.

Si registrano le "nuove povertà".

Osserva Maurizio Barbagli[25]:

«Le famiglie a basso reddito di soli italiani sono 1,9 milioni per un totale di 8,3 milioni di persone: si tratta per lo più di coppie con più figli, con titolo di studio basso, un reddito familiare di circa il 30 per cento in meno della media nazionale e sono per un terzo a rischio povertà. Le famiglie a basso reddito con stranieri sono 1,8 milioni (7,1%), per un totale di 4,7 milioni di individui. È il gruppo più giovane, con età media della persona di riferimento di 42,5 anni, nella metà dei casi con diploma di scuola superiore e 1 su 10 con laurea. Ciononostante presenta le peggiori condizioni economiche, con uno svantaggio di circa il 40 per cento rispetto alla media e la maggiore incidenza di povertà assoluta (27,9% di famiglie e 34,4 di individui).

La classe dirigente include 1,8 milioni di famiglie (7,2%) per un totale di 4,6 milioni di individui: per il 40 per cento si tratta di coppie con figli, la persona di riferimento ha in media 56,2 anni ed è laureata. Il reddito è più alto del 70 per cento rispetto alla media. Secondo l'Istat «la classe dirigente è la classe dell'innovazione sociale, in quanto detentrice dei mezzi di produzione e del potere decisionale e il titolo di studio è elemento determinante».

Le statistiche ci dicono che tra le famiglie con minori, è in povertà assoluta l'8,3 per cento delle famiglie di soli italiani e ben il 36,2 per cento di quelle di soli stranieri. Nel 2016 si contavano circa 3 milioni 590 mila famiglie senza redditi da lavoro.

Le regole del diritto civile dovrebbero dunque essere integrate da quelle di natura sociale e fiscale per analizzare complessivamente il fenomeno "famiglia", al quale comunque esse si applicano in modo orizzontale, non solo perché la legge è uguale per tutti, ma anche perché la legge non discrimina più, come un tempo, gli status familiari attribuendo a ciascuno di essi regole diverse, appropriate ai diversi status sociali.

Quando si dice che il diritto debba solo lambire la famiglia si può paventare che il diritto non debba appropriarsi degli spazi di autonomia e di intimità della vita delle persone conviventi, ma si potrebbe anche ritenere, quasi fosse un "retropensiero", che la famiglia si debba autogovernare secondo la libertà attribuitale dallo status che riveste.

5. *Qual è il compito del diritto nella disciplina della famiglia?*

Di fronte a questo scenario, poco studiato e poco presente nel dibattito politico, ma anche nel dibattito dei giuristi, ci si avvede che le leggi più recenti, cioè le due leggi sulla filiazione (l. n. 19 del 2012 e d.lgs. 154 del 2013), le due leggi su separazione e divorzio che hanno semplificato e abbreviato i termini delle procedure (d.lgs. 132 del 2014 e l. n. 55 del 2015) , la legge sulle unioni civili e sulla convivenza (l. n. 76 del 2016), le norme che hanno ridefinito i rapporti familiari (d.lgs. n. 5 del 2017; d.lgs. n. 6 del 2017; d.lgs. n. 7 del 2017), nonché le più significative pronunce della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione hanno inseguito trasformazioni sociali da lungo tempo in atto nel Paese, trasformazioni che per questioni meramente politiche o ideologiche si sono del tutto ignorate.

[25] Barbagli, *op. loc. cit.*

Di fronte a questa situazione è agevole constatare che l'attuale struttura normativa non corrisponde esattamente alla struttura sociale della "famiglia" che si è venuta formando nel nostro Paese.

E proprio questo è il punto: quale è il compito del diritto? Deve astenersi dall'interferire nel governo della famiglia e nel ruolo che la famiglia svolge nella società, oppure assumere un compito propulsivo? E fino a che punto la famiglia tradizionale è radicata nell'immaginario o nelle convinzioni ideologiche dei giuristi? Siamo in grado di storicizzare il modello di famiglia tradizionale e di apprezzare i cambiamenti che esso ha subìto, cambiamenti che non sono più nuovi o recenti, ma datano ormai da molti lustri?

Proviamo a ripercorrere per temi generali il percorso dei giuristi al fine di capire come si possa rispondere a questi interrogativi di fondo.

6. *La famiglia come "isola"*

«I valori immateriali, l'ambito affettivo costituiscono il contesto in cui si deve collare la famiglia»: sulla base di questo presupposto Arturo Calro Jemolo, nel 1949, a dieci anni dalla entrata in vigore del Libro I del Codice civile formulava il suo *dictum* che avrebbe avuto una larga risonanza e una convergenza di consensi: «la famiglia appare sempre, se si consenta il simbolo, come un'isola che il mare del diritto può solo lambire, ma lambire soltanto; la sua intima essenza rimane metagiuridica»[26].

Questa frase, ineccepibile, concludeva una conferenza tenuta all'Università di Catania il 21 marzo 1949. In quel frangente, era un discorso coraggioso, perché prendeva le distanze dagli orientamenti in allora prevalenti negli orientamenti dottrinali e nel modello legislativo di governo della famiglia, che il Regime aveva prefigurato, e che corrispondeva - si badi bene - alla concezione di famiglia, di rapporti familiari, di differenze tra uomo e donna e tra marito e moglie, propria della quasi totalità dei cittadini italiani. Quel modello di famiglia rispecchiava la mentalità diffusa degli italiani.

Certo, il Regime aveva enfatizzato il ruolo politico della famiglia, come cellula della società, come nido dell'infanzia e poi modello formativo dei giovani votati ai destini superiori della Patria. Di qui un nuovo codice civile che avrebbe dovuto superare «gli eccessi del vecchio formalismo individualista» e «realizzare (…) quell'intervento attivo dello Stato che è garanzia di una buona formazione spirituale del popolo e della retta amministrazione della giustizia sociale»[27]. Dovendo «assicurare la difesa del nucleo familiare e la difesa della razza» il Codice fascista aveva «respinto il divorzio, riconsacrato i vincoli familiari, mantenendo l'autorità paterna e difendendo la famiglia legittima di fronte ad ogni altro nucleo associativo o casuale»[28]. Dio, Famiglia e Patria erano i tre valori impressi nell'immaginario collettivo e assunti a difesa dei caratteri della Nazione, fondata sul culto cattolico, sulle tradizioni sociali, sul sentimento solidale che univa i cittadini ariani. Insomma, «la famiglia era rappresentata quale istituzione organica e gerarchica, imperniata sul matrimonio e sulla patria potestà. Entrambi gli istituti, peraltro, apparivano come sospesi fra società civile e Stato. Nella stessa conclusione del matrimonio acquistava una funzione costitutiva – e non meramente dichiarativa – il

[26] *La famiglia e il diritto*, in *Annali* del Seminario Giuridico dell'Università di Catania, III-1949.
[27] Solmi, *L'idea fascista nel nuovo codice civile*, Roma, 1940, 23.
[28] *Ivi*, 34; Cicu, *Il diritto di famiglia nello Stato fascista*, in «Jus», 1940, 3, 371 ss.

pubblico ufficiale, quale rappresentante degli interessi pubblici»[29]. In questo senso, la famiglia riproduceva la gerarchia statuale, e aveva un suo proprio interesse differenziato da quello dei suoi membri e superiore ad esso: il riconoscimento di un vero e proprio interesse della famiglia quale unità organica non si risolveva affatto nella mera somma degli interessi individuali dei componenti[30].

Nulla di più distante dal pensiero di Jemolo, per il quale la famiglia era il nucleo dei sentimenti e dei rapporti più sacri, non si poteva ridurre a costruzioni giuridiche, politiche, economiche; era un istituto pregiuridico che il legislatore non aveva definito, ma considerato come un fenomeno da rispettare. La famiglia comprendeva i figli, legittimi e naturali: nei confronti di questi ultimi la tradizione era stata oscillante, e il nuovo codice aveva tenuto una posizione compromissoria, ne aveva sottolineato il diritto agli alimenti, ma non il diritto di far parte della famiglia legittima.

Jemolo, primo tra i giuristi ad applicare la normativa costituzionale ai rapporti tra privati, sottolinea come la Costituzione abbia scardinato il modello del codice civile, soprattutto in due punti: nel riconoscere l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, nell'assicurare una tutela egalitaria ai figli nati fuori del matrimonio. Ma vede negli artt. 29, 30 e 31 norme programmatiche, non precettive, che attendono una legislazione di attuazione di là da venire e vede nel diritto uno strumento ben poco utile al di fuori dei rapporti patrimoniali. E pertanto esclude che il diritto di famiglia possa essere collocato nell'ambito del diritto pubblico, dal momento che il celebrante è un semplice funzionario dello Stato che registra la comune volontà dei nubendi, ma non partecipa all'atto né ha il potere di sindacarlo, e le funzioni del padre non si possono assimilare all'esercizio di un ufficio pubblico.

Jemolo sottolinea ancora che certi programmi del Regime non furono accolti con entusiasmo dai cittadini; e si riferisce non solo alle leggi razziali, ma anche ai progetti educativi. Sottolinea poi l'importanza della interpretazione e applicazione del diritto effettuata dai giudici, che non si può spingere a negare il principio di eguaglianza, che ignora le differenze cetuali e quelle relative alle convinzioni religiose o agnostiche, dovendosi da un lato rispettare i sentimenti di ciascuno, siano essi devoti alla religione oppure no, e tutti gli individui trattati nello stesso modo, secondo il principio egalitario sancito dalla Costituzione. E anche se il diritto non si può esaurire nella valutazione economica dei rapporti, è in questi che il diritto assolve precipuamente la sua funzione. Di qui la conclusione che il diritto non può penetrare nell'intima vita familiare, e, se mai, solo lambire ma non soffocare la famiglia.

Alcuni dei principi e delle affermazioni di Jemolo sono ancor oggi condivisibili, e possiamo dire che hanno fondato quell'indirizzo laico e liberale che, marginale negli anni in cui le sue parole erano pronunciate, si è poi ingrossato e radicato al punto da diventare maggioritario nel panorama dottrinale.

Ma occorre non prendere quelle parole come enunciati "assoluti", e piuttosto storicizzarle.

Ancorata alla definizione di famiglia come società naturale fondata sul *matrimonio* è la concezione di Cesare Grassetti, espressa nella voce *Famiglia* del Novissino Digesto Italiano[31]. Più che approfondire il discorso sulla appartenenza del diritto di famiglia

---

[29] Cavina, *Il diritto di famiglia*, ne *Il contributo italiano alla storia del Pensiero* (Diritto), *Enc. Treccani*, Roma, 2012.

[30] Cicu, *op. cit.*, 130.

[31] Vol. VIII, Torino,1961, 48 ss.

al diritto pubblico o al diritto privato, e sulla natura contrattuale o semplicemente negoziale del matrimonio, Grassetti pone in luce essenzialmente due aspetti dell'istituto, sulla base della sua interpretazione delle disposizioni costituzionali: il fatto che si parli di famiglia come società naturale anteposta allo Stato, di cui lo Stato deve riconoscere i diritti fondamentali, e il fatto che la famiglia, per poter sussistere nel mondo del diritto, debba essere fondata sul matrimonio.

Dalla prima considerazione non deriva tuttavia che la famiglia sia soggetto di diritto, ma soltanto che la famiglia sia istituzione di diritto naturale; e dalla seconda che i rapporti giuridici si instaurano solo tra genitore e figlio, ma non tra i membri della famiglia naturale. Portando alle estreme conseguenze il suo discorso, Grassetti sostiene che il figlio naturale ha uno *status di filiazione* ma non uno *stato di famiglia*, essendo quello stato riservato solo ai figli legittimi ma non a quelli naturali, e lamenta che la Costituzione non sia stata più coraggiosa e generosa nel trattamento giuridico dei figli nati fuori dal matrimonio. È poi importante sottolineare che opportunamente il legislatore (e tanto meno la Costituzione, salvo il richiamo alla società naturale) non dia una definizione di famiglia, atteso che il termine è inteso in diverse accezioni, ora più ristrette ora più ampie, a seconda che sia ripreso in materia di indennità per la cessazione del rapporto di lavoro (art. 2122), di assegni familiari, di infortuni sul lavoro, di pensioni etc.

Occorre anche sottolineare che sia la posizione di Jemolo sia quella di Grassetti muovevano da un ordinamento che non conosceva ancora il divorzio, che sarebbe intervenuto trent'anni dopo la pubblicazione del testo della conferenza del primo e dieci anni dopo la pubblicazione della voce enciclopedica del secondo. Il matrimonio per entrambi era ancora indissolubile, e quindi i rapporti fondati sul vincolo familiare erano destinati a durare fino alla morte. C'era quindi una stabilità intrinseca all'istituzione (più o meno apparente, e tuttavia formalmente intatta) che la connotava in modo significativo.

Che la famiglia non potesse essere considerata un ente, o un centro di imputazione di diritti ed interessi era invece una questione ancora aperta, mentre oggi è considerata acquisizione indiscutibile. Con molta chiarezza Massimo C. Bianca ha precisato che «la famiglia non è un ente giuridico, e cioè un autonomo centro di imputazione di diritti e doveri. Nessuna posizione giuridica è, infatti, attribuita alla famiglia come tale, né vi sono competenze riservate alla decisione e alla gestione del gruppo familiare. La mancanza di posizioni giuridiche della famiglia risponde alla mancanza di interessi familiari collettivi. La famiglia non è portatrice di propri interessi, perché gli interessi realizzati nella famiglia sono fondamentali esigenze della persona. Anzi, i tipici interessi individuali sono proprio quelli che si esprimono nei rapporti familiari. L'interesse alla convivenza, alla libertà matrimoniale, all'assistenza coniugale, alla cura da parte dei genitori sono insopprimibili esigenze di vita dell'individuo in quanto tale e non di una collettività. I riferimenti normativi alle esigenze della famiglia devono semplicemente intendersi come riferimenti alle esigenze dei componenti della famiglia nella loro globale valutazione. Le esigenze dell'unità e della vita della famiglia sono, precisamente, gli interessi che i singoli compartecipi attuano nel rapporto comunitario. L'idea di un superiore interesse della famiglia, affermata in relazione al tramontato modello autoritario, risulta estranea alla nuova concezione della famiglia quale comunità nella quale ciascuno dei compartecipi realizza le prime esigenze di convivenza e di solidarietà umana»[32].

[32] C.M. Bianca, voce «Famiglia», nell'Enc.Treccani digitale, (con M. Barbagli), Roma, 1993.

Abbiamo potuto constatare che i principi costituzionali, racchiusi negli artt. 29-31 Cost., connessi con l'art. 2 sullo sviluppo della personalità, con l'art. 3 non solo riferito all'eguaglianza formale ma (soprattutto) riferito all'eguaglianza sostanziale, con gli artt. 4 e 35, con l'art. 33 e 34 , hanno inciso fortemente sulla disciplina del diritto di famiglia e sulle leggi speciali riguardanti il lavoro, l'educazione e l'istruzione, ed hanno quindi assolto ad una funzione non meramente programmatica ma autenticamente precettiva[33].

Il ruolo dei giudici costituzionali è andato ben al di là di quanto lo stesso Jemolo potesse immaginare, sia per adeguare ai precetti della Carta le norme del codice civile, nella fase anteriore all'introduzione della riforma del 1975, sia, nella fase successiva, per rendere le regole sulla famiglia adeguate alle necessità dei tempi e al sentire comune; la Corte di Cassazione, anch'essa con sentenze coraggiose, ha anticipato (seguendo l'indirizzo della Corte costituzionale) soluzioni dei singoli casi che sarebbero poi spettate, su un piano generale, al legislatore. E lo stesso legislatore, negli anni recenti, è più volte intervenuto per adeguare la disciplina alle nuove esigenze, come sopra si è documentato.

Ma credo che la riforma più sostanziosa, ancor più che non l'intervento del legislatore o di ardite soluzioni debitrici della creatività giurisprudenziale, sia dovuta all'opera della dottrina nell'affermazione dei diritti fondamentali nell'ambito della famiglia. Qui il principio di eguaglianza, il principio di libero sviluppo della personalità, il principio di solidarietà hanno superato sia l'intimità del fenomeno familiare, sia il potere genitoriale e le prassi nella conduzione dei rapporti familiari[34].

È la netta prevalenza dell'individuo sul gruppo, la netta prevalenza della persona sulla famiglia, che ha spinto le diverse Corti ad accentuare la protezione dell'individuo in tutte le formazioni sociali in cui opera. Non si è più considerata la famiglia come un "ente" portatore di interessi propri distinti da quelli dei suoi membri, né si è più considerata la famiglia come un luogo in cui si debbono conciliare interessi privati ed interessi pubblici.

Le Corti nazionali, di concerto con la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione europea, hanno creato uno "zoccolo duro" che lo stesso legislatore non può infrangere e che reca ai singoli, nella famiglia, garanzie e provvidenze.

Basti pensare alla problematica dell'identità, delle origini genetiche, del nome; alla convivenza del figlio con il "genitore sociale"; all'adozione del singolo e ai rapporti tra l'adottato e il convivente dell'adottante, per prendere coscienza del lungo cammino compiuto dai giudici negli ottanta anni e più che li dividono dall'entrata in vigore del codice civile.

In fin dei conti, è molto più rilevante l'intervento del legislatore in materia di convivenze che non quello in materia di unioni tra persone dello stesso sesso.

Quest'ultimo è un intervento che colloca il nostro Paese alla stregua degli altri che, più civilmente, avevano già provveduto da decenni, anche sulla base delle raccomandazioni che, dal 1994, il Parlamento europeo si peritava di indirizzare agli Stati Membri[35]; la legge del 2016 ribalta la concezione stessa del matrimonio, inteso nel modo tradizionale, ed è ideologicamente molto significativa; l'intervento ha finalmente legittimato forme di vita comune avversate dal diritto e poi solo tollerate, ma mai compiutamente apprezzate.

---

[33] V. Bessone, *Commentario alla Costituzione, sub art.29*, Bologna, 1976.

[34] Dogliotti, *Persone fisiche, capacità,status, diritt*i, voll.1 e 2, Torino, 2014; Alpa e Ansaldo, *Le persone fisice.Artt.1-10*, Milano, 2013; Alpa e Resta, *Le persone e la famiglia*, vol. 1, Torino, 2019; Ferrando, *Il diritto di famiglia*, Bologna, 2020; Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2021.

[35] Martedì 5 aprile 2022 a Strasburgo è stata approvata l'ultima raccomandazione sulla Tutela dei diritti dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia.

Anche in questo caso il diritto, come per i valori fondamentali tutelati dalla Costituzione, dalla Carta europea dei diritti e dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti umani, ha svolto una funzione protettiva, propulsiva e di garanzia, ben diverso dal ruolo opprimente e soffocante quale quello temuto da Jemolo nei primi anni del dopoguerra.

7. *Oltre il* dictum *di Jemolo*

Vent'anni fa muovendo dal saggio di Jemolo, Francesco D. Busnelli[36] ha riutilizzato l'immagine dell'isola, rappresentativa della famiglia, collocandola però in un arcipelago di isole più piccole, che ai suoi occhi rappresentavano tutte le forme più o meno variegate di convivenza. Anche la metafora dell'arcipelago ha avuto fortuna[37].

Ma la riflessione che essa voleva introdurre – criticare cioè chi affidava alla pura volontà individuale il governo della famiglia, al riparo da ogni intervento del diritto, e chi propugnava una eguaglianza tra famiglia legittima e famiglia di fatto, tra matrimonio e unione omosessuale – non ha sortito l'effetto sperato, perché, ottemperando ad un invito del Parlamento europeo che già nel lontano 1994 aveva esortato i legislatori nazionali ad introdurre forme di istituzionalizzazione delle unioni tra persone dello stesso sesso[38], il legislatore italiano, pur tra gli ultimi ad osservare l'invito, ha predisposto una disciplina articolata delle unioni e delle convivenze anche eterosessuali.

Non si sono avverate le previsioni di chi aveva pronosticato la morte della famiglia e neppure si sono accreditate forme di famiglia prive di qualsiasi considerazione da parte del diritto: la famiglia di per sé, comunque sia formata, non è un fenomeno indifferente al diritto, tutt'altro. Il diritto non è mai neutrale, neppure quando omette di disciplinare un rapporto, perché non disciplinandolo lo rende lecito. D'altra parte, la storia della famiglia di fatto, che come fenomeno avrebbe dovuto essere estranea al diritto e indifferente alle sue regole, è una storia che al contrario registra interventi più che significativi del legislatore e dei giudici, quando si negava alla convivente qualsiasi aspettativa in materia successoria, quando si negava alla convivente una retribuzione per la collaborazione nell'impresa del titolare, o quando si ammetteva il risarcimento del danno per la morte del soggetto che provvedeva al suo sostentamento[39]. Anziché una posizione neutrale, in tutti questi casi si registrava una valutazione ideologicamente connotata.

Il sistema giuridico, fino alla riforma del 1975 e salve le provvidenziali sentenze della Corte costituzionale che hanno reso precettive le norme della Carta, aveva un atteggiamento oppressivo della famiglia e di tutto ciò che si opponesse al modello tradizionale: i figli nati fuori dal matrimonio erano un segno di disordine (per la religione il frutto del peccato) e i conviventi non meritavano alcuna attenzione, non perché la loro esistenza fosse indifferente al diritto, ma perché propugnavano una concezione di famiglia antagonista a quella tradizionale e perciò priva dei requisiti richiesti per meritare attenzione e provvidenze. Portavano un elemento di disordine nell'ordinato assetto della società civile.

---

[36] Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 520 ss.

[37] S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.

[38] *Risoluzione sulla parità di diritti per gli omosessuali nella Comunità* - (doc. A3-0028/94).

[39] Alpa, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1718 ss.

Nello specchio del diritto – scrive in pagine meditate Paolo Zatti[40] – si sono spesso deformate le immagini delle famiglie via via costruite dal legislatore e dai giuristi, e sono caduti molti capisaldi che puntellavano la disciplina, come il principio di gerarchia, che ha lasciato il posto al rapporto dialettico tra i membri della famiglia, l'interesse del minore che prevale sull'interesse dei genitori, la famiglia monoparentale, ormai accettata accanto a quella bigenitoriale, fino a qualche tempo fa ritenuta irrinunciabile per l'educazione e lo sviluppo del minore.

8. *La storicizzazione del diritto di famiglia*

I rapporti tra famiglia e diritto, e l'evoluzione del diritto di famiglia, si possono perciò intendere solo se si collocano nel contesto storico in cui sono considerati[41], perché il diritto, come si è visto, non ha svolto un ruolo univoco e lineare nel corso del tempo. Anzi. Possiamo considerare, con riguardo all'esperienza italiana, almeno tre fasi, considerando l'epoca della nuova codificazione e dei primi decenni di applicazione della Costituzione (dal 1942 al 1975), l'epoca della riforma e della sua applicazione (1975-2000), e finalmente l'epoca dei diritti fondamentali (2000-2022).

La prima fase è quella in cui il diritto ha svolto un ruolo oppressivo, perché, sulla base di un potere precostituito del genitore-padre-marito, legittimato dallo Stato, rimetteva alla volontà del maschio più anziano le direttive di vita della moglie e dei figli, nei cui confronti esercitava il *ius corrigendi*. Di qui le pagine illuminate di Jemolo, che, nel rivendicare alla famiglia una libertà primigenia, anteposta allo Stato, si augurava che il diritto, anziché assumere le sembianze dello Stato e quindi un modello oppressivo, la potesse solo lambire: era una speranza, e nello stesso tempo un proposito, perché la famiglia potesse prosperare in libertà, dandosi le proprie regole al riparo dalla "pubblicizzazione" delle sue funzioni. Ma anche quelle di Grassetti, che, pur legando in modo indissolubile la famiglia riconosciuta dallo Stato come legittima perché fondata sul matrimonio, vedeva nelle norme costituzionali un limite all'intervento legislativo dello Stato che si doveva inchinare alle sue leggi e ai suoi diritti.

La seconda fase è quella dello Stato garantista e protettivo, che emerge dalle norme costituzionali in cui la famiglia non è connotata solo dal vincolo matrimoniale, ma essendo "società naturale" è una formazione sociale nella quale si sviluppa la personalità dell'individuo e quindi comprende anche la famiglia naturale. La riforma del 1975, pur non avventurandosi nella disciplina dei rapporti della famiglia di fatto – dovranno passare più di trent'anni per raggiungere questo obiettivo – mette in evidenza il principio di eguaglianza giuridica e morale dei coniugi, l'interesse del minore, la rilevanza della convivenza e della comunità degli affetti, proteggendo i diritti dei singoli all' interno della famiglia[42].

La terza fase è quella che ci coinvolge, ed è collocabile grossomodo intorno all'inizio del nuovo millennio, come il risultato della applicazione estesa delle norme costituzionali, e della emergenza dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e dei diritti umani della Convenzione europea applicati direttamente ai rapporti tra privati[43].

---

[40] ZATTI, *Introduzione*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I.1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO-FORTINO-RUSCELLO, Milano, 2011, cap. 1.

[41] Basta leggere ARIES, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna* (1960), Roma-Bari, 1996 rist. 2006 per convincersene; e v. RESCIGNO, *op. cit.*

[42] Sui diritti dei singoli all'interno della famiglia v. BESSONE, *Commentario alla Costituzione, art. 29.*

[43] Cass. 2003.

Essa vede operare lo Stato come propulsore dei diritti, e nel dialogo delle Corti uno scenario in cui i diritti dei membri della famiglia trovano piani diversi di tutela, al di là dei confini nazionali, nel diritto europeo e nel diritto internazionale convenzionale. In questa fase è superato il problema della legittimazione della famiglia mediante il matrimonio, della equiparazione dei figli, addirittura della stessa convivenza di persone di sesso diverso, anche se l'istituto del "matrimonio" è ancora riservato alla coppia eterosessuale.

Il diritto di famiglia, dopo gli ultimi approdi legislativi del 2012-2013-2016-2017 in materia di filiazione e di unioni civili e di convivenze, è stato dunque rifondato *ab imis.*

9. *La famiglia e la* vita familiare *nella giurisprudenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti umani*

La vita familiare è oggetto di una giurisprudenza copiosissima della Corte di Strasburgo fondata sugli artt. 8, 12, e 14 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti umani e sull'art. 5 del Protocollo n. 7 del 22 novembre 1984.

La famiglia è intesa dai giudici di Strasburgo come un insieme di persone che convivono ed è la convivenza il legame che sviluppa la personalità dell'individuo (Olsson c. Svezia, 1988). La vita familiare costituisce una nozione autonoma rispetto alla vita privata (Marckx c. Belgio, 1979). La famiglia è considerata sia nella sua versione tradizionale, composta da due membri di sesso diverso uniti in matrimonio, sia nella versione moderna costituita da coppie non unite in matrimonio, ma semplicemente conviventi, siano esse di sesso diverso o dello stesso sesso.

È la convivenza il fattore che qualifica il rapporto che lega i famigliari di fatto (Johnston e altri c. Irlanda, 1986). La coppia di fatto è riconosciuta come tale se la durata della convivenza è stata apprezzabile ed eventualmente se ha dato origine a dei figli (X, Y, Z c. Regno Unito, 1997). La nozione di vita familiare è estesa anche alle coppie omosessuali (Paradiso e Campanelli c. Italia, 2017 e Oliari e altri c. Italia,2015). La nozione di famiglia comprende anche i figli maggiorenni se conviventi (Belli e Arquier-Martinez c. Svizzera…). La motivazione del caso Katsikeros c. Grecia riassume la giurisprudenza della Corte sulla rilevanza della famiglia di fatto.

Non può considerarsi una famiglia la relazione meramente biologica tra un genitore e il proprio figlio: occorrono cioè altri fattori perché si possa creare una famiglia (v. ancora Katsikeros c. Grecia): è il caso dell'unione del padre naturale con il figlio nato fuori dal matrimonio. Ma nel caso in cui la convivenza sia stata solo biologica, e il ricorrente abbia abusato della figlia handicappata, derivandone quindi una sanzione penale, la Corte ha escluso che in concreto sussistesse una famiglia (Ahrens c. Germania, 2020).

La sussistenza o meno di una vita familiare che lega le persone è oggetto di accertamento di fatto, e sono le circostanze concrete a determinare l'esistenza di una "famiglia" (L. c. Paesi Bassi, 2004). È perciò considerata una famiglia che dà luogo ad una vita familiare anche la convivenza di un minore con una coppia con cui egli non abbia alcun legame biologico, ma solo affettivo (Moretti e Benedetti c. Italia, 2010), mentre non è considerata una famiglia da cui derivi una vita familiare la convivenza di un minore durata un anno con una donna che aveva ottenuto la dichiarazione dello stato di adottabilità (Marchi c. Italia, 2021). Sempre le circostanze di fatto hanno condotto la Corte ad escludere che si fosse formata una famiglia ed una vita familiare nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia (2017), in cui il minore conviveva con la coppia da circa otto mesi

in una condizione di precario legame giuridico, senza avere alcun legame biologico con i conviventi.

È dunque l'accertamento delle circostanze di fatto che guida la Corte ad accertare se sussistano legami affettivi nati dalla convivenza che giustificano la sussistenza di una vita familiare (Nylund c. Finlandia, 1999; L. c. Paesi Bassi, 2004; Anayo c. Germania, 2010).

Anche una vita familiare solo progettata può avere rilevanza (Pini e altri c. Romania, 2004); il matrimonio religioso non riconosciuto dallo Stato dà luogo ad una famiglia, ma non implica l'obbligo di riconoscimento dello Stato a fini pensionistici o successorii (Şerife Yiğit c. Turquie, 2010).

La nozione di "vita familiare" di cui all'art. 8 della Convenzione è dunque più estesa della nozione di "famiglia" nell'accezione corrente, anche aggiornata, come dimostra il fatto che la Corte ha riconosciuto l'applicabilità della disposizione alla convivenza di fratelli (Moustaquim c. Belgio, 1991; Mustafa e Armağan Akın c. Turchia, 2010), o di zii e nipoti (Boyle c. Regno Unito, 1994). I rapporti intergenerazionali, tra nonni e nipoti, sono considerati più flebili, così come i rapporti istituiti tra adulti e loro genitori, o tra fratelli e sorelle (Bernhebba c. Francia, 2003).

10. *La "contrattualizzazione" del diritto di famiglia*

Ma vi è anche un'altra linea di sviluppo di cui occorre tener conto: l'accentuata "privatizzazione" del diritto di famiglia intesa come la rilevanza della volontà dei suoi membri per la realizzazione di interessi un tempo ritenuti in contrasto con l'ordine pubblico e quindi non protetti. Se già nel 1945 Francesco Santoro-Passarelli[44] poteva contestare la concezione pubblicistica di Antonio Cicu sostenendo che il diritto di famiglia apparteneva al diritto privato perché erano ammessi negozi di diritto privato aventi natura familiare, e nel 2001 si potevano enumerare le fattispecie in cui gli accordi familiari erano addirittura richiesti dal legislatore[45] per governare la famiglia (art. 144), oggi quella lista è stata vieppiù integrata.

Erano già contemplati dal legislatore gli accordi tra i coniugi per la inseminazione eterologa, per le convenzioni matrimoniali, per la donazione, per la scelta della legge straniera applicabile e ancora gli accordi tra i coniugi in ordine all'adempimento degli obblighi di contribuzione, ai sensi dell'art. 143 c.c.; l'accordo di vivere separati; la possibilità di conformare il regime patrimoniale in modo atipico, lo scioglimento consensuale del fondo patrimoniale; le modalità di adempimento del *debitum* coniugale; gli accordi conclusi tra i coniugi al momento della separazione e del divorzio, aventi ad oggetto la determinazione e l'adempimento delle pretese patrimoniali; gli accordi preventivi di separazione e di divorzio; gli accordi successivi all'omologazione disposta dall'art. 158 c.c. e modificativi dei patti omologati; gli accordi incidenti sui diritti della personalità; il patto c.d. "di libertà", riguardante il comportamento dei coniugi nel regime di separazione; gli accordi inerenti al mantenimento e all'educazione dei figli ovvero quelli volti a predeterminare le modalità di esercizio della potestà nel caso in cui il genitore affidatario ricostituisca una nuova famiglia.

---

[44] Santoro-Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, 3 ss., raccolto poi nei *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, 1961, 381 ss.

[45] Zoppini *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo,* in *Riv. dir. civ.*, 2002, 213-237. E v. ora Balestra, *Business e sentimenti. Dinamiche societarie e realtà familiari*, Bologna, 2020.

Oggi la lista è ancora più lunga: si sono ormai ampiamente ammessi gli accordi prematrimoniali[46], si è introdotto il divorzio breve su base consensuale, si sono moltiplicati nel testo normativo gli accordi tra conviventi e si sono anche disciplinati, peraltro con scarsa fortuna, i "patti di famiglia" riguardanti l'esercizio dell'impresa dopo la morte del titolare.

Di qui la conclusione che i negozi familiari non sono tipici, e che occorre superare la loro classificazione per fattispecie, per verificarne invece gli effetti, che, se conformi ai principi dell'ordinamento, sono da tutelare, e, se invece contrari – ad es., perché vi è disparità tra le posizioni dei coniugi o dei conviventi – sono da reprimere.

Ancora. Sempre nel campo privatistico operano oggi sanzioni un tempo riservate al diritto penale, cioè al braccio punitivo dello Stato. Si è venuto costruendo un settore specifico del diritto della responsabilità civile in cui hanno rilievo gli illeciti endofamiliari[47]. Qui davvero si può dire che la famiglia non è un'isola, appartiene al continente, dove gli illeciti sono sanzionati dal risarcimento del danno ancorché subìti da un familiare per opera di un altro familiare. Non vi sono più impunità o valutazioni indulgenti.

L'interesse della famiglia coincide dunque con gli interessi dei suoi membri. Tutelare la famiglia significa tutelare i diritti fondamentali dei suoi membri. Una pregevole rassegna di casi illustra questa linea interpretativa ormai irreversibile, che la nuova disciplina processuale dovrebbe avallare[48].

---

[46] È utile ricordare che la Corte di Cassazione è pervenuta a questa conclusione non molto tempo fa: è valido l'impegno negoziale assunto dai nubendi in caso di fallimento del matrimonio (nella specie trasferimento di un immobile di proprietà della moglie al marito, quale indennizzo delle spese, da questo sostenute, per ristrutturare altro immobile destinato ad abitazione familiare di proprietà della moglie medesima), in quanto contratto atipico con condizione sospensiva lecita, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ., essendo, infatti, il fallimento del matrimonio non causa genetica dell'accordo, ma mero evento condizionale (Cass. n. 23713 del 2012).

Deve comunque farsi salva la libertà matrimoniale: Gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 cod. civ. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio (nella specie era stabilito che se la moglie si fosse opposta alla domanda di divorzio sarebbe stata obbligata al rilascio dell'immobile entro 10 giorni dalla richiesta) – potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio (Cass. n. 1810 del 2000).

[47] V. già Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.

[48] V. Bessone (a cura di), *Giurisprudenza del diritto di famiglia. Casi e materiali*, raccolti da Dogliotti e Ferrando, voll. 3, Milano, 2017.

GIUSEPPE AMADIO

LO SCIOGLIMENTO DELLA CONVIVENZA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli accordi sullo scioglimento della convivenza: l'ambito dell'autonomia privata e suoi strumenti. – 3. I problemi aperti dalla novella: "crisi" della convivenza e cessazione del rapporto. – 4. Autonomia privata e crisi della convivenza. – 5. (*Segue*) Il problema della condizione. – 6. Il comma 59°: le ipotesi tipiche di scioglimento del contratto di convivenza. – *Bibliografia minima*.

1. *Premessa*

Il tema dello scioglimento della convivenza, quale che sia l'angolazione da cui lo si consideri, pone all'interprete le difficoltà tipiche di ogni fenomeno, privo – sino al 20 maggio 2016 – di disciplina normativa, e – anche successivamente – regolato in modo sommario (e ambiguo) dal legislatore[1]. Se poi si concentra l'attenzione sul momento della crisi del rapporto, se ne coglie un profilo di rilevanza del tutto peculiare.

Mettendo a confronto il diverso atteggiarsi dell'autonomia delle parti, nel momento della costituzione, ovvero in quello opposto della cessazione del rapporto, dovrebbe dedursene che, mentre la volontà di darvi inizio implica 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, come documenta la prassi notarile e sottolinea da tempo la dottrina specialistica, che il bisogno di tutela, e la conseguente domanda di regolazione pattizia, assumono massima evidenza proprio al tempo della cessazione del rapporto. Ed è pertanto in relazione a tale momento che lo strumento contrattuale è chiamato a svolgere la sua principale funzione: in una prospettiva non già integrativa o derogatoria di una disciplina legale, come avviene nel rapporto coniugale, ma – sino all'introduzione della Novella, ora in larga parte – creativa di quella disciplina.

La necessità di riflettere sulla possibile regolamentazione di fonte convenzionale della dissoluzione della convivenza si è già imposta, in dottrina e giurisprudenza, in ordine all'ipotesi fisiologica, in cui la cessazione del rapporto è legata alla morte di uno dei conviventi, fornendo le basi ai noti orientamenti relativi alla tutela risarcitoria o alla casa d'abitazione[2]. Si tratta ora di analizzare la stessa esigenza nel momento in cui questa non solo si ripropone, ma anzi – come dicevo – si accentua, in ragione dell'acuirsi dei conflitti, e, dunque, con riguardo all'ipotesi di rottura del rapporto.

---

[1] La l. n. 76/2016 si è limitata, in non pochi settori, ad adeguare il diritto vigente a quello vivente: v. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1721. Si vedano poi i rilievi critici sul contenuto, considerato lacunoso, e sulla qualità della tecnica legislativa sollevati, ad esempio, da DOGLIOTTI, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 879; LENTI, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 931-932; TRIMARCHI, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 862.

[2] CASS., 12 giugno 1963, n. 1594, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2401.

Il tema va delimitato e precisato: non tanto, come pure si è proposto, in base al tempo dell'accordo, e dunque riproponendo la distinzione tra accordi stipulati per la crisi e accordi conclusi nella crisi (laddove solo ai primi si vorrebbe riconoscere pienamente la funzione antiprocessuale che l'autonomia privata familiare dovrebbe perseguire)[3], quanto piuttosto con riguardo al fondamento della negozialità pre-crisi, inteso come generale criterio valutativo della regola privata e come chiave di lettura del fenomeno assunta in questa sede.

Sul tema del fondamento dell'autonomia privata nel contesto della crisi della convivenza[4], credo si debba tuttora muovere dagli esiti raggiunti dalla dottrina anteriore alla novella, in ordine alla giustificazione causale degli accordi stipulati dalle parti e delle attribuzioni su di essi fondate: per segnalare la possibilità, e forse anche la necessità, di superare l'angusta prospettiva ermeneutica del dovere morale o sociale[5], ancora praticata in giurisprudenza, e spostare piuttosto l'attenzione sugli interessi posti dai conviventi a fondamento delle loro determinazioni d'autonomia.

In quest'ottica (e in termini classici), il problema non è più l'indagine sulla causa dell'obbligazione, ma, piuttosto, sulla causa del contratto[6]: e ciò implica 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[7].

La proposta, che (prima della riforma) mi ero sentito di avanzare, era quella di estendere all'ambito delle convivenze non matrimoniali l'esito, cui la dottrina contemporanea è approdata, circa la configurabilità di una "causa familiare"[8] idonea a sorreggere accordi e attribuzioni pattuiti dai coniugi in vista dello scioglimento del vincolo[9].

---

[3] Cass., 15 maggio 1997, n. 4306, in *Fam. e dir.*, 1997, 417.

[4] Su cui si vedano, tra gli altri, i contributi di Balestra, *La famiglia di fatto tra autonomia ed etero regolamentazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 194; Franzoni, *I contratti tra conviventi more uxorio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 749.

[5] Da tempo dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricorso allo schema previsto dall'art. 2034 c.c. per sorreggere causalmente le prestazioni "isolate" tra i conviventi e impedirne la ripetizione. V., ad esempio, Cass., 17 gennaio 1958, n. 84, in *Foro it.*, 1959, I, 470; Cass., 25 gennaio 1960, n. 68, in *Foro it.*, 1961, I, 2017; Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Giust. civ.*, 1969, I, 605; Cass., 3 febbraio 1975, n. 389, in *Foro it.*, 1975, I, 2302; Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, 498; Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Fam. e dir.*, 2014, 888. Nell'ampia letteratura in dottrina, si limita il rinvio a Balbi, *Liberalità e donazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, 181; Gangi, *Le obbligazioni: concetto, obbligazioni naturali, solidali, divisibili e indivisibili*, Milano, 1951, 98; Mori Checcucci, *Appunti sulle obbligazioni naturali*, Genova, 1947, 29; Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991, 86 ss.; Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, 111 ss.; Balestra, *Le obbligazioni naturali*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004, 43 ss.; Franzoni, *I contratti tra conviventi*, cit., 742-743; Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 264; Carrabba, *Donazioni*, nel *Trattato Perlingieri*, Napoli, 2009, 54 ss.

[6] Già prima della Novella, attribuivano al contratto di convivenza una causa propria, tra i tanti, Balestra, *I contratti di convivenza*, in *Fam., pers. e succ.*, 2006, 44; Id., *Le obbligazioni naturali*, cit., 114 ss.; Spadafora, *op. cit.*, 145 e 187; Franzoni, *I contratti tra conviventi*, cit., 745; Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983, 162-164; Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, 161.

[7] La strada della meritevolezza di tutela, *ex* art. 1322 c.c., è stata seguita in passato per fondare la liceità di un contratto preliminare contenente la promessa, di un coniuge all'altro, avente ad oggetto il trasferimento della proprietà di un bene immobile; ciò proprio per la constatazione che l'accordo opera una equiparazione tra l'interesse perseguito dalle parti e quello che, nel contesto dei rapporti patrimoniali nascenti dal matrimonio, è dal legislatore espressamente previsto e tutelato con apposite norme volte alla salvaguardia del coniuge debole: v. Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, 922. Cfr. anche Del Prato, *Patti di convivenza*, in *Familia*, 2002, 980.

[8] Jemolo, *Convenzioni in vista di annullamento di matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 529.

[9] Per un approfondimento delle tematiche attinenti alla causa dei trasferimenti in sede di separazione e divorzio, cfr. Rescigno, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in Id., *Persone e comunità: saggi di diritto privato*, II, Padova, 1988, 472; Santoro Passarelli, *Libertà e autorità nel diritto civile: altri saggi*, Padova,

E, sottolineando come del tutto simile risulti il substrato assiologico di cui la relazione si alimenta (la solidarietà discendente dall'affetto e dalla consuetudine di vita[10]), proponevo l'individuazione di una causa "parafamiliare", sufficiente a fondare, in termini generali, la negozialità pre-crisi, e destinata a trovare specificazione di volta in volta nel singolo accordo.

Ciò consente di individuare nell'accordo stesso la giustificazione causale idonea e sufficiente delle attribuzioni tra le parti. E soprattutto, fa perdere consistenza alla gran parte dei problemi di disciplina del rapporto e della sua cessazione, rendendo superflue le diverse costruzioni suggerite dalla dottrina al fine di garantire fondamento e stabilità a quelle stesse attribuzioni: dai faticosi tentativi di tracciare i confini tra obbligazione naturale[11], donazione remuneratoria e liberalità d'uso[12], fino alla questione della novabilità dell'obbligazione naturale in obbligazione civile[13].

Così, per fare un solo esempio, una volta che si sia giunti a riconoscere sanzione giuridica all'accordo nel capoverso dell'art. 1322 c.c., l'attribuzione al convivente debole di un assegno, con cui far fronte al proprio mantenimento, darà luogo alla costituzione *ex novo* di un'obbligazione civile causalmente fondata sull'accordo stesso e non più, necessariamente, a un'improponibile novazione di un'obbligazione naturale preesistente[14] (peraltro esclusa anche di recente dalla giurisprudenza di legittimità)[15].

Questo impianto concettuale va ora trasferito in un contesto in cui è intervenuto (e questo, a mio giudizio, è il più forte contenuto di novità della riforma, sul tema che ci occupa) il riconoscimento normativo di meritevolezza degli interessi regolati dal contratto di convivenza[16]. Ciò parrebbe mettere fuori gioco il richiamo all'art. 1322 c.c. e al giudizio di meritevolezza da esso previsto. Va detto, tuttavia, che – almeno stando alla lettera della norma – si tratta di un riconoscimento estremamente limitato.

1997, 221 ss.; Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra coniugi in occasione della separazione personale e del divorzio*, Milano, 1996, 203 s.; Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 355 ss.

[10] Su cui cfr. Oberto, *Interferenze (Contratto e famiglia)*, nel *Trattato Roppo*, Milano, 2006, 356.

[11] Cass., 13 marzo 2003, n. 3713, in *Giur. it.*, 2004, 530, con nota di Di Gregorio. Si vedano anche P. Perlingieri, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, 357; Balestra, *Note in tema di proporzionalità nell'adempimento delle obbligazioni naturali e sulla nozione di terzo ex art. 936 c.c. (in margine ad un caso di prestazioni rese nell'ambito della convivenza more uxorio)*, in *Familia*, 2004, 786.

[12] Cass., 24 novembre 1998, n. 11894, in *Contratti*, 1999, 470; Cass., 20 gennaio 1989, n. 285, in *Arch. civ.*, 1989, 49; App. Genova, 26 marzo 2001, in *Gius*, 2001, 1741. In dottrina, cfr. Palazzo, *I contratti di donazione*, nel *Trattato Rescigno-Gabrielli*, Torino, 2006-2014, 203 ss.; Palazzo - Sassi, *Negozi successori anticipatori*, in Id., *Trattato della successione e dei negozi successori*, II, Torino, 2012, 178 s.; Gallo, *Le donazioni (La donazione rimuneratoria)*, nel *Trattato Bonilini*, Milano, 2009, 425-428; Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2014, 384; Balestra, *Le obbligazioni naturali*, cit., 235; Id., *Obbligazioni naturali e donazioni*, in *Familia*, 2002, 591 s.

[13] Morozzo Della Rocca, *Obbligazioni naturali e donazione rimuneratoria*, nel *Trattato Rescigno-Gabrielli*, cit., 259 ss.; Franzoni, *I contratti tra conviventi*, cit. 535.

[14] Sul tema, si vedano Nicolò, *Esecuzione indiretta di obbligazioni naturali*, in *Foro it.*, 1939, I, 39; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 2002, 186, nota 2; Montel, *Obbligazione naturale come causa di obbligazione civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, II, 132; C.M. Bianca, *Obbligazione naturale e forma*, in Aa.Vv., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, 1988, 20.

[15] Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *Foro it.*, I, 1149, con nota di Casaburi.

[16] Per l'attuale tipizzazione del contratto di convivenza si sono espressi, ad esempio, Perfetti, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1755; Oberto, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, 945; Bona, *La disciplina delle convivenze nella l. 20 maggio 2016 n. 76*, in *Foro it.*, 2016, II, 2101; Gatt, *Comma 50*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di C.M. Bianca, Torino, 2017, 617 e 620.

Già per quanto riguarda la fase di costanza del rapporto, il contratto di convivenza riceve una tipizzazione contenutistica lessicalmente generica (attraverso il riferimento ai rapporti patrimoniali, poi specificato con il richiamo al dovere di contribuzione e al regime degli acquisti)[17]. Per quanto poi attiene al momento della crisi, la legge tace del tutto: le conseguenze si riducono al riconoscimento all'ex convivente, che versi in stato di bisogno e non sia in grado di mantenersi, del diritto agli alimenti (comma 65°).

Resta quindi, tuttora, la necessità, per l'interprete, di ricostruire dapprima la trama degli interessi sottesi alla singola manifestazione d'autonomia, per poi valutare il rapporto in cui tali interessi si pongono con le strutture precettive nelle quali si articola il regolamento: così da fondarne, a dispetto di recenti prese di posizione svalutative della rilevanza del concetto, il riconoscimento della causa "concreta".

2. *Gli accordi sullo scioglimento della convivenza: l'ambito dell'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, ed è documentato nella prassi, che gli accordi tra conviventi, conclusi in vista della cessazione del rapporto, rivelino una logica "imitativa" del modello familiare (e della sua disciplina). Ci si può chiedere, allora, se i singoli obiettivi, cui si è fatto cenno anche in premessa (e che possono andare dalla conservazione all'ex convivente debole del regime di vita anteriore, alla disciplina della sorte dei beni acquistati), possano essere assicurati solo attraverso strutture precettive di diritto comune, analogamente a quanto si propone in dottrina con riferimento alla fase di costanza del rapporto: il suggerimento riguarda così il ricorso al comodato[18], al contratto di mantenimento[19], o agli atti costitutivi del vincolo di destinazione patrimoniale *ex* art. 2645-*ter* c.c.

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

Quando però gli effetti dell'accordo siano destinati a operare esclusivamente *inter partes*, non sembra irragionevole proporre il riconoscimento della tipicità sociale della negozialità tra conviventi in forza del valore (ormai anche giuridicamente) riconosciuto alla convivenza non matrimoniale. 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, per le attribuzioni immobiliari che, nell'ambito della crisi coniugale (e del relativo accordo) hanno trovato ormai sufficiente inquadramento, sia in

[17] Un tentativo di definire l'ambito di operatività del tipo negoziale previsto dal comma 50° è stato compiuto valorizzando, per un verso, il richiamo contenuto nella norma alla "vita in comune" e, per altro verso, gli interessi (di natura familiare) sottesi all'operazione negoziale: MAZZARIOL, *Convivenze di fatto e autonomia privata. Il contratto di convivenza*, Napoli, 2018, 178 ss.

[18] CASS., 21 giugno 2011, n. 13592, in *Contratti*, 2011, p. 1103, con nota di COLUCCI.

[19] BALESTRA, *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, II, Bologna, 2008, 1077 s.; SPADAFORA, *op. cit.*, 163 s.

dottrina che in giurisprudenza, grazie agli schemi dell'atto solutorio (o al più novativo e solutorio) degli obblighi legali di mantenimento[20].

Per tali attribuzioni sembra possibile, nel diverso quadro normativo 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.

Tale rilievo apre il tema (al quale in questa sede ci si limiterà 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: quello 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[21].

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[22]. L'esigenza (comprensibile) è sottrarre le attribuzioni tra conviventi sia al requisito formale della donazione, che alla disciplina materiale delle liberalità, disapplicandosi a quelle "d'uso" gli istituti della revocazione, dell'imputazione *ex se*, della riduzione e della collazione.

Il problema consiste nell'individuare il 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 soccorre il raffronto con la prassi giurisprudenziale relativa al rapporto coniugale e agli accordi di separazione[23]: e dunque è possibile, alla stregua di quei modelli, la verifica in concreto dell'interesse che l'attribuzione intende realizzare.

Nella nostra prospettiva, che è quella della regolazione convenzionale della crisi, ciò si traduce nella possibilità per le parti di qualificare, preventivamente o a posteriori, il titolo dell'attribuzione: piegando così il contratto di convivenza alla funzione di accordo configurativo, o ricognitivo della causa negoziale, pur con tutti i limiti che l'una e l'altra figura portano con sé.

---

[20] Cfr. Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Foro it.*, 1991, I, 1787; Cass., 1° marzo 1991, n. 2180, in *Dir. fam. e pers.*, 1991, 926; Cass., 7 giugno 1966, n. 1495, in *Giust. civ.*, 1966, I, 2220.

[21] La giurisprudenza esclude la configurabilità alla stregua di donazione (come anche di convenzione matrimoniale) dell'atto con cui un coniuge si obbliga a trasferire gratuitamente all'altro determinati beni, successivamente all'omologazione della separazione e al dichiarato fine di integrare la regolamentazione del relativo regime patrimoniale; si tratterebbe invece di un diverso contratto atipico, con propri presupposti e finalità e soggetto, quanto alla forma, alla disciplina ordinaria: cfr. Cass., 11 maggio 1984, n. 2887, in *Mass. Giust. civ.*, 1984; Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce "Separazione di coniugi", n. 40; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1989, I, 1320, con nota di Zoppini; Cass., 2 dicembre 1991, n. 12897, in *Quadrimestre*, 1993, 799, con nota di Palazzo; Cass., 17 giugno 1992, n. 7470, in *Dir. fam. e pers.*, 1993, 70; Cass., 11 novembre 1992, n. 12110, in *Giur. it.*, 1993, I, 303.

[22] Di fronte all'ampio panorama di opinioni esistente in dottrina, si limita il rinvio, sorvolando sulla molteplicità delle formulazioni specifiche, a Balestra, *Le obbligazioni naturali*, cit., 137 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 788; Stella Richter, *La donazione nella famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, 154 s.; Oppo, *op. cit.*, 232-233; Carresi, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, 567 s.; Carnevali, *Le donazioni*, nel *Trattato Rescigno*, VI, 2, 2ª ed., Torino, 1997, 490-491; Delle Monache, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale (Alle soglie della regolamentazione normativa delle unioni di fatto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 960.

[23] Suggerito da Oberto, *Prestazioni «una tantum» e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000, 91; Id., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 627 s.

3. *I problemi aperti dalla novella: "crisi" della convivenza e cessazione del rapporto*

Chiusa così la premessa, possiamo passare, in estrema sintesi, alla ricognizione dei primi problemi che la novella propone all'interprete, con specifico riguardo alla crisi della convivenza.

Il discorso può condursi su due versanti, che potremmo stipulativamente individuare con le formule "convivenza non regolata" e "convivenza regolata": per tali intendendosi, rispettivamente, il rapporto che i conviventi abbiano deciso di disciplinare pattiziamente, mediante un contratto di convivenza; e quello che, in difetto di regolazione convenzionale, risulta disciplinato unicamente dalle nuove norme.

Le formule sottendono una precisa ipotesi ricostruttiva: quella che, a seguito della l. 20 maggio 2016, n. 76, ritiene non sia più configurabile, in presenza di una coabitazione avente i caratteri fissati al comma 36° (stabilità del legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale)[24], una convivenza di mero fatto: cioè non produttiva degli effetti tipizzati dalla riforma.

Si tratta, in realtà, di ipotesi da sottoporre a duplice verifica.

Una immediata, che consiste nel chiedersi quale sia il rapporto tra venir meno del fatto, e fattispecie tipizzate dal legislatore come cause della fine del rapporto. Una seconda verifica, da rinviare al paragrafo che segue, riguarda (più radicalmente) la messa a confronto tra rilevanza del fatto, come assunta dalla norma, e autonomia privata.

La prima verifica investe, dunque, le cause di cessazione del rapporto, cui sembrano dedicate le norme dei commi da 59° a 63°, nonché il comma 65°. Dal confronto tra i due insiemi, emerge infatti (anche qui) una singolare sovrapposizione tra il piano del fatto e quello del contratto:

– quelle disegnate dal legislatore (nei commi da 59° a 63°) sono, testualmente, tutte cause di scioglimento del rapporto contrattuale: talora direttamente espressive di una volontà a ciò diretta (come il mutuo dissenso, il recesso unilaterale, e il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi, o tra uno di essi e un terzo), talaltra involontarie e inevitabili (come la morte);
– vi è, poi, la disposizione di chiusura, di cui al comma 65°, che fa invece riferimento *tout court* alla "cessazione della convivenza di fatto".

Già questo solleva alcuni interrogativi.

Quale rapporto intercorre tra scioglimento (volontario) del rapporto contrattuale e venir meno della rilevanza del fatto? Ovvero, e in altri termini: qual è la fattispecie di cessazione di tale rilevanza, cioè quella che la norma denomina "cessazione della convivenza di fatto"? Può pensarsi a un venir meno del vincolo contrattuale e, contemporaneamente, al persistere della convivenza? Probabilmente no, nel caso di recesso, in ordine al quale la previsione del secondo periodo del comma 61° (la dichiarazione di recesso deve contenere a pena di nullità il termine di "sfratto" del convivente dalla casa di proprietà del recedente) sembra escludere la prosecuzione della coabitazione[25]. Ma non è così nel caso della risoluzione consensuale, che potrebbe anche intendersi come passaggio dal regime di convivenza regolata *ex contractu*, a quello di convivenza regolata *ex lege*: cioè come volontà di far venir meno esclusivamente un certo regime patrimonia-

[24] Nonché (almeno secondo una tesi anche in questa sede esposta, sulla quale torneremo) anche registrata anagraficamente.

[25] In modo analogo, v. Mazzariol, *op. cit.*, 238 ss.

le, o una certa disciplina pattizia del dovere di contribuzione, che non implica tuttavia la volontà di cessare il rapporto personale.

Simmetricamente, ci si dovrà chiedere se e come possa venir meno il rilievo del fatto, non ostante la mancata risoluzione del rapporto contrattuale: cioè se possa considerarsi cessata la convivenza con il venir meno degli stabili legami affettivo-assistenziali e della coabitazione, anche se non si provvede a risolvere il contratto che la regola. Specie se si volesse attribuire valore tassativo alla previsione del comma 59°, che configura come causa di risoluzione del contratto, non la mera separazione di fatto, ma il matrimonio o l'unione civile di uno dei conviventi con un terzo.

Qui, a dire il vero, soccorre la considerazione della norma di cui al comma 50°, che consente la stipulazione del contratto solo ai "conviventi di fatto": individuando, cioè, nell'esistenza del rapporto in fatto, una sorta di presupposto della legittimazione a contrarre. Per cui, dovremmo concludere che il venir meno della convivenza sul piano fattuale necessariamente opera come causa di caducazione del contratto[26].

A questo problema, tutto sommato minore, se ne affianca un altro, più insidioso: che consiste nello stabilire, tenuto conto della ricostruzione accolta in merito alla fattispecie costitutiva, quale rapporto intercorra tra il fatto e la sua formalizzazione.

In altri termini, da un lato, se venga meno il rilievo del fatto-convivenza, indipendentemente dal venir meno della sua formalizzazione: cioè se la convivenza possa considerarsi cessata con il venir meno degli stabili legami affettivo-assistenziali e della coabitazione, anche se non si provveda a dichiarare anagraficamente (secondo la previsione letterale dell'art. 4, comma 13°, lett. *b*), d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223) il «mutamento nella composizione della convivenza»; e viceversa, dall'altro lato, se il mutamento delle risultanze anagrafiche implichi necessariamente il venir meno della rilevanza del fatto.

Qui emergono i possibili rischi legati alla tesi (da taluni sostenuta)[27] che costruisce la dichiarazione anagrafica non come semplice mezzo di prova, ma come elemento costitutivo della fattispecie complessa della convivenza[28].

L'inconveniente non riguarda tanto l'ipotesi in cui cessi la coabitazione o vengano meno i legami affettivi, e non sia registrato il mutamento della famiglia anagrafica: in ordine alla quale, è assai difficile sostenere che agli ex conviventi continui ad applicarsi la disciplina *ex lege* n. 76/2016, quasi ad assimilarli (mi si passi il paragone improprio) a coniugi separati di fatto. Conclusione incompatibile, oltre tutto, con la formula del comma 65°, che, laddove prevede il «caso di cessazione della convivenza» (come fonte

[26] In senso contrario, v. però Villa, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1344, secondo cui può ipotizzarsi che la convivenza cessi, «ma (per quanto paradossali siano le conseguenze, peraltro derivanti da un testo normativo di non eccelsa qualità) il contratto prosegua, mancando un atto di espresso mutuo dissenso o di recesso».

[27] Si vedano, ad esempio, Perfetti, *op. cit.*, 1755; Tassinari, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2016, n. 76*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1738; Luiso, *La convivenza di fatto dopo la l. 76/2016*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 1087; Siclari, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1478 s.; Gazzoni, *La famiglia di fatto e le unioni civili. Appunti sulla recente legge*, in *personaedanno.it*, 2016, 1; Romeo, *Dal diritto vivente al diritto vigente: la nuova disciplina delle convivenze. Prime riflessioni a margine della l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 677.

[28] Cfr. Tassinari, *op. cit.*, 1736. Più sfumata la posizione di Perfetti, *op. cit.*, 1749, il quale, pur riconoscendo valore costitutivo alla dichiarazione anagrafica, sembra escludere che, in sua presenza, rivesta ancora rilievo una verifica circa l'effettiva sussistenza della coabitazione e soprattutto circa l'esistenza dei legami affettivi tra *partners*: di talché, la legittimazione al contratto di convivenza (a proposito della quale l'autore tratta l'argomento) discenderebbe semplicemente dall'inesistenza degli impedimenti richiamati dalla legge e dall'avvenuta registrazione.

del diritto alla liquidazione giudiziale degli alimenti) pare alludere esclusivamente a un mutamento del fatto.

Il rischio riguarda piuttosto l'ipotesi inversa: nella quale coabitazione e legami affettivo-assistenziali restano intatti, ma viene meno unicamente la registrazione della famiglia anagrafica (ad esempio, per il trasferimento della residenza di uno dei soggetti).

Nella logica della fattispecie complessa, dovrebbe ritenersi che il venir meno della formalizzazione (che di quella fattispecie si costruisce come elemento costitutivo) faccia cadere la rilevanza del rapporto[29]. Ma, se solo si pensa ai motivi che possono giustificare (o addirittura rendere necessario) un mutamento di residenza[30], senza che ciò incida sulla valutazione di persistenza del rapporto, la conclusione appare difficilmente sostenibile.

Un forte argomento in tal senso, potrebbe trarsi dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale in due suoi arresti[31] non ha esitato a scindere l'accertamento circa l'esistenza di una stabile relazione di fatto, come tale necessariamente protetta dal diritto, dalla sussistenza di una convivenza; e ciò ha fatto sulla base dell'argomento per cui la coabitazione, soprattutto oggigiorno, può mancare per una molteplicità di ragioni, ad esempio professionali, che non dipendono minimamente dalla volontà dei *partners*[32].

Gli ultimi rilievi suggeriscono di dedicare qualche parola agli argomenti addotti, nelle relazioni precedenti, a sostegno del carattere costitutivo della registrazione anagrafica.

Un primo argomento fa leva, da un lato, sul lemma "accertamento", utilizzato per definire la funzione svolta dalla registrazione anagrafica, e, dall'altro, sulla circostanza che, in difetto di tale registrazione, assai difficilmente il notaio, o l'avvocato chiamati ad autenticare le sottoscrizioni del contratto di convivenza previsto al comma 50°, vi consentirebbero[33].

Quanto al primo rilievo, va osservato che se inteso rigorosamente, l'"accertamento" è sostantivo incompatibile con la funzione costitutiva: si accerta una fattispecie già esistente e perfetta, non la si costituisce. Quanto alla seconda osservazione, certamente la mancanza di una formalizzazione della convivenza rende più difficile provare la legit-

---

[29] Come avverte Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 919 s., il quale concorda con quanto sostenuto in appresso, nel testo, circa la preferibile attribuzione di rilevanza esclusivamente probatoria alla dichiarazione.

[30] Rizzi, *La convivenza di fatto ed il contratto di convivenza*, in *Notariato*, 2017, 16.

[31] Il riferimento va alla recente sentenza Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, ric. nn. 18766/11 e 36030/11, *Oliari and Others v. Italy*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 918, con nota di Lenti, al cui § 169 si legge: «*however, the Court has already accepted that the existence of a stable union is independent of cohabitation. Indeed, in the globalised world of today various couples, married or in a registered partnership, experience periods during which they conduct their relationship at long distance, needing to maintain residence in different countries, for professional or other reasons. The Court considers that that fact in itself has no bearing on the existence of a stable committed relationship and the need for it to be protected*»). V. anche, in precedenza, Corte eur. dir. uomo, 7 novembre 2013, ric. nn. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos and Others v. Greece*, (id., 2013, I, 693, con nota di Pirrone, in particolare § 73).

[32] Recentemente anche al Corte di Cassazione ha considerato l'elemento della coabitazione né necessario, né sufficiente per la riconduzione di un rapporto di coppia al modello legale della convivenza di fatto, conferendo rilevanza alla sola esistenza di un legame affettivo stabile e duraturo tra le parti e la spontanea assunzione di reciproci impegni di assistenza morale e materiale. Cfr. Cass., 13 aprile 2018, n. 9178, con nota di Mazzariol, *Coabitazione e registrazione anagrafica: due requisiti non essenziali per la configurabilità di una "convivenza di fatto"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 1246 ss.

[33] Perfetti, *op. cit.*, p. 1749.

timazione a contrarre: ma si tratta, appunto, di un inconveniente pratico che esaurisce la sua valenza sul piano probatorio[34].

Altri ha fatto leva sull'esigenza di tutelare la libertà dei soggetti, che consiglierebbe di limitare l'applicazione della Novella alle sole convivenze formalizzate mediante la registrazione. E ciò al fine, non dichiarato, ma evidente, di salvaguardare uno spazio residuo a forme di coabitazione che i soggetti intendano sottrarre a qualsiasi forma di regolazione normativa[35].

Ma il rilievo, pur condivisibile nella sua finalità, mette in luce il problema di fondo che la nuova disciplina solleva sul piano delle scelte legislative. Essa compie un'opzione precisa, nel senso di non richiedere una manifestazione formale di volontà volta all'instaurazione del rapporto (del tipo, per intendersi, del Pacs francese): il contratto di cui al comma 50° mira a regolare la convivenza (attraverso l'opzione di un regime patrimoniale e la disciplina del dovere di contribuzione), ma certo non è diretto a costituirla[36]. Si potrà, o meno, condividere tale scelta (che anche a mio parere comprime lo spazio di libertà nelle scelte relative al rapporto), ma essa emerge con assoluta chiarezza dal testo normativo[37].

Quel che è certo, è che esso risente della commistione e della (impropria) ricomprensione, in un unico provvedimento, delle due discipline in cui si articola: quella dell'unione civile, che è in primo luogo disciplina dell'atto costitutivo del vincolo, e quella delle convivenze, che viceversa è regolazione di un fatto.

Lo rivela, in modo esemplare, la norma del comma 57°, che palesemente trasforma in ragioni di invalidità del contratto di convivenza quelle che altro non sono se non cause di impugnazione del matrimonio.

Si rafforza, alla luce di queste prime osservazioni, quel rischio di sovrapposizione tra fatto e formalizzazione del fatto (intesa sia come registrazione anagrafica, sia come regolazione contrattuale) che, pur presente nella lettera, rischia di mettere in ombra lo spirito della riforma: quale che sia il giudizio circa le sue modalità tecniche, il riconoscimento normativo del fenomeno "convivenza" difficilmente si presta a una sopravvalutazione dei profili formali. E dunque a un approccio ermeneutico, che conduca alla prevalenza della formalizzazione (pubblicitaria o regolamentare che sia) rispetto al fatto formalizzato.

Di qui, una prima conclusione: deve essere la prospettiva fattuale, a fornire all'interprete il criterio guida per la soluzione dei problemi che la riforma solleva. E in questa direzione si muove la prima pronuncia giurisprudenziale, dedicata al valore della dichiarazione anagrafica, nella quale la IX sezione civile del Tribunale di Milano, il 31

---

[34] Senza dire che, in assenza di coabitazione o di legami affettivi, verrebbe comunque meno lo *status* che legittima al contratto: di talché, pur in presenza della formalizzazione della convivenza, la verifica demandata al notaio o all'avvocato risulterebbe comunque improba. Salvo non voler supporre (cfr. nota 19) che a nulla rilevi l'effettiva sussistenza degli elementi fattuali e che la legittimazione al contratto di convivenza derivi unicamente, oltre che dall'assenza di impedimenti, dall'avvenuta dichiarazione anagrafica.

[35] Cfr. Tassinari, *op. cit.*, 1739; Luiso, *op. cit.*, 1088.

[36] Come ha correttamente rilevato S. Patti, *Le convivenze «di fatto» tra normativa di tutela e regime opzionale*, in *Foro it.*, 2017, I, 306, il legislatore, per un verso, ha istituito un gruppo di norme che trovano applicazione sulla base del fatto (convivenza stabile), «a prescindere da una dichiarazione negoziale degli interessati ed anzi anche contro la volontà di (uno di) essi» e, per altro verso, «ha altresì predisposto un regime opzionale, al quale gli interessati possono accedere stipulando il contratto di convivenza di cui all'art. 1, comma 50, posto che sussistano i presupposti di cui al comma 36».

[37] Nello stesso senso Balestra, *La convivenza di fatto*, cit., 919 s.

maggio 2016 (dunque, singolarmente, in un momento anteriore all'entrata in vigore della novella), afferma che, avendo la convivenza una natura "fattuale" e, cioè, traducendosi in una formazione sociale non esternata dai *partners* a mezzo di un vincolo civile formale, la dichiarazione anagrafica è strumento privilegiato di prova e non anche elemento costitutivo, come si ricava dall'art. 1, comma 36°, l. n. 76/2016[38].

4. *Autonomia privata e crisi della convivenza*

Ci si potrebbe chiedere: ma con queste premesse è (comunque) possibile segnalare il ruolo dell'autonomia privata nella crisi della convivenza? Io credo di sì, anzi, come avvertivo, credo che proprio il momento della dissoluzione del rapporto sia quello maggiormente sfornito di disciplina normativa e quindi più bisognoso di regolazione pattizia.

Al riguardo, occorre distinguere tra le convivenze (nella nostra prospettiva, registrate o meno) che siano state regolate contrattualmente dalle parti, e quelle che (mancando il contratto) risultano disciplinate esclusivamente dalla legge.

Il ruolo dell'autonomia privata nella crisi solleva, anche qui, due interrogativi.

Il primo, centrale non solo sul piano interpretativo, ma vorrei dire ideale, attiene alla derogabilità della disciplina legale dei diritti e degli obblighi conseguenti alla cessazione del rapporto: non tanto per ciò che attiene alle modificazioni del regime patrimoniale prescelto, nelle convivenze regolate; quanto piuttosto con riguardo al nucleo minimo di tutela assicurata, dal comma 65°, al "convivente debole", mediante il riconoscimento del diritto agli alimenti.

La modifica introdotta (dal c.d. maxiemendamento governativo) rispetto al testo del disegno di legge "Cirinnà" (in cui era previsto anche il più ampio diritto al mantenimento)[39] parrebbe escludere ogni dubbio: se è vero che il credito alimentare, oltre che incedibile e non compensabile (per previsione del codice civile) è altresì (e sempre *ex lege*) impignorabile ed escluso dalla massa fallimentare, ed è considerato (dalla giurisprudenza) intransigibile, irrinunciabile e non compromettibile in arbitri[40], pare assai difficile ammetterne la deroga pattizia (se non *in melius*).

La dottrina[41], dal canto suo, ha sottolineato (e ciò a prescindere dalla natura e dallo statuto normativo del diritto attribuito) che il comma 65°, in quanto riconoscimento del-

[38] Trib. Milano, ord. 31 maggio 2016, in *Foro it*., 2016, I, 2920.

[39] Modifica di cui resta traccia in quella congiunzione "e", interposta impropriamente tra verbo e complemento oggetto.

[40] Cfr., tra molti, Cicu, *La natura dell'obbligo alimentare tra congiunti*, in *Riv. dir. civ*., 1910, 157; Figone, *Famiglia e matrimonio (Gli alimenti)*, nel *Trattato Zatti*, I, 1, Milano, 2011, 257; Provera, voce «Alimenti», nel *Noviss. Dig. it. IV*, sez. civ., I, Torino, 1987, 158; Angeloni, *op. cit*., 59 e 65; Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare*, Milano, 1984, 166; Tamburrino, voce «Alimenti (dir. civ.)», in *Enc. del dir*., II, Milano, 1958, 28-29; Paradiso, *Convivenza di fatto e solidarietà economica: prassi di assistenza reciproca e nascita dell'obbligo alimentare*, in *Familia*, 2017, 295. In giurisprudenza, v. Cass., 20 aprile 1942, n. 1081, in *Rep. Foro it*., 1942, voce "Alimenti", n. 2; Cass., 23 ottobre 1996, n. 9238, in *Fam. e dir*., 1998, 16.

[41] Quadri, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze: spunti di riflessione*, in *Giust. civ*., 2016, 277, e nota 54; Id., *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur*., 2016, 901; Lenti, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in *www.juscivile.it*, 2016, 109; S. Patti, *op. cit*., 307. In senso contrario, v. però Tassinari, *op. cit*., 1744, secondo il quale, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, dovrebbe prevalere, sull'interesse degli obbligati alimentari in subordine, quello dei conviventi di non sopportare l'obbligo alimentare.

la (ormai pacifica) giuridicità del legame di solidarietà tra conviventi, necessariamente vi ricollega un nucleo minimo di indisponibilità delle tutele.

Cosa cambia (ecco la seconda domanda) nel caso di convivenza già regolata dal relativo contratto? Nulla sostanzialmente, rispetto a quanto appena osservato circa il profilo della derogabilità della disciplina legale.

Qualche dubbio può sorgere, piuttosto per quanto attiene alla disciplina ulteriore del rapporto, e in particolare alle conseguenze eventualmente pattuite, per il caso di sua cessazione: eventualità che potrà inquadrarsi, secondo la lettura estensiva sinora prevalente, nel contenuto possibile dello stesso contratto previsto dalla nuova legge, ovvero, secondo quella restrittiva, in un ulteriore accordo, funzionalmente collegato al primo, riconducibile alla previsione generale dell'art. 1322 cpv., c.c.

Ci si potrebbe chiedere, in particolare, se tali conseguenze possano essere poi modificate, in occasione dell'insorgere della crisi. La risposta affermativa, che potrebbe discendere già dai principi generali, e dalla normale modificabilità *inter partes* del regolamento contrattuale anteriore, parrebbe confermata dal comma 51°, tramite l'esplicito riferimento alle modificazioni del contratto.

Più incerto è stabilire se, a convivenza cessata, residui uno spazio ulteriore di "revisione" delle pattuizioni intercorse: il che, in presenza di un ulteriore accordo, non mi par difficile ammettere. Più difficile (ma più interessante) è immaginare, in presenza di una disciplina migliorativa di quella legale (si immagini l'accordo che attribuisce all'ex convivente debole il diritto al mantenimento, o che comunque dispone attribuzioni molto superiori a quella alimentare), se il soggetto obbligato abbia diritto, al mutare delle condizioni, a ottenerne la modificazione, secondo una sorta di logica imitativa di modelli postconiugali. Ma qui la risposta dovrebbe discendere da assunzioni e parametri più generali (codificati o meno), usualmente impiegati in tema di sopravvenienza, rinegoziazione e/o eccessiva onerosità[42].

5. (Segue) *Il problema della condizione*

Tutto ciò che si è detto, circa l'accordo in vista della crisi (quanto meno quello stipulato preventivamente, in vista cioè di una crisi futura), potrebbe ritenersi inutile, o impraticabile: atteso che la crisi non può essere che evento anche incerto, e che il comma 56° esclude l'apponibilità di condizioni al contratto di convivenza.

Dai primi interpreti l'esclusione è stata criticata[43]: e in linea generale la critica può condividersi, salvo segnalare come, l'utilizzazione di meccanismi regolatori dell'efficacia possa perseguire obiettivi assai diversi: e in taluni casi indurre persino una possibile

[42] Sul tema della rinegoziazione del contratto, v. almeno Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim*; Id., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63 s.; Cesaro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, *passim*; De Mauro, *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*, Milano, 2000, *passim*; Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, 774 s.; Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, *passim*; Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 801 s.

[43] Secondo Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia? (l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 397, potrebbe però, in via interpretativa, ritenersi che sia il contratto di convivenza nel suo complesso a non tollerare la sottoposizione a termine o condizione, e che invece «ciò risulti ammissibile per le singole clausole in esso contenute». Per una interpretazione restrittiva del comma 56° si sono espressi anche Oberto, *La convivenza di fatto*, cit., 951-952; Di Rosa, *I contratti di convivenza (art. 1, commi 50° ss., l. 20 maggio 2016, n. 76)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 709; Villa, *op. cit.*, 1341; Macario, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, 9 s.

alterazione del fine tipico che l'accordo svolge (eccone il motivo d'interesse in questa sede) proprio in vista della crisi.

Se è vero, infatti, che esso mira direttamente (e "fisiologicamente") a regolare le conseguenze della rottura della convivenza, considerata come scelta per sua essenza totalmente libera e autonoma, e quindi legittimamente deducibile in condizione, non può escludersi che esso venga piegato a un'indiretta (e anomala) funzione incentivante/disincentivante la decisione stessa in merito alla prosecuzione del rapporto.

In entrambi i casi, la fine della convivenza sarà costruita come evento condizionante l'efficacia della regola: ma con una fondamentale precisazione.

Nel primo caso, si tratta di regola sulla sorte delle attribuzioni pregresse e sulle conseguenze negative del venir meno della convivenza, secondo lo schema che abbiamo già definito imitativo di modelli coniugali: e dunque l'evento-cessazione viene assunto come mero presupposto di fatto della vigenza della disciplina pattizia[44].

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 del vantaggio.

Tanti anni fa, in prospettiva non dissimile (e su un piano più generale), 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 (e, dunque, di svolgere il controllo sull'esistenza/persistenza della base negoziale), dalle ipotesi tipicamente ricorrenti nelle attribuzioni liberali, in cui essa funge da meccanismo premiale[45].

Da quella distinzione la dottrina successiva ha tratto spunto per elaborare la categoria delle c.d. "promesse premiali", rivisitando concetti che Gino Gorla aveva importato nel nostro sistema da quello di *common law* (con l'immagine delle promesse condizionate a una prestazione) già sul finire degli anni Sessanta del Novecento[46].

Nel nostro ambito, la distinzione torna utile per orientare la valutazione di liceità dell'accordo: che, in linea di principio dovrà negarsi, ogni qual volta si traduca nella patrimonializzazione di una scelta (quella relativa alla prosecuzione del rapporto) che non può tollerare condizionamenti di ordine economico.

6. *Il comma 59°: le ipotesi tipiche di scioglimento del contratto di convivenza*

Chiusa l'analisi degli accordi sulla crisi del rapporto, non resta che verificare le singole ipotesi di scioglimento del contratto di convivenza stabilite dalla novella.

Il comma 59° si limita a prevedere alcune cause tipiche di "risoluzione" *ex lege* del patto *ex* comma 50°[47]. Alcune di esse sono negoziali (l'accordo delle parti e il recesso unilaterale), altre di tipo legale (il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e altra persona e la morte di uno dei contraenti). A queste, come si è detto

[44] Sul diritto di ciascuno dei coniugi di condizionare il proprio consenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei propri interessi economici, salva la lesione di diritti inderogabili, si veda già Cass., 5 luglio 1984, n. 3940, cit.

[45] Amadio, *La condizione di inadempimento. Contributo alla teoria del negozio condizionato*, Padova, 1996, 186 e 295 s.; Id., *Letture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 216 ss.

[46] Gorla, *Promesse «condizionate» ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 431 s. Sul tema, più di recente, cfr. Basini, *La «promessa condizionata ad una prestazione»: individuazione e ammissibilità della figura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 200 s., nonché Caccavale, *Trasferimento di azienda mediante cessione post mortem a corrispettività condizionale*, Napoli, 2014, *passim*.

[47] L'uso dell'espressione è impropria: sarebbe stato più corretto impiegare il termine "scioglimento".

in precedenza, deve aggiungersi anche lo scioglimento della convivenza, che sorregge causalmente il contratto.

a) *L'accordo delle parti*

Attraverso il mutuo dissenso[48] le parti sciolgono il precedente contratto, i cui effetti già prodotti rimangono integri, mentre cessano gli obblighi futuri.

È fatta salva la possibilità di un patto contrario, con cui i conviventi estendono l'effetto liberatorio (*rectius*, restitutorio) a tutte o alcune delle prestazioni già eseguite, pur con la tutela della posizione dei terzi[49]. Trattandosi di diritti patrimoniali disponibili, non sembra che il generico dovere di solidarietà esistente tra i componenti della famiglia, anche di fatto, possa imporre limitazioni in senso opposto[50].

I commi 51° e 60° prescrivono poi di redigere l'accordo, di cui al comma 59°, lett. *a*), in forma scritta, a pena di nullità, tramite atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato.

b) *Il "recesso unilaterale"*

La novella attribuisce alle parti il diritto di recedere dal contratto di convivenza mediante la semplice dichiarazione (recettizia) di uno dei conviventi. Qualora tale facoltà venga esercitata da chi ha l'esclusiva disponibilità della casa familiare, la dichiarazione deve contenere – a pena di nullità – l'indicazione un termine, non inferiore a novanta giorni, a favore dell'altro convivente, per lasciare l'immobile (comma 61°). In ogni caso, i conviventi potranno stabilire pattiziamente, nell'esercizio della loro autonomia privata, un termine inferiore e, stante l'unilateralità dell'interesse tutelato, sarà anche ammissibile una rinunzia a opera del solo beneficiario, senza dover necessariamente ricorrere allo schema contrattuale.

Sotto il profilo formale, il comma 60° prescrive che l'atto di recesso deve essere ricevuto da un professionista e notificato all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto (comma 61°). Inoltre, una sua copia, entro i successivi dieci giorni, va trasmessa al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione anagrafica. In questo modo, lo scioglimento del contratto sarà opponibile ai terzi e verrà determinato con certezza il momento di produzione dell'effetto di quelle attribuzioni patrimoniali che dipendono dal venir meno del rapporto.

Nel silenzio delle parti, l'esercizio del diritto di recesso impedisce la ripetizione delle attribuzioni patrimoniali già eseguite in conformità a quanto prevede l'art. 1373, comma 2°, c.c. Tuttavia, deve in linea di principio ammettersi il patto che preveda la retroattività degli effetti[51], facendo applicazione di quanto dispone l'art. 1373, comma 4°, c.c.[52].

---

[48] Sul mutuo dissenso si vedano almeno FRANZONI, *Successioni e donazioni (Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto)*, nel *Trattato Bessone*, V, Torino, 2002, 15 s.; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, IV, Bologna-Roma, 1993, 17 s.; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, nel *Trattato Grosso-Santoro Passarelli*, IV, Milano, 1977, 205 s.; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, *passim*.

[49] In questo senso, v. anche MAZZARIOL, *op. cit.*, 237 ss.

[50] Contr. v. DALIA, *Lo scioglimento negoziale del contratto di convivenza: accordo risolutorio e recesso unilaterale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 558.

[51] In termini generali, sulla figura del diritto di recesso si limita il rinvio a TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962; DI MAJO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 110 s.; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1995, *passim*; D'AVANZO, voce «Recesso (dir. civ.)», nel *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 1027 ss.; GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 725 s.; DE NOVA, *Il recesso*, nel *Trattato Rescigno*, cit., 637 ss.; ID., voce «Recesso», nel *Noviss. Dig. it. IV.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 314 s.; GABRIELLI - PADOVINI, voce «Recesso», in *Enc. del dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 28 s.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, nel *Comm. cod. civ. Schlesinger-Busnelli*, II, Milano, 2013, 336 s.

[52] La norma conferisce una «totale delega … all'autonomia delle parti» in ordine alle conseguenze

Come si è già accennato, quanto prevede il comma 61° legittima il convincimento che il venir meno del vincolo contrattuale *ex* art. 1373 c.c. risulti incompatibile con il contemporaneo persistere della convivenza.

Un profilo problematico che la norma pone riguarda gli effetti dell'esercizio del diritto potestativo sulle clausole che condizionano le attribuzioni patrimoniali alla conclusione della convivenza: il dubbio è che l'eventuale recesso privi di vincolatività gli impegni assunti in vista della crisi.

Sulla questione va registrata un'opinione secondo cui il "recesso unilaterale", di cui alla lett. *b*) del comma 59°, si riferirebbe, più che a una illimitata recedibilità dal patto *ex* art. 1373 c.c., alla sola ipotesi di scioglimento del contratto conseguente alla libera decisione di porre fine al rapporto affettivo[53]. Si eviterebbe così che l'esercizio per tempo del diritto di recesso, a opera della parte che intende poi interrompere la convivenza, frusti l'affidamento del *partner* nella stabilità e nella certezza delle attribuzioni patrimoniali condizionate alla fine della vita in comune: alla meritevolezza del "recesso" dal rapporto non sembra corrispondere quella dello *ius poenitendi* dal solo contratto di convivenza.

Andrebbero allora distinte le clausole pattizie che presuppongono il vincolo affettivo e la vita in comune (come quelle sull'obbligo di contribuzione materiale), dalle previsioni dettate per la fine del rapporto: solo le prime cesseranno di avere efficacia a seguito del "recesso" dalla convivenza, mentre le seconde rimarranno vincolanti e, anzi, produrranno effetti a partire dalla cessazione della vita in comune, proprio perché per esse il vincolo negoziale è già fermo e irrevocabile, e impone ai contraenti l'adempimento delle prestazioni pattuite in vista del termine della relazione[54].

Un'ulteriore questione aperta riguarda la possibilità di un sindacato di meritevolezza sull'esercizio del diritto di recesso.

Se si ritiene che non possa pensarsi a un venir meno del vincolo contrattuale e al contemporaneo persistere della convivenza, il dubbio non si pone: le parti godono di un'ampissima libertà nello stabilire il sorgere e la cessazione della relazione, stante l'assenza di vincoli coercibili al suo mantenimento.

Quanto osservato deve però confrontarsi con quel percorso dottrinale e giurisprudenziale che, a partire dal nuovo secolo, è giunto ad ammettere un controllo sull'esercizio del diritto di recesso in base al principio della buona fede oggettiva, consentendo, in caso di abuso, «un intervento giudiziale anche modificativo o integrativo del regolamento pattuito, a garanzia del giusto equilibrio degli interessi»[55]. Un esito che però non

---

nascenti dalla decisione di recedere: così per De Nova, *op. cit.*, 641. Va escluso che possa qui essere richiamato quanto dispone l'art. 2034 c.c., stante la non spontaneità delle attribuzioni *ex contractu*.

[53] Così per Mazzariol, *op. cit.*, 241, secondo cui, diversamente opinando, l'elencazione contenuta nel comma 59° diverrebbe lacunosa, poiché rimarrebbe esclusa una causa tipica, di cui pochi dubitano, di "risoluzione" del contratto di convivenza: la cessazione del rapporto.

[54] Per Falzea, *Problemi attuali della famiglia di fatto*, in Id., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, 52, «la facoltà di sciogliere il rapporto di libera unione non ha nulla a che vedere con l'impegno di rispettare gli accordi di vita comune e, finché il rapporto permane, di subire le conseguenze di tali accordi, come si prospettano giuridicamente all'atto della cessazione del rapporto».

[55] Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85. Più in generale, sull'ammissibilità di un sindacato sull'esercizio del diritto di recesso *ex* art. 1373 c.c., v. anche Cass., 6 agosto 2008, n. 2150, in *Giur. comm.*, 2010, II, 229; Cass., 18 ottobre 2003, n. 15482, in *Dir. giur.*, 2004, 525; Cass., 23 settembre 2002, n. 13823, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2005, II, 3; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Contratti*, 2000, 1115; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, 2479. In dottrina, sul tema v., ad esempio, D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11 s.; Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 s.; Scaglione, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, 809; Panetti, *Buona fede, recesso ad nutum e*

sembra possa essere esteso al contratto di convivenza[56], soprattutto se si riflette sulle altre ipotesi legali di "risoluzione" del patto derivanti da una decisione (anche unilaterale) dei contraenti.

È opinione pressoché condivisa che la decisione unilaterale di far cessare la convivenza non comporti il sorgere di alcuna pretesa risarcitoria tra le parti, salvo diverso accordo: lo scioglimento libero e unilaterale del rapporto è un carattere tipico e ineliminabile di ogni unione affettiva non coniugale. Allo stesso modo, la scelta di contrarre matrimonio, o un'unione civile tra i conviventi stessi ovvero tra uno di essi e un terzo, non può divenire fonte di responsabilità. Analoga conclusione deve allora valere anche per l'esercizio del diritto di recesso, di cui al comma 59°, lett. *b*): diversamente opinando, ma con esito non ammissibile, dovrebbe ammettersi un giudizio di meritevolezza esteso agli altri fattori di scioglimento *ex lege* del patto, ogni qual volta essi dipendano da una scelta autonoma di una delle parti[57].

Si aggiungano, poi, due ulteriori considerazioni.

Per un verso, il controllo sulla correttezza del recesso si tradurrebbe in un sindacato, a opera del giudice, su una delle scelte più intime della vita di ogni individuo, soprattutto qualora al recesso si accompagni anche il venire meno della vita di coppia. Per altro verso, le scelte in ordine alla continuazione del rapporto affettivo finirebbero per essere indebitamente influenzate dal timore di un'eventuale pretesa risarcitoria avanzata dal *partner*, che lamenti l'esercizio, contrario a buona fede, del recesso.

c) *Il matrimonio o l'unione civile tra i conviventi o tra un convivente e un'altra persona*

La celebrazione di un matrimonio o la costituzione di un'unione civile tra i conviventi o tra uno di essi con un terzo sono cause estintive del rapporto di convivenza in virtù del combinato disposto dei commi 36° e 57°. Pertanto, venuto meno il presupposto della libertà di stato, che sorregge il contratto[58], tali fattori determinano il conseguente suo scioglimento[59].

Il comma 62° prescrive al contraente, che ha contratto matrimonio o l'unione civile, di notificare all'altro (purché non sia il coniuge o la parte dell'unione civile), nonché al professionista che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto di matrimonio o di unione civile. L'avvocato o il notaio saranno poi tenuti, ai sensi del combinato disposto dei commi 51° e 52°, a trasmetterne copia, entro i successivi dieci giorni, al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe.

---

investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 653 s.; Grondona, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 309 s.; Dellacasa, *Il recesso arbitrario tra principi e rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 5 s.; Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 357 s.; Galgano, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1998, 25 s.; Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., 360 ss.

[56] In senso contrario, v. però Perfetti, *op. cit.*, 1763; Nonne, *Commi 59-60*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M: Bianca, cit., 713 s.; Cimmino, *Comma 61*, *ivi*, 727.

[57] Mazzariol, *op. cit.*, 246 ss.

[58] Ritiene che le ipotesi contemplate nella lett. *c*) incidano sulla causa del contratto Figone, *Lo scioglimento delle unioni civili e la risoluzione dei contratti di convivenza*, in Aa.Vv., *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016, 281.

[59] Secondo Nonne, *op. cit.*, 717, qualora la convivenza si sia svolta nella casa familiare spettante in via esclusiva a chi poi contrae matrimonio o costituisce un'unione civile, potrebbe applicarsi in via analogica quanto dispone il comma 61°, con la conseguenza che colui che si sposa o si unisce civilmente con un terzo sarebbe tenuto a concedere un termine di preavviso di 90 giorni al *partner* per lasciare l'abitazione, a salvaguardia dei suoi interessi abitativi. La soluzione proposta sembra però contrastare con il carattere eccezionale della previsione di cui al comma 61°, che impedirebbe una sua applicazione analogica.

Va precisato che il matrimonio o l'unione civile *tra i partner* determina lo scioglimento della comunione legale stabilita *ex pacto*, benché venga poi a ricostituirsi un istante dopo. In tal senso, depone sia il tenore letterale del comma 61°, sia la potenziale presenza di un interesse, in capo a uno o a entrambi i conviventi, a conseguire il diverso regime di appartenenza dei beni comuni, conseguente allo scioglimento della comunione legale (*id est* la comunione ordinaria), e a consentire l'attivazione del meccanismo acquisitivo previsto nella c.d. comunione *de residuo* (artt. 177 e 178 c.c.)[60].

d) *La morte di uno dei conviventi*

Ultima ipotesi di scioglimento del contratto è data dalla morte di uno dei contraenti: facendo cessare il rapporto, essa non può che determinare anche il venire meno il patto. Non ostante il silenzio del legislatore sul punto, sembra possa essere ricompresa nella fattispecie anche la morte presunta, stante l'*eadem ratio.*

Il comma 63° impone al contraente superstite o agli eredi del contraente deceduto di notificare al professionista, che ha ricevuto o autenticato il contratto di convivenza, l'estratto dell'atto di morte, affinché provveda ad annotare, a margine del contratto di convivenza, l'avvenuta "risoluzione" del contratto e a notificarlo all'anagrafe del comune di residenza[61].

[60] Conformemente v. anche Nonne, *op. cit.*, 720-721; Mazzariol, *op. cit.*, 250.

[61] Per un approfondimento, anche sotto il profilo operativo, dell'onere imposto dal comma 63°, v. De Donato, *Comma 63*, in, *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, cit., 734 s.

ANTONINA ASTONE

IL DIVIETO DI TRASCRIZIONE DEGLI ATTI DI NASCITA DEI BAMBINI NATI DA MATERNITÀ SURROGATA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico. – 3. Gli interventi della Corte costituzionale. – 4. Le Sezioni Unite negano la trascrivibilità degli atti di nascita dei minori nati attraverso la maternità surrogata. – 5. La chiusura del legislatore italiano.

1. *Premessa*

Numerosi interventi giurisprudenziali emessi, a più livelli, sul problema dei rapporti di filiazione nell'ambito del progetto di famiglia *same sex,* costituiscono prova tangibile dell'inadeguatezza della disciplina vigente a fornire adeguata tutela a situazioni di interesse sempre più rilevanti nella società.

Lo stralcio, dal testo definitivo della l. 76/2016, della disposizione relativa alla *stepchild adoption*[1], in linea anche con la scelta di escludere le coppie omogenitoriali dalla procreazione medicalmente assistita e di vietare la maternità surrogata[2], ha determinato un contenzioso consistente. Si è, invero, generata una contrapposizione tra un sistema di norme, che impedisce formalmente alle coppie *same sex* di realizzare il progetto di filiazione in Italia, e un "diritto vivente" che ha riconosciuto effetti giuridici allo stesso progetto, se realizzato all'estero. Il problema che si pone è, ovviamente, quello di garantire il migliore interesse dei bambini generati che costituisce, come ha ben sintetizzato la Suprema corte, da un verso come chiave interpretativa e, dall'altro, come limite invalicabile delle norme in materia di filiazione[3]. La salvaguardia di tale interesse passa attraverso il formale riconoscimento del rapporto di filiazione, con entrambi i componenti della

---

[1] L'art. 5, della l.76/2016, originariamente previsto, avrebbe modificato l'art. 44, comma 1, lett. b), della l. 4.5.1983, n. 184, inserendo dopo la parola: "coniuge" l'inciso "o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso". In senso critico, sulla l. 76/2016 v. ZATTI, *Introduzione al Convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 663 ss., che, con riferimento anche al testo normativo, connotato dall'art. 1, composto da ben sessantanove commi, è ricorso alla definizione di "minestrone normativo". Sulla disciplina, cfr., per tutti, PALMERI, *Le unioni civili. I rapporti con i figli*, nel *Trattato dir. fam.,* diretto da Zatti, *Le riforme*, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di FERRANDO, FORTINO, RUSCELLO, Giuffrè, 2019, 85 ss.

[2] In dottrina, in generale, GORASSINI, voce «Procreazione. dir. civ.», in *Enc. del dir.*, XXXIV, Milano, 1987; dopo la l. 40/2004, ZATTI, *Maternità e surrogazione,* in *Maschere del diritto e volti della vita,* Giuffrè, 2009, 205 ss.; FORTINO (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita,* Giappichelli, 2005; CAMPIGLIO, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo* a cura di CANESTRARI, FERRANDO, MAZZONI, RODOTÀ e ZATTI, II, nel *Trattato di biodiritto*, diretto da Rodotà e Zatti, Giuffrè, 2011, 1514 ss.; SALANITRO, *La procreazione medicalmente assistita,* nel *Trattato dir. fam.* diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione,* Utet, 2016; ID., *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita,* nel *Commentario Gabrielli, Della famiglia,* III, *Leggi complementari*, a cura di DI ROSA, Utet, 2018, 1744 ss.; VILLANI, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, *Le riforme*, II, *Il nuovo diritto della filiazione* a cura di LENTI e MANTOVANI, Giuffrè, 2019, 281 ss.

[3] CASS., 22.6.2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, I, con nota di FERRANDO, 1135.

coppia, prescindendo anche dall'esistenza di un rapporto di derivazione biologica. Se si volesse effettuare una sintesi, si potrebbe dire che tra le due opzioni possibili, sul punto: la trascrivibilità in Italia dei certificati e atti redatti in uno Stato estero, che riconoscono al bambino genitori dello stesso sesso e il ricorso all'adozione c.d. in casi particolari, sembra che la forma di tutela che, nel tempo, è riuscita a prevalere sia quella dell'adozione. La sensazione è, pertanto, che "sia stato recuperato dal cestino dei *file* eliminati" l'art. 5 sulla *stepchild adoption* che, a causa di difficili equilibri politici, come detto, è stato eliminato dall'originario disegno normativo.

2. *Il divieto di maternità surrogata come principio di ordine pubblico*

Prima di svolgere alcune considerazioni sugli approdi giurisprudenziali, che hanno portato a prescegliere l'adozione, appare opportuno ripercorrere il dibattito in materia.

È noto che il legislatore è intervenuto per ridisegnare il rapporto genitori-figli[4], individuando, da un verso, l'interesse del minore[5] come preminente e, dall'altro, la responsabilità dei genitori, i cui obblighi sono delineati in funzione della realizzazione dello stesso. Nell'archetipo delineato a seguito della c.d. legge Cirinnà, solo un orientamento minoritario[6] ha aderito ad un'interpretazione letterale e restrittiva dell'espressione "sibillina", contenuta nell'art.1, comma 20 che, come è noto, sancisce che "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti", non riconoscendo la *stepchild adoption*. Infatti "l'impossibilità di affidamento preadottivo", prevista dall'art. 44, lett. d), riguardo l'adozione in casi particolari, è stata intesa, in senso ampio, non solo come impossibilità "di fatto", derivante da una situazione di abbandono del minore ma, anche "di diritto" di procedere all'adozione, in quanto il bambino non è abbandonato, perché, ad esempio, vive all'interno di una famiglia *same sex*[7]. Altre aperture rispetto all'omogenitorialità, in forza del diritto internazionale privato, hanno inoltre, portato a considerare validi atti di nascita o di adozione formati all'estero[8].

---

[4] Sulle riforme in materia, per tutti, si rinvia a C.M. Bianca, *La filiazione,* in *Diritto civile. 2.1 La famiglia*, Giuffrè, 2017, *passim*.

[5] Per un quadro generale sulle Convenzioni sovranazionali cfr. Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, nel *Trattato dir. fam.* diretto da Zatti, a cura di Collura, Lenti Mantovani, *Filiazione*, Giuffrè 2012, II, 15 ss.

[6] In chiave restrittiva Trib. min. Milano, 17.10.2016, n. 261, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, con nota di Ferrando, 171 ss., in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, con nota di Astone, 305 ss.; v. altresì, Trib. min. Palermo 30.7.2017.

[7] In dottrina Zatti, *Introduzione al Convegno*, cit., 1665, aveva sottolineato la possibile interpretazione evolutiva, peraltro, anche dell'art.44 lett. b, l.184/83, in quanto il rapporto che nasce dall'unione civile non potrebbe rappresentarsi "se non come forma di *coniugio*, che sottilmente, per contenuti di diritti e obblighi e, talvolta vanamente, per quanto riguarda la qualità di famiglia della coppia, il legislatore ha tentato di distinguere dal matrimonio". In tal senso, cfr. altresì, Barba, *Unione civile e adozione*, in *Fam. e dir.*, 2017, 390 ss.; G. Perlingieri, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2018, 101 ss.; *contra* Ballarani, *La legge sulle unioni civili e sulla disciplina delle convivenze di fatto. Una prima lettura critica*, in *Dir. succ. fam.*, 2016, 636.

[8] Cass., 31.5.2018, n. 14007 ha rigettato il ricorso di due sindaci e del Ministero dell'interno, contro l'ordinanza del 30.3.2016 della Corte di appello di Napoli, che dava esecuzione a due adozioni incrociate dei minori, da parte di due donne coniugate in Francia. La Corte ribadisce la validità del matrimonio, trascritto anche in Italia, sottolineando che il riconoscimento delle due sentenze francesi è funzionale a salvaguardare l'interesse del minore.

A cercare di fare ordine in una materia, così delicata e complessa, è intervenuta nel 2019 una decisione delle Sez. un.[9] che, sostanzialmente, ha confermato tale orientamento dominante. In relazione al divieto di maternità surrogata, dopo aver tracciato una sorta di *actio finium regundorum* della nozione di ordine pubblico, inteso in un'accezione ampia, ha enucleato il principio secondo cui il divieto della surrogazione di maternità è "qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l'istituto della adozione"[10]. Sulla scorta di tali considerazioni le S. U. precisano come i Giudici della Consulta[11] abbiano considerato la legge 40/2004 quale norma *"costituzionalmente necessaria"* e che, sebbene i fatti imputabili agli adulti, che hanno fatto ricorso ad una pratica fecondativa illegale in Italia, non possano ricadere su chi è nato, il quale ha diritto alla conservazione dello *status filiationis,* tale "interesse è destinato ad affievolirsi" nei casi di ricorso alla surrogazione di maternità. Il divieto di tale pratica verrebbe a configurarsi come "l'anello necessario di congiunzione" tra la disciplina della procreazione medicalmente assistita e quella generale di filiazione, segnando il limite oltre il quale "il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla surrogazione di maternità", deve cedere, in quanto tornerebbe ad operare "il *favor veritatis* che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica". Tale prevalenza non si tradurrebbe, secondo le Sez.un., nella cancellazione dell'interesse del minore la cui salvaguardia, tenendo conto delle variabili complesse in gioco e la tutela di tali valori, "non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull'interesse del minore, nell'ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore" non esclude la possibilità di conferire rilievo al rapporto genitoriale, mediante il ricorso ad altri strumenti giuridici, quali l'adozione in casi particolari[12].

Il parere[13], reso poco prima da tale pronunzia delle Sez. Un., ancora nell'ambito del celebre caso *Mennesson*[14] dalla Grande camera della Corte di Strasburgo, sembrerebbe fornire una sponda a tali principi. Nella fattispecie, in cui mancava una derivazione biologica con la madre committente, si fa salva la libertà di scelta degli Stati membri circa le modalità con cui è possibile provvedere alla formalizzazione di un simile rapporto, fra cui il ricorso all'adozione a condizione che, in conformità con l'interesse superiore del minore, il relativo procedimento si svolga rapidamente. Questo perché, a giudizio della Corte, l'art.8 Cedu, non obbliga gli Stati a stabilire il riconoscimento del rapporto di filiazione *ab initio.*

---

[9] Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Familia,* 3, 2019, con nota di M. Bianca, 345 ss., in *Nuova giur. civ.com.,* 2019, I, con nota di Grasso, 757 e commenti di Salanitro e Ferrando, 737 ss.

[10] Le Sez. un. muovono, criticamente, dalla sovrapposizione che fa coincidere la nozione di ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno: in tema v. G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale,* in *Riv. dir. civ.*, 2018, 738.

[11] V. Corte cost., 28.1.2005, n. 45; Corte cost., 8.5.2009, n. 151.

[12] In generale, Lenti, *L'adozione,* nel *Trattato dir.fam.,* diretto da Zatti, *Il nuovo diritto della filiazione*, cit., 375 ss.

[13] Corte eur. dir. uomo, gran. ch., 10.4.2019, *Cour de cassation (P16-2018-001).* Dopo avere sospeso il giudizio nazionale in corso, sulla vicenda *Mennesson*, (su cui già Corte eur. dir.uomo, 26.6.2014, Mennesson c. Francia, ric. n. 65192/11, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, con nota di Camardi, 7 ss.), la *Cour de cassation*, con provvedimenti del 5.10.2018, n. 637/638, in *www.courdecassation.fr* ha chiesto un parere consultivo, ai sensi del protocollo addizionale 16. Il parere reca una precisa indicazione agli interpreti in ordine al fatto che, in materie così eticamente sensibili, è necessaria una valutazione calibrata sulla specificità della singola fattispecie. In considerazione del tempo trascorso e della stabile relazione affettiva, consolidatasi all'interno del nucleo familiare, ha individuato nella trascrizione dell'atto di nascita estero l'unico strumento in grado di garantire continuità nel rapporto affettivo tra i genitori e i minori in quanto "il ricorso all'istituto dell'adozione avrebbe richiesto tempi incompatibili con l'interesse del minore".

[14] *As. Plen., Cour de cassation* 4.10.2019 (10-19.053), 648.

Ma non si è potuto non rilevare in dottrina[15] la divergenza tra i percorsi seguiti dalla Corte Europea e dalle Sezioni unite che, invece *prima facie,* sembrerebbero convergenti, in quanto "se la risposta che viene da Strasburgo mette al primo posto i bambini e i loro diritti, quella che viene da Roma mette in primo piano il divieto di surrogazione" sicché "la pretesa sanzionatoria dello Stato prevale senza scampo sui diritti e sull'interesse del bambino". Il disagio derivato dall'indicato bilanciamento, tra la dignità della gestante e l'interesse del minore da parte delle Sez.un. traspare all'interno della stessa giurisprudenza di legittimità, come è dimostrato dalla scelta della Prima sezione, di sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'impossibilità di riconoscimento del legame di filiazione da parte del c.d. genitore di intenzione "di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta maternità surrogata)"[16].

D'altra parte il compito assegnato agli interpreti, sullo sfondo di un'inerzia colpevole del legislatore, è stato faticoso e difficile come emerge, peraltro, dalla successiva decisione delle Sez. un.[17] che ha riconosciuto effetti in Italia a un provvedimento di adozione piena di un minore da parte di una coppia di uomini. Si è ritenuto che tale provvedimento non contrastasse con i principi di ordine pubblico nella misura in cui non presupponga alla base un accordo di surrogazione. Si può, quindi, dire che le Sezioni unite della Corte di cassazione abbiano mantenuto una coerenza nelle decisioni in materia[18] evidenziando il disvalore della pratica della maternità surrogata e individuando, in tali casi, quale forma di tutela, l'istituto dell'adozione.

3. *Gli interventi della Corte costituzionale*

Sul problema, che ha maggiormente impegnato la Corti[19], ruotante attorno al nodo

[15] Così Ferrando, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, II, 818 ss.

[16] Cass., 29.4.2020, n. 8325, in *Corr. giur.*, 2020, 902 ss., con commento di Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima sezione si smarca...e apre alla maternità surrogata.* La Corte rinviene, tuttavia, alla luce del parere del 10.4. 2019 della *Grand Chambre* della Corte EDU (v. nt. 13) una situazione di conflitto con il diritto vivente in Italia e solleva «questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, comma 6, della l. n. 40/ 2004, 64, comma 1, della l. n. 218/1995, nonché dell'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000 se interpretati, come attualmente nel diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione del genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico». La Corte costituzionale con sentenza n. 33 del 9.3.2021, ha dichiarato inammissibile la questione : v. *infra* par. 3.

[17] Cass., sez. un., 31.3.2021, n. 9006, su cui Venuti, *Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006 Provvedimento estero di adozione piena ad una coppia omogenitoriale maschile e ordine pubblico internazionale,* in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di Granelli, Giuffrè, 2022, 138 ss.; prima ancora Trib. min. Firenze, 7.3.2017 ha riconosciuto in Italia, l'adozione legittimante pronunciata in Inghilterra, su istanza di una coppia *omo-sex* priva di qualunque legame genetico con i minori, *ex* art. 36, co. 4, l. n. 184/1983, attraverso un provvedimento del Tribunale per i minorenni, che verifichi la conformità del provvedimento straniero ai principi della Convenzione dell'Aja del 1993.

[18] In tal senso v. Cass., 11.11.2014, n. 24001.

[19] Da ultimo Corte giust. UE, gr. sez., 14.10.2021, causa C-490/20 riguardo un cittadino, minorenne bulgaro, cui non era riconosciuto l'atto di nascita, emesso in Spagna, che designava come genitori due persone dello stesso sesso. Alla base della decisione l'art. 21 TFUE che sancisce il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale si ha la cittadinanza e la direttiva 2004/38/CE, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di spostarsi e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Altresì cfr. Corte giust. UE, gr. sez., 14.10.2021, causa C-490/2020 che ha precisato che "sarebbe contrario ai diritti fondamentali", che gli

della maternità surrogata[20] si registrano anche una serie di interventi della Corte costituzionale[21]. In relazione a fattispecie, che riguardavano due coppie *same sex,* alle quali era stato negato l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, con la decisione n. 221/2019, si afferma che l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale escluderebbe, un *vulnus* al principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost., in quanto la stessa non sarebbe omologabile all'infertilità patologica, di tipo assoluto e irreversibile, delle coppie eterosessuali, prevista dalla legge, come requisito di accesso alla PMA. Il legislatore dunque, non opererebbe alcuna discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. La motivazione convince poco: l'infertilità, pur se fisiologica, delle coppie *same sex* presenta anch'essa i caratteri dell'assolutezza e dell'irreversibilità; l'aver individuato, come requisito di accesso, la matrice patologica dell'infertilità determinerebbe una discriminazione basata sull'orientamento sessuale che, anche ove si ritenesse legittima, non cancellerebbe la diversità di trattamento. La quale, pertanto, deve trovare una giustificazione costituzionalmente sostenibile: l'attenzione della Corte si sposta, dunque, sulla sussistenza in capo ai cittadini, sia etero che omosessuali, di un diritto fondamentale alla procreazione. Se è vero, infatti, sostiene la Corte, che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali, di cui fa parte l'unione omosessuale, è altrettanto vero che "la libertà fondamentale" di procreare deve essere bilanciata con altri valori, primo fra tutti quello attinente alla tutela del nascituro. In questa prospettiva, la "famiglia ad *instar naturae* – due genitori di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile" – rappresenta il "luogo" più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato. La decisione appare dunque eticamente orientata e sembra non tenere conto della "disarticolazione della maternità" che, così come è stato affermato in dottrina[22], costituisce una realtà incontrovertibile.

L'esito di questa pronunzia sembra, inevitabilmente, influenzare anche le successive sentenze della Corte costituzionale: nella decisione n. 237/2019 "l'erroneità del presupposto interpretativo, della questione di legittimità costituzionale"[23], consente di non entrare nel merito delle norme che impedirebbero, secondo il giudice *a quo*, la formazione di atti di nascita recanti l'indicazione di genitori *same sex*. Ed in questa decisione proprio l'interpretazione, in chiave estensiva, dell'impossibilità di far luogo all'affidamento

artt. 7 e 24 della Carta di Nizza garantiscono al minore, "privarlo del rapporto con uno dei suoi genitori nell'ambito dell'esercizio del suo diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri o rendergli *de facto* impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di tale diritto per il fatto che i suoi genitori sono dello stesso sesso". Prima ancora Corte giust. UE, 5 giugno 2018, C-673/2016 .

[20] Lorenzetti, voce «Maternità surrogata», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez civ.,* Agg., Utet, 2011; Renda, *La surrogazione di maternità e il diritto della famiglia al bivio,* in *Eur. e dir. priv.* 2015, 415 ss.; La Spina, *La tutela dell' identità personale del nato all'estero con maternità surrogata*, in *Riv. dir. priv.,* 2017, 553 ss.; Lucchini Guastalla, *Maternità surrogata e* best interest of the child, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1729 ss.; Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2017, 83 ss.; Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica, e interesse del minore*, ESI, 2018; Salanitro, *Azioni di stato e* favor minoris *tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 556 ss.; Romeo, *Surrogazione di maternità all'estero e ordine pubblico internazionale,* in *Giur. it.*, 2018, 835 ss.; Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Giappichelli, 2022; Mantovani, *Lo stato di figlio (artt. 231-249),* nel *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2022, 41 ss.

[21] Corte cost., 23.10.2019, n. 221 su cui Venuti, *La genitorialità procreativa nella coppia omoaffettiva femminile. Riflessioni a margine di Corte cost., n.221/2019*, in *Foro it.*, 2019, I, 3782; Salanitro, *A strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 206 ss.

[22] Il riferimento è a Zatti *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 195 che evidenzia come si registrano una serie di esempi nel corso della storia di "disarticolazione" della maternità a partire dai Vangeli.

[23] Corte cost., 20.11.2019, n. 237.

preadottivo, ex art. 44 lett d., si profila strumento privilegiato per conferire tutela giuridica ai rapporti di filiazione che si istaurano all'interno delle famiglie omosessuali[24].

Dopo avere affermato, nella successiva decisione 230/2020, che l'orientamento sessuale della coppia non incide sull'idoneità dell'individuo all'assunzione della responsabilità genitoriale, si ribadisce che il riconoscimento della omogenitorialità non è imposto da alcun precetto costituzionale, sebbene la Costituzione non precluda soluzioni diverse da parte del legislatore che attenuino il divario tra realtà fattuale e realtà legale[25].

Il percorso che porta a prescegliere il rimedio dell'adozione si delinea, in maniera più nitida, con altri interventi. La Corte costituzionale con la decisione n. 33/2021[26], afferma, in maniera poco condivisibile e in linea con la giurisprudenza di legittimità, come l'interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto ad ogni altro contro interesse in gioco, quale lo scopo legittimo perseguito dal legislatore di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità. Si constata come il rimedio dell'adozione in casi particolari, costituisca "una forma di tutela" non del tutto "adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali": non sarebbe in grado di determinare pienamente, infatti, un rapporto di filiazione, non instaurando legami tra l'adottato e i parenti dell'adottante, con il limite di condizionare il procedimento al consenso del genitore biologico, che potrebbe mancare in caso di crisi della coppia. Ma la Corte finisce per concludere che è "indiscutibile" l'interesse del bambino al "riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico" del legame con "il genitore intenzionale" che, come si legge anche nella sentenza 32/2021, necessita di un intervento del legislatore, "per al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori". Tra le soluzioni suggerite "una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione".

---

[24] L'art. 44 lett. d), della l. 184/1983, interpretato in chiave estensiva, ha consentito di introdurre la c.d. "adozione mite", su cui v. Trib. min. Bari, 7.5.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, con nota di Caffarena, 393 ss.; Corte eur. dir.uomo, 21.1.2014, Zhou c. Italia, ric. n. 33773/11. Anche v. Cass., 25.1.2021, ord. n. 1476 su cui Salanitro *L'adozione mite tra vincoli internazionali e formanti interni* (Nota a ordinanza: Cass.civ., sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476), in *Corr. giur.*, 2021, 1070 ss.

[25] Corte cost. 4.11.2020, n. 230, in *Giustizia insieme*, 2020, con commento di M. Bianca, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, con commento di Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*; il Giudice delle leggi ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art.1 comma 20, della l. 76/2016, dell'art. 29 comma 2, d.p.r. 3. 11. 2000 n. 396, in proposito v. par. 5.

[26] Corte cost., 9.3.2021, n. 33 riguardo due uomini e il ricorso alla maternità surrogata; v. altresì Corte cost., 9.3.2021, n. 32 con riferimento alla crisi di un'unione al femminile e il rapporto di filiazione; in dottrina sulle decisioni Gambino, *Genitori d'intenzione e diritti dei figli*, in *Act. Jur. Iberoamer.,* 2022, 1158 ss., che sottolinea l'opportunità, nei casi di surrogazione di maternità, del riconoscimento formale del rapporto con la madre partoriente sì dar vita a una genitorialità "tripartita", valorizzando il ruolo dell'autonomia privata. Sul problema della madre partoriente, prima ancora, Trabucchi, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista,* in *Riv. dir. civ.,* I, 1986, 501 che distingue tra "madre in affitto" che non riceve alcun apporto dai committenti e "affitto di ventre" in cui uno o entrambi i committenti danno un apporto. Ma la distinzione porta, comunque, ad un risultato univoco: madre è colei che partorisce. Sul tema v. P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico,* 1972, Napoli, 323 secondo cui al donatore deve essere data la possibilità di revoca, secondo uno schema della promessa al pubblico, revocabile per giusta causa, ex art 1990 c.c.; Zatti, *Maternità e surrogazione*, cit., 202 che evidenzia il problema dell'eventuale rifiuto della partoriente, ricordando come in Inghilterra, la scelta, in caso di conflitto, sia rimessa al sindacato del giudice. Sulla tutela del rapporto biologico C.M. Bianca *Diritto civile 2.1*, *La famiglia,* cit., 408.

Ma è la sentenza n.79/2022, nel protrarsi dell'inerzia del legislatore, ad operare un *restyling* dell'istituto dell'adozione in casi particolari[27]. L'opzione della "riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento" inizia a tramontare e la strada della *stepchild adoption* diventa sempre più piana con la rimozione dell'impedimento alla costituzione di rapporti di parentela con i parenti dell'adottante, ex art. 55 l.184/1983, in relazione all'art. 300, comma 2, cod.civ.

4. *Le Sezioni Unite negano la trascrivibilità degli atti di nascita dei minori nati attraverso la maternità surrogata*

La Corte costituzionale sembra avere preparato il terreno su cui si è innesta la più recente decisione della Corte di cassazione a Sezioni unite[28]: nel ribadire come l'adozione in casi particolari sia lo strumento più idoneo a tutelare il rapporto di filiazione che si istaura tra coppie *same sex* e i figli, i Giudici di legittimità pongono alcuni punti nodali: negano, in maniera netta, la possibilità di seguire il percorso della trascrizione degli atti di nascita formati all'estero, in presenza di una surrogazione di maternità, sostenendo, di fatto, che non basta l'intenzione a fondare la genitorialità[29].

Lo snodo interpretativo seguito muove dalla considerazione dell'illiceità della pratica della maternità surrogata che, anche se fosse effettuata senza ledere la dignità della gestante[30], comporta "la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica", ledendone la dignità.

---

[27] Corte cost., 28.3.2022, n. 79 su cui Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *www.questionegiustizia* riguardo una procedura di adozione conseguente ad una pratica di maternità surrogata da parte di una coppia dello stesso sesso unita civilmente.

[28] Cass., sez. un. 30.12.2022, n. 38162: la Corte d'appello di Venezia, con ordinanza del 16.7.2018 aveva accolto il ricorso di due uomini contro il comune che non voleva trascrivere l'atto di nascita che li riconosceva come genitori. Sull'ordinanza di rimessione n. 1842, del 21.1.2022 della I sezione della Suprema corte v. Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 5, 2022, 1047 ss.; nell'ordinanza si richiama la sentenza della Corte eur. dir.uomo, 18.5. 2021, c. 71552/17 che ha negato il riconoscimento di una sentenza o un atto di nascita che accerti la filiazione, in relazione a una surrogazione di maternità, ove i genitori committenti non hanno apportato alcun contributo genetico alla procreazione. Questa decisione, scrive la Corte di Strasburgo, non rappresenterebbe, "una inversione di tendenza" nella sua giurisprudenza ma la conferma della linea già tracciata, in prospettive diverse, dai casi Mennesson e Paradiso Campanelli, quella "di ritenere necessario, ai fini del rispetto dell'art. 8 della Convenzione, l'obbligo per gli Stati di riconoscere il rapporto di filiazione con il genitore intenzionale solo quando alla procreazione mediante surrogazione di maternità abbia contribuito l'altro componente della coppia che intende assumere la genitorialità". Corte eur. dir. uomo 6.12.2022, c. 25212/21, riguardo un caso di maternità surrogata a pagamento ha ribadito il principio secondo cui gli Stati devono assicurare l'acquisizione dello *status* anche se mantengono una discrezionalità nella scelta del *quomodo*.

[29] In tal senso, aveva sottolineato come il "genitore di intenzione" acquista rilevanza solo se diviene "genitore sociale", in quanto ha istaurato un consolidato legame affettivo con il figlio: M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?*, in *Familia*, 2019, 374.

[30] Le Sez. un. richiamano le sentenze 10.12.2014 e 5.9.2018 del *Bundesgerichtshof*, in tema, in cui "si assegna rilievo dirimente alla circostanza che il vincolo di filiazione di cui si chiede il riconoscimento risulti fondato su un provvedimento giurisdizionale, e dunque su un atto idoneo, per sua natura, a fornire un'adeguata attestazione della conformità della vicenda procreativa alle regole e alle procedure del diritto straniero. Una lesione della dignità della gestante è infatti ravvisata solo qualora emergano fattori che lascino dubitare della sua libera partecipazione alla surrogazione". Peraltro la Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2023 "sui diritti umani e la democrazia nel mondo e sulla politica dell'Unione europea" in materia – relazione annuale 2022 (2022/2049(INI), www.europarl.europa.eu, al punto 63, sembra circoscrivere il disvalore della maternità surrogata a quella praticata per scopi commerciali.

Si precisa come, d'altra parte, nel caso di trascrizione il riconoscimento dello *status* sarebbe rimesso all'ufficiale di stato civile, nella "pratica impossibilità", di procedere alla verifica della gratuità o meno della pratica e di valutare "il reale grado di libertà e consapevolezza della scelta effettuata, nonché le modalità di partecipazione alla scelta da parte del genitore intenzionale".

In conclusione, l'adozione in casi particolari, con gli intervenuti "ritocchi" effettuati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 79/2022[31] che, secondo le sez.un., avrebbero fatto venir meno "il più importante elemento di inadeguatezza" della stessa si profila come rimedio cardine per assicurare il rapporto di filiazione con il genitore di intenzione. Rispetto ad esso, però, i Giudici di legittimità auspicano l'intervento di ulteriori correttivi diretti ad imprimere celerità al relativo procedimento, che "non deve lasciare il legame genitore-figlio privo di riconoscimento troppo a lungo"[32]. *Medio tempore* intervengono nei limiti in cui possono: si concentrano su un ulteriore limite "messo in luce dalla sentenza n. 33/2021" che attiene al mancato assenso del genitore biologico che, in genere, interviene quando la relazione omoaffettiva entra in crisi , impedendo la costituzione del rapporto adottivo[33]. A tal fine, mostrano di condividere l'interpretazione restrittiva seguita in giurisprudenza[34] secondo cui, per genitori esercenti la responsabilità genitoriale, il cui dissenso impedisce l'adozione particolare, debbono intendersi i genitori che non siano meri titolari della responsabilità stessa, ma ne abbiano altresì il concreto esercizio, grazie a un rapporto effettivo con il minore. Attraverso un collegamento tra gli artt. 46 e 57 della l. n. 184/1983, è sancito l'importante principio secondo cui il rifiuto dell'assenso all'adozione, da parte del genitore biologico, è ammissibile solo in caso in cui il rapporto con il genitore d'intenzione sia pregiudizievole dell'interesse del minore.

5. *La chiusura del legislatore italiano*

La decisione delle Sez.un. rafforza la legittimità della *stepchild adoption*[35] decretando uno "stop" della trascrivibilità degli atti di nascita[36] che presuppongono una surro-

[31] Le Sez. un. sottolineano come la decisione della Corte cost.n.79/2022 sia stata depositata il 28.3.2022, quindi successivamente all'ordinanza di rimessione alle Sez. un.

[32] In tal senso, anche ripetutamente, la Corte costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 33/2021. Le Sez. un. richiamano la decisione della Corte eur. dir. uomo 22.11.2022, D.B. e altri c. Svizzera, secondo cui "il vincolo deve poter trovare riconoscimento al più tardi quando, secondo l'apprezzamento delle circostanze di ciascun caso, il legame tra il bambino e il genitore d'intenzione si è concretizzato".

[33] Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri,* in *GenIUS*, 2020, 17.

[34] Si richiama Cass., 16.7.2018, n. 18827.

[35] Ha sostenuto che, mentre la trascrizione è ammissibile nei confronti del genitore biologico, per il "genitore sociale" dovrebbe prospettarsi il rimedio dell'adozione in casi particolari: Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà. Tra fatto e diritto, essere e dover essere,* in *Eur. e dir. priv.,* 2017, 997 ss. In tema Giacobbe, *Due non è uguale a uno più uno. Bigenitorialità e rapporti omoparentali,* in *Dir. fam. e pers.*, II, 2019, 261 secondo cui la trascrizione dell'atto di nascita, garantisce il diritto delle persone di autodeterminarsi, disvelando quelli che "sono i reali interessi sottesi che si vogliono tutelare: quelli degli adulti omosessuali". A favore dell'adozione, M. Bianca, *Il travagliato percorso della tutela del bambino nato da maternità surrogata. Brevi note a margine dell'ordinanza di rinvio alle Sezioni unite n. 1842 del 2022*, *in www.giustiziainsieme.it*, 2022. Prima ancora Id., *La tanto attesa decisione delle Sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore,* cit., 385 secondo cui il legislatore deve ricercare proprio strumenti che possano disincentivare la pratica della maternità surrogata.

[36] Con circolare del Ministero degli interni, del 19 gennaio 2023, ai Prefetti è stato comunicato di rivolgere l'invito ai Sindaci ad attenersi ai principi espressi dalle sez. un.

gazione di maternità con esiti, anche se per alcuni aspetti, in linea con i precedenti delle stesse Sez.un. e il quadro delineato dalla Corte costituzionale. Ma, certamente non può dirsi risolutiva dei vari problemi in campo, circostanza la cui esistenza non è celata dagli stessi interpreti: i tempi del relativo processo, il fatto che la richiesta di adottabilità non compete al minore, nonché il pregiudizio potenziale, in ordine agli aspetti successori, scaturenti dal mancato immediato riconoscimento[37]. Alle criticità espressamente segnalate, è altresì da aggiungere il fatto che la verifica richiesta, nel corso del procedimento adottivo, in merito alle relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate, funzionale alla salvaguardia dell'interesse del minore, è molto complicata nel caso di un soggetto appena nato.

Ma l'impianto, che si è delineato, disvela anche un ulteriore significativo limite: il progetto di genitorialità, posto in essere da uomini, ha lo sbocco esclusivo dell'adozione e, analogamente, quello delle coppie femminili se, però, il bambino, concepito mediante l'impiego di tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo praticate all'estero, è nato in Italia[38] mentre, se è nato all'estero, si ammette la possibilità di trascrivere l'atto di nascita in conformità delle norme di diritto internazionale privato[39].

Secondo la giurisprudenza di legittimità[40] non può ravvisarsi alcuna contraddizione tra il riconoscimento del rapporto di filiazione, risultante dall'atto di nascita formato all'estero, e l'esclusione di quello derivante dal riconoscimento effettuato in Italia, in quanto "il riconoscimento dell'atto straniero non fa venir meno l'estraneità dello stesso all'ordinamento italiano". Ma non si può non pretermettere di considerare che i diversi effetti giuridici segnalati producono, in concreto, una lesione del principio di eguaglianza nei confronti dei bambini. Inoltre la contrarietà all'ordine pubblico della maternità surrogata, che non bisogna dimenticare può riguardare anche le coppie etero in grado di "celare" meglio il ricorso a questa tecnica, si traduce quasi in una sanzione nei confronti dei bambini generati che non contribuisce, in alcun modo, a tutelare il valore con cui l'interesse del minore è bilanciato, ossia la dignità della gestante, né a disincentivare tale pratica. Non trascurabile appare, ancora, la disparità che si genera tra le coppie che possono recarsi all'estero per praticarla e quelle che non ne hanno la possibilità, soprattutto per ragioni di tipo economico[41].

---

[37] Sui limiti dello strumento dell'adozione, a tutelare in maniera effettiva l'interesse del minore, v. le osservazioni di Scalisi, *Maternità surrogata: come "fare cose con regole"*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1110 che ha definito poco convincente il ricorso all'adozione e Salanitro, *Ripensando l'adozione particolare, tra limiti funzionali e integrazione analogica*, in *Act. jur. iberoam.*, 2022, 1543 ss.; in tal senso anche App. Napoli, 5.7. 2018, est. Casaburi.

[38] Cass., 25.2.2022, n. 6383; Cass., 23.8.2021, n. 23320 e 23321; Cass., 22.4.2020, n. 8029 secondo cui il riconoscimento di un minore, concepito mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo da parte di una donna legata in unione civile con quella che lo ha partorito, ma priva di alcun legame biologico con il minore, si pone in contrasto con l'art. 4, comma 3, della l. 40/2004.

[39] Cass., 23.8.2021, n. 23319; Cass., 15.6.2017, n. 14878; Cass., 30.9.2016, n. 19599 riguardo la presenza di "una maggiore" identità biologica tra le genitrici e il nato (una aveva prestato l'ovocita l'altra l'utero) che rendeva la fattispecie in parte assimilabile alla fecondazione omologa in parte alla fecondazione eterologa.

[40] In tal senso Cass., 7.3.2022, ord. n. 7413 che ha ritenuto tale orientamento non in contrasto con i precedenti della stessa giurisprudenza di legittimità che hanno riconosciuto l'efficacia dell'atto di nascita formato all'estero dal quale risulti che il nato, mediante il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, è figlio di due persone dello stesso sesso nonostante una di esse non abbia alcun rapporto biologico con il minore.

[41] Sottolinea Federico *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*, cit., 1054 come "costituisce, comunque, un canone metodologico collaudato", l'esigenza di separare "l'eventuale fattispecie illecita (il ricorso alla maternità surrogata, anche altruistica) dagli effetti che possono derivarne sul rapporto di

Se poi è l'interesse del minore a negare che si possa "dare rilievo alla mera volontà ed intenzione di diventare genitore" in quanto "il titolo che giustifica la costituzione dello stato non può essere fondato, sull'intenzione di essere genitore, ma sulla condivisione del progetto genitoriale seguita dalla cura e dal rapporto affettivo costanti", non coniugandosi con forme di "automatismo e presunzione" è evidente che questo principio, nella sostanza, è derogato in presenza di un minore nato all'estero da due donne anche se, formalmente, l'atto trascrivibile rimane "estraneo" al sistema normativo interno. La circostanza che una diversa soluzione a quella dell'adozione" porterebbe a fondare l'acquisto della genitorialità sulla sola scelta degli adulti, anziché su una relazione affettiva già di fatto instaurata e consolidata" è smentita, peraltro, dalla circostanza che anche nei rapporti di filiazione naturali e eterosessuali il figlio è frutto di una scelta degli adulti. D'altra parte, se si volge lo sguardo alla realtà concreta dei legami biologici eterosessuali, quel presupposto della continuità e stabilità delle relazioni affettive non sempre è assicurato dal suo inizio, in quanto tanti genitori "biologici intenzionali" sin dall'*incipit*, si sottraggono alle loro responsabilità con un pregiudizio irreversibile all'armonioso ed equilibrato sviluppo psico-fisico del minore.

Ma sarebbe il dato normativo a sancire che è ammessa una genitorialità d'intenzione[42]: il riferimento, appare pure scontato sottolinearlo, è alla disciplina sulla fecondazione eterologa, sia nella versione antecedente che successiva agli interventi della Corte costituzionale. Il divieto di uno *ius poenitendi,* che si concreta nell'impossibilità di esperire l'azione di disconoscimento, risiede proprio nella constatazione che genitore è colui che ha condiviso il progetto procreativo indipendentemente dall'apporto biologico. Ma, secondo l'interpretazione poco lineare e chiara sul punto delle Sez. un., questa disposizione riguarderebbe una pratica diversa mentre nella maternità surrogata "la genitorialità giuridica" non potrebbe fondarsi "sulla volontà della coppia che ha voluto e organizzato la procreazione assistita".

In definitiva, anche se le argomentazioni della giurisprudenza delle Sez.un. sembrano insuperabili, ad un più attento esame, mostrano qualche crepa, soprattutto ove si pensi che consentono, di fatto, di rallentare l'acquisizione di uno *status* dando prevalenza alla dignità di una gestante che, comunque, ha rinunziato al bambino il cui interesse dovrebbe, invece, ritenersi prevalente.

In un difficile equilibrio fra il proibizionismo e il permissivismo[43], in altri termini, la sensazione è che permanga un "pregiudizio" nei confronti, soprattutto, dei componenti di una coppia omosessuale che finisce per sacrificare più che salvaguardare l'interesse del minore. A pesare come "indizio", di quanto appena affermato, è il fatto che nelle nuove "Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie"[44],

---

filiazione e in particolare su chi ne sia stato in qualche modo vittima (i figli)". Sulla stessa linea VENUTI, *La condizione giuridica dei bambini nati da gestazione per una coppia di uomini,* in *www.art.29.it*, 17.

[42] Il riferimento è all'art. 9 della l. 40/2004 che, secondo CORTE COST., 25.5.2020, n. 127, mira a garantire "il consolidamento in capo al figlio di una propria identità affettiva, relazionale, sociale, da cui deriva l'interesse a mantenere il legame genitoriale acquisito, anche eventualmente in contrasto con la verità biologica della procreazione". Inoltre la l. n. 4/2018, nel prevedere tutele particolari a favore degli orfani di crimini domestici, contempla anche coloro che sono rimasti orfani a seguito dell'omicidio del genitore, commesso "dall'altra parte dell'unione civile"confermando il riconoscimento normativo dei rapporti di filiazione all'interno delle coppie *same sex*.

[43] Così BUSNELLI, *Libertà di coscienza etica e limiti della norma giuridica: l'ipotesi della procreazione medicalmente assistita*, in *La procreazione medicalmente assistita*, cit., 73.

[44] Libro II, titolo VI-*bis* del codice di procedura civile, ex D.lgs. 10 ottobre 2022 n 149, su cui DANOVI, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 327 ss.

all'art 473 *bis* cod.proc.civ. si escludano, espressamente, dal loro raggio applicativo "i procedimenti di adozione di minori di età" , mentre la riforma avrebbe potuto costituire un' occasione per velocizzare e rimodulare, in maniera organica, il procedimento di adozione aprendo anche ai *single* e alle coppie *same sex* che, così, forse potrebbero avere un'alternativa anche alla maternità surrogata. Inoltre, la "bocciatura", da parte della Commissione del Senato, della proposta di regolamento che, tra i vari interventi, mirava ad introdurre il certificato europeo di filiazione[45] pesa più che come indizio come prova della ostilità verso un percorso che tuteli, effettivamente e in maniera rapida, proporzionata e senza discriminazione tutti i figli sia delle coppie etero che omosessuali. Il voto negativo verso un certificato, proposto allo scopo di risolvere le questioni transfrontaliere che coinvolgono migliaia di famiglie e non solo quelle omogenitoriali, facendo salve le disposizioni interne in materia, sembra precludere lo sbocco ulteriore verso quella che sarebbe stata un'ulteriore soluzione: una revisione delle norme sul riconoscimento, come suggerito dalla Prima sezione della Cassazione e anche indicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 32/2021. In conclusione, l'attuale congiuntura politica lascia presagire[46] che la decisione della Corte di cassazione n. 38162/2022 possa essere usata come "grimaldello" per mettere in discussione diritti che sembravano quesiti.

[45] Il certificato europeo di filiazione rientrava nell'ambito della Proposta di "regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (n. COM (2022) 695 definitivo)"www.senato.it. Sul punto si rinvia al Resoconto sommario n. 33 del 14.03.2023 della 4ª Commissione permanente Politiche europee del Senato – Legislatura 19ª : doc. XVIII-*bis*, n. 2, sui profili di conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. In senso favorevole si sono espressi, in sede di audizione, M. Bianca secondo, cui ferma la clausola di ordine pubblico sul divieto di maternità surrogata, che "non deve essere utilizzata a fini meramente discriminatori" in quanto "funzionalizzata alla realizzazione dell'interesse dei figli", la proposta di Regolamento mira all'obiettivo di riconoscere filiazioni avvenute e certificate all'estero, "qualunque sia il modo di instaurazione della filiazione: adozione, azione di stato, PMA e surrogazione di maternità". Rilevarsi che "in ogni caso le situazioni transfrontaliere aventi ad oggetto filiazioni derivanti da maternità surrogata sarebbero esigue e quindi l'impatto sarebbe limitato. In primo luogo perché la proposta di Regolamento si applica solo agli Stati membri e non ai Paesi terzi. In secondo luogo perché la maggioranza dei Paesi dell'Unione vietano la maternità surrogata". In senso analogo l'Autorità garante per l'infanzia Garlatti che sottolinea come "questo certificato non agevola, come qualcuno teme, il ricorso alla pratica della maternità surrogata**.** Infatti, esso non comporta un riconoscimento automatico della paternità o della maternità, un automatismo che nel nostro ordinamento è impedito dalla contrarietà all'ordine pubblico." Invece Bilotti ha rinvenuto "un'ambiguità" nella proposta normativa, affermando che l'istituzione di un simile certificato travalica "quanto necessario per conseguire l'obiettivo di consentire ai cittadini europei minori di età di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio dell'Unione con entrambi i soggetti riconosciuti come loro genitori nello Stato di provenienza". A tal fine, considera infatti "sufficiente un certificato europeo di libera circolazione e soggiorno riservato ai cittadini minori d'età, privo di una funzione generalizzata di accertamento o di prova dello stato di filiazione".

[46] Con il decreto del Ministero dell'interno, 31.1.2019 recante "Modifiche al decreto del Ministro dell'interno in data 23.12.2015", che introduceva la dicitura "genitori", sulla Carta di identità elettronica è tornata l'indicazione "padre" e "madre", contro la quale si era espressa negativamente anche l'*Autorità* garante della *privacy*, con provvedimento del 31.10.2018, n. 476, in *www. garanteprivacy.it*, dichiarando che la modifica era "suscettibile di introdurre, ex novo, profili di criticità nei casi in cui la richiesta della carta di identità, per un soggetto minore, è presentata da figure esercenti la responsabilità genitoriale che non siano esattamente riconducibili alla specificazione terminologica padre o madre". Tuttavia, Trib. Roma, 9.9.2022, ritenendo il decreto ministeriale viziato da eccesso di potere, ha accettato il ricorso di una coppia di donne che chiedeva di poter usare ancora la dicitura "genitore", sulla carta d'identità elettronica della figlia adottiva.

FEDERICO AZZARRI

RETTIFICAZIONE DI SESSO E SCIOGLIMENTO IMPOSTO DELL'UNIONE CIVILE: UN'OCCASIONE MANCATA PER LA CONSULTA

SOMMARIO: 1. Il caso: Corte cost., 27.12.2022, n. 269. – 2. Le motivazioni della (discutibile) declaratoria di inammissibilità. – 3. *Segue*: …sullo sfondo del problema dei presupposti per la rettificazione di sesso. – 4. L'attitudine selettiva del giudizio di rilevanza. – 5. Elementi di illegittimità del 26° comma della l. n. 76/2016.

1. *Il caso: Corte cost., 27.12.2022, n. 269*

In occasione di un procedimento per la rettificazione del sesso anagrafico, il tribunale di Lucca investiva la Consulta di una questione di legittimità concernente una pluralità di disposizioni fortemente indiziate di non tenere in alcuna considerazione il diritto della persona transessuale unita civilmente (e del proprio partner) di conservare forma e sostanza giuridica al rapporto di coppia quand'anche, a seguito dell'intervenuta riattribuzione del genere di una delle parti, fosse poi venuto meno il requisito – essenziale alla costituzione dell'unione – dell'identità di sesso delle stesse (art. 1, comma 2°, l. 20.5.2016, n. 76)[1].

La censura del giudice *a quo* era allora diretta, anzitutto, contro l'art. 1, comma 26°, l. n. 76/2016, il quale stabilisce che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso determina inevitabilmente lo scioglimento dell'unione civile, non disponendo le parti della facoltà di "convertire" in matrimonio il vincolo già instaurato e di assicurarsi, così, la permanenza dei reciproci obblighi personali e patrimoniali senza alcuna soluzione di continuità.

Il sospetto di illegittimità, inoltre, si insinuava anche verso ulteriori norme conseguenti a quella anzidetta, dalle quali, infatti, emergeva: che il contraente dell'unione civile non è annoverato tra i destinatari della notifica dell'atto di citazione introduttivo del giudizio di rettificazione (art. 31, comma 3°, d. legis. 1°.9.2011, n. 150); che alla persona che propone la domanda di rettificazione e al suo partner non è dato esprimere la volontà, mediante dichiarazione congiunta da rendere personalmente in udienza fino alla precisazione delle conclusioni, di unirsi in matrimonio, in caso di accoglimento della domanda di rettifica, effettuando altresì le eventuali dichiarazioni riguardanti il cognome e il regime patrimoniale; che il tribunale, con la sentenza che accoglie tale domanda, non può ordinare all'ufficiale di stato civile di iscrivere il matrimonio nel relativo registro e di annotare le eventuali dichiarazioni delle parti sulla scelta del cognome e del regime patrimoniale (art. 31, comma 4°-*bis*, d. legis. n. 150/2011); e che, infine, l'ufficiale di stato civile non deve quindi procedere in tal senso una volta ricevuta la comunicazione della sentenza di rettificazione (art. 70-*octies*, comma 5°, d.P.R. 3.11.2000, n. 396).

[1] TRIB. LUCCA, 14.1.2022, in *DeJure*.

Con l'ordinanza di rinvio, pertanto, la Corte costituzionale era sollecitata a rendere una sentenza additiva che estendesse alla cessazione dell'unione civile, per effetto del mutamento di sesso di uno dei suoi componenti, la medesima soluzione che l'art. 1, comma 27°, l. n. 76/2016, e le altre disposizioni testé rammentate, già oggi stabiliscono, invece, allorquando la rettificazione riguardi uno dei coniugi: in tale circostanza, infatti, è agli stessi consentito, nelle modalità appena riepilogate, manifestare avanti al giudice la volontà di proseguire – senza alcuna interruzione temporale – la loro comunione di vita, ancorché nelle vesti (non più del matrimonio, ma) dell'unione civile.

2. *Le motivazioni della (discutibile) declaratoria di inammissibilità*

Le questioni formulate dal tribunale di Lucca sembravano destinate a essere agevolmente accolte, in quanto, già all'indomani della l. n. 76/2016, era risultato evidente lo scollamento del 26° comma rispetto ai principi a suo tempo enunciati proprio dalla Consulta in merito al problema del "divorzio imposto" alla persona transessuale coniugata[2]: principi che avevano, in un primo momento, condotto alla caducazione degli artt. 2 e 4, l. 14.4.1982, n. 164, e, successivamente, erano stati poi recepiti dalla regola introdotta all'art. 1, comma 27°, l. n. 76/2016. In effetti, al di là delle sfumature tecniche che, secondo alcuni, avrebbero potuto accompagnare le due fattispecie, una simile divergenza tra le stesse appariva (e appare) nondimeno incomprensibile[3], né poteva spiegarsi col convulso e frettoloso epilogo della discussione parlamentare che aveva preluso all'approvazione, con voto di fiducia, del provvedimento legislativo, posto che la disparità di trattamento in esame risaliva, invero, già al disegno di legge originario[4].

Senonché, il facile pronostico si è poi infranto contro la decisione della Corte (n. 269/2022) di dichiarare inammissibili, per difetto di attualità e concretezza, e dunque di rilevanza, le questioni presentatele, avallando così le eccezioni che erano state mosse dall'Avvocatura dello Stato.

---

[2] Corte cost., 11.6.2014, n. 170, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1139, con nota di Lorenzetti-Schuster, su cui v. anche, ivi, II, 553, Palmeri-Venuti, *L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale*; in *Foro it.*, 2014, I, 2674, con note di Romboli e di Patti.

[3] La valutazione critica dell'art. 1, comma 26°, l. 76/2016, è unanimemente condivisa in dottrina, benché, come diremo, non sempre sulla base di identiche considerazioni: v. Nascosi, *Profili processuali del procedimento di rettificazione di attribuzione di sesso in Italia e in Francia*, in *Genius*, 2023 (online first), 13; Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2021, 747; Rimini, in *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze. Legge 20 maggio 2016*, n. 76, a cura di Patti, nel *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, 2020, *sub* art. 1, comma 26°, 396 s.; Bianca, *Diritto civile*, 2,1, *La famiglia*, Giuffrè, 2017, 336; Troiano, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, a cura di Bianca, Giappichelli, 2017, *sub* art. 1, commi 26°-27°, 418 s.; Id., *Unioni civili: in attesa dei decreti legislativi, uno sguardo al decreto «ponte» per la tenuta dei registri dello stato civile*, in *Studium iuris*, 2016, 1432 s.; Bonamini, *Lo scioglimento dell'unione civile in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso di una delle sue parti*, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Bonilini, V, *Unione civile e convivenza di fatto*, Utet giuridica, 2017, 443 s.; Musio, *Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 736; Fiorini, *Profili di interesse notarile nello scioglimento delle unioni civili di cui alla legge 20 maggio 2016 n. 76*, in *Riv. notar.*, 2017, 200 s.; Ambrosi, *Unioni civili e Costituzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1684; Ratti, in *Codice dell'unione civile e delle convivenze*, a cura di Sesta, Giuffrè, 2017, *sub* art. 1, commi 26°-27°, 1209; Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1785; Guarini, *Vicende estintivo-costitutive di «matrimonio» e «unione civile» a seguito di rettificazione anagrafica di sesso*, in *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, a cura di Gorgoni, Maggioli, 2016, 139 ss.

[4] V. art. 6, comma 2°, e art. 7 d.d.l. S. 2081.

Alla base di tale esito vi sono due motivazioni[5].

Anzitutto, si rimprovera al tribunale di non aver svolto alcuna indagine circa la reale sussistenza dei presupposti richiesti dalla l. n. 164/1982 per la rettificazione dell'attribuzione di sesso. Solo tale riscontro, infatti, avrebbe potuto dimostrare la necessità, per il giudice di merito, di applicare poi le norme contestate, disvelando così quel «nesso di strumentalità», tra la questione di costituzionalità e la risoluzione del giudizio *a quo*, che è indispensabile onde affermare il carattere pregiudiziale e rilevante della prima, il quale esprime una vera e propria condizione di azionabilità del sindacato incidentale[6].

In particolare, il tribunale, a fronte della domanda dell'attore volta a ottenere l'autorizzazione all'intervento chirurgico, finalizzato alla riassegnazione del sesso da maschile a femminile, e la successiva rettifica anagrafica del genere e del nome, si sarebbe limitato a constatare, da un lato, come l'interessato avesse già seguito una terapia ormonale, e, da un altro lato, come il trattamento demolitivo-ricostruttivo dei caratteri sessuali primari non integri più, anche grazie a una decisione della Consulta, un imprescindibile prerequisito del procedimento di rettificazione, bensì solo un mezzo facoltativo di cui la persona transessuale, a beneficio della sua salute, può avvalersi ove lo reputi funzionale al raggiungimento di un più completo benessere psicofisico[7]. Sulla scorta di tale assunto, però, il giudice *a quo* avrebbe infine tralasciato di appurare proprio il definitivo compimento del percorso di transizione del soggetto, rendendo, pertanto, del tutto teorica ed eventuale l'applicabilità del 26° comma della l. n. 76/2016.

Più precisamente, il tribunale, dapprima, segnalava come «l'attore non [avesse] effettuato alcun intervento demolitivo-ricostruttivo degli organi sessuali, ma soltanto una terapia ormonale, ed [avesse] chiesto la rettifica dell'attribuzione di sesso nei registri di stato civile assumendo di aver acquisito l'identità di genere femminile [attraverso] un processo di natura psicologica [attestante] la definitività ed irreversibilità di tale orientamento personale»; subito dopo, però, a proposito dell'ulteriore domanda tesa a conseguire l'iscrizione, nel registro dei matrimoni, del vincolo già in essere col partner,

---

[5] Della seconda diremo in chiusura del paragrafo successivo.

[6] Zagrebelsky-Marcenò, *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, il Mulino, 2018, 111.

[7] Corte cost., 5.11.2015, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 582, con nota di Caricato; in *Fam. dir.*, 2016, 637, con nota di Spangaro. La pronuncia, nel dichiarare infondata la questione di legittimità sollevata verso l'art. 1, comma 1°, l. n. 164/1982, ne offriva al contempo un'interpretazione costituzionalmente orientata, e più rispettosa del diritto alla salute, valorizzando la mancanza, nel testo della norma, di specifiche indicazioni circa le modalità attraverso cui raggiungere quelle «modificazioni dei […] caratteri sessuali» alle quali la legge subordina la sentenza di rettificazione. Tale circostanza, infatti, induceva a escludere che il trattamento medico-chirurgico che il tribunale può autorizzare con sentenza (art. 3, comma 1°) integrasse una condizione necessaria per addivenire alla rettifica del genere individuale, rappresentando, piuttosto, solo una delle possibili modalità per realizzare l'adeguamento richiesto dalla disciplina, non essendo, del resto, il percorso di transizione limitato solo ai tratti fisici del soggetto, ma comprendendone anche i profili psicologici e comportamentali.

La decisione della Consulta, peraltro, era stata preceduta, pochi mesi prima, da una sentenza della Supr. Corte che, parimenti, aveva negato l'obbligatorietà, ai fini della rettificazione, dell'adeguamento chirurgico dei caratteri sessuali primari, allorquando, attraverso un'accurata indagine giudiziaria, fosse stata comunque accertata la serietà e l'univocità del percorso seguito dalla persona transessuale, oltre che la compiutezza del suo approdo; Cass., 20.7.2015, n. 15138, in *Corr. giur.*, 2015, 1349, con nota di Bartolini.

Tuttavia, entrambe le pronunce, pur quanto non prive di affermazioni significative, non erano nemmeno esenti da rilievi critici che ne compromettevano l'obiettivo di affermare un'interpretazione della l. n. 164/1982 pienamente conforme alla Costituzione; v., al riguardo, le puntuali osservazioni di Patti, *Trattamenti medico-chirurgici e autodeterminazione della persona transessuale. A proposito di Cass., 20.7.2015, n. 15138*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 646 ss.; Id., *La Corte costituzionale e la "necessità" di interventi medico-chirurgici ai fini dell'attribuzione di sesso*, in *Genius*, 2016/1, 105 ss., e, *infra*, la nota 17.

l'ordinanza notava come là «[d]ove le circostanze di fatto allegate [avessero trovato] riscontro nella documentazione in atti e nell'istruttoria in ipotesi espletabile, l'attore [avrebbe vantato] dunque, *in abstracto*, la legittima aspettativa all'acquisizione di una nuova identità di genere indipendentemente dall'intervento chirurgico di adeguamento dei caratteri sessuali primari».

Orbene, quest'ultimo inciso, al di là dell'improprio richiamo alla figura dell'aspettativa, in luogo di quello che dovrebbe piuttosto configurarsi come un diritto inviolabile (all'affermazione e al riconoscimento dell'identità di genere), ha involontariamente prestato il fianco a un sindacato di rilevanza svolto in termini alquanto serrati, finendo così per pregiudicare la sorte di un'ordinanza altrimenti meritoria per il contributo che avrebbe potuto apportare all'evoluzione del sistema. Il passaggio anzidetto, infatti, ha ingenerato nel giudice *ad quem* l'impressione – peraltro, con ogni probabilità, nemmeno veritiera – che l'attore non fosse ancora approdato a una diversa identità di genere, e che, quindi, non essendo, allo stato del procedimento, ancora sicuri né l'autorizzazione al trattamento chirurgico, né l'accoglimento della domanda di rettificazione, anche il problema dello scioglimento della sua unione fosse, allora, sempre in una fase meramente ipotetica.

3. Segue*: …sullo sfondo del problema dei presupposti per la rettificazione di sesso*

Da un punto di vista strettamente formale, l'ordinanza di rinvio non era insomma ineccepibile: tuttavia, a nostro avviso, non presentava neppure *vulnus* così radicali da esigerne l'inammissibilità, essendo, anzi, immaginabile che una maggiore attenzione ai fatti ivi riportati avrebbe comunque permesso, senza troppe difficoltà, di fugare le perplessità sorte attorno alla rilevanza dei profili normativi coinvolti.

Sarebbe, all'uopo, probabilmente bastato ritenere che la terapia ormonale a cui l'attore si era sottoposto – la quale, è opportuno ricordarlo, corrisponde a un trattamento medico di grande impatto sul corpo e la vita del destinatario, oltre che non privo di rischi per la sua salute – integrasse già la dimostrazione, da un lato, del pieno e fermo convincimento del soggetto di appartenere a un genere diverso da quello assegnatogli alla nascita, e di voler, pertanto, essere riconosciuto dall'ordinamento in questa sua nuova identità, e, da un altro lato, del soddisfacimento di un grado di modificazione dei caratteri sessuali secondari senz'altro idoneo a confutare il dubbio che, alla base della domanda di rettificazione, vi fosse unicamente quell'«elemento volontaristico» che, secondo la giurisprudenza della Consulta, non potrebbe, da solo, «rivestire prioritario o esclusivo rilievo ai fini dell'accertamento della transizione»[8].

Al contrario, la Corte sembra quasi trascurare del tutto questo aspetto, e forse perfino ridimensionare il fatto che l'attore avesse intrapreso «solo» una terapia ormonale, come se una vicenda umana così notevole, e che postula l'adesione a uno specifico protocollo medico e psicologico, che prende avvio proprio da un'acclarata disforia di genere, non potesse, invece, già da sola lasciare fondatamente presumere la completa maturazione di quella consapevolezza identitaria che il soggetto transessuale acquisisce attraverso un'esperienza personalissima e, non di rado, anche sofferta.

In quest'ottica, pure i richiami della Consulta ai suoi precedenti in materia di mutamento di sesso non appaiono, del pari, del tutto a fuoco.

[8] Così la sentenza in commento, richiamandosi a Corte cost., 13.7.2017, n. 180, in *Giur. cost.*, 2017, 1668, con nota di Mannella.

In particolare, per enfatizzare le carenze procedurali imputate al giudice *a quo*, la Corte cita testualmente una sua statuizione del 2017. Quella pronuncia, dopo aver ribadito, in linea con il precedente del 2015[9], come la lettura costituzionalmente orientata della l. n. 164/1982 impedisse di considerare obbligatorio, ai fini della domanda di rettificazione, l'intervento chirurgico di normoconformazione dei caratteri sessuali primari, evidenziava, tuttavia, come ciò non facesse affatto venire meno, ma anzi avvalorasse, l'esigenza di svolgere «un accertamento rigoroso non solo della serietà e univocità dell'intento, ma anche dell'intervenuta oggettiva transizione dell'identità di genere, emersa nel percorso seguito dalla persona interessata; percorso che corrobora e rafforza l'intento così manifestato»[10].

Con tale precisazione, tuttavia, la Corte non intendeva certo dire che l'avvenuto ricorso al trattamento ormonale per la variazione dei caratteri sessuali secondari non fosse, di per sé, sufficiente a comprovare la reale e stabile percezione del soggetto di appartenere a un genere diverso da quello assegnatogli alla nascita, e a consentirgli, pertanto, di rivendicare la rettificazione della propria registrazione anagrafica in maniera coerente alla propria identità[11]. Piuttosto, la Consulta intendeva qui scongiurare un'interpretazione ancor più evolutiva della l. n. 164/1982 che – in linea con quanto avviene in altri importanti sistemi europei[12] – avrebbe potuto legittimare richieste di rettificazione basate essenzialmente sull'elemento psicologico, ossia su circostanze finanche obiettive ma riconducibili solo a manifestazioni sociali e comportamentali di autopercezione e autodeterminazione[13]: ossia, in altri termini, alla «libera scelta di vivere

[9] Corte cost., 5.11.2015, n. 221, cit.

[10] Corte cost., 13.7.2017, n. 180, cit.

[11] Ritiene che tale trattamento rappresenti «l'indizio più probante» di quella serietà e univocità del percorso di transizione richiesta da Cass., 20.7.2015, n. 15138, cit., Grisi, *Sesso e genere: una dialettica alla ricerca di una sintesi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2019, 283, salvo aggiungere, però, come forse esso non sia il solo da considerare, paventando che possa rivelarsi fallace o fuorviante. Similmente, v. Venturelli, *«Conversione» dell'identità di genere e rettificazione dell'attribuzione di sesso*, in *Persona e mercato*, 2021/2, 336 s., secondo cui le intervenute modificazioni dei caratteri sessuali di cui parla l'art. 1 l. n. 164/1982 «ben potrebbero esaurirsi nei cambiamenti correlati ad una terapia ormonale, purché s'inseriscano in un quadro probatorio più ampio che dia conto della serietà ed univocità del percorso di transizione intrapreso e della conseguente utilità della rettificazione a garantire una piena attuazione di quella identità di genere che si suppone ormai definitivamente formata in capo al richiedente».

[12] Per un'analisi comparatistica, v. Jaramillo-Carlson (eds.), *Trans Rights and Wrongs. A Comparative Study of Legal Reform Concerning Trans Persons*, Springer, 2021, e Dethloff-Maurer, *Selbstbestimmung des rechtlichen Geschlechts aus europäischer Perspektive: Minderjährige im Fokus*, in *FamRZ*, 2023, spec. 256. Con riguardo al diritto francese, dopo la riforma del 2016, v. Nascosi, *op. cit.*, 13 ss.; Malaurie-Peterka, *Droit des personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, LGDJ, 2022, 36 ss.; Teyssié, *Droit des personnes*, LexisNexis, 2020, 446 ss.; Reigné, *Changement d'état civil et possession d'état du sexe dans la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016*, in *Sem. jur.*, éd. gén., 2016, 2365; criticano l'innovazione Marais, *Le sexe que je veux, quand je veux!*, in *Sem. jur.*, éd. gén., 2016, 2010, e Paricard, *Une libéralisation du changement de sexe qui suscite des interrogations majeures*, in *AJ Famille*, 2016, 585. Per una sintesi del diritto tedesco, come assestato dalle pronunce del Bundesverfassungsgericht, v. Spickhoff, in *Spickhoff. Medizinrecht*, C.H. Beck, 2022, *sub* § 8 TSG, 3383; Saenger, in *Erman. BGB*, I, Otto Schmidt, 2020, *sub* Vorbemerkung vor § 1, 2 s. Si segnala peraltro la recente iniziativa avviata dal governo tedesco al fine di abrogare il *Transsexuellengesetz*, del resto ormai profondamente modificato rispetto alla versione originaria, e di sostituirlo con un più moderno, e costituzionalmente conforme, *Selbstbestimmungsgesetz*. I punti chiave della futura legislazione sono stati presentati nel mese di giugno 2022 in un documento predisposto dal Ministero della famiglia e dal Ministero della Giustizia, sul quale v. Mangold, *Menschenrechtlich gebotene geschlechtliche Selbstbestimmung*, in *ZRP*, 2022, 180.

[13] Sul concetto giuridico di autopercezione di sé, v. Pescatore, *La legge tedesca sui 'trattamenti di conversione': al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, in *Identità sessuale e auto-percezione di sé. Riflessioni a margine della legge tedesca sui «trattamenti di conversione»*, a cura di Pescatore, Giappichelli, 2021, 13 ss.

e sentire la propria vita secondo il modo in cui ogni uomo intende e costruisce se stesso»[14]. Infatti, a seguito della decisione n. 221/2015, si era posto il ragionevole dubbio se i principi che, giustamente, erano lì valsi a neutralizzare il "costringimento al bisturi", per l'adeguamento dei caratteri sessuali primari, avrebbero, del pari, potuto essere opposti anche verso ogni altro trattamento sanitario che l'interessato non reputasse indispensabile all'affermazione della propria identità[15], a cominciare, per l'appunto, da quello consistente nella terapia ormonale diretta a incidere sui caratteri sessuali secondari[16]. A tale interrogativo si dava così, due anni dopo, un'implicita risposta, sottolineando, non a caso, l'inderogabile dovere del giudice di «accertare», pur nel rispetto delle «insopprimibili peculiarità» di ciascuno, «la natura e l'entità delle intervenute modificazioni dei caratteri sessuali» (secondari), concorrendo pure queste ultime «a determinare l'identità personale e di genere»[17].

---

[14] Così Messinetti, *Identità personali e processi regolativi della disposizione del corpo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 200, nell'individuare l'essenza dell'identità sessuale.

[15] La sentenza n. 221/2015, insomma, come osserva Caricato, *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 591, aveva lasciato aperto il non trascurabile problema del "grado di adeguamento" richiesto dal sistema per acconsentire alla rettificazione. Rimaneva, infatti, irrisolto l'interrogativo se, a tal fine, il soggetto in transizione dovesse ineludibilmente sottoporsi a determinati trattamenti medici, oppure se, al contrario, là dove non credesse questa prospettiva adeguata alla sua persona, potesse, allora, farne del tutto a meno, superandosi così quella medicalizzazione "forzata" della persona transessuale o transgender che si verifica quando i trattamenti in parola non siano liberamente scelti, in quanto desiderati, ma piuttosto subiti, in quanto necessari a ottenere la rettificazione. Quest'ultima eventualità, infatti, implica un conflitto, e una "scelta tragica", tra il diritto alla salute e al rispetto della vita privata, da un lato, e il diritto al riconoscimento dell'identità sessuale e dell'identità di genere, dall'altro, che non sembrano del tutto in linea nemmeno con i principi enunciati dalla Corte di Strasburgo (v., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 19.1.2021, ric. 2145/16 e 20607/16); a tacer del fatto, poi, della stessa strumentalità che la seconda situazione è suscettibile di rivestire in vista di una piena attuazione del diritto alla salute (ove lo si riferisca, correttamente, alla complessiva condizione di benessere psicofisico della persona).

Sul punto, Cass., 20.7.2015, n. 15138, cit., pur negando, come ricordato, che il bilanciamento tra il diritto all'integrità fisica e quello all'identità personale potesse risolversi condizionando la rettificazione al compimento di interventi chirurgici sui caratteri sessuali primari, affermava, nondimeno, come la diagnosi della disforia di genere dovesse comunque accompagnarsi a «una modificazione certa dei caratteri sessuali secondari attraverso interventi di chirurgia estetica e terapie ormonali».

[16] Questa la condivisibile conclusione a cui, in Germania, è pervenuta Wielpütz, *Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein – Die Reform des TSG durch das BVerfG*, in *NVwZ*, 2011, 476, a seguito della decisione della Corte costituzionale tedesca che aveva dichiarato l'illegittimità del § 8 I Nr. 3 e 4 TSG (BVerfG, 11.1.2011, in *NJW*, 2011, 909): pure l'imposizione di trattamenti ormonali, infatti, appare "straordinariamente problematica", avendo un'incidenza sull'integrità fisica della persona non inferiore a quella del "costringimento al bisturi".

[17] Corte cost., 13.7.2017, n. 180, cit. È appena il caso di accennare come il problema dei trattamenti esigibili dalla persona transessuale o transgender risenta fortemente del calibro che si voglia attribuire al contrapposto interesse dell'ordinamento a contrastare ogni «ambiguità nell'identificazione dei generi sessuali» (Grisi, *op. cit.*, 287).

Parte della dottrina, oltre che la giurisprudenza di legittimità e della Consulta, mantenendosi nel solco di una visione un po' tralatizia del fenomeno, e ormai superata in altri sistemi, assegnano a tale interesse una prevalente natura pubblicistica, stante il ruolo che il genere è suscettibile di rivestire nella disciplina delle relazioni giuridiche. Muovendo da questo assunto, si guarda quindi con diffidenza alla prospettiva di un procedimento di rettificazione che non richieda un qualche adattamento dei connotati corporali, oggettivamente apprezzabili dai consociati, a quelli caratteristici del genere a cui la persona avverte di appartenere (Grisi, *op. cit.*, 284 ss.; Mauceri, *Identità di genere e differenziazione sessuale. Problemi interpretativi e prospettive normative*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1478 ss.).

Secondo un'altra opinione, invece, a nostro avviso preferibile, il bilanciamento tra gli interessi in conflitto dovrebbe sempre risolversi, in linea con una più moderna sensibilità costituzionale, a favore del diritto all'autodeterminazione e alla salute della persona transessuale o transgender (Patti, *Trattamenti medico-chirurgici*, cit., 649 ss.), tantopiù che gli argomenti sottesi alla pretesa che tale soggetto acquisisca

Da queste notazioni sembra allora ricavabile come, al di là delle imprecisioni in cui l'ordinanza del tribunale di Lucca è incorsa, nel caso di specie nondimeno sussistessero già indici pertinenti ed esaustivi da cui desumere la fondatezza della domanda di rettificazione, cosicché anche il problema della sorte dell'unione familiare dell'attore avrebbe dovuto delinearsi, agli occhi della Consulta, come concreto e attuale.

Né a una diversa valutazione dovrebbe condurre l'altro argomento pure addotto dalla Corte onde negare la rilevanza della questione, il quale poggia, invece, sulla mancata partecipazione al giudizio di rettificazione del soggetto unito civilmente all'attore.

Secondo il Giudice delle leggi, infatti, per conferire concretezza e attualità al quadro ricostruttivo tracciato nell'ordinanza di rimessione, sarebbe occorso che il partner dell'attore avesse manifestato unitamente a quest'ultimo, nel corso del procedimento, una consonante volontà di convertire l'unione civile in matrimonio, esattamente in linea con quanto prefigura, per l'ipotesi opposta, l'art. 1, comma 27°, l. n. 76/2016. Dal canto suo, il giudice *a quo* aveva invero rilevato come l'art. 31, comma 3°, d. legis. n. 150/2011, ordinasse la notificazione dell'atto di citazione solo al coniuge e ai figli dell'attore, traendo poi da tale delimitazione soggettiva un'implicita interdizione, per la parte dell'unione civile, a intervenire nel giudizio di rettificazione onde esprimere la propria volontà di instaurare un vincolo matrimoniale con l'altra. Sul punto, tuttavia, la Consulta osserva, invece, come, a prescindere dall'assenza di un'esplicita previsione di litisconsorzio necessario, la partecipazione del partner dell'attore al giudizio di rettificazione sarebbe stata comunque libera, secondo le regole generali, e soggetta soltanto al limite dell'interesse ad agire, *ex* art. 100 cod. proc. civ.

In realtà, al dialogo tra le due corti sembra però sfuggire la vera essenza del problema, che non risiede tanto nella legittimazione o meno della parte dell'unione civile a intervenire in giudizio, quanto, piuttosto, nelle ragioni dell'inutilità del suo intervento.

Infatti, sulla scorta dell'art. 1, comma 20°, l. n. 76/2016, avrebbe perfino potuto ritenersi che pure la parte dell'unione civile rientrasse tra i destinatari della notificazione dell'atto di citazione, *ex* art. 31, comma 3°, d. legis. n. 150/2011. E tuttavia, ai fini del nostro discorso, anche un ipotetico intervento processuale di tale soggetto si sarebbe poi, inevitabilmente, rivelato del tutto inutile, non avendo il legislatore comunque contemplato l'eventualità che, a seguito della sentenza di rettificazione di sesso, il rapporto giuridico inizialmente sorto con l'unione civile potesse ugualmente proseguire, ancorché sotto diversa forma, previa dichiarazione consensuale delle sue parti. In altri termini, insomma, la Consulta è qui incorsa in un eccesso di zelo, attribuendo a un rilievo puramente procedimentale, e nemmeno del tutto a fuoco, oltre che subordina-

---

tratti esteriori che non ingenerino incertezze nei terzi sembrano, a ben vedere, non insuperabili. Per quanto riguarda, infatti, la mera conoscibilità del genere rettificato, questa sarebbe comunque assicurata dai registri di stato civile. Per quanto attiene, invece, al diverso profilo della tendenziale organizzazione di alcuni comparti della vita sociale attorno a un criterio di genere, sul presupposto che al genere anagrafico corrispondano altresì caratteri fisici e biologici tipici (si pensi, per esempio, alle competizioni sportive, ai luoghi di reclusione o comunque di stretto contatto), le delicate questioni che, verosimilmente, in quest'ottica si presenterebbero potrebbero, tuttavia, essere affidate alla disciplina di regole circostanziate e capaci di tenere conto, assieme alla tutela della personalità dell'interessato, sia della rilevanza oggettiva che certe caratteristiche fisiche possono assumere in dati frangenti, sia dell'esigenza di contrastare ogni esercizio abusivo del diritto al riconoscimento della propria identità personale. In tema v., per una sintesi, Azzari-Sperti, *Identità di genere, transessualismo, critica al binarismo sessuale: nuove e meno nuove sfide al diritto*, in Bonini-Calderai-Catelani-Sperti-Stradella, *Diritto e genere nella prospettiva europea*, Editoriale Scientifica, 2021, 269 ss.; e, per chi voglia, a proposito del superamento del binarismo di genere avutosi nel diritto tedesco, il nostro *Identità sessuale e stato civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2018, 419 ss.

to a un dato sostanziale, un peso argomentativo sproporzionato, laddove il problema attiene semmai, in primo luogo, proprio al (contestato) regime normativo-strutturale delle unioni civili: il quale, non ammettendo la "convertibilità" in matrimonio di tali formazioni, in caso di mutamento di sesso di uno dei suoi componenti, avrebbe allora dovuto sconsigliare di fondare, in capo all'altro, un qualche onere di condotta processuale in vista del conseguimento di un effetto che – in ogni caso – la disciplina vigente non avrebbe autorizzato.

4. *L'attitudine selettiva del giudizio di rilevanza*

Benché la sentenza in commento denoti un impiego del filtro di rilevanza alquanto stringente e formalistico, l'incidenza selettiva dello stesso sui giudizi incidentali di costituzionalità ha invero conosciuto, negli ultimi anni, un *trend* discendente[18].

La dottrina pubblicistica mette peraltro in luce la difficoltà di collocare entro rigidi schemi concettuali la portata operativa di questo criterio, il quale, in generale, rappresenta infatti una sorta di mobile spartiacque tra le istanze del processo costituzionale e quelle, talora contrapposte, del diritto costituzionale sostanziale[19], lasciando, di volta in volta, prevalere le une o le altre per ragioni contingenti che finiscono spesso per svolgere una «selezione "politica" delle controversie» attraverso le, apparentemente neutre, lenti procedimentali[20]. E in effetti, quantomeno con riguardo a casi selezionati, i confini della rilevanza hanno dimostrato una certa volubilità, arretrando e lasciando spazio a interventi della Consulta utili a contenere le «zone franche» dell'ordinamento o a scoraggiare fenomeni tecnicamente più dibattuti, se non addirittura sgrammaticati, quali quelli che talora si registrano con la «fuga» delle corti di merito verso interpretazioni asseritamente conformi, ma in realtà creative, del dato normativo, o verso una disinvolta disapplicazione di quest'ultimo mercé un frainteso dialogo tra le fonti[21].

Ciò detto, la declaratoria di inammissibilità di cui ci occupiamo appare singolare non solo per la sua severità, ma anche perché ha dismesso l'esame di una questione che non poteva certo dirsi controversa (stante l'unanime avviso della dottrina circa le criticità delle previsioni impugnate), e il cui accoglimento avrebbe avuto sul sistema un impatto "neutro", o comunque meno "problematico" di quello che, invece, era derivato dalla sentenza n. 170/2014.

Quest'ultima statuizione, infatti, com'è noto, aveva dovuto farsi carico – prima dell'introduzione nel nostro ordinamento delle unioni civili, e anzi intimando al Par-

[18] V. l'ultima *Relazione sull'attività della Corte costituzionale* (2021) del Presidente Giuliano Amato, dove la contrazione del numero delle ordinanze, solitamente di inammissibilità, e il progressivo aumento delle sentenze sono ritenuti «un dato estremamente significativo, che evidenzia come la Corte entri sempre più nel merito delle questioni» (p. 4).

[19] Ruotolo, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *Riv. AIC*, 1/2015, 6.

[20] Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di Romboli, Giappichelli, 1991, 177.

[21] Catalano, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio* a quo, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2017/2, 15 s. L'attitudine della Corte ad allentare il controllo sulla rilevanza della questione, là dove voglia specificamente «fare giustizia sostanziale decidendo nel merito», era già stata evidenziata da Crisafulli, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, 1974, 2808.

lamento di provvedervi «con la massima sollecitudine» – del tentativo di trovare un difficilissimo equilibrio tra, da un lato, la tutela del diritto fondamentale della persona transessuale coniugata e del suo coniuge di «vivere liberamente una condizione di coppia», connotata da diritti e obblighi reciproci garantiti dalla legge, e, da un altro lato, la difesa a oltranza di quel requisito civilistico della diversità di sesso dei nubendi a cui – impropriamente – si seguitava (e si seguita) a tributare dignità costituzionale, ritenendolo finanche impresso nel paradigma del matrimonio recepito dall'art. 29 C.[22]. Tant'è che, in quel caso, le soverchie cautele della Consulta, che avevano permesso alle disposizioni sul "divorzio imposto" di sopravvivere provvisoriamente, e di continuare a pregiudicare il matrimonio della persona transessuale, nonostante la loro acclarata illegittimità, dovettero poi essere opportunamente accantonate da una lungimirante decisione della Supr. Corte che aveva, invece, saputo salvaguardare il vincolo esistente tra i coniugi fino a quando il legislatore non avesse predisposto un istituto alternativo al matrimonio e idoneo a garantire adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia (divenuta nel frattempo) dello stesso sesso[23].

Nella fattispecie portata dal tribunale di Lucca all'attenzione della Corte, però, non vi era niente di tutto ciò, giacché l'accoglimento delle questioni sollevate non avrebbe messo in discussione il dogma dell'eterosessualità dei coniugi, né avrebbe altrimenti preluso a esiti che non fossero già ammessi nel sistema, posto che la persona transessuale può già adesso sicuramente contrarre matrimonio con una persona del sesso opposto a quello a cui essa risulti associata a seguito della sentenza di rettificazione[24].

5. *Elementi di illegittimità del 26° comma della l. n. 76/2016*

In base al 26° comma della l. n. 76/2016, lo scioglimento dell'unione civile si produce direttamente per effetto della sentenza di rettificazione, senza che, a tal fine, occorra alcuna iniziativa delle parti e senza che queste ultime possano in qualche modo opporvisi.

La norma rispecchia quanto stabilito dal secondo periodo dell'art. 4, l. n. 164/1982, per l'ipotesi in cui la sentenza di rettificazione riguardi, invece, una persona coniugata. Pure in tale circostanza, infatti, nonostante il dubbio in passato suscitato dall'art. 3, comma 2°, lett. *g*), l. 1°.12.1970, n. 898, è ormai comunemente acquisito che il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione provochi, in via automatica, lo scioglimento

[22] Sul punto, la sentenza n. 170/2014 si mantiene, infatti, del tutto nel solco di Corte cost., 15.4.2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, 1361, con note di Romboli e di Dal Canto. Per una critica alle interpretazioni originaliste dell'art. 29 C., sia consentito rinviare alla nostra voce «Unioni civili (diritto civile)», in *Enc. del dir.*, *I Tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da Macario, Giuffrè, 2022, 1352 ss.

[23] Cass. civ., 21.4.2015, n. 8097, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 777, con nota di Azzalini; in *Corr. giur.*, 2015, 1048, con nota di Patti; in *Giur. it.*, 2015, 1812, con nota di Agostinelli.

Al contrario, l'eccessiva cautela della Consulta era invece dimostrata pure dal fatto che, quand'anche essa si fosse espressa a favore del mantenimento dello *status* coniugale della coppia ormai divenuta dello stesso sesso, l'assoluta peculiarità e la rarità della situazione non avrebbero certo scalfito l'asserita «cogenza dell'assunto eterossesuale tratto dall'art. 29»: Veronesi, *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in *Studium iuris*, 2014, 1149 s.; e v. anche, *infra*, la nota 26.

[24] Il dato è indiscusso: v. Ferrando, *Il matrimonio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2015, 304.

del matrimonio (ferma restando però, qui, la facoltà dei coniugi di "convertirlo" in un'unione civile, ai sensi del 27° comma della l. n. 76/2016)[25].

A rendere problematiche le due regole, tuttavia, non era né è l'anzidetto automatismo, il quale, invero, come si evince dalla sentenza n. 170/2014, è apparso perfino doveroso alla Consulta, esprimendo un corollario del (pur oppugnabile) dogma che ravvisa nella diversità di sesso dei coniugi addirittura un carattere costituzionalmente necessario del matrimonio, al punto da imporre al legislatore l'adozione di due distinti modelli regolativi della vita di coppia a seconda dell'orientamento sessuale dei suoi componenti[26].

Ciò che, però, nemmeno il nostro sistema è disposto a tollerare è che i coniugi o le parti dell'unione civile possano ritrovarsi «da uno stato di massima protezione giuridica ad una condizione, su tal piano, di assoluta indeterminatezza», dovendosi, infatti, bilanciare l'interesse statuale alla non alterazione dei tratti fondamentali degli istituti del diritto di famiglia «con gli interessi della coppia, non più eterosessuale [od omosessuale]», che, «in ragione del pregresso vissuto nel contesto di un regolare matrimonio [o di un'unione civile], reclama di essere, comunque, tutelata come "forma di comunità"»[27].

Questa motivazione, che aveva sancito l'illegittimità degli artt. 2 e 4 l. n. 164/1982, proprio in quanto non consentivano ai coniugi, nell'ambito del procedimento di rettificazione, di richiedere la prosecuzione giuridica del loro rapporto nella forma di una convivenza registrata che proteggesse efficacemente i diritti e gli obblighi già sorti, avrebbe potuto, oggi, del pari condurre a un'analoga pronuncia nei confronti del 26° comma

---

[25] Rimini, *Il nuovo divorzio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, 2015, 80 ss. Il dubbio accennato nel testo era dovuto al fatto che l'art. 3, comma 2°, lett. *g*), l. n. 898/1970, introdotto dall'art. 7 l. 6.3.1987, n. 74, pareva subordinare lo scioglimento del matrimonio alla domanda di uno dei coniugi. Tuttavia, l'opinione che circoscriveva qui la funzione della domanda giudiziale alla mera definizione dei profili conseguenti alla cessazione del vincolo (già avvenuta per effetto della sentenza di rettificazione) aveva, infine, trovato conferma all'art. 31, comma 6°, d. legis. n. 150/2011.

La l. n. 76/2016, dal canto suo, non ha richiamato l'art. 3, comma 2°, lett. *g*), l. n. 898/1970, evitando così in radice ogni equivoco circa l'automaticità dello scioglimento dell'unione civile. Senonché l'anzidetta disposizione quantomeno chiariva come tale effetto si sarebbe prodotto col passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, laddove la nuova legge, invece, sul punto tace. Ciò premesso, e a prescindere dalla possibilità o meno di un'applicazione diretta della norma in parola alle unioni civili, non vi è dubbio, comunque, che la soluzione più corretta sia proprio quella di connettere ugualmente la cessazione del vincolo al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, posto che, come ha osservato attenta dottrina, gli effetti che scaturiscono dallo scioglimento non appaiono, per la loro importanza, compatibili con la provvisorietà degli effetti di una sentenza non ancora definitiva: v. Troiano, in *Le unioni civili*, cit., a cura di Bianca, 414 ss.

E, sempre in parallelo con quanto avviene in materia matrimoniale (Rimini, *op. ult. cit.*, 83 s.), deve altresì convenirsi che la definizione di tutti gli effetti del divorzio non sia nemmeno qui rimessa al giudice della rettificazione, ma richieda, piuttosto, come anticipato, una specifica domanda rivolta al giudice che sarebbe teoricamente competente per lo scioglimento, sebbene, anche qui, lo scioglimento sia già dipeso dalla sentenza di rettificazione; Troiano, *op. ult. cit.*, 416.

[26] Si noti, tuttavia, che, innanzi a un caso simile, la Corte costituzionale tedesca aveva invece ritenuto compatibile la prosecuzione del matrimonio della persona transessuale con l'idea che l'art. 6 I GG intendesse tale istituto unicamente come un'unione eterosessuale (BVerfG, 27.5.2008, in *NJW*, 2008, 3117, su cui v. Patti, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 178 s.): ciò che poi, in effetti, era avvenuto, non avendo il legislatore dell'epoca introdotto una soluzione alternativa quale avrebbe potuto essere la conversione del matrimonio in un'unione civile o in un'altra forma di convivenza registrata.

Peraltro, il § 8 I Nr. 2 TSG, prima della sua caducazione, mentre richiedeva, tra i presupposti per la rettificazione, che l'interessato non fosse coniugato (e dunque, che il suo eventuale matrimonio fosse prima sciolto mediante divorzio), non prevedeva, invece, un analogo limite per chi fosse unito civilmente, e la dottrina prevalente escludeva altresì che a tale norma potesse darsi applicazione analogica, con ciò ammettendo quindi che l'unione civile potesse essere preservata quand'anche la coppia fosse poi divenuta eterosessuale: v. Everts, *Eingetragene Lebenspartnerschaften zwischen Personen verschiedenen Geschlechts - de lege lata*, in *FPR*, 2004, 598 s.

[27] Corte cost., 11.6.2014, n. 170, cit.

della l. n. 76/2016, omettendo pure detta previsione di assicurare continuità a una formazione sociale, quale l'unione civile, che ricade sotto l'egida dell'art. 2 C. ed è preposta all'esercizio di un diritto inviolabile della coppia omosessuale.

È vero, peraltro, che, nel caso della coppia coniugata divenuta dello stesso sesso, il *deficit* di tutela era ancora maggiore, poiché, al tempo della decisione n. 170/2014, in Italia non esistevano nemmeno le unioni civili[28], laddove, invece, la coppia unita civilmente divenuta di sesso diverso ha già il diritto di unirsi in matrimonio, una volta che l'unione sia cessata, e di dar quindi vita a una nuova formazione familiare riconosciuta dalla legge.

Senonché, la non esatta sovrapponibilità delle due situazioni non basta comunque a dissipare le ombre che aleggiano sul 26° comma. Non solo, infatti, questa previsione non garantisce in modo adeguato la coppia unita civilmente, là dove non impedisce che si verifichi quella frattura temporale, tra la fine dell'unione e la futura celebrazione del matrimonio, che lascia il rapporto tra le parti sfornito di congrua copertura giuridica[29], ma, inoltre, essa segna altresì un'«inaccettabile disparità di trattamento» tra la coppia unita civilmente e la coppia coniugata, alla quale il 27° comma accorda appunto la possibilità di transitare dal matrimonio all'unione civile senza alcuna soluzione di continuità[30].

A questo proposito, però, occorre segnalare come, mentre la dottrina è concorde nello stigmatizzare l'esito puramente risolutivo generato dal 26° comma[31], più dibattuta, invece, è l'individuazione delle modifiche che potrebbero restituirgli legittimità costituzionale.

Parte della letteratura, infatti, malgrado condivida l'irragionevolezza della previsione in discorso, nella misura in cui sacrifica, in maniera inesorabile e ingiustificata, la dimensione giuridico-relazionale instauratasi con l'unione civile, ritiene nondimeno corretto che non sia stato qui inserito un meccanismo di conversione analogo a quello delineato al 27° comma, il quale lì si spiegherebbe appunto in virtù della minore estensione e della minore intensità del vincolo derivante dall'unione civile rispetto a quello che nascerebbe, invece, con il matrimonio. Sicché, per ovviare agli inconvenienti del "divorzio imposto" alla coppia unita civilmente, il legislatore avrebbe piuttosto dovuto ideare soluzioni alternative, che richiedessero cioè alle parti una nuova e solenne manifestazione di volontà (quella di unirsi in matrimonio) ancorché all'interno di una sequenza procedimentale che evitasse alle stesse di subire, nel frattempo, lo scioglimento della loro unione[32].

---

[28] …tant'è che, come ricordato, la Supr. Corte (8097/2015) dovette poi provvidenzialmente ammettere che su quel matrimonio fosse venuta a gravare una «condizione temporale risolutiva» rappresentata dall'entrata in vigore della futura regolamentazione delle unioni civili.

[29] Le parti vengono infatti a perdere il loro *status* – in larghissima parte assimilabile a quello dei coniugi –, con le implicazioni che ciò comporta tanto sul piano privatistico quanto su quello pubblicistico. Inoltre, nell'infausta eventualità che una di esse cessi di vivere dopo lo scioglimento dell'unione, lo *status* coniugale non potrebbe nemmeno più essere costituito, con le immaginabili conseguenze di natura successoria che ne deriverebbero.

[30] Rimini, in *Regolamentazione delle unioni civili*, cit., a cura di Patti, 396 s.

[31] V. le indicazioni bibliografiche alla nota 3.

[32] Troiano, *op. ult. cit.*, 417 ss., che richiama, a tal proposito, l'idea di Guarini, *op. cit.*, 141, di introdurre per via legislativa un termine congruo che comporti, ove la coppia unita civilmente abbia manifestato, durante il procedimento di rettificazione, la sua volontà di unirsi in matrimonio, la sospensione degli effetti dissolutivi dell'unione che, altrimenti, si verificherebbero col passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione, fermo restando lo scioglimento anticipato della medesima là dove le parti procedessero poi alla celebrazione del matrimonio prima del decorso del termine in questione.

Benché accuratamente argomentata, questa opinione sembra però indulgere a una prudenza eccessiva, non solo perché le effettive differenze sostanziali tra i due istituti, quantomeno per quel che concerne la regolamentazione del rapporto di coppia in sé considerato, non appaiono di portata tale da rendere inopportuno che le parti esprimano la comune volontà di convertire l'unione civile in matrimonio già nel procedimento di rettificazione[33], ma anche perché la sede giudiziale del medesimo, e le varie fasi che lo scandiscono, a cominciare da quelle preliminari, rappresentano pur sempre un contesto consono, anche formalmente, alla maturazione di una ponderata decisione circa il futuro che i componenti dell'unione civile intendono dare al vincolo che avevano stretto.

Anche da questa angolazione, pertanto, l'accoglimento delle questioni di legittimità poste dal tribunale di Lucca avrebbe prodotto, a nostro avviso, un risultato sistematico pienamente condivisibile[34].

[33] Sulla scarsa (e, ai nostri fini, ininfluente) portata di tali differenze v., tra gli altri, Zatti, *Introduzione al Convegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1663 ss., che osservava efficacemente come «la "ridotta della resistenza" all'avvicinamento dei due istituti [stesse] in definitiva nella questione dei figli», presagendo, peraltro, come la giurisprudenza avrebbe nondimeno contribuito a ridurre alcune distanze anche in ordine a questo aspetto.

[34] Risultato a cui, secondo Lenti, *op. cit.*, 747, sarebbe già possibile arrivare attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del dato normativo, senza dover attendere un (nuovo) pronunciamento della Consulta. In giurisprudenza è stata anche praticata l'applicazione analogica del 27° comma (Trib. Brescia, 17.10.2019), la quale potrebbe tuttavia esporsi ad alcune riserve, essendosi qui in presenza non di una lacuna in senso tecnico, quanto di una lacuna "impropria" o "ideologica", posto che a mancare non è una norma certa, bensì una norma «giusta» (Bobbio, voce «Lacune nel diritto», nel *Noviss. Digesto it.*, IX, Utet, 1963, 422).

VALERIO BRIZZOLARI

LA FAMIGLIA "SOVRAINDEBITATA"

SOMMARIO: 1. La genesi della procedura familiare di sovraindebitamento. – 2. Il quadro normativo attuale e i requisiti per l'accesso alla procedura. – 3. I requisiti soggettivi. Consumatori, professionisti, "piccoli" e "grandi" imprenditori: il coordinamento con le altre procedure e la "meritevolezza". – 4. (*Segue*). I rapporti di coniugio, parentela, affinità, unione civile e convivenza di fatto. La procedura unica. – 5. Il requisito oggettivo. La dimensione familiare del debito e la sua origine comune. – 6. La separazione delle masse attive e passive. – 7. Il coordinamento delle procedure separate. – 8. Il sovraindebitamento familiare: una regola generale?

1. *La genesi della procedura familiare di sovraindebitamento*

Il d.lgs. n. 14/2019, noto come Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, all'art. 66 contiene la disciplina della procedura familiare di sovraindebitamento. La disposizione è inserita nella sezione I del capo II tra quelle di «carattere generale», immediatamente dopo l'art. 65 dedicato all'ambito di applicazione delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

L'art. 66 c.c.i.i. si presenta solo in parte come una novità vera e propria, poiché la procedura in esame era stata anticipata in realtà già nell'art. 7-*bis* l. n. 3/2012, introdotto dalla l. n. 176/2020. Dunque, il sovraindebitamento familiare è oggi disciplinato dalle disposizioni appena indicate *ratione temporis* (cfr. art. 390 c.c.i.i.) le quali, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, presentano alcune differenze, seppur lievi, sul piano terminologico. Malgrado, come detto, non si tratti di un'assoluta novità, il sovraindebitamento familiare offre nondimeno numerosi spunti di riflessione su tematiche proprie e tradizionali del diritto di famiglia – come la definizione di quest'ultima contenuta nell'art. 66, commi 1 e 2, c.c.i.i. –, della responsabilità patrimoniale – la separazione delle masse attive e passive di cui al comma 3 –, nonché del diritto processuale – la competenza in caso di presentazione di più domande, regolata dal comma 4 –, il tutto tenuto assieme da un elemento (la famiglia, appunto) che opera come centro attrattivo di questi profili (giuridici) appena sommariamente riassunti e che, evidentemente, determina ancora oggi la necessità di dettare regole particolari[1].

[1] Il sovraindebitamento familiare si inserisce senza dubbio nel problema della "privatizzazione" del diritto di famiglia. Quest'ultimo, tuttavia, si conferma come un ambito nel quale sono ancora necessarie discipline particolari che derivano evidentemente da fattori personali quali l'affetto, la coabitazione, l'origine comune dell'indebitamento, come nel caso che qui occupa, che si presume avvenuto per far fronte a esigenze familiari, e via discorrendo. Per indagare questo rapporto tra elementi personali e patrimoniali e le conseguenti regole (particolari) dettate dall'ordinamento sulla base delle peculiarità appena sintetizzate, non si può che muovere dalle considerazioni, ancora attuali, di ZATTI, Familia, familiae. *Declinazione di un' idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9 ss., spec. 28 ss., ora in ID., *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da ID., I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Giuffrè, 2011, 3 ss.

Il sovraindebitamento familiare, inoltre, al di là delle considerazioni di carattere strettamente tecnico, risponde a un dato comune (e attualismo) nell'esperienza pratica: sovente le difficoltà economiche di un familiare si ripercuotono sugli altri, i quali, indebitandosi a loro volta, tentano di ripianare o quantomeno alleggerire l'esposizione debitoria altrui. Il sovraindebitamento familiare, che tiene conto proprio, per dir così, della propagazione dell'insolvenza all'interno della famiglia, è il risultato di un'evoluzione iniziata anni addietro, anche in virtù dell'opera svolta soprattutto dalla giurisprudenza di merito[2].

Per lungo tempo la protezione della famiglia dai creditori di uno dei suoi componenti o dal suo fallimento è stata affidata a istituti isolati e certo non legati da una logica comune. Un primo esempio è costituito dal fondo patrimoniale con le sue proprietà segregative (art. 170 cod. civ.). Esso, tuttavia, persegue uno scopo neanche lontanamente paragonabile alla finalità del sovraindebitamento, ossia consentire al soggetto indebitato un "nuovo inizio", grazie al meccanismo dell'esdebitazione; e rimane esposto alle conseguenze di possibili azioni revocatorie. Un secondo esempio si rinviene in quelle (limitate) disposizioni della legge fallimentare che si occupa(va)no della famiglia[3]. Il risultato di queste discipline settoriali, disomogenee e finalizzate alla tutela di interessi diversi dalle difficoltà economiche familiari, era che l'eccessivo indebitamento di un individuo andava inesorabilmente a travolgere gli altri, fatti salvi i limitati profili appena illustrati. In breve, per lungo tempo sono mancate disposizioni quantomeno di coordinamento o trattamento cumulativo delle procedure (individuali) cui potevano essere sottoposti gli appartenenti allo stesso nucleo familiare.

Con la l. n. 3/2012 è iniziato il progressivo abbandono della tradizionale inaccessibilità alle procedure concorsuali per i soggetti diversi dagli imprenditori commerciali e collocati al di sotto delle c.dd. soglie di fallibilità. Proprio il sovraindebitamento individuale, già di per sé "rivoluzionario", ha costituito un passaggio intermedio determinante, poiché, una volta ammessi i debitori "comuni" alle procedure di stampo concorsuale a loro riservate, lo *step* successivo si è compiuto nel momento in cui i soggetti sovraindebitati hanno iniziato a presentare istanze congiunte per accedere proprio alla procedura di sovraindebitamento[4]. Inoltre, nel riempire di significato il concetto di «meritevolezza», imprescindibile per valutare la possibilità di partecipare alla procedura in discorso, la giurisprudenza ha correttamente annoverato le spese fatte nell'interesse dei familiari tra quelle appunto "meritevoli"[5].

---

[2] Cfr. *infra* nt. 4. Intanto, alcune pronunce sul punto sono riportate nella rassegna compiuta da Napolitano, *Sovraindebitamento: accordo di composizione della crisi, piano del consumatore e liquidazione*, in *Fallimento*, 2021, 263. Si deve rilevare però che l'attività del legislatore è stata quasi ricognitiva delle regole di formazione giurisprudenziale.

[3] A titolo esemplificativo, si segnalano gli artt. 46, comma 1, n. 2, 67 e 69 l. fall.

[4] Si segnala ad esempio Trib. Bergamo, 26.9.2018, in banca dati *One Legale*, secondo cui la disciplina di cui alla l. n. 3/2012 ha quale scopo quello di porre rimedio al sovraindebitamento delle famiglie e la mancata previsione, tra i soggetti che possono accedere alle procedure indicate nella stessa legge, delle «famiglie» non pare ostacolare un'interpretazione estensiva del concetto di «debitore» anche come ente collettivo costituito dai debitori appartenenti alla famiglia in crisi da sovraindebitamento, in particolare quando lo squilibrio finanziario derivi proprio dalla gestione della vita in comune dei suoi membri. Trib. Napoli, 1.7.2020, in *Fallimento*, 2021, 683, con nota di Messina, ha stabilito che non è causa di inammissibilità la proposta di liquidazione del patrimonio *ex* l. n. 3/2012 congiuntamente effettuata dai coniugi, che avendo messo a disposizione entrambi le proprie masse attive e le masse passive, pur restando distinte, formino un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento familiare. Nel medesimo senso, Trib. Mantova, 8.4.2018, in banca dati *One Legale*.

[5] Ad esempio, per Trib. Catania, 17.6.2014, in *Foro it.*, 2015, 1, I, 316, con nota di Perrino, è meritevole di omologazione il piano proposto dal consumatore indebitatosi per esigenze determinate dalla ristrutturazione della propria abitazione e dalla conseguente necessità di contrarre altre obbligazioni per

Le istanze sociali e l'opera svolta dai tribunali hanno mosso il legislatore, intervenuto dapprima con il già ricordato art. 7-*bis* l. n. 3/2012 e successivamente con l'art. 66 c.c.i.i., frutto della delega legislativa attribuita con la l. n. 155/2017. Proprio l'art. 9, comma 1, lett. a), l. n. 155/2017 ha posto il criterio per l'esercizio di tale delega, vale a dire l'individuazione di «criteri di coordinamento nella gestione delle procedure per sovraindebitamento riguardanti più membri della stessa famiglia». Da qui emerge un primo carattere dell'istituto in analisi: il sovraindebitamento familiare non è una procedura a sé stante con protagonista un soggetto "nuovo" (la famiglia), bensì un insieme di regole volte a raccordare più procedure individuali. Difatti, *i*) l'art. 9 comma 1, lett. a), l. n. 155/2017 discorre di «coordinamento» e *ii*) secondo la relazione illustrativa del Codice della crisi d'impresa l'art. 66 c.c.i.i. regola «procedure collegate».

La scelta del legislatore di introdurre una disciplina del sovraindebitamento familiare è stata accolta con generale favore ed è senz'altro apprezzabile[6]. Questo (diffuso) giudizio positivo discende da considerazioni di vario ordine, alcune strettamente giuridiche e altre principalmente socio-economiche. Movendo da queste ultime, si segnala che già da tempo era stata lamentata l'assenza, per dir così, di rimedi al problema della sovraesposizione debitoria delle persone fisiche "comuni", non tanto per il fatto che trattavasi oramai degli unici individui non sottoposti a una procedura di stampo concorsuale, quanto perché il fenomeno del sovraindebitamento del singolo e della famiglia stava (e sta tuttora) assumendo proporzioni preoccupanti, al limite dell'emergenza nazionale[7].

Molti fattori, tra i quali possiamo annoverare – sia consentita la generalizzazione – la crisi dei mutui iniziata nell'anno 2008, il ricorso sempre più diffuso al sistema del

far fronte ai debiti precedentemente assunti, nonché per sopperire alle esigenze di sopravvivenza dei familiari.

[6] A quanto consta, i contributi che si sono occupati direttamente o indirettamente del sovraindebitamento familiare non sono molti, ma in tutti si rinvengono apprezzamenti almeno per l'introduzione della disciplina in analisi, fatte salve, come è naturale, alcune osservazioni più o meno critiche riguardanti però specifici aspetti della novità legislativa. Ad ogni modo, mentre per l'illustrazione dei profili problematici si rinvia ai paragrafi che seguono, intanto si possono segnalare quali trattazioni specifiche dell'argomento: Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, in *Giust. civ.*, 2021, 531 ss.; Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, in *Fam. e dir.*, 2020, 185 ss.; e Tola, *Procedure familiari e attività d'impresa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 1110 ss. Il sovraindebitamento familiare è stato poi affrontato da coloro che si sono occupati del Codice della crisi d'impresa immediatamente dopo il suo avvento o comunque in trattazioni più generali dedicate ad esso. Si vedano difatti: Bonaccorsi-De Santis, *L'ambito soggettivo di applicazione delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Pellecchia e Modica, Pacini giuridica, 2020, 47 ss.; Grieco, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in Della Rocca-Grieco, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2019, Cedam, 143 ss., spec. 153; Leuzzi, *Le procedure da "sovraindebitamento": profili generali*, in Crivelli-Fontana-Leuzzi-Napolitano-Rolfi, *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2019, Zanichelli, 32 ss.; Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, in *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, diretto da Irrea e Cerrato, 2021, Zanichelli, 187 ss.; Pellecchia, *Il "Decreto ristori" e le novità in materia di sovraindebitamento del consumatore in tempo di pandemia e di* Squid Game, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1251 ss., spec. 1276 ss.; e Zanichelli, *Il corposo* restyling *della legge sul sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2021, 446 ss. Infine, un cenno alla famiglia si può leggere in Pagliantini, *Il consumatore "frastagliato"*, Pacini giuridica, 2021, 189 ss., alla cui ulteriore opera Id., *Il sovraindebitamento del consumatore. Studio critico sull'esdebitazione*, Giappichelli, 2018, senz'altro si rinvia.

[7] Come segnalato oramai dieci anni fa da Parente, *Sovraindebitamento familiare e legittimazione alla proposta di ristrutturazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, 726, che discorre di «nuova cultura del credito» ed «estrema criticità» del fenomeno. La tendenza sembra non solo confermata ma persino peggiorata. V. infatti le considerazioni di Contu, *Povertà ed esclusione nella "società del debito"*, in *Contr. e impr.*, 2019, 1535 ss. Già Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, 2012, 348 ss. si interrogava sulla opportunità di ampliare la base soggettiva delle procedure di sovraindebitamento alla famiglia (del debitore).

credito per gli acquisti, anche piccoli, la pandemia, l'inflazione e via discorrendo hanno determinata una situazione di ampia difficoltà non solo in Italia ma su tutto il continente europeo.

I legislatori nazionali hanno reagito in vario modo. In Francia, ad esempio, la *hypothèque rechargeable*, introdotta nel 2006, è stata abrogata quasi subito, dopo nemmeno un decennio, nel marzo del 2014, proprio per il timore di favorire l'eccessivo indebitamento delle famiglie e dei consumatori, salvo poi essere reintrodotta, ma limitatamente agli operatori professionali[8]. In Italia si è fatto ricorso a interventi non soppressivi o limitativi ma istitutivi di "strumenti" *ante* o *post* sovraindebitamento. Tra i primi si possono annoverare senz'altro l'obbligo di valutazione del merito creditizio, peraltro discendente da una direttiva europea[9], e tutte le altre misure che, in vario modo, hanno sospeso, rinviato nel tempo o comunque posto delle moratorie al pagamento di quanto dovuto dalle famiglie alle banche[10]. Con riferimento invece ai procedimenti successivi al verificarsi del sovraindebitamento, vanno menzionati ovviamente la l. 3/2012 e proprio l'art. 66 c.c.i.i., che intervengono appunto allorquando il sovraindebitamento s'è verificato. In breve, l'art. 66 c.c.i.i. costituisce un altro tassello nel quadro di quella "traduzione" in termini giuridici di un'esigenza di tutela sociale e non solo.

Quanto invece alle considerazioni più strettamente legali, il sovraindebitamento familiare, che si presenta in sostanza come un compendio di regole volte a coordinare quelle che altrimenti potrebbero presentarsi come varie istanze individuali di (accesso alla procedura di) sovraindebitamento, è stato apprezzato per *i*) il contenimento dei costi e *ii*) l'economia processuale[11]. D'altra parte, a fronte di elementi di connessione – medesima origine del debito o rapporto di parentela –, perché costringere due o più soggetti a presentare singole istanze, con evidente moltiplicazione di tempo e danaro che andrebbe a detrimento dei creditori? Se la risposta al quesito può apparire scontata, con meno immediatezza si possono comprendere alcune scelte operate nel Codice della crisi, a partire proprio dal metodo. La Relazione illustrativa, in sintesi, muove dalle «difficoltà applicative» della legge n. 3/2012 e qualifica l'art. 66 c.c.i.i. come «disposizione innovativa». Tuttavia, è stato già ricordato che quest'ultimo non fa che replicare proprio l'art. 7-*bis* l. n. 3/2012, perciò sorge spontaneo l'interrogativo sul perché sia stato riprodotto tale e quale un qualcosa reputato problematico, presentandolo persino come innovativo.

---

[8] In argomento, v. Gijsbers, *Dix ans après: l'hypothèque immobilière revivifiée?*, in *L'attractivité du droit français des sûretés réelles*, diretto da Borga e Gout, LGDJ, 2016, 167 ss. e Legeais, voce *Sûretés*, in *Répertoire de droit civil*, XI, Dalloz, 2016, 1 ss. Sull'ipoteca ricaricabile francese, v. Fiorentini, *La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 1187.

[9] Trattasi della dir. 2008/48/CE sul credito ai consumatori. Queste misure *ex ante* sono illustrate da Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di Falcone e Bonfatti, 2011, Giuffrè, 189 ss.

[10] Una panoramica di questi strumenti (specifici) si trova in Cotterli, *Credito e debito dopo la crisi: strumenti per famiglie o microimprese*, in *Banca, impr. e soc.*, 2016, 469 ss. A ben vedere, altri strumenti (più generali) si possono trovare nella legislazione emergenziale, la quale ha tentato di prevenire *lato sensu* il sovraindebitamento degli individui e non solo. A questo proposito, si vedano Macario, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, e Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, entrambi in *Contratti*, 2020, rispettivamente 129 ss. e 485 ss.

[11] Sul punto il giudizio è unanime: v. tra i tanti Bonaccorsi, *La famiglia*, in Bonaccorsi-De Santis, *L'ambito soggettivo di applicazione delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 48 e Pellecchia, *Il "Decreto ristori" e le novità in materia di sovraindebitamento del consumatore in tempo di pandemia e di* Squid Game, cit., 1279.

2. *Il quadro normativo attuale e i requisiti per l'accesso alla procedura*

La novità più importante introdotta dall'art. 66 c.c.i.i. è senz'altro la possibilità, per i membri della stessa famiglia, di presentare un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento. L'accesso alla procedura congiunta può avvenire al ricorrere di due requisiti alternativi: *i*) la convivenza dei soggetti oppure *ii*) l'origine comune del sovraindebitamento (comma 1).

Di notevole interesse, siccome diversa da definizioni contenute altrove, di cui si darà conto appresso, è la qualificazione della «famiglia»: ne fanno parte, oltre al coniuge, i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla l. n. 76/2016 (comma 2). La definizione, se, da un lato, tiene conto di certi "nuovi" modelli familiari, dall'altro ignora del tutto alcune situazioni magari non formalizzate, a differenza di quelle considerate dal comma 2 dell'art. 66 c.c.i.i., ma nondimeno meritevoli di tutela. Si pensi, ad esempio, a coloro che, pur conviventi, non hanno voluto "consacrare" la propria unione registrandosi o sottoscrivendo un contratto oppure ancora alle famiglie c.dd. allargate o ricomposte, nelle quali il vincolo biologico tra alcuni dei componenti è sostituito da forti legami affettivi.

Quanto invece al necessario coordinamento con il principio della responsabilità patrimoniale, il raccordo con l'art. 2740 cod. civ. è raggiunto tramite la previsione per la quale le masse attive e passive dei sovraindebitati rimangono distinte (comma 3). La separazione delle masse costituisce un altro motivo, oltre a quelli segnalati nelle pagine precedenti, che induce a negare alla famiglia la qualità di soggetto distinto e autonomo dagli individui che la compongono.

Sul piano procedurale, nel caso in cui siano presentate più richieste di risoluzione della crisi da sovraindebitamento riguardanti membri della stessa famiglia, il giudice adotta i necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento. La competenza appartiene al giudice adito per primo (comma 4).

Infine, la liquidazione del compenso dovuto all'organismo di composizione della crisi è ripartita tra i membri della famiglia in misura proporzionale all'entità dei debiti di ciascuno (comma 5).

Come anticipato, occorre segnalare alcune (lievi) differenze tra l'art. 66 c.c.i.i. e l'art. 7-*bis* l. n. 3/2012. Una prima divergenza si rinviene nel comma 1, nella parte in cui l'art. 7-*bis* afferma che i familiari possono «presentare un'unica procedura di composizione della crisi», anziché un «unico progetto» (art. 66 c.c.i.i.). La variazione lessicale è dovuta alla necessità di adattare la nuova previsione al contesto normativo nel quale essa si trova[12]. La versione dell'art. 66 c.c.i.i., inoltre, appare più corretta anche dal punto di vista linguistico, siccome è il «progetto» a essere presentato e non la «procedura». Peraltro, la formulazione della disposizione codicistica sembra più armoniosa nel suo complesso, poiché a fronte di più procedure – eventualità contemplata dal comma 4 dell'art. 66 c.c.i.i. –, i familiari presentano appunto un unico, comune progetto[13]. Un'altra differenza trovasi nel caso in cui manchi il presupposto soggettivo della qualità di consumatore: mentre l'art. 7-*bis*, comma 5, l. n. 3/2012 rinvia alle disposizioni sull'accordo di composizione della crisi, l'art. 66, comma 1, c.c.i.i., invece, rimanda al concordato minore.

---

[12] Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 532, nt. 3.

[13] Pasquariello, *Il nuovo quadro normativo*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 196.

L'art. 66 c.c.i.i., dunque, individua presupposti oggettivi e soggettivi al ricorrere dei quali si applicano le disposizioni in tema di sovraindebitamento familiare.

3. *I requisiti soggettivi. Consumatori, professionisti, "piccoli" e "grandi" imprenditori: il coordinamento con le altre procedure e "meritevolezza"*

Ancor prima del legame di tipo familiare o economico che deve sussistere tra i soggetti sovraindebitati, è necessario appurare che costoro rientrino tutti nella nozione di «consumatore» come delineata all'art. 6 l. n. 3/2012. L'art. 66 c.c.i.i., difatti, presuppone che i familiari intenzionati ad accedere alla procedura (unica) siano "omogenei" dal punto di vista, per dir così, del loro *status*.

L'eterogeneità soggettiva è un'eventualità che il Codice della crisi regola solo in parte. Il caso più semplice è risolto dall'art. 66 c.c.i.i. medesimo nell'ultima parte del comma 1. Qualora siano tutti consumatori, si applicano gli artt. 67 ss. c.c.i.i. in tema di ristrutturazione dei debiti; diversamente, la presenza di uno degli altri soggetti contemplati nell'art. 2, comma 1, lett. c), c.c.i.i. – vale a dire professionista, imprenditore minore o agricolo – muta la disciplina applicabile, che è da individuarsi negli artt. 74 ss. c.c.i.i. sul concordato minore.

L'unicità della procedura rimane comunque garantita, ma con alcune precisazioni. Normalmente il consumatore sovraindebitato non potrebbe accedere al concordato minore (art. 74 c.c.i.i.) e qualora non sia "meritevole" (art. 69 c.c.i.i.) anche alla ristrutturazione dei debiti (art. 67 c.c.i.i.); tuttavia, nell'ambito di una procedura familiare, il concordato minore lo "attrae" e gli sarà perciò consentito partecipare a quest'ultimo qualora sia coinvolto un familiare con qualifica diversa da quella di consumatore[14].

L'eventualità – non contemplata dall'art. 66 c.c.i.i. – del familiare imprenditore c.d. soprasoglia deve essere invece trattata diversamente. In questo caso non si realizzano attrazioni dei soggetti in procedure altrui o "commistioni". Se l'imprenditore subisce la liquidazione giudiziale o avvia un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti, i suoi familiari possono alternativamente ricorrere *i*) a un piano unitario o *ii*) a singole procedure individuali di sovraindebitamento, fermo restando il coordinamento tra detta liquidazione e le loro procedure[15].

Può accadere che i parenti sovraindebitati siano allo stesso tempo soci di una società in nome collettivo. In una delle poche applicazioni giurisprudenziali reperibili sul punto, è stato deciso che il procedimento avviato dalla s.n.c. deve essere riunito con quello dei suddetti soci ai sensi dell'art. 7-*bis* l. n. 3/2012[16].

---

[14] Zanichelli, *Il corposo* restyling *della legge sul sovraindebitamento*, cit., 448. Per Tola, *Procedure familiari e attività d'impresa*, cit., 1115, il legislatore, mediante il rinvio al concordato minore, ha scelto di tutelare maggiormente il ceto creditorio qualora i componenti della famiglia siano eterogenei. Pasquariello, *Il nuovo quadro normativo*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 198 tuttavia esprime qualche perplessità su questa soluzione che definisce «distonica», perché consente al consumatore di recuperare la possibilità d'accesso a una procedura (il concordato minore) alla quale, in condizioni normali, non potrebbe accedere.

[15] Così Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, cit., 189, la quale sottolinea l'opportunità del coordinamento soprattutto nel caso in cui, ad esempio, si tratti di coniugi in regime di comunione legale o con beni cointestati tra loro.

[16] Trib. Ravenna, 3.3.2021, in *Rep. Foro it.*, 2021, voce «Sovraindebitamento (procedimento per la composizione di crisi da)», n. 57, in una fattispecie relativa a due fratelli soci di una s.n.c. che aveva proposto ricorso per la liquidazione del patrimonio.

Altra eventualità non prevista dall'art. 66 c.c.i.i. è la presenza di un'impresa familiare. Movendo dal presupposto che gli artt. 230-*bis* ss. cod. civ. disciplinano i diritti (patrimoniali, amministrativi e via discorrendo) sull'impresa altrui[17], quale unico dato rilevante devesi prendere l'assoggettabilità o no dell'imprenditore titolare dell'attività al sovraindebitamento. Ci si può domandare se l'avvio della procedura in discorso deve essere sottoposto al voto dei familiari partecipanti. Va da sé che il problema si pone solo nel caso di contrasto tra i soggetti qui considerati. L'interrogativo nasce dall'assimilabilità del caso a uno di quelli indicati nell'art. 230-*bis*, comma 1, cod. civ., laddove esso annovera l'impiego degli utili, la gestione straordinaria e persino la cessazione dell'impresa tra le decisioni da assumere a maggioranza. La risposta al quesito non è immediata. Taluno sostiene che il sovraindebitamento non è accostabile alle ipotesi contemplate dalla disposizione e perciò l'imprenditore è libero di ricorrervi senza interpellare gli altri e, soprattutto, costoro non possono attivare per lui la procedura[18]. L'argomento però non pare dirimente: a ben vedere, difatti, il sovraindebitamento può rientrare nel concetto di «gestione straordinaria», soprattutto qualora esso rappresenti l'anticamera della cessazione dell'attività imprenditoriale. Altri giungono alla medesima conclusione, ma seguendo una diversa via, vale a dire il silenzio dell'art. 66 c.c.i.i. sul punto[19]. In effetti, non sembra opportuno consentire ai familiari di "trascinare" a maggioranza l'imprenditore nella procedura di sovraindebitamento o negarli l'accesso alla medesima. D'altra parte, trattasi di una procedura su base volontaria, in cui il giudizio sul suo beneficio (l'esdebitazione) può essere compiuto unicamente dal soggetto che se ne avvantaggia (l'imprenditore)[20]. L'inerzia del titolare potrà al limite rilevare *ex* art. 2086 cod. civ., qualora egli violi il dovere di attivarsi tempestivamente per superare la crisi.

L'accesso alla procedura di sovraindebitamento è subordinato al ricorrere delle condizioni contenute nell'art. 69 c.c.i.i., che, *brevitatis causa*, si potrebbero definire di "meritevolezza"[21]. Taluno si è interrogato sulla mancanza di una o più di tali condizioni in capo a uno dei soggetti partecipanti alla procedura unitaria. V'è chi sostiene l'inammissibilità dell'intera procedura, come se la condizione soggettiva ostativa "contagiasse" anche gli altri familiari invece "meritevoli". Pur prendendo atto del rigore di questa conclusione, si preferisce valorizzare il profilo dell'unitarietà del progetto di soluzione della crisi e di conseguenza impedire al giudice di stralciare le posizioni di chi non rispetta l'art. 69 c.c.i.i.[22]. Si rilevano però anche posizioni più aperturiste, per le quali occorre

[17] In argomento, v. Balestra, *L'impresa familiare*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, III, *Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di Anelli e Sesta, 2ª ed., Giuffrè, 2012, 827 ss.

[18] Pasquariello, *Il nuovo quadro normativo*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 199.

[19] Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, cit., 193, la quale propone una soluzione, per dir così, di compromesso: stante il silenzio della disposizione sul punto, non si può negare all'imprenditore il libero accesso alla procedura e, al contempo, si devono «assicurare […] adeguate forme di tutela» (ma senza specificare quali) ai familiari per garantire i diritti che gli spettano *ex* art. 230-*bis* cod. civ. ed evitare comportamenti elusivi del titolare dell'impresa.

[20] Potrebbe accadere che i familiari siano legati da un debito "promiscuo", cioè contratto sia per scopi personali che imprenditoriali. Questa eventualità è analizzata da Tola, *Procedure familiari e attività d'impresa*, cit., 1116 ss.

[21] Ad esempio, per Trib. Torre Annunziata, 12.12.2016, in banca dati *DeJure*, difetta il requisito di meritevolezza qualora il debitore abbia assunto le proprie obbligazioni senza la necessaria diligenza, come nel caso di un mutuo fondiario che si presenta notevolmente oneroso, più gravoso di quanto il consumatore possa garantire di adempiere quale fideiussore, e sproporzionato alle fonti di reddito, personali e familiari.

[22] Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, cit., 195, per la quale, diversamente, «l'intervento selettivo da parte del giudice determinerebbe una non consentita modifica giudiziale». Aderisce a questa ricostruzione Pellecchia, *Il "Decreto ristori" e le novità in materia di sovraindebitamento del consumatore in tempo di pandemia e di* Squid Game, cit., 1282.

distinguere i profili da valutare: quelli precipuamente individuali (colpa grave, frode o mala fede) devono essere apprezzati in capo al singolo, con eventuale sua esclusione dal procedimento; gli altri (convenienza del piano, ad esempio, *ex* art. 76, comma 2, lett. d) c.c.i.i.) possono essere iscritti in un giudizio complessivo e dunque più "familiare"[23].

È preferibile questa seconda soluzione. In primo luogo, il sacrificio dell'intera procedura contravviene alla *ratio* dell'art. 66 c.c.i.i., siccome costringe appunto alla chiusura di un procedimento e alla sua riapertura senza il soggetto in possesso di una condizione ostativa, con evidente aumento di tempi e costi. In secondo luogo, è pur vero che la procedura è unica, ma, a mente del comma 3, la famiglia non è soggetto a sé stante e soprattutto le masse attive e passive rimangono distinte. Diversamente accade se vengono presentate istanze disgiunte: il giudice, afferma il comma 4 dell'art. 66 c.c.i.i., adotta i necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento.

Siccome la procedura di sovraindebitamento consente di ottenere l'esdebitazione, i cui effetti vantaggiosi non abbisognano di spiegazioni, è opportuno soffermarsi sui requisiti che l'art. 66 c.c.i.i. pone per la sua stessa operatività, al fine di evitare che un allargamento eccessivo dell'ambito applicativo consenta a soggetti non legittimati di "inserirsi" in una procedura e conseguire indebitamente un *fresh start*[24].

4. (Segue). *I rapporti di coniugio, parentela, affinità, unione civile e convivenza di fatto. La procedura unica*

I presupposti essenziali per il sovraindebitamento familiare (congiunto) sono contenuti nel comma 1 dell'art. 66 c.c.i.i., a mente del quale i membri della stessa famiglia devono essere conviventi o l'indebitamento deve avere un'origine comune. La presentazione di una procedura unica è subordinata al rispetto di almeno uno dei due requisiti: se manca la convivenza, si richiede che l'indebitamento abbia la medesima origine. Va da sé che la scelta sull'unicità della procedura è una facoltà dei parenti: costoro «possono» (è il comma 1) presentare un unico progetto di risoluzione della crisi. Qualora, pur rispettando i requisiti posti dalla disposizione, essi nondimeno decidano di procedere separatamente, non è da escludere che trovi applicazione il comma 4 e cioè che il giudice adotti i necessari provvedimenti per assicurarne il coordinamento.

È stato già precisato che la famiglia non viene elevata a centro autonomo di imputazione di interessi[25] e perciò essa non si presenta come elemento dotato di una propria soggettività. L'art. 66 c.c.i.i., piuttosto, specifica quali soggetti possono accedere congiuntamente alla procedura e presentare un progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento unitario. Costoro, naturalmente, devono essere legati da almeno uno degli elementi illustrati pocanzi. Tuttavia, mentre la convivenza consente di prescindere dall'eziologia del debito, sulla base di una "presunzione", i familiari non conviventi possono presentare l'istanza unica solo qualora uno si sia indebitato, per dir così,

[23] Bonaccorsi, *La famiglia*, in Bonaccorsi-De Santis, *L'ambito soggettivo di applicazione delle "nuove" procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 49 ss.

[24] Pertanto, pur condividendosi l'osservazione di Messina, *Sovraindebitamento e rapporti familiari: ammesso il ricorso congiunto di due coniugi*, in *Fallimento*, 2021, 690, per il quale il legislatore ha fatto ricorso a «formule ampie» al fine d'incentivare l'accesso alla procedura in analisi, è opportuno delineare con rigore i confini dell'art. 66 c.c.i.i. ed evitare un uso strumentale della disposizione, legato evidentemente ai suoi effetti esdebitativi.

[25] Per tutti, Pagliantini, *Il consumatore " frastagliato"*, cit., 192.

nell'interesse dell'altro o essi si trovino involontariamente accomunati in una qualche sfortunata vicenda familiare (un'eredità gravata da debiti, ad esempio). Il rapporto di coniugio, parentela, affinità, unione civile e convivenza di fatto, pur rappresentando un presupposto indefettibile, da solo non è sufficiente per il sovraindebitamento familiare.

È da notare inoltre che la sola origine comune del debito ai sensi dell'art. 66 c.c.i.i. non rileva, perché i soggetti devono appartenere alla «stessa famiglia», così come definita nel comma 2. Evidentemente, il legislatore ha voluto attribuire maggiore rilevanza alla presenza di un elemento personale che lega gli individui qui considerati, in quanto anche il requisito (oggettivo) dell'origine comune del debito deve essere accompagnato dal presupposto originario dell'appartenere, appunto, alla «stessa famiglia». Questa scelta impedisce *ab origine* il ricorso alla procedura in discorso nelle ipotesi di convivenza c.d. non affettiva[26]; il che però potrebbe lasciare perplessi, siccome un elemento unificante di natura oggettiva – la comune origine del debito – per alcuni (coloro del comma 2) è rilevante e per (tutti gli) altri irrilevante.

La relazione illustrativa al Codice della crisi (art. 66), a questo proposito, porta l'esempio della successione ereditaria quale elemento accomunante i familiari non conviventi, ma è chiaro che questa eventualità potrebbe riguardare chiunque; sempre che, naturalmente, non si versi nel caso di eredità beneficata (cfr. art. 490 cod. civ.). Insomma, pare che il legislatore abbia persa un'occasione per estendere il sovraindebitamento a tutti coloro che, indipendentemente dal rapporto parentale o simile che li lega, si trovano indebitati per la medesima ragione. D'altra parte, se la *ratio* dell'art. 66 c.c.i.i. è il contenimento dei tempi e dei costi, non si vede per quale ragione coloro che, sebbene non parenti, si siano indebitati per ragioni comuni non possano accedere a una procedura congiunta e beneficiare di quel contenimento[27].

A mente dell'art. 66, comma 2, c.c.i.i. oltre al coniuge, si considerano membri della stessa famiglia i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo, nonché le parti dell'unione civile e i conviventi di fatto di cui alla l. n. 76/2016. Il legislatore, purtroppo, con questa definizione, non è stato chiaro e ha introdotto alcuni elementi di confusione. Intanto, una notazione preliminare: qui rilevano i parenti entro il quarto grado, mentre, ad esempio, nell'art. 230-*bis* cod. civ. solo quelli entro il terzo.

Un dubbio sorge poi dalla formulazione del comma 2, nella parte in cui elenca una serie di soggetti «oltre al coniuge». I requisiti della parentela e dell'affinità, secondo una proposta di lettura, per dir così, stringente della disposizione, devono essere stabiliti esclusivamente in relazione all'altro coniuge; nel senso che la famiglia rilevante ai sensi dell'art. 66 c.c.i.i. è quella composta da un coniuge, dall'altro e da parenti (entro il quarto grado) e affini (entro il secondo) di quest'ultimo, purché costoro convivano (cfr. il comma 1 dell'art. 66 c.c.i.i.)[28]. Da questa ricostruzione sembrerebbe, ad esempio, che il

[26] Il profilo qui accennato è affrontato da Tola, *Procedure familiari e attività d'impresa*, cit., 1115. L'Autrice si riferisce a quei rapporti di convivenza amicale o affettiva ma senza un legame *more uxorio*. Gli esempi possono essere molti: coabitazione dovuta a rapporti di conoscenza, assistenza e via discorrendo. Si aggiunga che i conviventi di fatto cui si riferisce l'art. 66 c.c.i.i. sono (solo) quelli «di cui alla legge 20 maggio 2016, n. 76» perciò non qualsiasi soggetto convivente con qualcun altro.

[27] È però da notare che il legame familiare costituisce un elemento, per dir così, oggettivo o quantomeno più nitido rispetto alla comune origine del debito. Difatti, a parte il caso delle obbligazioni solidali, nel quale sarebbe facile individuare tale origine, negli altri la comunanza non sarebbe così agevole da apprezzare.

[28] Questa pare essere la proposta di Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 538, che giunge a questa conclusione richiamandosi alle espressioni «oltre al coniuge» e «nonché» contenute nell'art. 66 c.c.i.i.; si deve però dare atto del fatto che lo stesso Autore, alle pagine seguenti, critica questo approdo e ne fornisce alcune integrazioni.

soggetto sovraindebitato X, spostato con Y, e suo fratello Z non possano prendere parte alla procedura unitaria, siccome il rapporto di parentela non sussiste appunto in relazione all'altro coniuge Y, cioè il soggetto in riferimento al quale individuare i suddetti rapporti, ma solo tra X e Z. È però evidente come una siffatta conclusione non abbia alcun senso, per cui è preferibile leggere l'art. 66 c.c.i.i. in modo che parentela e affinità rilevano anche in relazione al soggetto sovraindebitato.

Altre incertezze riguardano poi il profilo della convivenza, poiché l'art. 66, comma 1, c.c.i.i. ai «membri della stessa famiglia» richiede di essere appunto «conviventi». A seconda del profilo al quale si intende dare maggior rilievo – *i*) l'essere parte della stessa famiglia o *ii*) il convivere – si avranno conseguenze diverse. L'interrogativo sorge dal fatto che, in effetti, potrebbero darsi casi di soggetti non conviventi e nondimeno costituenti una famiglia, siccome legati da uno dei rapporti di cui sopra. Si pensi a una coppia di fatto, in cui uno dei due *partner* magari è separato, dunque in stato non libero[29]. La giurisprudenza ha da tempo chiarito che la coabitazione non è elemento costitutivo della famiglia di fatto, bensì semplice indizio o presunzione della sua ricorrenza[30]. Allo stesso modo, possono darsi coniugi che non condividono l'abitazione[31] o persino soggetti conviventi ma con residenze anagrafiche diverse[32]. Come si accennava, non è sufficiente essere legati da uno dei rapporti di cui sopra, ma è altresì necessario che ricorra il requisito della convivenza.

L'intenzione del legislatore, probabilmente, era quella di intendere tale convivenza come una "presunzione" di propagazione del debito appunto tra coloro che convivono[33], in alternativa all'origine comune del debito stesso, che potrebbe riguardare anche soggetti che risiedono in luoghi diversi. Da qui dipende in sostanza la platea di individui ammessi alla procedura congiunta. Se si vogliono far coincidere i concetti di «convivenza» e «coabitazione», l'art. 66 c.c.i.i. sarà applicabile in un numero ristretto di ipotesi. Se, invece, si intende scollegare la convivenza dalla coabitazione, avranno accesso al sovraindebitamento congiunto coloro che appartengono alla «stessa famiglia», così come dettagliata al comma 2, anche se non condividono la dimora ma si ritrovano legati solo da un rapporto personale[34].

Entrambe le soluzioni presentano aspetti positivi e negativi. La prima, anche se non soddisfacente del tutto, siccome restringe la portata del termine «famiglia», appare più aderente alla formulazione della disposizione e più coerente con l'altro requisito dell'ori-

---

[29] Ai sensi dell'art. 1, comma 36, l. n. 76/2016 il soggetto separato che convive con altro soggetto non può essere considerato parte di una coppia di fatto, siccome è (ancora) vincolato al matrimonio sino a che non interviene la pronuncia di separazione. Tuttavia, è risaputo che una tale formazione ben può presentare tutti gli altri requisiti del comma 36; eppure, essa fuoriesce dal perimetro della richiamata legge. In argomento, v. Polidori, *Costituzione e presupposti delle convivenze di fatto*, nel *Trattato dir. fam.*, *Le riforme*, diretto da Zatti, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, Giuffrè, 2019, 144.

[30] Cass., 13.4.2018, n. 9178, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce «Danni in materia civile», n. 176 per la quale, nel caso di risarcimento del danno da morte del convivente, la coabitazione è solo un elemento da valutarsi assieme alle altre prove.

[31] È pacifico che la coabitazione sia tra i doveri di cui all'art. 143 cod. civ. suscettibili di deroga.

[32] Eventualità che apre alla rilevanza del dato formale (la residenza) su quello sostanziale. Per Zanichelli, *Il corposo* restyling *della legge sul sovraindebitamento*, cit., 446 non si richiede che la convivenza sia attestata dal certificato anagrafico. Tale stato di fatto, per l'Autore, può essere provato diversamente.

[33] Questa la spiegazione di Pellecchia, *Il "Decreto ristori" e le novità in materia di sovraindebitamento del consumatore in tempo di pandemia e di* Squid Game, cit., 1279 ss.

[34] Così il tentativo compiuto da Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 537, nt. 17.

gine comune del debito. Una procedura congiunta di sovraindebitamento, difatti, assume senso se coloro che vi partecipano presentano appunto una connessione quanto alle ragioni del debito. La convivenza, invece, come detto, si presenta quale "presunzione" circa l'eziologia dell'indebitamento, nel senso che se due soggetti convivono, secondo l'*id quod plerumque accidit*, è assai probabile che abbiano contratto obbligazioni per un interesse comune. L'altra soluzione è, senza dubbio, se si vuole, più "moderna" quanto al concetto di famiglia[35], ma si risolve in una mera connessione soggettiva tra i partecipanti alla procedura, con la conseguenza che vi prenderebbero parte individui non coabitanti (ma conviventi *sensu lato* e cioè uniti da un qualche legame affettivo) e che però magari non hanno né debiti né patrimonio in comune. Quest'ultima soluzione presenta come unico vantaggio quello di comprimere costi e tempi per individui che normalmente dovrebbero procedere separatamente.

In definitiva, il parametro sicuramente prevalente – anche nell'esperienza pratica – è quello della comune origine del sovraindebitamento, "presunto" nei soggetti (*rectius*: familiari) conviventi[36] e in grado di unificare le loro posizioni qualora costoro non convivano.

L'art. 66 c.c.i.i. si riferisce poi a una serie di soggetti «oltre al coniuge». Tra questi figurano i parenti entro il quarto grado e gli affini entro il secondo. Malgrado la recente riforma dell'art. 74 cod. civ., rimane ancora aperto il problema dell'affinità tra un convivente e i parenti dell'altro convivente: l'art. 78 cod. civ. non risulta tra quelli richiamati dalla l. n. 76/2016. Parimenti, priva di regolamentazione è l'ipotesi della coppia di fatto con figli non comuni. In entrambi i casi si dovrebbe giungere – purtroppo – a escludere la possibilità di una procedura congiunta per mancanza di un requisito[37].

Si è detto in principio che la formulazione dell'art. 66 c.c.i.i., almeno con riferimento alla definizione della «famiglia», non soddisfa del tutto. Se si guarda ai soggetti considerati nel comma 2 e alle altre innumerevoli forme di unioni familiari non formalizzate, prende consistenza l'idea che il legislatore, più che interessarsi realmente al problema del sovraindebitamento di soggetti legati da vincoli affettivi o personali, abbia introdotto una definizione un po' frettolosa e con l'unico scopo di prevenire una possibile declaratoria d'incostituzionalità[38]. In sintesi, ma non possiamo affermare se consapevolmente o inconsapevolmente, i redattori dell'art. 66 c.c.i.i. hanno annoverato nel concetto di «famiglia», per dir così, il minimo indispensabile. Si deve però riconoscere un aspetto positivo nella formulazione dell'art. 66 c.c.i.i.: sembrerebbe questa, a quanto

---

[35] Che la famiglia oramai prescinda dai legami meramente biologici è un dato che può darsi per acquisito. È sufficiente richiamare, ad esempio, i «congiunti», protagonisti della legislazione emergenziale. Sul punto v. Al Mureden, *La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam e dir.*, 2020, 623 ss. e, prima, Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam e dir.*, 2016, 919 ss. Con specifico riferimento al sovraindebitamento familiare, il problema è affrontato da Cordiano, *I componenti della famiglia*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 201 ss.

[36] Come afferma Grieco, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 153 ss., nella famiglia lo squilibrio finanziario riguarda ragioni di debito comune.

[37] Tola, *Procedure familiari e attività d'impresa*, cit., 1114 ss. dubita della legittimità costituzionale dell'art. 66 c.c.i.i. laddove esclude dalla procedura congiunta i soggetti di cui al testo. Altri dubbi di compatibilità con la Carta fondamentale sono avanzati da Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 538.

[38] Lo fa notare, correttamente, Cordiano, *I componenti della famiglia*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 214, che discorre di «operazione minima». Anche Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 545, ma in termini più generali, si esprime in termini di «manifestazione di scadente tecnica legislativa».

consta, la prima volta in cui il legislatore utilizza il termine «famiglia» per riferirsi ai conviventi di fatto[39].

5. *Il requisito oggettivo. La dimensione familiare del debito e la sua origine comune*

Requisito alternativo alla convivenza è che il sovraindebitamento abbia un'origine comune. I membri della stessa famiglia, dunque, qualora non convivano, possono comunque avvalersi della procedura congiunta al ricorrere di tale presupposto. Il legislatore, tuttavia, a differenza di quanto avviene con la «famiglia», in cui il comma 1 dell'art. 66 c.c.i.i. è dettagliato dal comma 2, non provvede a fornire ulteriori indicazioni circa il significato dell'espressione.

Il requisito in discorso si presta a varie interpretazioni, a seconda del perimetro che si vuole riconoscere all'«origine comune» del debito. Deve trattarsi necessariamente della medesima obbligazione che vede come soggetti passivi (per giunta in solido) i familiari o di più rapporti, magari individuali, nondimeno riconducibili al loro *ménage*? Taluno ha tentato di rispondere al quesito richiamandosi agli artt. 143, commi 2 e 3, 170, 186 e 190 cod. civ., nei quali l'idea della comune origine sarebbe insita, per dir così, nei riferimenti codicistici alle obbligazioni contratte nell'interesse della famiglia[40].

Intanto può dirsi che quelle disposizioni riguardano i soggetti legati da un vincolo matrimoniale e, al più, gli uniti civilmente, se proprio si vuole stabilire un parallelismo con l'art. 1, comma 11, l. n. 76/2016. Esse, dunque, non sempre possono tornare utili, considerato che l'art. 66 c.c.i.i., come visto, ha un ambito applicativo ben più esteso del matrimonio. Tali disposizioni, inoltre, individuano alcune spese sulla base dello scopo per il quale vengono sostenute – diremo, per brevità, *ad sustinenda onera matrimonii* –, mentre l'art. 66 c.c.i.i. adopera un lessico oggettivo e neutrale e, difatti, non menziona, si ritiene anche indirettamente, l'obbligo di contribuzione, ma guarda solo all'eziologia (comune) del debito. Se la premessa è che il sovraindebitamento familiare non costituisce una procedura a sé stante e la famiglia non è centro autonomo d'imputazione d'interessi – in breve, si tratta solo di regole "procedurali" per velocizzare istanze che altrimenti andrebbero separate[41] –, non si può che concludere nel senso dell'irrilevanza circa lo scopo dell'indebitamento. In altri termini, siccome trattasi pur sempre di un'ordinaria procedura di sovraindebitamento, varranno le normali regole di quest'ultimo, tra cui si può richiamare al limite l'art. 69 c.c.i.i. laddove introduce il criterio della «colpa grave»; ma il discrimine rimane comunque l'origine del debito: anche una spesa superflua, cioè eccedente i bisogni "primari" familiari, può avere un'origine comune. Difatti, si potrebbe argomentare, come altri ha reputato, che il presupposto in esame debba presentare piuttosto un attributo "familiare", vale a dire che si tratti di un sovraindebitamento caratterizzato da «oggettiva connessione con un interesse riferibile

[39] Polidori, *Costituzione e presupposti delle convivenze di fatto*, cit., 139 afferma difatti che «il legislatore non ha mai utilizzato il termine "famiglia" per riferirsi alle convivenze di fatto». Un simile concetto è espresso da Ruscello, *Note introduttive*, nel *Trattato dir. fam.*, *Le riforme*, diretto da Zatti, I, *Legami di coppia e modelli familiari*, cit., 130 laddove afferma che trattasi di «famiglie […] atipiche» che si diversificano da quella "tradizionale" ossia fondata sul matrimonio o sul rapporto di filiazione.

[40] Cordiano, *La convivenza e la origine comune del debito*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 211 ss.

[41] Pagliantini, *Il consumatore "frastagliato"*, cit., 191 ss.

[…] a ciascuno ed a tutti i componenti del gruppo familiare»[42]. Frivolezze e superfluità ben possono riferirsi all'interesse (non certo primario ma) secondario della famiglia, purché non si versi nel caso di spese individuali di cui gli altri magari non hanno beneficiato; anche perché qui ci si trova nel caso in cui i soggetti non convivono. Dunque, a voler essere ancora più precisi, è necessario e sufficiente che si tratti di spese comuni a quei componenti non conviventi della famiglia – magari non tutti – che intendono avvalersi del sovraindebitamento[43]. Si pensi a due familiari appunto non coabitanti: costoro possono ritrovarsi sovraindebitati pur avendo compiuto spese individuali ma riconducibili a uno scopo comune, che però non deve necessariamente essere un bisogno primario.

Un profilo non affrontato dall'art. 66 c.c.i.i. riguarda la competenza territoriale in caso di procedura unica avviata da soggetti non conviventi ma sovraindebitati per ragioni comuni. In assenza di un'indicazione legislativa, si potrebbe astrattamente applicare l'art. 33 cod. proc. civ. sul cumulo soggettivo per connessione oggettiva. Coloro che propongono questa soluzione ne rilevano anche un lato negativo e cioè che i sovraindebitati, in sostanza, potranno scegliere quale giudice adire, con il rischio di *forum shopping*[44]. Non è da escludere che possano trovare applicazione altre disposizioni, per casi particolari. Se i soggetti sono sovraindebitati a causa del medesimo rapporto obbligatorio, si può guardare all'art. 20 cod. proc. civ.; se, invece, si versa nel caso di eredità gravata da debiti – l'ipotesi contemplata dal legislatore nella Relazione illustrativa al Codice della crisi –, si segnala l'art. 22, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.[45]. Naturalmente, si tratta anche in queste ultime due ipotesi di ulteriori opzioni non vincolanti. Interessante è anche la soluzione del parallelismo con il concordato di gruppo: l'art. 286 c.c.i.i. contiene un criterio (sussidiario) individuato in base alla maggiore esposizione debitoria[46].

Una pronuncia di merito ha stabilito che il piano unico di composizione della crisi riguardante i membri della stessa famiglia può essere presentato presso il tribunale nel cui circondario è ubicato il comune di residenza di uno solo degli istanti[47]. Un'altra pronuncia s'è espressa nel medesimo senso, ma richiamandosi all'art. 14-*ter* l. n. 3/2012,

---

[42] Amagliani, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 541.

[43] Questa comunanza, dunque, rappresenta il «collante», come afferma Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, cit., 192 che rende possibile la soluzione comune al sovraindebitamento.

[44] Così ritiene Zanichelli, *Il corposo* restyling *della legge sul sovraindebitamento*, cit., 447, con il quale concorda Pellecchia, *Il "Decreto ristori" e le novità in materia di sovraindebitamento del consumatore in tempo di pandemia e di* Squid Game, cit., 1280, nt. 87. A dire il vero, il problema del *forum shopping* solitamente si pone nella scelta tra ordinamenti stranieri allorquando, ad esempio, quello estero presenta regole più vantaggiose di quello domestico. Nel caso del sovraindebitamento, invece, il rischio paventato dagli Autori appena richiamati pare puramente virtuale, siccome trattasi comunque di giudici italiani che applicheranno la medesima regola.

[45] Per Cass., 9.5.2014, n. 10097, in *Rep. Foro it.*, 2014, voce «Competenza civile», n. 52 l'art. 22, comma 1, n. 3, cod. proc. civ., nel prevedere la competenza del giudice dell'aperta successione per le controversie relative a crediti verso il defunto o legati dovuti dall'erede, si riferisce anche ad ogni azione personale per qualsiasi credito vantato nei confronti del defunto, indipendentemente dalla causa o dal titolo da cui è sorto, all'imprescindibile condizione che non sia ancora decorso un biennio dall'apertura della successione, senza che rilevi la circostanza che sia stato, o meno, instaurato un giudizio di divisione.

[46] Pasquariello, *Il procedimento*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 221.

[47] Trib. Ivrea, 3.3.2022, in banca dati *One Legale*, sembra dunque accogliere il criterio dell'art. 33 cod. proc. civ. La pronuncia ha stabilito altresì che la procedura congiunta rappresenta non un obbligo bensì una facoltà per i sovraindebitati.

che a sua volta rimanda all'art. 9 della stessa legge. In breve, il tribunale del luogo di residenza o sede principale del debitore[48].

6. *La separazione delle masse attive e passive*

L'art. 66, comma 3, c.c.i.i. stabilisce che le masse attive e passive rimangono distinte. La disposizione opera evidentemente tanto nel caso di procedura congiunta quanto soprattutto di procedure separate ma coordinate, ai sensi del comma 4, di cui si dirà nel successivo paragrafo. La Relazione di accompagnamento al Codice della crisi afferma, all'art. 66, testualmente che non è stato «scalfito» il principio della responsabilità patrimoniale.

Il legislatore ha fatta propria la tendenza giurisprudenziale precedente all'introduzione dell'art. 66 c.c.i.i., essendo apparso sin da subito chiaro come, trattandosi di persone distinte, ancorché ricorrenti congiuntamente, o procedure da "coordinare" non vi fosse altra soluzione possibile che quella di evitare la confusione dei rispettivi patrimoni[49]. D'altra parte, è stato già detto che la separazione in discorso, in applicazione dell'art. 2740 cod. civ., evita la penalizzazione dei creditori individuali del singolo familiare, che potrebbe verificarsi laddove le risorse di uno fossero impiegate per soddisfare i creditori dell'altro.

Il comma 3 dell'art. 66 c.c.i.i., inoltre, è coerente con altre previsioni, quali gli artt. 284, comma 3, e 287, comma 1, c.c.i.i., relative ai gruppi d'imprese, nei quali si stabilisce l'autonomia delle masse attive e passive. Nel suo piccolo, in effetti, il sovraindebitamento familiare ricalca, *mutatis mutandis*, la crisi nelle imprese in gruppo[50].

Dal versante meramente pratico, si fa notare che, per dare concreta attuazione a quanto appena visto, il professionista incaricato di gestire la crisi familiare dovrà redigere stati passivi e programmi di liquidazione separati[51].

7. *Il coordinamento delle procedure separate*

Sino a qui è stato esaminato il caso della procedura congiunta, possibile in caso di convivenza o comune origine del debito. L'art. 66, comma 4, c.c.i.i. prevede poi un'al-

---

[48] Per Trib. Verona, 12.5.2021, in banca dati *One Legale*, in base all'art. 7-*bis*, comma 4, l. n. 3/2012, in caso di diversa residenza dei plurimi sovraindebitati appartenenti alla stessa famiglia non conviventi ma il cui sovraindebitamento abbia un'origine comune, è possibile presentare un'unica istanza di liquidazione dinanzi ad uno qualsiasi dei giudici che, ai sensi dell'art. 14-*ter*, comma 2, l. n. 3/2012, sarebbero ordinariamente competenti a decidere sulla singola liquidazione.

[49] In assenza di una disciplina, mai si sarebbe potuta affermare la confusione dei patrimoni. Trib. Napoli, 1.7.2020, cit. e prima, nello stesso senso, Trib. Napoli, 2.4.2019, in banca dati *DeJure*, per il quale non è causa d'inammissibilità la proposta congiuntamente effettuata dai coniugi, poiché va ritenuto che essi rientrano nello stesso nucleo famigliare e in regime di comunione dei beni, avendo messo a disposizione entrambi le proprie masse attive e le masse passive che, pur restando distinte, formano un progetto unitario di risoluzione della crisi da sovraindebitamento familiare che, tra l'altro, ha origine comune nella contrazione dei debiti essenzialmente familiari ed è riferibile ad entrambi i coniugi che assumono la qualifica di consumatori. In senso analogo, Trib. Novara, 25.7.2017, in banca dati *DeJure*, pone(va) come condizione di accesso alla procedura familiare – prima della sua introduzione a livello legislativo – proprio la separazione dei patrimoni.

[50] Come fanno notare Pasquariello, *Le procedure familiari: introduzione*, in Pasquariello-Cordiano, *Le procedure familiari*, cit., 190, Grieco, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, cit., 154, e, in maniera più sfumata, Brogi, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, cit., 188.

[51] Leuzzi, *Le procedure da "sovraindebitamento": profili generali*, cit. 34. Il riferimento alla liquidazione non è casuale. Difatti, è dibattuto, siccome non previsto dal legislatore, se l'art. 66 c.c.i.i. è applicabile anche alla procedura di liquidazione del patrimonio. Di questo aspetto si darà conto nelle pagine successive.

ternativa, costituita dal coordinamento di singole, individuali procedure, nelle quali l'elemento unificante è costituito dall'appartenere alla medesima famiglia. Le procedure disgiunte ma coordinate presentano il vantaggio di prescindere dallo *status* dei soggetti, nel senso che gli individui coinvolti possono ricoprire qualsiasi condizione – consumatore, imprenditore e via discorrendo – siccome ciascuno ha la propria procedura, che però verrà appunto coordinata con quella degli altri familiari.

La disposizione sembra lasciare massima libertà al magistrato: essa gli affida l'adozione dei «necessari» provvedimenti, ma senza specificare quali. È probabile che il legislatore abbia voluto favorire la speditezza della procedura e non imbrigliare in passaggi precostituiti l'opera del giudice. Alla giurisprudenza si chiede però uno sforzo di adeguamento e coordinamento (interni) per evitare che gli uffici procedano in ordine sparso. Il criterio della necessarietà comporta l'assunzione di quei provvedimenti, per dir così, indispensabili e perciò individua uno *standard* minimo di attività giudiziaria.

Un problema riguarda l'obbligatorietà della previsione per la quale il giudice «adotta» i provvedimenti in discorso. In altri termini, se il coordinamento delle procedure è una facoltà dei sovraindebitati – al pari della procedura comune, di cui al comma 1 – oppure non dipende dalla loro volontà e devesi procedere al coordinamento d'ufficio. V'è chi ritiene che il magistrato sia obbligato a detto coordinamento, peraltro indipendentemente dal grado di parentela o affinità o dalla convivenza tra i soggetti[52]. La tesi, per quanto aderente al dato letterale, appare di ardua applicazione pratica, poiché presuppone *i*) un dovere del singolo di ostendere le eventuali procedure dei propri parenti – del quale però non si rinviene la fonte – o *ii*) l'attività di ricerca, difficilmente configurabile, da parte del magistrato stesso di tali procedure. Diversamente, difatti, il giudice ignora l'esistenza delle altre procedure (da coordinare). Inoltre, non si vede per quale ragione il magistrato debba procedere d'ufficio allorquando i familiari potrebbero avere motivazioni personali – e si ritiene insindacabili – a tenere ben distinte le procedure che li riguardano. Dunque, è onere dei sovraindebitati portare a conoscenza dell'ufficio giudiziario l'esistenza di altri procedimenti, se intendono avvantaggiarsi del coordinamento; ma, una volta conosciuta questa informazione, il giudice adito per secondo dovrà emettere i provvedimenti necessari per il trasferimento della procedura.

Altro problema collegato è quello relativo all'ambito soggettivo di applicazione del comma 4. Le predette questioni nascono dalla (infelice) formulazione dell'art. 66 c.c.i.i.: il comma 2, contenente la definizione di «famiglia», rinvia al comma 1 ma non al comma 4. Di qui il dubbio se il coordinamento tra procedure sia applicabile solo tra i parenti così come definiti appunto nel comma 2 o ai familiari in senso ancora più esteso. Quest'ultima è la ricostruzione preferibile. Non v'è motivo per ritenere che la «famiglia» del comma 4 abbia un'estensione diversa da quella del comma 2[53], malgrado l'assenza del rinvio, imputabile a un difetto di chiarezza nella costruzione della disposizione.

Dal punto di vista strettamente procedurale, il legislatore ha voluto evitare che le varie procedure rimangano presso i rispettivi giudici ed ha preferito attribuire la competenza «al giudice adito per primo». Nel caso in cui i familiari risiedano tutti nello

[52] La tesi è di AMAGLIANI, *Le procedure familiari nel sistema del codice della crisi di impresa e della insolvenza: rilievi critici*, cit., 543, probabilmente facendo leva tanto sul dato letterale (il modo indicativo del termine «adotta») quanto sicuramente su esigenze di economia processuale.

[53] Come reputano BROGI, *Il sovraindebitamento delle famiglie nel codice della crisi*, cit., 196 e PASQUARIELLO, *Il procedimento*, in PASQUARIELLO-CORDIANO, *Le procedure familiari*, cit., 223. *Contra*, sembrerebbe AMAGLIANI, *op. loc. cit.*

stesso circondario, *nulla quaestio*. Diversamente, vale il criterio della prevenzione e, più precisamente, della presentazione della domanda: è il giudice, appunto, «adito» e non quello che si è pronunciato per primo. Potrebbe però accadere che un ufficio si sia già pronunciato prima di un altro. Detto altrimenti, si tratta di coordinare gli artt. 66, comma 4, e 30 c.c.i.i., perché quest'ultimo, allorquando un procedimento per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza è stato aperto da più tribunali, prevede che detto procedimento prosegue avanti al tribunale competente che si è pronunciato per primo. Si può allora ritenere che l'art. 66 c.c.i.i. trovi applicazione prima che intervenga una pronuncia di un qualsiasi ufficio; dopo, dovrà farsi ricorso all'art. 30 c.c.i.i.

8. *Il sovraindebitamento familiare: una regola generale?*

Nelle procedure regolate dalla l. n. 3/2012 si è posto il problema dell'applicabilità dell'art. 7-*bis* alla liquidazione dei beni del debitore disciplinata dall'art. 14-*ter*. Dopo l'entrata in vigore del Codice della crisi, ci si può domandare se l'art. 66 c.c.i.i. trovi applicazione anche per gli artt. 268 ss. c.c.i.i. in tema di liquidazione controllata (dei beni) del sovraindebitato.

La giurisprudenza maggioritaria, a quanto consta, ha dato risposta positiva al quesito. Le ragioni che hanno indotto i tribunali a consentire i ricorsi congiunti *ex* art. 14-*ter* l. n. 3/2012 possono sintetizzarsi come segue. In primo luogo, la collocazione dell'art. 7-*bis* tra le disposizioni generali del sovraindebitamento. In secondo luogo, il contenimento dei tempi e dei costi. In breve, la giurisprudenza ha fatto ricorso ai criteri sistematico e analogico, in assenza di un'indicazione da parte del legislatore[54]. In qualche caso, l'art. 7-*bis* è stato applicato anche all'accordo di composizione della crisi di cui all'art. 11 l. n. 3/2012[55].

In relazione all'art. 66 c.c.i.i. il problema è stato affrontato, a quanto consta, solo due volte dalla giurisprudenza di merito, peraltro con esito analogo a quanto appena visto per la l. n. 3/2012[56]. In dottrina si registrano invece opinioni contrastanti. Propendono per l'impossibilità di un'estensione analogica coloro che valorizzano la distinzione tra procedure di composizione della crisi e liquidazione del patrimonio. Siccome l'art. 66 c.c.i.i. discorre di «unico progetto di risoluzione della crisi», esso non potrebbe tro-

[54] In senso favorevole all'istanza congiunta di apertura della liquidazione dei patrimoni *ex* art. 14-*ter* l. n. 3/2012, v. Trib. Bologna, 24.12.2021, Trib. Mantova, 31.5.2021, Trib. Verona, 12.5.2021, Trib. Busto Arsizio, 18.3.2021, Trib. Ivrea, 3.3.2022, reperibili tutte in *One Legale*. I provvedimenti hanno cura di specificare che è necessario tenere distinte le masse attive e passive di ciascun ricorrente, in modo che l'attivo ricavato dalla liquidazione del patrimonio sia destinato alla soddisfazione, nel rispetto dei principi della concorsualità e dell'ordine delle prelazioni, dei creditori di esclusiva pertinenza del singolo ricorrente e di quelli comuni agli altri ricorrenti, senza possibilità di destinare quanto ricavato dalla liquidazione del patrimonio di un ricorrente alla soddisfazione dei creditori personali di altro ricorrente. *Contra*, risulta solo Trib. Rimini, 11.2.2022, in *One Legale*, per la quale l'art. 7-*bis* non trova applicazione, anche in via analogica, alla liquidazione del patrimonio *ex* art. 14-*ter* l. n. 3/2012, per cui, ove la competenza sia dello stesso giudice, va disposta la separazione dei fascicoli e l'apertura di distinte procedure liquidatorie.

[55] Trib. Verona, 2.5.2022 e Trib. Santa Maria Capua Vetere, 16.2.2022, entrambe in *One Legale*. Quest'ultima precisa che per verificare il raggiungimento della maggioranza prescritta dalla legge non si può che fare riferimento al singolo debitore.

[56] Trattasi di due pronunce del medesimo ufficio: Trib. Verona, 5.10.2022 e 6.10.2022, entrambe in *One Legale*.

vare applicazione nei procedimenti che hanno altro scopo, vale a dire appunto la liquidazione[57].

Per quanto quest'ultima soluzione sia più aderente alla sistemazione interna del Codice della crisi, appare preferibile accogliere l'altra soluzione favorevole alla procedura familiare di liquidazione del patrimonio del sovraindebitato. D'altra parte, le connessioni soggettive od oggettive poste dall'art. 66 c.c.i.i. mirano, come ribadito più volte, ad accorpare procedure che altrimenti sarebbero separate e raggiungere una compressione di tempi e costi. Questa esigenza è senza dubbio comune anche a coloro che ricorrono agli artt. 268 ss. c.c.i.i. e, a condizione che vengano rispettati i principi posti dall'art. 66 c.c.i.i., non si rinvengono ragioni per escludere che più liquidazioni del patrimonio possano essere trattate congiuntamente o coordinate. Tanto più se si considera che il sovraindebitamento familiare pone regole non tanto sostanziali quanto procedurali.

La collocazione dell'art. 66 c.c.i.i. tra le disposizioni generali suggerisce la sua più estesa applicazione.

[57] Così reputa ZANICHELLI, *Il corposo* restyling *della legge sul sovraindebitamento*, cit., 446. *Contra*, PORCARI, *Le disposizioni comuni*, in CESARE-VALCEPINA, *Sovraindebitamento. Dalla tutela del debitore al recupero del credito*, Giappichelli, 2020, 180 ss.

LORENZA BULLO

DIRITTO DI FAMIGLIA, RIFORME E FUNZIONE NOTARILE

SOMMARIO: 1. Famiglia e diritto tra codice civile, principi costituzionali e diritto privato europeo. – 2. *Segue*: matrimonio e famiglia tra "istituzione" e "associazione di matrice contrattuale". – 3 La legge italiana sul divorzio: i riflessi sulla funzione notarile. – 4. *Segue*: la pronuncia della Cassazione, a sezioni unite, n. 21761/2021. – 5. Conclusioni.

1. *Famiglia e diritto tra codice civile, principi costituzionali e diritto privato europeo*

Il diritto di famiglia è certamente tra i settori più delicati, sia per la difficile regolamentazione dei rapporti e quindi degli spazi di libertà reciproci tra i singoli all'interno della famiglia, sia per la demarcazione del confine tra la possibile incidenza dello Stato e l'area che deve rimanere di esclusiva competenza dei privati[1].

Non vi è forse campo del diritto in cui così stretto appare il complesso rapporto tra il *nomos* e l'*ethos*[2].

Se è vero che la norma influisce sulla realtà economica e sociale, orientandola a determinati fini[3], è altrettanto vero che non vi è campo del diritto, come quello tradizionalmente definito della famiglia, in cui i valori di una data comunità, le tradizioni culturali, sociali e religiose, esistenti ad una data epoca storica, influiscono sulla regolazione giuridica precedendola e, in un certo qual modo, indirizzandola alla scelta di alcuni tra i diversificati modelli disponibili[4]: ne consegue che il termine "famiglia", sia sotto il profilo sociologico che sotto il profilo giuridico, ha assunto e assume, nel *tempo e nei luoghi,* significati distinti[5].

---

[1] Sulla funzione dell'istituto della famiglia e sui connessi aspetti patrimoniali v., in prospettiva storica, LENTI, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, 2021, 43 ss., MORGIANO, *Famiglia e patrimonio. Profili storico-giuridici*, Torino 2015, 3 ss. e ID., *Patrimonio e affetti. La successione legittima nell'età dei codici,* Torino 1999, 5 ss. Sulla tendenza dello Stato ad invadere la sfera umana dei sentimenti e sulla tutela dell'intimità v. le osservazioni di A. PALAZZO, *Eros e Jus,* Milano 2015, 13 s. Sui diversi modelli di famiglia e correlati modelli di *Welfare*, v. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini,* Bologna, 2020, 224 ss. il quale A. osserva come il sistema di *Welfare* italiano s'ispiri "al *principio di sussidiarietà della mano pubblica rispetto alle responsabilità familiari",* trattandosi di un *"Welfare tradizionale, che interviene solo là dove il modello di famiglia socialmente accettato - che è la famiglia matrimoniale, stabile, convivente- non funziona".* Sull'assenza, in Italia, di una visione organica di welfare familiare v. SARACENO, *Mutamenti della famiglia e politiche sociali in Italia*, Bologna 2003, 5ss.

[2] Sul punto v. N. IRTI, *Una lettera di Luigi Mengoni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2002, II, 1156. Sul rapporto tra Diritto, Legge e Giustizia, nelle diverse accezioni storicamente sviluppatesi v. CACCIARI - IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger,* Milano 2019, 65 ss. e 113 ss.

[3] Sul rilevante contributo della legge alla formazione della coscienza sociale v. MENGONI, *La famiglia in una società complessa,* in *Justitia*, 1990, 11.

[4] CIAN, *Introduzione al Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di CARRARO - OPPO - TRABUCCHI, 1977, 25 osserva come «*il costume nei rapporti familiari non è senz'altro equivalente a un diritto applicato, ma può essere molte altre cose: ... può essere il costume di gruppi fra loro differenti e diverso in ciascun caso da quello del gruppo maggioritario*».

[5] Sul rapporto tra norma e luoghi, nel contesto della globalizzazione economica, v. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto,* 2a ed., Roma-Bari, 2001, 3 s.; in antitesi v. le osservazioni

La portata dei mutamenti del costume e dei valori che hanno interessato la famiglia in Italia dai primi anni del secolo scorso ad oggi è evidente già solo considerando il modello economico-sociale di famiglia e la correlata concezione dell'istituto della famiglia che ci consegna l'opera "*Il diritto di famiglia. Teoria generale*" pubblicata nel 1914 da Antonio Cicu, quando era ancora vigente il codice civile del 1865[6].

Per Cicu la famiglia si distingueva dagli «organismi di diritto privato» e si avvicinava a quelli di diritto pubblico, perché in essa era preminente il momento del «dovere» su quello del «potere» giuridico, con riconoscimento quindi della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato familiare.

Da allora ad oggi, profonda è stata la trasformazione del costume nella società occidentale[7] e, correlativamente, delle norme dedicate alla famiglia: si è parlato di passaggio da una *famiglia isola* ad *un arcipelago di famiglie*[8] e in tale contesto di cambiamenti e di crescenti complessità, anche delle fonti, si sono trovati immersi non solo gli studiosi del diritto, ma anche coloro che si trovano ad applicarlo, quali i magistrati, gli avvocati e i notai.

Il modello di famiglia c.d. "isola" dove il vincolo coniugale, originariamente, si scioglieva solo con la morte di un coniuge subisce una prima mutazione a seguito dell'entrata in vigore, nel 1970[9], dell'istituto che consentiva, negli specifici casi indicati dalla legge, lo scioglimento (ovvero la cessazione degli effetti civili) del rapporto coniugale: cessava, in tal modo, il principio di indissolubilità che sino ad allora aveva caratterizzato il matrimonio nell'ordinamento civile italiano[10].

---

di MENGONI in N. IRTI, *Una lettera di Luigi Mengoni,* cit., 1156 s. Per Mengoni il normativismo puro non solo de-territorializza il diritto (e sotto questo profilo può essere funzionale alla tecno-economia de-spazializzata), ma al contempo lo disumanizza; per questo l'A. osserva che anche "*…la tecnoeconomia dovrà pure accettare il limite di un minimo di prescrizioni etiche che non vanno nel senso dell'efficienza pura e semplice*".

[6] CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale,* Roma, 1914, 5 ss. e ID*., Il diritto di famiglia. Teoria generale, Lettura di Michele Sesta*, Bologna, 1978, anastatica dell'edizione *Athenaeum* del 1914 con premessa di Michele Sesta. Per una interessante anche se risalente ricostruzione v. FROSINI, *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto,* in *Foro it.,* V, 1977, c. 84 s. Sul pensiero di Cicu v. *amplius* SESTA, *Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 13, 805 s. Per una approfondita indagine sull'evoluzione della famiglia italiana dal Settecento al Novecento in Italia v. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942),* Bologna 1970, 3 ss. e ID. *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975),* Bologna 2002, 3 ss.

[7] I cambiamenti sociali sono stati così radicali che è significativo, al riguardo, rileggere gli scritti sia pure risalenti, ma editi in anni diversi, del medesimo Autore: v. TRABUCCHI, *Natura, legge, famiglia,* in *Riv. dir. civ*., 1977, 5 ss. e ID., *Diritto e famiglia nell'orizzonte degli anni '80*, in *Riv. dir. civ*., 1985, 184 s. Sull'evoluzione del diritto di famiglia nell'Italia repubblicana v. LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 43 ss.

[8] Sul punto v. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.,* 2002, I, 529 partendo dalla celebre metafora di JEMOLO secondo cui la famiglia costituirebbe *"un'isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto*" in *La famiglia e il diritto*, in *Annali Univ. Catania*, 1948, II, 38. Sulle diverse nozioni giuridiche "di famiglia" nel diritto interno e nella giurisprudenza della Corte europea v. *amplius* LENTI, *Diritto della famiglia* cit., 15 s.

[9] La l. 898/1970 (c.d. legge sul "Divorzio") sopravvisse ad un *referendum* abrogativo svoltosi il 12 maggio 1974.

[10] Sulle condizioni di compatibilità del divorzio previsto dalla legge italiana con il nucleo essenziale del matrimonio, istituto cui, nell'impianto originario, deve rimanere estranea la possibilità di recesso volontario caratteristica del mero contratto v., in una prospettiva ancorata alla tradizione cristiana, MENGONI, *La famiglia in una società complessa cit*., 3s. e, in chiave rielaborata, NICOLUSSI, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?,* cit., 193 ss. Nella diversa prospettiva del diritto alla ricerca individuale della felicità e con riferimento all'orizzonte anglo-americano degli anni '70 v. COOPER, *The Death of Family,* Londra, 1971, 3 ss.; RHEINSTEIN*, Marriage stability, Divorce and Law*, Amsterdam, New York, Oxford 1972, 5ss.; GLENDON, *State, Law and Family. Family Law in transition from the United States to Western Europe,* Amsterdam, New York, Oxford 1977, 195 ss. Per una forte critica del modello di matrimonio caratterizza-

A seguito dell'introduzione del divorzio-rimedio, se, da un lato, l'impronta del modello canonico sul matrimonio civile si offusca[11], dall'altro lato si consente il riacquisto della libertà di stato e, dunque, la *possibilità di contrarre un nuovo matrimonio*, con conseguente *formazione di una nuova famiglia* in cui i figli avrebbero avuto (*all'epoca e sino al 2012*) la qualifica di figli legittimi[12], con tutti i conseguenti risvolti anche successori.

Si è dovuto, tuttavia, attendere la 19 maggio 1975, n. 151 affinché il Parlamento italiano, preso atto da un lato dei principi costituzionali del 1948 e, dall'altro, dei mutamenti sociali, culturali e politici dell'epoca, desse attuazione, nel campo del diritto di famiglia, ai precetti costituzionali: ciò sia nei rapporti tra coniugi, rapporti che per norma costituzionale sono fondati sull'eguaglianza morale e giuridica degli stessi, sia nei rapporti genitori-figli.

Si pensi, ad esempio, a come la riforma del '75 ha inciso sulla posizione della donna nella famiglia, sia quanto a rapporti personali che patrimoniali tra coniugi: ciò è avvenuto abolendo, da un lato, il vecchio istituto della potestà maritale di cui al previgente art. 144 c.c., dall'altro, l'istituto della dote, introducendo per converso quale regime legale tra i coniugi la comunione legale; non vanno dimenticate le rilevanti e connesse modifiche in tema di diritti successori che vedono la donna inserita, ad opera della l. 151/75, tra gli eredi *ex lege* e tra i soggetti legittimari e non più titolare del solo usufrutto uxorio; si pensi, inoltre, alle modifiche apportate sempre dalla l. 151/75 ai diritti e agli obblighi verso i figli, con l'abbandono della patria potestà in favore del diverso concetto della potestà genitoriale (poi mutata, ad opera della legge 219 del 2012, in responsabilità genitoriale), nonché alle tutele dei figli nati fuori del matrimonio, compresa la possibilità del riconoscimento dei figli (all'epoca) c.d. adulterini[13].

Dopo la riforma del '75 molti interventi si sono susseguiti in materia di diritto di famiglia: si pensi, ad esempio, alla l. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, legge quest'ultima che ha ampliato il *paradigma volontaristico* della filiazione, rispetto a quello naturalistico [14], pur mantenendo il divieto delle pratiche di maternità surrogata, ma lasciando aperti i problemi posti dalla procreazione eterologa, dopo la caducazione del relativo divieto da parte della Corte Costituzionale, nonché le questioni, sempre più diffuse, derivanti dalla nascita (all'estero) da madre

---

to da una sorta di *"free teminability"* v., in Italia, Trabuccchi, *Pas par cette voie, s'il vous plait*, in *Riv. dir. civ.* 1981, I, 329 ss.

[11] Si vedano le considerazioni di Mengoni, *L'impronta del modello canonico sul matrimonio civile nell'esperienza giuridica e nella prassi sociale attuale nella cultura europea"* in *Jus,* 1998, 451 ss.

[12] Sul concetto giuridico di "famiglia ricomposta" e sui correlati problemi definitori v. Barba, *Famiglie ricomposte e successione*, il quale A. ricorda come la famiglia ricomposta vada intesa quale famiglia in cui vivono *figli che non sono della coppia*, ma di uno solo.

[13] Sui profili storico-sociali v. Ungari, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975),* cit., 199 s.; Sarti, *La riforma del diritto di famiglia. 19 Maggio 1975,* in *Il Mulino, Calendario Civile, 17 maggio / Maggio 2019.*

[14] Sulla p.m.a. v. Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita* in *Tratt. di diritto di famiglia - Le Riforme*, t.2, diretto da Zatti, Milano, 2019, 281ss.; Zatti, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi* in *Biolaw Journal*, 2017, 1, 185 ss. e Id., *Maternità e surrogazione,* in *Nuova giur. comm.*, 2000, 193 s., Mantovani, *Lo stato di figlio*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2022, 9 ss., Stefanelli, *Procreazione medicalmente assistita e maternità surrogata. Limiti nazionali e diritti fondamentali,* Milano 2020, 5 ss. e Ead., in Sassi- Scaglione- Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco,* Torino 2018. Sul particolare caso della p.m.a. *post mortem* v., in giurisprudenza, Cass. 13000/2019 e, in dottrina, D'Alessandro, *Procreazione medicalmente assistita post mortem e status del nato,* in *Dir. fam. e succ.* 2021, 654 s.

surrogata[15] sui quali sono intervenute, anche di recente, le sezioni unite della Cassazione[16].

Si è tuttavia dovuto attendere sino al 2012 per giungere all'introduzione dello *stato unico di figlio*, principio in forza del quale sono state superate le residue differenze, *in precedenza ancora esistenti*, in punto di trattamento giuridico dei figli nati fuori del matrimonio rispetto a quelli nati da genitori *tra loro coniugati*[17].

Con la modifica degli artt. 74, 258 e 315 c.c. ad opera della l. 219/2012, il riconoscimento produce effetti non solo riguardo al genitore che lo compie, ma anche riguardo ai *parenti* di esso: profonde sono le ripercussioni di tale riforma non solo sulla disciplina della filiazione e quindi sul diritto di famiglia in senso stretto, ma anche – di riflesso[18], *stante la correlata estensione dei rapporti di parentela* – sui titoli successori *ab intestato*.

A completare il quadro dei mutamenti è poi intervenuta la l. 20 maggio 2016 n. 76 la quale– dando seguito alle "sollecitazioni" provenienti sia dalle Corti italiane, sia dalla condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo[19] per violazione del diritto fondamentale alla «vita privata e familiare», stante la mancanza di leggi volte a garantire il diritto, per la coppia omosessuale, di farsi famiglia – ha dato riconoscimento legislativo e disciplina ad altre forme di comunità di vita caratterizzate dalla stabilità affettiva, quali le unioni civili e le convivenze[20]: l'art. 1 di tale legge, nell'istituire l'unio-

---

[15] Sull'incidenza delle tecniche di p.m.a., sul rischio di concorrere all'oggettivizzazione dell'uomo e al cambio di paradigma antropologico v. Nicolussi, *Famiglia e biodiritto civile*, in *Eur. e dir priv.,* 2019, 713 ss.; l'A. sottolinea come la tecnica oggi consenta la frammentazione delle dimensioni genitoriali che si scompongono in genitorialità genetiche, biologiche, volontaristiche, legali e sociali; contemporaneamente però la poligenitorialità di fatto viene, dalla legge ridotta a bigenitorialità legale al fine di limitare a due i soggetti genitorialmente responsabili. Sul problema del riconoscimento di un legame giuridico di filiazione tra il nato e il genitore "d'intenzione" all'interno della coppia omoaffettiva si vedano le sentenze delle Corte costituzionale nn. 32 e 33/2021 e *amplius* Mantovani, *Lo stato di figlio*, *cit.,* 41s.

[16] V. Cass., sez. un. n. 38162 del 30 dicembre 2022: *Il ricorso ad operazioni di maternità surrogata, quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti, offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane; non è, pertanto, automaticamente trascrivibile in Italia il provvedimento giurisdizionale straniero, e di conseguenza l'originario atto di nascita, che indichino il genitore d'intenzione quale genitore del bambino, insieme al padre biologico che ne ha voluto la nascita ricorrendo alla surrogazione nel Paese estero, sia pure in conformità della lex loci. Il minore nato all'estero mediante il ricorso alla surrogazione di maternità ha un diritto fondamentale al riconoscimento, anche giuridico, del legame sorto in forza del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione; tale esigenza è garantita attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983 che, allo stato dell'evoluzione dell'ordinamento, rappresenta lo strumento che consente, da un lato, di conseguire lo "status" di figlio e, dall'altro, di riconoscere giuridicamente il legame di fatto con il "partner" del genitore genetico che ne ha condiviso il disegno procreativo concorrendo alla cura del bambino sin dal momento della nascita.*

[17] Sulla riforma v. *ex multis*, v. Aa.Av., *Il nuovo diritto della filiazione* in "*Tratt. di diritto di famiglia - Le Riforme*", t.2, diretto da Zatti, Milano, 2019, 3ss., spec. *ivi* Mantovani*, La filiazione nel matrimonio,* 33 ss., Sesta, voce «Filiazione (dir. civ.)», in *Enc. del dir., Annali VIII*, Milano, 2015, 445 ss.; M. Bianca, *Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico,* in *Nuove leggi civ. comm*., 2013, 509; A. Palazzo, *La filiazione*, 2a ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano 2013, 5 ss.; Sassi - Scaglione - Stefanelli, *La filiazione e i minori*, in *Tratt. Sacco*, cit., 10 ss.; Mantovani, *Lo stato di figlio*, cit., 13 ss.

[18] Sulla rivoluzione, nella concreta operatività, delle regole successorie pur in assenza di una sostanziale modifica del diritto ereditario v. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario,* in *Riv. dir. civ.,* 2014, 1 ss.; Todeschini Premuda, *Diritto ereditario e casistica notarile prima e dopo la l. 219/2012 e il Dlgs 154/2013*, in *Quad. Fondaz. it. not.,* Milano 2015, 104 s.

[19] V. le pronunce della Corte cost. 138/2010 e 170/2014 e la pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 luglio 2015, *Oliari c. Italia.* In generale, sul ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europea v. Bin, *Giurisdizione e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione europe*a, in *DPCE* 2019, 905 ss.

[20] *Ex multis,*v. Aa.Av., *Legami di coppia e modelli familiari* in "*Trattato di diritto di famiglia - Le Riforme*", t.1, diretto da Zatti, Milano, 2019, 3 ss., Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?* in *Nuove leggi civ. comm*., 2016, 367; Lenti, *Diritto della famiglia* cit., 479 ss. e 511 ss.

ne civile, si richiama espressamente all'art. 2 della Costituzione[21]; la via italiana per dare tutela alle unioni omossessuali non è stata dunque quella del c.d. "matrimonio per tutti", come in altri paesi europei, bensì quella di prevedere un diverso istituto.

Sul cambiamento del sistema di diritto familiare dopo la legge Cirinnà, a pochi anni dalla citata riforma della filiazione, non si possono non ricordare gli interrogativi posti da Paolo Zatti in apertura del convegno dallo stesso organizzato sul tema a Padova nell'Ottobre del 2016: "*Dovremo chiederci come è cambiato e ricomposto il panorama degli istituti: quale relazione si configuri tra matrimonio e famiglia, tra rapporti giuridici di unione e convivenza e famiglia, tra questi rapporti e la filiazione. Dovremo poi riconsiderare il rapporto tra novità legislative e principi costituzionali, da un lato per capire come queste innovazioni si inseriscano nel quadro di quei principi ma anche per valutare come la semi-secolare evoluzione dell'ordinamento familiare, per interventi successivi e intrecciati della giurisprudenza e del legislatore, influisca sull' interpretazione – evolutiva, appunto – degli artt. 29 ss. Cost. Non c'è infatti immobilità nell' interpretazione del testo costituzionale: il significato delle disposizioni della legge fondamentale non è mai lo stesso a monte e a valle di una significativa evoluzione del costume e della disciplina legislativa che lo asseconda*"[22].

È comprensibile, stante la sua stessa genesi, e allo stesso tempo significativo – tenuto conto della diversità di costumi e di sensibilità esistenti all'interno dell'Unione Europea – che il TFUE non annoveri, tra i settori di competenza (esclusiva o concorrente), quello concernente la famiglia, in tal modo devolvendo in via primaria, a ciascuno Stato membro, la facoltà e la responsabilità politica delle scelte connesse alla regolazione dei rapporti familiari; tale "rinvio" si ritrova anche all'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea ove è espressamente disposto che il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo *le leggi nazionali* che ne disciplinano l'esercizio[23].

Tale "arretramento" del diritto dell'Unione europea a favore dei singoli diritti nazionali degli Stati membri in materia di matrimonio, oltre ad essere congruente con l'assenza di competenza dell'Unione in tale materia, se da un lato rappresenta una presa d'atto dei diversi e talora contrastanti modelli familiari e valoriali esistenti nello spazio giuridico europeo[24], dall'altro si presta ad una duplice lettura, stante proprio l'espressa e specifica menzione del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia: da un lato vi è, infatti, l'interpretazione corrente che vede nel citato articolo 9 l'affermazione di un *diritto individuale* a sposarsi *nel contesto di una concezione "contrattuale" del matrimonio*, dall'altro vi è chi, invece, vi ravvisa una conferma del riconoscimento del matrimonio inteso non come mero vincolo contrattuale, bensì come istituzione espressione di una

[21] Sull'intento sotteso a tale richiamo v. Zatti, *Introduzione al convegno (Modelli familiari e nuovo diritto)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1663 secondo il quale A. *"La precisazione, che intende qualificare e delimitare il "riconoscimento" legislativo dell'unione omosessuale, parrebbe avere due obiettivi collegati: sottrarre l'unione civile all'ambito dell'art. 29 Costituzione - cioè all'ambiente costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio - e sottolineare la "specificità" della formazione sociale cosi costituita, quasi a sottrarre l'unione dal campo concettuale della famiglia".*

[22] Così Zatti, *Introduzione al convegno (Modelli familiari e nuovo diritto)*, cit., 1663 ss.

[23] Sui modelli di famiglia e convivenza nella prospettiva del diritto privato europeo v. Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo, I,* Milano, 2007, 223 ss. Sulle fonti, il linguaggio e i concetti del diritto privato europeo v. Alpa, *Diritto privato europeo*, Milano 2016, 25 ss. Sui rapporti tra Costituzione italiana e C.D.F.U.E. v. Busnelli in Aa.Vv., *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, a cura di Camardi, Napoli, 2022, 14.

[24] Sul sito *www.coupleseurope.eu* i notariati dell'Unione Europea hanno messo a disposizione dei cittadini europei un sistema di primo orientamento basato su schede in cui viene monitorato lo scenario giuridico esistente in Europa per le coppie e i loro rapporti patrimoniali, conseguenti sia ad unioni matrimoniali, sia ad unioni c.d. registrate.

specifica dimensione valoriale di natura solidaristica che trascende la dimensione patrimoniale, diversamente essendo sufficiente la libertà di contratto[25].

Poiché l'Unione Europea, come sopra ricordato, non ha competenza né esclusiva, né concorrente in materia di diritto di famiglia, *al fine* tuttavia *di attuare la cooperazione giudiziaria in materia civile con implicazioni transnazionali* e quindi allo scopo di assicurare la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri *ai conflitti di legge e di giurisdizione*, il Consiglio dell'Unione Europea il 24 giugno 2016 ha adottato i Regolamenti UE n. 1103 e n. 1104.

Il Regolamento 1103 attua la *cooperazione rafforzata* nel settore della competenza, della *legge applicabile*, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di *regimi patrimoniali tra coniugi*, mentre il Regolamento 1104 attua la *cooperazione rafforzata* nel settore della competenza, della *legge applicabile*, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di *effetti patrimoniali* delle *unioni registrate.*

Il Regolamento n. 1103 non contiene *la nozione di matrimonio, nozione che rimane invece definita dal diritto interno degli Stati membri,* così come continuano ad essere disciplinate dal *diritto nazionale degli Stati membri,* comprese le loro norme di diritto internazionale privato[26] le questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un *matrimonio.*

Analogamente, il Regolamento n. 1104 *non disciplina il contenuto specifico dell'unione registrata* che è rimesso al diritto interno degli Stati membri e tanto meno impone allo Stato membro, la cui legislazione nazionale non la preveda, di introdurre l'istituto dell'unione registrata, così come continuano ad essere disciplinate dal *diritto nazionale degli Stati membri,* comprese le loro norme di diritto internazionale privato[27] le questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di *un'unione registrata*[28]*,* il tutto in conformità con il citato rinvio alle *leggi nazionali* contenuto nell'art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

2. Segue*: matrimonio e famiglia tra "istituzione" e "associazione di matrice contrattuale"*

L'art 29 della Costituzione introduce – a far data dal 1° gennaio 1948 – il principio di uguaglianza tra i coniugi, sia pure declinandolo in rapporto all'unità familiare ivi richiamata e ribadisce che la famiglia è sì una società naturale, *ma fondata sul matrimonio*[29].

---

[25] Sul diritto di sposare e di costituire una famiglia previsto dalla Carta di Nizza v. *amplius* Nicolussi, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione* in Aa.Vv., *Valori Costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana* cit., 165ss. e spec. 184; tale A. pone altresì in evidenza i tentativi "indiretti" dell'Unione Europea di omologare la disciplina del diritto di famiglia verso un modello di matrimonio "degradato a contratto" e quale esempio di tale tendenza cita il Reg. CE n. 2201/2003. Dal 1 agosto 2022 il Reg. CE 2201/2003 è sostituito dal Reg. UE 2019/1111 (c.*d. Bruxelles II-ter*) il quale si applicherà anche agli atti pubblici e agli accordi redatti o registrati in tale data o dopo la stessa, consentendo in tal modo il riconoscimento in tutti i Paesi UE degli accordi di negoziazione assistita conclusi in Italia ai sensi degli artt. 6 e 12 Legge 162/2014.

[26] Considerando rispettivamente 17 e 21 del Reg. UE 2016/1103. Ne consegue che la legge applicabile ai rapporti patrimoniali degli uniti civili dovrà essere individuata ai sensi del Reg. 1104 e non del Reg. 1103.

[27] Considerando rispettivamente 17 e 21 del Reg. UE 2016/1104.

[28] Sui diversi conflitti di norme v. Armellini - Barel - Giacomelli*, La famiglia nel diritto internazionale. Giudice competente, diritti e tutele*, Milano, 2019, 1 ss.

[29] Sulla non equivalenza delle espressioni "società naturale" di cui all'art. 29 e "formazione sociale" di cui all'art. 2 della Costituzione v. *amplius* Mengoni, *La famiglia in una società complessa cit.*, 3 s.

Tale art. 29, collocato nell'ambito del titolo secondo, intitolato ai *Rapporti etico-sociali*, afferma infatti che "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come *società naturale fondata sul matrimonio*[30]. L'articolo 29 continua, poi, stabilendo che il matrimonio è *ordinato* sulla *eguaglianza morale e giuridica dei coniugi* con i *limiti* stabiliti *dalla legge* a *garanzia* de*ll'unità familiare*[31].

Con riguardo ai figli nati fuori dal matrimonio, il successivo articolo 30 della Costituzione, dopo aver affermato che è dovere e diritto dei genitori mantenere istruire ed educare i figli, *anche se nati fuori del matrimonio,* assicura a questi ultimi ogni tutela giuridica e sociale *compatibile con i membri della famiglia legittima.*

Il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi diviene, dunque, sia principio ispiratore delle nuove leggi, ma anche parametro di giudizio di costituzionalità delle norme vigenti in materia di diritto di famiglia, sia civilistiche che penalistiche: al riguardo è, peraltro, significativo che dal 1948 si debba attendere il 1968 – e quindi un mutato contesto socio-culturale[32] – per giungere alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme, sia penali che civili, che discriminavano l'adulterio della moglie rispetto a quello del marito[33].

È stato sottolineato come la riforma del 1975, dando attuazione al principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi, ha sì trasformato la posizione dei medesimi da "asimmetrica" (posizione in cui il marito era il capo famiglia) a "simmetrica" (identità di diritti e doveri), ma senza peraltro ridurre il vincolo matrimoniale a mero rapporto privo dello *status* di coniuge[34].

L'introduzione del principio di eguaglianza dei coniugi, se ha certamente segnato l'abbandono del modello patriarcale della famiglia, ha tuttavia lasciato aperta la questione *della concezione del matrimonio e della famiglia* tra i due poli dell'istituzione (depurata di ogni struttura gerarchica) e del contratto, con conseguenti diverse letture dell'art. 29 della Costituzione[35].

---

[30] Sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in punto di non riconducibilità della famiglia c.d. "di fatto" alla famiglia fondata sul matrimonio v. *amplius* Nicolussi, *Diritto di famiglia e nuove letture della Costituzione* in Aa.Vv., *Valori Costituzionali. Per i sessanta anni della Costituzione italiana*, a cura di D'Agostino, Milano 2010, 165 ss. e spec. 188 s., ferma restando la meritevolezza di tutela di singoli diritti individuali spettanti sulla base della convivenza, principio quest'ultimo, sul quale è stata dalla Corte affermata la successione del convivente *more uxorio* nel contratto di locazione.

[31] Sull'esigenza di coordinare il principio di uguaglianza con il valore dell'unità della famiglia v. *amplius* Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?,* in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 169 ss.

[32] Per comprendere come il contesto socio-culturale e i sistemi valoriali incidano sulle scelte interpretative è sufficiente leggere le considerazioni svolte (e il linguaggio utilizzato) da Carnelutti nel 1962 a sostegno della tesi che riteneva costituzionalmente legittime le disposizioni che ricollegavano all'infedeltà della moglie conseguenze più gravi rispetto a quelle previste per l'infedeltà del marito: v. Carnelutti, *Fedeltà coniugale e unità della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1962; I, 2 ss. In tale senso la sentenza della Corte Cost. n. 64/1961 che dichiarò non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 559 del Codice penale, in riferimento agli artt. 3 e 29 della Costituzione.

[33] In tal senso v. Coste cost. n. 126/68 e n. 127/68: la Corte, sia con riferimento all'art. 559 c.p., sia con riferimento all'art. 151 c.c., ha ritenuto che il legislatore non può collegare ad identica violazione del dovere di fedeltà coniugale conseguenze giuridiche diverse a seconda che i fatti che la integrano siano posti in essere dal marito o dalla moglie. Sul punto si vedano le considerazioni di Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?,* cit., 170 ss. e spec. nt. 10 e 11.

[34] Mengoni, *La famiglia in una società complessa* cit., 1 ss. e spec. 12 s.

[35] Sul punto si rinvia alle argomentazioni e considerazioni di Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, cit., 169 ss. e Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, 3 ss. che ravvisa nell'art. 29 della Costituzione una nozione minima di matrimonio costituzionalmente garantita basata sull'esogamia e la monogamia.

Vi sono, infatti, Autori che ravvisano nell'art. 29 della Costituzione una nozione minima di matrimonio costituzionalmente garantita basata sull'esogamia e la monogamia[36]: in tale prospettiva sussiste un nesso inscindibile tra eguaglianza dei coniugi e solidarietà a garanzia dell'unità della famiglia; la famiglia non può essere, pertanto, concepita unicamente in una logica "volontaristico- individualista"[37].

La famiglia fondata sul matrimonio nasce con il consenso dei coniugi ma poi lo trascende nell'unità della comunità familiare: i diritti e i doveri dei coniugi non sono interdipendenti ma derivano dallo *status* di coniuge[38].

Il consenso matrimoniale, in tale prospettiva, è e deve rimanere estraneo alla logica del *do ut des* che caratterizza invece l'area del contratto, strumento quest'ultimo che non crea, né può disporre degli *status,* ma agisce esclusivamente sul piano patrimoniale per comporre interessi meramente individuali dei singoli[39] .

L'art. 29 della Costituzione rappresenterebbe, dunque, nella suddetta ottica, il precetto che respinge una contrattualizzazione piena della famiglia e del matrimonio quale atto specifico che la fonda[40]: nella concezione neo-istituzionale della famiglia, il principio di eguaglianza dei coniugi viene in tal modo mediato dal principio di solidarietà; ne consegue che una tutela delle convivenze non fondate sul matrimonio è certamente possibile, ma sarà una tutela distinta e differenziata in quanto fondata secondo il criterio del tempo e degli affidamenti creati[41].

In antitesi alla concezione neo-istituzionale testé ricordata, si colloca la concezione che, sia pure con diverse sensibilità, tende a "deistituzionalizzare" il matrimonio sulla base di una ideologia ispirata alla "neutralità" e alla "cultura del pluralismo"[42], caratterizzata da una visione individualistica, con radici illuministiche, in cui il diritto del singolo tende a prevalere rispetto alla logica di una appartenenza forzosa ad una comunità familiare.

In tale prospettiva lo strumento funzionale alla regolazione dei rapporti tra i coniugi è, essenzialmente, il contratto che estende, in tal modo, il suo campo di applicazione fino a conformare il contenuto stesso del vincolo, non limitandosi ai soli riflessi patrimoniali dello stesso: in tale ricostruzione l'atto di matrimonio rimane, ma "depotenziato", in quanto privo del nucleo essenziale che fonda lo *status* di coniuge.

Tale contrapposizione di concezioni non è solo teorica, ma si riflette anche su rilevanti profili applicativi che hanno impegnato non poco la giurisprudenza di legittimità: il riferimento è al problema della validità degli accordi tra i coniugi (ovvero ancor prima tra nubendi) in vista del divorzio.

È noto, al riguardo, l'atteggiamento di chiusura della giurisprudenza italiana nei confronti di una sistemazione preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio rimessa

---

[36] *Ivi*, 115 ss.

[37] Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, cit., 171 ss.

[38] Ivi, 176 ss. Sulla concezione del matrimonio come istituzione in senso comunitario e solidaristico si vedano anche le osservazioni di Busnelli in Aa.Vv., *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, cit., 9 ss.

[39] Mengoni, *La famiglia in una società complessa* cit., 3 ss.; Nicolussi, *La famiglia: una concezione neo-istituzionale?*, cit., 169 ss.

[40] Così ivi, 192 ss.

[41] In tal senso v. ivi, 178 e 179 ss.

[42] Mattei, *Etnocentrismo, neutralità e discriminazione. Tensioni nel diritto occidentale*, in *Giur. it.,* 1994, IV, c. 8. Si vedano anche le osservazioni di Roppo, *La famiglia senza matrimonio. Diritto e non diritto nella fenomenologia delle libere unioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 697.

all'autonomia dei privati[43], stante il principio di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale che le corti ricavano dall'art. 160 c.c.

Trattasi, invero, di questione complessa e delicata, perché pone al giudice il problema di individuare, appunto, il confine tra la pattuizione lecita e quella illecita, ovvero il confine dell'atto di autonomia privata in ambito familiare e su tale questione si snoda il "rapporto tra neo-istituzionalismo e contrattualismo nella comprensione del diritto di famiglia"[44].

3. *La legge italiana sul divorzio: i riflessi sulla funzione notarile*

Il mutamento sociale della famiglia in Italia e le correlate e numerose riforme del diritto di famiglia dal 1942 ad oggi hanno rappresentato una sfida anche per coloro che il diritto sono chiamati ad applicarlo in via preventiva (rispetto al giudice), talvolta all'indomani della entrata in vigore della legge e talaltra anche anticipando, in via di autonomia privata, soluzioni giuridiche che rispondono ai nuovi bisogni della società civile: qui il riferimento è al notaio caratterizzato, per legge istitutiva, a differenza dell'avvocato, da terzietà e quindi da imparzialità e neutralità rispetto *a tutte* le parti coinvolte.

Con riguardo al rapporto tra il "divorzio" e l'attività notarile, è opportuno distinguere essenzialmente due fasi temporali: una prima fase che va dall'introduzione della legge sul divorzio sino alla riforma ad opera della l. 74/1987 e, una seconda fase, che va dalla riforma del 1987 ad oggi.

Prima di considerare le diverse fasi, è opportuno ricordare, sia pur brevemente, l'evoluzione che ha subito nel corso del tempo la normativa sul divorzio[45].

---

[43] V., tra le tante, C 07/2224 che ribadisce la nullità per illiceità della causa dell'accordo stipulato dai coniugi in sede di separazione con il quale si fissa il regime giuridico-patrimoniale (assegno *una tantum*) in vista di un eventuale futuro divorzio; la Corte fonda l'illiceità della causa sulla violazione del principio fondamentale di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, ex art. 160 cod. civ. Sul ruolo chiave svolto dall'art. 160 c.c. nella giurisprudenza di legittimità in relazione al tema della validità delle intese preventive v., in senso critico, Oberto, *Comm. del c.c.* diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, 2a ed., vol. I, Torino 2018, 1173 ss. Sui termini del dibattito v. *amplius* Sesta, *Manuale dir. fam*., 9 ed., cit., 206; M. Palazzo, *I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ*., 2017, 93 ss. e Oberto, *Gli accordi prematrimoniali in Cassazione, ovvero quando il* distinguishing finisce nella Haarspaltemaschine*, Nota a Cass., 21 dicembre 2012,* n. 23713, in *Fam. e dir.*, 2013, 323 ss. e Id. *Contratti prematrimoniali e accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in Aa.Vv., *Diritti patrimoniali della famiglia. Matrimonio, unione civile, convivenza*, a cura di Oberto e Cassano, Giuffrè, 2017, 11. A conferma dell'indisponibilità dei diritti nascenti dal matrimonio ricavabile dall'art. 160 c.c., si segnala la recente pronuncia della Cassazione che dichiara nullo il patto con il quale due coniugi convengono che, in caso di loro futura separazione, l'uno versi all'altro una determinata somma di denaro: così Cass. 13 aprile 2022 n. 11923 che reputa nulla detta convenzione contenuta in una scrittura privata, sia se qualificata come un contratto preliminare di donazione sospensivamente condizionato all'evento separazione legale dei coniugi, sia se qualificata come patto matrimoniale nullo per illiceità della causa, sia se qualificata come ricognizione di debito, debito comunque scaturente da contratto nullo. In senso conforme v. Cass. ord. 11012/2021 in *Foro it.*, 2021, 11, I, 3620 ove il patto stipulato in sede di separazione personale *in vista del futuro divorzio* è stato dichiarato nullo sulla base del medesimo principio.

[44] V. *amplius* Nicolussi, *Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio cit.,* 395s.; Id., *La famiglia: una concezione neo-istituzionale? cit.,* 169 ss. Sulla concezione del matrimonio tra istituzione o associazione di matrice contrattuale si rinvia al precedente secondo paragrafo.

[45] Sull'introduzione del divorzio, il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi v. Aa.Vv., *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, a cura di Camardi, cit., 9 ss.; E. Quadri, in *Fam. e dir.,* 21, 333. Per un approfondito inquadramento sistematico v. Lenti, *Diritto della famiglia* cit., 644 ss. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2020, 963 s. Per una visione comparata v. Oberto, *Il divorzio in Europa*, in *Fam. e dir*., 2021, 112 ss.

La legge 898/1970, entrata in vigore il 18 dicembre 1970, fu nel tempo modificata e integrata da successivi interventi normativi di diverso rilievo: si pensi alla l. 436/1978, alla più ampia novella di cui alla l. 74/1987, al dl 35/2005 conv. con l. 80/2005 che ha inciso sul procedimento, alla legge 54/2006 sull'affido condiviso dei figli, al d.lgs. 154/2013 volto ad armonizzare la legge sul divorzio con la riforma della filiazione, al dl 132/2014 conv. con l. 162/2014 che ha introdotto la possibilità per i coniugi di ottenere il divorzio in via semplificata – *sempreché sussista una delle cause di divorzio indicate all'art. 3 della legge sul divorzio* – o mediante accordo raggiunto a seguito di procedura di negoziazione assistita, oppure – quando non vi siano figli minori o economicamente non autosufficienti o incapaci o portatori di handicap gravi tramite accordo concluso personalmente dai coniugi innanzi all'ufficiale di stato civile.

Con l'intervento del 2014, essenzialmente finalizzato a ridurre il carico degli uffici giudiziari, il legislatore ha trasformato un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale in diritto potestativo sostanziale che può essere esercitato fuori dal processo in sede amministrativa[46]; in dottrina è stato autorevolmente affermato che le regole del citato decreto legge "*rivestono una importanza epocale poiché sanciscono la fine della concezione del matrimonio come atto sottratto all'autonomia degli sposi e di valenza in senso lato pubblicistica, secondo l'insegnamento che, sulla scia di una remota tradizione, fu mirabilmente impartito da Antonio Cicu*"[47].

La l. 55/2005 sul c.d. "*divorzio breve*" è, indi, intervenuta a ridurre in maniera significativa il termine per poter domandare il divorzio dopo la separazione, senza tuttavia eliminare detta fase.

La riduzione della durata minima del periodo di separazione ininterrotta dei coniugi che legittima la domanda di divorzio ha, invero, avuto un riflesso indiretto in ambito successorio, dove gli ormai anacronistici diritti ereditari del coniuge separato tendono, in tal modo, a perdere rilevanza applicativa, per la semplice ragione che lo *status* di coniuge separato è destinato a durare molto poco nel tempo.

Ricordata brevemente l'evoluzione della normativa sul divorzio[48], consideriamo ora l'impatto che la stessa ha avuto sull'attività notarile, distinguendo essenzialmente due fasi temporali.

Nella prima fase, che va dall'introduzione della legge sul divorzio sino alla novella del 1987, si può dire che l'attività notarile non fu sostanzialmente investita da tale rilevante novità, fermo restando l'interesse a livello di costume e culturale per la nuova

[46] Sul punto v. Bargelli, *L'accordo dei coniugi nella negoziazione assistita e nel procedimento municipale: il divorzio per mutuo consenso fa il suo ingresso nell'ordinamento,* in *Legami di coppia e modelli familiari* in "*Trattato di diritto di famiglia - Le Riforme*", t.1, diretto da Zatti, Milano, 2019, 269 ss.; si vedano altresì le considerazioni critiche di Nicolussi, *Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio,* in Aa.Vv., *Diritto canonico e diritto di famiglia statuale: interazioni e nuove problematiche,* Roma, 2020, 395 ss. In tale saggio l'A. riprende in considerazione il rapporto tra neo-istituzionalismo e contrattualismo nella comprensione del diritto di famiglia, in riferimento alla cosiddetta privatizzazione del divorzio e dei c.d. *prenuptial agreements* o patti in vista di separazione e divorzio, alla luce dell'ultima giurisprudenza sull'assegno divorzile e sui patti in vista del divorzio.

[47] Così Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 296.

[48] La recente riforma del processo civile ha fatto sorgere la questione circa l'ammissibilità o meno del cumulo delle domande di *separazione consensuale e divorzio congiunto*; ciò in quanto l'art. 473-bis 49 c.p.c., rubricato "*Cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio*" mentre prevede che, nel *procedimento contenzioso* di separazione personale dei coniugi, le parti possano già formulare domanda di divorzio, non prevede espressamente che tale cumulo di domande sia possibile anche nel caso di procedimento di separazione consensuale a domanda congiunta.

legge: ciò è testimoniato anche dalla lettura delle riviste di settore dell'epoca dove primeggiavano altri temi, tra tutti, quello della grande riforma tributaria degli anni '70 e quello della riforma del diritto di famiglia del '75, riforme entrambe che comportarono immediatamente, all'indomani della loro entrata in vigore, una sorta di "rivoluzione" nell'attività degli studi notarili.

Basti pensare, per citare solo uno dei molti aspetti, a come l'introduzione della comunione dei beni, quale regime legale dei coniugi, abbia inciso nella circolazione dei beni quanto a legittimazione a disporre e ad acquistare da parte dei soggetti coniugati e ai connessi meccanismi pubblicitari[49], oltre alle difficoltà poste dal diritto transitorio con riguardo alle coppie già coniugate.

Tale "*iniziale irrilevanza*" della normativa sul divorzio con riguardo all'attività notarile ben si spiega alla luce delle considerazioni che seguono.

Da un lato, a livello sociale, il divorzio all'epoca non era considerato un evento neutro, ma godeva complessivamente se non di disistima, comunque di una certa diffidenza, in quanto percepito come un elemento dissolutore del sistema sociale consegnatoci dalla tradizione: ciò traspare dal clima, anche culturale, e dall'aspro dibattito politico che ne ha segnato l'introduzione.

Sia per quanto sopra, sia per il fatto che il periodo della separazione legittimante la domanda di divorzio era all'epoca molto lungo, nella prima fase temporale, i casi di divorzio erano statisticamente molto pochi; si aggiunga che, sino alla riforma del diritto di famiglia del '75, il coniuge non era erede, ma aveva limitati diritti successori quali l'usufrutto *uxorio,* sia nella successione *ex lege*, sia nella successione necessaria[50].

Nella prima fase temporale, dunque, essendo pochi i casi di divorzio e limitate essendo le ripercussioni successorie derivanti dalla legge sul divorzio, il ceto notarile non ne fu direttamente interessato, a differenza della magistratura che, insieme all'avvocatura, furono i primi ad affrontare nei tribunali *(sede in cui il notaio, per sua stessa funzione, non opera)* le questioni applicative sollevate dalla legge.

Successivamente, in particolare dopo l'entrata in vigore della novella del 1987 e correlativamente al diffondersi nella società dei casi di divorzio, anche i notai cominciarono ad interessarsi più da vicino alla legge sul divorzio sotto diversi profili: da un lato, interrogandosi circa la natura dei diritti riconosciuti dalla legge, in caso di morte, all'"*ex coniuge*" superstite, anche in rapporto agli altri membri della famiglia, in particolare circa i presupposti e la natura *dell'assegno a carico dell'eredità* previsto dall'art. 9*bis* l. 898/1970, come introdotto dalla l. 436/1978[51]; da altro lato, seguendo la disputa circa la

[49] Sui problemi posti dall'individuazione della natura della comunione legale e conseguente ricostruzione della sua disciplina, rimane fondamentale il riferimento alla sentenza della Corte cost. n. 311/1988 (estensore Mengoni) in *Foro it.* 1990, I, 2146 e in *Giur. cost.*, 1988, I, 1299: tale pronuncia ribadì che l'art. 184, 1° comma c.c., nella parte in cui considera l'alienazione di un bene comune da parte di un coniuge, senza il consenso dell'altro, come un *atto di disposizione a domino viziato* anziché come un atto di disposizione a non domino, non viola l'art. 24, 1° comma cost., non incidendo sul diritto processuale di difesa. La sentenza affermò altresì che l'art. 184, 1° comma c. c., non è in contrasto con gli art. 3 e 42, 2° comma cost., nella parte in cui configura l'alienazione di beni comuni da parte di un coniuge senza il consenso dell'altro coniuge come un'alienazione annullabile anziché come un atto di disposizione a non domino, *in quanto la disciplina della comunione legale fra i coniugi non è riconducibile a quella della comunione ordinaria* ed è perciò giustificata la diversità di regime rispetto all'alienazione della cosa comune da parte di un condomino, che, in base alle norme generali, deve ritenersi inefficace.

[50] V. art. 581 c. civ. '42 nel testo ante riforma del '75.

[51] Secondo una tesi, l'assegno periodico di cui all'art. 9 bis, calcolato anche in base alle condizioni economiche degli eredi non avrebbe natura successoria: v. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 2a ed., Torino, 1995,268; RIMINI- RAZZARI, *Comm. del c.c.* diretto da E. GABRIELLI, *Della famiglia*, 2a ed., vol. III,

decorrenza degli effetti della sentenza di divorzio, anche alla luce delle diverse letture date, al riguardo, dell'art. 10 comma 2, della l. 898/1970 e ciò al fine di comprendere da quale momento potesse dirsi cessata la qualifica di coniuge e quindi il titolo a succedere come successibile *ex lege* e come legittimario[52], questione certamente non secondaria per la gestione delle successioni (in particolar modo per quelle regolate dalla legge) e per l'individuazione delle pretese dei legittimari, specie in un sistema come il nostro dove la quota di legittima è mobile e il coniuge è un legittimario[53].

Altra rilevante questione connessa alla normativa sul divorzio che ha interessato e interessa tuttora l'attività notarile riguarda la natura del diritto di abitazione nella casa familiare assegnato dal giudice e in particolare le modalità e i limiti di opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa familiare, opponibilità a terzi originariamente regolata dall'art. 6 comma 6 della legge 898/1970 come novellato dalla l. 74/87.

Tale diritto di abitazione ha dato luogo, anche in relazione alle modifiche normative susseguitesi nel tempo, a copiosi interventi della magistratura e a rilevanti approfondimenti della dottrina, sia sotto il profilo sostanziale, che sotto il profilo della opponibilità ai terzi mediante la pubblicità immobiliare[54].

Torino 2018*,* 204 s. Secondo altra tesi, invece, l'assegno periodico a carico dell'eredità previsto dall'art. 9bis avrebbe natura successoria: si tratterebbe di un'attribuzione a titolo di legato *ex lege* che sorge grazie alla mediazione di una pronuncia giudiziale: sul punto v. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, 6a ed., cit., 199 ss. Circa la natura – alimentare o assistenziale – del legato v. anche SESTA*, Manuale dir. fam.*, 9a ed., Milano, 2021, 211 s. Altra dibattuta questione è se tale legato costituisca o meno una successione anomala: in senso negativo v. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, 6a ed., cit., 202 e C.M. BIANCA, *Diritto civile. 2.2.* L*e successioni*, 5° ed., Milano, 2015, 250.

[52] La domanda è a partire da quando i coniugi – a seguito della pronuncia di divorzio – perdono il reciproco diritto successorio: secondo una tesi, basata sull'interpretazione letterale del comma 2 dell'art. della l. 898/'70 tutti gli effetti giuridici propri dello scioglimento del matrimonio si producono in seguito all'*annotazione* della sentenza passata in giudicato presso l'ufficio di stato civile del luogo dove venne iscritto il matrimonio; così TRABUCCHI, *La decorrenza degli effetti della sentenza di divorzio*, in *Giur. it.*, 1978, I, 51 s. il quale viene in tal modo a riconoscere una funzione di pubblicità costitutiva all'annotazione. A diverse conclusioni giunge, invece, altra parte della dottrina, nonché la giurisprudenza che distinguono tra *effetti personali e patrimoniali della sentenza* che si producono *tra le parti dal passaggio in giudicato della sentenza* ed effetti *erga omnes* che si producono, invece, dal momento dell'annotazione, assurgendo quest'ultima a pubblicità dichiarativa e non costitutiva: v. DOGLIOTTI, *Separazione e divorzio*, 2a ed., cit., 199 s. e C 92/7089 la quale ha affermato che al coniuge superstite non spetta la qualità di erede dell'altro, deceduto successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio, ma anteriormente all'annotazione della sentenza stessa presso i registri dello stato civile. Sulla decorrenza degli effetti del *divorzio stragiudiziale* v. *amplius* RIMINI- RAZZARI, *Comm. del c.c.* diretto da E. Gabrielli *cit.,* p. 225

[53] Tra le questioni vi è anche quella circa l'incidenza del divorzio sulla persistenza del vincolo di affinità, questione rilevante anche ai fini dell'individuazione dell'ambito di operatività del divieto contenuto nel n. 2) dell'art. 28 della l. 89/1913: sul punto v. GUIDA*, Divorzio e affinità: riflessi sull'attività notarile e spunti per moderne soluzioni applicative*, in *Notariato*, 2021, 597 ss.

[54] Sulla natura del diritto v. E. QUADRI, *La "casa familiare" nel divorzio*, in CIPRIANI - QUADRI, *La nuova legge sul divorzio*, II, Napoli, 1988, 181ss. Sul significato del rinvio all'art. 1599 c.c. contenuto nell'art. 6 novellato della l. 878/90 nella parte in cui fa riferimento alla trascrizione – *prima dell'entrata in vigore della l. 54/2006* – v. le considerazioni di GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, 2a ed., t.1, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, 337s. Dopo l'entrata in vigore della l. 54/2006, legge quest'ultima che aveva introdotto nel codice civile, in materia di *separazione personale*, l'art. 155 *quater*, parte della dottrina ha ritenuto che la disposizione sull'opponibilità contenuta nel comma 6 dell'art. 6 l. div. dovesse ritenersi tacitamente abrogata, proprio per effetto del disposto dell'art. 4 co. 2 della citata l. n. 54 del 2006: ne sarebbe derivato che la disciplina dell'opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione sarebbe stata, *anche per il divorzio*, quella contenuta nell'art. 155 *quater* (sulla dibattuta questione v. *amplius* ZACCARIA, *Fam. pers. e succ.*, 2006, 775 e GAZZONI, in *Trattato della Trascrizione* diretto da E. Gabrielli - F. Gazzoni, I, t. 1, To, 2012, 359 ss.). In senso critico circa l'abrogazione tacita v. E. QUADRI, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa fami-*

Con riguardo all'assegnazione della casa familiare, in particolare, la prospettiva del notaio non si limita al solo profilo della tutela dei diretti interessati e quindi dei figli e dell'ex-coniuge assegnatario, ma si estende anche *alla tutela della generalità dei terzi ad una informata e sicura circolazione immobiliare*, aspetto quest'ultimo che da sempre interessa i notai, strutturalmente incaricati dallo Stato di ricevere atti pubblici e di autenticare scritture private costituenti titolo per la trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.

Il Dlgs. 154/2013, nel contesto dell'adeguamento del codice civile e delle leggi collegate in relazione alla riforma della filiazione, ha indi modificato il comma 2 dell'art. 6 l. div. disponendo che: "*Il Tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio applica, riguardo ai figli, le disposizioni contenute nel capo II, del titolo IX, del libro primo, del codice civile*"; ora, tra le disposizioni richiamate, vi sono anche gli artt. 337 *bis* e 337 *sexies* c.c., articolo quest'ultimo che si esprime, invero, in termini di "godimento" e non più di "abitazione".

La mancata abrogazione espressa dell'originario comma 6 della l. 898/1979 (oggi divenuto comma 3, stante l'abrogazione dei commi 3, 4 e 5 del detto art. 6 l. div. ad opera del citato D.lgs. 154/2013) ha fatto *(ri)*- sorgere il problema[55] se il rinvio all'art. 1599 c.c. contenuto nell'art. 6 l. div. per regolare l'opponibilità ai terzi dell'assegnazione della casa familiare sia ancora vigente oppure debba ritenersi superato dalla diversa regola, contenuta nell'art. 337*sexies* c.c. come sopra richiamato, con conseguente parificazione del regime di opponibilità dell'assegnazione a prescindere dal fatto che quest'ultima avvenga in sede di separazione personale ovvero di divorzio.

Detto art. 337 *sexies* c.c. prevede, infatti, la necessità e sufficienza della trascrizione dell'assegnazione ai fini dell'opponibilità al terzo *con conseguente inopponibilità, per converso, della assegnazione non trascritta e ciò anche nei limiti del novennio*[56].

---

liare: la recente riforma, in *Fam. e dir.*, 2006, 430 e Id., *Assegnazione della casa familiare: gli interessi rilevati alla luce della nuova disciplina dell'affidamento,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007. Indi a seguito del D.lgs. 154/2013, l'art. 155 *quater* del codice civile (unitamente agli artt. da 155 *bis* a 155 *sexies* c.c.) è stato abrogato. Il nuovo art. 155 c.c. dispone ora che, in caso di separazione, riguardo ai figli (*anche se nati fuori dal matrimonio*), si applicano le disposizioni contenute nel Capo II del titolo IX. In tale capo il nuovo art. 337 *bis* c.c. dispone che, in caso di *separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità* del matrimonio e nei procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio si applicano le disposizioni del presente capo. Per un ampio commento del nuovo articolo v. C. Irti, *Art. 337 sexies — Il provvedimento di assegnazione della casa familiare. Obblighi dei genitori in ipotesi di cambiamento di residenza e domicilio*, in *Esercizio della responsabilità genitoriale*, a cura di Patti e Rossi Carleo, *Comm. SB,* Bologna - Roma, 2021, 210 s. Sulla rilevanza della trascrizione del provvedimento di assegnazione, con prospettive diverse, v. *amplius* Zaccaria - Troiano, *Gli effetti della trascrizione*, 2a ed., Torino, 2008, 102 ss. e Franco, *Opponibilità dei provvedimenti di assegnazione della casa coniugale*, 5 s. Sulle diverse opinioni sviluppatesi nel tempo - sia consentito il rinvio a Bullo - La Russa, *Commento all'art. 2643*, 15a ed., in *Comm. Breve al c.c.* diretto da G. Cian, Padova, 2022, 3400 ss. In giurisprudenza v. Cass. 13/11218 e Cass. 16/7776 ove si afferma che «*In materia di assegnazione della casa familiare, l'art. 155 quater c.c. (applicabile* ratione temporis*), laddove prevede che "il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'art. 2643" c.c., va interpretato nel senso che entrambi non hanno effetto riguardo al creditore ipotecario che abbia acquistato il suo diritto sull'immobile in base ad un atto* iscritto anteriormente *alla trascrizione del provvedimento di assegnazione, il quale perciò può far vendere coattivamente l'immobile come libero*». Sul conflitto tra il terzo acquirente e l'assegnatario del diritto di abitazione sulla casa ("già familiare e coniugale") v. ora le distinzioni di Cass. ord. 19/9990 e Cass. ord. 21/377.

[55] V. nota precedente.

[56] In tal senso v. Ciatti Caimi, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili cit.,* 173 e spec. 175: in particolare tale A. ritiene che oggi il valore del richiamo all'art. 1599 c.c. contenuto nell'art. 6 l. div. valga soltanto a chiarire la natura personale e non reale del diritto.

Oltre agli aspetti sopra richiamati, la legge sul divorzio, consentendo il riacquisto della libertà di stato, ha reso possibile il formarsi di c.d. "nuove famiglie" o "famiglie ricomposte", sia fondate sul matrimonio, sia su unioni non matrimoniali.

Le "nuove famiglie" che richiedono consulenze in funzione di pianificazione successoria sono sempre più frequentemente famiglie c.d. ricomposte, dove i figli di una precedente unione (spesso cessata a seguito di divorzio) convivono con i figli del nuovo coniuge o compagno/a del proprio genitore, magari cittadino/a di altri Stati dell'Unione europea o anche non europei: i membri di tali famiglie sempre più spesso si rivolgono oggi al notaio per conoscere, in via preventiva, la tutela delle loro reciproche posizioni, sia con riguardo alla regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i membri della coppia, anche in caso di eventuale crisi della stessa, sia con riguardo alla futura successione (testamentaria o *ab intestato).*

È evidente che le attribuzioni patrimoniali successorie programmate in relazioni a tali rapporti non possono prescindere dalla conoscenza del vigente quadro giuridico di riferimento, non solo interno che ancora prevede, all'art. 458 c.c., il divieto dei patti successori, ma anche quello di matrice europea e quindi, specie per quanto attiene alla c.d. successioni transfrontaliere, anche il diritto che discende dal Regolamento UE 650/2012[57] ai fini dell'individuazione della legge applicabile alla successione, legge straniera che magari consente i patti successori.

Il Regolamento 650/2012, pur non incidendo direttamente sul concetto di famiglia e sulle relazioni familiari[58], interviene sulla regolamentazione delle successioni transfrontaliere armonizzando le norme sulla competenza e la *legge applicabile in materia di successione nell'UE,* nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, e l'accettazione e l'esecuzione di atti pubblici in tale materia[59].

---

[57] Il 27 luglio 2012 è stato pubblicato in G.U.C.E. il Reg. UE n. 650/2012 del 4 luglio 2012: s*i tratta di provvedimento diretto ad uniformare il diritto internazionale privato e non il diritto sostanziale delle successioni*. Il principio che regola la competenza e la legge applicabile alle successioni transfrontaliere (art. 21) è quello della residenza abituale del defunto al momento della morte; è tuttavia consentita (art. 22) la possibilità di scegliere, come legge che regoli *l'intera successione*, la legge dello Stato di cui il *de cuius* ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte, oppure per una persona in possesso di più di una cittadinanza, la legge di uno qualsiasi degli Stati di cui ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte. In tal caso tutte le parti interessate possono convenire che un organo giurisdizionale o gli organi giurisdizionali di tale Stato membro abbiano competenza esclusiva a decidere su qualsiasi questione legata alla successione. Ai sensi dell'articolo 83, par. 1 del Regolamento, la nuova normativa si applica a tutte le successioni transfrontaliere aperte a partire dal 17 agosto 2015; il testatore, tuttavia, avrà facoltà di effettuare la scelta circa la legge applicabile alla propria successione anche anteriormente a tale data se, ai sensi dell'articolo 83, par. 2, tale scelta "soddisfa le condizioni di cui al capo III del regolamento o se è valida in applicazione delle norme di diritto internazionale vigenti al momento della scelta nello Stato in cui il defunto aveva la residenza abituale o in uno qualsiasi degli Stati di cui possedeva la cittadinanza". Il criterio della residenza abituale di cui all'art. 21 del Reg. UE 650/2012 rappresenta una novità: l'articolo 46 della l. n. 218/1995 che continuerà a costituire la disciplina di riferimento per le successioni aperte sino alla data del 17 agosto 2015 adotta, infatti, il diverso criterio della cittadinanza, stabilendo che la successione è regolata dalla *legge nazionale* del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte, salvo che il testatore vi abbia derogato, in forza della c.d. "*optio iuris*".

[58] Escluse dall'ambito di applicazione del Reg. UE n. 650/2012 sono le questioni attinenti: lo *status* delle persone fisiche, i rapporti di famiglia e i rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili; le questioni riguardanti la scomparsa, l'assenza o la morte presunta di una persona fisica; le questioni riguardanti i regimi patrimoniali tra coniugi e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio; la validità formale delle disposizioni a causa di morte fatte oralmente.

[59] Damascelli, *Diritto internazionale privato delle successioni a causa di morte (dalla l. n. 218/1995 al reg. UE n. 650/2012),* Milano, 2013; V. Barba, *Storicità e modernità nel diritto delle successioni,* in *Dir. succ. e fam.*, 2020, 369; I. Ferretti, *Successioni transfrontaliere e certificato successorio europeo: prime osservazio-*

Sempre al fine di rimuovere ogni ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione, garantendo ai cittadini la possibilità di esercitare i loro diritti anche nell'ambito di una successione internazionale, detto Regolamento ha previsto altresì (art. 62 ss.) la creazione, all'interno degli Stati Membri dell'Unione, del *Certificato Successorio Europeo* che può essere richiesto dagli interessati a partire dal 17 agosto 2015 all'autorità individuata dagli stati nazionali: l'art. 32 della l. 161/2014 attribuisce, in Italia, tale competenza ai notai.

Detto certificato consente agli eredi, legatari, esecutori testamentari o amministratori dell'eredità di far valere *all'estero*, senza necessità di compiere in loco ulteriori atti formali, la loro qualità e i connessi diritti, poteri e facoltà[60].

Pur non essendo obbligatorio e non sostituendo i documenti interni utilizzati per scopi analoghi negli Stati membri, una volta *rilasciato il certificato produce i suoi effetti anche nello Stato membro le cui autorità lo hanno rilasciato*: al riguardo, proprio l'efficacia del CSE anche all'interno dello Stato membro le cui autorità lo hanno rilasciato, ha posto il problema del rapporto tra detto certificato e il certificato di eredità e di legato di cui alla legge tavolare italiana; sul punto, oltre alla dottrina, è intervenuta anche una significativa pronuncia (in sede non contenziosa) del Tribunale di Trieste che afferma la *piena alternatività* tra il certificato di eredità nazionale e il certificato successorio europeo; ne consegue che il CSE rilasciato da un notaio italiano in merito ad una successione transfrontaliera di un cittadino italiano con immobili in Italia e all'estero è stato ritenuto titolo idoneo per l'iscrizione in Italia del trasferimento di diritti successori *nel libro fondiario*[61] [62].

Oltre agli aspetti connessi alla circolazione delle persone, sulla "pianificazione successoria" delle "nuove famiglie" hanno certamente inciso anche le modifiche in materia di filiazione introdotte dalla l. 219/12 e dal correlato d.lgs. 154/13: tale riforma, ampliando i confini della parentela con riguardo ai figli divenuti tali per riconoscimento

---

ni sul regolamento Ue n. 650 del 2012, in *Contr. e impr. Eur.*, 2013, 450; Ballarino, *Il nuovo regolamento europeo sulle successioni*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, 1116; Achille, Lex successionis *e compatibilità con gli ordinamenti degli stati membri nel reg. Ue n. 650/2012 (Nota a Corte giust. Unione europea, 12 ottobre 2017, n. 218/16, K.)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 697; Riva, *L'impatto del Regolamento UE 650/2012 sull'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *Casi controversi in materia di diritto delle successioni, I, Esperienze italiane*, a cura di Scola e Tescaro, Napoli, 2019.

[60] Sui requisiti per l'accesso del CSE ai Registri immobiliari v. Corte giust. UE, 9 marzo 2023, nella causa C 354/21.

[61] Sulla questione va considerato che il legislatore italiano, all'art. 32, 3 comma della l. 161/2014, ha fatto espressamente salva la normativa esistente per i territori che in cui vige il sistema di pubblicità immobiliare del Libro Fondiario, ove il certificato di eredità o di legato è già da tempo previsto e può essere ottenuto unicamente mediante ricorso al tribunale individuato dall'art. 13 del r.d. 28 marzo 1929, n. 499. Sui rapporti tra certificato di eredità e di legato di cui alla legge tavolare e il certificato successorio europeo di cui al reg. UE 650/12 in dottrina v. Rusconi, *Fiat intabulatio*, a cura di Nicolussi - Santucci, 12 s.; Padovini, *Il certificato successorio europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 745; Riva, *Certificato successorio europeo, certificati nazionali e pubblicità degli acquisti mortis causa*, in *Dir. succ. e famiglia*, 2020, 742; Ciatti Caimi, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili. - Artt. 2643-2645 bis, 2646-2651*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2018, 369 s.; Gabrielli - Tommaseo - Morandi, *Commentario della legge tavolare*, 3a ed., Milano, 2022, 67s. In giurisprudenza v. Corte giust. UE C-20/17 e Trib. Trieste-Uff. Tav. 8-5-2019, in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 19*,* 608 e in *Vita not.*, 19, nt. Barone: per il Trib. Trieste il CSE rilasciato da un notaio italiano in merito ad una successione transfrontaliera di un cittadino italiano con immobili in Italia e all'estero consente anche l'iscrizione in Italia del trasferimento di diritti successori *nel libro fondiario,* nel caso di specie con riguardo alla intavolazione. del diritto della casa coniugale a favore del coniuge superstite e i diritti di comproprietà dello stesso coniuge superstite e dei figli.

[62] Sulla distinta questione se il certificato successorio europeo costituisca titolo per la trascrizione ai fini di cui agli artt. 2657 e 2648 c.c. v la recente pronuncia della Corte di giustizia UE, sentenza 9 marzo 2023, causa C-354/21.

(volontario o giudiziale), ha portato, da un lato, all'utilizzo di nuovi modelli di regolamentazione dei rapporti patrimoniali, anche in funzione della futura successione familiare, dall'altro ad un esercizio attento dell'autonomia privata, anche con riguardo alle clausole degli statuti societari aventi la funzione di operare una selezione tra i c.d. "*familiari* " in vista della circolazione delle partecipazioni [63].

La riforma della filiazione ha, inoltre, consegnato alla storia del diritto anche la delicata questione che, in precedenza, si poneva circa la successione *tra fratelli naturali* alla luce del testo dell'art. 565 c.c. (*ante riforma 2012-2013*); su tale questione era intervenuta anche la sentenza additiva della Corte Costituzionale n. 184/1990, in riferimento al testo all'epoca vigente dell'art. 565 "*in guisa da comprendere anche il diritto di successione tra figli naturali e figli legittimi*" [64], sia pure *solo prima dello Stato.*

All'epoca di detta pronuncia, infatti, il figlio naturale riconosciuto e il figlio legittimo dello stesso padre non erano tra loro parenti e tantomeno parenti collaterali di secondo grado, come invece sono oggi dopo la riforma della filiazione, con tutte le conseguenti implicazioni successorie, specie ove la successione sia regolata dalla legge.

Sussistono, infine, anche altri temi che hanno interessato, quanto meno a livello di dibattito, la categoria dei notai, temi questi ultimi che, tuttavia, non hanno ancora trovato diffuso riscontro nell'operatività quotidiana: il riferimento è agli accordi tra i coniugi (ovvero tra nubendi) in vista del divorzio: è noto che la giurisprudenza italiana ha un atteggiamento di tendenziale chiusura verso detti accordi, giudicati illeciti per il principio di indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale che discende dall'art. 160 c.c.

La difficoltà sul punto è rappresentata proprio dall'individuazione – spesso non semplice in concreto, anche alla luce della evoluzione della giurisprudenza, specie in materia di assegno divorzile – del confine dell'atto di autonomia privata in ambito familiare, confine oltre il quale la pattuizione diventa nulla per illiceità della causa: si tratta di questione molto avvertita nell'attuale contesto sociale[65], dove sempre più frequentemente i nubendi e anche i coniugi chiedono di stipulare un contratto *sugli effetti patrimoniali* del divorzio, sia prima della crisi ovvero anche in occasione della separazione.

4. Segue*: la pronuncia della Cassazione, a sezioni unite, n. 21761/2021*

La possibilità per le parti – *in sede di separazione consensuale o di divorzio congiunto* – di introdurre *intese aventi ad oggetto anche il trasferimento di immobili*, intese che vanno quindi oltre il c.d. contenuto necessario degli accordi assunti in tali contesti [66], ha ricevuto diverse soluzioni in dottrina.

---

[63] Sul punto v. Barchi, *Clausole societarie e nuove famiglie dopo la legge 219/2012,* in *Quad. Fondaz. it. not.,* Milano 2015, 127 ss.

[64] Così Mengoni, *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione legittima*, 6a ed., nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1999, 118 s. e spec. 121.

[65] Cfr. Aa.Vv., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, a cura di Sara Landini e Massimo Palazzo, in *Biblioteca della Fondaz. it. not.*, 2018, 3 ss.: scopo dichiarato di tale volume è quello di: "*…considerare i dubbi sulla validità ed efficacia giuridica dei patti pre-crisi in una prospettiva propositiva che possa offrire soluzioni facenti perno sulla mutata realtà delle comunità familiari e sulle recenti revisioni dei dogmi che hanno caratterizzato il diritto del contratto in generale nell'età post-moderna*".

[66] Ci si riferisce essenzialmente all'affidamento dei figli minori e al loro mantenimento, all'esercizio della responsabilità genitoriale, all'assegnazione della casa coniugale, all'eventuale mantenimento del coniuge (o ex coniuge).

Si va da una prima posizione, peraltro rimasta minoritaria, che ha negato l'ammissibilità di tali trasferimenti, ad una posizione intermedia che li ammette, astrattamente anche in forma immediatamente traslativa, ma ritenendo comunque preferibile l'adozione della c.d. "procedura bifasica" basata sull'assunzione dell'obbligo del trasferimento e successiva attuazione dello stesso tramite intervento del notaio a cui vengono delegati i compiti e *la connessa responsabilità nei confronti delle parti* di: individuare il bene da trasferire tramite l'inserimento dei dati catastali aggiornati, verificare la titolarità dello stesso e la libertà o meno da formalità pregiudizievoli, eseguire le verifiche (documentali) di natura urbanistico edilizia e di conformità catastale richieste a pena di nullità del trasferimento stesso, e in generale gestire tutti gli aspetti connessi al trasferimento immobiliare compresa l'esecuzione delle formalità di registrazione all'Agenzia delle Entrate e di trascrizione/o intavolazione nei Registri immobiliari a ciò preposti.

Vi è, infine, la posizione che ritiene che i *contratti della crisi coniugale* o *contratti post-matrimoniali* possano estendersi ad ogni profilo avente ad oggetto la definizione degli aspetti patrimoniali fino a ricomprendere anche il trasferimento o la costituzione – *immediatamente traslativi* – di diritti immobiliari, con o senza controprestazione, trovando il trasferimento causa nella sistemazione della crisi coniugale, il tutto senza scissioni temporali tra l'accordo causale assunto in sede di separazione e divorzio e l'atto di adempimento traslativo da attuare con il successivo intervento del notaio[67], intervento che, in tale prospettiva, non è concepito come una garanzia e quindi come una assicurazione del buon fine dell'effetto traslativo, bensì come un mero costo aggiuntivo.

Tale ultima posizione si è dovuta confrontare con la questione giuridica circa l'idoneità o meno del verbale di udienza redatto da un ausiliario del giudice – verbale nel quale il cancelliere si limita a recepire le clausole dell'accordo portante trasferimento immobiliare, senza svolgere sulle stesse alcun controllo – a costituire o meno titolo idoneo per la trascrizione ai sensi dell'art. 2657 c.c.

Al riguardo la Cassazione, dopo le iniziali incertezze della giurisprudenza di merito, già nel 1997 aveva affermato la natura di atto pubblico *ex* art. 2699 c.c. del verbale di separazione consensuale con riferimento agli accordi di trasferimenti immobiliari ivi documentati, dal momento che il relativo verbale è redatto dal cancelliere con compimento di attività certificativa quale pubblico ufficiale, sicché esso costituisce, *ai fini formali*, atto pubblico direttamente trascrivibile *ex* art. 2657 c.c. dopo l'omologa che lo rende efficace[68].

Va, peraltro, sottolineato che, con tale pronuncia, in realtà, la Cassazione non aveva sancito *l'equipollenza sostanziale* del verbale del cancelliere all'atto notarile portante trasferimento immobiliare, limitandosi invece ad affermare una "*equipollenza formale*", ai fini pubblicitari di cui all'art. 2657 c.c.

Contro tale posizione della Cassazione parte della dottrina aveva obiettato che, nel nostro sistema, solo il notaio, diversamente dagli altri pubblici ufficiali, ha una *competenza generale a ricevere ed attribuire pubblica fede ai negozi*, senza necessità di espressa

---

[67] Su tali contratti v. Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, 5 ss.

[68] Così Cass. 97/4306 in *Riv. not.* 98, 11. V. anche App. Milano 28-2-2014 in *Vita not.* 15, 177s., nt. Santasierse; App. Milano 12-1-2010, *Fam. e dir.*, 11, 589s., nt. Oberto; Trib. Salerno, ord. 4-7-2006, *Fam. e dir.* 07, 63s., nt. Oberto. Sulla questione v. Mariconda, nel *Trattato Rescigno*, 2a ed., XIX, Torino, 2002 169; Oberto, *Famiglia e rapporti patrimoniali*, 513 s. e 527 s. ove è ampiamente indagato anche il rapporto tra l'accordo documentato nel verbale e il decreto di omologa.

autorizzazione di legge caso per caso[69]: la critica rivolta alla Cassazione era quella di un mancato approfondimento *sul valore sostanziale* del titolo autentico nel sistema della pubblicità immobiliare.

Sul requisito *dell'autenticità del titolo* ai fini dell'accesso alla trascrizione, è stato, infatti, osservato come detta qualità discenda non solo dalla *forma* in senso stretto, ma anche dal *contenuto* del documento, dal *processo che è alla base della sua formazione e dalle sue caratteristiche,* contenuto e caratteristiche connesse alle tipiche funzioni notarili[70].

A prescindere dal dibattito di cui sopra, l'orientamento di numerosi uffici giudiziari era tuttavia quello di ammettere solo la c.d. procedura bifasica per i trasferimenti immobiliari pattuiti dalle parti ai fini della definizione degli aspetti economici della crisi coniugale e tale scelta veniva motivata sulla base di ragioni legate alla garanzia di sicurezza ed effettività rappresentata dall'intervento del notaio in ordine al trasferimento immobiliare.

La questione si è, indi, riaperta, arricchendosi di ulteriori argomenti, in seguito alla legislazione del 2010 che ha introdotto il comma 1 *bis* all'art. 29 della l. 52/85 imponendo il compimento, con riguardo al trasferimento di unità immobiliari urbane (*quali sono tipicamente quelle trasferite in sede di separazione e divorzio*), di determinate attività di verifica preliminare e di menzione in atto circa la c.d. conformità catastale oggettiva e soggettiva delle unità trasferite[71]: ne è derivato che, parte della giurisprudenza di merito, ha ritenuto che negli accordi in sede di separazione e divorzio fossero consentiti solo *impegni* al trasferimento da attuare poi con successivo atto notarile, essendo demandata per legge al notaio la verifica della conformità catastale soggettiva e il controllo circa le dichiarazione che le parti devono, *a pena di nullità*, rendere con riguardo alla conformità oggettiva.

La questione, ampiamente dibattuta nella giurisprudenza, è stata indi rimessa alle sezioni unite della Cassazione con l'ordinanza n. 3089/2020[72]: al riguardo, le sezioni unite del 2021[73] hanno affermato che "*le clausole dell'accordo di separazione consensuale o di*

---

[69] Così Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, 2a ed., t.1, in *Comm. Schlesinger*, cit., 68 6s. e Id, *Trattato della Trascrizione* diretto da E. Gabrielli *cit.,* I, t. 1, 553 s.

[70] In tal senso v. *amplius* M. Palazzo, *Autenticità del titolo e trascrizione dei trasferimenti immobiliari della crisi coniugale,* in *Giustizia civile.com,* 2/2021; cfr. Petrelli, *L'autenticità del titolo della trascrizione nella evoluzione storica e nel diritto comparato,* in *Riv. dir. civ*., 2007, 585 ss.

[71] La rilevanza dei dati catastali nel titolo è mutata, con riferimento alle unità immobiliari urbane, in seguito al d.l. 31-5-2010, n. 78 (in *Supp. Ord.* n. 114 alla *G.U.* n. 125 del 31-5-2010), d.l. conv. con modifiche da l. 30-7-2010, n. 122 (in *Suppl. Ord.*, n. 174 alla *G.U.* n. 176 del 30-7-2010). All'art. 29 della l. 27-2-1985, n. 52 è aggiunto il seguente comma: "1-*bis*. *Gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti, ad esclusione dei diritti reali di garanzia, devono contenere, per le unità immobiliari urbane, a pena di nullità, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie, sulla base delle disp. vigenti in materia catastale. La predetta dichiarazione può essere sostituita da un'attestazione di conformità rilasciata da un tecnico abilitato alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari*". Per gli aspetti catastali v. Circ. A.d.T. 9-7-2010 n. 2/T e Circ. A.d.T. 10-8-2010, n. 3/T. Per gli aspetti civilistici connessi alla c.d. conformità catastale v. Rizzi, *La circolazione immobiliare*, 2a ed., 2022, 3 ss.; Busani - Morello, in *Contratto*, 10, 918 s.; Petrelli, *Conformità catastale e pubblicità immobiliare*, 1s.

[72] L'ordinanza è pubblicata in *Foro it.* 20, I, 1219 con nt. di richiami di Bona e in *Riv. not.* 2020, 710 ss. con nt. di Pepe dal significativo titolo *Il notaio quale Giano bifronte tra "inutile aggravio di spesa" e insostituibilità della funzione.*

[73] Così Cass. sez. un. n. 21761/2021 in *Notariato,* 2021, 535 ss. con nota critica di Gambardella: l'A. propone, infatti, il riconoscimento, *ex sistema,* di una surrogatoria capacità del notaio di integrare gli elementi essenziali di tali accordi nella inattitudine, anche per carenze organizzative e di organico, degli uffici di cancelleria di acquisirli autonomamente. In particolare, sui profili processuali, v. Campione, *Le SS.UU. e i trasferimenti immobiliari in sede di separazione consensuale e di divorzio su domanda congiunta*,

divorzio a domanda congiunta, che riconoscano ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni – mobili o immobili – o la titolarità di altri diritti reali, ovvero ne operino il trasferimento a favore di uno di essi o dei figli al fine di assicurarne il mantenimento, sono valide in quanto il predetto accordo, inserito nel verbale di udienza redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è stato attestato, assume forma di atto pubblico ex art. 2699 c.c. e, ove implichi il trasferimento di diritti reali immobiliari, costituisce, dopo il decreto di omologazione della separazione o la sentenza di divorzio, valido titolo per la trascrizione ex art. 2657 c.c., purché risulti l'attestazione del cancelliere che le parti abbiano prodotto gli atti e rese le dichiarazioni di cui all'art. 29, comma 1-bis, della l. n. 52 del 1985, come introdotto dall'art. 19, comma 14, del d.l. n. 78 del 2010, conv. con modif. dalla l. n. 122 del 2010, restando invece irrilevante l'ulteriore verifica circa gli intestatari catastali dei beni e la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari"[74].

Le sezioni unite sottolineano come, ad una diversa conclusione, non si sarebbe potuti giungere nemmeno attraverso il richiamo alle prescrizioni e correlata nullità contenute nel citato art. 29, comma 1 bis, l. n. 52 del 1985, trattandosi di una nullità testuale (art. 1418 c.c.), di carattere oggettivo che, come tale, prescinde dalla esattezza e veridicità intrinseca degli allegati e della dichiarazione di conformità (c.d. oggettiva), essendo l'invalidità dell'atto causata dal solo fatto della mancanza di tali riferimenti e dichiarazioni.

Si tratta, dunque, di una nullità che non è legata al soggetto che compie l'atto, sia esso il notaio che riceve l'atto pubblico o le stesse parti contraenti che sottoscrivono una scrittura privata, il tutto come si ricava anche dalla circostanza che l'unica previsione espressa che si riferisce al notaio – previsione relativa alla c.d. "conformità catastale soggettiva" – è contenuta nell'ultima parte della norma e non è sanzionata dalla nullità.

Pertanto, per le sezioni unite, l'accordo immediatamente traslativo adottato in sede di divorzio – ma il principio è applicabile anche alla separazione consensuale – non è precluso all'autonomia delle parti, purché contenga tutte le indicazioni richieste, *a pena di nullità*, dall'art. 29, comma 1 bis, l. n. 52 del 1985 e quindi l'identificazione catastale dei beni urbani, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto, la dichiarazione di conformità c.d. oggettiva allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie.

---

in *Judicium*, 20 agosto 2021. Detto A. sottolinea in particolare che "… *all'interno del percorso argomentativo della S.C. è possibile imbattersi anche nella disamina della natura della sentenza di divorzio su domanda congiunta. In parte qua, le Sezioni unite, dopo aver dato conto degli orientamenti in materia, manifestano adesione all'indirizzo secondo il quale la sentenza in questione ha carattere decisorio (e natura costitutiva) solo in merito alla sussistenza dei presupposti (e alla conseguente pronuncia) dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio. Viceversa, rispetto alle condizioni pattuite dai coniugi, l'attività del tribunale è sostanzialmente vincolata e va assimilata a una mera omologa all'esito di un procedimento di controllo sul rispetto delle norme inderogabili dell'ordinamento vigente; onde, su questo versante, la sentenza in parola riveste un valore meramente dichiarativo e assume i connotati di una mera presa d'atto, fermo il limite invalicabile rappresentato dalla necessaria mancanza di un contrasto tra gli accordi patrimoniali e le norme inderogabili, e dal fatto che gli accordi non collidano con l'interesse dei figli, in special modo se minori. In sostanza, pare possibile affermare che, secondo la Cassazione, rispetto alle condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, il provvedimento del tribunale – ancorché questo ai sensi dell'art. 4, comma 16, l. div. assuma la forma della sentenza e sia qualificato, senza distinzioni di sorta, come una vera e propria decisione – è equipollente al decreto di omologa emesso in sede di separazione consensuale*". In ordine a detta sentenza v. anche Arceri, in *Fam. e dir.*, 2021, 1093 e in *Dir. fam. e succ.*, 2021, 368. Fortemente critico della pronuncia a sezioni unite è Frezza, *Studio del Consiglio Nazionale Notariato n. 198-2021/C*: per l'A., nonostante le Sezioni unite parifichino, sul piano funzionale, i due procedimenti, la loro natura non appare poi così uniforme, onde la necessità di trattare distintamente le relative questioni formali e trascrittive, dapprima con riguardo alla trascrizione del verbale di separazione consensuale, indi con riguardo alla trascrizione del verbale di comparizione personale dei coniugi nel divorzio su domanda congiunta.

[74] Ciò in quanto per detta mancanza *(di verifica della conformità catastale con le risultanze dei Registri immobiliari)* non è testualmente prevista la nullità del trasferimento.

Nella parte motiva le sezioni unite, a supporto della loro decisione, richiamano anche alcune recenti pronunce della stessa Corte riguardanti l'operatività dell'art. 29, comma 1 bis, l. n. 52 del 1985 nell'ambito dei procedimenti ex art. 2932 c.c.[75].

Al di là del percorso argomentativo, è chiaro che – nel bilanciamento degli interessi sottesi alla questione – la Corte ha scelto di tutelare, in via prioritaria, la massima esplicazione dell'autonomia privata a definire, anche con accordi immediatamente traslativi, tutti i rapporti patrimoniali causalmente connessi alla crisi coniugale e ciò anche a discapito dell'interesse pubblico ad una banca dati catastale aggiornata con i reali intestatari quali emergenti dai Registri immobiliari.

La verifica (di *conformità soggettiva*), strumentale al suddetto interesse pubblico, verifica affidata al notaio dal comma 1 bis dell'art. 29 della l. 52/1985, verifica quest'ultima la cui mancanza non è presidiata da nullità come ribadito dalle sezioni unite, – in sede di trasferimento all'interno di una separazione o divorzio "consensuali" – verrà, infatti nella prassi, facilmente omessa ogniqualvolta l'accordo sia strutturato come immediatamente traslativo e quindi si produca senza intervento del notaio, figura cui tale controllo è ordinariamente demandato dalla citata legge del 2010.

Viceversa, per quanto attiene, invece, alle dichiarazioni e agli atti da produrre, *a pena di nullità,* inerenti la *c.d. conformità oggettiva,* la pronuncia prevede che sarà il cancelliere a dover attestare che le medesime sono state rese e/o prodotte dalle parti; i giudici fanno, a tal fine, riferimento anche ad un eventuale protocollo che ciascun ufficio giudiziario potrà predisporre d'intesa con il locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

Detti protocolli, in realtà, già diffusi in diversi uffici giudiziari, sono stati implementati con la specifica previsione che impone agli avvocati che intendano procedere ad una separazione consensuale o divorzio congiunto con trasferimento immobiliare (immediatamente traslativo) di *inserire nella documentazione da presentare in cancelleria un espresso e articolato esonero da ogni responsabilità per il Cancelliere verbalizzante il trasferimento,* esonero sia da parte dei coniugi che dei relativi avvocati.

Spesso l'esonero è formulato come segue nei protocolli:

"Le parti prendono atto che il Cancelliere si limita a ricevere nel verbale le loro dichiarazioni attinenti al trasferimento di proprietà *senza assumere nessun tipo di responsabilità in relazione alle circostanze relative*: 1) all'esattezza dei dati catastali; 2) alla titolarità dell'immobile; 3) all'esistenza di pesi, oneri e vincoli di qualunque genere e tipo; 4) alla legittimità urbanistica; alla regolarità impiantistica e alla trascrizione al cui onere si impegnano le parti stesse "[76].

Sulla base del diritto vivente si può, dunque, affermare che i trasferimenti immobiliari, *se attuati in sede di separazione consensuale o divorzio congiunto e quindi con atto*

[75] Il riferimento è Cass. n. 12654 del 25/06/2020 e Cass. n. 20526 del 29/09/2020, ove si legge che la «*specularità tra la sentenza ex art. 2932 c.c. ed il contratto di cui essa è destinata a produrre gli effetti impone di ritenere che, come i contratti ad effetti reali conclusi sotto la vigenza dell'articolo 29, comma 1 bis, I. n. 52/1985 vanno soggetti alle disposizioni ivi dettate, parimenti a tali disposizioni vanno soggette le sentenze traslative ex art. 2932 c.c. emessa dopo l'entrata in vigore del decreto legge n. 78/2010*».

[76] Per un'indagine delle prassi esistenti presso i Tribunali in forza dei protocolli da questi adottati d'intesa con i Consigli degli Ordini degli Avvocati v. Fabiani - Piccolo, *Studio del Consiglio nazionale del notariato n. 66_2022/PC*: gli Autori, qualora le parti scelgano di effettuare un trasferimento immobiliare immediatamente traslativo direttamente in sede di separazione o divorzio, escludono che, in dette procedure, si possa ricorrere all'opera del notaio *in qualità di sostituto o ausiliario* del giudice ovvero di *in qualità di sostituto o ausiliario* del cancelliere, argomentando in tal senso sia dalla lettera dell'art. 68 c.p.c., che dalla nozione di ausiliari giudiziari che dall'impostazione delle sezioni unite.

riconducibile alla volontà delle parti[77] – potranno avvenire, *a libera scelta delle parti*, o in modalità bifasica e quindi con assunzione di obbligo a trasferire e successivo trasferimento per atto notarile oppure avvenire direttamente e immediatamente in *forza dell'accordo negoziale* documentato in sede di verbale di udienza, verbale ritenuto atto pubblico ai sensi dell'art. 126 c.p.c. In tal caso, detto verbale dovrà, però, quanto al contenuto correlato al trasferimento immobiliare, contenere oltre a tutti gli elementi prescritti dall'art. 2659 c.c., *ai fini della sua trascrizione,* anche *l'attestazione del cancelliere che le parti hanno prodotto gli atti e rese le dichiarazioni prescritti (a pena di nullità) dall'art. 29, comma 1-bis, della l. n. 52 del 1985.*

Come sottolineato anche dalle sezioni unite, il controllo *del Giudice (della separazione o del divorzio) ha ad oggetto la verifica* della *sola conformità delle pattuizioni* alle *norme che tutelano interessi familiari indisponibili, rimanendo esclusa qualsivoglia funzione*, assimilabile a quella notarile, *di interpretazione della volontà delle parti e traduzione in un atto pubblico (delle intese sul trasferimento).*

Il Giudice della separazione (o del divorzio), pertanto, in tale contesto, come sottolineato dalla Cassazione, *si limita a prendere atto* delle dichiarazioni dei coniugi e di come essi intendono regolare per il futuro i loro rapporti economici, anche mediante trasferimenti immobiliari; *conseguentemente, nessuna responsabilità in ordine al trasferimento immobiliare può essere ravvisata in capo al Giudice: il* trasferimento immobiliare contenuto nelle intese sul divorzio (e sulla separazione), cioè, anche se documentato dal Cancelliere e disposto in un contesto dove, per altre ragioni, vi è la supervisione del Giudice non presenta nessuna delle qualità intrinseche dell'atto notarile, salva l'equivalenza meramente formale ai fini della trascrizione.

Le parti, pertanto, nella valutazione se affidare o meno al notaio l'attuazione del trasferimento occasionato dalla separazione o dal divorzio, dovranno prendere in considerazione non solo il maggior costo connesso all'intervento di un operatore specializzato nei trasferimenti immobiliari quale è il notaio, ma anche il vantaggio che comporta l'intervento di tale figura, figura che rappresenta, al di là della competenza tecnica, una *assicurazione della efficacia e della stabilità nel tempo dell'effetto traslativo pattuito* in relazione allo specifico bene, *diversamente rispondendo il notaio a livello civilistico* nei confronti di *entrambe* le parti sulla base del contratto d'opera professionale concluso con le stesse.

---

[77] L'accordo di divorzio concluso davanti all'Ufficiale di Stato Civile non può contenere patti produttivi di effetti traslativi di diritti reali, pur potendo prevedere un obbligo di pagamento di una somma di denaro a titolo di assegno periodico. Sul punto v. Cons. Stato n. 4478/2016. Con riguardo agli accordi traslativi in sede di divorzio su domanda congiunta *mediante convenzione di negoziazione assistita* ai sensi dell'art. 6 comma 1 del Dl 132/2014 conv. con L. 162/2014, v. Todeschini Premuda, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2018, 124 ss.; Frezza, *«Degiurisdizionalizzazione», negoziazione assistita e trascrizione* (l. 10 novembre 2014 n. 162, di conversione del d.l. 12 settembre 2014 n. 132) in *Nuove leggi civ. comm.* 2015, 18 ss.; Ciatti Caimi, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili*, cit., 165 s.; Belloli, *Riv. notar.*, 2017, 1024 s.; Fabiani - Leo, *Riv. dir. civ.*, 2018, 50 s.; Cardosi, *Nuova giur. civ. comm.* 17, 1163 s.; Trinchi, *Fam. e dir.*, 2018, I, 33 s. Sulla questione è indi intervenuta la Cass. 20/1202 secondo cui il combinato disposto degli artt. 5, co. 3 e dell'art. 6 del d.l 132/2014 impone, *per procedersi alla trascrizione dell'atto di trasferimento immobiliare (eventualmente) contenuto nell'accordo di separazione o divorzio, l'ulteriore autenticazione delle sottoscrizioni del processo verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*, non potendosi riconoscere analogo potere certificativo agli avvocati che assistono le parti: sulle implicazioni di tale pronuncia v. Frezza, *Il titolo per la trascrizione del verbale di negoziazione assistita e la tassatività dell'art. 2657 c.c.*, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 831; Fabiani - Leo, *Foro it.*, 2020, I, 3235, nonché il nuovo modello di convenzione di negoziazione assistita approvato dal CNF nella seduta del 24-2-2023 ai sensi del comma 7-bis dell'art. 2 del d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014, entrato in vigore il 28 febbraio 2023.

Tale "assicurazione" circa il buon esito del trasferimento non sussiste invece (o sarebbe comunque difficilmente azionabile) in caso di trasferimento immediatamente traslativo documentato dal cancelliere nel verbale d'udienza: l'*assenza di ogni responsabilità del Cancelliere* (*ausiliario del Giudice*) *verso le parti in punto di validità ed efficacia del trasferimento immobiliare discende, come si è visto, dall'espresso esonero* che al riguardo le parti "devono" inserire nel loro accordo[78] in base ai protocolli predisposti da diversi Uffici Giudiziari d'intesa con i locali Ordini degli Avvocati; dette clausole di esonero da responsabilità coprono peraltro ogni aspetto del trasferimento, non solo quelli inerenti il profilo della c.d. conformità catastale.

Se, dunque, in relazione a tali trasferimenti immobiliari immediatamente traslativi in sede di separazione e divorzio, il Giudice e il cancelliere non rispondono, il notaio non interviene, rimane l'interrogativo su quale soggetto ricade in definitiva, il rischio di un trasferimento non conforme alla volontà delle parti o, ancor peggio, invalido e/o inefficace: su entrambe le parti o solo sulla parte alienante? E che profili di responsabilità – ed eventualmente di che natura -possono sorgere in capo agli avvocati che assistono le parti, sia con riguardo al proprio cliente rispetto al quale è in essere un contratto d'opera professionale, che con riguardo al coniuge (magari acquirente) del proprio cliente? Si tratta di interrogativi non affrontati dalle sezioni unite, in quanto relativi a questioni non sottoposte al vaglio della Corte, ma che non sono secondari per le parti[79].

Va poi sottolineato che – anche qualora le indagini ipotecarie e catastali sul bene da trasferire venissero assunte e adeguatamente svolte dall'avvocato, con assunzione della relativa responsabilità professionale, vi sarebbe invero un rischio, *insito nel sistema*, dovuto *alla sfasatura temporale* tra la documentazione ipocatastale che l'avvocato deposita con il ricorso e il momento in cui il divorzio viene pronunciato (o la separazione consensuale omologata), sfasatura temporale che potrebbe pregiudicare il buon esito del trasferimento.

Ci si potrebbe, infine, chiedere se la scelta tra un trasferimento meramente documentato dal cancelliere (come sopra esentato da responsabilità), trasferimento sul quale il Giudice non svolge alcun controllo e un trasferimento c.d. bifasico, garantito dall'intervento del notaio, costituisca un fatto di cui –anche alla luce di quanto prescritto dal Codice deontologico forense – l'avvocato debba dare notizia al proprio cliente nell'ambito dei propri doveri di informazione allo stesso.

5. *Conclusioni*

In un quadro di cambiamenti così complesso come quello sopra delineato, anche la funzione del notaio, in ambito familiare, è mutata nel tempo.

Il notaio oggi non è più solamente un pubblico ufficiale documentatore che registra gli esiti o, come si legge nel romanzo "*Il giorno del giudizio*", colui che "*registra la verità*", ma sempre più frequentemente è anche il giurista pratico che, attraverso un utilizzo accorto dell'autonomia privata, contribuisce all'individuazione di nuove soluzioni per

[78] Più precisamente tale esonero, in base ai vari Protocolli, va inserito nel ricorso introduttivo e nel verbale di udienza ovvero nell'atto di precisazione delle conclusioni congiunte.

[79] Su tale specifico profilo v. Torroni, *Trasferimenti immobiliari nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio: un atto pubblico senza i controlli di legalità sostanziale e la responsabilità nei confronti delle parti? (Nota a Cass. civ., Sez. Un., 29 luglio 2021, n. 21761*), in *Riv. notar.*, 2021, 1158.

la disciplina dei *rapporti patrimoniali* tra soggetti privati, in questo caso all'interno delle c.d. "*nuove famiglie*" e ciò in accordo con le esigenze dei cittadini e della società e nel rispetto della legalità, sopperendo, in tal modo, all'inerzia e/o alla lentezza strutturale del tempi del legislatore.

Sugli atti di autonomia privata che, per legge o per volontà delle parti, è chiamato a documentare e a conservare, il notaio è sì obbligato a svolgere un controllo di legalità, ma è anche tenuto a svolgere una funzione di adeguamento ai sensi dell'art. 47 della legge notarile: ed è proprio attraverso tale funzione di adeguamento che il notaio perviene sempre più a svolgere, come è stato efficacemente detto[80], anche una "*funzione di stimolo nel processo di rinnovamento del diritto privato",* contribuendo ad elaborare nuove soluzioni – nello spazio rimesso all'autonomia privata dei singoli – soluzioni volte a dare ingresso in modo ordinato alle istanze dei cittadini nella società plurale e complessa in cui viviamo.

Tutto ciò, naturalmente, avviene all'interno dei limiti concessi all'autonomia privata e sempre con il supporto degli esiti del dibattito dottrinale, dello stato della giurisprudenza e della *prassi notarile* esistenti a quel dato momento storico.

Beninteso tale "*funzione di stimolo nel processo di rinnovamento del diritto privato*", ad opera della prassi notarile, è graduale e diversa a seconda dei settori in cui si esplica: è evidente che in materia di attività di impresa e commerciali dove massima è l'autonomia concessa ai privati, maggiore potrà essere anche il ruolo svolto dalla prassi notarile, come testimoniato anche dalla rilevanza ed ampiezza delle c.d. massime notarili in materia societaria.

Viceversa, nell'ambito delle questioni attinenti alla famiglia, dove il contratto – *allo stato attuale del nostro sistema e del diritto vivente* – non può regolare in via preventiva e in modo autonomo tutte le connesse questioni patrimoniali[81], minore ma non secondario è l'apporto della prassi notarile che è per sua natura una "prassi preventiva", essendo concepita in funzione antiprocessuale.

Con l'inclusione, da parte della dottrina, della *prassi negoziale* nella rete delle fonti (non formali) del diritto[82], sempre più diffusa appare anche la consapevolezza – all'interno del ceto notarile (e non)[83] – del ruolo e della specificità della prassi notarile nella società contemporanea quale singolare e postmoderna forma di *soft-law.*

Come ricorda un illustre civilista "*Il tempo agisce sul diritto non solo per cause esterne, ma anche dall'interno mediante l'interpretazione e l'applicazione*"[84].

---

[80] Così Lipari, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in *Riv. notar.*, 1972, 1034s .

[81] Si pensi ai c.d. *prenuptial agreements* o ai patti *in vista* di separazione e divorzio dei quali si è fatta menzione in precedenza, accordi preventivi la cui legittimità è fortemente discussa in dottrina e ancora prevalentemente negata in giurisprudenza e sui quali non vi è, dunque, prassi notarile, bensì proposte di legge del Consiglio nazionale del notariato.

[82] Sull'odierno ripensamento delle fonti, sulla centralità dei principii e sul nuovo ruolo dell'interpretazione, v. Grossi, *Oltre la legalità,* Roma-Bari, 2020, 2 ss; Id., *Ritorno al diritto*, 5a ed., Bari, 2009, 77 ss.; Lipari, *Le fonti del diritto*, Milano, 2009, 139 ss. e Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 5 ss.

[83] M. Palazzo, *La prassi notarile nella rete delle fonti*, in *Ars Interpretandi*, 2021/2, 151 ss. il quale A. sottolinea le due caratteristiche della prassi notarile; da un lato l'essere il prodotto di uno *sforzo collettivo di un'intera categoria professionale*, in sinergia con l'accademia e il pensiero giurisprudenziale, dando luogo ad una contemporanea *communis opinio;* dall'altro la socialità, trattandosi di un diritto che nasce in basso e dal basso. V. anche Aa.Vv., *Crisi della legge e produzione privata del diritto a cura di Giuseppe Conte e Massimo Palazzo*, in *Biblioteca Fondaz. it. not.,* Milano 2018, 3ss.

[84] Mengoni, *Diritto e tempo,* in *Jus*, 1998, 635 s. e ora ripubblicato in *Scritti I*, *Metodo e teoria giuridica* a cura di Castronovo - Albanese - Nicolussi, Milano 2011, 11 ss. e spec. 13.

ENRICO CAMILLERI

IL NUOVO RITO DELLE RELAZIONI FAMILIARI, IL PRISMA DELL'EFFETTIVITÀ E I FORMANTI DEL DIRITTO DI FAMIGLIA: VERSO UN ORDINE POSSIBILE

SOMMARIO: 1. Premessa. Mutamenti sociali e relazioni familiari. – 2. Inesorabilità del caos o possibilità di un nuovo ordine? Il riaccendersi del dibattito sui formanti del diritto di famiglia. – 3. Il nuovo rito delle relazioni familiari e il prisma dell'effettività della tutela. – 4. Segue: uno sguardo d'insieme. – 5. Il prisma dell'effettività e il nuovo regime degli ordini di protezione contro gli abusi familiari: la caratura normativa del rimedio. – 6. Un nuovo orizzonte di senso?

1. *Premessa. Mutamenti sociali e relazioni familiari*

Non vi è lettura d'insieme o analisi di dettaglio, dedicata al tema delle relazioni familiari, che possa oggi prescindere dai mutamenti sociali che le hanno interessato, slargandone l'ordito e permeandone la trama[1].

Ritmo e *verso* delle trasformazioni di costume e canoni culturali hanno infatti investito la formazione sociale primaria in termini inediti[2] quanto parossistici[3], sicché drastico si impone l'adeguamento della lente del diritto, alla ricerca di una nuova ottimale curvatura.

Del *verso* delle trasformazioni intervenute o in atto è certo arduo fornire rappresentazione univoca, molteplici essendone le chiavi interpretative, per lo più polarizzate in punto di sensibilità culturale; valga dunque richiamare il suggestivo tratteggio secondo cui, a tentativi di preservazione della matrice solidaristica del personalismo costituzionale, lungo la parabola discendente che conduce al liberalismo di stampo anglosassone, si contrapporrebbe una visuale ribaltata, di ascesa a quella medesima soglia libertaria, vale a dire un percorso di progressiva emancipazione da vincoli e limiti, percepiti ormai come fuori tempo massimo[4].

Di là dal segno che a quelle trasformazioni voglia darsi, resta comunque difficilmente revocabile in dubbio il *continuum* tra due mo(vi)menti: quello che dalla istituzione a struttura gerarchica ha condotto all'affermazione del diverso modello della comunità tra individui con pari dignità, diritti e doveri, suggellato (pur tra molte lacune) dalla

---

[1] Questa la prospettiva indicata, ormai più di vent'anni addietro, dal Maestro che celebriamo: cfr. ZATTI, *Familia, familiae – Declinazione di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 337 ss., ma spec. 343 ss.

[2] Cfr. LENTI, *Diritto di famiglia*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2021 6 ss.

[3] Cfr. per tutti Cfr. ROSA, *Accelerazione e alienazione. Per una critica del tempo nella tarda modernità*, Torino, 2015, 11 ss.

[4] Così BUSNELLI, *Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna": l'idea del "rammendo"*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di SALANITRO, Pisa, 2019, 155 ss.

legge sul divorzio e soprattutto dalla legge di riforma del 1975[5]; e quello che ha visto crescere la rilevanza annessa a bisogni, interessi, spazi di libertà dei singoli[6], anche a prescindere o contro le istanze riferibili al "gruppo"; e soprattutto che ha visto abbandonare il paradigma monista della "società naturale" fondata sul matrimonio tra soggetti di sesso diverso[7].

Ebbene, è lungo questo itinerario che, come noto, l'idea di famiglia ha preso a reclamare declinazione al plurale[8] e le istanze individuali ad assumere ruolo sempre più centrale, al punto che se ne è compendiata la parabola in un dittico di immagini icastiche, quella del passaggio "dal casato alla persona"[9] e quella dell' "arcipelago"[10].

2. *Inesorabilità del caos o possibilità di un nuovo ordine? Il riaccendersi del dibattito sui formanti del diritto di famiglia*

A mutamenti di questa proporzione del substrato sociale il diritto non è rimasto certo insensibile; li ha talora propiziati ma soprattutto ha tentato di assecondarli e comunque di recepirli e rifletterli, come testimonia l'esteso perimetro degli interventi normativi che si sono susseguiti, dalla legge di riforma in qui[11].

Senonché, paradossale per quanto sia, al numero crescente di interventi "regolatori" si è accompagnata anche la percezione di un progressivo affievolimento della loro attitudine conformativa rispetto a scelte e comportamenti dei singoli. Senza dire, poi, che lo stesso ordito dei principi primi di riferimento è andato esso stesso modificandosi, di certo nella articolazione complessiva – a misura di un sistema delle fonti fattosi via via multilivello [12]– ma soprattutto in alcuni dei suoi capisaldi.

Il volgere dalla tutela dell'istituzione a quella dell'individuo e l'affermarsi di più modelli, in luogo di quello unico fondato sul matrimonio, nel mentre hanno fatto dell'articolo 29 Cost. un *fossile*, *il resto di un organismo un tempo vivente*[13], hanno altresì messo a nudo una ben più generale perdita di capacità regolativa del diritto, esso stesso ormai conformato anziché conformante la realtà sociale: la legge, si è affermato, «non ha [più] in sé la forza per conformare ad un modello determinato la realtà sociale che intende disciplinare» giacché «il diritto specie il diritto vivente, come applicato e talvolta creato

---

[5] Cfr. già Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 51; Id., *Rapporti tra l'individuo e la comunità familiare,* in *Persona e comunità familiare,* a cura di Stanzione, Napoli, 1985, 40; Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato dir. fam*., diretto da Zatti, I,1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di Ferrando, Fortino e Ruscello, 2a ed., Milano, 2011, 22 ss. In parte diverso, come noto, è l'autorevole insegnamento di Mengoni*, La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia,* 1990, 12 s., ma spec. 13.

[6] Cfr. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 96.

[7] Valga, per tutte, la drastica affermazione di Jemolo, *Il matrimonio*, in *Tratt. di dir. civ. it*., diretto da Vassalli, vol. II, t. I, Torino, 1952, 3, secondo cui «presupposto veramente costante nel matrimonio sta nella diversità di sesso tra le persone che contraggano il vincolo».

[8] Zatti, *Familia, familiae*, cit, 32 e ss.; cfr. altresì Scalisi, «La famiglia» e «le famiglie», in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 211 ss. ma spec. 222 ss.

[9] Cfr. Enarca Roca I Trias, *Familia y cambio social: de la casa a la persona*, Madrid 1999.

[10] Cfr. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 520 ss.

[11] Cfr. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, cit. 8. Si vedano, altresì, i molti contributi raccolti nel volume a cura di Salanitro, *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, cit.

[12] Cfr. per tutti Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir*., 2006, 361 ss.; nonché P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italoeuropeo delle fonti*, vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, spec. 107 ss.

[13] Ma vedi Busnelli, *Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna",* cit., 163.

dai giudici, si comporta piuttosto come uno specchio che finisce per riflettere l'immagine di ciò che la mutevole realtà sociale gli pone innanzi»[14].

L'effetto collaterale di accelerazione sociale e sistematico ritardo della disciplina giuridica si è così misurato proprio nel progressivo indebolimento di quel canone interpretativo della coppia *famiglia-diritto* che aveva, ad esempio, indotto la dottrina d'oltreoceano a descrivere una *channelling function in Family Law*[15], ritenendo cioè che *the law creates or (more often) supports social institutions which are thought to serve desirable ends*[16]. Così evidentemente non è più e il fenomeno interessa peraltro quasi tutte le società aperte e secolarizzate[17].

Mal comune a parte, resta allora al giurista nazionale di fare i conti non soltanto con uno scenario instabile ma nel quale soprattutto il diritto appare in perenne rincorsa del fatto sociale e incapace di orientarlo; da qui la necessità di aggiornare la riflessione sui "formanti" del diritto di famiglia e soprattutto sulle *funzioni* che alle regole giusfamiliari, di qualsiasi matrice, si ritenga utile o necessario annettere.

Vero è che risulta ormai acquisito in letteratura il sopravvento del formante giurisprudenziale su quello legale; tuttavia, almeno alle condizioni date, ciò appare ben lungi dall'inverare il paradigma dell'*ordinamento del caso concreto*, demandato sì a mediazione giudiziale ma secondo chiare indicazioni di sistema[18]. Pericolosamente privo di precise coordinate, quel formante (quello giurisprudenziale, appunto) si mostra anzi esposto al rischio di ridondare in deteriore dottrina delle corti[19] e così concorrere ad alimentare l'immagine di un diritto di famiglia fattosi asistematico quando non caotico[20].

Ne scaturisce l'esigenza di fissare un nuovo orizzonte di senso, interrogandosi sulla desiderabilità di un recupero della attitudine conformativa classica delle relazioni familiari, ovvero della promozione di una capacità conformativa che si appunti sui comportamenti più che sugli assetti, sulla capacità di risposta effettiva – anche rimediale – alle istanze di soddisfacimento di vecchi e nuovi bisogni degli individui, più che sulla aderenza di quella medesima risposta a ciò che una data *forma* e la sua disciplina astratta legittimino.

Sui formanti del diritto di famiglia si è invero recentemente tornati a riflettere, complici i segmenti – solo ultimi in ordine di tempo – di un *plot* riformatore in più puntate, dipanatosi lungo circa tre lustri: dalla legge 4 aprile 2001, n. 154, recante *Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*, sino alla legge 20 maggio 2016, n. 76, dedicata

---

[14] Cfr. Sesta, *La famiglia tra funzione sociale e interessi individuali,* estratto da *Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, a cura di Conte e Landini, T. I, Mantova, 2017, 8. Si vedano però Scalisi, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1043 ss., ma spec. 1049; T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 365 ss. ma spec. 370.

[15] Cfr. Schneider, *The Channelling Function in Family Law*, 20 *Hofstra L. Rev.* 495 (1992).

[16] Cfr. Id., *op. ult. cit.*, 498.

[17] Cfr. criticamente Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss.

[18] Cfr P. Perlingieri, *op. ult. cit.*, 61 ed *ivi* spec nt. 207.

[19] Cfr. già Busnelli, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona,* in *Danno e resp.* 2014, 461 ss.; Pardolesi e Pino, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *For. it.*, 2017, V, 114 ss. ed *ivi* spec. 122. Rappresentativa di un improvvido abbrivio creativo è certo la via giudiziaria alla valorizzazione del *best interest of child*: cfr. criticamente Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 430 ss.; Calderai, *Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 478 ss.; Bilotti, *La norma personalista, la famiglia "fondata sul matrimonio" e il diritto alla genitorialità naturale,* in *Jus*, 2021, 445 ss.

[20] Cfr Lenti, *op. cit.*, XIX-XX. Diversamente Spadafora, *La "nuova" autonomia privata familiare tra norma sostanziale e norma processuale*, in *Fam e dir.*, 2023, 177 ss.

alla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze.* Un *plot* certo tutto domestico e a matrice positiva, benché idealmente saldato al rinnovato λόγος sui diritti fondamentali, alimentato dalla Carta di Nizza (e non solo) [21], oltre che parallelo ad un nuovo corso interpretativo di matrice pretoria, che ha investito molti aspetti della disciplina della famiglia[22].

Si è così sollevato l'interrogativo, stimolante e solo a prima vista provocatorio, se non vi siano troppe riforme per un diritto in crisi[23], stante appunto la sensazione di *una rincorsa senza fine* tra fonti normative e oggetto della regolazione; la crisi di funzione conformativa del formante legislativo è apparsa, da questa prospettiva, diagnosi persino scontata, stanti le evidenze di un legislatore che *non arriva o arriva tardi*[24] e che non di rado offre comunque modelli che la società sembra rifiutare o ignorare[25].

Da qui la proposta di un programmatico investimento sul formante giurisprudenziale, allorché il giudice, del resto già protagonista di un diritto di famiglia *giurisprudenzializzato*, può farsi interprete «delle nuove istanze sociali, anche adattando istituti pur regolati dal legislatore e fare da filtro per identificare quelle nuove formazioni o istanze socio-affettive che possono accedere alla protezione costituzionale»[26]. Non, beninteso, una delega in bianco alla giurisprudenza, bensì una delega per così dire "condizionata" all'assolvimento, da parte dello stesso giudice, del mandato di opportuno contemperamento tra ragioni individuali e principio di solidarietà sociale, in stretta aderenza al disegno costituzionale.

D'acchito speculare si direbbe, d'altra parte, il punto di vista di chi, non meno persuasivamente, ha argomentato le ragioni del perdurante ricorso privilegiato – anche per il futuro prossimo – allo strumento della legge[27], seppure in chiave di legislazione per principi. Quest'ultima è infatti ritenuta meglio in grado di assicurare una risposta *quanto meno di ultima istanza* alle esigenze di contemperamento tra soggettivismo e solidarietà, persino quante volte resti inattuata, rilevando comunque *quale indicatore di assetti valoriali ed equilibri normativi*[28].

In altri termini, quanto più forte si avverte il rischio che un'eccessiva indulgenza verso il decisionismo equitativo ridondi in moltiplicatore di bilanciamenti non controllati, tanto più l'usbergo della legislazione per principi si lascia apprezzare quale saldo ancoraggio di sistema[29].

---

[21] V. però Busnelli, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell' incessante dialogo con i diritti nazionali,* in *Riv. dir. civ., 2009*, I, 287 ss.; Id., *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit. 1153.

[22] Tra le plurime questioni possono citarsi la vicenda degli illeciti endofamiliari (fin già a partire da Cass. 7 giugno 2000, n. 7713); la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione in tema di PAS e diritto alla bi-genitorialità (cfr. Cass., ord., 24 marzo 2022, n. 9691); quella a Sezioni Unite sul rapporto tra ordine pubblico internazionale e adozione – secondo legge estera – da parte di coppia omosessuale (cfr. Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006) nonché, infine, quella della Corte Costituzionale in tema di adozione e relazioni familiari (Corte cost., 23 febbraio 2022 n. 79), con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art 55 della l. adoz.

[23] Cfr. Benedetti, *Troppe riforme per un diritto in crisi? La famiglia nell'età del pluralismo complesso,* in *Dir. succ. e fam.*, 2020, 393 ss.

[24] *Ivi*, 395-396.

[25] *Ivi,* 397.

[26] *Ivi,* 403.

[27] Cfr. Salanitro, *Ordinante e società. Appunti sui formanti del diritto di famiglia (a proposito di una riflessione di Alberto Benedetti),* in *Juscivile*, 3/2021, 638 ss.

[28] *Ivi*, 646.

[29] *Ivi*, 647.

Ora, di là da una lettura che ne metta in esponente le polarizzazioni, ci pare che le proposte ricostruttive richiamate consentano, a ben vedere, di rintracciare un fattor comune e si prestino per questa via a essere riannodate ad alcuni dei contributi teorici più convincenti, emersi nel quadro dell'articolato dibattito nostrano su *rules e standards*, cui pure non vi è qui modo di dar conto se non per schematizzazione assai sommaria[30].

Ed invero, affermare come indefettibile il bilanciamento tra gli interessi che le diverse vicende della compagine familiare (in crisi o meno) mettono in gioco, equivale intanto ad impostare, qui più che mai, il confronto *legge-giurisprudenza* in funzione della bisettrice dei rimedi o, se si preferisce, della effettività delle tutele[31].

Altro è però dire che quel bilanciamento sia da attuare secondo un quadro di principi – prima ancora che di clausole – generali di caratura costituzionale[32], da intendere alla stregua di *un modo di argomentare*[33]; altra cosa è ritenere, seguendo diversa dottrina, che quei principi ammontino pur sempre a norme, ancorché dotate di certe peculiari caratteristiche, così da soggiacere ai vincoli del diritto positivo (costituzionale come europeo)[34].

D'altra parte, una volta che si dica "controllata" – appunto in termini di vincoli positivi di sistema – la mediazione giudiziale per principi generali, a maggior ragione tale dovrà dirsi anche quella che ai medesimi faccia ricorso, seppure a partire o attraverso sintagmi indeterminati. Precisamente, controllata in più penetrante misura, allorché si tratti di fare applicazione di norme *a contenuto indeterminato composte di fattispecie e disciplina*[35]*;* e controllata entro uno spazio di manovra più esteso, seppur da amministrare esso stesso secondo le coordinate di *fonti formali dell'ordinamento*[36]*,* laddove la regola del caso concreto passi per l'impiego di clausole generali in senso stretto, che rimettono al giudice l'attuazione di un bilanciamento tra interessi confliggenti.

L'alternativa tra formante legale e giudiziale si fa, a questa stregua, meno drastica e lacerante, persino in una materia come quella delle relazioni familiari.

Vero è infatti che in essa la legge sempre meno regola o comunque regola in modo insoddisfacente, che non mancano norme a contenuto indeterminato e soprattutto clausole generali c.d. in senso stretto, particolarmente a rischio di impieghi distorsivi (su tutte quella del "migliore interesse del minore"[37]), dandosi quindi le condizioni potenzialmente più propizie per una incontrollata creatività delle corti. Tuttavia, la discrezionalità giudiziaria, qui comunque necessaria, giacché sola in grado di tenere il passo delle trasformazioni sociali e culturali in divenire, recupera – nei termini esposti – ancoraggi

---

[30] Vedi Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale,* in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2018, 1 ss. ma *ivi* spec. 17, testo e note.

[31] Cfr. *ivi* 16 ss.

[32] Imprescindibile è, in questa materia, il riferimento a Mengoni, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica,* in Aa.Vv., *I principi generali del diritto. Atti del Convegno,* Arbor Sapientiae, 1992, 317 ss. Si veda, altresì, Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv*, 2011, 345 ss.

[33] Secondo le indicazioni di Lipari, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv. trim. dir. e proc.,* 2018, 5 ss.

[34] Cfr. Guastini, *I principi nel diritto vigente*, in *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, a cura di Bessone e Guastini, Padova 1995, 113 ss.; Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 21; Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 633 ss. ma spec. 641-642.

[35] In questi termini ancora Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 25.

[36] *Ivi*, 28.

[37] Vedi *supra*, nt. 22.

chiari al telaio ordinamentale, ossia *fedeltà a valori e vincolo metodologico di coerenza logico-semantica con i testi normativi formalmente accreditati come fonti*[38].

Di più, per la via indicata ci pare sia la stessa attitudine conformativa della legge a far mostra di nuova visibilità, seppure da diversa posizione; la si apprezza non più lungo il piano della regolazione diretta e financo di dettaglio di assetti e relazioni, bensì lungo quello più arretrato e rarefatto dell'indirizzo conformativo secondo principi ordinamentali (e valori che questi traducono). Simmetricamente, il ruolo delle corti, per esaltato che sia, rimane allora entro la soglia della tollerabilità[39], rintraccia precise coordinate e dunque recupera limiti e legittimità. Richiamando un autorevole insegnamento, mette del resto conto una volta di più sottolineare come «l'art. 101 Cost., che è base della costruzione di un giudice che vive in una situazione di quasi totale indipendenza (..) gli pone degli obblighi di fedeltà per i quali la tessitura che va a compiere deve seguire un ordito che non gli lascia molti margini di libertà o discrezionalità»[40].

È pur vero, come si è in altra prospettiva osservato[41], che l'incertezza è *sottraendo della effettività*, ma il suo azzeramento non è in definitiva né desiderabile né concretamente perseguibile: non lo è certamente nella cornice di un sistema multilivello e interconnesso[42] e non lo è neppure guardando in chiave esclusivamente domestica ad ambiti come quello delle relazioni familiari, laddove effettività è anche "adattamento" del rimedio somministrato alle caratteristiche della *species facti* all'attenzione del giudice. Ciò che è viceversa desiderabile, oltre che dovuto, è che questa incertezza del risultato ultimo si mantenga entro la soglia che rende comunque prevedibile l'iter argomentativo e i vincoli che si danno lungo la via per pervenirvi[43].

3. *Il nuovo rito delle relazioni familiari e il prisma dell'effettività della tutela*

Abbracciare, anche nella materia che ci occupa, questa più generale prospettiva ricostruttiva, ci pare possibile oltre che necessario, in punto di metodo come di sistema; non però anche sufficiente a conseguire una mitigazione del grado di entropia che oggi connota la dimensione giuridica delle relazioni familiari.

Va, infatti, intanto rimarcato il telaio dei principi ordinanti della materia, perché se ne possa poi predicare un qualche ruolo – indiretto – in chiave di concorso alla soluzione di conflitti; per altro verso, non può trascurarsi il nesso quasi circolare che si dà tra coordinate di sistema e postura della complessiva regolazione giuridica della famiglia.

Nell'orizzonte di quali principi vanno, in buona sostanza, decifrati e risolti i conflitti di cui le relazioni familiari possano essere teatro, sussumibili o meno che siano entro questa o quella fattispecie legale? E, d'altra parte, può ancora assumersi orientato,

---

[38] Cfr. Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 29 ma già Irti, *I "cancelli delle parole" (intorno a regole, principi, norme)*, Napoli, 2016, 57 ss. Si veda, altresì, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* cit. 84; G. Perlingieri - Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, spec. 40-41.

[39] Cfr. Pardolesi e Pino, *op. cit.,* 120.

[40] Così Verde, *L'effettività della tutela giudiziaria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli 2019, 673. Cfr. altresì Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività, ivi*, 21 ss. ma spec. 39.

[41] Cfr. F. Auletta, *Crisi di effettività, corti europee e risoluzione dei conflitti* , in *DPCIeC*, 1/2023, 233 ss.

[42] *Ivi*, ma spec 236 ss.

[43] Cfr. ancora Gentili, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, cit., 646-648.

il diritto di famiglia, al governo di una serie di rapporti, in funzione esclusiva della loro riconducibilità a forme determinate e alla disciplina per esse dettata[44] o va invece inteso nella chiave della promozione di istanze e del soddisfacimento di bisogni legati alla centralità della persona e alla sua autodeterminazione?

Sembra invero piuttosto agevole descrivere una convergenza dei formanti legale e giurisprudenziale intorno alla polarità dei diritti individuali, della loro attuazione e della risposta alla domanda di tutela che esprimono.

Sia pure per frammenti, basti riassuntivamente richiamare la vicenda degli illeciti endofamiliari e l'apertura pretoria al rimedio aquiliano[45], la riforma della filiazione[46], l' evoluzione delle azioni di stato nel segno della centralità dell'interesse del minore[47]; e ancora, il corso interpretativo intrapreso in tema di maternità surrogata o matrimoni omosessuali[48], fino al *turning point* della legge 76/2016. Momento di svolta, in effetti, non tanto per via della codificazione di indici di riconoscibilità giuridica *altri* dal negozio matrimoniale; piuttosto, in ragione della centralità assegnata all'autodeterminazione dei privati[49]: la legge sulle unioni civili, si è bene osservato, mette in esponente un "*potere nomo-poietico endogeno*" e vi rintraccia anzi un criterio ordinante non equivoco[50].

Più tasselli dunque – interesse del minore, autonomia conformativa delle relazioni affettive, diritto alla bi-genitorialità, diritto alla conoscenza della verità biologica, rilevanza della persona in chiave di limite e risposta rimediale contro aggressioni pur provenienti dalla medesima cerchia familiare, giusto per citarne i principali – descrivono se non già un (diverso) ordine, di certo precise traiettorie, le quali tutte passano a ben vedere per il "punto" della persona e degli interessi giuridicamente rilevanti che vi fanno capo.

Ebbene, in un quadro siffatto si inserisce oggi la riforma del processo civile, delineatasi attraverso la legge di delega del 2021 (legge 26 novembre 2021, n. 206) e la successiva norma attuativa, consegnata al d.lgs 10 ottobre 2022, n. 149. Connotata da un raggio d'azione piuttosto esteso, essa impatta infatti pure sulla materia delle relazioni familiari[51], di cui riorganizza il piano processuale secondo rito unificato[52]; nonché il pia-

---

[44] Cfr. Trabucchi, *Natura, legge, famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 1 ss.

[45] Sia, in proposito, permesso rinviare a Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 145 ss.

[46] Si veda, per tutti, C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015.

[47] Cfr. Lenti, *Filiazione genetica e interesse del minore: la rotta perduta è perduta?*, in *Juscivile*, 3/2021, 613 ss.

[48] La chiave di lettura dell'ordine pubblico internazionale è alla base delle considerazioni di G. Perlingieri - Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., 94 ss., 155 e ss. Sui matrimoni same-saxe si rinvia, per tutti, Gentili, *Un ossimoro giudiziario: l'efficace inefficacia del matrimonio omosessuale*, in *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in cassazione*, a cura di Torino, RomaTre Press 2013, 57 ss. Sulla maternità surrogata, oltre alle indicazioni già contenute nella precedente nt. 22 cfr. Venuti, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?,* nota a Cass., ord., 21 gennaio 2022, in *Giur. it.*, 2022, 1825 e ss.

[49] Cfr. T. Auletta, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?, op. e loc cit.*; Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1788.

[50] Cfr. Spadafora, *La "nuova" autonomia privata*, cit., 181 ma v. già Amadio, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1765 ss.

[51] Cfr. Carratta, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc. del dir.*, *I tematici*, *IV*, *Famiglia,* Milano, 2022, 1219 ss; Tommaseo, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Il giusto proc. civile*, 2022, 645 ss.; Danovi, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam e dir.*, 2022, 837 ss.; Vullo, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2022, 357 ss.

[52] Dedicato ora allo "*stato delle persone, dei minorenni e della famiglia*" e versato nei nuovi artt. 473 bis e seguenti c.p.c.

no sostanziale, incidendo direttamente e indirettamente[53] su norme dettate dal codice civile come dalle leggi speciali in tema di divorzio, adozione e negoziazione assistita [54].

Di più, però, la novella arricchisce di nuove prospettive e contenuti il dibattito sui formanti del diritto di famiglia (in crisi).

Lo fa da un punto di vista descrittivo, appartenendo al formante legale epperò, *ratione materiae*, condizionando quello giurisprudenziale attraverso il governo del *farsi* stesso della mediazione giudiziale. Ma lo fa, soprattutto, con ben più rilevanti implicazioni ricostruttive e sistematiche, mettendo in esponente molte delle facce rifrangenti del prisma dell'effettività[55]: l'effettività come misura della tutela somministrabile e l'effettività *nel* processo[56], l'effettività genericamente endoprocessuale ma riflessa nel contrappunto dell'efficienza[57], nonché infine quella che con felice sintesi si è indicata come effettività *in- vece* del processo[58].

Su ciascuno di questi fronti riteniamo che la riforma Cartabia, per lo meno dalla specola del nuovo rito delle relazioni familiari, incida; il che è peraltro un fatto in sé significativo, indipendentemente dalla misura di reale conseguimento dei risultati sperati, aspetto su cui pure più di una riserva appare fondato nutrire[59].

4. *Segue: uno sguardo d'insieme*

L'adeguatezza del rimedio alle caratteristiche concrete del fatto o, se si preferisce, la più acconcia misura della tutela somministrabile, costituisce notoriamente l'angolo critico superato il quale soltanto l'accesso alla giustizia diviene realmente "utile", ai fini della pienezza di risposta al bisogno emerso[60]. La lezione chiovendiana, per cui il processo deve consentire a chi ne abbia titolo di conseguire "*tutto quello e proprio quello*" che ha diritto di conseguire[61], costituisce d'altra parte la fondamentale intuizione condotta poi ai più avanzati sviluppi attraverso la teorica dei rimedi[62] , che la arricchisce e rende più incisiva, valorizzando (del rimedio) la mobilità del piano di azione e soprattutto la capacità plastica di adattamento al fatto[63].

---

[53] Si pensi alla abrogazione tacita degli artt. 342 *bis* e *ter* cod. civ., di cui meglio si dirà *infra*. Per un riferimento a questo aspetto v. comunque De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (D.lgs 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1407 ss. ed *ivi* spec. 1459.

[54] Cfr. *ivi*, 1408 e ss.

[55] Cfr. Pagni, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc del dir.*, Annali, X, Milano, 2017, 355; cfr. altresì Vettori, *Effettività delle tutele (diritto civile), ivi*, 381 ss.

[56] Vedi F. Auletta, *L'effettività nel processo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, cit., 43 e ss.

[57] Per tutti F. Auletta, *Lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 633 ss.

[58] Cfr. Zoppini, *L'effettività in vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 676 ss.

[59] Si veda De Cristofaro, *op. cit.*, 1411 ss.

[60] Cfr. fra i molti Trocker, *La formazione processuale del diritto europeo*, Torino, 2011, spec. 128 ss.; Sirena e Adar, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 359 ss.

[61] Cfr. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 99 ss.

[62] Imprescindibile il rinvio a Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *For it.*, 1989, V, 131; Id., *La tutela civile dei diritti,* IV ed., Milano 2003, spec. 341 ss..; Id. *Forme e tecniche di tutela. Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989; Messinetti, *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 15 ss; Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1045 ss.

[63] Cfr., per tutti, P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile, in Il giusto processo civile*, 2011, 1 ss., ed *ivi* spec. 5; Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv dir. civ.*, 2017, 666 ss.

Ebbene, la riforma sembra effettivamente porre al centro del suo ordito la somministrazione della più adeguata "quantità" di tutela, a favore di chi risulti titolare di interessi qualificati, ritenuti prevalenti nel singolo conflitto.

Così può ben leggersi l'esplicita attribuzione al giudice di poteri officiosi in tema di tutela dei minori, e non solo: a mente dell'art 473bis.2 c.p.c., il giudice potrà infatti adottare d'ufficio i provvedimenti più opportuni e altresì disporre mezzi di prova anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile ma nel rispetto del contraddittorio. Inoltre, a mente del comma 2 dello stesso articolo, "*con riferimento alle domande di contributo economico*" è possibile disporre l'integrazione della documentazione già depositata, nonché ordini di esibizione e indagini sui redditi.

Nella medesima prospettiva, seppur con le diverse sfumature legate al carattere temporaneo ed urgente delle misure in questione, ci pare debba intendersi l'ordinanza con cui il giudice emette i provvedimenti ex art 473 bis.22, comma 1; e, ancora, la formulazione del piano genitoriale che, ex art 473bis.50 e tenendo conto dei *piani* già allegati dalle parti con ricorso e comparsa di risposta, sempre al giudice è consentito di adottare allorché, in sede di separazione e divorzio, debba provvedere nei sensi dell'art 473 bis.22[64].

Nel segno della somministrazione del rimedio più adeguato al bisogno espresso può d'altra parte leggersi il corpo di disposizioni dedicate all'ascolto del minore, che idealmente si dipana dall'art 473 bis.4 c.p.c. e si articola nei successivi artt. 473 bis.5 e 6, nonché negli artt. 152 quater e quinquies delle disposizioni di attuazione al c.p.c. Per quanto "superflua" sia, specie alla stregua dell'art 24, comma 1 della Carta dir. UE, non può in particolare trascurarsi la forte carica programmatica consegnata alla previsione per cui *le opinioni del minore* – come recita significativamente l'inciso finale dell'art 473 bis.4, comma 1, c.p.c. – «devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità»[65].

Difficile, infine, non legare alla prospettiva della più congrua *misura della tutela* i diversi dispositivi che presidiano l'attuazione dei *dicta* resi[66].

Significativo è intanto il fatto che, ai sensi dell'art 473 bis.36, comma 1, i provvedimenti, anche temporanei, in materia di contributo economico *della prole o delle parti* siano immediatamente esecutivi e costituiscano titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; e, ancora, che il giudice possa "imporre all'obbligato di prestare idonea garanzia reale o personale" [67] (art 473 bis -36, comma 2).

In posizione di preminenza si colloca, tuttavia, il riordino che il nuovo art 473 bis.39 ha dato a quanto già oggetto dell'art 709 ter c.p.c.; è stata infatti resa adesso esplicita l'attingibilità alla tecnica coercitiva indiretta di cui all' art 614 bis c.p.c. – peraltro potenzialmente in concorso con la misura risarcitoria *in favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore* (comma 2)[68] – per il caso di gravi inadempienze che arrechino pre-

[64] Cfr. F. Tommaseo, *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam e dir.* 2023, 288 ss. ma spec. 291.

[65] Vedi De Cristofaro, *op. cit*., 1451; Carratta, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, cit., 1237.

[66] Cfr. per tutti Carratta, *op. cit*., 1243 ss.; Carapezza, *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614 bis e 709 ter c.p.c. nella riforma del processo della famiglia*, in *Dir. fam e pers.*, 2022, 634 e ss.

[67] Cfr. De Cristofaro, *op. ult. cit*., 1415 ss.

[68] In argomento si vedano, tra i molti contributi, C.M. Bianca, *Diritto civile, La famiglia*, VI ed., 2017, Milano 2017, spec. 241 ss.; Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*,

giudizio al minore o ostacolino il corretto svolgimento della modalità di affidamento o l'esercizio della responsabilità genitoriale[69].

Non è tutto, però. Come anticipato, il nuovo rito dedicato alle relazioni familiari valorizza la prospettiva dell'effettività *nel* processo. Lo fa prevedendo, in più "luoghi", che il giudice possa adottare provvedimenti "temporanei ed urgenti", sebbene preferibile forse sarebbe stato discorrere di provvedimenti *provvisori* d'urgenza, così da non alimentare improprie commistioni con misure cautelari, le quali non all'effettività endoprocessuale pertengono, quanto all'effettività *del* processo[70].

Alla promozione della effettività endoprocessuale possono ascriversi gli artt. 473 bis.15 e 473 bis.22, così come le disposizioni dettate in tema di violenza domestica e ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt 473 bis.42, comma 5 e soprattutto 473 bis.69 e 70 c.p.c.)[71], di cui si dirà meglio nel prosieguo. Per essi, secondo le indicazioni già ricavabili dalla dottrina, è infatti dato rintracciare il dispiegarsi di «una forma minore del potere di decisione ultimo», che consente allo stesso giudice investito della formazione della resgiudicata di «prescrivere alle parti una regola cogente del rapporto in corso di amministrazione del conflitto giudiziale»*;* un potere appunto diverso, per presupposti e fini, da quello che si sostanzia nell'intervento cautelare e «comunque privo della possibilità di ogni stabilizzazione o anche soltanto di una qualche gittata ulteriore alla litispendenza»[72].

L'effettività endoprocessuale evoca, d'altra parte, anche l' efficienza, sebbene vada subito chiarito che tra le due direttrici si dà rapporto sì complementare ma non certo di identità[73], semmai potenzialmente antagonistico.

Il riferimento all'efficienza deve così intendersi legato piuttosto alla ricerca dell'ottimale commisurazione dei mezzi ai fini, della risorsa scarsa "giustizia" al conseguimento – attraverso e durante il processo – di *tutto quello e proprio quello* cui l'interesse rilevante emerso legittimamente può ambire. E allora, però, vero essendo, dall'angolazione in esame, che la qualità della regola precede la (pur necessaria) qualità degli aspetti organizzativi[74], ecco che l'unificazione del rito e la prevista creazione di un organo specializzato si lasciano apprezzare quali fattori non solo di semplificazione[75] ma appunto di maggiore congruità possibile del *mezzo* al fine, innanzitutto in punto di allineamento del diritto – processuale – al fatto; basti dire del resto che, mentre è profondamente cambiato, negli ultimi decenni, il diritto di famiglia sostanziale, pressoché immutato è invece rimasto quello processuale, ancorato alle linee di fondo del codice di procedura del 1940, fatti salvi sporadici interventi di più urgente "adattamento"[76].

---

in *Fam e dir.,* 2017, 289 ss.; Danovi, *Gli illeciti endofamiliari*: *verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, 293 ss. ma spec. 318 ss.

[69] Cfr. Carapezza Figlia, *op. cit.*, 637 ss. Si veda inoltre la *Relazione sulle novità normative della Riforma "Cartabia". Diritto e Procedura civile*, a cura dall'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, 2023 ed *ivi* la Sezione II dedicata al Diritto di Famiglia e dei minori, a cura di F. Agnino e V. Amirante, 322 ss.

[70] Cfr. F. Auletta, *L'effettività nel processo, cit.*, 45. Cfr. altresì la *Relazione sulle novità normative della Riforma "Cartabia". Diritto e Procedura civile, cit.*, 308 ss.

[71] Cfr. comunque Carratta, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia, cit.*, 1232 ss.; Tommaseo, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, cit., 656, nonché 659-660.

[72] Cfr. F. Auletta, *op. cit.*, 47, cui si riferisce il virgolettato.

[73] Cfr. per tutti I. Pagni, op. cit.,401, nonché ancora F. Auletta, *op. ult. cit.*, 51.

[74] Così F. Auletta, *Lezione di analisi economica del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 633 ss.

[75] Cfr. Danovi, *Il nuovo rito*, cit., 841.

[76] *Ivi*, 839-841.

Un ultimo tratteggio merita, infine, quella che si è definita come effettività in-vece del processo e con cui si allude al conseguimento dei medesimi risultati pratici cui è ordinariamente funzionale il giudizio ma a prescindere da esso e piuttosto per il tramite dell'autonomia privata[77]. Per quanto possa sulle prime sembrare controintuitivo, giacché quella di riforma è legge del processo di famiglia, essa promuove la via della composizione degli interessi non mediata per via giudiziale, bensì raggiunta in forza di accordi tra le parti, specie in sede di negoziazione assistita: in questa direzione erano già chiare le indicazioni contenute appunto nella legge di delega, n. 206/2021 (art. 1, comma 35) e si devono oggi leggere gli artt. 9 comma 1, lett. i) e 29, comma 5, del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, con cui sono state apportate modifiche all'art 6 della 10 novembre 2014, n. 162.

D'altronde, per restare comunque alla trama degli artt. 473 bis e ss. c.p.c., basterà riferirsi all'art 473 bis.37 per avvedersi del risalto assegnato alle determinazioni, appunto convenzionali, assunte prima e a prescindere dal processo[78]. E nella medesima prospettiva di valorizzazione dell'autonomia negoziale delle parti può apprezzarsi l'indicazione di favore verso il ricorso alla mediazione familiare, ai fini della composizione della crisi già conclamata: ai sensi dell'art 473 bis.10, infatti, *il giudice può in ogni momento informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore*[79].

5. *Il prisma dell'effettività e il nuovo regime degli ordini di protezione contro gli abusi familiari: la caratura normativa del rimedio*

Quanto è parso di poter cogliere ad una lettura pur sommaria della riforma del processo di famiglia nel suo insieme, riteniamo trovi conferma, in sedicesimo, guardando al nuovo regime degli ordini di protezione contro la violenza familiare, oggi ridisegnato lungo gli articoli 473 bis 69-71 c.p.c., che compongono l'ultima delle sette sezioni in cui si articola il Capo III (Disposizioni speciali) del novello Titolo IV bis del Libro II del codice di rito, dedicato appunto al procedimento in materia di *persone, minori e famiglie.*

Va detto intanto che il legislatore ha operato una duplice scelta di concentrazione della materia all'interno delle disposizioni citate, l'una però esplicita, l'altra implicita.

La scelta esplicita attiene al profilo processuale, che rintracciava infatti la propria cornice nell'art 736 bis c.p.c.[80] e che è oggi allogato nell'art 473 bis.71 del codice di rito civile.

Si è trattato certo di una necessità dettata dall'esigenza di riconduzione anche di questo segmento del "processo di famiglia" entro la nuova cornice unitaria di cui si è detto; e ciò, nonostante il permanere di tratti di specialità, consistenti nell'essere rito monocratico deformalizzato, attivabile vuoi a partire da ricorso in pendenza di giudizio di merito, vuoi *ante causam*[81]. L'opzione "topografica" di concentrazione è inoltre da

---

[77] Così Zoppini, *op. cit.*, 679.

[78] Ampia disamina in Spadafora, *op. cit.*, 181 ss.

[79] Cfr. Tommaseo, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, cit., 655; Id., *Nuove regole per I giudizi di separazione e divorzio*, cit., 292.

[80] V., fra gli altri, F. Auletta, *L'azione civile contro la violenza delle relazioni familiari, (art 736 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1045 ss.; Basilico, *Profili processuali degli ordini di protezione familiare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1116 ss.

[81] Cfr. già F. Auletta, *op. e loc. ult. cit.*; D'Alessandro, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 232 ss. Nel senso dell'accostamento alle misure cautelari cfr. già Cass., 15 gennaio 2007, n. 625; *Relazione sulle novità normative della Riforma "Cartabia". Diritto e Procedura civile*, cit., 331 ss.

salutare come opportuna, giacché consente un più diretto raccordo con le previsioni generali in tema di violenza domestica e di genere, che si trovano ora disciplinate agli artt. 473bis.40 e ss. c.p.c.

Giova infatti subito precisare che il raccordo tra i due segmenti normativi, quello dedicato alle violenze domestiche o di genere, da una parte, e quello dedicato agli ordini di protezione, lo si apprezzi o meno in punto di generica co-appartenenza alla medesima ampia cornice della *violenza familiare*[82], si fa di certo preciso e circostanziato in ciò, che l'art 473 bis.46, comma 1, c.p.c. operando un richiamo espresso, consente che il giudice, *quando all'esito dell'istruzione, anche sommaria* ravvisi la fondatezza delle allegazioni, adotti i provvedimenti più idonei a tutelare vittima e minore, compresi quelli (ordini di protezione, appunto) disciplinati dall'art 473 bis 70.

La somministrazione dell'ordine di protezione si dà, per questa via, in guisa di possibile provvedimento provvisorio, adottabile nelle more del processo a cognizione piena, il che, peraltro, invera ai nostri fini una ennesima "traccia" di intervento promozionale della effettività *nel* processo.

Implicita è invece la scelta di sostanziale abrogazione tacita[83] degli artt. 342 bis e ter c.c., i cui contenuti sono infatti sì riversati nel corpo, rispettivamente, degli artt. 473 bis.69 e 70 c.p.c., ma anche modificati secondo tratti solo in apparenza marginali: gli ordini divengono ora adottabili pure dopo che sia cessata la coabitazione (art 473 bis 69, comma 1, ult. periodo) e la loro durata, pur rimanendo non superiore all'anno, può essere prorogata per gravi motivi, non solo ad istanza di parte, come era, bensì anche del pubblico ministero, in presenza di minori (art 473 bis 70, comma 3)[84].

Riprendendo considerazioni già svolte in altra sede[85], va intanto ribadito che il rimedio degli ordini di protezione, nel porre enfasi sul pregiudizio arrecato alla vittima dalla condotta imputabile *al coniuge o all'altro convivente* – non predeterminata ex ante, né necessariamente connotata da specifico disvalore – consente di scorgere un netto primato della persona. Quante volte, infatti, ne sia stata gravemente pregiudicata la integrità fisica o morale ovvero ancora la libertà, ecco che la somministrazione degli ordini di protezione si dà come incondizionata rispetto a ogni possibile temperamento, legato alle diverse istanze riconducibili al consorzio in sé e alle ragioni della sua unità.

Torneremo sulle implicazioni che ciò consente di trarre in punto di principi ordinanti delle relazioni familiari. Mette intanto conto osservare che, allora, se di bilanciamento è dato qui parlare, esso va apprezzato principalmente in relazione alla *quantità della tutela* somministrabile, nel segno cioè della maggiore adeguatezza della misura prescelta, che è rimesso infatti al giudice di modulare rispetto alle specificità del caso. In questa chiave si danno, peraltro, contenuti "necessari" ed "eventuali" [86]degli ordini adottabili, la stessa esecuzione del provvedimento reso sembra rispondere al modello "deformalizzato" della c.d. esecuzione breve[87] e, ancora, l'orizzonte temporale massimo

[82] In questo senso Foti, *Gli ordini di protezione tra sostanza e processo. La violenza familiare nella riforma Cartabia: il disvelamento della fattispecie* , in *Giust. civ.*, 2022, 585 ss. ma spec. 602 ss.

[83] Così De Cristofaro, *op. cit.*, 1459.

[84] Cfr. ancora *ivi*, 1460. Sia consentito rinviare a Camilleri, *Ordini di protezione contro gli abusi familiari, bilanciamento degli interessi e primato della Persona*, in *Giust. civ.*, 2022, 157 ss. ed *ivi* spec. 174.

[85] Cfr. Renda, *Abusi familiari e ordini di protezione*, in *Enc. del dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, Milano, 2022, 1 ss.; Riccio - Giannone Codiglione, *Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari*, *Commentario Schlesinger-Busnelli,* Milano, 2019, 61 ss.

[86] Cfr. Bianca, *Diritto civile*, 2.1. *La famiglia*, VI, cit., 573.

[87] Cfr. Vullo, *L'esecuzione degli ordini civili di protezione contro la violenza nelle relazioni familiari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 129 ss., spec. 141 ss.

di validità della misura (un anno), nonché le ragioni (*gravi motivi*) di possibile circostanziata sua proroga (per il *tempo strettamente necessario*) rimarcano appunto la prospettiva dell'adeguatezza della risposta giudiziale al bisogno di tutela emerso.

Fin qui però si è ancora ai connotati per così dire classici del rimedio, per quanto ribaditi dalla novella al codice di rito. Altri aspetti si segnalano invece in punto di novità del regime e da essi è possibile trarre interessanti spunti ricostruttivi.

Alla stregua delle disposizioni del codice civile che ne hanno sagomato il profilo originario (artt. 342 bis e ter c.c.), gli ordini di protezione hanno da subito esibito un connotato strutturale stabile, riassumibile nella coppia fattispecie "aperta" – effetti. Tanto quello del "grave pregiudizio alla integrità fisica o morale, ovvero alla libertà" del coniuge o convivente, quanto quello riferito alla "condotta" integrante abuso familiare, sono infatti sintagmi indeterminati cui è però possibile dare contenuto lungo una ben precisa linea di continuità interpretativa, specie giurisprudenziale[88].

Così, l'adesione del *rimedio* (degli ordini) alla fattispecie descritta si è mantenuta entro un solco classico, che ha visto l'uno attestarsi in continuità rispetto all'altra e recepirne la selezione degli interessi operata[89]; e ciò, quantunque non siano mancate sollecitazioni, di dottrina e giurisprudenza, orientate a far leva sul riferimento alla convivenza non coniugale – e dunque alla maggiore lassità qualificativa di rapporti che vi si accompagna – per estendere (del rimedio, appunto) il perimetro soggettivo di applicazione. Basti dire, complice già l'art 5 della legge 154 del 2001 e successivamente il richiamo diretto agli ordini di protezione contenuto nell'art. 1, comma 14, della legge 20 maggio 2016, n. 76, della condivisibile opinione secondo cui il rimedio in questione sarebbe (stato) attingibile anche per le altre relazioni affettive non matrimoniali[90], incluse le convivenze disciplinate dai commi 36 ss. dell'art. 1 della legge n. 76, seppur mancante un rinvio espresso all'art. 342-*bis* c.c. come quello che si dà invece per le unioni civili[91].

Ebbene, questo modello di raccordo fattispecie-rimedio, all'esito del travaso della disciplina sugli ordini di protezione dal codice civile al codice di rito (artt. 473 bis. 69 e ss.), fa mostra oggi di una vistosa linea di faglia, che schiude la strada ad una pur limitata dimensione normativa del rimedio medesimo[92].

L'inciso di chiusura del comma 1 dell'art 473 bis. 69 c.p.c., a tenore del quale i provvedimenti di cui al successivo art 473 bis. 70 *possono essere adottati, ricorrendone i presupposti, anche quando la convivenza è cessata*, fatalmente apre la via di accesso alla tutela anche a rapporti connotati dal prevalere della sostanza dell'*affectio* familiare sui indici precisi di riconoscibilità giuridica, a partire dunque dalle convivenze *more uxorio* non riscontrabili in sede di anagrafe; rapporti che permangono cioè in una dimensione esclusivamente fattuale e che si strutturano secondo linee tracciate dagli stessi protagonisti, benché connotati da tratti di pregnanza e non occasionalità.

Con ciò però si finisce con il demandare al giudice la verifica, nel caso concreto, del ricorrere di interessi giuridicamente rilevanti eventualmente *altri* da quelli direttamente

---

[88] Ci si riporta, ancora una volta, alla schematizzazione proposta da Libertini, *Ancora a proposito di principi e clausole generali*, cit., 24 ss. Si veda, altresì, Verde, *L'effettività della tutela giudiziaria*, cit., 673.

[89] Cfr. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 341 ss.; Scalisi, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, cit., 151.

[90] Cfr. ad es. Trib. Rieti, 6 marzo 2006, in *Fam. pers. e succ.*, 2007, 606.

[91] Si veda, per tutti, Renda, *Abusi familiari e ordini di protezione*, cit., 4 ss. Sul tema delle convivenze di fatto in seno alla legge 76/2016, cfr. Balestra *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam e dir.*, 2016, 919 ss.

[92] Su cui, per tutti, Messinetti, *La sistematica rimediale*, cit., ed *ivi* spec. 22 e ss.

formalizzati dalla norma di fattispecie (art 473 bis.69 c.p.c.) e al rimedio stesso finisce con il doversi ascrivere una quota di normatività.

Non beninteso che possa dirsi avallata un'operazione di incontrollata creatività giudiziale, giacché saranno ancora una volta i principi ordinamentali già richiamati nelle pagine precedenti a guidare l'apprezzamento giudiziale del bisogno (di tutela) emerso. E neppure, da altra angolazione, assumersi ribaltati gli esiti cui persuasivamente si è pervenuti in letteratura circa un raccordo "regola-rimedio" che all'una assegni primato sull'altro (dunque pur sempre *ubi ius ibi remedium* e non l'inverso)[93].

Non si tratta, infatti, di predicare un abbandono della fattispecie bensì semmai di mettere in esponente il ricorrere di elementi che ne vedano completarsi il disegno tra le pieghe del rimedio. Il rimedio resta un'ombra che segue la fattispecie ma, in certa misura ed entro certi limiti, può trattarsi di un'ombra che la fattispecie stessa completi; in altri termini, non più solo ombra prodotta *dalla* fattispecie, bensì *a partire* da essa.

Da tale ultimo punto di vista vale anzi la pena di rilevare come una simile pur limitata cifra "normativa" del rimedio si apprezzi anche alla stregua delle conseguenze patrimoniali cui l'adozione dell'ordine di protezione può mettere capo, ex art 473 bis.70. Per poco, infatti, che gli ordini si reputino attingibili anche a partire da relazioni familiari "non qualificate", si perviene indirettamente ad associare a queste ultime, seppur temporaneamente, tratti (es. obblighi di mantenimento) della disciplina che non hanno o che comunque non appartiene loro[94], giacché viceversa propria della sola crisi del rapporto coniugale, della unione civile o delle convivenze di fatto risultanti da dichiarazione anagrafica ex art 1, comma 37, legge 76/2016, in tale ultima ipotesi peraltro in guisa di misura alimentare[95].

6. *Un nuovo orizzonte di senso?*

Sull'abbrivio delle considerazioni svolte in relazione agli ordini di protezione è possibile riguadagnare una visuale d'insieme e provare a riprendere il filo della riflessione iniziale sul telaio di principi ordinanti in tema relazioni familiari.

Riteniamo infatti che la lettura della riforma del rito di famiglia attraverso il prisma dell'effettività consenta di fissare dei punti – adeguatezza e quantità della tutela somministrabile *attraverso il* e *nel* processo; congruità dei mezzi processuali rispetto al fine della miglior risposta al bisogno ecc. – congiungendo i quali si traccia una direttrice che sta in rapporto con la parabola evolutiva delle relazioni familiari e con il suo fuoco, costituito oggi dal primato della persona e degli interessi che vi fanno capo.

Vero è, come opportunamente ricordato, che diritti/interessi non evocano di per sé sostanza ma indicano procedimenti[96] e che pertanto "la strategia" che su di essi e la loro attuazione faccia affidamento necessita della precisazione circa il "progetto sociale" che vi è sotteso[97]; e vero è del pari che la postura "rimediale" che viene così ad assumere la regolazione giuridica delle relazioni familiari produce l'esternalità negativa di una sorta

[93] Cfr. Di Majo, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, 703 ss., ma spec. 739.

[94] Indicazioni convergenti già in Renda, *op. cit.*, 9.

[95] Cfr. Paradiso, *Regolamento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, nel *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna, 2020, *sub* art. 1, commi 36-37, 479 ss.

[96] Lo ricorda Bilotti, *Un nuovo diritto di famiglia, cit.*, 1041, richiamando anche la pagina di Barcellona, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 167.

[97] Cfr. Bilotti, *op. cit.*, 1042.

di *overshooting* processuale, specie in relazione a dispositivi, quali quello degli artt. 473 bis.40 e ss. o 473 bis.69 e ss. c.p.c., che non consentano selezione "all'ingresso" delle allegazioni di parte ricorrente, le quali solo successivamente – e a rito attivato, appunto – possono ben rivelarsi inconsistenti o insufficienti.

Senonché, ci pare intanto che quella diversa progettualità sociale possa, nella materia familiare, ricostruirsi in ciò, che al congedo dal modello costituzionale della famiglia fondata sul matrimonio e sulla procreazione naturale ha fatto seguito la valorizzazione della *Grundnorm* personalista[98]. E ancora che, in questa chiave, l'apprezzamento di bisogni e istanze individuali cui dare risposta – anche di tutela – debba sì passare per bilanciamento degli interessi e ragionevolezza, ma da declinare in chiave di autodeterminazione individuale e autoresponsabilità[99], prima e più che di solidarietà e istanze di unità che vi si riannodano[100].

Quanto, invece, al rischio di una estesa attivazione del rito, si tratta del prezzo necessario di un trade off con il conseguimento della miglior risposta al bisogno di tutela.

È in ciò che l'intreccio delle plurime traiettorie evolutive cui si è fatto cenno e che originano dai diversi formanti ci pare possa affrancarsi dalla immagine caotica che pure sulle prime restituisce e ricomporsi invece in guisa di unitario, coerente disegno[101].

Non beninteso quello che raffiguri forme ordinate, chiuse nel numero e definite negli assetti disciplinari, bensì quello che dia piuttosto risalto al tratto comune delle molte forme possibili.

Di là dall'abdicare alla conseguibilità di un *ordine* nelle relazioni familiari, si tratta piuttosto di promuoverne l'*ordine possibile* in una società pluralista, ossia quello risultante dall'intersezione di fondamentali direttrici del sistema multilivello delle fonti: i principi generali scaturenti dagli artt. 2 e 3 della Carta Costituzionale, il diritto a "costituire una famiglia" (art. 9 Carta dir. UE) nonché al "rispetto della vita privata e familiare" (art. 8 Conv. eur. dir. uomo)[102].

Per questa via, peraltro, finiscono con l'essere ripristinate – quando mai realmente smarrite – le condizioni di senso per intendere pur sempre unica la nozione di famiglia, indipendentemente dalle forme in cui si manifesti: una comunità di amore e affetti[103], di cui non altri che i singoli protagonisti decidano estensione, capillarità e intensità dei nessi.

---

[98] È, dunque, a nostro avviso di "sostituzione" il nesso tra i due paradigmi di cui al testo, su cui si interroga Bilotti, *op e loc. ult. cit.*

[99] Cfr. G. Perlingieri, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2018, *passim* ma spec. 95 ss. Sul ruolo dell'autoresponsabilità cfr. ancora Zatti, *Familia, familiae*, cit., 347.

[100] Si veda T. Auletta, *Nuovi assetti della solidarietà nei rapporti di coppia*, in *Juscivile*, 5/2021, 1300 ss.

[101] Cfr. Bilotti, *Un nuovo diritto di famiglia*, cit., 1042.

[102] Cfr. Holoch, *La protezione della vita familiare nella CEDU e nella Carta dell'UE, in Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 95 ss.

[103] Così S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss. ma spec. 518; cfr. altresì Busnelli, *Conclusioni. Per un'ermeneutica della famiglia "moderna": l'idea del "rammendo"*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 162.

LISIA CAROTA

OMOGENITORIALITÀ E TUTELA DEL RAPPORTO CON IL GENITORE D'INTENZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa: assenza di regolamentazione del rapporto con il genitore d'intenzione nelle coppie dello stesso sesso. – 2. La supplenza dei giudici. – 3. Il nuovo impulso della Corte Edu e l'orientamento della Corte Costituzionale. – 4. Il più recente dialogo fra le Corti. – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa: assenza di regolamentazione del rapporto con il genitore d'intenzione nelle coppie dello stesso sesso*

La l. 20 maggio 2016, n. 76 ha escluso dal novero di quelle applicabili all'unione civile le norme codicistiche sulla filiazione (quando non espressamente richiamate) così come le disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di adozione (art. 1, comma 20), lasciando emergere la volontà di regolare i rapporti affettivi omosessuali riservando loro una tutela distinta[1] da quella dedicata al modello matrimoniale, agganciata alla copertura costituzionale intessuta dall'art. 2 Cost. per le formazioni sociali, piuttosto che a quella predisposta dall'art. 29 Cost. per la famiglia[2].

L'assenza di qualsiasi "previsione e regolamentazione quanto meno di un nucleo minimo di diritti, poteri e obblighi reciproci" […] "nell'ottica della tutela degli interessi dei minori che si trovino in questa condizione" – ricondotta alla "decisione di 'sganciare' da qualsivoglia dimensione autenticamente "familiare" la fattispecie delle unioni civili" – è stata in dottrina fortemente stigmatizzata[3].

Invero, benché la legge sulle unioni civili e sulle convivenze taccia al riguardo e la nostra legge sulla procreazione medicalmente assistita[4] non lo consenta, sempre più spesso le coppie omosessuali, nell'ambito di un comune progetto genitoriale, riescono ad avere figli generati ricorrendo alle tecniche di procreazione medicalmente assistita ammesse e praticate all'estero[5], oppure hanno figli nati da precedenti matrimoni o unioni con persona di sesso diverso, o, ancora, hanno figli biologici generati prima

---

[1] Consentita dalla Corte Edu, che ha riservato all'esercizio della discrezionalità legislativa la scelta del modello di riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive: CORTE EUR. DIR. UOMO, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04. V., inoltre, CORTE EUR. DIR. UOMO, GC, 7 novembre 2013, *Vallianatos e altri c. Grecia*, ric. nn. 29381/09 e 32684/09.

[2] In argomento, v. ZATTI, *Introduzione al convegno - Modelli familiari e nuovo diritto* – Atti del Convegno (Padova, 7-8 ottobre 2016), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1663 ss.

[3] Così G. DE CRISTOFARO, *Le "unioni civili" fra coppie del medesimo sesso. Note critiche sulla disciplina contenuta nei commi 1°-34° dell'art. 1 della l. 20 maggio 2016, n. 76, integrata dal D.LGS. 19 gennaio 2017, n. 5*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 123; cfr., inoltre, LENTI, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1707; MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della* stepchild adoption, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1217 e nota 3.

[4] L. 19 febbraio 2004, n. 40.

[5] Per una analitica descrizione della "molteplice fenomenologia che accompagna le tecniche di procreazione assistita" v. CORDIANO, *Alcune riflessioni a margine di un caso di surrogacy colposa. Il concetto di genitorialità sociale e le regole vigenti*, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, 472 ss.

della conversione del matrimonio in unione civile per il mutamento di sesso di uno dei coniugi[6].

Le norme, trovando il loro referente nella società, per non contraddire la loro funzione ordinatrice dei rapporti umani, dovrebbero adattare il loro contenuto ai mutamenti del sentire sociale e della realtà alla quale si relazionano e attingono.

Purtroppo, invece, ancora una volta, nell'ambito dei rapporti *lato sensu* familiari, la legge non è riuscita a stare al passo con la vita[7], venendo meno alla sua funzione di ordinare, regolandoli, i rapporti umani[8]: una volta ancora, il modello italiano è stato quello "del silenzio"[9].

2. *La supplenza dei giudici*

La scelta di escludere ogni regolamentazione dei rapporti di filiazione e di adozione compiuta dalla l. n. 76/2016 non ha eliminato, come detto, l'esigenza di attribuire rilievo alle relazioni affettive che si instaurano all'interno di un nucleo familiare tra un minore e il *partner* del genitore biologico, con la conseguenza che grava sugli interpreti il compito di continuare ad elaborare meccanismi in grado di assicurare adeguata tutela ai soggetti coinvolti nell'esperienza di vita comune.

Resta pertanto tuttora affidata alla sensibilità giurisprudenziale non solo la valutazione della possibilità di adozione del figlio dell'altro o di riconoscimento dello status conseguito all'estero, ma più in generale, ogni richiesta di formalizzazione del rapporto di filiazione finalizzata ad ottenere, da parte del partner del genitore, tutela sia rispetto al rischio o al concreto verificarsi di vicende che interrompano la relazione di coppia – come capita in caso di morte del genitore biologico o di rottura della vita in comune –, sia rispetto alla difficoltà che la mancata formalizzazione del rapporto pone nelle relazioni con i terzi, ad esempio con le istituzioni sanitarie o scolastiche[10].

Un ruolo estremamente significativo continua a rivestire l'estensione giurisprudenziale dell'adozione in casi particolari[11], che consente l'adozione del minore "quando vi

---

[6] "O anche successivamente, dato che l'intervento chirurgico non costituisce presupposto necessario alla rettifica dell'atto di nascita": così Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, in *Corr. giur.*, 2017, 191; Id., *Conclusioni*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1777. Esemplifica i principali casi in cui una coppia di persone dello stesso sesso, in attuazione di un progetto esistenziale comune, procrea figli che discendono geneticamente da una di esse, Lenti, *Unione civile, convivenza omosessuale e filiazione*, cit., 1707 s.

[7] È ricorrente nell'ambito del diritto di famiglia la constatazione di come la formulazione delle norme possa contribuire a promuovere l'evoluzione della realtà sociale ed in altri – più frequenti – casi ostacolare, invece, modelli relazionali già ampiamente diffusi nella prassi e socialmente tipizzati, che riflettono svolte del sentire sociale. Sul punto Vitucci, *Convivenza fra persone del medesimo sesso: i modelli legali in Europa*, in *Seminari di diritto di famiglia*, a cura di De Tilla e Operamolla, Milano, 2005, 1254 s. Cfr., inoltre, S. Patti, *Il "principio famiglia" e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Familia*, 2006, 537; Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 98.

[8] Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003,16 ss.

[9] Il riferimento è ancora a Vitucci, *Convivenza fra persone del medesimo sesso: i modelli legali in Europa*, cit., 1257, il quale, descrivendo nel 2005 l'evoluzione delle legislazioni giusprivatistiche dell'Unione Europea in materia di convivenze fra persone dello stesso sesso, ironizzava menzionando anche un modello italiano: "il modello del silenzio".

[10] Di scelta "rinunciataria" del legislatore parla Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 958 e 965.

[C]riticamente anche R. Quadri, *"Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893.

[11] *Ex* art. 44, comma 1, lett. *d)*, l. 4 maggio 1983, n. 184 (l. adoz.). Anticipava da un lato il ruolo dell'interpretazione evolutiva dell'art. 44 per la parte in cui prevede la possibilità di adozione da parte

sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo". Superato l'opposto orientamento che – considerando l'adozione in casi particolari istituto diretto (come l'adozione in via ordinaria) a sopperire a gravi carenze genitoriali e parentali – ritiene riferibile a tutte le disposizioni in tema di adozione la totale assenza di vincoli affettivi significativi, e, quindi, necessario il ricorrere del presupposto dello stato di abbandono per poter constatare "l'impossibilità di affidamento preadottivo", la giurisprudenza[12] ha ormai accolto una più estesa nozione di impossibilità[13]. Ritiene, cioè, che nella nozione di "impossibilità di affidamento preadottivo" debba essere ricompresa non solo l'impossibilità "di fatto", ma anche l'impossibilità "di diritto", ravvisando questa seconda ipotesi nella

---

della persona che abbia già un rapporto consolidato con il figlio del "coniuge", dall'altro il rischio che l'utilizzazione dell'adozione in casi particolari potesse essere travolta "dalla questione della surrogazione di maternità, che ha un suo profilo di illiceità", Zatti, *Introduzione al convegno - Modelli familiari e nuovo diritto* - Atti del Convegno (Padova, 7-8 ottobre 2016), cit., 1663 ss.

[12] Sull'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale, ormai generalmente ammessa dalla giurisprudenza, v. Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, 2368 ss., con nota di Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135 ss., con commento di Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione, n. 12962 del 2016, ivi*, II, 1213 ss.; in *Corr. giur.*, 2016, 1203, con nota di Morozzo Della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della* stepchild adoption; in *Fam. e dir.*, 2016, 1025 con nota di S. Veronesi, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla* stepchild adoption.

In argomento, v., inoltre, Corte eur. dir. uomo, G.C. *avis consultatif* 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 757, con nota di Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*; in *articolo29.it*, con nota di Schuster, *GPA: la tutela del minore limite invalicabile*). Sul punto v. anche il commento di Gattuso, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, *ibidem*.

Analogamente orientata in ordine all'ammissibilità dell'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale risulta Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, in *Fam. e dir.*, 2019, 653 ss., con note di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 737 con commento di Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Foro it.*, 2019, I, 4027, con nota di Luccioli, *Dalle Sezioni Unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*; in *Familia*, 2019, 369, con nota di M. Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico* versus *superiore interesse del minore*. Conforme: Cass., 16 febbraio 2022, n. 6383, in *Fam. e dir.*, 2022, 581ss., con nota di Calvigioni, *In Italia non è consentita la registrazione della filiazione da genitori dello stesso sesso: la conferma della corte di cassazione*. Nello stesso senso anche: Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 546, con commento di A. Gorgoni, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello* status filiationis*, ivi*, 540 ss. e in *Corr. giur.*, 2018, 446, con nota di Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*; Corte cost., 15 novembre 2019, n. 237; Corte cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Giustizia insieme*, 2020, con nota di M. Bianca, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, con nota di Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima lettura di Corte cost. n. 230/2020*.

[13] In particolare nel senso che il requisito della "impossibilità di affidamento preadottivo", previsto dall'art. 44, comma 1 lett. *d)* l. adoz., debba essere interpretato in modo da ricomprendervi tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendano cura, senza che possa darsi rilievo all'orientamento sessuale di chi richiede l'adozione e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner (sia pure con riferimento ad una vicenda antecedente all'entrata in vigore della l. 76/2016), Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, cit. Tale orientamento si uniforma all'indirizzo della Corte Costituzionale (Corte cost., 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3215): "la constatata impossibilità di affidamento preadottivo" non richiede come necessario presupposto la dichiarazione dello stato di adottabilità poiché attraverso la disciplina dell'adozione in casi particolari "il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella "legittimante", ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima". L'art. 44 della legge n. 184 del 1983 va infatti considerato "una sorta di clausola residuale per i casi speciali non inquadrabili nella disciplina dell'adozione legittimante", essendo espressamente destinata a consentire l'adozione dei minori "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7".

assenza dei presupposti giuridici per poter procedere alla adozione "piena". Con la conseguenza di ammettere il ricorso alla particolare adozione di cui all'art. 44 anche nel caso del "genitore sociale" o "affettivo", sempre che, naturalmente (sulla base dell'art. 57 l. adoz.), si accerti che essa, permettendo il consolidamento di rapporti affettivi già esistenti, corrisponda al preminente interesse del minore[14].

"Questa peculiare ipotesi normativa di adozione in casi particolari mira infatti" – come sottolinea la Cassazione[15] – "a dare riconoscimento giuridico, previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore, a relazioni affettive continuative e di natura stabile instaurate con il minore e caratterizzate dall'adempimento di doveri di accudimento, di assistenza, di cura e di educazione analoghi a quelli genitoriali. La *ratio* dell'istituto è quella di consolidare, ove ricorrano le condizioni dettate dalla legge, legami preesistenti e di evitare che si protraggano situazioni di fatto prive di uno statuto giuridico adeguato"[16].

Un certo rilievo ha assunto inoltre, al fine di assicurare tutela alle relazioni affettive che si instaurano all'interno di un nucleo familiare tra un minore e il partner del genitore biologico, la rielaborazione del concetto di ordine pubblico. In giurisprudenza, infatti, si è in taluni casi ritenuto di poter ammettere la trascrizione nei registri dello stato civile in Italia dell'atto di nascita straniero e di poter riconoscere efficacia al provvedimento di adozione emanato dall'autorità straniera, escludendo che riconoscimento e trascrizione contrastino con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore italiano non preveda o vieti il verificarsi di analoghe fattispecie sul territorio italiano. "Il giudice italiano chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (…) deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto a una o più norme interne (seppure imperative e inderogabili), ma solo se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta Costituzionale, dai trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Si tratta, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore, anche sotto il profilo della sua identità personale e sociale, e in genere del diritto delle persone di autodeterminarsi e di fondare una famiglia, valori questi già presenti nella Carta costituzionale"[17].

---

[14] La decisione in ordine all'accoglimento della domanda di adozione in casi particolari deve essere presa dal giudice considerando il preminente interesse del minore così come previsto non solo nell'art. 57 l. adoz., ma, più in generale, per ogni procedimento o atto concernente il minore, nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (art. 3, 1° comma), resa esecutiva in Italia con l. 27 maggio 1991, n. 176, e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 24, 2° comma).

[15] Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, cit.

[16] La dottrina (così Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, in *QuestioneGiustizia.it*) ha sottolineato come l'istituto, in virtù dell'elasticità che lo connota, abbia "percorso un sentiero evolutivo grazie al quale è stato applicato, oltre i limiti immaginati dal legislatore, per dare una risposta a situazioni in cui l'adozione costituisce la risposta appropriata ai bisogni esistenziali del minore, garantendo il suo diritto alla famiglia". Ed ha, altresì, messo in evidenza che il riconoscimento del diritto del minore alla "propria" famiglia (art. 1, l. 184) e la tutela delle relazioni familiari in cui si sostanzia il rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) "hanno portato ad un rovesciamento del rapporto originariamente stabilito tra adozione "ordinaria" e adozione "semplice" del minore, divenendo la prima strumento residuale riservato a quei casi disperati in cui la famiglia di origine è davvero irrecuperabile".

[17] Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 181 ss., con nota di Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 372 ss., con commento di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero e favore di una coppia* same sex, (p. 362 ss.); in *articolo29.it*, con nota di Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La*

Tale rilievo è stato però ridimensionato dalla successiva affermazione del principio secondo cui, tuttavia, non può essere riconosciuto nel nostro ordinamento un provvedimento straniero che attribuisca lo status di figlio a un bambino nato in seguito a gestazione per altri in un paese in cui tale pratica sia riconosciuta come legale, nei confronti del cd. genitore "d'intenzione", a causa dell'ostacolo, ritenuto insuperabile, ravvisato nel divieto di surrogazione di maternità[18] previsto dall'art. 12, comma 6°, l. n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione[19].

3. *Il nuovo impulso della Corte Edu e l'orientamento della Corte Costituzionale*

Le decisioni che hanno affrontato il problema del riconoscimento giuridico del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale, quindi, hanno dato risposte diverse a seconda che l'atto di nascita straniero si riferisse a casi di doppia maternità o di doppia paternità, ovvero ancora che si trattasse del figlio, nato in Italia, di una coppia di donne che avevano realizzato all'estero la fecondazione eterologa[20]. Lasciando così intendere che il differente modo di procreare figli sia in grado di giustificare una diversità di trattamento ed in particolare la necessità di accertamento da parte del giudice della meritevolezza di una tutela che, invece, nel caso del genitore biologico, è presunta.

L'incalzare di principi di tutela dei minori rende però sempre più difficile giustificare trattamenti diversificati in ragione del diverso contesto latamente familiare nel quale i minori stessi si collocano.

Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso. Secondo la Cassazione il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano non contrasta di per sé con l'ordine pubblico perché l'opzione della l. n. 40/2004 rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate. Il principio, formulato dapprima con riferimento al caso di un bambino nato in seguito a c.d. fecondazione incrociata (gravidanza portata avanti dalla prima madre grazie all'impianto di embrione formato con l'ovocita della seconda fecondato con seme di donatore anonimo) è stato successivamente riaffermato anche per il caso in cui la seconda madre non aveva alcun legame biologico con il nato: Cass., 15 giugno 2017, n. 14878, in *Articolo29.it*, con commento di Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*, e in *Fam. e dir.*, 2018, 5 ss, con commento di Longo, *Le "due madri" e il rapporto biologico.* V., inoltre, Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro it.* 2018, I, 2717 ss., con note di Casaburi e Travi; App. Milano, 16 ottobre - 1° dicembre 2015, in *Corr. giur.*, 2016, 1211; in *Fam. e dir.*, 2016, 271 ss., con nota di Tommaseo, *Sul riconoscimento dell'adozione piena, avvenuta all'estero, del figlio del* partner *d'una coppia omosessuale*; in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, p. 725, con nota di C. BENANTI, *L'adozione piena del figlio del* partner *dello stesso sesso, pronunciata all'estero, è efficace in Italia, nel superiore interesse del minore.*

[18] Per una puntuale riflessione sulla surrogazione di maternità, sia pure antecedente alla l. n. 40/2004, v. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 193 ss.

[19] Cass., sez. un., 8 maggio 2019, n. 12193, cit. Si vedano, inoltre, Cass., sez. un., 31 marzo 2021, n. 9006, in *Fam. e dir.*, 2021, 992 ss., con note di Figone, *L'adozione straniera a favore di una coppia dello stesso sesso non contrasta con l'ordine pubblico*; Recinto, *Le "pericolose oscillazioni" della suprema corte e della consulta rispetto alla maternità surrogata*; Sesta, *Adozione consensuale estera e ordine pubblico: una decisione che non persuade* e la relativa ordinanza interlocutoria Cass., 11 novembre 2019, n. 29071, in *Foro it.*, 2020, I, 31, con nota di Casaburi, *Omogenitorialità tormentata tra sussulti e grida.*

[20] Cass., 3 aprile 2020, n. 7668 e Cass., 22 aprile 2020, n. 8029, entrambe in *questione giustizia on line*, 2020, con note di Celentano, *"Tradizione", "natura" e pregiudizio. Storie di figli nati a metà* e di Ferrando, *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli.* La prima è inoltre pubblicata in *Corr. giur.*, 2020, 1041, con commento di Grasso, *Nascita in Italia e pma da coppia di donne: la cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*, e in *Fam. e dir.*, 2020, 537 con commento di Scalera, *Doppia maternità nell'atto di nascita: la cassazione fa un passo indietro* e di Calvigioni, *L'ufficiale di stato civile non può registrare la nascita da genitori same sex: dai giudici di merito fino alla cassazione.*

Sotto questo profilo, è andata maturando anche la consapevolezza che l'esigenza di garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano o hanno esercitato la funzione genitoriale non sempre riceve idonea protezione attraverso lo strumento dell'adozione in casi particolari del figlio del partner. Questo non accade, ad esempio, quando i giudici si trovano ad affrontare questioni che si collocano non nella fase di positivo svolgimento del rapporto di coppia, ma che si collegano alla crisi della coppia, come quando si tratta di contrastare il rischio che la crisi del rapporto di coppia e la sua conclusione possano provocare anche l'interruzione della relazione tra il figlio e il genitore "d'intenzione"[21]. Oppure quando, sulla base di un successivo ripensamento, chi ha voluto la nascita ometta di fare domanda di adozione, sottraendosi così a quelle che dovrebbero essere le sue responsabilità di genitore[22].

Fino alla recente pronuncia di incostituzionalità[23] si era, inoltre, criticamente evidenziato che l'adozione in casi particolari produceva effetti limitati, non conferendo al minore lo status di figlio legittimo dell'adottante, non interrompendo i rapporti con la famiglia d'origine e non assicurando la creazione di un rapporto di parentela tra l'adottato e la famiglia dell'adottante (considerata l'incerta incidenza della modifica dell'art. 74 cod. civ. operata dall'art. 1, comma 1°, l. 10 dicembre 2012, n. 219, recante «Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali»[24]).

Di queste difficoltà ha preso atto la nostra Corte Costituzionale in due rilevanti decisioni[25] assunte anche sulla base di un innovativo parere consultivo della Corte europea

---

[21] L'adozione in casi particolari richiede infatti, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore "biologico" (art. 46 l. n. 184 del 1983), che potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia, nelle quali il bambino finirebbe per essere definitivamente privato del rapporto giuridico con la persona che ha sin dall'inizio condiviso il progetto genitoriale e si è di fatto presa cura di lui sin dal momento della nascita.

[22] L'adozione presuppone che sia il genitore a farne domanda.

[23] V. Corte cost., 23 febbraio 2022, n. 79, in *QuestioneGiustizia.it*, con commento di Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (Diritto del minore ad una famiglia), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante. Secondo la Corte "il mancato riconoscimento dei rapporti civili con i parenti dell'adottante discrimina, in violazione dell'articolo 3 della Costituzione, il bambino adottato 'in casi particolari' rispetto agli altri figli e lo priva di relazioni giuridiche che contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale, in contrasto con gli articoli 31, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione in relazione all'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo". Su questi aspetti v. *amplius*, *infra*, paragrafo 4.

[24] In questo senso, in dottrina, Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica- Zatti*, Milano, 2022, 1092 s.; Cinque, *Adozione in casi particolari: parentela tra fratelli acquisiti?,* in *Nuova giur. civ. comm*., I, 2021,78; C.M. Bianca, *La legge italiana conosce solo figli,* in *Riv. dir. civ*., 2013, I, 2; Morozzo Della Rocca, *Il nuovo status di figlio e le adozioni in casi particolari*, in *Fam. e dir*., 2013, 898 ss.

[25] Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32 (relativa ad un caso di doppia maternità) e Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33 (relativa ad un caso di doppia paternità), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 616 ss., con nota di B. Checchini, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale* e in *Nuove leggi civ. comm*., 2021, 700 ss., con nota di Grasso, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione? (corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33)*. La prima resa in relazione alla questione di legittimità costituzionale, sollevata da Trib. Padova, ord. 9 dicembre 2019, delle norme di cui agli artt. 8 e 9 L. n. 40 del 2004 e 250 c.c. laddove, sistematicamente interpretate, non consentono ai nati nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa praticata da una coppia di donne l'attribuzione dello status di figli riconosciuti di entrambi i componenti della coppia, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera d) della L. n. 184 del 1983 e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore. La seconda resa in relazione alla questione di legittimità costituzionale, (sollevata da Cass., sez. I, 29 aprile 2020 n. 8325, in

dei diritti dell'uomo intervenuto nel frattempo[26] e reso su sollecitazione della Corte di Cassazione francese che era stata investita della domanda di trascrizione, anche a favore della madre intenzionale, dell'atto di nascita di due figlie gemelle di una coppia di coniugi nate da gestazione per altri (GPA) all'estero[27].

La Corte europea dei diritti umani, in tale parere, afferma il diritto del bambino nato a mezzo di maternità surrogata al rispetto della vita privata ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, e conseguentemente, ritiene che l'ordinamento nazionale deve prevedere la possibilità di riconoscere una relazione genitore-figlio con la madre cd. intenzionale. Non sostiene che tale riconoscimento debba avvenire necessariamente mediante la trascrizione del certificato estero nel registro di stato civile, potendo l'ordinamento del Paese aderente ricorrere all'alternativa dell'adozione del bambino da parte della madre intenzionale, purché sia assicurata una procedura tempestiva e efficace[28].

Dando prioritario rilievo ai diritti del bambino, la Corte EDU ricorda che ai legislatori nazionali vanno riconosciuti margini di discrezionalità nella scelta dei modi attraverso i quali assicurare la loro protezione, ma pretende che lo strumento alternativo alla trascrizione dell'atto di nascita garantisca una tutela "pronta" ed "effettiva".

Corr. giur., 2020, 902 ss., con nota di Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata*; in *Fam. e dir.*, 2020, 675 ss., con note di Ferrando, *I diritti del bambino con due papà. la questione va alla corte costituzionale* e di Recinto, *Un inatteso "revirement" della suprema corte in tema di maternità surrogata*) della L. n. 40 del 2004, art. 12, comma 6, D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18 e L. n. 218 del 1995, art. 64, comma 1, lett. g), nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del cd. genitore d'intenzione non biologico.

In argomento v. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità* in *Questione Giustizia.it*; Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021,* in *Giustiziainsieme.it,* 2021; Gattuso*, I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite*), in *Giudice donna.it.*

[26] Va sottolineato come tale parere sia intervenuto nelle more della pubblicazione della già citata decisione delle Sezioni Unite n. 12193/2019, assunta nella camera di consiglio del 6.11.2018, ma pubblicata l'8.5.2019, e come esso rappresenti un primo importante riferimento per riconsiderare l'affermazione della contrarietà al principio dell'ordine pubblico della trascrizione nei registri dello stato civile italiano del rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante ricorso alla maternità surrogata ed il genitore d'intenzione, ritenendosi l'interesse del minore nato da GPA adeguatamente tutelato mediante lo strumento dell'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale.

[27] Corte eur. dir. uomo, G.C. *avis consultatif* 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001, cit. In argomento, oltre ai già segnalati (nt. 12) commenti, v. Crivelli, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2019, 709 ss. Tale parere consultivo, pur non vincolante, come espressamente stabilisce l'art. 5 del Protocollo n. 16 alla CEDU (né per lo Stato cui appartiene la giurisdizione richiedente, né a fortiori per gli altri Stati) è tuttavia confluito in pronunce successive, adottate in sede contenziosa (Corte eur. dir. uomo, 16 luglio 2020, D. contro Francia, ric. n. 11288/18; Corte EDU, 19 novembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, in motivazione e Corte EDU, 12 dicembre 2019, *C. e E. c. Francia*, ric. nn. 1462/18 e 17348/18, § 39). Analogamente orientata Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17, *Valdìs Fjolnisdottir e altri c. Islanda*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2022, I, 396, con nota critica di B. Checchini, «Vita familiare» vs «maternità surrogata»: il nuovo punto di equilibrio della Corte Europea. Quale rilievo all'identità del nato? La Corte Edu ribadisce in tale pronuncia che rientra nella discrezionalità riconosciuta agli Stati vietare la maternità surrogata e rifiutarsi di trascrivere gli atti di nascita stranieri, spiegando che tale divieto risponde all'esigenza di tutelare le donne, (che, a causa della surrogazione, potrebbero trovarsi in condizione di fragilità e subire pressioni) e, altresì, di tutelare i diritti dei minori (anche quello di conoscere i propri genitori naturali).

[28] *"Il est dans l'intérêt de l'enfant qui est dans cette situation que la durée de l'incertitude dans laquelle il se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit aussi brève que possible".*

Sulla base dell'insieme di questi aspetti, e collocandosi, quindi, in una nuova prospettiva rispetto al passato[29], la Corte Costituzionale ha esaminato, in una[30] delle due pronunce cui si è fatto cenno, il caso di un bambino nato da una coppia di donne mediante inseminazione eterologa realizzata all'estero, rispetto al quale risultava inutilizzabile l'adozione in casi particolari da parte della madre intenzionale a causa dell'insormontabile dissenso della madre biologica seguito alla crisi della coppia. Pur dichiarando l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevate e ribadendo che spetta alla prioritaria valutazione del legislatore la scelta dei mezzi più adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, la Corte afferma che in presenza di un così grave vuoto di tutela del preminente interesse del minore, non è più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa. E aggiunge che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori, auspicando "una disciplina della materia che, in maniera organica, individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale"[31].

Nella seconda decisione[32] la Corte Costituzionale, sempre pervenendo ad una pronuncia di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate, esamina, invece, la questione del riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero che attribuisce lo status al genitore d'intenzione in una coppia omoaffettiva che aveva fatto ricorso alla gestazione per altri (bambino nato all'estero da una donna alla quale era stato impiantato un embrione formato con i gameti di una donatrice anonima e di un uomo, cittadino italiano unito in matrimonio con altro cittadino italiano con il quale aveva condiviso il progetto genitoriale).

La Corte Costituzionale ricorda come la Corte EDU, ferma restando la necessità di riconoscimento del «legame di filiazione» con entrambi i componenti della coppia che di fatto si prende cura del nato[33], ammetta "che gli Stati possano non consentire la tra-

[29] Cfr. Corte Cost., 4 novembre 2020, n. 230, in *Foro it*. 2021, I, 27, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale concernente la possibilità di indicare come genitori due donne tra loro unite civilmente e che abbiano fatto ricorso (all'estero) alla procreazione medicalmente assistita per violazione del principio di uguaglianza, del diritto alla genitorialità, tutelato anche dalla normativa europea e convenzionale, alla procreazione, nonché della tutela della filiazione e del miglior interesse del minore.

[30] Corte cost., 9 marzo 2021, n. 32, cit.

[31] Al riguardo la Corte precisa: "In via esemplificativa, può trattarsi di una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento, ovvero dell'introduzione di una nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione. Solo un intervento del legislatore, che disciplini in modo organico la condizione dei nati da PMA da coppie dello stesso sesso, consentirebbe di ovviare alla frammentarietà e alla scarsa idoneità degli strumenti normativi ora impiegati per tutelare il "miglior interesse del minore". Esso, inoltre, eviterebbe le "disarmonie" che potrebbero prodursi per effetto di un intervento mirato solo a risolvere il problema specificamente sottoposto all'attenzione di questa Corte. Come nel caso in cui si preveda, per il nato da PMA praticata da coppie dello stesso sesso, il riconoscimento dello status di figlio, in caso di crisi della coppia e rifiuto dell'assenso all'adozione in casi particolari, laddove, invece, lo status – meno pieno e garantito – di figlio adottivo, ai sensi dell'art. 44 della legge n. 184 del 1983, verrebbe a essere riconosciuto nel caso di accordo e quindi di assenso della madre biologica alla adozione. Il terreno aperto all'intervento del legislatore è dunque assai vasto e le misure necessarie a colmare il vuoto di tutela dei minori sono differenziate e fra sé sinergiche".

[32] Corte cost., 9 marzo 2021, n. 33, cit.

[33] "[…]che ciascun ordinamento garantisca la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il "genitore d'intenzione", al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati (Corte eur. dir. uomo, decisione 12 dicembre 2019, C. contro Francia ed E. contro Francia, paragrafo 42; sentenza D. contro Francia, paragrafo 67); […]".

scrizione di atti di stato civile stranieri, o di provvedimenti giudiziari, che riconoscano sin dalla nascita del bambino lo status di padre o di madre al "genitore d'intenzione"[34], e come lasci così alla discrezionalità di ciascuno Stato la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, annoverando, quindi, anche il ricorso all'adozione del minore. Ma sottolinea come la CEDU ammetta la percorribilità di questa soluzione a condizione che sia garantita la tutela dei diritti dei minori attraverso la costituzione di un legame di vera e propria "filiazione" tra adottante e adottato (Corte EDU, sentenza 16 luglio 2020, D. contro Francia, paragrafo 66), e «a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino» (ibidem, paragrafo 51). E cioè – secondo la Corte Costituzionale – "attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino".

Nella prima vicenda sottoposta all'esame della Corte viene, quindi, in evidenza in particolare l'inadeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari come congegno utile a dare sistemazione giuridica alla relazione filiale scaturente da coppia omoaffettiva, non tanto per la condizione deteriore nella quale pone il minore rispetto all'adozione legittimante, ma piuttosto perché essa risulta «impraticabile» quando un insanabile conflitto nella coppia omoaffettiva determini la negazione del consenso da parte del genitore biologico.

Centrale nella argomentazione della Corte Costituzionale è la considerazione che la tutela del preminente interesse del minore comprende la garanzia del suo diritto all'identità affettiva, relazionale, sociale, fondato sulla stabilità dei rapporti familiari e di cura, così come riconosciuto dalla Corte EDU, la quale ha ravvisato la violazione del diritto alla vita privata del minore nel mancato riconoscimento del legame di filiazione tra lo stesso, concepito all'estero ricorrendo alla specifica tecnica della surrogazione di maternità, e i genitori intenzionali, proprio in considerazione dell'incidenza del rapporto di filiazione sulla costruzione dell'identità personale[35]. Principi che la Corte Costituzionale sintetizza rilevando che "l'identità del minore è, dunque, incisa quale componente della sua vita privata, identità che il legame di filiazione rafforza in modo significativo".

Analoga centralità assumono gli stessi principi nell'esame della seconda vicenda sottoposta all' attenzione della Corte in cui, viceversa, viene in particolare considerazione la questione dell'inadeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari come congegno utile a dare sistemazione giuridica alla relazione filiale scaturente da coppia omoaffettiva, non perché «impraticabile» per l'assenza del necessario consenso del genitore biologico, ma proprio perché pone il minore in una condizione deteriore rispetto all'adozione legittimante in quanto non determina un vero rapporto di filiazione e non comporta né la effettività, né la tempestività del riconoscimento del rapporto di filiazione ritenute necessarie dalla Corte Edu.

La Corte afferma che, "al fine di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica richiesta dai principi convenzionali e costituzionali attraverso l'adozione, essa dovrebbe dunque essere disciplinata in modo più aderente alle peculiarità della si-

[34] "[…]e ciò proprio allo scopo di non fornire incentivi, anche solo indiretti, a una pratica procreativa che ciascuno Stato ben può considerare potenzialmente lesiva dei diritti e della stessa dignità delle donne che accettino di portare a termine la gravidanza per conto di terzi."

[35] Corte eur. dir. uomo, sezione quinta, sentenze 26 giugno 2014, Mennesson contro Francia (ricorso n. 65192/11) e Labassee contro Francia (ricorso n. 65941/11), disponibili sul sito biodiritto.org, consultato in data 3 dicembre 2022.

tuazione in esame, che è in effetti assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare per mezzo dell'art. 44, comma 1, lettera d), della legge n. 184 del 1983". Ma – precisa la Corte – "il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori" [36], [...] "non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco".

4. *Il più recente dialogo fra le Corti*

Proprio sulla base di quest'ultima pronuncia (n. 33 del 9 marzo 2021), qualificata "d'incostituzionalità accertata, ma non dichiarata" [37], la prima sezione civile della Corte di Cassazione[38] (alla quale è tornato il ricorso dopo l'intervento del giudice delle leggi) ha ritenuto necessaria una nuova riflessione sul bilanciamento d'interessi cui le Sezioni Unite erano pervenute con la sentenza n. 12193 del 2019, essendosi, anche dalla Corte Costituzionale, riconosciuto come inadeguato il grado di tutela del minore conseguente alla sola possibilità di ricorso all'adozione in casi particolari[39].

La Cassazione evidenzia come la Corte Costituzionale, in linea con la Corte Europea, ritenga "pienamente legittima la scelta interpretativa (così come in ipotesi quella legislativa) per l'esclusione della trascrizione come mezzo per il riconoscimento della filiazione a favore del genitore intenzionale", ma sottolinea altresì che, "in questa prospettiva, la Corte stessa ammonisce il legislatore sulla necessità di apprestare uno strumento normativo *ad hoc* (anche adattando l'istituto della adozione) che consenta di pervenire al risultato del riconoscimento della filiazione del genitore intenzionale che sia equivalente a quella del genitore biologico".

"Non si tratta – precisa ancora la Cassazione – di semplice *moral suasion* perché il giudice delle leggi ha chiaramente condiviso il punto di vista della Corte Europea secondo cui la libertà dello Stato di non consentire la trascrizione della sentenza delibata

[36] "Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna chance di un tale riconoscimento, sia pure ex post e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe– secondo la Corte – per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata".

[37] Definibile anche d'inammissibilità per "eccesso di fondatezza", come precisa la Cassazione, attingendo da Diaco (a cura di), *Le tipologie decisorie della Corte Costituzionale attraverso gli scritti della dottrina*, Quaderno processuale del servizio studi della Corte Costituzionale, maggio 2016, 38-39. Contesta che dal testo dell'ordinanza n. 33 del 2021 emergano i caratteri propri delle sentenze di illegittimità accertata e non dichiarata, il procuratore generale della Cassazione nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2022 (in: https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2528-maternita-surrogata-le-conclusioni-della-procura-generale-all-udienza-dell-8-novembre-2022). In argomento, v. anche, *infra*, nt. 50.

[38] Cass. civ., sez. I, ord. 21 gennaio 2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1047 ss. con nota di Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle sezioni unite* e in *Giur. it.*, 2022, 1825 ss., con nota di Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*

[39] La Cassazione precisa che ci si trova di fronte a una situazione di vuoto normativo per il "venir meno dei due assunti su cui si basava il precedente delle Sezioni Unite vale a dire in primo luogo il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. In secondo luogo la legittimità di tale esclusione aprioristica del riconoscimento per essere praticabile da parte del genitore intenzionale la via, alternativa alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, della adozione L. n. 184 del 1983, ex art. 44, lett. d)".

o dell'atto di nascita è legittimamente esercitata solo se sussista nell'ordinamento una via alternativa che consenta di riconoscere con piena efficacia e prontamente la filiazione rispetto al genitore intenzionale.

D'altro canto, la riconosciuta necessità di un intervento legislativo non consente – secondo la Cassazione – di concepire "una categoria di diritti inviolabili e fondamentali, sospensivamente condizionata *sine die* all'intervento del legislatore". […] "Se il dialogo fra il legislatore e il giudice delle leggi non risolve in tempi ragionevoli un conflitto di costituzionalità del quadro normativo esistente, spetta all'interpretazione delle Corti adottare una soluzione ermeneutica volta a colmare la lacuna o a risolvere il conflitto rilevato dal giudice costituzionale rispettando le indicazioni sulle norme e i principi costituzionali in gioco che non possono essere violati"[40]. È questo, ad avviso del Collegio remittente, che giustifica una nuova chiamata delle Corti, e *in primis* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, alla ricerca di una interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco.

In questa direzione il Collegio suggerisce una possibile soluzione interpretativa adeguatrice consistente "nel configurare la valutazione del conflitto del riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore di intenzione con l'ordine pubblico internazionale, spettante al giudice investito della richiesta di delibazione, come valutazione legata al singolo caso in esame, secondo criteri di inerenza, proporzionalità e ragionevolezza per come affermati dalla giurisprudenza costituzionale specificamente nell'ottica della ricerca della soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore"[41]. Evitando automatismi, spetterebbe quindi al giudice, con un giudizio concreto caso per caso e non astratto, e secondo "criteri che abbiano validità generale" valutare la "compatibilità della delibazione (o della trascrizione) con i valori sottesi al divieto di surrogazione e con l'aspirazione del nostro Stato a scoraggiare prassi elusive poste in essere dal cd. turismo procreativo".

In questo modo, il riconoscimento *ex post* del rapporto di filiazione con il genitore intenzionale non implicherebbe l'effetto di legittimare la maternità surrogata, ma consentirebbe soltanto di tutelare gli interessi del minore.

La prima sezione della Corte di Cassazione si muove, dunque, nel tentativo di individuare una via interpretativa in grado di assicurare quella tutela "pronta" ed "effettiva" che lo strumento dell'adozione in casi particolari al momento non garantisce, cercando una possibile alternativa concreta all'utilizzazione di tale strumento, in attesa di un suo adattamento normativo.

Nel frattempo, è la stessa Corte Costituzionale[42] ad operare un primo adattamento dello strumento dell'adozione in casi particolari finalizzato a rendere effettiva – in

[40] A sostegno di tale affermazione la Cassazione richiama Corte cost., 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 5, 1998, anch'essa relativa all'impatto delle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita su un quadro normativo inadeguato, secondo la quale "l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali".

[41] Sul punto, v. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., la quale rileva che "l'ordinanza non si limita ad osservare il fenomeno della maternità surrogata dall'esterno, come se fosse un blocco unitario ed omogeneo, ma scende a considerare la multiforme realtà della surrogazione" e ne declina una plurima tipologia.

[42] Corte cost., 28 marzo 2022 n. 79, cit. Aderendo alla valutazione del giudice remittente (Tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna, ordinanza del 26 luglio 2021, pubblicata in G.U., Serie Speciale – Corte Co-

conformità ai principi costituzionali e in linea anche con gli orientamenti della Corte di Strasburgo – la tutela offerta dall'adozione in casi particolari al minore[43].

Premesso che non riconoscere i legami familiari con i parenti del genitore adottivo equivale a disconoscere l'identità del minore costituita dalla sua appartenenza alla nuova rete di relazioni familiari che di fatto costruiscono stabilmente il suo quotidiano[44], la tutela dell'interesse del minore impone di garantire a tutti i bambini adottati il riconoscimento dei rapporti di parentela che nascono dall'adozione. In particolare – afferma la Corte – il minore adottato – nelle ipotesi conosciute come "adozione in casi particolari" – ha lo *status* di figlio e non può essere privato dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione «ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni».

Né può trovare giustificazione una diversità di trattamento del minore adottato in casi particolari, sulla base della circostanza che tale adozione non recide i legami con la famiglia d'origine.

In realtà – sostiene la Corte – l'aggiunta dei legami familiari accomunati dallo stipite, da cui deriva il genitore adottivo, a quelli accomunati dallo stipite, da cui discende il genitore biologico, non è che la naturale conseguenza di un tipo di adozione che può pronunciarsi anche in presenza dei genitori biologici e che vede, dunque, il genitore adottivo, che esercita la responsabilità genitoriale, affiancarsi a quello biologico[45].

---

stituzionale n. 39 del 29 settembre 2021, p. 83), la Corte esclude che l'art. 55 della legge n. 184 del 1983, nel suo univoco rinvio all'art. 300, secondo comma, cod. civ., lasci spazio a letture alternative. Esclude, cioè, l'ipotesi di una tacita abrogazione della disposizione censurata ad opera dell'art. 74 cod. civ., nella sua nuova formulazione introdotta dall'art. 1, comma 1, della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Considerato che, a dispetto della unificazione dello status di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo, la Corte ritiene irragionevole che un profilo tanto rilevante «per la crescita e per la stabilità di un bambino» possa essere regolato tramite il rinvio alla disciplina operante per l'adozione dei maggiorenni, istituto che è «plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie». In argomento, v. FERRANDO, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., la quale sottolinea che "le conseguenze sono rilevanti se si considera che grazie a questa sentenza, l'adozione del minore produce in ogni caso effetti omogenei, indipendentemente dalle forme in cui viene costituita. Si tratta in ogni caso di effetti "pieni" ("legittimanti", si sarebbe detto una volta): l'adottato acquista lo stato di figlio dell'adottante. Le differenze tra adozione "ordinaria" e "semplice" del minore non riguardano più il tipo di rapporto che scaturisce dal provvedimento giudiziale, riguardano invece le condizioni per accedervi – lo stato di abbandono da parte dei genitori e dei parenti non dovuto a causa di forza maggiore di carattere transitorio, nel primo caso (art. 8, l. 184/1983); la presenza di una delle circostanze previste dall' art. 44, l. n. 184, nel secondo) – e le procedure necessarie per ottenerla. In definitiva, potremmo dire che unico è il tipo di adozione del minore, ma diversi i percorsi che vi conducono a seconda delle circostanze in cui il minore si trova".

[43] Non solo, evidentemente, al minore cui si riconosce l'interesse a mantenere relazioni affettive già di fatto instaurate e consolidate con il convivente o con il partner dello stesso sesso del genitore biologico o al minore che vive nel nuovo nucleo familiare del genitore biologico, ma anche al bambino orfano o orfano con disabilità e al bambino abbandonato o semi-abbandonato, non adottabile con l'adozione legittimante. Sottese all'istituto si combinano, infatti, due finalità: quella vòlta a tutelare l'interesse del minore a preservare rapporti già instaurati e quella diretta a risolvere situazioni di giuridica impossibilità ad accedere all'adozione piena.

[44] La Corte Edu ha ritenuto che il riconoscimento dei legami con i parenti dei genitori costituisce aspetto significativo del rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) già a partire da Marckx c. Belgio, 13 giugno 1979, in *Foro it.*, 1979, I, 333.

[45] La Corte richiama sul punto la più recente giurisprudenza di legittimità: «l'adozione in casi particolari ex art. 44 l. adoz. crea un vincolo di filiazione giuridica che si sovrappone a quello di sangue, non estinguendo il rapporto con la famiglia di origine» (CASS. CIV., sez. I, ord. 22 novembre 2021, n. 35840, in *Ilfamiliarista.it*, 2021; CASS. CIV., sez. un., sentenza 13 maggio 2020, n. 8847, in *Guida al dir.*, 2020, 37, 61). Nello stesso senso CASS. CIV., sez. I, 25 gennaio 2021, n. 1476, ord., con nota di ZANOVELLO, *Semiabbandono e interesse del minore alla conservazione dei legami familiari. la cassazione ribadisce il ricorso all'adozione "mite"*, in *Fam. e dir.*, 2021, 586 ss.

Si deve, quindi, ritenere che, "se l'unicità dello status di figlio si spiega dove serve a evitare il contrasto fra due diverse verità (art. 253 cod. civ.), viceversa, quando è lo stesso legislatore ad affiancare al genitore biologico il genitore adottivo e a sovrapporre due vincoli di filiazione, l'unicità della famiglia si tramuta in un dogma, che tradisce il retaggio di una logica di appartenenza in via esclusiva"[46].

La Corte Costituzionale, quindi, consentendo al bambino adottato con adozione particolare dal genitore intenzionale di avere, oltre a un secondo genitore, una seconda famiglia (fratelli, nonni zii, cugini), riconosce ai bambini adottati tramite adozione in casi particolari di avere gli stessi diritti dei bambini adottati con adozione piena[47].

Una conquista di uguaglianza, dunque, a tutela della vita familiare e dell'identità del bambino adottato, ed anche un indubitabile passo in avanti nell'auspicato processo di adeguamento normativo dello strumento dell'adozione particolare, finalizzato a rendere effettiva la tutela offerta da tale tipo di adozione al minore nei confronti del genitore d'intenzione. E, tuttavia, un adeguamento ancora insufficiente a soddisfare completamente le condizioni richieste dalla Corte EDU al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali del bambino, restando necessari sia l'assenso del genitore "biologico" (art. 46, l. n. 184/1983), sia la domanda del genitore d'intenzione, che, come si è visto, pregiudicano a loro volta l'effettività di quella tutela[48].

Le Sezioni Unite[49], tuttavia, non condividono l'orientamento della prima sezione. In particolare non condividono l'idea che la sentenza n. 33 della Corte costituzionale abbia provocato un vuoto normativo determinando così la necessità di assicurare in via interpretativa e alternativa quella tutela "pronta" ed "effettiva" che lo strumento dell'adozione in casi particolari, in mancanza di un suo adattamento normativo, al momento non garantisce[50].

---

[46] Sottolinea che questo rappresenta "un passaggio di grande rilevanza della motivazione perché muove dall'assunto che i diritti del bambino non possono essere negati dalla forza di un dogma, quello della esclusività della famiglia" Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit. "La Corte costituzionale – prosegue l'A. – apre una nuova strada. Due famiglie possono coesistere – quella d'origine e quella adottiva – quando ciò sia necessario per tutelare i diritti del bambino. L'attenzione ai diritti porta al tramonto di vecchi dogmi".

[47] Per una più articolata riflessione in argomento, v. Senigaglia, *Criticità della disciplina dell'adozione in casi particolari dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 79/2022*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1333 ss., il quale sottolinea, in particolare, che l'adozione in casi particolari, può essere revocata (art. 51, l. 184/83) e determinare «effetti caducatori non solo sulla responsabilità genitoriale, ma direttamente sullo *status*».

[48] Sottolinea Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., che la sentenza n. 79/2022 rimuove certamente uno dei limiti dell'adozione particolare, ma non tutti gli altri che, a suo giudizio, "rivelano la strutturale inidoneità dell'istituto dell'adozione a garantire i diritti dei bambini nati da PMA, e questo non solo a causa del procedimento di adozione che sconta le incertezze dei tempi e degli esiti propri di ogni procedimento di volontaria giurisdizione, ma proprio per via della sua disciplina sostanziale. L'adozione, infatti, è per sua natura istituto rimesso alla discrezionalità degli adulti". Sul punto v. anche Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1013 ss., per la quale la pronuncia della Consulta lascia del tutto irrisolto l'altro "peccato originale" dell'adozione in casi particolari: l'ostacolo insuperabile all'accesso all'adozione, rappresentato dall'eventuale mancato assenso del genitore legale. E solo considerando l'assenso del genitore legale esercente la responsabilità genitoriale già prestato quando "a monte" ci sia stato un accordo riferito alla surrogazione di maternità, "il compromesso a favore dell'adozione in casi particolari potrebbe dirsi davvero accettabile".

[49] Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162, in *Federalismi.it*, 6, 2023, con nota di Ferrari, *La giurisprudenza non è fonte del diritto. Nota a SS.UU. n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore.*

[50] Più in particolare, le Sezioni Unite precisano che la sentenza n. 33 del 2021 "[…]è una decisione di inammissibilità, non di illegittimità costituzionale […] non emergono i caratteri propri delle sentenze di

Ritengono, piuttosto, che la Corte Costituzionale chiami in causa il legislatore "perché la decisione sulla direzione di marcia, in un terreno denso di implicazioni etiche, antropologiche, sociali, prima ancora che giuridiche, non può essere devoluta alla giurisprudenza". E che al giudice competa, invece, di valutare la situazione rimasta in attesa di una migliore disciplina per via legislativa e di "individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema, nel quadro dell'equilibrio dei valori già indicato con chiarezza dalla Corte costituzionale".

Le Sezioni Unite confermano, pertanto, le proprie precedenti valutazioni [51] relative alla violazione dell'ordine pubblico in caso di richiesta di trascrizione della sentenza straniera di riconoscimento della genitorialità intenzionale derivante dall'utilizzo della tecnica della gestazione per altri realizzata all'estero (e quindi l'esclusione della riconoscibilità del provvedimento straniero che attribuisce la doppia paternità), e confermano l'indicazione dell'adozione in casi particolari come l'istituto preordinato alla migliore tutela del minore.

Conferma ulteriore della idoneità dell'istituto dell'adozione in casi particolari a questo fine traggono, peraltro, dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che impedivano l'instaurazione dei rapporti civili tra adottato e parenti dell'adottante, fino ad allora ritenuta differenza fondamentale tra adozione piena e adozione in casi particolari, in grado di pregiudicare l'effettività della tutela offerta da quest'ultimo strumento.

Quanto, poi, al necessario assenso del genitore "biologico", che secondo l'ordinanza interlocutoria "potrebbe non essere prestato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia" e quindi pregiudicare anch'esso l'effettività di quella tutela, le Sezioni Unite sottraggono valore all'argomento, stabilendo in modo innovativo[52] che l'opposizione del genitore biologico alla richiesta di adozione in casi particolari, spesso ricorrente nel caso

---

illegittimità accertata e non dichiarata […] È una pronuncia di inammissibilità-monito, in quanto la Corte, pur avendo rilevato aspetti di criticità, ha ritenuto di non poter intervenire direttamente in una materia che richiede necessariamente una valutazione discrezionale del legislatore".

[51] Viene infatti espressamente richiamata e ribadita la precedente pronuncia, Cass., sez. un., n. 12193 del 2019, cit., per la quale, come già ricordato, nella nozione di ordine pubblico rientrano, oltre a quei principi fondamentali, quei valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale, anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale di sistema. Fra queste ultime la Corte colloca anche l'art. 12, comma 6°, della legge n. 40 del 2004 – che considera fattispecie di reato ogni forma di maternità surrogata indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante, con sanzione rivolta a tutti i soggetti coinvolti, compresi i genitori intenzionali – poiché "esprime l'esigenza di porre un confine al desiderio di genitorialità ad ogni costo, che pretende di essere soddisfatto attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale per la realizzazione di un progetto altrimenti irrealizzabile". Sul punto vengono richiamati: la risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2016 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea nel 2015, che condanna "qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali"; una recente pronuncia del Tribunal Supremo spagnolo (n. 277 del 31 marzo 2022, consultabile alla pagina https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/0e6219d460d65731/20220405), che nega il riconoscimento in Spagna della filiazione risultante da un contratto di gestazione surrogata indicando come via per determinare la filiazione del genitore d'intenzione quella dell'adozione; e, soprattutto, l'orientamento della Corte Costituzionale (sentenze n. 272 del 2017, n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022, tutte già cit.), considerato nella sua valenza non preclusiva rispetto alla utilizzazione dello strumento dell'adozione in casi particolari, se assicura una tutela "adeguata".

[52] In ordine alle difficoltà di superare l'opposizione del genitore biologico (posta a tutela del genitore e del minore con cui convive dalle interferenze nella propria vita di relazione), v. le considerazioni di Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, cit., 1830, di Grasso, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione? (corte cost. 9 marzo 2021, nn. 32 e 33)*, cit., 718 e di Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei* best interests of the child come principio del miglior interesse del minore, in *Fam. e dir.*, 2023, 365 ss. Positivamente sul punto Favilli, *Fecondazione eterologa all'estero - stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto*, in *Giur. it.*, 2022, 311 ss.

di crisi della coppia, possa essere superata dal giudice attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme, ove il rifiuto sia giudicato lesivo del preminente interesse del minore[53]: "[…] il dissenso alla costituzione del legame di filiazione adottiva da parte del genitore biologico esercente la responsabilità genitoriale non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale. L'effetto ostativo del dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione del genitore sociale, allora, può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, secondo il modello del dissenso al riconoscimento […] In altri termini, il genitore biologico potrebbe negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure abbia partecipato solo al progetto di procreazione ma abbia poi abbandonato il partner e il minore" [54].

Fondamentale nell'argomentazione della Corte, risulta, dunque, la considerazione della responsabilità genitoriale come insieme di poteri finalizzati alla tutela della persona del figlio ed alla crescita della sua personalità, al suo benessere, attribuiti per realizzare il suo preminente interesse, ed il cui esercizio, pertanto, non può che riflettere tali finalità. Ne consegue che non potrà essere ostativo un dissenso ingiustificato del genitore biologico, in contrasto con l'interesse del minore a conservare un rapporto costante di affetto e di cura con il genitore d'intenzione. E ciò in considerazione del fatto che l'opposizione vanificherebbe, come la Corte sottolinea, non l'acquisto di un legame ulteriore rispetto a quello che il minore ha con la famiglia di origine, ma sacrificherebbe proprio uno dei rapporti sorti all'interno della famiglia nella quale il bambino è cresciuto, "privandolo di un apporto che potrebbe invece essere fondamentale per la sua crescita e il suo sviluppo".

Si tratta di considerazioni assolutamente condivisibili, che avrebbero meritato di avere ben altra centralità nella pronuncia delle Sezioni Unite e che risultano invece utilizzate al solo, limitato fine di rendere più adeguata la rinnovata indicazione dello strumento dell'adozione in casi particolari a soddisfare le ragioni di tutela del minore, nel tentativo di ridimensionarne in qualche modo la pur percepita strutturale inidoneità.

Trincerandosi dietro l'enunciazione del principio per cui "la giurisprudenza non è fonte del diritto", che rafforza sottolineando come la stessa Corte Costituzionale abbia inteso preservare l'ambito di discrezionalità del legislatore, la Cassazione rinuncia a compiere quell'atteso – o meglio sperato[55] – tentativo "alto"[56] di dare soluzione alla

[53] Un primo segnale di tale orientamento, sia pure in termini non esattamente coincidenti, si coglie già nelle parole del Procuratore Generale nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2022, cit.

[54] Le Sezioni Unite, nel formulare tali considerazioni (punto 11 dir.) ricordano come, in ragione del preminente interesse del minore, la giurisprudenza abbia già avuto modo di orientarsi nel senso di ignorare l'opposizione nei casi in cui il genitore biologico sia mero titolare della responsabilità genitoriale, ma non ne abbia altresì il concreto esercizio grazie a un rapporto effettivo con il minore: Cass., sez. I, 21 settembre 2015, n. 18575, in in *DeJure*; Cass., sez. I, 16 luglio 2018, n. 18827, in *Familia*, 2018, con nota di Vizzoni, *Dissenso del genitore biologico nell'adozione in casi particolari: tra efficacia preclusiva ed esercizio effettivo della responsabilità genitoriale* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 5 ss., con nota di Long, *Adozione e affidamento - «adozione in casi particolari e dissenso del genitore esercente la responsabilità genitoriale»*. In argomento cfr. anche Cass., 13 aprile 2021, n. 9666, in: https://sentenze.laleggepertutti.it/sentenza/cassazione-civile-n-9666-del-13-04-2021.

[55] "[…]nel cercare di prevedere i possibili esiti della pronuncia delle Sezioni Unite" ritiene "poco plausibile che venga confermato il precedente bilanciamento" Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle sezioni unite*, cit., 1060. Delinea tre possibili percorsi, Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, cit., 1830.

[56] Per questa valutazione, con riferimento all'ordinanza di remissione, v. Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., 11: "Se ci si pone nell'ottica del bilanciamento suggerita dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea, mi pare

questione: "la valutazione in sede interpretativa non può spingersi sino alla elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore", particolarmente su temi "in rapporto ai quali lo stesso diritto di famiglia, nel mentre riflette, come uno specchio, lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari nel contesto sociale, tuttavia non può prescindere dal sistema, affidato anche alle cure del legislatore".

Nell'ambito del fitto dialogo giurisprudenziale in atto, va altresì sottolineato come, parallelamente, la protezione dei diritti del minore sia stata recentemente presa in considerazione anche sotto un profilo ulteriore: secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea[57], infatti, poiché il mancato riconoscimento dello status di figlio costituitosi o riconosciuto in un altro Paese dell'UE può rappresentare per il minore un ostacolo alla libertà di circolazione, la filiazione accertata in uno Stato membro deve essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri per alcuni scopi: accesso al territorio, diritto di soggiorno, non discriminazione rispetto ai cittadini nazionali.

Su questa base la commissione Europea ha anche adottato una proposta di regolamento[58] in cui si prevede che la filiazione accertata in uno Stato membro dell'UE debba essere riconosciuta in tutti gli altri Stati membri, senza nessuna procedura specifica, e la creazione di un certificato europeo di filiazione, che dovrebbe servire a far valere lo status di figlio in qualunque Stato, diverso da quello di emissione, a prescindere dalla iscrizione nei registri dello stato civile.

Ma, proprio facendo leva sulla diversa valutazione della nostra Cassazione a Sezioni Unite in ordine al rilievo del limite dell'ordine pubblico, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 6 del secondo protocollo dei Trattati istitutivi[59], il nostro Senato si è espresso in senso contrario a tale proposta di regolamento europeo, precludendone con ogni probabilità l'adozione definitiva, almeno nella attuale formulazione.

5. *Riflessioni conclusive*

Dunque, a giudizio delle Sezioni Unite, per le quali il rifiuto del riconoscimento di effetti del provvedimento giurisdizionale straniero che accerta il rapporto di filiazione anche con il genitore intenzionale resta giustificato dal contrasto con l'ordine

---

che quello proposto dalla I sezione sia un tentativo per così dire "alto", di contemperare interessi ritenuti in conflitto tra loro. La soluzione suggerita consiste nel trovare un punto in cui il conflitto viene meno in quanto entrambi i beni messi a confronto ricevono adeguata tutela".

[57] V. Corte giust. UE, Grande Sezione, sentenza 14 dicembre 2021, causa C-490/20 (*V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*), e Sezione X, ordinanza 24 giugno 2022, causa C-2/21 (*Rezecznik Praw Obywatelskich*). In argomento, v. Picchi, *Il riconoscimento dei certificati di nascita stranieri in caso di filiazione omogenitoriale. riflessioni su una necessaria quanto complessa disciplina, a partire dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3, 2022; Nalin, *Dialogo tra Corti europee e giudici nazionali in tema di maternità surrogata: verso un bilanciamento tra limite dell'ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 1, 222, 237 ss.

[58] Proposta di Regolamento del 7 dicembre 2022, relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione.

[59] "Ciascuno dei Parlamenti nazionali o ciascuna camera di uno di questi parlamenti, può entro un termine di sei settimane a decorrere dalla data di trasmissione di un progetto di atto legislativo europeo, inviare ai presidenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato che espone le ragioni per le quali ritiene che il progetto in causa non sia conforme al principio di sussidiarietà".

pubblico[60], l'unico modo attualmente ammissibile per dare forma giuridica al rapporto col genitore intenzionale risulta essere l'adozione in casi particolari.

Si tratta di uno strumento che garantisce una tutela adeguata? In grado, cioè, di assicurare al minore nato da maternità surrogata la tutela giuridica – pronta ed effettiva – richiesta dai principi convenzionali e costituzionali? La Cassazione risponde positivamente[61], adducendo da un lato l'intervenuta sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 2022, che pone rimedio alla questione del riconoscimento dei rapporti di parentela che nascono dall'adozione in casi particolari; dall'altro, l'interpretazione adeguatrice del requisito del necessario assenso del genitore biologico, che pone rimedio alla eventualità di un suo diniego ingiustificato. Aggiunge, inoltre, che il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico (l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero), richiedendo un giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del bambino e una verifica in concreto dell'idoneità del genitore istante.

E tuttavia, nonostante l'opzione netta e dettagliatamente giustificata a favore dell'adozione in casi particolari quale strumento utile a dare forma giuridica al rapporto del minore con il genitore d'intenzione privo di legame biologico, risulta chiara nelle Sezioni Unite la consapevolezza che la soluzione "presenta aspetti problematici": "L'adozione è, ancora, non pienamente adeguata nella prospettiva di una tutela piena del generato nei confronti di chi, partecipando al progetto procreativo, ha assunto la responsabilità di farlo venire al mondo, perché l'istituto dell'adozione, in tutte le sue forme, presuppone che il genitore assuma l'iniziativa. L'iniziativa ai fini della costituzione dello *status* non compete mai all'adottando. Il minore non può rivendicare la costituzione del rapporto genitoriale per il tramite dell'adozione. Qualora il partecipante al progetto procreativo, che non abbia legami genetici con il minore, cambi idea e non voglia più instaurare alcun rapporto giuridico con il nato, il minore non ha alcun diritto alla costituzione, attraverso l'adozione, di un rapporto con il genitore d'intenzione privo di legame genetico".

La soluzione accolta, dunque, non è appagante neanche per le stesse Sezioni Unite perché anche ad esse è evidente il sacrificio dei diritti del bambino, che finiscono con il dipendere dalla scelta di chi, dopo aver acconsentito al progetto procreativo, è libero di sottrarsi ad una responsabilità che non dovrebbe mai poter essere evitata, indipen-

[60] L'auspicato superamento del diritto vivente rappresentato dalla sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite (cit.), non avviene. Contrariamente a quanto ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, secondo le Sezioni Unite "non è consentito all'interprete ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico internazionale, forme di surrogazione che, sebbene in Italia vietate, non sarebbero in grado di vulnerare, per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto". Ciò in quanto, sempre a giudizio delle Sezioni Unite, "il nostro sistema vieta qualunque forma di surrogazione di maternità, sul presupposto che solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento di condizioni di fragilità".

Nella pronuncia si sottolinea, inoltre, che la valutazione caso per caso finirebbe per essere attribuita, in prima battuta, non al giudice, bensì all'ufficiale di stato civile il quale, con i suoi poteri, si troverebbe nella "pratica impossibilità" di procedere alla verifica e di operare la scelta relativa al riconoscimento della genitorialità intenzionale sulla base dei criteri generali che il giudice remittente vorrebbe 'normati'" dalle Sezioni Unite.

[61] "Attraverso l'adozione in casi particolari, l'ordinamento italiano assicura tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico, *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, del suo rapporto con il genitore d'intenzione".

dentemente dalla liceità della tecnica procreativa utilizzata (artt. 8 e 9, l n. 40/2004)[62]. E occorre convenire che questo aspetto, come la dottrina più attenta ha già avuto modo di sottolineare in più occasioni, pone una questione di strutturale inidoneità dell'istituto dell'adozione a garantire i diritti dei bambini nati da PMA[63].

[62] Si sacrificano, infatti, i diritti del minore nei confronti dei soggetti responsabili della sua nascita, esponendolo così ai gravi pregiudizi che derivano dalla eliminazione di una figura genitoriale.

[63] Così, Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?*, cit., 8. Cfr., nello stesso senso, Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, cit., 1829, che parla di "intrinseca inidoneità sistematica dell'istituto dell'adozione alla tutela del diritto del minore per il quale la coppia committente ha organizzato e perseguito un progetto procreativo" in quanto (p. 1831) con "una singolare eterogenesi dei fini, le ragioni di deterrenza contro il comportamento della coppia intenzionale si trasformano in una posizione di vantaggio che consente alla stessa coppia di decidere se assumere il ruolo genitoriale: in forza di tale disciplina, resta nelle mani del genitore intenzionale la scelta se costituire il rapporto filiale ovvero abbandonare il nato al suo destino".

BIANCA CHECCHINI

FAMIGLIE OMOAFFETTIVE: DICHIARAZIONE DI NASCITA E ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI, UN APPROFONDIMENTO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La costituzione dello *status* di figlio e l'atto di nascita. – 3. La formazione dell'atto di nascita. La disciplina per le coppie coniugate e non, nella procreazione naturale. – 4. *Segue*: … e nella filiazione da p.m.a. ai sensi della l. n. 40/2004. – 5. L'esclusione della filiazione nella famiglia omoaffettiva: la l. n. 40/2004 e la sua «tenuta» costituzionale. – 6. Quale possibilità di filiazione è riconosciuta alla coppia omoaffettiva dalla normativa vigente? – 7. La «realtà» della genitorialità omoaffettiva e la varietà delle soluzioni giurisprudenziali. – 8. *Segue*: lo *status* del nato all'estero da coppia omoaffettiva. – 9. …e del nato in Italia: «stato dell'arte» e nuove prospettive. – 10. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa*

Esiste uno spazio dell'esistenza[1] che non è ancora stato «sistemato» dal diritto: è la questione della genitorialità omoaffettiva, o meglio, si dovrebbe dire, della filiazione di coppia omoaffettiva.

La riflessione che vorrei consegnare a queste pagine presuppone la presentazione del problema dal punto di vista giuridico in uno con la spiegazione dei risultati cui è approdata la giurisprudenza più recente alla luce del quadro normativo vigente; ciò al fine di vagliare la bontà delle soluzioni raggiunte e l'idoneità delle stesse ad ordinare una materia così complessa e dai profili umani delicati e profondi[2].

Come si è detto, il tema è quello della filiazione dal quale occorre partire per chiarire una considerazione di carattere generale: nell'ordinamento giuridico vigente il fatto materiale della procreazione non crea il rapporto giuridico di filiazione[3].

La procreazione di per sé rileva per alcuni effetti giuridici[4] ma nel sistema italiano,

---

* Lo scritto, rielaborato nella prospettiva di questa pubblicazione per il prof. Zatti, ripercorre i contenuti della Relazione che ho tenuto al Convegno dal titolo «*Nel superiore interesse: minori al centro*», il 19 aprile 2023, presso la Sala Anziani, Palazzo Moroni, Padova.

[1] SCALISI, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1114 ove l'a., parafrasando il filosofo francese Didier Eribon (*De la subversion. Droit, norme et politique*, Cartouche, 2010, 90), ricorda come «*esistere* venga prima di *riconoscere* o *vietare* e che è l'esistenza stessa che genera i discorsi, sicché non possiamo pensare che essa non possa o non debba essere soltanto perché ci fa comodo pensarlo».

[2] Di recente, in dottrina, cfr. diffusamente, GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Giappichelli, 2022.

[3] Mi sia consentito il rinvio alle parole contenute nel Manuale IUDICA-ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 23a ed., Cedam-Wolters Kluwer, 2022, 63 ss., ove si insegna agli studenti di diritto privato che la «nascita» è un fatto giuridico, cioè un accadimento del mondo esterno al cui verificarsi la legge (o la norma) collega il prodursi di conseguenze giuridiche. Ma la nascita di un bambino per il nostro ordinamento giuridico non rappresenta ancora un fatto che gli fa conseguire la qualità – giuridicamente rilevante – di figlio. Così per la procreazione «Rimane chiaro, a questo punto, che nel nostro sistema giuridico il solo *fatto* della procreazione non è fattispecie *in sé e per sé* sufficiente a determinare la costituzione di un *rapporto giuridico di filiazione* e di uno «stato»» (*ivi*, 650).

[4] Succintamente e senza pretesa di approfondimento, v. la rilevanza della parentela di sangue in linea retta e collaterale che rileva per gli impedimenti al matrimonio e la sussistenza dell'incesto; v. l'art. 591 s. cod. pen., nonché l'art. 279 cod. civ.

non si è figli perché si nasce: figli si diventa attraverso la costituzione dello *status* di figlio[5]. Proprio di recente una pronuncia della Corte costituzionale n. 79/2022[6] parla del «soggetto divenuto figlio»[7]; a questo inciso la Corte aggiunge come «lo stato di figlio perdura per l'intera esistenza del soggetto»; insomma una volta divenuti figli, tali si rimane per sempre[8].

Questa regola vale sia quando la filiazione avviene nel matrimonio sia quando la filiazione avviene fuori del matrimonio, sia quando la filiazione deriva da procreazione naturale sia quando la filiazione deriva da procreazione artificiale, sia nell'ipotesi di adozione.

Perché è importante chiarire questa premessa? Perché è dalla costituzione dello *status* di figlio che si diramano gli *effetti giuridici* della filiazione, tra cui i legami parentali accomunati dal medesimo stipite (Corte cost., n. 79/2022, cit.), l'attribuzione del nome (Corte cost., n. 131/2022[9]), la responsabilità genitoriale (art. 315 *bis* cod. civ.), i diritti patrimoniali e personali del rapporto genitore-figlio in una dimensione relazionale e reciproca.

In questa epoca storica, tuttavia, siamo di fronte ad una fastidiosa contraddizione; da un lato, è chiaro che la Riforma della filiazione[10] ha inteso unificare la qualità

---

[5] V. Rescigno, secondo il quale «lo *status* appare quindi strumento tecnico, tra i più collaudati, capace di tradurre in una condizione rilevante per il diritto, e rilevante in maniera non precaria né discontinua, una situazione che, nell'ambiente sociale e secondo l'apprezzamento comune, distingue un soggetto dagli altri soggetti, per ragioni strettamente individuali o in ragione dell'appartenenza ad un gruppo». L'accentuazione della rilevanza dello *status* come "qualità durevole" della persona è ben rappresentata dalla distinzione che l'a. propone tra *status* e situazione, dove lo stato, contrariamente alla situazione, richiama l'idea di una «condizione personale destinata a durare, capace di dar vita a prerogative e doveri, e di giustificare vicende molteplici dell'attività e della vita della persona», in Rescigno, *Situazione e* status *nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 209 ss. Cfr., altresì, v. Alpa, Status *e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, 1993, 1-62; Criscuoli, *Variazioni e scelte in tema di* status, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 157 ss.

[6] Corte cost., 28.2.2022, n. 79, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1021, con nota di commento di Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità* (*ivi*, 1013). La pronuncia dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della l. 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), nella parte in cui, mediante rinvio all'art. 300, secondo comma, del codice civile, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante.

[7] Corte cost., n. 79/2022, cit.

[8] Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale disciplina giuridica*, in *Fam. e dir.*, 2021, 763 ss., ove l'a. afferma «si è genitori per sempre e in coppia non *uti singuli*…ed in maniera corrispondente il figlio è titolare del diritto alla bi-genitorialità cioè a mantenere identici rapporti coi genitori e con i parenti dei relativi rami anche quando questi non convivano o convivano con altri…».

[9] Corte cost., 31.5.2022, n. 131, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 958, con nota di commento di Al Mureden, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio* (*ivi*, II, 1092 ss.) e di Olivero, *Eguaglianza e doppio cognome: un intreccio possibile* (*ivi*, 1099 ss.); Pezzini, *Doppia non basta: il cognome familiare davanti alla Corte costituzionale*, (*ivi*, II, 1108 ss.).

[10] L. 10.12.2012, n. 219, *Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*, in G.U. n. 293, 17.12.2012, serie generale; d.lgs. 28.12.2013, n. 154, *Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione*, a norma dell'articolo 2, l. 10.12.2012, n. 219. (in G.U. n. 5, 8.1.2014, serie generale). La letteratura sulla Riforma è molto ampia, v. tra i primi commenti, Aa.Vv., *La riforma del diritto della filiazione*, a cura di C.M. Bianca, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 437 ss.; Id., *La legge italiana conosce solo figli*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 1 ss.; Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1009; Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 201 ss.; Palazzo, *La riforma dello* status *di filiazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, 262 ss.; Salanitro, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (I parte)*, in *Corr. giur.*, 2015, 540 ss.; Id, *La riforma della disciplina della filiazione dopo l'esercizio della delega (II parte)*, in *Corr. giur.*, 2015, 675 ss.; Senigaglia, Status filiationis *e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Jovene Editore, 2013; Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.; Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Fam. e dir.*, 2013, 291; Prosperi, *Unicità dello* «status filiationis» *e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 273 ss.

di figlio, eliminando quelle residue diseguaglianze che perduravano a seconda che la coppia fosse coniugata o convivente, e ciò anche nella prospettiva di dare attuazione al principio *sovranazionale e costituzionale di eguaglianza e non discriminazione*; dall'altro, assistiamo, nei fatti, ad una complicata disarticolazione dei modelli genitoriali, per cui il giurista discorre oggi di genitore biologico, genetico, intenzionale, sociale, adottivo[11]. A tale disarticolazione corrisponde poi, una varietà di *trattamenti* giusta la verità di quel brocardo per il quale *nomina sunt consequentia rerum*[12].

L'interrogativo, allora, si pone in questi termini: come mai a fronte di una tendenziale unificazione dello *status* di figlio permane una disarticolazione dei modelli genitoriali? In altre parole, cosa non funziona nel "meccanismo" di costituzione dello *status* di figlio rispetto alla attribuzione della qualità di genitore?

Allo *status* unico di figlio dovrebbe forse corrispondere uno *status* unico di genitore[13]?

La risposta a questi quesiti impone che si renda chiaro di come si costituisce lo *status* di figlio nell'ordinamento giuridico vigente e di quali sono le disposizioni legislative che trovano applicazione.

2. *La costituzione dello* status *di figlio e l'atto di nascita*

La questione circa la costituzione della *qualità* di figlio non ha sempre avuto una soluzione unitaria nella dottrina del secolo scorso[14]. A fronte di coloro per i quali lo *status* si costituisce con l'atto di nascita considerato titolo dello stato di figlio e prova del rapporto giuridico di filiazione, vi era chi sosteneva che l'atto di nascita avesse solo

[11] Sulla genitorialità sociale si v. Cinque, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475 ss.; Carota, *La tutela del rapporto con il genitore sociale nelle coppie dello stesso sesso e l'orientamento della Corte costituzionale sulle modalità di conservazione del rapporto una volta cessata la convivenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 270 ss..; in giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, in *www.articolo29.it*, in cui si risarcisce la co-mamma omosessuale per la perdita del rapporto parentale; sul diritto di visita dell'*ex* convivente omosessuale, v. Trib. Palermo, decr. 13.4.2015, in *Giur. it.*, 2015, 1363, con nota di Attademo, *L'interesse del minore a frequentare il genitore sociale omosessuale*; Corte cost., 20.10.2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, I, 3329, con nota di Casaburi, ove la mamma "sociale" chiedeva, finita la relazione, di poter esercitare il diritto di visita nei riguardi della figlia biologica della compagna, figlia nata da p.m.a. nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa.

[12] Citazione di Dante Alighieri nella *Vita Nuova*, XIII, 4.

[13] Mi chiedo se la questione sia ancora più profonda e irrisolta e attenga alla mancanza di un fondamento unitario della attribuzione della qualità di figlio e della genitorialità. Ripenso alle riflessioni svolte nella mia tesi di dottorato, *Attribuzione e accertamento della paternità*, riflessioni condotte con la guida paziente del prof. Zatti.

[14] Come è noto, la letteratura sul punto è ampia ed altalenante; per una panoramica sulle teorie più significative, v. Cerino Canova, *Degli atti dello stato civile*, nel *Comm. dir. it. fam.*, diretto da Cian, Oppo e Trabucchi, IV, Cedam, 1992, 677 ss.; in particolare, si ricorda la tesi dell'efficacia costitutiva del titolo dello stato di Cicu, *La filiazione*, nel *Trattato dir. civ.*, diretto da Vassalli, III, t. 2°, Utet, 1a ed. 1939, 2a ed., 1951, ristampa 2a ed., 1957; Id., *In difesa del titolo di stato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 285 ss., e quella di Santoro-Passarelli, Status familiae, in *Studi urbinati* XV-XVI (1947-1948), 61 ss., secondo il quale: «come lo stato non può costituirsi che con la costituzione del titolo, eventualmente a seguito di una domanda per reclamo di stato o rettificazione dell'atto di stato civile, così lo stato non può venir meno che con l'eliminazione del titolo, a seguito di una domanda per contestazione di stato o rettificazione dell'atto»; in tal senso anche Carraro, *Il diritto sul documento*, Cedam, 1941, 30 ss., per il quale la redazione dell'atto di stato civile è costitutiva dello *status*, per cui quest'ultimo non sussiste ove manchi l'atto di stato civile; in altra direzione, cfr. Attardi, *Efficacia giuridica degli atti dello stato civile*, Città di Castello, 1949, 22 e Id., voce «Atti dello stato civile», in *Enc. del dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 92 ss., per il quale l'atto di stato civile ha funzione meramente probatoria e lo *status* sussiste indipendentemente dal titolo.

valore di prova legale e di pubblicità dei fatti da essi risultanti, mentre lo *status filiationis* si costituisce pur nell'assenza del titolo ma sussistendone i presupposti di legge[15].

Ciò brevemente ricordato e senza pretesa di completezza, ritengo sia di fondamentale importanza addivenire ad una conclusione condivisa circa il valore dell'atto di stato civile nell'ordinamento giuridico vigente.

Alcune delle novità introdotte nel sistema della filiazione con la citata novella del 2012[16] consentono oggi di ritenere che il sistema italiano della filiazione è improntato all'idea che l'atto di nascita rappresenta e costituisce lo *status* del figlio ed è lo strumento preferenziale – anche se non esclusivo – che consente di far valere la condizione che esso attesta.

In buona sostanza, possiamo condividere l'assunto per il quale la qualità di figlio deriva e dipende dalla costituzione del titolo corrispondente cioè dalla formazione dell'atto di nascita.

3. *La formazione dell'atto di nascita. La disciplina per le coppie coniugate e non, nella procreazione naturale*

Ciò detto, occorre ora considerare che le modalità della formazione dell'atto di nascita (il sistema di costituzione e destituzione dello *status* nelle azioni di stato) non è lasciata all'arbitrio ma obbedisce a regole che variano a seconda delle situazioni. L'ordinamento giuridico italiano non ha una normativa organica capace di disciplinare in maniera uniforme la formazione (e la destituzione) dell'atto di nascita in tutte le ipotesi di filiazione[17].

In particolare, occorre operare una distinzione a seconda che si tratti di filiazione da procreazione naturale oppure di filiazione nata a seguito dell'applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita. E nell'ambito della prima ipotesi si dovrà svolgere un distinguo a seconda che i genitori siano coniugati oppure no.

Così per cominciare a ragionare da ciò che è più antico, si deve osservare come nella filiazione da procreazione naturale di coppia eterosessuale la formazione dell'atto di nascita avviene attraverso il combinato disposto delle norme sulla filiazione di cui al Codice civile e dalle norme contenute nell'Ordinamento di stato civile, d.p.r. n. 396/2000[18], in particolare gli artt. 29 e 30 e successivi decreti legislativi.

Ma anche all'interno di questa "classificazione" una differenza di non poco momento corre a seconda che si tratti di filiazione nel matrimonio – per cui trovano applicazione gli artt. 231, 232 e 449 ss. cod. civ. – e di filiazione fuori del matrimonio – per cui soccorrono gli artt. 250, 254 cod. civ.

---

[15] Nel senso per cui è solo prova legale cfr. Attardi, voce «Atti dello stato civile», cit., 84 ss.

[16] Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 253 cod. civ. qualsiasi cambiamento della qualità di figlio impone la previa destituzione del titolo corrispondente e cioè richiede un procedimento volto ad incidere e modificare l'atto di nascita del figlio. Ciò vale anche nel caso di costituzione del rapporto di filiazione con dichiarazione giudiziale di paternità o maternità (artt. 269 e 278 cod. civ.) In tal caso, infatti, l'azione è esperibile solo nei casi in cui il riconoscimento è ammesso e dunque non è ammessa nei casi in cui il figlio ha uno stato incompatibile (art. 253 cod. civ.) che deve essere prima rimosso; v. anche il 239, comma 4°, cod. civ., per il quale si può esercitare l'azione per reclamare un diverso stato di figlio solo dopo che il precedente stato sia stato comunque rimosso.

[17] Mi permetto di rinviare al mio, *Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 83-101.

[18] D.p.r. 3.11.2000, n. 396, *Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127.*

Nella prima ipotesi, infatti, l'atto di nascita si forma attraverso la dichiarazione di nascita di uno dei soggetti a ciò legittimati ai sensi dell'art. 30 d.p.r. n. 396/2000 cui va corredata l'attestazione di avvenuta nascita (art. 30, comma 2°, d.p.r. cit.), rispettando l'eventuale volontà della donna di non essere nominata. Se la madre partoriente coniugata non si avvale dell'anonimato, né riconosce il figlio naturale altrui (cioè concepito non da colui che risulta marito), opera una sorta di automatismo nella formazione dell'atto di nascita del figlio in ragione dell'esistenza del matrimonio e del sistema di presunzioni che quivi opera[19].

Diverso è il discorso nel caso in cui la donna coniugata abbia scelto l'anonimato; l'attestazione di avvenuta nascita sarà compilata "in bianco" e ciò comporta l'esclusione della maternità della partoriente ed anche della paternità che, se dichiarata, eluderebbe la scelta dell'anonimato della donna.

Nel caso di filiazione fuori del matrimonio, come è noto, alla dichiarazione di nascita (corredata dall'attestazione di avvenuta nascita) deve aggiungersi un atto di riconoscimento di uno o di entrambi i denuncianti[20], sempre che la partoriente non si sia avvalsa della facoltà di scegliere l'anonimato. In quest'ultimo caso, invece, continuo a chiedermi se la scelta dell'anonimato materno precluda comunque al padre che voglia procedere al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio la possibilità di effettuarlo, se si considera che l'attestazione di avvenuta nascita (se pure in bianco) potrebbe comunque consentire l'identificazione indiretta della partoriente[21] (e sempre che la scelta dell'anonimato sia rispettata già a partire dall'attestazione di nascita e non circoli, invece, un documento sanitario in cui la partoriente risulta identificata).

4. Segue*: … e nella filiazione da p.m.a. ai sensi della l. n. 40/2004*

Nelle ipotesi di filiazione da p.m.a. la disciplina applicabile è contenuta in parte nella legge n. 40/2004 (art. 8)[22], nel Codice civile e nelle norme contenute nel citato Ordinamento di stato civile; ciò certamente laddove la coppia richiedente soddisfi i requisiti di accesso stabiliti dalla legge (art. 5). La disposizione di legge chiaramente afferma che il nato da p.m.a. ha lo stato di figlio nato nel matrimonio o di figlio riconosciuto della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime ai sensi dell'art. 6. Ciò lascia intendere quindi che si tratta del medesimo meccanismo di formazione dell'atto di nascita che vale nella procreazione naturale.

---

[19] V. artt. 231 e 232 cod. civ.

[20] V Cass., 22.9.2020, n. 19824, in *Guida al dir.,* 2020, n. 40, 69, per la quale l'azione giudiziale di accertamento della maternità *ex* art. 269 cod. civ. nel caso in cui la madre abbia scelto il parto anonimo è subordinata alla condizione che la madre revochi la rinuncia alla genitorialità oppure alla morte della madre.

[21] Vedi su questo profilo ancora incerto le riflessioni in *Una singolare fase della maternità: tra il parto e l'atto di nascita*, cit.; riflessioni che sono state condivise con allegra curiosità con il Prof. Zatti.

[22] L. 19.2.2004, n. 40, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in G.U., 24.2.2004, n. 45; d'ora innanzi citata l. p.m.a.; Gorassini, voce «Procreazione (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, XXXVI, Giuffrè, 1987, 964 ss.; Campiglio, *La procreazione medicalmente assistita nel quadro internazionale e transnazionale*, in *Il governo del corpo*, a cura di Canestrari, Ferrando, Mazzoni, Rodotà e Zatti, nel *Trattato di biodiritto* diretto da Rodotà e Zatti, t. II, Giuffrè, 2011, 1514 ss.; Id., *Norme italiane sulla procreazione medicalmente assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2014, 481 ss.; Salanitro, *La procreazione medicalmente assistita*, nel *Tratt. dir. fam.*, diretto da Bonilini, IV, *La filiazione e l'adozione*, Utet, 2016; Id., *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, nel *Commentario Gabrielli*, *Della famiglia*, III, *Leggi complementari*, a cura di Di Rosa, Utet, 2018, 1744 ss.; Villani, *La "nuova" procreazione medicalmente assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, *Le riforme* 2012-2018, diretto da Zatti, *Il nuovo diritto di filiazione*, a cura di Lenti e Mantovani, Giuffrè, 2019.

Laddove però la coppia genitoriale (eterosessuale) richiedente "fuoriesca" dai binari della liceità, il criterio di attribuzione della filiazione e quindi della genitorialità sembra obbedire a regole diverse e devono intervenire differenti principi di attribuzione della genitorialità.

La stessa Cassazione pronunciatasi in un caso di fecondazione omologa *post mortem* di coppia coniugata e fecondazione con seme crioconservato del marito e bimbo nato oltre i 300 giorni dalla morte del padre (presunto) ha legittimato la disapplicazione del meccanismo presuntivo in nome del favore espresso per il consenso dato in vita dalla coppia richiedente (art. 6)[23]. In tale occasione, la Cassazione ha ripercorso il criterio di attribuzione della genitorialità da p.m.a. dando conto di due orientamenti; secondo alcuni, infatti, la disciplina della filiazione da p.m.a. configura un sistema alternativo rispetto a quello codicistico e si fonda sul consenso espresso dalla coppia (art. 6). Secondo un diverso orientamento, invece, il sistema di attribuzione della filiazione è unico e quello da p.m.a. si inserisce in quello codicistico salva la previsione di specifiche eccezioni. In definitiva nel caso di specie, la Suprema Corte reputa prevalente l'interesse del minore al riconoscimento dello *status* anche nei confronti del padre (che era padre biologico) piuttosto che disconoscere questa qualità in applicazione dei meccanismi presuntivi. Ciò che sarebbe accaduto se sol si fossero applicati l'art. 232 cod. civ. e l'art. 5, l. n. 40/2004 (che vieta la p.m.a. *post mortem*).

La forza del consenso dato, quindi, fonda un sistema alternativo speciale che prevale sulla violazione della legge.

Del resto la legge n. 40/2004 si era posta nella medesima direzione allorquando, nella vigenza del divieto della procreazione medicalmente assistita eterologa, aveva comunque inteso disciplinare e garantire lo *status* del nato, imponendo il divieto di anonimato per la madre, l'impossibilità per il padre non biologico di "ricusare" la paternità, e l'insussistenza di qualsivoglia legame giuridico col donatore anonimo.

5. *L'esclusione della filiazione nella famiglia omoaffettiva: la l. n. 40 e la sua «tenuta» costituzionale*

Se la formazione dell'atto di nascita nel caso di procreazione medicalmente assistita di coppia eterosessuale sembra seguire le medesime regole della filiazione da procreazione naturale, il discorso sembra cambiare – già si è detto – allorquando la coppia richiedente la pratica artificiale violi i requisiti soggettivi di accesso poiché si tratta di una coppia dello stesso genere. Tale situazione, infatti, comporta sia la violazione dei requisiti soggettivi di accesso, sia l'applicazione di tecniche procreative particolari.

La disciplina della l. n. 40/2004 – in più aspetti modificata dagli interventi della giurisprudenza, europea costituzionale e di legittimità – ha diversamente mantenuto intatti i requisiti soggettivi di accesso, ed in particolare l'essere i richiedenti "di sesso diverso", confermando ancora di recente la "bontà" della soluzione legislativa (Corte cost., n. 221/2019[24];

[23] Parla chiaramente di «scomposizione del processo generativo», Cass., 15.5.2019, n. 13000, in *Foro it.*, 2019, I, 1951; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1287, con nota di commento di Faccioli, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita* post mortem (*ivi*, 1282).

[24] Corte cost., 23.10.2019, n. 221, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 548 ss., con nota di commento di Barone, *Fecondazione eterologa e coppie di donne: per la consulta il divieto è legittimo* (*ivi*, 555) per la quale «il tenore letterale della legge è chiaro, non c'è spazio per una interpretazione costituzionalmente orientata»; e nella medesima direzione v. anche le ordinanze di rimessione dei Tribunali di Pordenone e

230/2020[25]). In buona sostanza, secondo il Giudice delle Leggi è costituzionalmente legittima la scelta discrezionale del Legislatore italiano di limitare l'accesso alle sole coppie eterosessuali.

Per ciò che attiene alle tecniche procreative artificiali che entrano in gioco per la coppia dello stesso genere si vuol chiarire che se è caduto il divieto della p.m.a. di tipo eterologo (Corte cost., n. 162/2014[26]), permane solido ed insuperabile il divieto inderogabile della maternità surrogata, che rientra nel contenuto dell'ordine pubblico internazionale[27].

In conclusione e per chiarezza, nel nostro ordinamento giuridico la coppia omoaffettiva è esclusa dalla disciplina sulla p.m.a., tecnica che è lecita se eterologa, vietata se realizzata attraverso la c.d. gestazione per altri.

Rimane illecito il comportamento di una coppia omoaffettiva che ricorre ad una p.m.a. eterologa in violazione dell'art. 5 della legge n. 40/2004.

6. *Quale possibilità di filiazione è riconosciuta alla coppia omoaffettiva dalla normativa vigente?*

Esclusa la via della filiazione della coppia omoaffettiva attraverso la pratica artificiale prevista nella legge n. 40, passiamo ad analizzare se esiste qualche altro sistema di riconoscimento della genitorialità.

La legge n. 76/2016 nel noto comma 20 dell'unico articolo in cui si compone il provvedimento, non riconosce l'applicabilità delle norme del codice civile sulla filiazione (che non sono state richiamate nella legge 2016[28]), non consente alla coppia unita civilmente di accedere alla adozione piena o legittimante riservata solo ai coniugi stabilmente conviventi (art. 6, l. n. 184/1983[29]); mentre fa salvo tutto ciò che è previsto e consentito dalle disposizioni vigenti. E, per giurisprudenza consolidata[30] al *partner* del genitore biologico è consentito il riconoscimento del legame giuridico di filiazione attraverso l'adozione semplice (l. n. 184/1983, art. 44, lettera d).

Bolzano. L'impianto della legge n. 40/2004 è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, si pone in linea con la finalità della legge che è quella di rimediare alla fertilità e sterilità umana accertata; perché comunque la famiglia immaginata è quella *ad instar naturae* e non si vuole in tal modo legittimare l'esistenza di un diritto alla procreazione libero nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando*.

[25] Corte cost., 4.11.2020, n. 230, *in Guida al dir.*, 2020, n. 46, 32.

[26] Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 802, per la quale «il dato della provenienza genetica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia stessa».

[27] L'ordinamento giuridico italiano non consente il ricorso ad operazioni di maternità surrogata, v. da ultimo, Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit. *infra*.

[28] L. 20.5.2016, n. 76, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in G.U., 21.5.2016, n. 118, art. 1, comma 20: «Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

[29] L. 4.5.1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*, in G.U., 17.5.1983, n. 133, Serie ord.

[30] A partire da Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135 ss., con opinione di Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner. Commento a prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 12962 del 2016* (*ivi*, II, 1213 ss.).

A ben vedere, l'unica strada per la coppia dello stesso genere di essere riconosciuta "genitore" in posizione di *parità giuridica* si ha nell'ipotesi in cui all'interno di una coppia coniugata con figli, un genitore cambi genere, proceda alla rettificazione del sesso[31], e chieda anche la trasformazione dell'unione matrimoniale in unione civile[32] [33].

7. *La «realtà» della genitorialità omoaffettiva e la varietà delle soluzioni giurisprudenziali*

Di fatto, tuttavia, accade sempre più di frequente che coppie omoaffettive si recano all'estero – in Paesi dove è loro consentito realizzare il progetto di genitorialità – per poi tornare in Italia col nato e qui chiedere il riconoscimento del legame giuridico di filiazione. Anche in tali casi si dovrà formare un atto di nascita del figlio da cui si evince lo *status* e la genitorialità.

In queste circostanze occorre distinguere a seconda che la nascita è avvenuta in Italia o all'estero; in secondo luogo occorre valutare se la coppia genitoriale è ricorsa ad una procreazione eterologa (nei casi accaduti, si tratta di una coppia femminile) oppure alla maternità surrogata (ed in tali ipotesi, la coppia è maschile[34]).

8. Segue*: lo* status *del nato all'estero da coppia omoaffettiva*

L'ipotesi in esame prevede che la coppia omoaffettiva sia ricorsa all'estero ad una p.m.a., ivi abbia fatto nascere il bimbo, ivi lo abbia registrato come figlio di entrambi e/o ivi abbia ottenuto un provvedimento giurisdizionale che riconosce la doppia genitorialità. Rientrati in Italia, la coppia richiede il riconoscimento dell'atto di nascita straniero o del provvedimento straniero di cui si è detto per conseguire la formazione in patria di un atto di nascita con doppia paternità o maternità.

In queste situazioni, la disciplina applicabile è contenuta nella legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (artt. 64 ss., l. n. 218/1995)[35] che pone

---

[31] L. 14.4.1982, n. 164, *Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*, in G.U. n. 106, 19.4.1982. La stessa situazione si potrebbe verificare se si trattasse di una coppia di conviventi eterosessuali con figli riconosciuti da entrambi e poi uno dei due proceda alla rettificazione di sesso.

[32] L. n. 76/2016, art. 1, comma 27: «Alla rettificazione anagrafica di sesso, ove i coniugi abbiano manifestato la volontà di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili, consegue l'automatica instaurazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

[33] V. Cass., sez. un., 31.3.2021, n. 9006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 797 ss., con nota di Tormen, *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive* (*ivi*, 807). Nella decisione si afferma che «non contrasta con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti di un provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo status genitoriale secondo il modello dell'adozione piena o legittimante, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare del figlio minore adottivo sia omogenitoriale ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione».

[34] V. anche Corte eur. dir. uomo, 18.5.2021, ric. n. 71552/17, in *www.hudoc.echr.coe.int*.

[35] L. 31.5.1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.*

Art. 64. *Riconoscimento di sentenze straniere.*

1. La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando:

a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano;

b) l'atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa;

quale limite insuperabile alla riconoscibilità degli effetti giuridici stranieri l'ordine pubblico internazionale[36], dall'art. 18 del d.p.r. n. 396/2000[37], e dall'art. 16 della medesima l. n. 218/1995[38].

Le soluzioni che si sono date in giurisprudenza variano a seconda del tipo di tecnica artificiale adoperata e quindi anche dalla circostanza che si tratti di una coppia femminile o maschile. Nelle differenti fattispecie, la soluzione proposta deriva dall'esito del bilanciamento dei principi che vengono considerati.

*

Nel caso di coppia femminile ricorsa all'estero ad una procreazione eterologa e successiva richiesta di trascrizione in Italia, la giurisprudenza di legittimità[39] è giunta a consentire il riconoscimento dell'atto o del provvedimento straniero sostanzialmente in ragione della preminenza accordata al principio del *best interest of the child*[40].

---

c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge:

d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunziata;

e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunziata da un giudice italiano passata in giudicato;

f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero;

g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all'ordine pubblico.

[36] Sull'ordine pubblico internazionale, v. Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit. ove si legge: «Alla funzione originaria dell'ordine pubblico internazionale, tesa a salvaguardare la coerenza interna dell'ordinamento italiano, si è via via affiancata una funzione promozionale, volta a favore la diffusione dei valori tutelati, anche in connessione con quelli riconosciuti a livello internazionale e sovranazionale, nonché la loro armonizzazione fra gli ordinamenti. Quanto ai formanti dell'ordine pubblico, i principi propri dell'ordinamento giuridico statale possono trovare espressione non soltanto in disposizioni di rango costituzionale bensì anche in norme di legge ordinaria che siano significative del modo di essere dell'ordinamento giuridico statale in un dato momento storico nei diversi ambiti materiali suscettibili di venire in considerazione. Nella nozione di ordine pubblico internazionale rientrano, quindi, anzitutto quei principi fondamentali, quali valori della nostra Costituzione che esprimono la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale. L'ordine pubblico comprende anche quelle altre regole che, pur non collocate nella Costituzione, danno concreta attuazione ai principi costituzionali o esprimono un principio generale del sistema Il concetto di ordine pubblico internazionale si allarga ai valori condivisi della comunità internazionale e, in particolare, alla tutela dei diritti umani risultanti dal diritto dell'Unione europea, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali […]».

[37] D.p.r. 3.11.2000, n. 396 cit.

Art. 18. *Casi di intrascrivibilità.*

«1. Gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico».

[38] L. 31.5.1995, n. 218, cit.

Art. 16. *Ordine pubblico.*

1. La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.

2. In tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

[39] Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Foro it.*, 2016, I 3329 ss., con nota di Casaburi; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 372, con nota di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex*; in *Corr. giur.*, 2017, 18 ss., con nota di Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status *familiari*; in www.*articolo29.it*, con nota di Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; Cass., 15.6.2017, n. 14878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1718, con nota di Palmeri, *(Ir)rilevanza del legame genetico ai fini della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di coppia* same sex; in *www.articolo29.it*, con nota di Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri in difetto di legame genetico con colei che ha partorito*; v. Cass., 23.8.2021, n. 23319, in *One legale*.

[40] Art. 3, *Convention on the Rights of the Child, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly Resolution 44/25 of 20 November 1989 entry into force 2 September 1990*. Sull'interesse del minore, la letteratura è, come noto, molto ampia; Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 405 ss., il cui *incipit* è illuminante «In principio non fu il superiore interesse del minore a criterio a base della regolamentazione giuridica relativa alla condizione della minore età»; Busnelli, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle*

Secondo la Cassazione nella nozione di ordine pubblico internazionale è da ricomprendere il principio del *best interest of the child* che si sostanzia nel diritto alla continuità dello *status* del figlio formatosi all'estero. In tale prospettiva, la Cassazione, superando la strettoia del principio di legalità (v. requisiti di accesso), accorda preminenza al *best interest of the child* consentendo la trascrizione del provvedimento straniero con doppia genitorialità femminile.

Il principio di legalità si affievolisce rispetto al *best interest of the child* alla continuità dello stato. Principio quest'ultimo che va ad integrare l'ordine pubblico internazionale e non si pone in antitesi con esso. Il nato all'estero da una coppia omoaffettiva che è ricorsa ad una fecondazione eterologa potrà conseguire in Italia uno *status* che riflette questa identità personale e famigliare.

*

Se, invece, la coppia è ricorsa all'estero alla maternità surrogata, la Cassazione[41] ha ritenuto di non consentire la trascrizione del provvedimento straniero indicante la doppia paternità perché contrario all'ordine pubblico internazionale stante il divieto inderogabile di maternità surrogata, di guisa che in Italia solo il genitore biologico diviene giuridicamente padre mentre il genitore d'intenzione può *giuridicizzare* il legame col nato attraverso l'istituto dell'adozione semplice (art. 44, comma 1, lettera d) l. n. 184/1983)[42]. Nel solco tracciato da questa decisione si colloca poi la pronuncia di inammissibilità di Corte cost., n. 33/2021[43], che nel ricercare un punto di equilibrio tra l'obiettivo di disincentivare la maternità surrogata e l'esigenza di riconoscere pienezza di tutela al minore[44] ha rilevato l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari a garantire

fonti, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss., che ne parla come di «una nuova "formula magica"»; Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, nel *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, II, *Filiazione*, Giuffrè, 2012, 18; Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, 2016, 13 ss.; l'a. in particolare ricorda la decisione di Corte cost., n. 11/1981 che ha consacrato la rilevanza costituzionale del principio; Lenti, "Best interests of the child" o "best interests of children"?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 157; Id., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 86; Id., *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova giuri. civ. comm.*, 2016, II, 148.

[41] La vicenda processuale origina da un App. Trento, 23.2.2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935 ss. con nota di Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, e di Tuo, *Riconoscimento di* status *familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 986 ss., con nota di Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale, che aveva riconosciuto la trascrizione di un provvedimento canadese di doppia paternità giusta la nozione di ordine pubblico internazionale compatibile con la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*; successivamente la decisione di Trento viene impugnata in Cassazione (v. ordinanza di rimessione, Cass., 22.2.2018, n. 4382, in *Foro it.*, 2018, I, 782, con nota di Casaburi, circa l'esatta portata della nozione di ordine pubblico internazionale) cui è seguita la decisione di Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 741 ss., con nota di commento di Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità; tra i primi commenti*; Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico* versus *superiore interesse del minore*, in *Familia*, 2019, 369 ss.; Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, in *Fam. e dir.*, 2019, 667; Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*, in *Fam. e dir.*, 2019, 677 ss.; Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il* best interest of the child *e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, 2019.

[42] Successivamente alle sez. un., tuttavia, alcune Corti di merito hanno trascritto la doppia paternità, v. App. Bari, 9.10.2020, in *Dir. e giust.*, 2.4.2021 che si rifà al precedente di Trento.

[43] Corte cost., 9.3.2021, n. 33, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 700 ss., con nota di commento (mia), *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale*.

[44] Punto di equilibrio che la Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali suggerisce essere il riconoscimento del legame giuridico almeno da quando il rapporto di filiazione si è di fatto concretizzato, Corte eur. dir. uomo, 13.7.2000, ric. n. 25735/94 (§ 43); Corte eur. dir. uomo, 12.7.2001, ric. n. 25702/94 (§ 151); Corte eur. dir. uomo, 10.9.2019, ric. n. 37283/13 (§ 202), tutte reperibili in *www.*

l'effettività di questa tutela. La conclusione così prospettata sembra sconfessare il diritto vivente espresso dalle sezioni unite n. 12193/2019, di guisa che la prima sezione della Cassazione con ordinanza interlocutoria n. 1842/2022[45] ha chiesto di rimettere la questione alle sezioni unite per risolvere la questione di massima di particolare importanza. Da qui la recente pronuncia a sezioni unite[46] che ribadisce la conclusione precedente negando la trascrizione al provvedimento straniero ed accorda tutela al rapporto col genitore d'intenzione attraverso la via dell'adozione semplice[47] di cui offre una rinnovata

hudoc.echr.coe.int.; anche se i singoli Stati possono decidere il modo di rendere effettivo questo legame, Corte eur. dir. uomo, Grande camera, 10.4.2019, ric. P16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 764 ss., con commento di Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, (*ivi*, 757 ss.), ed ivi riferimenti bibliografici sulla natura e l'efficacia *dell'Advisory Opinion* di cui al protocollo n. 16 della CEDU in vigore dal 1° agosto 2018 nei dieci Paesi che lo hanno ratificato (l'Italia avrebbe ad oggi solo firmato il testo). Nel parere consultivo – che prende in considerazione il caso della maternità surrogata in Francia, ammettendo senza incertezze la necessità di instaurare un legame giuridico della madre intenzionale (che sia madre legale nell'ordinamento estero) con il nato – tanto se via stato apporto genetico della stessa quanto se non ve ne sia stato – la Corte riconosce il margine di apprezzamento degli Stati membri in questa materia così delicata ma al contempo ne indirizza l'operato richiedendo una modalità che sia *rapida*, *effettiva* e *completa* e che risulti conforme all'interesse superiore del minore.

[45] Con Cass., ord. 21.1.2022, n. 1842, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1055 ss., con nota di Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*; la Cassazione rimette gli atti al Primo presidente per l'eventuale assegnazione alla Sezioni unite. L'ordinanza di rimessione è molto articolata e propone di calibrare il concetto di ordine pubblico in relazione ai tipi di maternità surrogata. Valutazione affidata al singolo caso intesa a non incidere sui diritti inviolabili del minore. Secondo la ordinanza di rimessione non si sta discutendo di un preteso diritto alla genitorialità ma dell'interesse del minore a che sia affermata la titolarità giuridica di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio della responsabilità genitoriale. L'ordinanza interlocutoria n. 1842 si chiede se la Corte costituzionale n. 33 abbia determinato un vuoto di tutela giacché l'istituto dell'adozione semplice è insufficiente a garantire l'effettività della tutela; se via sia stato un superamento del diritto vivente espresso da Cass., sez. un., n. 12193/2019, se non sia possibile calibrare l'effetto preclusivo dell'ordine pubblico internazionale modulandolo a seconda del tipo di surrogazione di maternità… L'argomentazione da cui muove presuppone di considerare gli strumenti a disposizione: a) delibazione e b) trascrizione 3) ordine pubblico internazionale. Delibare non vuol dire conferire liceità ad un istituto illecito (maternità surrogata) ma riconoscere efficacia all'atto di assunzione di responsabilità genitoriale. Secondo l'ordinanza interlocutoria non vi può essere automatismo: siccome c'è il divieto di maternità surrogata e quindi un limite cioè l'ordine pubblico internazionale si può consentire un affievolimento dei diritti fondamentali dei minori… Afferma energicamente la prima sezione che non è possibile configurare l'affievolimento di un diritto inviolabile quale è quello alla propria identità personale e al pieno godimento della vita familiare. Occorre non operare automatismi e valutare se quel limite di ordine pubblico possa calibrarsi valutando il tipo di maternità surrogata e la lesione all'adozione.

[46] Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, n. 3 in corso di pubblicazione, con nota di commento di Calderai; con opinione di Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, *ivi*, 377 ss.; Renda, *Maternità surrogata all'estero e status del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*; Tattini, *Operatività* ex post *del divieto di maternità surrogata: torna al vaglio delle Sezioni Unite il dibattuto tema del riconoscimento del legame filiale tra il nato all'estero da maternità surrogata e il c.d. genitore d'intenzione*, entrambi in *Corti supreme e salute*, n. 1, 2023.

[47] La vicenda da cui origine la pronuncia delle sezioni unite riguarda il caso di un bimbo nato all'estero da maternità surrogata (Canada) a seguito di un progetto condiviso di una coppia maschile; uno dei due fornisce i gameti alla fecondazione in vitro con l'ovocita di una donatrice. L'embrione viene trasferito nell'utero di una diversa donna non anonima che porta a termine la gravidanza e partorisce il bambino. I due uomini sono entrambi di cittadinanza italiana si uniscono in matrimonio in Canada e l'atto di matrimonio viene trascritto in Italia nel registro delle unioni civili. Le autorità canadesi formano un atto di nascita con l'indicazione del solo padre biologico (non si menzionano invece né il padre intenzionale né la madre surrogata né la donatrice dell'ovocita). La Corte suprema della British Columbia – in accoglimento del ricorso – dichiara entrambi i padri genitori e ordina la rettificazione dell'atto di nascita. Dal Canada i due padri chiedono quindi la rettificazione in Italia dell'atto di nascita del bambino che indicava come padre il solo genitore biologico. L'Ufficiale di stato civile rifiuta la richiesta di rettificazione sia per l'esistenza di un atto di nascita trascritto sia per l'incertezza non favorevole della giurisprudenza di legittimità. I due padri propongono ricorso *ex* art. 67 l. n. 218/1995. La Corte d'appello deliba (ordinanza 16 luglio 2018) favorevolmente, cioè riconosce l'efficacia della sentenza della British Columbia in Italia sul fondamento del principio del *best interest of the*

interpretazione[48]. Secondo la Cassazione il principio del *best interest of the child* – che è parte dell'ordine pubblico internazionale – non rappresenta un diritto tiranno rispetto ad altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute o protette, quali il diritto alla genitorialità, il quale non può, dal canto suo, essere affidato ad uno strumento di carattere automatico. Nella citata pronuncia, la Cassazione ricorda le ragioni per cui non va trascritto il provvedimento giudiziario straniero: a) per disincentivare il ricorso alla maternità surrogata b) perché il desiderio di genitorialità non si traduce in un diritto alla genitorialità comprensivo del *quomodo* e dell'*an* e del *quando* c) perché il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico ma richiede sempre una valutazione di concretezza[49]. L'istituto dell'adozione in casi speciali viene "rimodellato"[50] per consentire una migliore valorizzazione del rapporto giuridico del nato da maternità surrogata ed il genitore non biologico, ma rimane fermo il divieto di trascrizione automatica del provvedimento straniero che riconosce la doppia paternità. In Italia il nato da gestazione per altri è figlio di due padri, cui corrispondono discipline differenti.

È di pochi giorni una interessante pronuncia del Tribunale di Milano che, dopo aver ripercorso le argomentazioni delle sezioni unite, ordina la trascrizione nei registri di stato civile di un atto di nascita formato all'estero ed indicante una doppia paternità (da gestazione per altri), sull'assunto che nel caso di specie non sarebbe stato possibile applicare l'istituto dell'adozione in casi particolari, giacché il padre biologico (unico legittimamente riconosciuto in Italia) era deceduto e quindi, giocoforza impossibilitato a dare il consenso (indispensabile per l'adozione semplice)[51]. Mi chiedo se si tratti della prima pronuncia dopo le sezioni unite che abbia fatto applicazione dei principi da quest'ultima proclamati e quindi abbia davvero evitato l'automatismo della genitorialità operando una valutazione del concreto interesse del figlio, oppure se siamo di fronte all'unica soluzione "creativa" percorribile …in assenza di altre soluzioni. Mi chiedo cioè se vi sia stata – ed in che modo o in che misura – una effettiva valutazione del concreto interesse del minore o se, piuttosto, si sia trattato di un automatismo nella attribuzione della genitorialità necessitato dall'insufficienza dei «rimedi».

---

child alla conservazione dello *status*. L'ordinanza della Corte d'appello veneta viene impugnata in Cassazione ove la Prima sezione con ordinanza interlocutoria del 29 aprile 2020, giusto il precedente di Cassazione n. 12193/2019, dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della l. n. 40 del 2004, art. 12 comma 6, del d.p.r. n. 396/2000, art. 18 e della l. n. 218/1995, art. 64, comma 1, lett g) «nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento del c.d. genitore d'intenzione non biologico nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata")». A tale ordinanza risponde Corte cost., 9.3.2021, n. 33 cit. *infra*, dichiarando la questione inammissibile. Su questo sfondo si colloca l'ordinanza n. 1842/2022 (cit.) da cui la sentenza a sezioni unite.

[48] La Cassazione propone una lettura degli artt. 46 e 57 l. n. 184 del 1983 (interesse concreto del minore) per cui «il rifiuto dell'assenso del genitore biologico appare ragionevole solo se espresso nell'interesse del minore ossia quando non si sia realizzato tra quest'ultimo ed il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione». Per il rapporto di parentela v. la citata Corte cost., n. 79/2022 cit.

[49] Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, ove si dice che «Il principio del superiore interesse del minore entra nella nozione di ordine pubblico internazionale ma deve essere concretamente valutato e non può che rappresentare l'irrinunciabile parametro di commisurazione da cui muovere per la costruzione anche dello stato giuridico del figlio nato da maternità surrogata. L'interesse superiore del minore può anche risultare fondativo di un vero e proprio rapporto di filiazione ma deve basarsi su un corrispondente legame affettivo di tipo familiare dotato dei caratteri della effettività e stabilità».

[50] Come fa il sarto per adattare un vestito vecchio ad un corpo cambiato…

[51] Trib. Milano, 2.3.2023 (depositata 24.4.2023, in corso di pubblicazione), in *www.articolo29.it*.

9. *…e del nato in Italia: «stato dell'arte» e nuove prospettive*

L'ipotesi del minore nato in Italia e di cui si chiede l'iscrizione immediata della genitorialità nell'atto di nascita, vede coinvolte "allo stato dell'arte" esclusivamente coppie femminili ricorse all'estero alla procreazione medicalmente assistita eterologa con seme di donatore anonimo. Vi sono coppie unite civilmente o anche solo conviventi. Vi sono poi casi in cui, nella coppia richiedente in Italia il riconoscimento della genitorialità, una è madre biologica e l'altra madre genetica[52] e vieppiù fattispecie in cui una sola è la madre biologica e genetica mentre la *partner* è "totalmente estranea" al nato, non avendo contribuito né geneticamente, né biologicamente.

In queste situazioni si è sviluppata una giurisprudenza di merito[53] incline ad avvalorare la prassi seguita da alcuni Ufficiali di stato civile che hanno consentito l'iscrizione *automatica* nell'atto di nascita della doppia maternità e del doppio cognome[54].

L'argomentazione su cui fa leva la giurisprudenza di merito poggia sul criterio attributivo della genitorialità di cui all'art. 6 e 8 della l. n. 40/2004 e sul principio del superiore interesse del minore a conseguire – fin dalla nascita – uno *status* che rifletta l'identità personale e familiare del nato anche se non rispondente alla verità del rapporto biologico. Recessiva, invece, appare l'argomentazione che poggia sul principio di legalità a fronte della violazione della legge sulla p.m.a. (v. i requisiti soggettivi di accesso), e nel caso di coppia unita civilmente, anche della l. n. 76/2016.

In una parola, la preminenza accordata al principio del *best interest of the child* consente di superare il principio di legalità e legittima l'automatismo nell'iscrizione della doppia genitorialità femminile nell'atto di nascita prescindendo dalla violazione dei requisiti di accesso. In tale prospettiva, significative sono le parole espresse dalla Corte d'appello di Perugia[55] laddove la stessa afferma che non si tratta di dare ad un minore una famiglia (per cui potrebbe soccorrere l'istituto dell'adozione) ma «di riconoscere il fondamentale diritto del minore di essere riconosciuto quale frutto di un progetto genitoriale, quale componente del suo diritto all'identità»[56].

A questa soluzione si è contrapposta dall'aprile del 2020 una giurisprudenza di legittimità inaugurata da due pronunce di qualche giorno l'una dall'altra[57] ed ancor oggi ribadita[58] che sconfessano questa possibilità in ragione della preminenza da accordare al principio di legalità; il riconoscimento del rapporto giuridico col genitore d'intenzione

---

[52] Trib. Genova, decr. 8.11.2018, in *Leggi d'Italia*.

[53] Trib. Pistoia, decr. 5.7.2018, in *Redazione Giuffrè*; Trib. Bologna, decr. 6.7.2018, in *Foro it.*, 2018, I, 2883; Trib. Genova, decr. 8.11.2018 cit.; Trib. Rovereto, decr. 19.4.2019 e conforme, App. Trento, decr. 16.1.2020, in *www.articolo29.it*; App. Perugia, decr. 18.11.2019, in *Foro it.*, 2020, I, 32; Trib. Cagliari, decr. 28.4.2020, in *De Jure*.

[54] Ho appreso informalmente che questo periodo iniziale viene chiamato «la primavera dei Sindaci».

[55] App. Perugia, 18.11.2019, in *Foro it.*, 2020, I, 32, cit.

[56] Corrisponde al *best interest of the child* avere uno *status* che riflette l'identità personale e familiare del nato.

[57] Cass., 3.4.2020, n 7668, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 3, I, 885, con nota di Barone, *Le vie della doppia maternità* (*ivi*, 925) e di Trotta, *Prevalenza della verità biologica nella redazione degli atti di stato civile e tutela della "genitorialità intenzionale"* (*ivi*, 890); Cass., 22.4.2020, n. 8029, in *Ilfamiliarista*, 3.8.2020, con nota di Figone, *Atto di nascita con due mamme: ancora un no dalla Suprema Corte*; più di recente, Cass., 23.8. 2021, nn. 23320 e 23321 (in *Foro it.* 2022, 1, I, 293*)*; in *De Jure*; Cass., 25.2.2022 n. 6383, in *Dir. e giust.*, 2022, 28 febbraio, con nota di Di Lallo; Cass., 4.4.2022, n.10844, in *Dir. e giust.*, 2022, 5 aprile; Cass., 13.7.2022, n. 22179, in *Dir. e giust.,* 2022, 15 luglio.

[58] Cass., 25.2.2022 n. 6383, cit. «Non è consentito, fuori dei casi ammessi dalla legge creare una forma di genitorialità svincolata da un rapporto biologico con i medesimi strumenti giuridici previsti per il minore nato nel matrimonio o riconosciuto. Da qui l'inammissibilità di un'istanza tesa a formare l'atto

viene comunque garantito attraverso l'istituto dell'adozione in casi particolari secondo la soluzione proposta dalle sezioni unite della Cassazione[59].

Nella linea tracciata da questa giurisprudenza si inserisce, dapprima, l'ordinanza sollevata dal Tribunale di Pisa che ha posto la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto delle norme del codice civile (artt. 250 e 449 cod. civ.), dell'Ordinamento di stato civile (artt. 29, 44 e 95) e della legge sulla p.m.a. (artt. 5 e 8) che in quanto norme di applicazione necessaria non consentono la formazione in Italia di un atto di nascita indicante la doppia maternità laddove invece ciò sarebbe consentito dall'art. 33 l n. 218/1995[60].

Successivamente il Tribunale di Venezia[61] solleva la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto della legge c.d. Cirinnà (art. 1, comma 20°) e dell'art. 29, comma 2°, d.p.r. n. 396/2000 che non consente la formazione di un atto di nascita con doppia maternità. Entrambe le questioni, come è noto, sono state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale con le pronunce, rispettivamente, nn. 237/2019[62] e 230/2020[63], pur ribadendo il Collegio la possibilità di tutelare la genitorialità d'intenzione attraverso l'adozione in casi particolari.

Ed ancora.

Sulla scia di questa conclusione si inserisce la recente pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale n. 32/2021[64] che ha rilevato l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari nel tutelare gli interessi concreti del nato nell'ambito di un progetto condiviso di genitorialità di una coppia femminile, laddove nel corso del rapporto genitoriale la madre biologica abbia negato il consenso – necessario ai sensi dell'art. 46 l. ad. – all'adozione da parte della partner, genitore non biologico[65]. In tale pronuncia, la Corte dichiara il vuoto di tutela esistente nell'ordinamento giuridico per i nati in Italia da p.m.a. di coppia omoaffettiva femminile tale per cui «il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, dovrà al più presto colmare il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori».

La rilevanza progressiva della genitorialità di fatto e l'insufficienza dell'istituto dell'adozione in casi particolari dovranno così indurre il legislatore ad introdurre una disciplina organica ed adeguata a riconoscere i legami affettivi stabili del minore, nato da p.m.a. praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre inten-

---

di nascita traducendo in termini certificativi il risultato di ciò che non può trovare ingresso in termini sostanziali».

[59] A ben vedere, in seguito, altre pronunce di merito hanno ribadito la soluzione dei Tribunali prima citati, sconfessando le pronunce di legittimità nel frattempo intervenute. Successivamente, come si dirà, la soluzione delle sezioni unite (Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 741 ss.) è stata ribadita da Corte cost., 4.11.2020, n. 230, in *Guida al dir.*, 2020, n. 46, 32 ss., e poi posta in discussione ancora da Corte cost., 9.3.2021, nn. 32 e 33, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 616 ss.

[60] Trib. Pisa, 15.3.2018, in G.U., n. 19 del 9.5.2018.

[61] Trib. Venezia, 3.4.2019, in *Foro it.*, 2019, I, 1953.

[62] Corte cost., 15.11.2019, n. 237, in *Foro it.*, 2020, I, 31.

[63] Corte cost., 4.11.2020, n. 230, cit.; v. in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 417 ss. con nota di Ferrando, *Di chi è figlio un bambino con due mamme? Commento a prima vista di Corte cost., n. 230/2020.*

[64] Corte cost., 9.3.2021, n. 32, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 616 ss.

[65] Il Trib. Padova, ord. 9.12.2019, in G.U., n. 28, Prima serie speciale, 2020, rileva il vuoto di tutela nel garantire l'interesse delle minori (non si può attribuire lo *status* ai sensi degli artt. 8 e 9 perché c'è il limite dell'art. 5; non si può ricorrere all'adozione in casi particolari perché manca il consenso (art. 46), non si può autorizzare il 2° riconoscimento ai sensi dell'art. 250 comma 4°, perché la coppia è omosessuale.

zionale e ciò per l'esigenza, insopprimibile, di tutelare il diritto del nato alla propria identità, personale, sociale e famigliare[66].

In questa stessa direzione, è cioè facendo leva sul diritto all'identità personale si colloca una recente decisione del Tribunale di Roma[67] che ordina al Ministero dell'Interno e per esso al Sindaco di Roma, quale Ufficiale di Governo, la modifica del sistema elettronico di rilascio della Carta di identità elettronica per consentire l'indicazione in essa della doppia dicitura "neutra" di «*genitore*» e «*genitore*» (anziché quella "a rime obbligate" di *madre e padre*), in una ipotesi in cui a chiedere il rilascio della Cie valida per l'espatrio di un minore erano due madri riconosciute tali da sentenza passata in giudicato[68].

Nel provvedimento richiamato il Giudice romano ha stabilito l'illegittimità dell'indicazione di una genitorialità sociale e parentale «incongrua» rispetto all'identità sessuale e di genere della coppia richiedente, se pur la finalità meramente identificativa del documento elettronico (ed i principi applicabili alla circolazione dello stesso) non consentono di indicare la doppia dicitura di «madre».

10. *Riflessioni conclusive*

In materia di genitorialità omo-affettiva sembra che "legge" e "realtà" corrano lungo due linee parallele fra cui occorre trovare un punto di incidenza. Il «formante»[69] legislativo non ha introdotto alcuna novità nell'ordinamento italiano circa la costituzione dello *status filiationis*, mentre quello giurisprudenziale ha evidenziato l'esistenza di una situazione di fatto in cui il «diritto si deve insinuare»[70] assecondando la sua stessa natura e funzione che «è sempre contemperamento di interessi»[71].

Legislazione e giurisprudenza condividono, tuttavia, uno stesso terreno rappresentato dalla forza persuasiva dei principi ordinanti che orientano il legislatore e sorreggono il giudice nelle soluzioni dei singoli casi: «*best interest(s) of the child*», «non discriminazione», «ordine pubblico», «legalità».

Le argomentazioni addotte dalla giurisprudenza nelle decisioni di questi ultimi anni – in assenza di una puntuale disciplina positiva – si sviluppano lungo il crinale che separa e dà equilibrio ai principi fondamentali dando prevalenza all'uno o all'altro dei casi da decidere, dei gradi di giurisdizione.

Forse si potrebbe cambiare prospettiva valorizzando il fatto giuridico della "nascita"[72] quale momento fondativo della persona e della sua identità o, forse, si potrebbe

[66] Ragione per cui ancor oggi vi sono Giudici di merito favorevoli all'iscrizione della doppia maternità; cfr. Trib. Taranto, decr. 31.5.2022; App. Cagliari, decr. 16.4.2021, in *www.articolo29.it*.

[67] Trib. Roma, ord. 9.9.2022, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, 566 ss., con nota di commento di Checchini, *Le «informazioni» sul minore nella Carta di identità elettronica tra «identità» e «identificazione» della persona*.

[68] La sentenza passata in giudicato ha accertato la doppia maternità, una «naturale e l'altra adottiva» (Trib. Roma cit.)

[69] Espressione di Sacco, *Il contratto*, nel *Trattato Vassalli*, VI, II, Utet, 1975.

[70] Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, 2017, 36.

[71] Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 431.

[72] Zatti, *Maternità e surrogazione*, in *Maschere del diritto e volti della vita*, Giuffrè, 2009, 212, ove l'a. afferma: «In ogni caso, il problema potrebbe essere aperto *de iure condendo* perché, anche in caso di divieto assoluto di qualsiasi surrogazione, l'evento fattuale va disciplinato».

ripensare a quali principi occorre riferirsi per soppesare gli interessi prevalenti da sistemare in questa materia così complessa ma anche elementare.

Quando qualche anno fa, se non mi sbaglio, il Prof. Zatti si preoccupava di stabilire se fosse legittimo ed in che misura creare *ex novo* diritti della personalità quale appunto il diritto all'identità personale per la tutela più integrale della persona, lo stesso autore si poneva la questione di «verificare se le esigenze che sarebbero soddisfatte dalla nuova figura non si risolvano in definitiva in quelle che già ricevono protezione attraverso la tutela della verità, dell'onore, della riservatezza»[73], pur dando atto di come l'esigenza concreta di proteggere *nuovi bisogni* forgi l'esistenza stessa di nuovi diritti[74].

Sulla scia di queste riflessioni mi chiedo se l'evoluzione socio culturale della famiglia e delle relazioni che ne derivano avallino l'integrazione del contenuto dell'identità personale e la conseguente tutela[75]; il diritto all'identità personale non è solo diritto o pretesa del soggetto ad una fedele rappresentazione di sé ma diviene anche «un problema di preservazione o di conquista dell'identità stessa»[76].

In buona sostanza, a me sembra che stia via via emergendo una rinnovata connotazione dell'identità della persona che potrebbe rappresentare quel grimaldello su cui fondare la corretta rappresentazione della genitorialità omoaffettiva quale componente irrinunciabile dell'identità del nato anche – ma non solo – nella prospettiva del figlio di (poter e/o voler) conoscere di essere il frutto di un progetto procreativo condiviso e di vedersi rappresentato e conosciuto come tale[77].

Se, dunque, riflettiamo sui principi da bilanciare in questo delicato contesto, mi chiedo, per esempio, se davvero il divieto di maternità surrogata come limite insuperabile di ordine pubblico internazionale possa legittimare l'affievolimento del *diritto inviolabile* di ogni persona alla propria identità ed al pieno godimento della vita famigliare di cui agli artt. 2 Cost. e 8 Cedu?

Quest'ultimo, infatti, non è anch'esso contenuto tra i «principi fondamentali» della nostra Costituzione?

E se l'ordine pubblico internazionale ha valore anche "*promozionale*"[78] nel riconoscimento dei «diritti umani» riferibili ad ogni persona, non sarebbe il momento di riflettere sul suo contenuto e sull'operatività di questa «clausola» laddove entrano in gioco nuovi diritti fondamentali della persona? Ciò non significa assolutamente – nel mio pensiero – sconfessare l'illiceità della gestazione per altri né – ciò che più conta – svilire la «dignità» della donna[79].

Siamo su piani valoriali diversi ed il compito del giurista è proprio quello di ricercare un nuovo punto di equilibrio.

---

[73] Zatti, *Il diritto all'identità e l'"applicazione diretta" dell'art. 2 Cost.*, in *Il diritto all'identità personale.* Un seminario promosso dal centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica, a cura di Alpa - Bessone - Boneschi, Cedam, 1981, 53 ss.

[74] Zatti, *Il diritto all'identità e l'"applicazione diretta" dell'art. 2 Cost.*, cit., 54, per il quale «…il nome del diritto […] è il nome del bisogno reso evidente dalla vicenda sottoposta a giudizio».

[75] Corte eur. dir. uomo, 22.11.2022, ric. nn. 58817/15 e 58252/15 (*D.B. e altri c. Svizzera*), in *www.hudoc.echr.coe.int.*

[76] Zatti, *Il diritto all'identità e l'"applicazione diretta" dell'art. 2 Cost.*, 61.

[77] Siamo di fronte ad un «diritto umano» (?).

[78] Cass., ord. 21.1.2022, n. 1842, cit.

[79] Zatti, *Note sulla semantica della dignità*, in *Maschere del diritto e volti della vita*, Giuffrè, 2019, 29 ss., dove si dice che «in tutti i contesti in cui la dignità viene in gioco, non viene, di necessità, in gioco "nuda e sola", proprio perché è intrinseca qualità dell'uomo» (*ivi*, 43).

MADDALENA CINQUE

INTERFERENZE TRA CONIUGIO E CONVIVENZA DI FATTO

A Paolo Zatti per averci mostrato che, se al rigore si uniscono sensibilità e un po' di immaginazione, si può essere giuristi migliori

SOMMARIO: 1. Matrimonio e convivenza di fatto: tempo di bilanci. – 2. Premessa: l'ambiguità della locuzione «di fatto». – 3. La "rivalità" tra matrimonio e convivenza alla prova degli approdi più recenti. – 4. La Costituzione e le opposte "direzioni" dei due istituti.

1. *Matrimonio e convivenza di fatto: tempo di bilanci*

Tra gli anni settanta e gli anni ottanta, quando l'introduzione del divorzio e i movimenti di liberazione sessuale avevano già reso meno episodiche le convivenze paraconiugali, parte della nostra dottrina esprimeva tutta la sua preoccupazione per i *mala tempora* che si profilavano per la famiglia legittima. Molto noti sono i saggi pubblicati in questa *Rivista* da Trabucchi, i cui titoli erano già un chiaro manifesto; più di tutti, forse, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, che richiamava un'alternativa vissuta come senza speranza[1][2].

Segmenti del diritto della famiglia sono spesso oggetto di bilanci, specie dopo le molte riforme che si sono succedute negli ultimi cinquant'anni circa[3]. Ormai lontani dal

---

[1] TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19 ss.; ma prima, ad esempio: ID., *Natura legge famiglia*, *ivi*, 1977, I, 1 ss.; ID., *E così, la famiglia conserva ancora un suo valore nell'ordine civile*, *ivi*, 1980, II, 234 ss.; nonché ID., *Pas par cette voie s'il vous plait!*, *ivi*, 1981, I, 329 ss.

Anche dalla più distaccata analisi di MENGONI, *La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 1 ss., emerge la preoccupazione per le contemporanee tendenze di degiuridicizzazione della famiglia legittima e, invece, di giuridicizzazione della convivenza extramatrimoniale. Mengoni considera in particolare «pericolosa la prospettiva di una deregolamentazione del matrimonio», come nel caso delle proposte di "matrimoni a termine" (*ivi*, 9). Il riferimento a questi ultimi risulta particolarmente attuale pensando ai recenti auspici della Supr. Corte rispetto a un assegno di divorzio temporaneo, nel caso sia stata liquidata la sola componente compensativa (CASS. CIV., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32198, leggibile ad esempio in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1400 ss., con commento di E. QUADRI, *Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*; la pronuncia è poi oggetto di una discussione a più voci – AL MUREDEN, BENANTI, ROMA, SALANITRO – *ivi*, 2022, II, 203 ss.; sul punto v. anche *infra*, § 3). Contrari a una regolamentazione della convivenza *more uxorio* erano pure, ad esempio, DE CUPIS, *Crisi della famiglia legittima e supplenza della famiglia di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 606 ss.; MORETTI, *Il matrimonio è una mera formalità?*, in *Dir. fam. e pers.*, 1981, I, 770 ss.; e, anche se con argomenti più "moderni", GAZZONI, *La famiglia di fatto tra legge e autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 1981, II, 261 ss.

[2] Si esprimeva in senso opposto altra dottrina coeva; cfr. ad esempio i numerosi lavori di Bessone e Ferrando (come BESSONE, *Convivenza* more uxorio *e tutela della famiglia di fatto in una giurisprudenza non conformista*, in *Giur. merito*, 1979, I, 1151 ss.; FERRANDO, *Sul problema della "famiglia di fatto"*, *ivi*, 1977, II, 133 ss.). Ancora, P. PERLINGIERI, *La famiglia senza matrimonio tra l'irrilevanza giuridica e l'equiparazione alla famiglia legittima*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 601 ss. Caute aperture venivano anche da ROPPO, *La convivenza* more uxorio *dinnanzi alla corte costituzionale*, in *Dem. e dir.*, 1980, 922 ss.

[3] Uno specifico confronto con il pensiero di Trabucchi all'indomani della l. 20 maggio 2016, n. 76, si trova in BALESTRA, *Evoluzione e approdi della convivenza "more uxorio": dialogo con Alberto Trabucchi*, in *Giust. civ.*, 2017, 45 ss. Tra i molti lavori che intendono proporre un bilancio "a distanza" circa gli esiti delle

clima preoccupato di ieri, è forse possibile – e interessante – tentare un bilancio distaccato anche rispetto all'allora temuta "rivalità giuridica" tra famiglia di fatto e famiglia legittima.

Su un piano puramente numerico, statistico, le convivenze hanno già vinto[4], ma su quello del diritto i due istituti procedono in parallelo o interferiscono a vicenda? Dopo aver provato a sciogliere l'ambiguità ancora legata a uno dei termini del confronto[5] – la convivenza di fatto – si cercherà allora di valutare l'impatto sulla coppia coniugata delle disposizioni dedicate nel 2016 alle convivenze e di recenti interventi giurisprudenziali in tema di assegno di divorzio[6].

2. *Premessa: l'ambiguità della locuzione «di fatto»*

Trabucchi, riferendosi a diritti attribuiti al convivente "adultero" rispetto a un precedente vincolo coniugale, osservava: «Fatto o diritto? [...] Il *fatto* viene a sopravanzare il *diritto*»[7]. Ecco, prima di entrare più nel vivo del tema, questa preoccupazione di allora pone una questione a monte: dopo l'introduzione di un'apposita disciplina per le convivenze nel 2016, siamo ancora di fronte a un rapporto di fatto? Per provare a rispondere, credo sia necessario affrontare un'ambiguità che pare tuttora legata alla locuzione «di fatto».

È utile una brevissima premessa. Il «fatto», di regola, si contrappone al «diritto», espressamente o implicitamente, in più contesti del diritto privato: ma con quale, o quali specifiche valenze?

Solo per portare qualche esempio, vale per l'*errore*, che è di fatto o di diritto[8]; semplificando, si intende che il primo riguarda elementi del negozio o circostanze esterne, mentre l'errore di diritto cade su norme giuridiche[9].

Altre disposizioni si riferiscono poi a una *impossibilità* di fatto, ad esempio di usare la servitù[10]. In questa ipotesi la contrapposizione (implicita) fatto-diritto sembra assume-

---

più importanti riforme del diritto di famiglia, si possono citare, ad esempio: Lipari, *Riflessioni sul matrimonio a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 715 ss.; Al Mureden, *La solidarietà post-coniugale a quarant'anni dalla Riforma del '75*, in *Fam. e dir.*, 2015, 991 ss.; Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1009 ss.; Balestra, *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, 245 ss.; E. Quadri, *Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Foro it.*, 2020, V, c. 167 ss.

[4] La già citata Cass. civ. n. 32198/2021, a testimoniare l'evoluzione sociale, riporta: «Dalle recenti statistiche [...] emerge [...] che il numero delle convivenze di fatto instaurate nel corso dell'anno supera ormai ampiamente il numero di quelle fondate sul vincolo matrimoniale».

[5] *Infra*, § 2.

[6] *Infra*, § 3.

[7] Sempre da Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, cit., 39 (corsivi aggiunti).

[8] Cfr. gli artt. 624, comma 2° e 787 cod. civ., per la disposizione testamentaria e la donazione viziate da errore sul motivo; e l'art. 1429, n. 4, cod. civ. che, nell'indicare le ipotesi di errore essenziale nel contratto, si riferisce pure all'errore di diritto, contrapponendolo sempre – seppure implicitamente – a quello di fatto. L'art. 2732, in tema di revoca della confessione, nomina solo la confessione determinata da errore di fatto, potendosi allora desumere *a contrario* che l'errore di diritto è irrilevante.

[9] La definizione è tratta da C.M. Bianca, *Diritto civile, 3, Il contratto*, Giuffrè, 2000, 646. La nozione sembra sufficientemente univoca, anche se possono esserci "interferenze" tra le due tipologie di errore: cfr. la chiara distinzione di Roppo, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, spec. 744 ss., tra «errori di puro diritto» ed «errori anche di diritto».

[10] Cfr. anche l'art. 36, comma 2°, lett. *c*), cod. cons., in tema di clausole vessatorie: «Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: [...] prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che *non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere* prima

re il significato proprio dell'antitesi concreto-astratto: la servitù, che per il diritto sussiste in conformità del suo titolo, potrebbe nei fatti, concretamente, non essere esercitabile[11], con le conseguenze determinate dagli artt. 1074 e 1073 cod. civ.

Come si diceva, il binomio fatto-diritto si incontra – con diversa accezione – anche nelle ipotesi che qui interessano, ovvero i *rapporti* di fatto che in differenti ambiti del diritto privato[12] nascono in implicita contrapposizione, o meglio ad imitazione dei rispettivi "rapporti di diritto". Il riferimento è, ad esempio, alle figure dei rapporti contrattuali di fatto; della società di fatto e dell'amministratore di fatto propri del diritto commerciale. Ma anche all'insieme dei rapporti di fatto del diritto di famiglia: in particolare, la convivenza di fatto, che tra le sue diverse denominazioni dottrinali ha avuto anche quella più evocativa di «matrimonio di fatto»[13]; la separazione di fatto; e da ultima, anche rispetto alla sua comparsa nel tempo, la genitorialità di fatto o, più in generale, la parentela di fatto[14] [15].

Lo stesso possesso, pur mancando nel *nomen* il riferimento al rispettivo "istituto di diritto" (la proprietà o altro diritto reale) accompagnato dall'attributo «di fatto», rivela il suo potenziale carattere imitativo nella definizione codicistica: «potere [di fatto] sulla cosa che *si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà* o di altro diritto reale»[16].

Provare a definire quali comportamenti rientrino in ciascuna delle eterogenee, e a volte discusse, figure porterebbe lontano dallo scopo di queste pagine. Ciò che semmai sembra interessante notare – dicevo – è un tratto di ambiguità, che forse ancora caratterizza la locuzione «di fatto» in questo specifico contesto, quello dei rapporti di fatto. Ambiguità che è stata colta da parte della dottrina e che si potrebbe provare a ridurre a questo interrogativo: la "fattualità" sta nella irrilevanza della figura per il diritto positivo (o comunque in una modesta rilevanza giuridica riconosciuta in via interpretativa), cosicché un'apposita disciplina legislativa renderebbe l'attributo «di fatto» improprio? O il carattere della fattualità sta altrove e dunque non si perde se l'ordinamento contempla espressamente la figura?

---

della conclusione del contratto» (corsivo aggiunto). In questo caso, però, la dottrina maggioritaria sembra attribuire all'inciso «di fatto» un mero "valore rafforzativo"; le opinioni sono ben sintetizzate da Faccioli, *Il comma 2°: la "lista nera"*, nel *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro-Zaccaria, Cedam, 2013, *sub* art. 36 cod. cons., 412.

[11] Ci vuole «un fatto materiale», precisava Biondi, *Le servitù*, nel *Trattato Cicu Messineo*, XII, Giuffrè, 1967, 582, come nel caso in cui «il titolare [...] di una servitù di stillicidio distrugge la costruzione oppure modifica la situazione in guisa che lo stillicidio non può cadere sul fondo servente».

[12] Il tema dei rapporti di fatto coinvolge, però, anche il diritto pubblico; sul punto v. i cenni alle ipotesi di diritto amministrativo e internazionale fatti da Franceschelli, voce «Rapporto di fatto», nel *Digesto, Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Utet, 1997, 272.

[13] Così Id., voce «Rapporto di fatto», cit., 277; ma la stessa locuzione «convivenza *more uxorio*», una volta più in voga, mostra come la figura si modelli sul matrimonio.

[14] Mi permetto di rinviare ai miei articoli sul tema e alla bibliografia lì citata: Cinque, *Quale statuto per il "genitore sociale"?*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1475 ss.; Ead., *La famiglia si allarga ai "nonni sociali"*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 49 ss.

[15] V. Franceschelli, voce «Rapporto di fatto», cit., 275, osserva come in tutte queste ipotesi «"la fattispecie" è già completamente individuata attraverso il *nomen* che precede la qualifica di fatto», volendo significare che «la "fattispecie" richiamata dal *nomen* non è perfetta [...] e comunque ha subito talune alterazioni [...] rispetto all'istituto tipico richiamato».

[16] Art. 1140 cod. civ. (corsivo aggiunto). L'attributo «di fatto» si incontra espressamente nel successivo art. 1141. Busnelli, *Sui criteri di determinazione della disciplina normativa della famiglia di fatto*, in *Atti del convegno nazionale «La famiglia di fatto»: Pontremoli, 27-30 maggio 1976*, Tarantola, 1977, 134, dice di definire la convivenza *more uxorio* con «una formula che arieggia, *mutatis mutandis*, alla definizione normativa del possesso».

In altri termini, in questo contesto, l'espressione «di fatto» ha principalmente un significato negativo, così si ha un "non-contratto", una "non-separazione", ecc., o indica «una fattispecie specificamente caratterizzata»[17]?

Nell'*uso tradizionale*, le locuzioni «di fatto» e «di diritto» esprimono la contrapposizione tra mero fatto e quello che è riconosciuto dal diritto; rapporto «di diritto» sarebbe quello che rientra nello schema legale e produce gli effetti voluti dal legislatore, rapporti «di fatto» sarebbero invece rapporti non presi in considerazione dal diritto[18]. In effetti non è in dubbio che questa sia l'origine dei rapporti di fatto, ma spesso essi rimandano a delle "aree grigie", in cui accanto all'aspetto negativo del non-contratto, della non-separazione ecc., si è arrivati in via interpretativa a riconoscere una qualche rilevanza giuridica alle fattispecie; e il, pur limitato, contenuto giuridico riconosciuto sembra alla base della diffusione delle espressioni richiamate.

Come è noto, negli anni poi le denominazioni nate dall'accostamento tra un istituto positivamente disciplinato e la locuzione «di fatto» sono state qualche volta espressamente incorporate in disposizioni normative. Per stare al diritto di famiglia, ciò vale senz'altro per la «separazione di fatto»[19] e per le «convivenze di fatto», che dal 2016 hanno appunto una disciplina articolata. In queste ipotesi, l'espressione «di fatto» ha ancora un senso, o è solo un ricordo di quello che fu la figura? Un po' come la terminazione della nostra spina dorsale rappresenta la memoria della coda persa nell'evoluzione.

Che non abbia un vero significato, e anzi che contrasti con il suo originario significato, pare ad esempio il pensiero espresso da Auletta, per il quale, con la l. n. 76/2016, «sembra [...] essere venuto meno il principio secondo il quale la convivenza origina un'unione di fatto in quanto anch'essa riceve ormai riconoscimento giuridico»[20]. Qui sembra chiaro il riferimento alla tesi tradizionale per cui un rapporto di fatto è tale solo se non ha riconoscimento giuridico[21].

Questa tesi, però, sembra cogliere solo un profilo dei rapporti di fatto, quello della loro origine storica; mentre lascia in ombra elementi costitutivi della figura, che rimangono integri anche quando nel tempo sopraggiunga la previsione normativa. Si tratta di elementi complementari tra loro, uno negativo e uno positivo: *a*) manca[22] o è invalido[23] il titolo su cui si fonda il rapporto di diritto corrispondente (proprietà, contratto, matri-

---

[17] Così Angelici, voce «Rapporti contrattuali di fatto», in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Ed. Enc. it., 1991, 1, il quale ritiene necessario in primo luogo proprio superare «l'ambiguità implicita nell'uso di espressioni come quella *di fatto*».

[18] V. Sal. Romano, *Osservazioni sulle qualifiche «di fatto» e «di diritto»*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Cedam, 1940, IV, 127; Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, 1958, 33. Per una ricostruzione delle posizioni v. ancora Franceschelli, voce «Rapporto di fatto», cit., 274.

[19] La locuzione si incontra, ad esempio, nelle leggi che disciplinano divorzio e adozione (art. 3, n. 2, lett. *b*, l. 1° dicembre 1970, n. 898 e art. 6, comma 1°, l. 4 maggio 1983, n. 184).

[20] Auletta, nelle conclusioni al suo *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 367 ss. (il titolo richiama proprio quello del famoso saggio di Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, cit., in una sorta di dialogo postumo sulla famiglia di fatto).

[21] Questo pensiero pare anche sotteso a quanto osservato da Siclari, *Dichiarazione anagrafica di convivenza ed accesso del concepito all'accertamento preventivo della paternità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1477, per il quale la nuova normativa va letta in un'ottica di continuità rispetto a valori già entrati nel sistema; e in questi termini per l'autore andrebbe visto anche «il ricorso alla locuzione "*di fatto*" come predicato costante della convivenza, [...] *a dispetto del suo stesso inverarsi nel diritto positivo*» (ultimo corsivo aggiunto).

[22] O *può* mancare, come nel caso del possesso.

[23] Cfr. Roppo, *Il contratto*, cit., 41 s.

monio, separazione personale tra coniugi, ecc.); *b*) ma il comportamento delle parti imita in tutto, nei fatti appunto, quello che origina dal rapporto di diritto.

Conseguenza di ciò è che in tutti i rapporti di fatto, siano essi ignorati o previsti dal diritto positivo, manca «un momento genetico giuridicamente determinabile»[24]: il rapporto esiste se esiste la sua esecuzione protratta nel tempo, che andrà eventualmente accertata *ex post*. Franceschelli negli anni '80 già osservava: «Mentre [...] il rapporto di diritto trae la giustificazione della sua solidità nel negozio, il rapporto di fatto trae la giustificazione della sua esistenza [...] nel fatto stesso di essere stato posto in essere e di essere eseguito»[25]. È indubbio allora che i rapporti che erano originariamente irrilevanti conservino nella loro essenza l'elemento della "fattualità" e la dipendenza da una loro esecuzione, anche quando siano stati recepiti formalmente dall'ordinamento.

Concludendo, possiamo dire che – in quest'ultima accezione – la convivenza era e rimane un rapporto di fatto... ma è sempre più lontana dall'essere «solo un dato di fatto», al quale non sono collegate garanzie[26].

3. *La "rivalità" tra matrimonio e convivenza alla prova degli approdi più recenti*

Nel confrontarsi oggi, dopo decenni, con i timori con cui la prima diffusione delle convivenze era avvertita da parte della dottrina, quello che si vorrebbe mettere alla prova non sono certo le preoccupazioni di carattere morale, che emergevano in maniera neppure troppo nascosta da quei lavori, semmai l'attuale "rapporto di forza" (giuridica) tra l'istituto del matrimonio e quello della convivenza di fatto.

Rispetto alle disposizioni introdotte per la convivenza di fatto da norme positive, e alla rilevanza ulteriormente attribuita a essa dalla giurisprudenza, si possono dare – sembra – due diverse relazioni tra le discipline di matrimonio e convivenza: di, per così dire, "indifferenza" reciproca (quando l'attribuzione di diritti ai conviventi non intacca la posizione dei coniugi), o di "concorrenza" (quando invece i diritti spettanti ai coniugi ne risultano in qualche misura compressi[27]).

Questa riflessione si fermerà su alcune fattispecie – speriamo le più rilevanti – senza la pretesa di essere esaustivi.

Nel 2004, la nostra disciplina sulla *procreazione medicalmente assistita* ha consentito l'accesso alle relative tecniche tanto alle coppie sposate, quanto a quelle solamente conviventi[28]. Questo sembra un esempio chiaro di indifferenza reciproca delle due po-

---

[24] Così Franceschelli nella sua rigorosa ricostruzione dei rapporti di fatto (Id., voce «Rapporto di fatto», cit., 281 s.; e già Id., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Giuffrè, 1984, 216 ss.).

[25] Id., *I rapporti di fatto*, cit., 226 ss. L'a. intuisce e sviluppa anche il collegamento tra i rapporti di cui stiamo discutendo e i rapporti di durata (*ivi*, 229 ss.).

[26] Ancora da Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*, cit., 24.

[27] Senza necessariamente implicare una equiparazione nel trattamento giuridico.

[28] La l. 19 febbraio 2004, n. 40, all'art. 5, prevede che possano accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita «coppie [...] coniugate o conviventi». In questa ipotesi, rispetto alla nozione di «conviventi», la dottrina ha criticato la mancata previsione di requisiti di stabilità e durata della convivenza (cfr. ad esempio Moretti, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia*, nel *Trattato Bonilini-Cattaneo*, III, Utet, 2007, 265). Inoltre, non c'è alcun riferimento alla necessità che i componenti della coppia abbiano lo stato libero, quindi la disposizione si applica a «tutte le convivenze aperte alla sessualità reciproca» (Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2021, spec. 526 ss., soprattutto per il coordinamento tra il comma 36°, art. 1, l. n. 76/2016 e il diritto previgente).

Prima del 2004, il codice di deontologia medica del 1998, all'art. 42, vietava al medico di attuare forme di fecondazione assistita al di fuori di «coppie eterosessuali stabili».

sizioni: l'apertura ai conviventi nulla ha tolto ai diritti della coppia coniugata, se non eventualmente su di un piano simbolico, che qui però non interessa[29].

Diverso sarebbe se il legislatore avesse aperto ai conviventi anche per l'adozione piena, per la quale è ancora necessario che i richiedenti siano una coppia coniugata, e da almeno tre anni; «diverso», perché in tal caso si innescherebbe una forma di concorrenza tra coniugi e conviventi. Si tratterebbe però di una concorrenza più "economica" che giuridica, perché legata non tanto al funzionamento della disciplina, quanto a un "eccesso di domanda" rispetto all'offerta... anche se utilizzare queste espressioni riferendosi a bambini è sicuramente molto poco appropriato.

Analoga concorrenza solo economica sembra nascere dall'ipotesi prevista al comma 45° della l. n. 76/2016 che, per la formazione delle graduatorie per l'*assegnazione di alloggi di edilizia popolare*, inserisce i conviventi di fatto nella nozione di «nucleo familiare», al pari dei coniugi[30]. Anche qui l'interferenza tra coniugi (o uniti civilmente) e conviventi è dovuta solo alla scarsità di alloggi di edilizia popolare.

Guardando ancora alla l. n. 76, si possono citare tra quelli irrilevanti per la condizione dei coniugi, ad esempio, i diritti attribuiti ai conviventi di fatto e già previsti per i coniugi dall'*ordinamento penitenziario* o, ancora, i *diritti* di visita, di assistenza e di accesso alle informazioni personali *per il caso di malattia o ricovero del partner* (commi 38° e 39°).

Pure il successivo comma 40° non porta (o portava) a una diminuzione dei diritti dei coniugi, semmai – inconsapevolmente – porta ad accrescerli. Vediamo in che modo, anche se ormai la norma si presta più che altro a considerazioni storiche, perché la sua lett. *a* – appena l'anno successivo – è stata superata dalla legge sulle direttive anticipate di trattamento, che regola la nomina del fiduciario[31]. La disposizione, a prima vista, sembrava sbilanciata a favore dei conviventi, introducendo per questi una possibilità neppure prevista per i coniugi, ovvero quella di nominare il partner proprio *rappresentante per le decisioni in materia di salute*, in caso di sopravvenuta incapacità di intendere e di volere. In realtà – come è stato notato dalla dottrina più attenta[32] – il legislatore aveva

---

[29] In dottrina la scelta era criticata da Busnelli, *Libertà di coscienza etica e limiti alla norma giuridica: l'ipotesi della procreazione assistita*, in *Familia*, 2003, 280, per il quale l'art. 5 del «Progetto unificato» rappresentava una «disposizione sorprendentemente lassista» (perché si era abbandonata la soluzione della «Proposta ministeriale» di limitare l'accesso alle coppie coniugate e non separate neppure di fatto, e perché – a differenza di altri disegni di legge in materia – non si fissavano neppure requisiti di stabilità per la convivenza). Da diversa angolazione, anche Morozzo della Rocca, *Dell'adozione, Art. 6 l. n. 184/1983*, nel *Commentario Gabrielli*, *Della famiglia*, IV, Utet, 2010, 51, sottolineava l'assenza di requisiti di stabilità pregressa della relazione di coppia: «[S]icché [...] la convivenza potrebbe ridursi ad una mera dichiarazione di volontà congiunta per il futuro» (interessanti, più in generale, le osservazioni dell'autore contenute nel paragrafo *Idoneità all'adozione e idoneità alla procreazione medicalmente assistita*, in cui si analizzano i requisiti dell'una e dell'altra, tenendo presente che non sono solo vie alternative per le coppie, ma spesso «pratiche concorrenti in attesa del primo risultato»: *ivi*, 50).

Altre posizioni critiche rispetto all'apertura ai conviventi, coeve alla l. n. 40/2004, sono ricostruite da Villani, *La procreazione assistita*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Zatti, II, *Filiazione*, a cura di Collura-Lenti-Mantovani, Giuffrè, 2012, 653, nt. 168.

[30] L'equiparazione, d'altra parte, si leggeva da tempo in varie leggi regionali (ad es. l. r. Sardegna 6 aprile 1989, n. 13, art. 2, comma 2°; l. r. Toscana 20 dicembre 1996, n. 96, art. 5, comma 3°; l. r. Veneto 2 aprile 1996, n. 10, art. 2, comma 4°).

[31] Art. 4, l. 22 dicembre 2017, n. 219, per il quale il fiduciario può essere scelto liberamente dall'interessato, anche al di fuori della cerchia familiare.

[32] È di Zatti-Piccinni, *La faccia nascosta delle norme: dall'equiparazione del convivente una disciplina delle DAT*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1284, l'efficace costruzione dei commi 39° e 40° come «norma specchio». Di qui gli autori concludevano per l'importanza della disposizione che, forse in modo casuale, introduceva la possibilità di disporre la nomina di un fiduciario per decisioni in materia di salute, in caso di malattia cui consegua la perdita della capacità di autodeterminarsi: «*Habemus* un modello di DAT in due commi» (*ivi*, 1287).

solo l'intento di *estendere* ai conviventi anche questo potere avente «fondamento [...] nell'intimità della relazione familiare»[33] dei coniugi, senza forse accorgersi che per questi ultimi mancava una previsione generale dello stesso tenore, appunto, da estendere.

Anche il comma 46° attribuisce al convivente diritti che appaiono indifferenti alla posizione del coniuge. La disposizione ha aggiunto al codice l'art. 230-*ter* in tema di *impresa familiare*: al convivente che presta stabilmente la propria attività di lavoro nell'impresa del partner viene attribuita una partecipazione agli utili, ai beni acquistati con essi e agli incrementi dell'azienda. Accedendo alle letture meno restrittive della nozione di «conviventi di fatto» per i diritti attribuiti *ex novo* dalla l. n. 76[34], si potrebbe immaginare che collaborino con l'imprenditore tanto il suo coniuge separato (legalmente o di fatto), quanto il convivente, ma anche in questa ipotesi non si avrebbero "interferenze". A parte la considerazione poco giuridica che nella pratica il caso si presenterà solo di rado, i diritti del convivente, essendo «commisurat[i] al lavoro [da questi] prestato», non intaccano quanto eventualmente dovuto al coniuge al medesimo titolo.

Al contrario, una situazione di concorrenza in questa ipotesi si sarebbe avuta se anche al convivente fosse stato attribuito, come agli altri familiari *ex* art. 230-*bis* cod. civ., un «diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia», perché il diritto andrebbe commisurato solo alla condizione patrimoniale della famiglia dell'imprenditore, e non al lavoro prestato o alla condizione sociale dell'avente diritto[35]; un allargamento al convivente in questo senso porterebbe quindi a "più bocche da sfamare", che attingono al medesimo patrimonio. Questo potrebbe a breve non essere solo un esperimento di pensiero, dal momento che con ordinanza molto recente la Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle sezioni unite per la soluzione della questione di massima di particolare importanza «se l'art. 230 *bis*, comma terzo, c.c. possa essere evolutivamente interpretato [...] nel senso di prevedere l'applicazione della relativa disciplina anche al convivente *more uxorio*»[36]. Ne conseguirebbe l'applicazione al convivente di *tutti* i diritti previsti per il coniuge che collabori nell'impresa.

Sempre rispetto alla l. n. 76, uguale conclusione in termini di indifferenza può valere per il comma 49°, che riprende la soluzione già consolidata in giurisprudenza[37] secondo la quale, in caso di decesso del convivente, in seguito a fatto illecito di un terzo, si applicano al convivente superstite gli stessi criteri individuati per il *risarcimento del danno* al coniuge superstite.

Nonostante il riconoscimento di questo diritto al convivente niente tolga alla posizione del coniuge, l'applicazione della disciplina nell'ipotesi di famiglie ricomposte sembra comunque svelare un profilo di debolezza del matrimonio, rispetto alla convivenza. In particolare, nelle Tabelle milanesi per la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, dove tra i rapporti familiari rilevanti compaiono ovviamente sia

---

[33] Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 534.

[34] V. *infra*, in questo paragrafo.

[35] Si tratta di lettura consolidata: cfr. ad esempio Oppo, *Impresa familiare*, nel *Commentario dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, III, Cedam, 1992, *sub* art. 230-*bis* cod. civ., 479 s.

[36] Cass. civ., ord. 24 gennaio 2023, n. 2121. In *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 901 ss., con commento di Cinque, *Partecipazione del convivente nell' impresa familiare ante 2016: la parola alle Sezioni Unite*. Nel commento sottolineo per come gli esiti della soluzione proposta dalla sezione lavoro non siano affatto chiari.

Tola, *Impresa familiare e convivenze*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 705 ss., a proposito del nuovo art. 230-*ter* cod. civ., riteneva che «l'intrusione di soggetti (relativamente) estranei entro la sfera dei rapporti patrimoniali della famiglia dell'imprenditore rischia[sse] di pregiudicarne ulteriormente equilibri sempre assai delicati» (*ivi*, 708).

[37] In particolare da Cass. civ., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Dir. fam. e pers.*, 1996, 873.

quello con il coniuge che quello con il convivente, per il coniuge si ha cura di specificare «non-separato»: così la separazione, nonostante la permanenza del vincolo, comporta una sorta di presunzione dell'inesistenza di un forte legame affettivo col coniuge deceduto[38]. Nello stesso senso, la recente giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto il risarcimento in questione alla convivente di un uomo ancora coniugato, negandolo a sua moglie, *separata solo di fatto*[39].

Allora, se è vero che è del tutto conforme alla natura del risarcimento considerare solo i danni effettivi e che nessuno stretto congiunto può avere la certezza di un minimo risarcimento garantito[40], gli esiti richiamati sembrano comunque rivelatori di mutamenti sociali ormai davvero radicati nel sentire comune; in altre parole, sempre più, la famiglia protetta dal diritto è quella «fondata sugli affetti»[41], anziché sui titoli[42]. Inoltre, come vedremo subito considerando altre disposizioni, è proprio il contesto della ricomposizione familiare a rappresentare il terreno per possibili interferenze tra la posizione del coniuge (separato o ormai divorziato) e del successivo convivente di fatto di una persona.

È il succedersi di coppia coniugata e coppia convivente a portare a un certo "funzionamento" delle disposizioni, di cui ora dirò. Una parte delle norme interessate è sempre contenuta nella l. n. 76/2016 ed è ora indispensabile prima intendersi su quale sia il significato attribuibile all'espressione «conviventi di fatto» impiegata dai commi 36° ss.; ciò perché la *concorrenza* in questione talvolta si verifica *solo se la nozione accolta non sia la più restrittiva* rispetto allo stato (libero o meno) dei conviventi. Ma proviamo a procedere con ordine.

Per il comma 36° ai fini dell'applicazione della legge ciò che rileva, oltre a tutti gli altri requisiti, è che i conviventi di fatto siano due persone «non vincolate [...] da matrimonio o da un'unione civile». Il nuovo presupposto dello stato libero – sconosciuto ai riconoscimenti giurisprudenziali pre l. n. 76 – ha dato origine a letture differenti, che potrebbero essere sintetizzate così.

Secondo una prima tesi, l'espressione va intesa nel senso che i conviventi non devono essere coniugati (o uniti civilmente) *tra loro*, così il vincolo matrimoniale ancora in essere con altri non rappresenterebbe un ostacolo all'applicazione delle disposizioni

[38] Questo è quanto riportato nella tabella: «A favore del coniuge (non-separato), della parte dell'unione civile o del convivente di fatto sopravvissuto», con l'indicazione dei valori entro i quali dovrebbe muoversi il giudice (*Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale - Edizione 2021*, p. 8, facilmente reperibili online; le successive *Tabelle integrate a punti - Edizione 2022* non introducono variazioni rispetto ai soggetti interessati).

[39] Così Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28222, in *Mass. Giust. civ.*, 2019, che ha ritenuto adeguatamente valorizzate dal precedente merito una serie di circostanze (la lunga separazione di fatto tra la moglie ricorrente e il marito deceduto, l'assenza di contributi economici di quest'ultimo alla prima, accompagnate dall'instaurazione di una nuova relazione affettiva). La pronuncia comunque richiama il principio consolidato per il quale il coniuge (anche legalmente) separato può ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale sofferto per la morte dell'altro coniuge, se dimostra la permanenza di un vincolo affettivo particolarmente intenso (Cass. civ., 17 gennaio 2013, n. 1025, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1580).

[40] I criteri che accompagnano le Tabelle milanesi, ad esempio, sottolineano che «il danno in esame non è *in re ipsa* e non esiste [...] un "minimo garantito"» per i congiunti nominati. E, con la medesima *ratio*, si specifica che il giudice può valutare se riconoscere il danno da perdita del rapporto parentale anche a soggetti diversi da quelli previsti nella tabella, purché sia data la prova di «un intenso legame affettivo e di un reale sconvolgimento di vita della vittima secondaria a seguito della morte o della grave lesione biologica del congiunto» (*Tabelle milanesi*, cit., p. 8).

[41] Cfr. Zatti, Familia, familiae - *Declinazioni di un'idea*, I, in *Familia*, 2002, spec. 31 ss.

[42] La tendenza non riguarda solo la coppia, con riconoscimenti crescenti delle convivenze, etero e omosessuali; ma anche la filiazione e i rapporti di parentela, slegati prima dall'origine nel matrimonio, e poi anche dal legame genetico. Il riferimento è al pieno riconoscimento dei legami di filiazione e di parentela fuori dal matrimonio e ai profili di rilevanza giuridica di filiazione e parentela c.d. sociali o di fatto.

introdotte dalla l. n. 76[43]; essa presenterebbe soprattutto il vantaggio, conforme alla *ratio legis*, di non restringere la platea degli aventi diritto rispetto alle regole precedenti – di fonte legale o derivate da letture giurisprudenziali – ritenute applicabili a tutte le «convivenze aperte alla sessualità reciproca»[44]. A questa tesi però si obietta, sia che così si farebbe dire alla disposizione qualcosa di ovvio, cioè che se le parti sono coniugate (o unite civilmente) a loro si applicano le regole del matrimonio (o dell'unione civile), non quelle sulla convivenza di fatto; sia che la specificazione «fra le parti stesse», da ritenersi sicuramente sottintesa nella previsione che esse non devono essere vincolate «*da rapporti di* parentela, affinità o adozione»[45], non può essere estesa – per le regole sintattiche – ai vincoli derivanti «*da* matrimonio o *da* un'unione civile»: questi ultimi sono infatti nuovamente retti dalla preposizione «da», e non introdotti dall'espressione «rapporti di»[46].

Tra coloro che rifiutano questa lettura, c'è chi comunque propone dei "correttivi" alla negazione *tout court* dei diritti previsti dalla l. n. 76 alla coppia di conviventi in cui uno o entrambi siano privi dello stato libero. In particolare, per non tradire lo spirito della legge del 2016, che certamente ha voluto offrire una maggiore tutela ai conviventi di fatto, si è proposto di considerare ancora applicabili a *tutte* le convivenze di fatto, anche a quelle prive del requisito di cui al comma 36°, i *diritti già attribuiti* ai partner da norme di legge o da consolidate conquiste della giurisprudenza; anche quando tali diritti siano stati "ripresi" e inseriti nei commi della nuova legge[47]. C'è poi chi si è spinto oltre, ritenendo possibile applicare i *nuovi diritti* previsti dalla l. n. 76 anche a colui che, avendo lo stato libero, conviva con chi è ancora coniugato; così, se A e B convivono, e B è ancora sposato (separato di fatto o legalmente da C), mentre A ha lo stato libero, questa lettura attribuirebbe almeno ad A le prerogative riconosciute per la prima volta dalla legge sulle convivenze[48].

La premessa – dicevo – era opportuna perché alcune delle frizioni tra discipline di matrimonio e convivenza si presentano solo se si accolga la prima tesi o quella richiamata da ultimo: ossia quando uno o entrambi i partner *non* abbiano lo stato libero, ma a uno o entrambi loro si ritengano comunque attribuiti i *nuovi* diritti della l. n. 76. Vediamo.

Una prima ipotesi di interferenza si può verificare nell'applicazione del comma 42° della legge, che attribuisce *ex novo* al convivente di fatto il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza alla morte del partner proprietario; tale diritto ha una durata pari a quella avuta dalla convivenza, ma è comunque compreso tra i due e i cinque anni. La natura della prerogativa attribuita al convivente è discussa, ma sembra

---

[43] Così Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, in *Fam. e dir.*, 2016, 924 s.; C.M. Bianca, *Premessa al comma 36 e seguenti. Note introduttive*, in *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016*, a cura di C.M. Bianca, Giappichelli, 2017, 471; Viglione, *I diritti successori dei conviventi*, Giappichelli, 2017, 169. In senso contrario, ad esempio, Paradiso, *Commi 36°-37°*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. Bianca, cit., 481, per il quale «non è possibile ammettere un tale strappo nel sistema», «fin quando non sarà abrogata la separazione personale [...] o non sarà definitivamente 'sdoganata' la poligamia»; in disaccordo anche Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 524 ss., che però ritiene sarebbe stata una soluzione preferibile in termini di politica del diritto.

[44] L'espressione evocativa e precisa è di Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., *passim.*

[45] Si tratta, come è noto, di un altro dei requisiti soggettivi posti dal comma 36°, l. n. 76/2016.

[46] V. le puntuali osservazioni di Id., *op. cit.*, 524 s.

[47] Id., *op. cit.*, 528. La tesi è richiamata anche da Balestra, *La convivenza di fatto*, cit., 924.

[48] Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 529, che argomenta così: «[L]a persona che ha lo stato libero e sceglie di convivere con un'altra [...] tiene un comportamento che non può essere definito illecito, da nessun punto di vista. Proprio per questo mi sembra irragionevole che il convivente di stato libero si trovi in una posizione deteriore dovuta solo al fatto che l'altro non ha lo stato libero».

preferibile la tesi maggioritaria[49] che – sulla base di più indici[50] – ricostruisce il diritto come personale, anziché reale. Indipendentemente dalla sua natura, però, se si accede a una delle tesi che ritengono attribuibili i nuovi diritti della l. n. 76 anche ai conviventi privi dello stato libero (o almeno al convivente con stato libero ma partner di chi non lo ha), è evidente come il diritto riconosciuto *ex* comma 42° al convivente comunque "comprima" ciò che spetta agli eredi del partner deceduto, dunque per quello che qui interessa all'eventuale coniuge separato, successore legittimo del *de cuius*[51].

Scorrendo le disposizioni della l. n. 76, un'interferenza coniuge-convivente si potrebbe poi presentare rispetto al comma 48°, che coinvolge un profilo personale, ma con ricadute potenzialmente patrimoniali: il convivente di fatto può essere nominato tutore, curatore o amministratore di sostegno del proprio partner. La norma non è stata introdotta dalla legge sulle convivenze, già la legge istitutiva dell'amministrazione di sostegno aveva contemplato la «persona stabilmente convivente» tra le scelte da preferire, subito dopo il coniuge non separato legalmente (art. 408 cod. civ., richiamato per la scelta di tutore e curatore dall'art. 424, comma 3°, cod. civ.).

Trattandosi di regola preesistente alla l. n. 76/2016, e richiamando le osservazioni fatte sopra[52], sembra che non ci siano dubbi sul fatto che anche il convivente partner di chi non ha lo stato libero possa essere nominato. L'art. 408 cod. civ., d'altra parte, esclude dai soggetti preferiti per la scelta il coniuge legalmente separato[53], dunque può senz'altro accadere che per una persona ancora coniugata sia nominato amministratore di sostegno (oppure tutore o curatore) il suo convivente di fatto. Ciò, del resto, è del tutto conforme alla previsione del primo periodo dell'articolo, ossia che la scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi del beneficiario, e si può immaginare che normalmente una separazione renda difficile quella sintonia e concordia che dovrebbero connotare il rapporto tra le parti. Essendo un elenco non vincolante, per la stessa ragione, il convivente potrebbe essere preferito al coniuge anche quando la separazione sia solo di fatto.

È appena il caso di notare, però, che non si tratta di una specifica "rivalità" tra la posizione del coniuge e quella del convivente di fatto, perché al coniuge potrebbe essere preferito – sempre nell'interesse del beneficiario – anche un altro dei soggetti indicati nell'elenco di cui al comma 1° dell'art. 408 cod. civ., o un terzo.

---

[49] Sono per la realità, ad esempio, DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, Cedam, 2016, 261 s. e PACIA, *Unioni civili e convivenze*, in *Jus civile*, 2016, 208. Propendono per la qualificazione come diritto di obbligazione: LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 878 s.; VIGLIONE, nel *Commentario breve Cian-Trabucchi*, Cedam, 2022, *sub* art. 1, commi 36°-65°, l. n. 76/2016, 135.

Sul punto, per un confronto tra le due tesi, si veda anche FREZZA, *Commi 42°-43°*, in *Le unioni civili e le convivenze*, a cura di C.M. BIANCA, cit., 552 ss.

[50] Tali indici sono ben sintetizzati da VIGLIONE, *op. loc. ult. citt.*

[51] La disposizione contiene una clausola di salvezza dell'art. 337-*sexies* cod. civ. di non immediata comprensione, visto che l'articolo si riferisce alla diversa fattispecie dell'assegnazione della casa familiare (anche) all'esito di procedimenti relativi a figli nati fuori del matrimonio. Riscuote consensi, perché convincente, la lettura proposta da LENTI, *Diritto della famiglia*, cit., 880 ss.: in caso di figli la cui presenza giustificherebbe l'assegnazione della casa familiare, il nuovo diritto inserito nel comma 42° si applicherebbe solamente all'ipotesi di figli del solo convivente superstite (potremmo dire, figli sociali del defunto); in presenza di figli comuni, invece, troverebbe sempre applicazione il più favorevole art. 337-*sexies* cod. civ., anche quando la coppia fosse ancora convivente al momento della morte del partner proprietario (è un'interpretazione costituzionalmente orientata, diretta a evitare una discriminazione ingiustificabile tra figli di genitori conviventi e figli di genitori che avevano già cessato la convivenza). Diversamente, DE FILIPPIS, *Unioni civili e contratti di convivenza*, cit., 261, che applica il diritto del comma 42° anche ai figli comuni.

[52] *Supra*, in questo paragrafo.

[53] Come l'art. 424, comma 3°, cod. civ., nel testo antecedente alla l. 9 gennaio 2004, n. 6.

Saltando tutti i commi della l. n. 76 relativi ai contratti di convivenza[54], si arriva al comma 65°: la disposizione prevede che, in caso di rottura della convivenza, l'*ex* partner in stato di bisogno abbia un diritto alimentare nei confronti dell'altro. La norma senza dubbio rappresenta una delle novità più importanti, ma anche discusse, della legge[55]: la solidarietà tra (*ex*) conviventi è diventata così oggetto di una "vera obbligazione"[56], in grado di sopravvivere al rapporto di fatto e alla sua spontanea esecuzione.

Certo il diritto del convivente è temperato in più direzioni, se confrontato con la posizione del coniuge in seguito a rottura del rapporto: si tratta di un obbligo alimentare, appunto, non di mantenimento; nel catalogo degli obbligati agli alimenti il convivente poi è quasi in fondo, precede solo fratelli e sorelle (mentre il coniuge è al primo posto[57])[58]; ma soprattutto questo diritto agli alimenti è limitato nel tempo: gli alimenti «sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza»[59].

Trattandosi di diritto nuovo, previsto per la prima volta dalla l. n. 76, devono essere senz'altro soddisfatti i requisiti di cui al comma 36°, e in particolare quello relativo allo *stato libero.* Mi sembra preferibile la tesi, di particolare equilibrio, per cui lo stato libero deve necessariamente riguardare solo il *convivente che beneficia del diritto*, non quello obbligato alla prestazione alimentare[60]. Vediamo allora quale interferenza si può immaginare, sempre nel contesto della ricomposizione familiare, tra diritti del coniuge separato e diritti dell'*ex* convivente. Poiché gli alimenti spettano alla rottura della convivenza, in questo caso la ricomposizione è doppia: alla crisi del matrimonio, è seguita la fine anche della convivenza.

Una descrizione casistica può forse aiutare a immaginare la fattispecie: A è separato da B ed è tenuto a versare a quest'ultimo il mantenimento *ex* art. 156, comma 1°, cod. civ. (oppure, nel caso di separazione addebitata a B, gli alimenti). A, dopo la separazione da B, inizia una convivenza con C, avente stato libero. Anche la convivenza successivamente si scioglie e C – essendoci i presupposti – ottiene gli alimenti *ex* comma 65° sempre da A. L'ipotesi suona ingarbugliata, ma è tutt'altro che di scuola... dove sta, però, la possibile "interferenza"? La nuova obbligazione alimentare a favore dell'*ex* convivente potrebbe incidere sul *quantum* del diritto al mantenimento (o agli alimenti) spettante in ipotesi al coniuge separato[61]; come è noto, infatti, il mutamento delle condizioni economiche dell'obbligato può portare a una riduzione dell'assegno di mantenimento (o degli alimenti)[62].

---

[54] Del comma 49° ho già parlato *supra*, in questo paragrafo.

[55] V., tra molti, Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 875, per il quale così si riconosce quanto una relazione di coppia, anche non formalizzata, «possa aver inciso sulla traiettoria esistenziale delle persone che l'hanno vissuta». Critico ad esempio Amadio, *La crisi della convivenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1773 s., che – a proposito dell'inderogabilità della disposizione – manifesta il proprio «disagio», ritenendo che dovrebbe essere lasciata alle parti la libera determinazione di sottrarre la relazione a vincoli giuridici.

[56] Rispetto alla costruzione dell'obbligazione naturale, tradizionalmente impiegata per qualificare i contributi alla gestione domestica e all'assistenza dovuta al partner nel vigore della convivenza.

[57] Il riferimento è alle ipotesi di cui all'art. 129-*bis*, comma 1°, cod. civ. e all'art. 156, comma 3°, cod. civ.

[58] Così risulta dalla lettura congiunta del comma 65°, l. n. 76/2016 e dell'art. 433 cod. civ.

[59] Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 876, condivisibilmente ritiene che la citata proporzionalità non vada intesa in termini meramente numerici: anche qui si dovrebbe tenere conto del contributo personale ed economico dato da ognuno alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune (arg. *ex* art. 5, comma 6°, l. div.).

[60] V. *supra*, in questo paragrafo.

[61] Finché la convivenza era in essere, non si poteva invece considerare il preteso onere di mantenimento del/la convivente (Così Cass. civ., 24 aprile 2001, n. 6017).

[62] Cfr. rispettivamente l'art. 156, comma 7°, cod. civ. (che si riferisce alla sopravvenienza di «giustificati motivi») e l'art. 440, comma 1°, cod. civ.

Lasciamo ora la legge dedicata alle convivenze, perché è nella giurisprudenza in tema di assegno di divorzio che si incontra un'ulteriore frizione tra matrimonio – questa volta sciolto – e nuova convivenza di fatto. La questione è quella della sopravvivenza dell'assegno di divorzio all'inizio di una convivenza di fatto da parte dell'*ex* coniuge *che lo percepisca*. Il tema merita qualche riflessione nell'ottica di queste pagine, anche per il recente nuovo orientamento delle sezioni unite della Cassazione[63].

La l. n. 76 non ha disposizioni sul punto, dunque il riferimento normativo è sempre l'art. 5, comma 10°, l. div., che prevede testualmente la cessazione dell'assegno solo per il caso di nuove *nozze* del coniuge beneficiario. A legge immutata, si sono susseguiti diversi orientamenti interpretativi, e nel 2021 sono intervenute le sezioni unite. È utile richiamarli molto sinteticamente proprio per capire come sia cambiato in quest'ambito il "rapporto di forza" tra matrimonio – anche se nelle sue manifestazioni *post* scioglimento – e convivenza di fatto[64].

Un *primo indirizzo*, risalente agli anni ottanta[65], considerava la nuova convivenza intrapresa dal beneficiario non idonea a far perdere il diritto all'assegno divorzile, ma solo a portare a un'eventuale diminuzione dello stesso, se effettivamente vantaggiosa. La convivenza non determinava alcun automatismo e poteva avere effetto sull'assegno come qualsiasi altro reddito costante del beneficiario[66].

Un radicale cambio di rotta si è avuto con l'orientamento espresso dalla *Cassazione nel 2015*[67] e consolidato nelle decisioni di legittimità successive: la convivenza stabile, tradottasi in una vera e propria famiglia di fatto, rappresentava una scelta ritenuta incompatibile con la permanenza di benefici patrimoniali derivanti dal precedente vincolo coniugale. L'assegno allora cessava senza che rilevasse la reale vantaggiosità economica del legame, cessava integralmente, e senza possibilità di reviviscenza al termine, eventuale, della convivenza di fatto. Attraverso questa lettura, in un certo senso, la convivenza assume per la prima volta[68] peso e dignità analoghi al matrimonio, essendo in grado

---

Analogamente, l'obbligazione alimentare a favore dell'*ex* convivente potrebbe giustificare una revisione dell'assegno di divorzio a favore dell'*ex* coniuge (art. 473-*bis*.29 cod. proc. civ.); o dell'assegno alimentare eventualmente a carico del coniuge in mala fede cui sia imputabile la nullità del matrimonio (art. 129-*bis*, comma 1°, cod. civ.).

[63] Cass. civ., sez. un., n. 32198/2021, cit.

[64] È appena il caso di osservare che non è possibile, invece, trarre alcun indizio utile a questo "bilancio" dall'art. 337-*sexies* cod. civ., per il quale il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso l'assegnatario conviva *more uxorio* (o contragga nuovo matrimonio). Per un verso, infatti, essendo l'ambito di applicazione della disposizione molto ampio, esso non riguarda solo l'ipotesi in cui al matrimonio succeda una convivenza dell'assegnatario, ma anche, tra le altre, quella in cui la convivenza succeda a una precedente convivenza cessata. Inoltre, la decisione interpretativa di rigetto con cui la Corte costituzionale – contro la lettera della disposizione – ha evitato automatismi nella cessazione del diritto al godimento della casa in seguito a convivenza (o nuovo matrimonio) dell'assegnatario, non è certo ancorata a una diversa valutazione dei rapporti di forza tra matrimonio e convivenza: rifacendosi alla *ratio* di tutela dell'interesse della prole, ha chiarito che solo il giudizio che verta su questo può far venire meno l'assegnazione (Corte cost., 30 luglio 2008, n. 308, in *Giur. cost*., 2008, 3353. Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 961 s., è critico nei confronti della soluzione della Corte: «visto l'inequivocabile tenore letterale della norma», per l'autore sarebbe stato meglio dichiarare la disposizione costituzionalmente illegittima).

[65] Cass. civ., 9 marzo 1982, n. 1477, in *Foro it*., 1982, I, c. 1924; su questo e i successivi orientamenti, cfr. la puntuale ricostruzione di Roma, *Assegno di divorzio e nuova convivenza tra inerzia legislativa, evoluzione interpretativa e mutamento sociale*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, II, 219.

[66] *Ibidem.* V. ad esempio anche Cass. civ., 17 ottobre 1989, n. 4158, in *Giur. it*., 1990, I 1, 587.

[67] Cass. civ., 3 aprile 2015, n. 6855, leggibile ad esempio in *Nuova giur. civ. comm*., 2015, I, 681, con commento di Al Mureden, *Formazione di una nuova famiglia non matrimoniale ed estinzione definitiva dell'assegno di divorzio.*

[68] L'orientamento era stato in realtà anticipato da due decisioni: Cass. civ., 8 agosto 2003, n. 11975, in *Giur. it*., 2004, 1601 e Cass. civ., 11 agosto 2011, n. 17195, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, I, 45. Anche per queste v. le osservazioni di Roma, *Assegno di divorzio e nuova convivenza*, cit., 219.

di far venire meno integralmente ciò che rimaneva dell'impegno assunto con il consenso matrimoniale, ovvero la solidarietà postconiugale.

Le *sezioni unite nel 2021* fanno un "passo indietro", così in quest'ambito il matrimonio sembra riguadagnare terreno, rispetto alla convivenza: la Suprema Corte conferma che una stabile convivenza di fatto fa cessare senz'altro l'assegno, ma limitatamente alla sua componente assistenziale. L'eventuale componente compensativo-perequativa del contributo dato dall'*ex* coniuge che percepisce l'assegno alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale, sopravvive alla nascita della famiglia di fatto; essa infatti è legata alle dinamiche interne alla coppia coniugale, e non in grado di trovare ristoro nel nuovo rapporto di fatto. Risulta evidente, anche per gli espressi richiami contenuti nella sentenza, l'influenza esercitata dall'ultimo orientamento delle stesse sezioni unite in tema di criteri attributivi dell'assegno di divorzio, dove viene riconosciuta proprio «una funzione equilibratrice e non solo assistenziale-alimentare»[69] all'assegno.

Se è vero che l'ultima decisione mitiga in parte gli effetti della convivenza sul diritto all'assegno di divorzio, dalla lettura complessiva della pronuncia emergono anche indici nel senso opposto... quasi ad anticipare che non ci vorrà molto tempo per assistere a un ulteriore complessivo indebolimento della posizione dell'(*ex*) coniuge, e che tale indebolimento è connesso al maggior peso sociale e giuridico guadagnato dalla convivenza. Parlando di «indici» mi riferisco, in particolare, a due profili della sentenza 2021.

In primo luogo, le sezioni unite giustificano la perdita della componente assistenziale dell'assegno di divorzio anche sulla base di un preteso «reciproco e garantito dovere di assistenza morale e materiale» tra conviventi, che la l. n. 76/2016 avrebbe previsto; l'*ex* coniuge sarebbe quindi più garantito dalla nuova convivenza, rispetto alla tradizionale ricostruzione dell'adempimento spontaneo di un'obbligazione naturale[70]. L'idea è ripetuta più volte nella sentenza[71], ma non convince: è in contrasto con la lettera del comma 36° l. n. 76 e con l'interpretazione che normalmente se ne dà, senza peraltro argomentare la tesi; la disposizione, infatti, definisce i «conviventi di fatto» e si riferisce alla «reciproca assistenza morale e materiale» solo per "fotografare" i rapporti di convivenza destinatari della disciplina, non certo per imporre alle parti un obbligo analogo a quello previsto tra coniugi dall'art. 143 cod. civ.[72].

L'inconsistenza di questo argomento rivela come il venire meno della componente assistenziale dell'assegno sia più legato a ragioni di politica del diritto, che di stretto diritto. Del resto le convinzioni della Corte, circa lo spazio da riconoscere alla convivenza (in essere) rispetto al matrimonio (ormai sciolto), sono qui espresse in modo anche più netto che nella decisione del 2015. Riporto solo un passaggio, in cui viene giustificato così il venir meno della componente assistenziale dell'assegno, quando si instauri una

---

[69] Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, pubblicata ad esempio in *Corr. giur.*, 2018, 1186, con commento di S. Patti, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Fam. e dir.*, 2018, 1007, con nota di Al Mureden, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*.

La citazione è relativa al § 10 della sentenza.

[70] Le sezioni unite si riferiscono al comma 37° della legge, anziché al comma 36°, probabilmente per un refuso (cfr. Roma, *Assegno di divorzio e nuova convivenza*, cit., 221).

[71] Cfr. spec. §§ 23.2 e 23.5.

[72] Lenti, *Convivenze di fatto. Gli effetti: diritti e doveri*, in *Fam. e dir.*, 2016, 933, parla di «finalità solo descrittiva», non prescrittiva di condotte. Nello stesso senso, ad esempio, Balestra, *La convivenza di fatto. Nozione, presupposti, costituzione e cessazione*, *ivi*, 928 s.; M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, *ivi*, 865.

convivenza stabile: «[...] per la serietà che deve essere impressa al *nuovo* impegno, anche se non formalizzato, e per la dignità da riconoscere alla *nuova* formazione sociale. Deve in questo senso recepirsi il *nuovo* assetto delle relazioni sociali, caratterizzate da una indubbia minor durata nel tempo, che spinge a contenere i legami economici post-matrimoniali [...] talvolta idonei a pregiudicare la possibilità, per gli ex coniugi, di compiere libere e *nuove* scelte di vita»[73]. Anche a parole viene ripetutamente valorizzato il più recente, attuale, legame.

L'altro indice mi pare contenuto nell'auspicio finale della sentenza, relativo alla componente perequativa dell'assegno: le sezioni unite si augurano una limitata proiezione nel tempo dell'assegno nella componente perequativo-compensativa, sotto forma di «assegno temporaneo», ancora non previsto dall'ordinamento[74]. L'augurio sembra infatti confermare come la salvezza introdotta nel 2021 per questa componente non sia dovuta a un maggior spazio riguadagnato dagli effetti del matrimonio, rispetto all'orientamento del 2015, ma solo alle citate esigenze di coerenza con la complessiva disciplina dell'assegno.

Pure con riguardo a questo profilo, l'attenzione della Corte sembra tutta per il "diritto a rifarsi una vita", «evita[ndo] legami patrimoniali che si intersechino e possano protrarsi all'infinito, *senza una idonea giustificazione*»[75]. Colpisce di nuovo la debolezza degli argomenti: per la Cassazione il calcolo della componente compensativa non dovrebbe essere «proiettato verso il futuro, ovvero correlato alla previsione di vita della persona, ma rivolto al passato, ovvero volto a stimare il contributo [...] circoscritto alla durata della vita matrimoniale»... come se le conseguenze di quelle rinunce fatte durante il matrimonio, non fossero in molti casi destinate a protrarsi irrimediabilmente per l'intera vita economica dell'*ex* coniuge. È la stessa Cassazione a sezioni unite del 2018, punto di riferimento di questa decisione, a dire che tale giudizio ha anche un «*contenuto prognostico* riguardante la concreta possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico»[76].

In questo senso pure l'auspicio di un assegno a termine per la componente compensativa pare più mosso da ragioni politiche, che non coerente con le finalità di quel contributo economico; la Suprema Corte lo concepisce come un «piccolo capitale di ripartenza»[77], ma ciò presuppone che una ripartenza, in termini di competitività lavorativa, sia possibile. Mentre molto spesso non è così.

In conclusione, anche la spinta in via generalizzata verso un assegno a termine per la componente compensativa concorre a rivelare il posto, sempre più precario, occupato dal matrimonio nell'ordinamento.

4. *La Costituzione e le opposte "direzioni" dei due istituti*

Guardando alle discipline di matrimonio e convivenza – singolarmente, non per le loro interferenze – si nota come gli istituti, muovendosi in "direzioni" opposte, stiano

[73] § 23.6, corsivi aggiunti.

[74] Sono a favore della soluzione auspicata dalla Cassazione, e anzi ne sostengono la percorribilità *de iure condito*: E. Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza*, cit., 1399 s.; Roma, *Assegno di divorzio e nuova convivenza*, cit., 224 s. [soluzione condivisa e ripresa da Lenti, *Diritto della famiglia*, *Addenda di aggiornamento (giugno 2022)*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2022, 19].

[75] § 33.3, corsivo aggiunto.

[76] Cass. civ., sez. un., n. 18287/2018, cit.; corsivo aggiunto.

[77] § 30.4.

accorciando la distanza che li separa. Le disposizioni sono ben lontane dall'essere sovrapponibili ma, per un verso, la *convivenza* è ormai in grado di produrre effetti anche quando il suo fondamento, il fatto del convivere, è venuto meno: basta pensare alla previsione del diritto agli alimenti[78]; mentre il *matrimonio* vede sempre più ridotta la sua proiezione nel tempo: caduta l'indissolubilità, il periodo di separazione per accedere al divorzio è diventato via via più breve e i procedimenti più snelli. Nel matrimonio, il *fatto* della rottura della comunione spirituale e materiale tra coniugi assume crescente importanza[79]; nella convivenza, al contrario, l'acquista l'assunzione, anche informale, dell'*impegno*.

Pure le conseguenze patrimoniali *post* divorzio – resti dell'affidamento sulla stabilità del vincolo – si sono fatte progressivamente più leggere e incerte, non in grado di resistere, in tutto o in parte, alla nascita di un nuovo legame, anche solo di fatto. In queste pagine si è notato come proprio nel contesto della famiglia ricomposta il cammino di avvicinamento dei due istituti possa portare a far "concorrere" per diversi profili (*ex*) coniuge e nuovo convivente. Certo si tratta di interferenze contenute, mentre la maggior parte dei diritti conquistati dai conviventi – qui neppure citati tutti – risulta del tutto indifferente per la condizione dei coniugi.

A questo punto, viene da chiedersi se le *disposizioni costituzionali* in tema di famiglia aggiungano elementi alla comprensione del quadro normativo che si è provato a ricostruire. Non è possibile qui pensare di arricchire, o anche solo riassumere, il dibattito inesauribile sul contenuto dell'art. 29 Cost., impegnato nel difficile equilibrio tra i riferimenti antitetici a «società naturale» e «matrimonio», istituto di diritto positivo. Come pure non sarebbe semplice dare un preciso contenuto alla copertura costituzionale garantita, ormai pacificamente, dall'art. 2 Cost. alle convivenze, come «formazioni sociali»[80].

I punti fermi nell'interpretare le disposizioni sembrano, però, almeno due. Il primo, quasi lapalissiano, consiste nella possibilità di considerare l'art. 29, come la "casa costituzionale" del matrimonio, e l'art. 2, quella della convivenza. Il secondo, riguarda proprio il rapporto tra i due istituti nella considerazione della Carta. Consulta e letteratura maggioritaria sembrano condividere l'opinione che la Costituzione riconosca

---

[78] Comma 65°, l. n. 76/2016.

[79] Sono attualissime le osservazioni che Cian faceva all'indomani dell'introduzione del divorzio e della riforma del diritto di famiglia: «[N]onostante questa *tendenza verso una* relativa *degiuridicizzazione del vincolo* [coniugale] il nostro diritto rimane ancor lontano da un *sostanziale spostamento della concezione del rapporto matrimoniale* dall'idea di obbligo sanzionato in diritto *verso* quella di *una situazione giuridicamente rilevante nei limiti del suo perdurare*» (Cian, *Introduzione generale. Sui presupposti storici e sui caratteri generali del diritto di famiglia riformato*, nel *Commentario rif. dir. fam.*, a cura di Carraro-Oppo-Trabucchi, I, 1, Cedam, 1977, 74; corsivi aggiunti). Possiamo dire che, da quando l'autore scriveva, la tendenza è diventata sensibilmente più evidente.

[80] Solo per citare due posizioni molto autorevoli, e risalenti ad anni in cui era più sentito il dibattito sul punto, Sandulli riteneva che l'art. 2 Cost. – a differenza dell'art. 29 Cost. – avesse un contenuto ben più limitato e concludeva: «È impossibile [...] pretendere di desumere dall'anzidetta normativa dell'art. 2 Cost. una qualsiasi garanzia e un qualsiasi statuto della c.d. famiglia naturale. Piuttosto deve ammettersi che rientri tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui allo stesso articolo quello di costituire unioni familiari di fatto» (Sandulli, *Rapporti etico-sociali*, nel *Commentario dir. it. fam.*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, cit., I, *sub* art. 29 Cost., 17 ss.). Su posizioni notoriamente differenti era Bessone che, pur non arrivando a equiparare il trattamento costituzionale di famiglia legittima e naturale, considera la famiglia di fatto senz'altro *espressamente tutelata* dall'art. 2 (Bessone, *Rapporti etico-sociali*, nel *Commentario Cost.*, a cura di Branca, *sub* art. 29, Zanichelli-Foro it., 1976, spec. 35).

Sempre sul rapporto tra art. 2 Cost. e famiglia di fatto, si veda P. Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. e giur.*, 1979, 775 ss.

tuttora alla famiglia fondata sul matrimonio una *posizione di privilegio* tra le diverse configurazioni familiari possibili, per il suo carattere di tendenziale stabilità e per lo specifico richiamo all'istituto contenuto nell'art. 29[81].

Anche alla luce delle riflessioni fatte sopra, ci si può domandare cosa "copra" questa affermata posizione di privilegio. Finché i rapporti – matrimoniale e di fatto – sono in essere, i coniugi risultano indubbiamente più tutelati, sia nei rapporti reciproci che nei riguardi dei terzi (basta pensare ai diritti all'assistenza e alla contribuzione ai bisogni della famiglia, come pure ai diritti successori). I profili su cui ci si è soffermati in queste pagine mostrano, d'altra parte, come la primazia del matrimonio risulti talvolta indebolita o soccombente rispetto a una convivenza attuale, quando del vincolo rimangono solo gli effetti patrimoniali *post* divorzio.

Ci si potrebbe spingere a sostenere che disposizioni che vedono la convivenza trattata come il matrimonio o che portano all'indebolimento dei diritti da esso derivanti confliggano con l'art. 29 Cost.? Penso proprio di no... e gli argomenti in questo senso possono essere più di uno.

Per un verso, quando le interferenze stanno all'interno della ricomposizione familiare e vedono coinvolto il coniuge ormai divorziato, si potrebbe dire che la copertura costituzionale non si spinge oltre lo scioglimento del vincolo. Per altro verso, poi, dottrina costituzionalista molto attenta circoscrive la stessa preferenza mostrata dall'art. 29 Cost. per la famiglia eterosessuale sposata e si chiede come «da una norma costituzionale (l'art. 29) che tutela una formazione sociale si passi al divieto di tutelare in modo analogo [...] una diversa formazione sociale; o come dalla medesima norma, che consente al legislatore di preferire, a certi effetti, la famiglia legittima, si arrivi ad una norma che impone un regime preferenziale»[82]. O ancora, Paolo Zatti – a cui sono dedicate queste pagine – da innovatore quale è, all'indomani della l. n. 76 sottolineava la necessità di una interpretazione evolutiva degli artt. 29 ss. Cost. perché «[n]on c'è [...] immobilità nell'interpretazione del testo costituzionale: il significato delle disposizioni della legge fondamentale non è mai lo stesso a monte e a valle di una significativa evoluzione del costume e della disciplina legislativa che lo asseconda»[83].

Inoltre – si potrebbe aggiungere – questi "movimenti"[84] che si manifestano nella disciplina ordinaria possono forse trovare giustificazione anche entro lo stesso binomio espresso nell'art. 29 Cost.: «società naturale» e «matrimonio»... nel senso che le spinte

---

[81] Cfr. Corte cost., 18 novembre 1986, n. 237, che ammette la non irrilevanza *ex* art. 2 Cost. delle convivenze di fatto. Pochi anni dopo la Consulta però ribadisce che l'art. 29 Cost. «riconosce alla famiglia legittima una dignità superiore», per i suoi caratteri di stabilità e certezza e per la reciprocità di diritti e doveri, che nascono soltanto dal matrimonio (Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310). Nello stesso senso, ad esempio, Bessone, *Rapporti etico-sociali*, cit., 31 e 35; Roppo-Benedetti, voce «Famiglia. III) Famiglia di fatto», in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Agg., Ed. Enc. it., 1999, 1 s.; Caggia-Zoppini, *Rapporti etico-sociali*, nel *Commentario alla Costituzione*, a cura di Bifulco-Celotto-Olivetti, I, Utet, 2008, *sub* art. 29, 610.

[82] Ambrosi, *Unioni civili e costituzione*, in *Modelli familiari e nuovo diritto. Atti del Convegno (Padova, 7-8 ottobre 2016)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 1678 s.

[83] Zatti, *Introduzione al Convegno*, in *Modelli familiari e nuovo diritto*, cit., *ivi*, 1663.

[84] Questi movimenti, a seconda dell'angolo visuale, in dottrina riscuotono critiche opposte tra loro. Ad esempio, per parte degli studiosi il permanere delle sole conseguenze economiche postmatrimoniali rappresenta un appiattimento sulla convivenza (cfr. Renda, *Matrimonio e convivenze nel pensiero di Francesco Busnelli*, in *Familia*, 2017, 585 ss.); per altri, al contrario, la solidarietà *post* coniugale "monetaria", comunque rinvenibile anche nelle ultime letture della Cassazione in materia di assegno di divorzio, rischia di rinfocolare «atteggiamenti "criptoindissolubilisti"» (così Lenti, *Diritto della famiglia*, *Addenda di aggiornamento*, cit., 19 s.).

della società naturale hanno acquisito crescente importanza, proprio a scapito dell'istituto matrimoniale.

Per tutte le ragioni dette, non sembra proprio che le frizioni tra diritti dei coniugi e diritti dei conviventi di cui abbiamo parlato possano in qualche modo contrastare con le regole costituzionali. Semmai rimane da chiedersi se – finché questo processo che appare inarrestabile non avrà compimento – non sia opportuno evitare di accelerare soluzioni che rendono monche le tutele per chi ha sopportato sacrifici familiari, facendo ancora affidamento sulla stabilità del vincolo coniugale[85].

[85] In questo senso sembra di poter leggere le parole condivisibili e in controtendenza di SALANITRO, *La funzione compensativa dell'assegno di divorzio e la sopravvenienza di un nuovo rapporto: profili problematici dopo le Sezioni Unite*, *ivi*, 2022, II, 232; sempre riflettendo su CASS. CIV., sez. un., n. 32198/2021, cit., l'autore osserva: «Se nel recente passato il problema della cultura giuridica più avvertita era quello di rafforzare la tutela della convivenza non istituzionalizzata [...], *l'attuale contesto giuridico e sociale suggerisce il perseguimento di una diversa strategia*. [...] Ridotti i termini di scioglimento del matrimonio ed eliminato il vincolo economico postconiugale del tenore di vita, *il matrimonio riemerge come rapporto progettuale*, in cui i coniugi possono organizzare una comunità di affetti, *contando su una struttura reciproca di diritti e di obblighi, anche postconiugali*, che delimita i rischi di insuccesso» (corsivi aggiunti).

ALESSANDRA CORDIANO

NOTE IN TEMA DI VIOLENZE DOMESTICHE E DI GENERE NEL NUOVO PROCESSO DI FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Il panorama sulle violenze assistite, domestiche e di genere. – 2 Le indicazioni al legislatore delegato della legge n. 206 del 2021. – 3. Le misure urgenti nella legge di Riforma: una lettura «di genere» del procedimento amministrativo d'urgenza di cui all'art. 403 c.c. – 4 La tutela del minore nei contesti di violenza agita e assistita: il curatore speciale dell'art. 473 *bis* 8 c.p.c. – 5. *Segue*. Il minore rifiutante e il suo ascolto, il richiamo alla Pas e l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento. – 6. Le norme di coordinamento fra autorità giudiziarie. – 7. I nuovi procedimenti in tema di violenza domestica e di genere.

1. *Il panorama sulle violenze assistite, domestiche e di genere*

Nella consapevolezza delle peculiarità sociologiche e delle opportune distinzioni di carattere metodologico e strutturale fra violenze di genere, violenze domestiche e violenze assistite da minori, esiste intuitivamente un filo sotteso che scorre fra le stesse: anche senza l'avvallo di alcuna dimensione empirica, questa connessione profonda emerge dall'attenzione dei legislatori, delle corti e degli studi teorici, nazionali e internazionali, che a vario titolo si sono interessati a conferire una dimensione giuridica al fenomeno.

La grande stagione delle legiferazione degli anni Settanta-Ottanta sull'autodeterminazione femminile circa le scelte procreative e sessuali, sull'affermazione della parità all'interno della famiglia e finanche sul riconoscimento dei diritti delle persone in transizione sessuale (a mero titolo esemplificativo) è stata, nella prospettiva giuridica, una vera rivoluzione, che ha però subito rappresentato più di qualche ombra, accanto a ineludibili approdi in termini di parità di genere: le acquisizioni in parte solo formali di questi approdi avevano lasciato molti insoluti sul piano dell'effettività sostanziale di detta parità. Allo stesso tempo, va detto, negli ultimi anni il «discorso sulla parità di genere» non è stata una narrazione tipica del diritto civile, dando per accolto che sia possibile collocare le questioni femministe e di genere all'interno delle categorie civilistiche delle relazioni di coppia e delle crisi familiari, della sfera procreativa e sessuale, fino naturalmente ai profili patologici delle violenze familiari.

Va dato il merito all'Unione europea di aver contribuito alla promozione e allo sviluppo delle politiche per la parità di genere e le pari opportunità, inizialmente previste al solo art. 119 del Trattato di Roma, poi sancite dal Trattato di Amsterdam nel preambolo i diritti della donna nei diritti fondamentali dell'Ue. Agli artt. 2 e 3, la parità tra uomini e donne diviene un principio fondamentale, introducendo così il c.d. *gender mainstreaming*[1]. Il cinquantesimo anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ha motivato il Consiglio europeo ad avviare i lavori per la redazione

[1] Sull'avvento e consolidamento del così detto *gender mainstreaming*, v. POLLACK-HAFNER BURTON, *Mainstreaming Gender in the Eu*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 7, 2000, 432 ss.; BOERAEVE DERIJCKE, *Farm Women and EC Policies*, in *Rural gender studies in Europe*, a cura di VAN DER PLAS-FONTE, Van Gorcum, 1994, 17 ss.

di una Carta dei diritti fondamentali, che oggi contiene un capo dedicato ai «Diritti di uguaglianza», comprendente una clausola generale di non discriminazione insieme alla parità tra uomini e donne e ai diritti dei minori, degli anziani e delle persone disabili[2]. L'Unione, successivamente e senza arresti, si è occupata di parità tra uomini e donne attraverso il diritto derivato, promuovendo lo sviluppo delle pari opportunità su molti temi[3].

Il *gender mainstreaming* è stato colto dalla grande intuizione del diritto del lavoro italiano ed europeo, che ha collocato sistematicamente il «discorso sulla parità di genere» nel quadro dei diritti sociali e, nello specifico, della realizzazione femminile all'interno della dimensione lavorativa, introducendo modifiche di grandissimo pregio negli ambiti più tradizionali così come in chiave strettamente antidiscriminatoria[4] e di tutela contro le violenze e le molestie sessuali nei luoghi di lavoro[5].

Sono state ancora le istituzioni internazionali a prendere coscienza della necessità di intervenire sul fenomeno della violenza di genere: con la «Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne»[6], l'Assemblea generale dell'Onu esprimeva la necessità di una consapevolezza istituzionale sull'impatto della violenza di genere nel contesto sociale. La successiva Convenzione di Istanbul[7] ha avuto il pregio di evidenziare questo impatto anche in sedi formali, promuovendo il contrasto mediante strategie molto concrete, nella consapevolezza che proprio contesti e procedure apparentemente neutre possono provocare intrusioni nella sfera soggettiva, cagionando forme di vittimizzazione secondaria[8]. Sono noti i successivi interventi, soprattutto di matrice penalistica, che hanno introdotto misure urgenti in materia di contrasto alla violenza, in tema di atti persecutori (l. n. 38 del 2009); in materia proprio di violenza di genere (l. n. 119 del 2013 sul femminicidio), fino al celebre Codice rosso, emanato con l. n. 69 del 2019, che hanno reso il quadro penalistico sufficientemente compiuto e adeguato[9].

Non può meravigliare, nondimeno, che il fenomeno della violenza sulle donne trovi ampia diffusione proprio nel contesto delle relazioni familiari e affettive in senso lato, come fenomeno di prossimità relazionale: una violenza che, le scienze empiriche confermano, è caratterizzato da ciclicità e che tende a (ri)proporsi o ad acutizzarsi in occasione di eventi a vario titolo traumatici, come accade nelle crisi separative o per le scelte in ordine all'affidamento dei minori. Lo testimoniano i Report sull'Italia del Gruppo di esperti sulla violenza di genere (*Grevio*) del Consiglio d'Europa che ha il compito di mo-

---

[2] Niccolai, *I rapporti di genere nella costruzione costituzionale europea. Spunti a partire dal Metodo aperto di coordinamento*, in *Pol. dir.*, 2006, 573.

[3] Gottardi, *Politiche di genere in Europa*, in *Le leggi delle donne che hanno cambiato l'Europa*, Fondazione Nilde Iotti, 2013.

[4] Gottardi, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, in *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, a cura di Calafà-Gottardi, Ediesse, 2009, 21 ss. Di recente, Bonardi (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, 2017.

[5] Calafà, *La violenza e le molestie nei luoghi di lavoro: il poliedrico approccio del diritto del lavoro* gender oriented, in *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro* a cura di Gosetti, Franco Angeli, 2019, 36 ss.

[6] V. «Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne», introdotta con Risoluzione n. 48/104, 20.12.1993.

[7] De Vido, *Donne, violenza e diritto internazionale. La convenzione di Istanbul del consiglio d'Europa del 2011*, Mimesis, 2016.

[8] V. Cass., sez. un., 17.11.2021, n. 35110; in senso conforme anche Cass., 25.1.2021, n. 1476; Cass., 3.2.2020, n. 3643; Cass., 21.10.2019, n. 26831; Cass., 16.2.2018, n. 3915; Cass., 19.2.2008, n. 4197; Cass., 4.11.1996, n. 9576; tutte le pronunce sono disponibili su *www.onelegale.wolterskluwer.it*.

[9] *Ex multis*, Roia, *Crimini contro le donne. Politiche, leggi, buone pratiche*. Franco Angeli, 2017, diffusamente.

nitorare l'applicazione della Convenzione di Istanbul, e dai quali, a discapito di significativi mutamenti normativi, è risultato ancora un sistema della giustizia stereotipizzante e una scarsa fiducia nello stesso sistema[10].

Di questo vi è traccia nella giurisprudenza di condanna della Corte Edu all'Italia, che ha censurato posture e linguaggi sessisti dell'apparato statale della giustizia[11], e, pur accordando allo stesso apparato la giusta discrezionalità sul tipo di provvedimenti minorili, ha ammonito circa la necessaria prevalenza della tutela dalla violenza sul principio di bigenitorialità, al contempo evidenziando una ricorrente criticità fra procedimento penale, procedure minorili e contenziosi relativi alle crisi separative e reclamando necessari meccanismi di condivisione del patrimonio informativo fra autorità giudiziaria[12]. Dalle stesse pronunce emerge poi, con una certa frequenza, che spesso le fattispecie riguardano donne: vittime di violenza domestica[13], di provenienza straniera[14] o magari anche vittime di tratta, nei confronti delle quali il sistema produce traumi secondari, ad esempio, dichiarando una incompetenza genitoriale e l'adottabilità dei minori sulla base di valutazioni fondate sull'incapacità a sottrarsi e a sottrarre i figli dalla violenza[15].

2. *Le indicazioni al legislatore delegato della legge n. 206 del 2021*

Anche se, negli ultimi anni, le questioni connesse ai profili di genere sono stati di quasi esclusivo appannaggio del legislatore penale, se si esclude la ormai risalente introduzione degli ordini di protezione (che non aveva questa precipua funzione) e della più recente disciplina degli orfani di crimini domestici, la prassi ha restituito contributi interessanti, sia sulla formazione delle categorie professionali coinvolte, anche non giuridiche, sia rispetto alla moltiplicazione dei protocolli di applicazione virtuosa che hanno dimostrato l'esigenza di costituire reti formali fra istituzioni ed operatori.

La necessità di adeguare la disciplina giuridica di matrice civilistica alla luce delle questioni di genere e legate alla violenza domestica e assistita ha assunto una rilevanza istituzionale grazie al contributo della Commissione d'inchiesta sul femminicidio, istituita al Senato in composizione bicamerale, che ha prodotto una relazione su «La vittimizzazione secondaria che le donne subiscono insieme ai figli nei procedimenti di fami-

---

[10] Il Rapporto Grevio, redatto nel 2019, è consultabile al link *https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/italy.*

[11] Corte eur. dir. uomo, *J.L. c. Italia*, 27.5.2021, in *Fam. e dir.*, 2022, 222 ss., con nota di Pellegrini.

[12] Corte eur. dir. uomo, *Covezzi e Morselli c. Italia*, 9.5.2003, ric. 52763/99, in *dirittiuomo.it/sentenza-9-maggio-2003.*

[13] Corte eur. dir. uomo, *Penati c. Italia*, 11.5.2021, ric. 44166/15, in *https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/782/Penati.pdf*; Corte eur. dir. uomo, *Talpis c. Italia*, 2.3.2017, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5278-la-corte-di-strasburgo-condanna-litalia-per-la-mancata-tutela-delle-vittime-di-violenza-domestica-e.*

[14] Corte eur. dir. uomo, *Todorova c. Italia*, 13.1.2009, ric. 33932/06, in *https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/sentenza/sintesi_sentenzas/000/000/002/Causa_Todorova_c.pdf*; Corte eur. dir. uomo, *Barnea e Caldararu c. Italia*, 22.6.2017, ric. 37931/2015, in *https://lnx.camereminorili.it/caso-barnea-caldararu-c-italia-ricorso-n-379312015-deciso-dalla-sezione-della-cedu-data-22-giugno-2017/*; Corte eur. dir. uomo, *Zhou c. Italia*, 21.1.2014, in *https://www.questionegiustizia.it/articolo/corte-edu_adozione-e-diritto-al-rispetto-della-vita-familiare_18-07-2014.php.*

[15] Recentemente, Corte eur. dir. uomo, *D.M. e N. c. Italia*, 201. 2022, ric. 60083/19, in *https://www.sistemapenale.it/it/scheda/corte-edu-2022-madri-vittime-violenza-domestica-condanna-italia.* In senso contrario, v. il ricorso della Procura generale Cass., 4 del 19.10.2021, consultabile al link *https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/RG_21425-2020.pdf*; di seguito, Cass., 31.12.2021, n. 42142, in *https://www.eclegal.it/wp-content/uploads/2022/01/file_61dd61dc91913.pdf.*

glia»[16], esito di un complesso lavoro di analisi di circa 1.500 fascicoli concernenti casi di affidamento della prole e di decadenza della responsabilità genitoriale di competenza ordinaria e minorile. La relazione ha evidenziato le criticità di contesti caratterizzati da violenza domestica (fisica, psicologica o economica), nei quali si è dimostrata una certa tendenza a derubricare la violenza all'ordinario e fisiologico conflitto familiare, a fronte, per converso, della necessità di riconoscere e valutare le dinamiche della violenza[17], unitamente alla deplorevole propensione (anche legislativa, in certa misura) a «consensualizzare» le procedure concernenti le crisi e i provvedimenti della prole. Entrambi questi aspetti sono risultati particolarmente critici nella prospettiva di fornire una tutela adeguata alle vittime, tempestiva ed efficace, ma anche allo scopo di evitare qualsiasi forma di vittimizzazione secondaria, come esplicitazione, in questo caso, di una peculiare forma di violenza istituzionale, agita dal sistema della giustizia[18].

La riforma n. 206 del 2021 è intervenuta su molti profili che interessano più o meno direttamente le questioni della violenza di genere, domestica e assistita, nel tentativo di apprestare una reale protezione (o messa in protezione) e di consentire una effettiva autodeterminazione dei soggetti, soprattutto del minore[19].

La disposizione della delega, prevista dal comma 23° lett. b) della legge, chiedeva infatti che nei decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina processuale della crisi familiare, in presenza di allegazioni di violenza domestica o di genere, siano assicurate, su richiesta, adeguate misure di salvaguardia e di protezione, anche (ma non solo) avvalendosi delle misure di cui art. 342 *bis* c.c., allargandone la competenza al giudice minorile e confermando una prassi pregevole, ma non sempre diffusa, anche quando la convivenza sia già cessata.

La norma ha reso poi chiara la necessità che vengano attuate le adeguate modalità di coordinamento fra autorità giudiziarie, anche inquirenti, prevedendo, in presenza di determinati delitti, alcuni commessi da un genitore in danno di un minore o dell'altro genitore, obblighi di comunicazione e/o di allegazione fra giudici, anche ai fini ai fini dell'adozione dei provvedimenti della prole ed evidenziando l'opportunità di ulteriori norme di coordinamento che rendano il flusso di informazioni più strutturato e meno informale.

Ancora il comma 23° lett. b) ha previsto la necessità di provvedere con la delega all'abbreviazione dei termini processuali e a disposizioni processuali e sostanziali volte a evitare la vittimizzazione secondaria, provvedendo che la comparizione delle parti alla prima udienza avvenga mediante convocazione ad orari differiti (lett. m). Inoltre, la lett. t) ha indicato che il giudice, previo ascolto non delegabile del minore anche infradodicenne, possa adottare provvedimenti, anche d'ufficio, salvaguardando il contraddittorio

[16] La Relazione su «La vittimizzazione secondaria che le donne subiscono insieme ai figli nei procedimenti di famiglia» è stata approvata il 20.4.2022 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, Doc. XXII bis n.10.

[17] Si veda l'interessante volume di Scarpa, *Lo stile dell'abuso. Violenza domestica e linguaggio*, Treccani, 2021, 9 ss.

[18] Pinto Minerva, *La violenza sulle donne*, in *Pedagogia Oggi*, volume tematico su *Violenze visibili e invisibili, Per una pedagogia dello svelamento e dell'impegno*, 2013, 162; già Spinelli, *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Franco Angeli, 2008, diffusamente; Cretella-Romero, *Parla con lei. Dibattiti sulla violenza contro le donne tra Italia e Spagna*, Edizioni Casa delle donne per non subire violenza, 2007, 22 ss. e 42 ss.; Cretella-Sanchez, *Lessico familiare. Per un dizionario ragionato della violenza contro le donne*, Settenove, 2014, 73 ss.

[19] Irti, *Violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, in corso di pubblicazione.

tra le parti; e possa altresì disporre d'ufficio mezzi di prova a tutela dei minori e delle vittime di violenze, anche al di fuori dei limiti codicistici, sempre garantendo il contraddittorio e il diritto alla prova contraria.

Nell'ambito del medesimo intervento (lett. b), il legislatore della delega ha poi posto specifica attenzione alla questione del «minore rifiutante», disponendo che, qualora un figlio minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice, personalmente, sentito il minore e assunta ogni informazione, accerti con urgenza le cause del rifiuto ed assuma i provvedimenti nel superiore interesse del minore, al contempo considerando, ai fini delle scelte in ordine all'affidamento dei figli e degli incontri, eventuali episodi di violenza. Rimanda a tragici episodi di cronaca, la condivisibile previsione (lett. b) che ha richiamato il legislatore a predisporre disposizioni che garantiscano che gli eventuali incontri tra i genitori e il figlio avvengano, se necessario, con l'accompagnamento dei servizi sociali senza compromettere la sicurezza della vittima.

Sulla controversa Sindrome di alienazione parentale, è sempre il comma 23°, lett. b) che ha richiamato il legislatore a previsioni che, fermo il potere del giudice di avvalersi di un consulente, rammenti a quest'ultimo (come ai servizi socio-sanitari, secondo la lett. ff) di attenersi «ai protocolli e alle metodologie riconosciuti dalla comunità scientifica senza effettuare valutazioni su caratteristiche e profili di personalità estranee agli stessi».

In linea con le indicazioni volte a contenere o prevenire violenze di genere, domestiche e assistite, allegate agli atti di causa, il comma 23° ha evidenziato la non praticabilità del tentativo di conciliazione (lett. l e m) e della mediazione (lett. n) e la necessità che i mediatori (e consulenti) siano dotati di adeguata formazione e competenze familiaristiche, nonché in materia di tutela dei minori e di violenza, e che i mediatori debbano fermarsi nel caso in cui emerga qualsiasi forma di violenza (lett. p).

Infine, nella prospettiva indicata, anche la lett. ff) della delega, laddove ha esortato ad adottare disposizioni per regolamentare l'intervento dei servizi socio-assistenziali o sanitari, rammenta che, fermo restando il principio di bigenitorialità, nelle ipotesi di violenze detto intervento sia disposto solo in quanto specificamente diretto alla protezione della vittima e del minore e sia adeguatamente motivato. Anche sul fronte esecutivo, si è segnalata puntualmente la necessità di individuare modalità di esecuzione dei provvedimenti minorili, determinandole in apposita udienza in contraddittorio, salvo il concreto e attuale pericolo, desunto da circostanze specifiche ed oggettive, di sottrazione del minore o di altre condotte che potrebbero pregiudicare l'attuazione del provvedimento, e che, in caso di mancato accordo, l'esecuzione avvenga sotto il controllo del giudice, salvaguardando il preminente interesse alla salute psicofisica del minore e limitando l'uso della forza pubblica ai soli casi in cui sia assolutamente indispensabile, tramite di personale specializzato.

3. *Le misure urgenti nella legge di Riforma: una lettura «di genere» del procedimento amministrativo d'urgenza di cui all'art. 403 c.c.*

Già prima della redazione della Riforma, il tema delle procedure amministrative d'urgenza era molto discusso: da tempo erano presenti disegni di legge, alcuni in effetti apprezzabili[20], come del resto la proposta formulata nella relazione della Commissione

[20] Bianca, *Osservazioni sulla proposta di modifica dell'art. 403 del codice civile, in materia di intervento della pubblica autorità a favore dei minori A.C. 42991*, in *Giudicedonna.it*, 2/3, 2017.

Luiso[21]. Il comma 27° dell'art. 1, l. n. 206 del 2021 propone uno strumento rinnovato, contraddistinto da elementi di pregevole novità, caratterizzato da giurisdizionalizzazione, ma anche da una certa iperlegiferazione[22].

Il nuovo comma 1° dell'art. 403 c.c. dispone che quando il minore è moralmente o materialmente abbandonato o si trova esposto, nell'ambiente familiare, a grave pregiudizio e pericolo per la sua incolumità psico-fisica e vi è dunque emergenza di provvedere, la pubblica autorità, a mezzo degli organi di protezione dell'infanzia, lo colloca in luogo sicuro, sino a quando si possa provvedere in modo definitivo alla sua protezione. Si tratta di una formulazione ammodernata che tralascia atteggiamenti moralistici o giudicanti e rimanda a situazioni genericamente abbandoniche, ma anche a ipotesi nelle quali il grave pregiudizio o il pericolo per l'incolumità del minore si manifesti all'interno del nucleo familiare, qualificando altresì l'intervento come impellente e indifferibile: grave trascuratezza, maltrattamento fisico o psicologico, abuso sessuale, violenza assistita, che tuttavia non si collochino nell'ambito di interventi ordinari delle autorità giudiziaria, ma che si rappresentino nei termini dell'impellenza e dell'indifferibilità nel provvedere[23].

Il successivo 2° comma prevede che la pubblica autorità che ha adottato il provvedimento ne dia immediato avviso orale al p.m. minorile nella cui sede il minore ha la residenza (o la dimora) abituale, così esplicitando una consuetudine circa la tempestiva comunicazione informale, anche telefonica. Entro le ventiquattro ore successive alla collocazione in sicurezza, la pubblica autorità deve trasmettere al p.m. minorile il *provvedimento* scritto, corredato dell'orario, della documentazione utile e di una sintetica relazione sui motivi dell'intervento. La fase orale è seguita, entro un termine ridotto rispetto alle prassi vigenti, da una segnalazione formale mediante atto scritto e motivato, con gli elementi circostanziali utili e gli esiti valutativi che hanno condotto l'autorità a provvedere. Infine, il 3° comma chiarisce che il p.m. minorile, entro le settantadue ore, se non dispone la revoca del collocamento in sicurezza, ne propone con ricorso al giudice la convalida; a tal fine, nel medesimo ricorso, può assumere sommarie informazioni, disporre eventuali accertamenti e formulare richieste *ex* artt. 330 c.c. e ss., anche in via d'urgenza.

Se, quindi, la norma pare sostanzialmente confermata quanto all'ambito tradizionale, si aprono alcune questioni sul comma 2°, che descrive la «collocazione del minore in sicurezza, con l'allontanamento da uno o da entrambi i genitori o dai soggetti esercenti la responsabilità genitoriale»: la disposizione delinea un nuovo ambito di applicazione delicato, richiamando *prima facie* l'allontanamento *ex* art. 403 c.c. sia nell'ipotesi del «genitore-bambino» in caso di violenze domestiche, sia, sullo sfondo, per esigenze abitative impellenti, non necessariamente connesse a violenze[24]. Mentre la seconda ipotesi appare estranea alla *ratio* della norma, non configurandosi una situazione abbandonica, il primo dei profili conferma la frequente connessione fra provvedimenti di allontanamento e violenze, che richiedono interventi e risposte tempestive ed efficaci.

---

[21] V. la Relazione della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, *Proposte normative e note illustrative*, del 24.5.2021.

[22] Cordiano, *Il minore esposto a pericoli e abbandono e l'emergenza di provvedere nel riformato art. 403 c.c.*, in *Min. giust.*, 2022, 13.

[23] Documento dell'Ordine degli assistenti sociali della Lombardia, *Il nuovo art. 403 c.c. Indicazioni teoriche e operative per gli assistenti sociali*, di giugno 2022, 5 ss., al link *https://www.ordineaslombardia.it/wp-content/uploads/2022/06/Doc_403-1.pdf.*

[24] In vista della nuova norma, v. Procura Generale Cass., 21.9.2021 ric. 2991/2018, in *https://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/RG_2991-2018_.pdf.*

Tuttavia, il tema è, come detto, di assoluta delicatezza: la questione è emersa sin da subito nei primi documenti emanati dalle procure minorili, nella primavera-estate del 2022, che talvolta davano la questione come pacifica[25], talaltra delineavano un'attenta differenziazione fra provvedimenti d'urgenza relativi a un minore con il genitore «al seguito» e il caso del genitore che si allontana con minori e che si rivolge alle forze dell'ordine o ai centri antiviolenza, per il quale l'art. 403 c.c. non sarebbe applicabile, salva la comunicazione alla procura minorile competente[26] e il rinvio agli strumenti ordinari dell'art. 330 c.c. e ss.[27].

La questione non è squisitamente teorica: perché se è vero che la fattispecie sul punto è indubbiamente innovativa, aprendo alle ipotesi di violenza in famiglia, è altrettanto vero che proprio la nuova formulazione dell'art. 403 c.c. rischia di essere pericolosa o al contrario svilita dalla strutturazione giurisdizionalizzata dei commi successivi, che conducono ad una fase rispettosa di termini e del contraddittorio, ma che chiaramente *non* potranno essere applicati in quelle ipotesi, pena la violazione dei principi e delle regole della Convenzione di Istanbul, che informano anche i nuovi artt. 473 *bis* 40-46 c.p.c. L'ipotesi prospettata si dimostra vieppiù complessa per il fatto che, non è infrequente, questa fattispecie si colloca in una fase preprocessuale, quando possono essere già in corso indagini di natura penale: una proficua collaborazione fra procure ordinarie e minorili è certamente più che auspicabile, al fine di bilanciare adeguatamente necessità di salvaguardia del quadro probatorio, finalità cautelari e misure urgenti di messa in sicurezza del minore.

Una soluzione per ovviare alla stringente applicazione dell'art. 403 c.c. in queste situazioni, prospettabile in via del tutto teorica e compatibilmente con un quadro sin da subito non equivocabile, potrebbe essere quella che il p.m., in sede di segnalazione della pubblica autorità, scelga di non convalidare, ma sostanziandone le ragioni in virtù della presenza di violenza, promuovendo ricorso ai sensi delle nuove norme di cui all'art. 473 *bis* 40 ss. c.p.c., al contempo, confermando l'inserimento in collocazione protetta e chiedendo al giudice la secretazione dell'indirizzo di dimora. In questo modo, si devierebbe dalla procedura giurisdizionalizzata del nuovo art. 403 c.c., ma confermandone la sostanza e aderendo alle nuove indicazioni normative.

4. *La tutela del minore nei contesti di violenza agita e assistita: il curatore speciale dell'art. 473 bis 8 c.p.c.*

La mancanza di una vera cultura della difesa tecnica del minore è stata, fino ad oggi, una lacuna di rilievo: la sostanziale mancata attuazione della Convenzione di Strasburgo del 1996 ha consentito talvolta la violazione di diritti fondamentali, anche in connessione con condotte genitoriali ostacolanti o denigratorie dell'altra figura parentale, contribuendo ad aumentare la scarsa fiducia nel sistema della giustizia[28]: la disciplina

[25] Linee guida della Procura presso il Tribunale per i minorenni di Milano, del 23.5.2022, al link *https://www.procmin.milano.giustizia.it/FileTribunali/20321/Sito/News/Direttiva%20403%20Procmin%20Milano_signed.pdf.*

[26] Istruzioni operative della Procura presso il Tribunale per i minorenni di Brescia, del 21.5.2022, al link *https://www.corteappello.brescia.it/ProcuraMinoriBrescia/allegatinews/A_56318.pdf.*

[27] Linee guida della Procura presso il Tribunale per i minorenni di Bologna, del 17.6.2022, al link *https://www.procuraminorenni.bologna.it/allegatinews/A_58012.pdf.*

[28] Corte cost., 30.1.2002, n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3302, con nota di Proto Pisani; in *Fam. e dir.*, con nota di Tommaseo; anche Corte cost., 22.11.2000, n. 528, in *Dir. fam. e pers.*, 2001, 914, con nota di Piccaluga; poi Corte cost., 11 marzo 2011, n. 83, in *Foro it.*, 2011, I, 1289, con nota di De Marzo.

n. 206 del 2021 aveva sin da subito inserito, fra le misure urgenti, la riforma degli artt. 78 e 80 c.p.c. Dette misure sono state poi abrogate e collocate all'interno del nuovo Titolo IV *bis Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, trovando specifico inserimento nel nuovo art. 473 *bis* 8 c.p.c., in materia di curatore speciale. Il tema, con tutta evidenza, si colloca ai margini della questione della violenza, ma con essa ha mille rivoli di connessione, non solo simbolica.

Ai sensi del nuovo art. 473 *bis* 8 c.p.c., comma 1°, il giudice, nel corso del procedimento o di altri, provvede alla nomina del curatore speciale, anche d'ufficio e a pena di nullità in alcune ipotesi tipiche: 1) quando il p.m. ha chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro; 2) nel caso di avvio di un procedimento d'urgenza *ex* art. 403 c.c. e di adozione di provvedimenti di affidamento *ex* artt. 2 ss. l. ad.; 3) nel caso in cui dai fatti nel procedimento emerga una situazione di pregiudizio per il minore tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale dei genitori; infine, 4) quando il minore quattordicenne ne faccia esplicita richiesta al giudice. Di seguito (comma 2°), la disciplina inserisce una clausola aperta che consente al giudice, nella sua discrezionalità, di nominare un curatore, quando i genitori appaiono «per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore», corredando il provvedimento con succinta motivazione.

L'art. art. 473 *bis* 8 c.p.c. introduce un nuovo comma 3° con il quale viene conferito al giudice la facoltà di attribuire al curatore, con la nomina o con altro provvedimento non impugnabile nel corso del giudizio, specifici poteri di rappresentanza sostanziale, fra quali l'obbligo di provvedere imprescindibilmente all'ascolto del minore. In previsione dell'emanazione della riforma e anche in tempi pregressi, la migliore avvocatura si era interrogata circa i compiti di rappresentanza sostanziale che già da molti tribunali venivano attribuiti ai curatori speciali[29]. Invero, l'ascolto, funzione certamente importante, insieme a molte altre, va calata nel contesto specifico, dettato dalla concreta capacità di discernimento, dell'età e delle caratteristiche di disabilità o di particolare vulnerabilità, delle specificità legate alle origini e alla famiglia, alla religione, ai profili Lgbti, che potrebbero far ritenere proprio l'ascolto non opportuno[30]. Pur a fronte di queste criticità – e ad altre non approfondite[31] –, le norme introdotte possono essere favorevolmente accolte, quale utile strumento per offrire spazi non solo simbolici per esprimere il proprio sentire, ma anche per consentire al curatore speciale (e al giudice) di conoscere meglio lo stesso minore e la situazione, per comprendere eventuali contesti violenti e maltrattanti e per cogliere il senso di condotte rifiutanti, ostative o apaticamente e abulicamente adese.

Eppure, se l'obbligatorietà della nomina del curatore speciale nelle ipotesi tipizzate appare immediatamente condivisibile, non va dimenticato che, proprio nei casi di violenza domestica e assistita, l'inadeguatezza del genitore non abusante ovvero anche il conflitto di interessi di quello con la posizione del minore andrebbero verificati in concreto (e non presunti), poiché la nomina del curatore speciale, quando non opportuna nella prospettiva di tutelare il minore da entrambi i genitori, finirebbe per divenire, in ultima analisi, una forma di vittimizzazione secondaria. Su questo aspetto, il dettato let-

[29] V. Documento dell'Unione nazionale delle Camere minorili: al link *http://lnx.camereminorili.it/comunicato-29-giugno-2019/*, in data 29 giugno 2019.

[30] Per tutti, già Ballarani, *Il diritto del minore e non essere ascoltato*, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, 1807 ss.

[31] Cordiano, *Il curatore del minore nei procedimenti de responsabilitate. Luci e ombre di un percorso*, in *Familia*, 2022, 513 ss.

terale dell'art. 473 *bis* 8, 1° comma, appare insormontabile quanto all'obbligatorietà della nomina e non sembra fornire spiragli neppure l'ultimo comma della norma, giacché l'istanza di revoca richiede gravi inadempienze, l'assenza o il venir meno dei presupposti per la nomina, lasciando più che qualche dubbio sul punto.

Il nostro ordinamento prevede ormai numerose disposizioni prescrittive che, a vario titolo, dispongono l'ascolto del minore e la necessità di comprendere le situazioni di sofferenza. Eppure, potrebbe prospettarsi l'idea che un ascolto promosso dal curatore speciale, in chiave di suo *esclusivo* rappresentante e portatore del suo *solo* interesse, costituisca davvero un cambiamento epocale: tutto questo è dato nella consapevolezza delle criticità evidenziate e nonostante la complessità alla quale il curatore dovrebbe far fronte dopo aver accolto dal minore siffatte informazioni, nei termini della sua messa in protezione, della necessità di preservare questa verità processuale in chiave probatoria (sul minore o sull'altro genitore-vittima) e, non ultimo, delle miglior scelte possibili di ordine processuale.

5. Segue. *Il minore rifiutante e il suo ascolto, il richiamo alla Pas e l'attuazione dei provvedimenti sull'affidamento*

In sede di redazione della Relazione, la Commissione d'inchiesta sul femminicidio aveva rilevato l'altro profilo degno di analisi della violenza assistita, fenomeno che il Cismai-Coordinamento Italiano dei Servizi contro il Maltrattamento e l'Abuso dell'Infanzia definisce come un *fare esperienza di qualsiasi forma di maltrattamento, compiuto attraverso atti di violenza fisica, verbale, psicologica, sessuale ed economica, su figure di riferimento o su altre figure affettivamente significative adulti e minori*, e che può a pieno titolo essere ricompresa nelle forme più gravi del maltrattamento, oltre a radicare un modello relazionale e cognitivo nel minore spesso destinato a riprodursi nell'età adulta.

Resasi evidente l'insufficienza delle misure di tutela all'interno dei procedimenti civilistici di separazione e di affidamento e la necessità di introdurre, in presenza di allegazioni di violenza domestica o di genere, adeguate misure di salvaguardia e di protezione, il legislatore ha provveduto a introdurre disposizioni sul *minore rifiutante*, disponendo, ai sensi del nuovo art. 473 *bis* 6, che, qualora un figlio minore rifiuti di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice proceda, personalmente e senza ritardo, ad ascoltare il minore, assumendo ogni informazione necessaria per accertare le cause del rifiuto e abbreviando se necessario i termini processuali. La nuova norma trova le sue ragioni nei fondamenti teorici dell'ascolto[32], ricordati dall'art. 473 *bis* 4, che richiama la necessità dell'ascolto, ma altresì evidenziando il monito al giudice di non procedervi, dandone atto con motivazione, «se esso è in contrasto con l'interesse del minore (…) o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato». L'esigenza indefettibile di comprendere le ragioni del rifiuto del minore agli incontri (come la necessità di non provvedere all'ascolto se questo si rappresenti inopportuno o pericoloso) possono sottendere, chiaramente, la possibilità che a fondamento del rifiuto vi siano contesti in qualche modo abusanti: e, in effetti, il successivo art. 473 *bis* 45 dispone che il giudice sia tenuto ad ascoltare personalmente e senza ritardo il minore, evitando ogni contatto

[32] *Ex multis*, Ruscello, *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Giuffrè, 2002, part. 80 ss.; ampiamente già Giorgianni, nel *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, *sub artt. 315-318. Note introduttive*, IV, Cedam, 1992, 293 ss.

con la persona indicata «come autore degli abusi o delle violenze» ed eludendo altresì l'ascolto quando il minore sia stato già ascoltato nell'ambito di altro procedimento, *anche penale*, e le risultanze dell'adempimento acquisite agli atti siano ritenute sufficienti ed esaustive.

Indugiando ancora sul tema del rifiuto, non può non essere intuitivamente rimandati alla questione critica della così detta sindrome di alienazione parentale (Pas – *Parental Alienation Syndrome*), una controversa dinamica psicologica disfunzionale che, secondo le teorie dello statunitense Gardner[33], si attiverebbe sui minori coinvolti in contesti separativi conflittuali, non adeguatamente mediati. Questo preteso disturbo psicologico disfunzionale, non scevro da dubbi scientifici[34], sarebbe appunto l'effetto di una supposta programmazione o di una manipolazione del bambino da parte di un genitore alienante e dovrebbe evidenziarsi nei minori che sono coinvolti in contesti separativi conflittuali mediante atteggiamenti e condotte alienanti: irragionevolmente ostacolanti e rifiutanti verso il genitore alienato e/o eccessivamente accondiscendenti verso il genitore presunto alienante. Ammantato da strutture e da un lessico scientifico, il supposto disturbo è stato sovente utilizzato al fine di etichettare fenomeni di ritiro dell'affetto da parte del bambino nei confronti di uno dei genitori come «caso psichiatrico», rendendo ancora più complessa la difficile situazione di un bambino conteso e al fine di attribuire alle madri la responsabilità del rifiuto a incontrare il padre, giustificando affidi esclusivi, ai servizi sociali o, in casi ancora più estremi, il collocamento in comunità.

In linea con la comunità Scientifica internazionale[35], il legislatore ha scelto di non dare seguito a costrutti privi di adeguato sostegno empirico e di sufficiente rilevanza clinica, che non consentono di considerare la fattispecie come patologia psichiatrica, dando indicazioni affinché consulenti tecnici d'ufficio (art. 473 *bis* 25) e servizi socio-sanitari (art. 473 *bis* 27) operino e valutino utilizzando esclusivamente «metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica», con l'esito definitivo di escludere ogni ricorso alla PAS come strategia difensiva in chiave diagnostica, che conduca a decisioni stereotipizzate, rammentandosi però la necessità di richiamare all'adozione di strumenti volti al superamento della posizione anaffettiva o rifiutante dei minori e all'assunzione di misure sanzionatorie di cui all'art. 473 *bis* 39[36].

La necessità di avere operatori professionali competenti e sensibili anche al tema delle violenze domestiche e di genere nonché di tutela dei minori è chiaro dalla nuova indicazione contenuta nelle disposizioni di attuazione al codice di rito, che prevedono una specifica competenza in punto sia degli stessi consulenti tecnici (art. 15), sia, per così dire a maggior ragione, vista la delicatezza dell'istituto coinvolto, anche dei mediatori familiari (art. 12 *quater*), confermando l'idea che la bigenitorialità non sia mai un principio

[33] Gardner, *Recent Trends in Divorce and Custody Litigation*, in *Academy Forum*, 1985, 29, 3 ss.

[34] Corte eur. dir. uomo, *E.P. c. Italia*, 16.11.1999, ric. 31127/96, in *http://www.dirittiuomo.it/caso-ep*, solo in quell'occasione ha fatto ricorso alla Pas; mentre Cass., 17.5.2021, n. 13217, in *https://www.altalex.com/documents/news/2021/05/27/alienazione-parentale-non-basta-a-giustificare-affido-super-esclusivo-al-padre.*

[35] Così Ministero della Salute-Istituto superiore di Sanità, Interpellanza parlamentare n. 2/01706, del 16.10.2012 e la Società Neuropsichiatria-Infanzia e dell'adolescenza nella posizione ribadita nel 2020, v. *https://ovd.unimi.it/wp-content/uploads/sites/3/2021/03/MINISTRO-SALUTE-SINDORME-ALIENAZIONE-GENITORIALE.pdf.*

[36] Cass, 17.5.2021, n. 13217, in *https://www.dire.it/wp-content/uploads/2021/05/Ordinanza-Cassazione-13217_2021.pdf*; conforme Cass., 16.5.2019, n. 13274, in *https://www.altalex.com/documents/news/2019/05/20/ sindrome-di-alienazione-parentale*; *contra* App. Venezia, 16.12.2019, in *http://www.alienazione.genitoriale.com/wp-content/uploads/2020/02/App.Veneziasez.III16.12.19.pdf.*

assoluto e non possa rappresentarsi come un postulato astratto e preordinato alla tutela delle persone nella loro integrità psicofisica, ma deve cedere il passo di fronte a condotte violente di un genitore o dei genitori, ricercando soluzioni temporanee o definitive, se ciò meglio si conforma al concreto e superiore interesse del minore coinvolto[37].

Le questioni qui delineate chiedono, infine, un richiamo ad un ultimo profilo strutturale delle procedure familiaristiche e minorili in contesti violenti e connotati da una conflittualità maltrattante, relativo all'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento: un tema noto alle cronache per le tragiche vicende di minori sui quali l'esecuzione è stata svolta mediante l'utilizzo delle forze dell'ordine, non sempre accompagnate dai servizi sociali, realizzate in contesti esposti. Senza voler ripercorrere qui l'ampio dibattito in merito[38], all'attenzione anche della disciplina unionale[39], è ben chiaro che l'attuazione coattiva dei provvedimenti di affidamento, per la sua peculiarità funzionale e strutturale, non può essere soggetta alla teoria e alle disposizioni tradizionali dell'esecuzione forzata[40], richiedendo eventualmente altri strumenti coercitivi (art. 614 *bis* c.p.c.)[41] o di disturbo, come il nuovo art. 473 *bis* 39 c.p.c.[42], che ha assorbito al suo interno la misura dell'*astreinte*[43].

Il nuovo art. 473 *bis* 38 c.p.c. prevede nuove disposizioni di matrice procedurale circa il giudice competente, le modalità di emanazione di un autonomo provvedimento, nel rispetto dei principi del contraddittorio, anche *ex officio* (ai sensi del nuovo art. 473 *bis* 2 c.p.c.). Al contempo, il comma 4° delinea l'eventualità che nel corso dell'attuazione dei provvedimenti sorgano difficoltà «che non ammettono dilazione», consentendo a ciascuna parte e agli ausiliari incaricati di chiedere al giudice, anche verbalmente, di adottare i necessari provvedimenti temporanei. E, di seguito, si dispone che il giudice possa autorizzare l'uso della forza pubblica, con provvedimento motivato, solo «se assolutamente indispensabile e avendo riguardo alla preminente tutela della salute psicofisica del minore»: l'intervento, tuttavia, dovrà essere sottoposto alla vigilanza del giudice (*ex* art. 337 c.c.) e sostenuto dall'ausilio di personale specializzato, anche sociale e sanitario, tenuto a adottare «ogni cautela richiesta dalle circostanze». Se poi dovesse emergere il pericolo, attuale e concreto, ma desunto da circostanze specifiche e oggettive, di sottrazione del minore o di altre condotte che potrebbero compromettere l'attuazione del provvedimento, il giudice determinerà le modalità di attuazione «senza la preventiva convocazione delle parti», con l'obbligo di fissare innanzi a sé un'udienza di comparizione delle parti entro un termine di quindici giorni successivi.

Si tratta di cautele e di situazioni che sono tipicamente noti ai giudici minorili e forse meno a quelli della crisi, ma certamente richiedevano una puntuale regolamentazione, ricollocando *apertis verbis* alla responsabilità del giudice del merito non sola-

---

[37] Feresin, *I consulenti tecnici d'ufficio nei casi di affidamento dei bambini in situazioni di violenza domestica in Italia*, in *Min. giust.*, 2021, 116 ss.

[38] Cordiano, *Responsabilità dei genitori. I procedimenti*, Giuffrè, 2020, 130, 114 ss., 219 ss.

[39] Lupoi, *Il regolamento n. 2201 del 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale*, in *Judicium*, 2011, 27 ss.

[40] Già Graziosi, *L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.,* 2008, 883 ss.

[41] Trib. Roma, 10.5.2013, in *Giur. merito,* 2013, 2100; *contra* Trib. Salerno, 20.7.2011, in *www.dejure.it.*; Ronco, *L'art. 614 bis e le controversie in materia di famiglia*, in *Giur.it.,* 2014, 760 ss.

[42] Carapezza Figlia, *L'attuazione degli obblighi genitoriali nella crisi familiare tra effettività della tutela e proporzionalità della sanzione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 2022, n. 17 *bis*, 2092 ss.

[43] Id., *Effettività della tutela del minore e misure di coercizione indiretta. Gli artt. 614 bis e 709 ter c.p.c. nella riforma del processo di famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, 640 ss.

mente l'emanazione del provvedimento, ma anche la sua attuazione, richiamando tutti gli operatori ai principi di dignità e di rispetto della persona, ancor più se minore, così limitando l'uso della forza pubblica a limitati casi e circostanziandola da cautele di sostanza e di forma[44].

6. *Le norme di coordinamento fra autorità giudiziarie*

Al comma 23° della legge delega era suggerito al legislatore delegato di introdurre, in presenza di allegazioni di violenza domestica o di genere, necessarie modalità di coordinamento fra il giudice della famiglia e dei minori con altre autorità giudiziarie, anche inquirenti, in ragione della frequente compresenza fra procedimenti minorili o separativi e procedimenti penali paralleli tema da tempo all'attenzione delle condanne della Corte Edu all'Italia[45].

Da tempo, in effetti era consolidata la riflessione in ordine alla necessità di una adeguata regolamentazione di quelle fattispecie nelle quali, emessi provvedimenti urgenti, anche *inaudita altera parte*, concretamente fosse inopportuna la successiva e tempestiva instaurazione della pienezza del contraddittorio[46] e per le quali, viceversa, la definizione dei profili penalmente rilevanti dovesse condurre con prontezza alla presa in carico della situazione *sospesa*, riprendendo la frequentazione dei rapporti ovvero rideterminando gli assetti genitoriali. Si auspicava, in questo senso, che la riforma dedicasse particolare attenzione a questi delicati profili, immaginando, in questa prospettiva, a norme organizzative sul modello dell'art. 609 *decies* c.p., come riformato dal d.l. n. 93 del 2013, che prevede, a fronte di delitti previsti dagli artt. 600, 600 *bis*, 600 *ter*, 600 *quinquies*, 601, 602, 609 *bis*, 609 *ter*, 609 *quinquies*, 609 *octies* e 609 *undecies* c.p., commessi in danno di minori, ovvero dei delitti previsti dagli artt. 609 *quater*, 572 e 612 *bis*, commessi in danno di un minore o da uno dei genitori in danno dell'altro genitore, il p.m. ne dia notizia al tribunale minorile, ai fini dell'assunzione dei provvedimenti ablativi e limitativi ovvero di affidamento in sede di processi separativi.

A tal proposito, il *côte* penalistico della Riforma Cartabia (l. n. 132/2021[47]) ha novellato, con l'art. 2, comma da 11° a 13°, le disposizioni a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere introdotte con legge n. 69 del 2019 (es. artt. art. 90 *ter*, comma 1° *bis* e 659, comma 2° *bis*), estendendone la portata applicativa anche ai reati in forma tentata e alle vittime di tentato omicidio[48]. Nella stessa prospettiva, la legge n. 149 ha disposto la riforma dell'art. 64 *bis* disp. att. c.p.p. («Comunicazioni e trasmissioni di atti al giudice civile»), prevedendo che, quando il giudice procede per reati commessi in danno del coniuge o convivente o di persona legata da relazione affettiva, anche cessata, e risulta la pendenza di procedimenti della crisi o della responsabilità genitoriale, il

[44] Così Cass., 24.3.2022, n. 9691, in *https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17511822/una-sentenza-storica-pas-illegittima-ed-uso-della-forza-sott.html*.

[45] Cordiano, *La riforma n. 206 del 2021 sui provvedimenti minorili urgenti: alcuni approdi e altre criticità*, in *Dir. fam. e pers.*, 2022, 811 ss.

[46] V. Associazione italiana dei magistrati per i minorenni e la famiglia: *https://www.minoriefamiglia.org/images/allegati/Doc_75.pdf*.

[47] Cancellaro, *Violenza di genere e codice rosso alla luce della riforma del processo penale: quae mutationes?*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2022, 5.

[48] Estensione che si reputava già ammessa dalla Procura presso il Tribunale di Tivoli: v. *https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1634497819_linee-guida-sulla-riforma-penale-della-procura-di-tivoli-legge-cartabia-134-2021-tutela-persona-offesa-reati-violenza-di-genere.pdf*, part. 13 del documento.

p.m. ne debba dare notizia senza ritardo al giudice che procede, salvo che gli atti siano coperti dal segreto. Ugualmente provvede quando procede per reati commessi in danno di minori dai genitori, da altri familiari o da persone con loro conviventi, dalla persona legata al genitore da relazione affettiva, anche cessata, ed è pendente procedimento relativo alla responsabilità genitoriale, al suo esercizio e al mantenimento del minore. Nei casi individuati al comma precedente, il p.m. trasmette al giudice civile o minorile copia delle ordinanze che dispongono misure cautelari, la loro sostituzione o revoca, come pure copia dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari e degli atti di indagine non coperti da segreto, nonché copia della sentenza che definisce il processo o del decreto di archiviazione (comma 1° *bis*).

Questo suggerisce che il giudice civile, informato della pendenza penale, si troverà sin dall'inizio della procedura nella condizione di emettere i provvedimenti (anche provvisori), avendo già acquisito gli atti del separato procedimento e avendone potuto valutare discrezionalmente il contenuto sul piano probatorio, cautelare e di opportunità processuale. Le norme e il percorso culturale che esse sottendono sono da accogliere con favore, pur dovendosi constatare (ancora) l'assenza di altre norme di raccordo in vista della prossima riorganizzazione degli organi giudiziari (e delle funzioni di servizi socio-sanitari), perché è nelle pieghe delle procedure che si insinuano le criticità apparentemente più banali, meno complesse sotto il profilo teorico[49]: come disposizioni che evidenzino, per i procedimenti pendenti avanti il giudice minorile, l'interesse del giudice ordinario a conoscere il nominativo del curatore speciale del minore, se già nominato; o che incarichino il p.m., all'atto della convalida del provvedimento dell'art. 403 c.c., di verificare l'esistenza e la natura delle pendenze davanti all'ordinario. Sono questioni tutt'altro che irrilevanti per bene gestire l'organizzazione del sistema della giustizia, soprattutto in un momento nel quale, ancora, la riforma è ancora in divenire e presenta qualche ombra, come dimostrato alcune esperienze protocollari presenti sul territorio nazionale[50], che vanno nel segno del coordinamento fra autorità giudiziarie della valorizzazione del ruolo del p.m. minorile e ordinario, in forza di una maggiore sensibilità delle fattispecie di violenza e quando vi siano concomitanti procedimenti civili e penali paralleli[51].

7. *I nuovi procedimenti in tema di violenza domestica e di genere*

Va subito detto che il successivo Capo III, Sezione I, sulle «Disposizioni speciali» in tema di violenza domestica e di genere prevede anch'esso delle disposizioni di coordinamento fra autorità giudiziarie, unitamente ad altre che informano un vero e proprio *modus operandi* – si potrebbe dire quasi un prontuario di strumenti operativi – per tutti quei procedimenti in materia di persone, di minorenni e di famiglie nei quali siano

[49] MAGGIA, *La riforma del processo civile e il mondo minorile: alcuni spunti migliorativi e molti effetti paradosso*, in *https://www.questionegiustizia.it/articolo/maggia-proc-civ-riforma*, del 27.12.2022.

[50] V. *Linee guida adottate dall'osservatorio distrettuale in tema di diritti delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, adottate dalla Corte d'Appello e dal Tribunale di Brescia, dal Tribunale e dalla Procura per i minorenni di Brescia e dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Bescia, in data 7.7.2022 (*https://www.corteappello.brescia.it/ProcuraMinoriBrescia/allegatinews/A_58161.pdf*)

[51] V. le *Nuove linee guida operative per l'azione del pm e della procura di Tivoli nei procedimenti civili in materia di allegazioni di violenza di genere e tutela dei minorenni* della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli il 20.2.2023, consultabili al link *https://www.procura.tivoli.giustizia.it/documentazione/D_10267.pdf.*

allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica, di genere o assistita, poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori (art. 473 *bis* 40 c.p.c.) e per ciò forse estendibile anche ad altri contesti (procedure di amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione o cause di alimenti).

Il fine, si può dire dichiarato, è quello di verificare, sin dalle prime fasi processuali, la fondatezza o meno delle allegazioni di violenza, così che l'adozione dei provvedimenti, anche provvisori, non avvenga con formule stereotipate o «consensualizzate», ma solo in seguito all'accertamento, anche sommario, delle circostanze, pur anche nei soli termini del *fumus* della violenza. Quindi, il ricorso introduttivo, secondo quanto previsto dalle disposizioni comuni del giudizio di primo grado, dovrà contenere l'allegazione degli eventuali procedimenti, definiti o pendenti, relativi agli abusi o alle violenze (art. 473 *bis* 41 c.p.c.), nonché le affermazioni circa dette condotte[52], producendo altresì copia degli accertamenti svolti e dei verbali relativi all'assunzione di sommarie informazioni e di prove testimoniali, nonché dei provvedimenti relativi alle parti e al minore emessi dalla pubblica autorità, anche giurisdizionale.

Dal canto suo, il giudice (art. 473 *bis* 42 c.p.c.) investito del ricorso avrà a disposizione un nuovo procedimento assai de-formalizzato: potrà abbreviare i termini fino alla metà e allo stesso tempo mettere in atto tutte le misure necessarie, anche d'ufficio e tempestivamente: con riguardo, soprattutto, alle attività istruttorie, potrà disporre mezzi di prova anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, entro la cornice di garanzia del contraddittorio e del diritto alla prova contraria. Pertanto, egli dovrà richiedere con il decreto di fissazione dell'udienza al p.m. ovvero alle altre autorità giudiziarie competenti, penale, minorile come anche all'autorità amministrativa, informazioni in relazione ai procedimenti pendenti, con obbligo, per p.m. e altre autorità, di trasmissione degli atti, quando non coperti da segreto istruttorio, entro il termine di quindici giorni. Il ruolo del p.m. minorile e ordinario, in questo specifico contesto, sarà dirimente al fine di verificare la fondatezza delle sommarie allegazioni della parte ricorrente (vista la sua consueta relazione con la polizia giudiziaria) e così di sostenere il giudice in queste prime fasi delicate.

Quando, poi, la vittima degli abusi o delle violenze allegate sia inserita in collocazione protetta, il giudice disporrà, ove opportuno per la sua sicurezza, la secretazione dell'indirizzo di dimora. È fatto obbligo, infatti, al giudice e ai suoi ausiliari di tutelare la sfera personale, la dignità e la personalità della vittima e di garantirne la sicurezza, utilizzando, per così dire, il procedimento in parola secondo le modalità più consone alla vittima.

Sia nella fase istruttoria (art. 473 *bis* 44 c.p.c.), sia in quella decisoria (art. 473 *bis* 46 c.p.c.), la disciplinata è costruita in modo da allinearsi alle migliori prassi e norme, anche convenzionali, circa la necessità di avvalersi di esperti o di altri ausiliari e consulenti tecnici dotati di competenze specifiche in materia, la possibilità di acquisire rapporti d'intervento redatti dalle forze dell'ordine, se non coperti da segreto, e l'obbligo di indicare nel provvedimento di incarico ai servizi sociali competenti la presenza di allegazioni di abusi o violenze, gli accertamenti da compiere e gli accorgimenti necessari a tutelare la vittima e i minori, anche evitando la contemporanea presenza delle parti. Nella fase decisoria, come detto, il giudice è chiamato ad adottare i provvedimenti più

[52] Segnala la connotazione intenzionalmente generica, Albiero, *I fatti di violenza e il processo*, in *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, a cura di Cecchella, Giappichelli, 2022, 359 ss., part. 368.

idonei a tutelare la vittima e il minore, tra cui quelli previsti dalle nuove disposizioni in tema di ordini di protezione (nuovo art. 473 *bis* 70 c.p.c.), anche successivamente alla cessazione della convivenza e disciplinando il diritto di visita con modalità idonee a non compromettere la loro sicurezza e incaricando, se del caso, i servizi sociali del territorio per l'elaborazione di progetti finalizzati al suo reinserimento sociale e lavorativo quando la vittima sia inserita in contesti protetti.

Al fine di evitare qualsiasi forma di vittimizzazione secondaria, le nuove norme impongono al giudice di procedere personalmente e senza ritardo all'ascolto del minore, ma anche, come sopra accennato, di non procedervi quando il minore è stato già ascoltato nell'ambito di altro procedimento, anche penale, e le risultanze dell'adempimento acquisite agli atti sono ritenute esaustive: sarà, quindi, tenuto ad acquisire d'ufficio i verbali e le videoregistrazioni dell'ascolto che sia stato condotto in ambito penale nel corso dell'incidente probatorio, provvedendo a evitare ogni contatto diretto tra il minore e il presunto autore della violenza e dell'abuso e soprattutto evitando duplicazioni dell'attività di ascolto, faticose e pregiudizievoli per il minore.

Nella stessa prospettiva, le norme permettono alle parti di non presentarsi personalmente alla prima udienza di comparizione, consentendo quindi comparizioni da remoto o a scansioni orarie diverse, fermo restando che, se compaiono, è fatto monito al giudice di astenersi dal procedere al tentativo di conciliazione e dall'invitarle a rivolgersi ad un mediatore familiare[53] salvo che nel corso del giudizio si evidenzi l'insussistenza delle condotte allegate (art. 473 *bis* 42 c.p.c.). Così, se nei confronti di una delle parti è stata pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche in primo grado e non definitiva, o provvedimento cautelare civile o penale o sia pendente procedimento penale in una fase successiva ai termini per l'avviso della conclusione delle indagini preliminari per abusi o violenze nonché quando tali condotte sono allegate o comunque emergono in corso di causa, il decreto di fissazione dell'udienza non contiene l'invito a rivolgersi ad un mediatore familiare (art. 473 *bis* 43 c.p.c.) e il mediatore è tenuto ad interrompere immediatamente il percorso di mediazione familiare intrapreso, se nel corso di esso emerge notizia di abusi o violenze[54].

La riforma del processo civile, come pare, ha ancora molte criticità ancora da sciogliere, ma presenta un innegabile elemento positivo, quello di aver ricollocato la narrazione di genere all'interno dei procedimenti di famiglia e dei minori, ovverosia fuori della esclusiva pertinenza del conflitto penale, attraverso un potere performativo-trasformativo innegabilmente da attribuire non solo al diritto[55], ma soprattutto al diritto civile[56]. Si tratterà ora di continuare su una strada comune, rivolta alla formazione, all'educazione e alla reciprocità di intenti, senza i quali anche le più belle riforme non sono necessariamente anche efficaci. Soprattutto di tratterà di ribadire quanto sia necessario essere consapevoli che «l'origine di squilibri e iniquità tra i generi si radica molto prima della violenza e delle sue zone rosse di allerta e di pericolo, di scandalo ed eccentricità, interroga l'educazione non solo in relazione a oggetti di studio ben definiti (i saperi, le

[53] Feresin-Anastasia-Romito, *La mediazione familiare nei casi di affido dei figli/e e violenza domestica: contesto legale, pratiche dei Servizi ed esperienze delle donne in Italia*, consultabile al link *https://www.ordineavvocatitorino.it/sites/default/files/documents/CPO/La%20mediazione%20familiare%20nei%20casi%20di%20affido%20dei%20figlie%20e%20violenza%20domestica.pdf.*

[54] D'Adamo, *La riforma della mediazione familiare*, in *Fam. e dir.*, 2022, 390 ss.

[55] Sità, *"Fare" le madri. Il lavoro dei servizi socio-educativi con la maternità e le sue ambivalenze*, in *Culture della maternità e narrazioni generative*, a cura di Cima e Alga, Franco Angeli, 2022, 47 ss.

[56] Poggi, *Con o senza diritto. Il diritto e le diseguaglianze di genere*, in *About gender*, 2019, XXII.

rappresentazioni mediatiche, le politiche sociali…) ma nella sua responsabilità di applicarsi all'analisi dei processi che li determinano, delle logiche sottese alla costruzione dell'ordine simbolico»[57].

[57] Musi, *Le radici nascoste della violenza*, in *Corpi violati. Condizionamenti educativi e violenze di genere*, a cura di Olivieri, Franco Angeli, 2014, 55.

FRANCESCA CRISTIANI

I TRASFERIMENTI IMMOBILIARI TRA CONIUGI NELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA TRA FORMA E SOSTANZA

SOMMARIO: 1. I trasferimenti immobiliari come possibile oggetto di contrattazione nell'ambito della crisi familiare. – 2. La convenzione di negoziazione assistita nella soluzione della crisi della famiglia. – 3. Il problema dell'idoneità del titolo per la trascrizione dei trasferimenti immobiliari tra coniugi nell'ambito degli accordi di risoluzione della crisi coniugale. – 4. La sentenza delle Sezioni Unite n. 21761 del 2021 ed i suoi possibili effetti in relazione alla convenzione di negoziazione assistita. – 5. Le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 145 del 2022: questioni risolte e in sospeso. – 6. Conclusioni.

1. *I trasferimenti immobiliari come possibile oggetto di contrattazione nell'ambito della crisi familiare*

La complessità delle relazioni familiari e la loro crescente fluidità[1], confermata dalla constatazione della sempre più compromessa stabilità in termini temporali del vincolo matrimoniale[2], ha determinato, nel tempo, un sostanziale mutamento dell'atteggiarsi di istituti all'origine caratterizzati da una linearità ed omogeneità che ne rendevano senz'altro minori gli aspetti problematici, cristallizzandoli nell'ambito di schemi sostanzialmente tipici[3].

Specificamente, laddove il contenuto delle clausole di separazione consensuale, e, successivamente, della richiesta di divorzio su ricorso congiunto era relativo alla constatazione del venir meno dei presupposti per il proseguimento del rapporto di convivenza matrimoniale e del vincolo coniugale, l'accordo dei coniugi, recepito e vagliato dalla Autorità giudiziaria, atteneva essenzialmente alle modalità di assolvimento degli obblighi di contribuzione e di assistenza nei confronti di uno dei membri della coppia e, soprat-

[1] La molteplice configurazione, nonché la mobilità e indeterminatezza dei legami familiari nella società contemporanea è stata posta in luce da autorevole dottrina: cfr., tra altri, BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 1105 ss.; BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.; GORASSINI, *Il nuovo ordine della famiglia nella società del terzo millennio*, in *La famiglia all'imperfetto?*, ESI, 2016, 15 ss.; PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1306 ss. Accentra l'attenzione sui diversi modelli di famiglia originati dal divorzio AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi,* in *Fam e dir.*, 2021, 23 ss. Più recentemente, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Atti del Convegno Ca' Foscari Venezia 11-13 novembre 2021, a cura di CAMARDI, Cedam, 2022, si vedano, in tema, le relazioni di BUSNELLI*, Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano. La parabola del matrimonio tra la crisi dell'istituto e la "resilienza" di una istituzionalizzazione familiare,* 9 ss.; DI NICOLA, *Differenziazione dei modelli familiari e pluralizzazione del legami di coppia,* 81 ss.; FERRANDO, *Divorzio e riforme degli istituti familiari,* 37 ss.; S. PATTI, *Dall'isola all'arcipelago?,* 49 ss.; SESTA, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio,* 67 ss.

[2] Pone in luce la fragilità dei legami di coppia ZATTI, *Premessa*, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, dallo stesso diretto, III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Giuffrè, 2018.

[3] In relazione al divorzio, ne evidenzia il mutamento profondo in considerazione della dimensione costruttiva dallo stesso assunta CAMARDI, *Presentazione*, in *Atti del Convegno Ca' Foscari*, cit., 2.

tutto, della prole, rispetto alla quale oggetto di specifica e puntuale "contrattazione" era rappresentato anche dalla statuizione delle regole di frequentazione e convivenza.

Invero, benché la questione relativa alla possibilità di inserire pattuizioni con efficacia traslativa nell'ambito degli accordi di risoluzione della crisi coniugale si sia posta fin da tempi ormai lontani[4], la sempre maggiore frequenza e diversificazione di tali pattuizioni ha dato luogo a contrasti interpretativi e differenti soluzioni giurisprudenziali, al fine di identificarne in via preliminare l'ammissibilità, nonché, in via logicamente successiva, la natura, con le diverse conseguenze sul piano sostanziale, fiscale e processuale.

Il contrasto sulla differente possibile connotazione causale rinvenibile in tali patti, dibattuta in dottrina, senz'altro rilevante – a tacer d'altro – in termini di stabilità, revocabilità e modificabilità, è stato composto dalla giurisprudenza di legittimità, comunque incline ad ammetterli, con l'individuazione di una causa *sui generis*, in senso lato familiare, che abbraccia e connota sotto l' "ombrello" comune della atipicità, negozi volti alla sistemazione degli interessi connessi e determinati dalla dissoluzione del rapporto coniugale[5].

La sempre maggior frequenza con la quale – accanto ai patti più strettamente relativi alla gestione della prole, rispetto ai quali risulta imprescindibile, in caso di figli minori, un controllo di merito dell'autorità giudiziaria – sono stati inseriti, nell'ambito delle condizioni di regolazione della separazione e del divorzio, accordi con effetti traslativi in relazione a beni immobili, si inquadra nell'ottica del progressivo ampliamento dell'autonomia privata, che travalica i confini della materia rigorosamente contrattuale trovando spazio anche in ambiti ad essa tradizionalmente più estranei, come quelli riguardanti le relazioni di natura familiare.

Il fenomeno per il quale si è autorevolmente parlato di "privatizzazione" della famiglia[6], ponendo invero, più specificamente, l'accento sul ruolo della volontà delle parti in ordine allo scioglimento del vincolo, ha determinato il sempre più frequente ricorso a "sistemazioni" contrattuali complesse e articolate[7], a mezzo delle quali i coniugi possono anche soddisfare gli obblighi primari tra di loro e nei confronti della prole, in quest'ultimo caso con l'inevitabile controllo giurisdizionale dell'esercizio dell'autonomia privata[8], in quanto la stessa rappresenta strumento del soddisfacimento di interessi primieramente protetti dall'ordinamento in materia familiare.

In particolare, seguendo l'impostazione della dottrina che inquadra nell'ambito del contenuto necessario della separazione tutta l'area degli effetti giuridici alla stessa

---

[4] Cfr. l'analisi del fenomeno svolta da Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, Giuffrè, 1999, e da Russo, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, ESI, 2001.

[5] Sui "contratti della crisi" cfr. Fusaro, *Crisi della famiglia e causa dei trasferimenti patrimoniali*, in *Divorzio 1970-2020, Una riflessione collettiva*, a cura di Cuffaro, Giuffrè, 2021, 487 ss.

[6] Analizza efficacemente la "parabola" della privatizzazione del diritto di famiglia, con particolare riferimento alle sue manifestazioni nell'ambito della crisi della famiglia Zatti, *Familia, familiae - Declinazioni di un' idea*, I, *La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia,* 2002, 9 ss. In merito si vedano ancora, tra altri, Rescigno, *Autonomia privata e limiti inderogabili nel diritto familiare e successorio*, in *Familia*, 2004, 443 ss.; Zoppini, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 213 ss. Più di recente, con specifico riferimento all'atteggiarsi dell'autonomia delle parti anche in seguito alla riforma processuale, cfr. Spadafora, *La "nuova" autonomia privata familiare tra norma sostanziale e norma processuale*, in *Fam. e dir*., 2023, 177 ss.

[7] Cfr. Bocchini, *La negozialità del divorzio,* in *Divorzio 1970-2020*, cit., 161 ss. e, *ivi*, 255 ss. Scognamiglio, *Autonomia privata e divorzio.*

[8] Guarda in prospettiva all'evoluzione dell'autonomia nell'ambito del divorzio Marella, *Il futuro del divorzio (e del matrimonio) fra autonomia e solidarietà*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, cit.

riconnessi[9], con la conseguenza che sarebbero da ascrivere al contenuto eventuale solo gli accordi dei coniugi che hanno occasione ma non causa nella separazione medesima, occorre verificare non soltanto se i trasferimenti immobiliari concordati in concomitanza della crisi familiare possano trovare la loro sede nelle condizioni di separazione e di divorzio, ma altresì se queste intese possano costituire una modalità che consenta di far fronte a quanto imprescindibile a definire l'assetto patrimoniale conseguente alla crisi della famiglia, in relazione a tutti i soggetti nella stessa coinvolti.

Le due questioni ora accennate hanno trovato da tempo soluzione affermativa nella giurisprudenza di legittimità[10], con il consenso della dottrina maggioritaria che, seppure con diverse angolazioni, le ha inquadrate nella surriferita prospettiva di un ampio riconoscimento della libertà dei coniugi in riferimento alla stessa determinazione del contenuto dell'accordo di risoluzione della crisi familiare, costituito da un atto complesso nel quale si possono collocare pattuizioni patrimoniali con efficacia traslativa, talvolta anche con inscindibile – e ritenuto ammissibile – collegamento rispetto all'adempimento degli obblighi che sopravvivono al venir meno del rapporto matrimoniale.

2. *La convenzione di negoziazione assistita nella soluzione della crisi della famiglia*

Il decreto legge 12 settembre 2014, convertito in legge 10 novembre 2014 n. 162 del 2014, nella prospettiva della individuazione di misure urgenti di degiurisdizionalizzazione[11], com'è noto, ha consentito, con apposita disposizione nell'ambito del più ampio riferimento al nuovo strumento della convenzione di negoziazione assistita, che anche la separazione e lo scioglimento del matrimonio si possano realizzare attraverso un accordo concluso per tramite di (almeno) un avvocato per parte[12], sottoposto, in assenza di figli minori o maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave o non economicamente autosufficienti, ad un mero controllo di regolarità formale da parte della Procura della Repubblica, esaurito il quale viene emesso un nulla-osta per i successivi adempimenti; in presenza di figli nelle condizioni suddette, è invece prevista la valutazione della rispondenza dell'accordo al loro interesse[13], al fine di emettere, in tal caso, un provvedimento di autorizzazione[14].

---

[9] Nel senso riferito nel testo anche Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, Torino, 1996, 141. Le diverse posizioni dottrinali sono riassunte da Donzelli, *Note a margine delle Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari nella separazione e nel divorzio consensuali*, in *Giur. it.*, 2022, 873.

[10] Recentemente, anche per una sintesi della evoluzione della giurisprudenza, cfr. Arceri, *I trasferimenti immobiliari tra coniugi in fase di separazione consensuale e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2021, 641 ss.

[11] Analizza, muovendo dall'esegesi terminologica, il concetto e l'ambito della degiurisdizionalizzazione, in riferimento alla funzione dichiarativa o meno attribuita all'apparato giudiziario, Luiso, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 649 ss.

[12] Cfr. in merito, tra altri, Danovi, *Nuovi modelli di separazione e divorzio (artt. 6 e 12 l. 10 novembre 2014, n. 162),* nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, III, Utet, 2016, 1985 ss.; Tizi*, Le vie stragiudiziali alla separazione e al divorzio,* in *Riv. crit. dir. priv.,* 2018, 279 ss.

[13] Osserva come in tale ipotesi permanga uno spazio di relativa indisponibilità da parte dei coniugi in materia, laddove nel resto la pura e semplice estinzione dello *status* coniugale abbia acquisito carattere di disponibilità Bargelli, *Divorzio "privato" e autonomia "preventiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 250 ss. Prende in considerazione i limiti all'autonomia privata nell'ambito della negoziazione della crisi Bugetti, *La risoluzione stragiudiziale del conflitto coniugale*, Giuffré, 2015, 47 ss.

[14] Riflette sui possibili scenari in caso di non ritenuta regolarità dell'accordo e di mancata rispondenza all'interesse del minore con conseguente diniego dell'autorizzazione, ponendo in luce i diversi aspetti problematici, tra altri, Lupano, *Il giudice e la negoziazione assistita in materia familiare*, in *Giur. it.*, 2020, 2779 ss. In specifico riferimento al ruolo del P.M. in questa procedura v. D'Ippolito - Dalla Valle, *La negoziazione assistita nella crisi coniugale*, Giuffré, 2015.

L'attuazione dello spirito del legislatore, volto ad agevolare, in prospettiva deflattiva del ricorso all'autorità giudiziaria, le soluzioni alternative ed a consentire, nell'ottica di una sempre maggior snellezza e semplificazione[15], la definizione di controversie, anche senza l'intervento di un terzo imparziale, quale il mediatore, non poteva prescindere da una parificazione degli effetti dei provvedimenti ottenuti tramite tali differenti canali. Invero, infatti, la normativa introdotta nel 2014 ha precisato come "l'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali" che definiscono i relativi procedimenti.

Questa affermazione, la cui chiarezza apparentemente escluderebbe ogni eventuale contrasto interpretativo, deve tuttavia tener conto, al fine di valutare la totale sovrapponibilità dei due differenti strumenti, entrambi idonei alla definizione della lite, per un verso del possibile contenuto dell'accordo, per altro verso della incontestabile diversa veste che il provvedimento conclusivo viene ad assumere in concreto.

In altri termini, ci si potrebbe porre il quesito se l'art. 6 della legge del 2014, dettato in materia di convenzione di negoziazione assistita per le procedure di separazione e di divorzio, preveda l'equiparazione al provvedimento giudiziale definitorio soltanto in riferimento agli effetti sul vincolo matrimoniale, senza estendere tale parificazione anche ad altre pattuizioni *lato sensu* contrattuali rinvenibili nell'accordo.

Interpretazione, quest'ultima, rigorosa e astrattamente ipotizzabile, ma che finirebbe per scoraggiare di fatto il ricorso ad una procedura che certamente il legislatore aveva invece l'intenzione di favorire. È chiaro infatti che la prospettazione di una possibile interpretazione riduttiva dei confini di equiparazione dell'accordo al provvedimento giudiziale ne limiterebbe in radice l'"appetibilità", laddove la convenzione avesse un contenuto ampio e articolato in relazione alle pattuizioni patrimoniali, eventualmente costituenti anche non contenuto necessario, ma soltanto eventuale dell'accordo, ovvero pattuizioni rispetto alle quali la convenzione (così come anche il provvedimento giudiziale) rappresenti solo l'occasione del patto, non causalmente collegato al vincolo matrimoniale in crisi.

Tuttavia, al riconoscimento della completa sovrapponibilità, negli effetti, tra provvedimento giudiziale e accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita, fa da contraltare la constatazione della indubitabile differenza dei due atti sul piano formale, con le possibili conseguenze anche sotto l'aspetto sostanziale e specificamente in relazione alla pubblicità immobiliare.

La natura dei rispettivi atti conclusivi del procedimento, costituiti in un caso dal verbale di udienza dinanzi all'Organo giurisdizionale, volto a prendere atto degli accordi precedentemente conclusi dai coniugi, recepiti per il tramite del loro richiamo a verbale, nell'altro caso da una convenzione formata con l'ausilio degli avvocati che certificano l'autografia delle firme dei "contraenti", è infatti incontestabilmente diversa.

La fonte della statuizione, con effetti anche eventualmente traslativi, ha comunque natura negoziale, scaturendo dalla volontà delle parti, laddove l'origine del relativo provvedimento giudiziario, che pure si limiti alla "ratifica" di un accordo privato, è da ascriversi all'Autorità giurisdizionale, i cui atti assumono la veste dell'atto pubblico.

---

[15] Cfr. Cardinale, *Sulla trascrizione di accordi di negoziazione assistita contenenti trasferimenti immobiliari*, in *Giur. it.*, 2017, 1601 ss. Sulle modalità alternative di definizione della crisi familiare v. Pilia, *Il divorzio e i meccanismi stragiudiziali di soluzione delle crisi familiari*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 537 ss. e, *ivi*, 443 ss., Bugetti, *Degiurisdizionalizzazione del divorzio: riflessi sul principio di indisponibilità dello stato e sull'autonomia dei coniugi divorziandi.*

Come è stato efficacemente rilevato[16], non è corretto confondere il piano degli effetti con quello della forma; in questa prospettiva, è allora inevitabile constatare che la pur affermata (dal legislatore) equiparazione dei provvedimenti non comporta la loro equivalenza formale.

L'accordo derivante da negoziazione assistita riveste infatti la natura di scrittura privata, che potrebbe essere oggetto di autentica da parte del pubblico ufficiale a ciò autorizzato, laddove il provvedimento conclusivo del giudizio, eventualmente contenuto in un verbale di udienza, si configura come un atto pubblico. Né vale a sconfessare questa intrinseca insuperabile diversità l'intervento dell'Autorità giudiziaria, che si concretizza nell'apposizione del nulla-osta o dell'autorizzazione, e che si configura come un presupposto necessario per realizzare quella parità di effetti prevista dalla legge per atti di fonte diversa, i quali non mutano, in virtù di tale parificazione, la loro differente natura formale.

3. *Il problema dell'idoneità del titolo per la trascrizione dei trasferimenti immobiliari tra coniugi nell'ambito degli accordi di risoluzione della crisi coniugale*

La problematica derivante dal possibile – ed anzi ormai frequente – inserimento negli accordi risolutivi della crisi matrimoniale di patti con effetti traslativi su beni immobili ha determinato la necessità di verificarne il regime in ordine alla opponibilità ai terzi e, specificamente, in relazione alla trascrizione.

La questione riguarda, in particolare, l'imprescindibilità – o meno – dell'attività del notaio ai fini della trascrizione dell'atto.

Per quanto, infatti, anche l'impostazione più riduttiva, seguita da una parte della giurisprudenza, non sia giunta al punto di porre in discussione la natura di atto pubblico del verbale di causa (nel quale si recepiscono gli accordi delle parti, anche con effetti reali)[17], tuttavia tale scelta ermeneutica ne limita in diversa misura gli effetti reputando comunque indispensabile, ai fini della trascrivibilità, l'intervento del pubblico ufficiale autorizzato per legge a ricevere gli atti delle parti nonché, soprattutto, ad effettuare le richieste formalità pubblicitarie, oltre che i controlli legali e sostanziali previsti[18].

---

[16] V. Todeschini Premuda, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2018, II, 124 ss.

[17] In relazione alla natura del verbale di causa v., nel senso di cui al testo, Cass., I, 15.5.1997, n. 4306 in *Nuova giur. civ. comm.,* 1999, I, 278, con nota di Zanuzzi. La Corte di Cassazione ha costantemente affermato il carattere tassativo della disposizione di cui all'art. 2657 cod. civ., precisando con riferimento alla trascrivibilità dell'accordo di separazione che riconosca ad uno o ad entrambi i coniugi la proprietà esclusiva di beni mobili o immobili, ovvero ne operi il trasferimento a favore di uno di essi, che tale accordo, in quanto inserito nel verbale d'udienza (redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato), assume forma di atto pubblico, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 cod. civ., e solo in quanto tale, dopo l'omologazione che lo rende efficace, costituisce titolo per la trascrizione a norma dell'art. 2657 cod. civ. Cfr., in tema, Fabiani, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 50 ss., che sottolinea "l'importanza di tale norma nell'ambito del sistema della pubblicità immobiliare e della sicurezza della circolazione giuridica degli immobili". Precisa come sulla tassatività del titolo soggetto a trascrizione, *ex* art. 2657 c.c., concordi la maggioranza degli interpreti, anche quelli che ricostruiscono in termini di massima apertura il sistema delle formalità trascrittive, Frezza, in CNN, *Studio n. 198-2021/C, Verbale di separazione consensuale omologata e di divorzio su domanda congiunta, trasferimenti immobiliari e trascrizione: un criticabile intervento delle Sezioni Unite.* In tale studio l'Autore riporta infatti i diversi orientamenti dottrinali volti a ridimensionare il principio di tassatività della trascrizione. Nel senso del superamento del "dogma" della tassatività, verso la regola della tipicità delle diverse ipotesi di trascrizione, cfr. Petrelli, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare*, ESI, 2009.

[18] Per una sintetica ma esauriente rassegna delle diverse posizioni dottrinali in proposito cfr. Donzelli, *op. cit.*

A fortiori, evidentemente, il quesito assume un volto maggiormente problematico laddove tali pattuizioni siano contenute in una convenzione di negoziazione assistita, che non può comunque essere ricondotta nell'ambito dei titoli idonei alla trascrizione *ex* art. 2657 cod. civ.

In proposito, sono state rese diverse pronunce a seguito del ricorso all'Autorità Giudiziaria avverso il rifiuto dei Conservatori dei Registri Immobiliari di provvedere alla trascrizione in presenza di una convenzione di negoziazione assistita in ambito coniugale contenente patti con efficacia traslativa, sottoscritta dalle parti, con la certificazione della firma effettuata dagli avvocati.

La ritenuta impossibilità di procedere alla trascrizione è stata motivata con riferimento alla assenza della autentica di firma da parte del pubblico ufficiale, con la conseguente mancanza, nel titolo, della qualifica di scrittura privata autenticata, idonea alla trascrizione ex art. 2657 cod. civ. Sono stati posti in evidenza, specificamente, i limitati effetti attribuibili all'autentica del legale, idonea soltanto a costituire presupposto per il successivo nulla-osta o autorizzazione dell'autorità giudiziaria, ai fini della trascrizione nei registri di stato civile, in relazione al mutamento di *status*.

Questa posizione è stata contrastata sostenendo il carattere di specialità, e dunque la prevalenza, del procedimento previsto dall'art. 6 della legge del 2014 in materia di separazione e divorzio rispetto al procedimento generale dettato dal precedente art. 5, che impone l'intervento del pubblico ufficiale autorizzato, laddove la convenzione contenga patti soggetti a trascrizione; nonché accentuando, sotto il profilo interpretativo, il valore da attribuire alla affermazione della parificazione di effetti tra provvedimento giudiziale e convenzione di negoziazione assistita, espressamente contenuta nella norma "speciale"[19].

Le diverse posizioni – entrambe astrattamente e fondatamente sostenibili in virtù del non limpido dettato normativo e del non certo rapporto tra le ipotesi di negoziazione assistita previste all'art. 5 e all'art. 6 della legge – muovono, in estrema sintesi, da un diverso bilanciamento in relazione al peso da attribuire, rispettivamente, all'obiettivo perseguito dal legislatore nel prevedere modalità quanto più possibile semplificate di alternativa ai mezzi di tutela giurisdizionale ed alla *ratio* che presiede ai controlli, formali e sostanziali, indispensabili ai fini della pubblicità immobiliare.

---

[19] L'interpretazione più "liberale", basata sulla specialità dell'art. 6 rispetto all'art. 5 della legge del 2014, è stata fatta propria dal Tribunale di Roma (cfr. Trib. Roma, 17 marzo 2017, in *Fam. e dir.*, 2018, 333 ss, con nota di Trinchi, *Negoziazione assistita per la separazione e il divorzio: tutela dei figli minori e poteri del presidente* e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1163 ss., con nota di Cardosi, *Sulla trascrizione degli accordi di negoziazione assistita in materia familiare)* e di Pordenone: v. Trib. Pordenone, 16 marzo 2017, in *Riv. notar.*, 2017, 831. Alla impostazione più rigorosa hanno aderito invece diverse pronunce rese dal Tribunale di Venezia (21 novembre 2017, in *Dir. fam. e pers.* 2018, 963); di Genova e di Napoli (rispettivamente sentenza 8 aprile 2016 e 29 gennaio 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 1772, con nota di Cardinale) nonché di Catania (v. Trib. Catania, sez. III, 24 novembre 2015, in *Riv. notar.* 2017, 832). In quest'ultimo senso si è pronunciata anche la Corte d'Appello di Trieste, in riforma della citata decisione del Tribunale di Pordenone (v. App. Trieste, sez. I, 6 giugno 2017, n. 207, in *Foro it.*, 2017, I, 2825; in *Riv. notar.* 2017, 1024 ss. con nota di Belloli, *Autenticazione notarile e trascrizione dei trasferimenti immobiliari contenuti nell'accordo di negoziazione assistita* ex *art. 6 d.l. 132/2014. Analisi critica dei provvedimenti del Trib. Pordenone 16 marzo 2017 e di App. Trieste 30 maggio 2017* e in *www.judicium.it* 7/2017, con nota di Izzo, *L'autenticazione notarile delle sottoscrizioni è requisito essenziale ai fini della trascrizione dell'accordo di negoziazione assitita*). In relazione ai diversi orientamenti della giurisprudenza di merito cfr. Cardinale, *Negoziazione assistita,* cit. Conclude, in proposito, ritenendo che "l'art. 5, comma 3, sia regola generale applicabile a tutti i casi" tipizzati nel titolo della norma, e quindi anche alla convenzione in ambito familiare, al termine di un'ampia e articolata disamina delle diverse fattispecie concretamente prospettabili Frezza, *"Degiurisdizionalizzazione", negoziazione assistita e trascrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 18 ss.

Sul punto, la Corte di Cassazione si è pronunciata nel 2020[20] statuendo che "ogni qualvolta l'accordo stabilito tra i coniugi, al fine di giungere ad una soluzione consensuale di separazione personale, ricomprenda anche il trasferimento di uno o più diritti di proprietà su beni immobili, la disciplina di cui al d. l. n. 132 del 2014, art. 6, convertito in legge n. 162 del 2014, deve necessariamente integrarsi con quella di cui al medesimo d. l. n. 132 del 2014, art. 5, comma 3, con la conseguenza che per procedere alla trascrizione dell'accordo di separazione contenente anche un atto negoziale comportante un trasferimento immobiliare, è necessaria l'autenticazione del verbale di accordo da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi dell'art. 5, comma 3".

La Corte ha rilevato come l'accordo di negoziazione assistita non sia una scrittura privata accertata giudizialmente o con sottoscrizione autenticata, necessaria, ai fini della trascrizione, nella forma della c.d. autentica maggiore, che implica il controllo di legalità dell'atto da parte del notaio, là dove l'autentica c.d. minore è limitata alla certificazione della verità delle firme.

La pronuncia precisa come l'autentica del notaio, che si riferisce ad un atto di fonte pattizia, non può limitarsi alla funzione di mera identificazione delle parti e a certificazione dell'autografia, ma deve svolgere anche un controllo sostanziale che consenta di adeguare ai principi e alle regole dell'ordinamento la volontà delle parti. L'intervento del notaio, inoltre, è ribadito come imprescindibile dalla sentenza di legittimità al fine di garantire la certezza e l'affidabilità delle risultanze dei registri immobiliari nell'ambito del sistema pubblicitario disegnato dal codice civile e dalle disposizioni collegate della legge notarile.

La Corte di Cassazione ha precisato inoltre, a supporto ulteriore, come ai fini della trascrizione dell'accordo, ai sensi del d. l. 31 maggio 2010, n. 78, art. 19, comma 14, convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122, il notaio deve attestare la coerenza dei dati catastali con le risultanze dei registri immobiliari e con lo stato di fatto dell'immobile[21]. I dati catastali, infatti, costituiscono elementi oggettivi di riscontro delle caratteristiche patrimoniali del bene, rilevanti ai fini fiscali, e l'omissione della dichiarazione di cui alla norma citata determina la nullità assoluta dell'atto, perché la norma ha una finalità pubblicistica di contrasto all'evasione fiscale.

La sentenza della Cassazione del 2020, pur prevedendo una specifica soluzione a proposito della necessità dell'intervento del pubblico ufficiale per la trascrizione dell'atto sulla negoziazione assistita in ambito familiare, ha lasciato irrisolto il quesito se nella categoria dei pubblici ufficiali ai quali spettano i compiti di controllo relativamente ai trasferimenti immobiliari siano ricompresi anche il giudice e il cancelliere nell'esercizio delle loro funzioni.

L'individuazione precipua del ruolo del notaio e della sua eventuale insostituibilità, a garanzia di interessi che travalicano quelli privati dei soggetti coinvolti, ha rappresentato motivo di sollecitare un pronunciamento delle Sezioni Unite, alle quali la questione

[20] V. Cass., II, 21 gennaio 2020 n. 202, in www.judicium.it 5/2020, con nota critica di Desiato, che reputa formalistica e rigorosa la chiave di lettura offerta dalla Corte e in *Ilfamiliarista.it*, 2020, con nota adesiva di Picardi, la quale rileva che "la soluzione adottata dalla Corte di Cassazione risulta del tutto conforme alla decisione della Corte di Giustizia, 9 marzo 2017, in C-342/2015, secondo cui la normativa nazionale che riservi a categorie professionali diverse dagli avvocati il potere di autenticazione degli atti è una restrizione della concorrenza ammissibile ove giustificata da ragioni imperative di interesse generale purché proporzionata".

[21] Cfr., in proposito, Sannino, *Il ruolo del notaio nell'ambito degli accordi di separazione tra coniugi e la relativa responsabilità professionale*, in *Immobili e proprietà*, 2020, 512 ss.

è stata rimessa con ordinanza n. 3089 della Prima Sezione della Corte, in relazione alle differenti interpretazioni prospettate sul punto.

Il riferimento normativo più specifico e diretto, da inquadrare nella prospettiva di una interpretazione uniforme e sistematica, è rappresentato proprio dalla modifica che la normativa appena citata, del 2010, ha portato alla legge l. 27 febbraio 1985, n. 52, aggiungendo il comma 1 bis all'art. 29 della stessa, con assai rilevanti innovazioni al sistema della circolazione immobiliare.

La normativa in parola impone al notaio specifici controlli, volti a perseguire la coerenza catastale dell'immobile dal punto di vista oggettivo e soggettivo. Benché la *ratio legis* sia da ricercare nella prospettiva di attivazione dell'Anagrafe immobiliare integrata, derivante dall'incrocio tra i dati catastali e quelli delle Conservatorie, e, dunque sia in essa ravvisabile sostanzialmente un intento di natura fiscale, la rilevanza delle novità introdotte coinvolge importanti profili sostanziali, sia perché le verifiche appaiono funzionali alla trascrizione, sia in riferimento alle ipotizzate sanzioni anche in ordine alla validità dell'atto[22].

L'ordinanza di rimessione muove dalla considerazione che i controlli introdotti dalla norma del 2010 sembrerebbero postulare come imprescindibile l'intervento del notaio, con la conseguenza che i patti traslativi tra coniugi, eventualmente inseriti, con l'acquisto della forma dell'atto pubblico, nel verbale di udienza, non sarebbero potenzialmente idonei, o comunque non potrebbero esserlo, in concreto, in quanto privi delle attestazioni e dichiarazioni volte ad assicurare la coerenza catastale dell'immobile.

Alla Corte di Cassazione, nel caso di specie, erano ricorsi due coniugi, a fronte della sentenza della Corte d'Appello di Ancona che, confermando il provvedimento reso in primo grado, aveva ritenuto di dover escludere l'idoneità di una sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio a contenere patti tra coniugi relativi a trasferimenti immobiliari con efficacia traslativa. La pronuncia oggetto di ricorso si basava proprio sul presupposto della impossibilità di assicurare, in tal caso, la tutela degli interessi posti a base della normativa introdotta nel 2010, che affida imprescindibilmente al notaio i delicati controlli di verifica catastale, senza che tale attività possa essere svolta da altri operatori giuridici, seppure qualificati.

Avendo i ricorrenti dedotto la violazione dell'art. 1322 e 1376 del codice civile, derivante dall'asserito divieto di introdurre nella sentenza di cessazione degli effetti civili del matrimonio patti di trasferimento immobiliare con efficacia traslativa, nonché la violazione degli artt. 1350 e 2657 cod. civ., con la pronuncia delle Sezioni Unite, resa nel 2021, si è cercato di individuare una strada interpretativa uniforme sulle diverse e assai rilevanti questioni sottese alla fattispecie concreta.

4. *La sentenza delle Sezioni Unite n. 21761 del 2021 ed i suoi possibili effetti in relazione alla convenzione di negoziazione assistita*

Con la pronuncia del 2021[23] la Suprema Corte appare muoversi in un'ottica "liberale" che, privilegiando la tutela dell'autonomia dei coniugi – rispetto alla quale l'in-

[22] Cfr. Ferrara, *Separazione e trasferimenti coniugali: il ruolo del giudice e quello del notaio al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2020, 740 ss.

[23] La pronuncia delle Sezioni Unite è stata oggetto di diversi commenti e valutazioni: in senso favorevole si sono espressi Arceri, *Le Sezioni Unite sui trasferimenti immobiliari in fase di separazione consen-*

tervento dell'Autorità giudiziaria, anche in caso di sentenza resa su ricorso congiunto in sede di divorzio, viene qualificato come di mera verifica formale – porta alla ritenuta (per vero scontata, alla luce della precedente giurisprudenza di legittimità) affermazione della ammissibilità di patti traslativi.

L'impostazione seguita dalla Corte si snoda attraverso un percorso argomentativo a confutazione specifica delle opposte resistenze all'ammissibilità di patti con effetti reali, manifestatesi da parte di alcuni giudici di merito, ed alla idoneità del verbale di udienza alla trascrizione, idoneità che viene ribadita, sulla base della conferma della natura di atto pubblico da riconoscere al medesimo.

Le Sezioni Unite precisano inoltre che i controlli che la normativa impone negli atti di trasferimento immobiliare, in merito alla conformità catastale sotto il profilo oggettivo, possono essere assicurati attraverso una verifica affidata al cancelliere, sulla scorta di dettagliata documentazione richiedibile alle parti al fine di poterne efficacemente realizzare l'effetto traslativo ed i relativi adempimenti pubblicitari.

Non si può negare che la valorizzazione della volontà negoziale dei coniugi, anche in procedimenti che si concludono con l'"avallo" dell'Autorità giurisdizionale – al di là della loro inclusione, o meno, nell'ambito della giurisdizione volontaria – oltre a rappresentare coerente continuazione di un *trend* consolidato nella giurisprudenza di legittimità, appare integralmente corrispondere alla realtà operativa. È infatti indiscutibile che il controllo giurisdizionale, dallo stesso legislatore imposto, nel merito, soltanto in presenza dei soggetti "deboli" in ambito familiare, si configuri in tutti gli altri casi come un mero recepimento degli accordi, anche faticosamente, raggiunti al di fuori del procedimento in senso stretto.

Né, del resto, può ragionevolmente ed obiettivamente essere contestata la progressiva tendenza a ritenere i coniugi i migliori arbitri delle loro determinazioni, non soltanto in ordine alla sistemazione dei rapporti patrimoniali successivi al verificarsi della crisi matrimoniale, ma anche, in assenza di prole da tutelare, in relazione alla permanenza dello *status* coniugale[24].

In questa linea evolutiva si sono inserite e integrate le modifiche legislative degli ultimi quindici anni, di carattere *lato sensu* processuale, che, nell'ottica di deflazionare il ricorso all'autorità giudiziaria, hanno previsto, incentivato ed addirittura imposto in certi casi, come condizione di procedibilità, strumenti alternativi, non relegandoli soltanto alle materie tradizionalmente oggetto di attività negoziale, ma consentendone l'utilizzazione anche in ambito familiare.

---

suale e divorzio a conclusioni congiunte, in *Fam. e dir.*, 2021, 1093 ss.; Bernes, *Trasferimenti immobiliari nella composizione delle crisi coniugale*, in *Giur. it.*, 2022, 1596, il quale peraltro pone in luce alcuni problemi di coordinamento con la procedura di negoziazione assistita e possibili inconvenienti pratici; Bignoli, in *giustiziacivile.com*, 2 febbraio 2022; Donzelli, *op. loc. cit.*; in senso critico Gambardella, *Per un ruolo ulteriore del notaio nei trasferimenti immobiliari in sede di accordo di separazione e divorzio*, in *Notariato*, 2021 535 ss.; analitici rilievi all'*iter* argomentativo seguito dalla Corte si leggono in Torrioni, *Trasferimenti immobiliari nel verbale di separazione o nella sentenza di divorzio: un atto pubblico senza i controlli di legalità sostanziale e la responsabilità nei confronti delle parti?*, in *Riv. notar.*, 2021, 1158 ss.; nonché, seppure in relazione specifica alle questioni processuali, con particolare attenzione alle possibili differenze tra separazione consensuale e divorzio congiunto, Campione, *Divorzio su domanda congiunta e trasferimenti immobiliari: questioni processuali*, in *Dir. fam. e pers.,* 2021, 1618 ss.

[24] Cfr. Ferrando, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia*, 2001, 959; Zatti, Familia, familiae - *Declinazioni di un'idea*, cit., 42. In relazione alle conseguenze dell'introduzione del principio di dissolubilità del matrimonio sulla stessa concezione dell'istituzione cfr., tra altri, Auletta, *Legge sul divorzio e rapporti di coppia: mutamenti normativi ed eveluzione del diritto effettivo*, in *Divorzio 1970-2020*, cit., 3 ss., e *ivi*, Rossi Carleo, *La destrutturazione del modello di divorzio.*

Dal punto di vista formale, anche la qualificazione di atto pubblico attribuita al verbale di udienza che recepisce l'accordo[25] si pone in linea di continuità con precedenti affermazioni della Corte, con la logica conseguenza della riconosciuta idoneità del medesimo alla trascrizione.

Il punto maggiormente innovativo dell'argomentazione delle Sezioni Unite si riferisce alla ritenuta surrogabilità dell'intervento notarile, consentita dalla presenza di un cancelliere, soggetto che la Corte individua come deputato ad effettuare, in caso di recepimento di clausole di trasferimento immobiliare, i controlli imposti dall'art. 29 bis della legge n. 47 del 1985.

Il *decisum* della sentenza delle Sezioni Unite deve senz'altro essere letto alla luce di un sottinteso intento semplificatorio ed agevolativo del perseguimento e riconoscimento di accordi di soluzione della crisi coniugale, con i quali si privilegia il rispetto della volontà dei coniugi, garantendone immediata efficacia, senza il ricorso ad aggravi procedimentali né necessità di ulteriori e potenzialmente onerosi interventi di soggetti terzi.

Non si devono peraltro nascondere le possibili difficoltà operative, poiché la astratta surrogabilità del cancelliere al notaio può essere in concreto realizzata soltanto con la collaborazione delle parti, alle quali spetta, in una prospettiva di leale e doverosa collaborazione, fornire tutta la documentazione che possa consentire al cancelliere stesso di adempiere le funzioni che la legge prevede come compito precipuo della classe notarile, a garanzia e tutela di interessi certamente non qualificabili come puramente privati, essendo, piuttosto, riferiti alla collettività. Le verifiche attinenti alla conformità catastale, certamente previste a fini essenzialmente fiscali (e quindi, già di per sé giustificate da esigenze sovraordinate a quelle dei singoli), sono comunque coordinate, collegate e funzionali anche al corretto svolgimento delle formalità pubblicitarie, nell'interesse generale alla correttezza e fluidità della contrattazione immobiliare.

In altri termini, le Sezioni Unite potrebbero aver peccato – più o meno consapevolmente – di eccessiva fiducia e di (ingiustificato?) ottimismo nel prevedere che compiti così delicati, dettagliati e tecnici, istituzionalmente – e obbligatoriamente – imposti alla classe notarile possano essere con eguale efficacia svolti da altri soggetti, rispetto ai quali, tra l'altro, non sarebbe rinvenibile analogo sistema di responsabilità[26].

La pronuncia delle Sezioni Unite muove dalla problematica sorta in sede di divorzio su ricorso congiunto. Affronta, tuttavia, una questione di più ampio respiro, riferendosi alla funzione (surrogabile?) del notaio, in relazione alle dichiarazioni e attestazioni che la legge prevede debbano necessariamente accompagnare un patto di trasferimento immobiliare.

Resta da chiedersi quali possano essere le "ricadute" di tale pronuncia in riferimento alle convenzioni di negoziazione assistita, contenenti patti di tal genere, rispetto alle formalità delle quali la Corte di legittimità si era già espressa, individuando come imprescindibile l'intervento del notaio[27].

Sotto questo profilo, tuttavia, va rilevato come l'impostazione "liberale", che sembrerebbe emergere dalla sentenza delle Sezioni Unite – che si pone in senso contrario rispetto ad una lettura formalistica incardinata sulla necessità di un controllo pubblico come garanzia ineludibile di un corretto funzionamento del sistema complesso della pubblicità immobiliare e delle trascrizioni – non appare suscettibile di applicabilità an-

[25] V. in senso critico TORRIONI, *op. loc. cit.*
[26] Evidenzia la problematica della responsabilità TORRIONI, *op. loc. cit.*
[27] Cfr. il paragrafo precedente.

che ai casi nei quali non sia ravvisabile un atto che possa essere equiparato all'atto pubblico.

Le Sezioni Unite, infatti, incentrano la scelta interpretativa verso la soluzione meno rigorosa, equiparando all'atto pubblico il verbale di udienza sottoscritto dal cancelliere, soggetto al quale si ritiene di poter assegnare (in quanto titolare di un *munus publicum*) i compiti di controllo sulle dichiarazioni che le parti dovranno fornire, in relazione alla conformità catastale, nonché soggetto sul quale grava l'obbligo di presentare la richiesta di trascrizione, che costituisce invece, per le parti, esclusivamente un onere.

In altri termini, l'intervento dell'avvocato ai fini dell'autentica esaurisce i suoi effetti in relazione alla certificazione dell'autografia della firma ed alla attestazione degli adempimenti e verifiche richieste dalla legge, controlli che, seppur rilevanti, non esplicano effetti ai fini della pubblicità immobiliare.

La convenzione di negoziazione assistita, in conclusione, benché (necessariamente) realizzata con l'intervento di soggetti professionalmente qualificati, come gli avvocati, non riveste nessuna delle forme tassativamente previste come idonee ai fini della trascrizione.

La sentenza del 2021 delle Sezioni Unite, pertanto, pur seguendo una impostazione che si configura come meno formalistica rispetto alla possibile surrogabilità, in astratto, del ruolo del notaio, non sembra poter esplicare i suoi effetti interpretativi anche in relazione alla negoziazione assistita. La stessa Corte di legittimità, con sentenze richiamate dalla motivazione delle Sezioni Unite, nel confermare l'ammissibilità dei patti di trasferimento immobiliare contenuti nella negoziazione in ambito familiare, ha configurato tale ipotesi, prevista dall'art. 6 della normativa del 2014, come una *species* del *genus* previsto dall'art. 5, che impone l'intervento del pubblico ufficiale laddove la convenzione contenga clausole suscettibili di trascrizione.

5. *Le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 149 del 2022: questioni risolte e in sospeso*

Il d.lgs. n. 149 del 2022, nell'ambito più generale della riforma del processo civile e della revisione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, ha previsto una modifica dell'art. 6 del d. l. n. 132 del 2014, che si riferisce proprio allo specifico aspetto oggetto di questo lavoro. È stato inserito un ulteriore periodo nel comma 3 della disposizione, che recita: "Gli eventuali patti di trasferimento immobiliari contenuti nell'accordo hanno effetti obbligatori"[28].

La limitazione, negli effetti, dei patti contenuti nell'accordo di negoziazione assistita, è stata prevista soltanto con riguardo alle convenzioni regolate dall'art. 6, mentre è rimasto invariato il dettato normativo del precedente art. 5 il quale, facendo riferimento ad accordi contenenti patti suscettibili di trascrizione, prende in considerazione (quanto meno in linea tendenziale) clausole pattizie ad effetti reali.

Ciò determina, evidentemente, una differente efficacia che l'ordinamento prevede di attribuire a clausole, frutto della convenzione, fondata sulla diversa materia oggetto della questione. Tale diverso trattamento non sembra avere una giustificazione obiettiva, se non quella di dare un chiarimento, preso atto della frequenza di controversie insorte sul punto, in relazione alla idoneità del titolo alla trascrizione, laddove si fosse in

[28] L'inserimento del periodo riportato nel testo è disposto dall'art. 9, lett. i), 4) del d.lgs. n. 149 del 2022.

presenza di un patto, relativo a beni immobili, con immediata efficacia reale. In questa prospettiva chiarificatrice – peraltro solo parzialmente raggiunta, per quanto si dirà a breve – potrebbe essere ravvisata la *ratio* della disposizione che determina una sorta di "degradazione" di effetti rispetto a clausole frutto di accordi raggiunti attraverso il procedimento di negoziazione.

Non si può sottacere che l'intervento del legislatore, quasi "occultato", consapevolmente o meno, con il semplice inserimento di un periodo nell'ambito di una disposizione lunga e articolata, come se fosse una mera precisazione, di scarsa rilevanza, susciti diverse questioni teoriche e applicative, che potrebbero influire sullo stesso funzionamento della negoziazione assistita in termini di opzione prescelta dalle parti per porre fine alle controversie in materia familiare.

In primo luogo, non deve essere sottovalutato il fatto che questa degradazione di effetti configura una intromissione della normativa nell'ambito di un accordo perfezionato tra le parti e "confezionato" nella sua completezza, con l'intervento dei legali, accordo che passa comunque attraverso il controllo, più o meno rigoroso a seconda dei casi, dell'autorità giurisdizionale.

Non soltanto un intervento sulla sostanza dell'accordo, in relazione ai suoi effetti, mal si giustifica dal punto di vista astratto, se non ritenendo che possa configurare una contrarietà a norme imperative la previsione di patti con effetti reali nell'ambito della negoziazione assistita, ma origina la questione non facilmente risolvibile della possibile – o comunque quanto meno ipotizzabile – risoluzione o caducazione dell'accordo sottoscritto dai coniugi nell'ambito di una più generale sistemazione di tutti i loro rapporti patrimoniali, potenzialmente fondata – anche o proprio – sul presupposto degli effetti reali dei patti di trasferimento immobiliare.

Si potrebbe obiettare come quest'ultima problematica accennata sia destinata a non verificarsi in concreto in relazione agli accordi di negoziazione assistita sottoscritti dopo l'entrata in vigore del nuovo dettato normativo, in quanto stipulati nella piena consapevolezza della loro efficacia, circoscritta agli effetti obbligatori per quanto si riferisce alle pattuizioni immobiliari. Considerazione che può senz'altro essere corretta, ma che rischia di porre inesorabilmente una pesante ipoteca sulla "appetibilità" dello strumento della negoziazione assistita in ambito familiare, evidenziando una contraddittorietà di fondo nelle scelte del legislatore, che per un verso amplia il campo di applicazione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e ne favorisce l'attuazione, per altro verso ne limita (nel caso in esame) gli effetti in misura rilevante.

La scelta espressa di escludere che, con la negoziazione assistita ex art. 6 del d.l. 132 del 2014, le parti possano disporre trasferimenti immobiliari con efficacia traslativa ha certamente il pregio della chiarezza; allo stesso tempo, tuttavia non risolve completamente le problematiche già affacciatesi all'attenzione della giurisprudenza, con riferimento alla idoneità del titolo per la trascrizione dei patti, eventualmente contenuti nella convenzione, aventi ad oggetto beni immobili. Tali clausole pattizie potrebbero consistere, specificamente, in contratti preliminari, rispetto ai quali il problema della forma – o meglio del necessario intervento del notaio – si ripropone negli stessi termini nei quali si è presentato nel vigore della formulazione previgente della norma.

Sotto questo profilo, la modifica apportata all'art. 6 con la c.d. riforma Cartabia potrebbe essere letta anche come norma interpretativa. Ma in quale senso, e con quali effetti?

In particolare, la limitazione ai soli effetti obbligatori delle clausole di trasferimento immobiliare costituisce certamente un indizio nel senso di una rilevante diversifica-

zione tra le due ipotesi di convenzione di negoziazione assistita rispettivamente previste dall'art. 5 e dell'art. 6 del d. l. 132 del 2014. Tale differenziazione, a sua volta, può essere interpretata in un duplice senso, e con opposte conseguenze.

Accentuandosi, in via interpretativa, il profilo distintivo tra l'una e l'altra ipotesi, se ne potrebbe dedurre che si tratta di due fattispecie diverse, normativamente regolate in maniera differente, in considerazione della diversa materia oggetto dell'accordo.

Attribuendo, al contrario, la natura di semplice precisazione specifica al periodo inserito nel comma 3 dell'art. 6 dalla riforma Cartabia, ne uscirebbe confermato, implicitamente, il rapporto di *species* a *genus* tra i due casi di negoziazione assistita.

Con la prima opzione prospettata, risolta in radice la questione sulla inammissibilità di patti traslativi nella negoziazione assistita in tema di crisi coniugale, resterebbero invariate, ed anzi aggravate, le problematiche relative alla possibile trascrizione di accordi, seppur con efficacia obbligatoria, riferiti a beni immobili. Se il comma 3 dell'art. 6 pone un principio di equiparazione tra provvedimento giudiziale e accordo a seguito di convenzione di negoziazione assistita, avendo cura di precisare che la differenza si riferisce (soltanto?) agli effetti, che, nel caso di negoziazione, non possono che essere obbligatori, ciò potrebbe significare che l'equiparazione si riferisce a tutto il resto, ivi compresa la idoneità alla trascrizione.

Con la seconda impostazione interpretativa, si rafforzerebbe la tesi, seguita anche dalla giurisprudenza di legittimità[29] in base alla quale l'intervento del notaio non può essere surrogato, ai fini della trascrizione, da quello dei legali che pure sottoscrivono e certificano l'accordo, così come imposto dall'art. 5, rispetto al quale l'ipotesi regolata nell'art. 6 si pone come "sottotipo".

E ancora: un chiarimento che detta inderogabilmente la natura degli effetti dei patti di trasferimento immobiliare significa conferma implicita che tali patti, con efficacia reale, possono essere contenuti in un provvedimento giudiziale che recepisce l'accordo delle parti, rendendolo con l'omologa efficace sotto ogni profilo? La risposta affermativa a questa domanda comporta, a tutta evidenza, rilevanti conseguenze in ordine al ricorso allo strumento di risoluzione alternativa della controversia, sicuramente da escludere laddove la "sistemazione patrimoniale" dei rapporti tra le parti non possa prescindere da clausole pattizie relative a beni immobili.

D'altro canto, non sembrerebbe obiettivamente plausibile, benché astrattamente (seppur arditamente) prospettabile, una interpretazione volta ad attribuire all'inserimento dell'inciso che specifica la natura obbligatoria dei patti un effetto estensibile a tutti i casi di definizione delle controversie relative alla crisi coniugale, anche conclusi con provvedimento giudiziale di "recepimento" dell'accordo. Ciò costituirebbe accoglimento di una linea di tendenza opposta rispetto a quella fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, recentemente pronunziatasi, sull'ammissibilità di tali patti, anche a Sezioni Unite.

6. *Conclusioni*

Le considerazioni finora svolte consentono di effettuare alcune riflessioni conclusive, che involgono profili di forma e di sostanza in relazione alle convenzioni di negoziazione assistita in ambito familiare.

[29] V. *supra*, par. 3.

Non si può certamente sottacere la rilevanza della questione formale, in relazione alla trascrivibilità degli accordi, che, alla luce della vigente formulazione dell'art. 6 del d. l. 132 del 2014, può porsi in riferimento a contratti preliminari intercorsi tra i coniugi.

In particolare, resta invariata, sotto questo aspetto, la soluzione accolta dalla giurisprudenza, da poter seguire, in merito alla trascrivibilità degli accordi di negoziazione assistita, basata sulla impossibilità di equiparare tali accordi, privi di un'autentica notarile, al verbale di udienza sottoscritto dal cancelliere, parificato all'atto pubblico.

La limitazione degli effetti, introdotta dalla riforma Cartabia, potrebbe tuttavia offuscare l'argomento che fa leva sulla imprescindibile garanzia rappresentata dall'intervento del notaio, in relazione agli atti di trasferimento di diritti reali su beni immobili, ai fini di un efficace e funzionante sistema di pubblicità sugli stessi. Più specificamente, focalizzando, in via interpretativa, l'attenzione su equiparazione tra provvedimento munito del "placet" dell'autorità giudiziaria e accordi di negoziazione assistita, se ne potrebbe ipotizzare anche la idoneità alla trascrizione, escludendo la pertinenza del richiamo all'art. 5, rispetto al quale la convenzione in ambito familiare rappresenterebbe ipotesi peculiare e distinta.

Sotto l'aspetto sostanziale, non si può che prendere atto di una scelta legislativa che può trovare obiettiva giustificazione sia per motivi di chiarezza operativa che in funzione della necessità di un controllo pubblico, quale principio essenziale e cardine della pubblicità immobiliare.

Allo stesso tempo, tuttavia, la soluzione accolta con la riforma Cartabia configura un limite all'autonomia contrattuale che appare fondato su ragioni *lato sensu* procedurali e non piuttosto imposto dalla presenza di preminenti esigenze da soddisfare inderogabilmente.

In altri termini, disporre diversi effetti giuridici sostanziali di atti il cui contenuto promana comunque dalla volontà delle parti e che si differenziano soltanto in relazione al procedimento attraverso il quale tale volontà viene cristallizzata in un documento, può rappresentare una soluzione non pienamente condivisibile.

Inoltre, come già accennato, l'esclusione della possibilità di stipulare, con la negoziazione assistita in ambito familiare, atti con efficacia traslativa immediata, può condizionare in misura rilevante la convenienza a servirsi di tale strumento di degiurisdizionalizzazione, in contrasto con l'intento perseguito ed espressamente manifestato dal legislatore, volto a deflazionare il ricorso all'Autorità giurisdizionale.

MATTEO DELLACASA

UNA RIFLESSIONE SULLA GESTAZIONE PER ALTRI: TRA ACCORDO E STATO

SOMMARIO: 1. Il divieto di surrogazione della maternità, lo scenario anteriore e i requisiti di validità dell'accordo. – 2. La procreazione medicalmente assistita e la gestazione per altri nel diritto applicato: breve panoramica. – 3. Violazione "virtuale" del divieto e imposizione della verità biologica. Regole di condotta e regole di efficacia degli atti formati all'estero. – 4. Gestazione per altri, adozione in casi particolari e valutazione giudiziale dell'interesse del minore. – 5. Tutto ciò che è reale è razionale? Hegel e le sezioni unite.

1. *Il divieto di surrogazione della maternità, lo scenario anteriore e i requisiti di validità dell'accordo*

A suggerire la scelta del tema della gestazione per altri (di seguito, GPA) sono state le limpide considerazioni svolte da Paolo Zatti nel saggio *Maternità e surrogazione*[1].

Scrivendo quattro anni prima della promulgazione della l. 40/2004 – che avrebbe vietato ogni forma di surrogazione della maternità, sanzionandone penalmente la realizzazione, l'organizzazione e la pubblicizzazione (art. 12, comma 6°) – l'A. riflette sulle possibili varianti del fenomeno, che pone un ipotetico osservatore di fronte a «scene diverse». Stante l'assenza di un divieto espressamente sancito dalla legge, l'attenzione è concentrata sull'accordo di surrogazione e sul rapporto tra la madre surrogata, che conduce la gravidanza e il parto, e quella genetica, che fornisce l'ovulo necessario per il concepimento ed accoglie il bambino. Si assume implicitamente che la coppia degli aspiranti genitori sia eterosessuale e si approfondisce il tema della doppia maternità: in questa configurazione, infatti, la pratica della surrogazione contrappone alla gravidanza e al parto la relazione genetica con il bambino e la disponibilità ad accoglierlo.

Sempre in considerazione dell'assenza di un espresso divieto legale, si contempla tra le possibili manifestazioni della surrogazione di maternità quella che non prevede il pagamento di un corrispettivo ed è quindi motivata da un intento solidaristico, ritenendosi che in tale eventualità l'esperienza della GPA, e l'accordo su cui si fonda, siano degni di «rispetto e di considerazione normativa»[2]. In questa fase, anteriore al divieto di praticare e promuovere la surrogazione di maternità sul territorio nazionale, è realisticamente ipotizzabile che la disponibilità a condurre la gravidanza a favore di altri sia determinata da rapporti di parentela o amicizia tra la gestante e la coppia degli aspiranti genitori: date queste condizioni, è plausibile che la GPA venga intrapresa con un intento genuinamente solidaristico.

Nel momento in cui si scrive, quasi un quarto di secolo dopo, prassi e norme sono profondamente mutate.

---

[1] In *Nuova giur. civ. comm.,* 2000, II, 193.
[2] *Ivi,* 201.

Il divieto previsto dalla l. 40/2004 è formulato in modo talmente ampio da rimuovere ogni dubbio sulla validità dell'accordo di surrogazione, da ritenersi nullo anche se motivato da scopi solidaristici[3]. La GPA, allora, viene legittimamente praticata all'estero, essendo prevista e regolamentata dalle legislazioni di diversi stati. In quelli che hanno tradizioni e istituzioni almeno apparentemente idonee a garantire il rispetto dei diritti fondamentali della madre surrogata [Regno Unito, California, Canada], l'accordo tra la stessa e gli aspiranti genitori viene riconosciuto valido a condizione che la gestazione e il parto non siano retribuiti. La madre surrogata può essere indennizzata delle spese sostenute per condurre la gravidanza, ma non si ammette che la gestazione e il parto siano scambiati con un corrispettivo in denaro[4]. Si vuole evidentemente evitare la commercializzazione del corpo della donna e lo sfruttamento di una sua eventuale condizione di bisogno che si verificherebbero se la disponibilità alla prestazione di un servizio così oneroso dal punto di vista fisico ed emotivo fosse determinata dall'esigenza di conseguire una contropartita economica.

Se questo è il diritto scritto, è ragionevole dubitare che la sua applicazione concreta ne riproduca fedelmente i lineamenti; quanto meno, quando gli aspiranti genitori risiedono in uno stato che vieta la surrogazione di maternità in tutte le sue forme. Siccome la GPA viene praticata all'estero – e la coppia ha quale primo interlocutore la struttura sanitaria che pratica l'intervento di procreazione medicalmente assistita [di seguito, PMA] necessario per l'avvio della gestazione – è difficile che tra i soggetti coinvolti nella vicenda procreativa preesistesse un rapporto tale da determinare la disponibilità a condurre la gravidanza a titolo gratuito: in questo scenario, l'eventualità che la GPA sia stata motivata da ragioni esclusivamente solidaristiche appare francamente improbabile. Diversa sarebbe la situazione che vedesse la madre surrogata e la coppia degli aspiranti genitori essere legati da un rapporto di parentela o amicizia consolidatosi nel territorio nazionale – o eventualmente, all'estero – e ricorrere ai servizi di una struttura sanitaria straniera per l'impianto dell'embrione e la gestione della gravidanza. In questa ipotesi, la «scena» di una maternità surrogata motivata da un intento solidaristico riacquista realismo. L'analisi della giurisprudenza, tuttavia, denota che tale eventualità – per quanto possibile – è alquanto improbabile, perché assai più spesso la coppia degli aspiranti genitori si rivolge ad una clinica che provvede ad individuare la madre surrogata affiancando alla prestazione dei servizi sanitari una funzione di intermediazione.

La "domanda" di GPA è poi alimentata in una percentuale statisticamente significativa da coppie omosessuali prevalentemente, anche se non esclusivamente, maschili[5]. Mentre il tema dominante del saggio di Paolo Zatti è costituito dal rapporto tra due titoli di *maternità* potenzialmente confliggenti [di gestazione e parto; di derivazione genetica ed accoglienza], l'attenzione è oggi prevalentemente focalizzata sull'ammissibilità di una doppia *paternità* che affiancherebbe al padre genetico il suo compagno, privo di un legame di sangue con il nato ma ugualmente coinvolto nelle funzioni di cura e accoglienza.

---

[3] In questo senso v., tra i molti, SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?,* in *Giur. it.,* 2022, 1827. Come ricorda lo stesso Salanitro, si riscontrano tuttora, nel panorama dottrinale italiano, posizioni favorevoli ad ammettere la validità dell'accordo di surrogazione motivato da intenti genuinamente solidaristici: ci si riferisce all'indagine monografica di GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Giappichelli, 2022, 73-75.

[4] Si rinvia sul punto – anche per i riferimenti alla letteratura comparatistica – alla recente indagine di GRASSO, *Maternità surrogata,* cit., 23-29.

[5] In un caso che ha impegnato la giurisprudenza, infatti, a ricorrere alla GPA è stata una coppia omosessuale femminile: TRIB. BARI, 7.9.2022 (decr.), in *articolo29.it.*

Nella pratica della GPA condotta all'estero, quale risulta rappresentata dalla giurisprudenza attuale, la madre surrogata non sembra rivendicare diritti sul nato; mentre quella genetica – che dona l'ovulo necessario per la formazione dell'embrione, ma non è destinata ad accogliere il bambino – esce di scena a seguito del concepimento.

L'attenzione si sposta sulla fase successiva alla nascita e alla formazione degli atti giurisdizionali e amministrativi che in conformità alla legislazione straniera attribuiscono agli aspiranti genitori la doppia paternità [nel caso di coppia omosessuale maschile] o la paternità e la maternità [se la coppia è eterosessuale]. In alcuni ordinamenti, come quello californiano, gli stessi ottengono durante la gravidanza un provvedimento giudiziale che istituisce il rapporto di filiazione; a seguito del parto, il suo contenuto viene riprodotto nell'atto di nascita che attribuisce la doppia paternità [o la paternità e la maternità] ad entrambi i componenti della coppia che ha partecipato al progetto procreativo.

Rientrati in Italia, i genitori domandano la trascrizione dell'atto di nascita attributivo della doppia genitorialità formato all'estero, o la rettifica dell'atto di nascita che in un primo momento indicava quale genitore il solo padre genetico. Essendo pacificamente trascrivibile l'atto di nascita che menziona solo quest'ultimo – o l'atto di nascita attributivo della doppia genitorialità, ma limitatamente al rapporto di filiazione con il padre genetico – ad essere controverso è il riconoscimento del rapporto di filiazione istituito all'estero nei confronti del genitore che pur avendo partecipato al progetto procreativo, ed accolto il bambino, non ha contribuito al concepimento con i suoi gameti. Stante il diniego opposto dall'ufficiale di stato civile italiano, il percorso intrapreso con la maternità surrogata sfocia in un ricorso contro il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita attributivo della doppia genitorialità [o di rettificare l'atto di nascita precedentemente trascritto a favore del solo padre genetico][6] o in una domanda di riconoscimento del corrispondente provvedimento emesso dal giudice straniero[7]. Occorre valutare, allora, se l'attribuzione della genitorialità ad entrambi i componenti della coppia che ha fatto ricorso alla GPA e accolto il bambino sia conforme all'ordine pubblico internazionale: se, dunque, la violazione del divieto di surrogazione della maternità compiuta all'estero – benché virtuale, essendo pacifico che lo stesso divieto non abbia efficacia fuori dei confini nazionali – possa giustificare il rifiuto di trascrivere l'atto di nascita o di riconoscere il provvedimento giudiziale.

In definitiva, il contenzioso tra le coppie che ricorrono alla GPA e lo stato italiano si concentra sulla violazione di una norma di condotta che il secondo assume essere ostativa della trascrizione dell'atto di nascita o del riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero in quanto espressiva di un principio di ordine pubblico; se questo è vero, è singolare che la preclusione non colpisca entrambi i componenti della coppia, ma solo quello che non può vantare un legame genetico con il nato. Se si adotta il punto di vista dello stato, che rifiuta la trascrizione dell'atto di nascita o il riconoscimento del provvedimento giudiziale straniero, il padre biologico ha violato il divieto di surrogazione come e più del[la] *partner,* in quanto ha fornito il seme necessario per il concepimento; nondimeno, egli non ha l'onere di riconoscere il figlio ai sensi dell'art. 250 cod. civ., ma ottiene la trascrizione dell'atto di nascita o il riconoscimento del provvedimento straniero che gli attribuiscono la paternità sul presupposto del ricorso alla GPA.

---

[6] Cfr. art. 95 D.P.R. 396/2000; art. 65 l. 218/1995.
[7] Cfr. art. 67 l. 218/1995.

Delineato sommariamente lo scenario attuale, approfittiamo della libertà offerta dalla destinazione del saggio e proviamo ad identificare i requisiti di validità di un accordo di surrogazione al momento della pubblicazione dell'articolo di Zatti: vale a dire, prima della promulgazione della l. 40/2004 e della conseguente previsione di un divieto generalizzato di GPA.

A nostro avviso l'accordo avrebbe potuto essere ritenuto valido solo a condizione che a fronte della gravidanza e del parto non fosse previsto il pagamento di alcun corrispettivo; esso contrasterebbe altrimenti con il divieto di commercializzazione del corpo umano e delle sue parti rinvenibile nella *Carta di Nizza*[8] e ricavabile per *analogia iuris* da una serie di disposizioni relative alla cessione di sangue, tessuti, organi[9]. La necessaria gratuità della GPA salvaguarda la libertà e la salute della donna. Quando quest'ultima riceve una contropartita in denaro, solo una condizione di bisogno può determinare la scelta di sostenere un'esperienza così onerosa sotto il profilo fisico ed emotivo – essendo il valore che il corrispettivo ha *per lei* più elevato del costo assai alto della gravidanza, del parto e della successiva separazione dal bambino – sicché precludendo lo scambio tra gestazione e denaro si protegge la donna dal rischio di sfruttamento di una sua condizione di debolezza economica.

Se allora la GPA è ammissibile solo in quanto costituisce un dono nei confronti della coppia genitoriale, alla base del quale sussiste un intento solidaristico assimilabile allo spirito di liberalità (art. 769 cod. civ.), non si può ammettere che la madre surrogata si obblighi a consegnare il bambino che non ha ancora partorito[10]. La legge prevede la nullità della donazione di beni futuri proprio per proteggere il donante contro il rischio di inadeguata ponderazione di un atto di disposizione così impegnativo (art. 771 cod. civ.); a maggior ragione, la madre surrogata deve essere protetta contro le conseguenze di un atto di disposizione – quello con cui rinuncia ad ogni diritto sul bambino – che non è in grado di ponderare adeguatamente, in quanto solo dopo la nascita potrà comprendere quali conseguenze ne derivano sotto il profilo psicologico ed emotivo. L'accordo di surrogazione, dunque, può validamente concludersi solo nel momento in cui la madre surrogata *sceglie* di separarsi dal bambino per consegnarlo alla coppia genitoriale. La realità dell'accordo permette di sottrarre la separazione dal bambino e il suo affidamento alla coppia genitoriale alla logica della coazione legale, che appare radicalmente incompatibile con l'esigenza di rispettare la libertà della madre e l'intimità della sua relazione con il figlio.

Non si può ammettere, poi, che la madre surrogata si obblighi nei confronti degli aspiranti genitori o della struttura sanitaria a tenere determinati comportamenti che permettano di esercitare un controllo sulla gestazione e di interferire con essa. Clausole che le imponessero di condividere la documentazione medica relativa alla gravidanza e di sottoporsi a determinati trattamenti qualora la stessa abbia un decorso indesiderato [soppressione di embrioni soprannumerari; aborto del feto malformato ecc.] sarebbero

[8] Cfr. art. 3 comma 2° lett. (c) della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.* Sul punto v. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis, in *Corr. giur.,* 2017, 195, nt. 17.

[9] Cfr. artt. 3, 4 l. 219/2005, *Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati*; art. 1, comma 1° l. 458/1967, *Trapianto del rene tra persone viventi*; art. 1, comma 1° l. 483/1999, *Norme per consentire il trapianto parziale di fegato*; art. 4, comma 1° l. 52/2001, *Riconoscimento del registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo*; art. 1, comma 1° l. 167/2012, *Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi.*

[10] Nei sistemi che ammettono la sola variante solidaristica della surrogazione di maternità, si esclude infatti che la coppia degli aspiranti genitori possa ottenere coattivamente il rispetto dei termini dell'accordo: cfr. ancora GRASSO, *Maternità surrogata,* cit., 24 s.

evidentemente nulle in quanto contrastanti con il principio di ordine pubblico che garantisce l'inviolabilità della libertà personale (art. 13 Cost.) – dunque, la signoria sul proprio corpo – e riserva alla legge l'imposizione di trattamenti sanitari (art. 32, comma 2° Cost.).

Per contro, le obbligazioni contratte dalla coppia degli aspiranti genitori nei confronti della madre surrogata sarebbero valide nei limiti in cui il loro oggetto sia limitato al pagamento delle spese relative alla conduzione della gravidanza. Le prestazioni eseguite o promesse dagli aspiranti genitori non possono configurarsi quale corrispettivo di un servizio fornito dalla gestante, ma sono oggetto di un'obbligazione assunta unilateralmente (art. 1333 cod. civ.), sia pure motivata dall'aspettativa di fatto che dopo la nascita l'accordo di surrogazione sia destinato ad essere concluso.

Nella prospettiva qui delineata, le condizioni di validità della GPA sembrano potersi realisticamente verificare solo quando l'accordo tra la madre surrogata e la coppia di aspiranti genitori è fondato su un rapporto preesistente. Non siamo molto lontani dalla prima delle «scene di surrogazione» tratteggiate da Paolo Zatti: «tra persone care ci si aiuta a crescere, a vivere, a morire: perché non a procreare?»[11]. La stessa prospettiva appare, invece, difficilmente compatibile con l'esperienza attuale della GPA, quale si realizza oltre i confini nazionali. In assenza di un preesistente rapporto di parentela o amicizia tra la madre surrogata e gli aspiranti genitori, è difficile credere che l'apporto della prima non venga remunerato dai secondi, sia pure per tramite della struttura sanitaria, nonostante il "diritto scritto" prescriva la gratuità della pratica; d'altra parte, gli accordi di surrogazione possono limitare incisivamente la libertà personale della donna, allo scopo di assicurare l'aderenza della funzione riproduttiva alle esigenze dei soggetti che a vario titolo vi sono interessati[12].

Le considerazioni svolte, è vero, riguardano un diritto "che non c'è", dal momento che la legislazione vigente proibisce la surrogazione di maternità in tutte le sue forme. Può darsi, tuttavia, che non siano del tutto inutili, quanto meno perché segnalano l'esigenza di distinguere nettamente i due versanti della riflessione relativa alla GPA. I requisiti e i limiti di validità dell'accordo di surrogazione non vanno confusi con il riconoscimento del rapporto di filiazione tra il bambino generato mediante GPA e il *partner* del padre biologico che ha condiviso il progetto procreativo e le responsabilità che ne derivano. A nostro parere non vi è alcuna contraddizione nel limitare incisivamente la validità dell'accordo di surrogazione anche in assenza di un espresso divieto come quello previsto dalla l. 40/2004 e nel sostenere che il rapporto di filiazione istituito all'estero tra il bambino e il genitore non genetico debba essere riconosciuto dal diritto italiano.

2. *La procreazione medicalmente assistita e la gestazione per altri nel diritto applicato: breve panoramica*

Ci spostiamo, allora, sul versante più attuale del dibattito relativo alla GPA: quello del riconoscimento del rapporto di filiazione tra il nato e il c.d. genitore d'intenzione. Ri-

[11] *Maternità e surrogazione,* cit., 198.

[12] In relazione all'esperienza statunitense v., a titolo esemplificativo, Joslin, *(Not) Just Surrogacy,* 109 *Cal. L. Rev.* 401, 444-449 (2021); Berk, *The Legalization of Emotion: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labor*, 49 *Law & Soc'y Rev.* 143, 155-171 (2015). Con particolare riferimento alle clausole che attribuiscono alla coppia committente il diritto di pretendere l'aborto selettivo, cfr. Jones, *Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses,* 70 *Hastings L.J.* 595, 601 (2019).

cordiamo qui in estrema sintesi le soluzioni adottate dalla giurisprudenza in materia di PMA – che della GPA costituisce una componente necessaria – senza soffermarci sulle relative argomentazioni, ma evidenziando l'intreccio tra fonti ed istanze giurisdizionali diverse.

Distinguiamo le situazioni in relazione alle quali viene domandato il riconoscimento del rapporto di filiazione:

(*a*) Quando gli aspiranti genitori sono due donne, le stesse non possono avvalersi della PMA sul territorio italiano, essendo l'accesso ad essa riservato alle coppie di sesso diverso (artt. 5, comma1°; 12, comma 2° l. 40/2004). La disposizione è stata ritenuta costituzionalmente legittima, in quanto coerente con la configurazione della PMA quale rimedio a condizioni patologiche di infertilità ed espressione di una ragionevole valutazione relativa alle condizioni più idonee ad assecondare la crescita del nato[13].

La coppia, allora, è indotta a praticare la PMA all'estero: una delle due donne conduce la gravidanza e partorisce; l'altra può aver fornito l'ovulo necessario per il concepimento o non avere alcuna relazione genetica con il bambino. Se il quest'ultimo viene alla luce in Italia, la S.C. ammette che sia riconosciuto dalla donna che lo ha partorito, ma non dalla compagna che non ha contribuito al concepimento[14]: quest'ultima può tuttavia effettuare l'adozione per casi particolari *ex* art. 44 lett. (d) l. 184/1983 (di seguito, ACP)[15]. La posizione contraria alla riconoscibilità del bambino da parte della c.d. madre d'intenzione viene giustificata sulla base di una lettura integrata della l. 40/2004: come non può accedere alla PMA in Italia, così quando ricorre alla PMA all'estero la donna che non ha partorito il bambino né ha contribuito al suo concepimento non acquisisce la genitorialità. Gli artt. 8 e 9 l. 40/2004 – che attribuiscono al bambino generato mediante PMA eterologa lo stato di figlio nei confronti del genitore non biologico sulla base del suo consenso alla pratica – non vengono ritenuti applicabili alle coppie che in base alla stessa legge non sono legittimate ad accedervi.

Nella giurisprudenza di merito, invece, si riscontra un orientamento favorevole al doppio riconoscimento del figlio concepito all'estero e nato in Italia[16]. La soluzione viene giustificata proprio sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 8 e 9 l. 40/2004. Tali disposizioni – significativamente collocate in un capo dedicato alla «tutela del nascituro», distinto da quello che regola l'«accesso alle tecniche» – attribuiscono al bambino lo stato di figlio della coppia che ha fatto ricorso alla PMA e lo tutelano *contro* l'eventualità di un ripensamento del genitore non biologico. Accordare o negare al bambino lo stato di figlio del genitore che lo ha voluto ed accolto sulla base dell'orientamento sessuale della coppia costituirebbe una discriminazione arbitraria.

Sul punto, si registrano due pronunce della Consulta. In entrambi i casi, la Corte dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto le norme – di volta in volta rinvenibili nell'ordinamento dello stato civile, nel codice civile

---

[13] Cfr. Corte cost., 23.10.2019, n. 221, in *Corr. giur.,* 2019, 1460, con nota di Recinto, *La legittimità del divieto per le coppie* same sex *di accedere alla PMA: la Consulta tra qualche "chiarimento" ed alcuni "revirement".*

[14] Cfr. Cass., 3.4.2020, n. 7668, in *Corr. giur.,* 2020, 1041, con nota di Grasso, *Nascita in Italia e PMA da coppia di donne: la Cassazione nega la costituzione del rapporto filiale*; Cass., 22.4.2020, n. 8029, per esteso in *One Legale.*

[15] Come già ritenuto da Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Corr. giur.,* 2016, 1203, con nota di Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della* stepchild adoption. Per un ulteriore commento, cfr. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del* partner, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2016, II, 1213.

[16] Cfr. Trib. Genova, 4.11.2020 (decr.); Trib. Brescia, 11.11.2020 (decr.); App. Cagliari, 16.4.2021 (decr.); Trib. Taranto, 31.5.2022 (decr.), tutti pubblicati per esteso in *Articolo29.it.*

e nella l. 40/2004 – che, come interpretate dalla S.C., precludono l'attribuzione della genitorialità alla c.d. madre d'intenzione, indirizzandola verso il ricorso all'ACP. Se il dispositivo coincide, i contenuti e i toni delle due motivazioni sono alquanto diversi, come differenti sono le vicende che inducono il giudice *a quo* a sollevare questione di legittimità costituzionale: ad una coppia coesa, che rivendica l'attribuzione congiunta della genitorialità[17], si contrappone una situazione che – conclusasi la relazione affettiva cinque anni dopo la nascita – vede la c.d. madre d'intenzione esclusa dalla frequentazione della bambina e impossibilitata ad adottarla a causa dell'opposizione della madre biologica[18].

In una prima occasione[19], si assume esatta la premessa dell'ordinanza di rimessione che esclude l'attendibilità di un'interpretazione tale da attribuire al bambino lo stato di figlio della madre non biologica; in sintonia con la pronuncia che ritiene conforme a Costituzione la limitazione della PMA alle coppie eterosessuali[20] si ritiene, poi, che la scelta operata dal legislatore – benché suscettibile di una revisione nel senso di una più incisiva tutela dell'interesse del minore – non contrasti con i parametri costituzionali.

Pochi mesi dopo, intervenendo nuovamente sul tema[21], la Corte non esclude l'attendibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 8 e 9 l. 40/2004 come quella praticata dai giudici di merito, essendo sufficiente affinché la questione possa essere presa in considerazione che tale interpretazione sia stata scartata dal giudice rimettente; nel dichiarare inammissibile la questione, in quanto l'adeguamento della normativa ai principi costituzionali richiede l'indifferibile intervento del legislatore, si evidenziano le gravi carenze che la soluzione incentrata sull'esclusione del riconoscimento e sul ricorso all'ACP comporta in relazione alla tutela del minore.

Se invece il bambino concepito per effetto di PMA nasce all'estero, la S.C. ammette la trascrizione dell'atto di nascita e il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero che attribuiscono la genitorialità ad entrambe le componenti della coppia[22]. Si ritiene infatti che, a differenza del divieto di surrogazione di maternità, la disposizione che preclude alle coppie omosessuali femminili di ricorrere alla PMA non esprima un principio di ordine pubblico internazionale. La conclusione viene avvalorata prima in relazione ad una situazione che vede entrambe le donne vantare un titolo di maternità fondata sul dato biologico, in quanto una ha partorito il figlio concepito con l'ovulo dell'altra[23]; quindi, con riferimento ad una vicenda in cui la donna che ha condotto la gravidanza e il parto è anche madre genetica, sicché la compagna non ha alcuna relazione biologica con il nato[24].

---

[17] Come nel caso che approda all'attenzione di Corte Cost., 20.10.2020, n. 230, in *Fam. e dir.,* 2021, 677, con nota di Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?*

[18] È quanto emerge dalla narrativa di Corte cost., 9.3.2021, n. 32, in *Fam. e dir.,* 2021, 680, con nota di Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori.* Per un ulteriore commento, cfr. Favilli, *Stato filiale e genitorialità sociale: dal fatto al rapporto,* in *Giur. it.,* 2022, 312.

[19] Ci si riferisce a Corte. cost., 20.10.2020, n. 230, cit.

[20] Corte cost., 23.10.2019, n. 221, cit.

[21] Cfr. Corte cost., 9.3.2021, n. 32, cit.

[22] Cfr. Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Corr. giur.,* 2017, 181, con nota di Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore,* cit.; Cass., 15.6.2017, n. 14878, in *Fam. e dir.,* 2018, 5, con nota di Longo, *Le "due madri" e il rapporto biologico.*

[23] È la situazione considerata da Cass., 30.9.2016, n. 19599, cit.

[24] Cfr. Cass., 15.6.2017, n. 14878, cit.

(*b*) In un caso approdato all'attenzione della S.C., la vedova di un uomo recentemente deceduto si reca all'estero, dove grazie a un intervento di PMA precluso in Italia (art. 5, comma 1° l. 40/2004) concepisce un figlio con il seme crioconservato del marito. Dopo aver partorito entro i confini nazionali, la madre ottiene che al bambino venga riconosciuto lo stato di figlio del marito premorto[25].

La violazione dei requisiti ai quali è subordinato l'accesso alla PMA in Italia preclude dunque l'attribuzione dello stato di figlio solo in assenza di una relazione genetica con il nato. A voler essere coerenti, quando una coppia omosessuale femminile adotta lo schema della doppia maternità – essendo il figlio partorito da una delle due donne e concepito con l'ovulo dell'altra – anche se la nascita avviene in Italia la genitorialità dovrebbe essere attribuita ad entrambe.

(*c*) Quando la coppia [omosessuale maschile o eterosessuale] ricorre alla GPA, il bambino nasce all'estero: l'intera vicenda si svolge al di fuori dei confini nazionali, in quanto il divieto penalmente sanzionato previsto dalla legge si applica a tutti i soggetti coinvolti. Si tratta di valutare, allora, se il provvedimento giurisdizionale e l'atto di nascita attributivi della doppia genitorialità possano essere riconosciuti e trascritti nell'ordinamento italiano: se, dunque, il divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12, comma 6° l. 40/2004 sottenda un principio tale da integrare l'ordine pubblico internazionale, così da precludere l'attribuzione della genitorialità al componente della coppia che non può vantare un legame genetico con il bambino.

Esauritasi con una pronuncia della S.C.[26] ed un passaggio davanti alla Corte EDU[27] una vicenda per molti versi eccentrica – in quanto *nessuno* degli aspiranti genitori aveva una relazione biologica con il bambino e la surrogazione di maternità violava la stessa legge straniera – si possono identificare tre fasi che si succedono in un arco di tempo relativamente breve.

Inizialmente si registra una profonda sintonia tra Corte Costituzionale[28] e Cassazione, nella sua composizione a sezioni unite[29]: entrambe orientate nel senso di escludere che il bambino generato mediante GPA abbia lo stato di figlio del genitore non biologico, il quale, tuttavia, può ricorrere all'ACP.

Segue una fase caratterizzata da un'accentuata instabilità. Ad avviarla è il parere consultivo reso dalla Corte EDU su istanza della Cassazione francese dopo la decisione delle sezioni unite italiane, ma prima del deposito della motivazione[30]. La Corte di Strasburgo afferma che il diritto al rispetto della vita privata e familiare sancito dall'art. 8 CEDU impone agli stati aderenti alla Convenzione di riconoscere il rapporto del bambino con il compagno del genitore genetico che ha condiviso il progetto procreativo e le

[25] Cfr. Cass., 15.5.2019, n. 13000, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, I, 1287, con nota di Faccioli, *La condizione giuridica del soggetto nato da procreazione assistita* post mortem.

[26] Cass., 11.11.2014, n. 24001, in *Corr. giur.,* 2015, 471, con nota di Renda, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore.*

[27] Corte eur. dir. uomo, grande sez., 27.1.2017, ric. 25358/12, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2017, I, 495, con nota di Lenti, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera.*

[28] Corte cost., 18.12.2017, n. 272, in *Corr. giur.,* 2018, 446, con nota di Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore.*

[29] Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.* 2019, I, 741, con nota di Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Corr. giur.,* 2019, 1198, con nota di Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico,* favor veritatis *e dignità della maternità*; in *Giur. it.,* 2020, 1623, con nota di Salvi, *Gestazione per altri e ordine pubblico: le Sezioni Unite contro la trascrizione dell'atto di nascita straniero.*

[30] Corte eur. dir. uomo, grande sez., 10.4.2019, ric. 16-2018-001, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, I, 764, con nota di Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale.*

conseguenti responsabilità; se l'individuazione delle modalità con cui attribuire rilevanza giuridica a tale rapporto rientra nella discrezionalità degli stati, è tuttavia necessario che gli strumenti previsti a tale scopo garantiscano al minore una tutela tempestiva ed efficace[31]. La CEDU, dunque, non impone agli stati di riconoscere un rapporto di filiazione tra il bambino generato mediante GPA e il c.d. genitore d'intenzione, il diritto alla vita privata e familiare potendo essere protetto anche mediante il ricorso all'adozione; occorre, però, che il rapporto giuridico tra il bambino e la figura genitoriale possa essere costituito non oltre il momento in cui si è concretizzato e che il suo regime sia configurato in modo tale da riflettere l'importanza del legame affettivo nella costruzione dell'identità del minore.

Anche sulla base delle indicazioni ricavabili da tale pronuncia, la sezione prima della S.C. sollecita la Consulta a pronunciarsi in ordine alla legittimità costituzionale della soluzione adottata dalle sezioni unite: ciò che l'ordinanza mette in discussione con forza è che la violazione virtuale del divieto di maternità surrogata compiuta dalle coppie che ricorrono alla GPA all'estero possa interferire con lo stato del bambino[32]. La Corte risponde con una pronuncia di inammissibilità simile per toni e contenuti a quella ricordata in relazione alla preclusione del riconoscimento da parte della c.d. madre di intenzione[33]. Pur ammettendosi che le prerogative del bambino possano trovare un limite nell'esigenza di scoraggiare il ricorso alla GPA, si riconosce che i presupposti e il regime dell'ACP non gli garantiscono una tutela in linea con i parametri costituzionali. Ritenendosi tuttavia che una sentenza di accoglimento avrebbe dato luogo ad una disciplina disarmonica e incoerente, la questione viene ritenuta inammissibile e il legislatore invitato ad intervenire tempestivamente.

In parallelo, a conferma della marcata instabilità del diritto applicato, si afferma nella giurisprudenza di merito un orientamento analogo a quello riscontrato in relazione alla PMA intrapresa all'estero dalle coppie omosessuali femminili[34]. Si ritiene, infatti, che possano essere riconosciuti e trascritti i provvedimenti giudiziali e gli atti di nascita stranieri attributivi e dichiarativi della genitorialità a favore di entrambi i componenti della coppia[35]; nelle sentenze più recenti, il fondamento normativo della soluzione viene

[31] Una posizione, questa, più recentemente confermata dalla Corte di Strasburgo con riferimento ad una controversia che vedeva contrapposta una coppia omosessuale maschile alla confederazione elvetica: cfr. Corte eur. dir. uomo, 22.11.2022, ricc. n. 58817/15 e 58252/15 per esteso in *One Legale.* Per una sintesi della sentenza, cfr. Perrino, *Il mancato riconoscimento del rapporto tra genitore "sociale" e nato da maternità surrogata,* in *Giur. it.,* 2023, 27.

[32] Cfr. Cass., sez. I, 29.4.2020 (ord.), n. 8325, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2020, I, 1116, con nota di Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata,* ed in *Fam. e dir.,* 2020, 675, con note di Ferrando, *I diritti del bambino con due papà. La questione va alla Corte costituzionale,* e di Recinto, *Un inatteso "revirement" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata.*

[33] Cfr. Corte cost., 9.3.2021, n. 33, in *Fam. e dir.,* 2021, 684, con nota di Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori.* Per un ulteriore commento, cfr. Calderai, *Il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte cost. n. 33/2021,* in *Giur. it.,* 2022, 301.

[34] V., *supra,* nt. 16.

[35] Cfr. App. Bari, 13.2.2009, in *Fam. e dir.,* 2010, 251, con nota di de Tommasi, *Riconoscibilità dei c.d.* "parental order" *relativi ad un contratto di maternità surrogata concluso all'estero prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004*; App. Milano, 28.12.2016 (decr.), in *Nuova giur. civ. comm.,* 2017, I, 657, con nota di Cardaci, *La trascrizione dell'atto di nascita straniero formato a seguito di gestazione per altri*; App. Trento, 23.2.2017 (ord.), in *Corr. giur.,* 2017, 935, con note di Ferrando, *Riconoscimento dello* status *di figlio: ordine pubblico e interesse del minore* e di Tuo, *Riconoscimento di* status *familiari e ordine pubblico: il difficile bilanciamento tra tutela dell'identità nazionale e protezione del preminente interesse del minore*; Trib. Roma, 11.5.2018 (decr.), per esteso in *Articolo29.it*; App. Firenze, 28.1.2020 (decr.), *ivi*; App. Bari, 9.10.2020 (decr.), *ivi*; Trib. Milano, 23.9.2021, *ivi*; Trib. Bari, 7.9.2022, *ivi.*

nuovamente rinvenuto negli artt. 8 e 9 l. 40/2004, che riconoscono ai soggetti nati a seguito di PMA lo stato di figlio dei componenti della coppia che vi ha fatto ricorso anche in assenza di una relazione genetica[36].

Il terzo momento si caratterizza per il ridimensionamento delle istanze evolutive appena evocate e per una più netta restaurazione.

Il ridimensionamento si riscontra in una ulteriore ordinanza della sezione prima[37], che all'indomani della pronuncia di inammissibilità resa dalla Corte Costituzionale rimette la questione alle sezioni unite, assumendo che i rilievi critici della Consulta impongano una nuova valutazione della soluzione adottata dalla precedente sentenza. Senonché, mentre sollevando la questione di legittimità costituzionale la sezione prima aveva escluso a chiare lettere che la violazione virtuale del divieto di surrogazione potesse incidere sull'attribuzione dello stato di figlio[38], ora propone alle sezioni unite di adottare un modello di valutazione elastico, che attribuisca al nato lo stato di figlio solo quando la GPA non lede la libertà e la dignità della madre surrogata. Tra i criteri indicati, la libertà del consenso della donna, non determinato da necessità economiche; la revocabilità dell'impegno assunto nei confronti degli aspiranti genitori fino al momento della nascita; la necessità di un apporto genetico alla procreazione da parte di uno dei componenti della coppia.

La restaurazione è rappresentata dalla pronuncia con cui le sezioni unite escludono l'ammissibilità di una valutazione "caso per caso" come quella prefigurata dall'ordinanza di rimessione e riaffermano integralmente la soluzione avvalorata tre anni prima[39]. Siccome il divieto di ricorrere alla GPA sottende un principio di ordine pubblico internazionale, il bambino non può acquisire lo stato di figlio del genitore di intenzione; la responsabilità assunta da quest'ultimo nella partecipazione al progetto procreativo e nell'accoglienza e cura del bambino può assumere rilevanza giuridica solo per effetto dell'ACP.

3. *Violazione "virtuale" del divieto e imposizione della verità biologica. Regole di condotta e regole di efficacia degli atti formati all'estero*

Per effetto di una recente sentenza della Consulta, oggi l'ACP fa sorgere rapporti di parentela tra l'adottato e i congiunti dell'adottante[40]. Le sezioni unite, inoltre, offrono

[36] Cfr. Trib. Milano, 23.9.2021, cit.; Trib. Bari, 7.9.2022, cit. Sulla stessa linea si colloca App. Bari, 9.10.2020 (decr.), cit., che avvalora l'attribuzione della genitorialità al compagno del padre biologico – e la conseguente rettifica dell'atto di nascita originariamente attestante il rapporto di filiazione solo in relazione a quest'ultimo – sulla base del diritto del bambino a che «entrambi esercitino pienamente le responsabilità che hanno consapevolmente assunto prestando il consenso alla procreazione medicalmente assistita, e che entrambi siano tenuti ad adempiere ai doveri…che discendono da quella manifestazione di volontà e dalla scelta operata». Come il figlio concepito naturalmente, o a seguito di PMA, anche il bambino generato mediante GPA merita di essere protetto *contro* il ripensamento dei genitori: dunque, di far valere nei confronti di entrambi i soggetti che ne hanno voluto la nascita le responsabilità derivanti dalla procreazione.

[37] Cfr. Cass., sez. I, 21.1.2022, n. 1842 (ord.), in *Giur. it.,* 2022, 1825, con nota di Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*

[38] Cfr. Cass., sez. I, 29.4.2020, n. 8325 (ord.), cit.

[39] Cfr. Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, in *Foro it.,* 2023, I, 83 ed in *Dir. fam. e pers.,* 2023, I, 102.

[40] Cfr. Corte cost., 28.3.2022, n. 79, in *Fam. e dir.,* 2022, 897, con nota di Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali,* ed in *Nuova giur. civ. comm.,* 2022, I, 1013, con nota di Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità.*

un contributo importante all'evoluzione dell'istituto, proponendo una lettura costituzionalmente orientata del requisito dell'assenso del genitore dell'adottando (art. 46 l. 184/1983): una volta verificatasi la crisi della coppia, il genitore biologico non potrebbe precludere l'adozione al *partner* che abbia condiviso con lui il progetto procreativo e le relative responsabilità qualora il rifiuto dell'assenso previsto dalla legge fosse contrario all'interesse del figlio[41].

Restano, nondimeno, significative differenze, che rendono l'ACP tuttora inidonea ad offrire al bambino generato mediante GPA una tutela paragonabile a quella garantita dallo stato di figlio. Il procedimento può richiedere un tempo considerevole, concludendosi ben oltre il momento in cui il rapporto tra il bambino e il genitore di intenzione si è concretizzato; durante questo periodo, possono verificarsi sopravvenienze tali da precludere l'instaurazione del rapporto [morte del genitore d'intenzione] o da privare il bambino, sia pure transitoriamente, di qualunque rapporto genitoriale [morte del genitore biologico][42]. Più rilevante il fatto che la relazione tra il bambino generato mediante GPA e il genitore d'intenzione può essere istituita solo per iniziativa di quest'ultimo, mentre il figlio può ordinariamente ottenere la dichiarazione giudiziale della paternità o della maternità (artt. 269 s. cod. civ.) e se è stato generato mediante il ricorso a PMA eterologa acquisisce senz'altro lo stato che gli compete anche nei confronti del genitore non biologico (art. 9 l. 40/2004). La soluzione ribadita dalle sezioni unite, dunque, non offre al bambino una tutela ottimale né appare idonea a soddisfare pienamente i requisiti di tempestività ed efficacia richiesti dalla Corte EDU: le differenze che tuttora permangono tra ACP ed attribuzione dello stato di figlio non possono dirsi marginali.

La principale ragione di critica nei confronti della soluzione avvalorata dalle sezioni unite è stata già espressa in modo compiuto e autorevole[43]. I bambini, in qualunque modo siano stati generati, sono «persone con pienezza di diritti»[44], tra i quali va annoverato quello di vedere riconosciuto il rapporto con entrambe le figure che hanno assunto nei loro confronti la responsabilità genitoriale. L'orientamento che nega la trascrizione dell'atto di nascita o il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero strumentalizza il bambino per ottenere il rispetto del divieto di GPA anche all'estero. Il disvalore attribuito dall'ordinamento alla condotta degli aspiranti genitori si ripercuote sul bambino, che certamente non ha potuto influire sul modo in cui è stato generato. La fisionomia dell'ACP, d'altra parte, non appare coerente con lo scenario conseguente alla nascita: la famiglia nella quale viene accolto il bambino è per lui unica e originaria, mentre la funzione dell'adozione è quella di sostituire o affiancare una nuova famiglia a quella preesistente, qualora quest'ultima risulti inidonea alla crescita e all'educazione del minore[45].

---

[41] Cfr. Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit.

[42] Per superare, almeno in parte, tale inconveniente, è stata ipotizzata l'applicazione analogica dell'art. 47, comma 2° l. 184/1983, che legittimerebbe il genitore genetico a compiere gli atti necessari per l'adozione, destinata ad avere effetto dal momento del decesso del genitore d'intenzione: cfr. Favilli, *Stato filiale,* cit., 320.

[43] Ci si riferisce ai contributi di Ferrando: cfr. *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento,* cit., 456-458; *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2019, II, 819-821; *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli,* cit., 709-711; *I diritti del bambino con due papà,* cit., 686-689.

[44] Così Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento,* cit., 457.

[45] Condividiamo ancora, sul punto, l'opinione di Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento,* cit., 457. In giurisprudenza, cfr. App. Firenze, 28.1.2020 (decr.), cit.; App. Bari, 9.10.2020 (decr.), cit.

Il rapporto di filiazione tra il bambino generato mediante GPA e il genitore di intenzione può essere giustificato, sul piano normativo, sulla base degli artt. 8 e 9 l. 40/2004. La seconda disposizione, in particolare, attribuisce al bambino concepito a seguito di PMA eterologa lo stato di figlio del genitore non biologico anche nell'eventualità in cui le prescrizioni che governano «l'accesso alle tecniche» siano state violate; prima delle pronunce della Corte Costituzionale che hanno legittimato, al verificarsi di determinate condizioni, il ricorso alla PMA eterologa[46], la disposizione era anzi applicabile *esclusivamente* sul presupposto di una pratica illecita. Come qualsiasi bambino generato grazie a PMA eterologa, anche quello partorito da una madre surrogata merita il riconoscimento dello stato di figlio del genitore non biologico, che a differenza dell'ACP lo tutela *contro* l'eventualità di un ripensamento in ordine all'assunzione delle responsabilità derivanti dalla procreazione. La conclusione è avvalorata dalla sistematica della stessa legge: è significativo che le disposizioni citate siano incluse in un capo distinto da quello che regola l'accesso alle tecniche, dedicato alla «tutela del nascituro».

Ebbene, fermo restando che quello basato sulla centralità del punto di vista del bambino è l'argomento più forte, in questa sede vogliamo contribuire all'analisi critica del duplice intervento delle sezioni unite, concentrando l'attenzione sulla struttura logica dell'argomentazione.

Partiamo dall'assunto in base al quale la violazione della norma di condotta che vieta e sanziona penalmente la maternità surrogata impedisce di riconoscere il provvedimento giurisdizionale o di trascrivere l'atto di nascita formati all'estero che attribuiscono al bambino lo stato di figlio del genitore di intenzione, ferma la paternità del genitore genetico.

Si configura in primo luogo una critica "interna". Se davvero la violazione del divieto di surrogazione precludesse il riconoscimento o la trascrizione del provvedimento giurisdizionale o dell'atto di nascita stranieri attributivi o certificativi della doppia genitorialità, il rapporto di filiazione non dovrebbe costituirsi nemmeno rispetto al padre genetico[47]: è questa, infatti, la conclusione alla quale perveniva la giurisprudenza francese anteriormente al primo, duplice intervento della Corte di Strasburgo, relativo ai casi *Menesson* e *Labassee*[48]. In Italia, invece, non si è mai dubitato del fatto che il provvedimento giurisdizionale e l'atto di nascita stranieri attributivi e certificativi dello stato di figlio rispetto al genitore genetico possano essere riconosciuti e trascritti. Il padre biologico – che, sia pure virtualmente, ha violato come e più del[la] *partner* il divieto di surrogazione fornendo il seme necessario per il concepimento – può invocare gli effetti del provvedimento straniero pronunciato sul presupposto della surrogazione di maternità; non ha l'onere di effettuare il riconoscimento sulla base della disciplina interna (art. 250 cod. civ.). La reazione difensiva dell'ordinamento italiano, incentrata sulla nozione di ordine

[46] Cfr. Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in *Fam. e dir.,* 2014, 753, con nota di Carbone, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; Corte cost., 5.6.2015, n. 96, in *Corr. giur.,* 2016, 186, con nota di Iannicelli, *Diagnosi genetica preimpianto: battute finali della "riscrittura costituzionale" della L. n. 40/2004.*

[47] È quanto ha osservato la sezione prima della S.C. rimettendo alla Consulta la valutazione della legittimità costituzionale delle norme che – come interpretate dalle sezioni unite – precludono il riconoscimento del rapporto di filiazione istituito all'estero: cfr. Cass., sez. I, 29.4.2020 (ord.), n. 8325, cit.

[48] Cfr. Corte eur. dir. uomo, 26.6.2014, ric. 65192/11, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2014, I, 1122, con nota di Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero, la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*; Corte eur. dir. uomo, 26.6.2014, ric. 65941/11, per esteso sul sito *web* della Corte: *https://www.echr.coe.int*. Una puntuale retrospettiva sulla giurisprudenza francese si rinviene nella narrativa di *D. c. France:* Corte eur. dir. uomo, 16.7.2020, ric. 11288/18, per esteso sul sito *web* della Corte: *https://www.echr.coe.int*.

pubblico, si produce solo in relazione alla posizione del c.d. genitore di intenzione, che chiede la rettifica dell'atto di nascita già trascritto a favore del *partner* o la trascrizione dell'atto di nascita attributivo della doppia genitorialità.

L'aporia è a monte, e chiama in causa una critica "esterna". In quella che abbiamo contrassegnato come la prima fase dell'evoluzione giurisprudenziale[49], la S.C. e la Consulta affermano concordemente che la violazione del divieto di surrogazione vincola il giudice, imponendogli di «prendere atto della verità»[50]: vale a dire, dell'assenza di un rapporto genetico tra il bambino generato mediante GPA e il c.d. genitore d'intenzione. Si produce, così, una situazione rovesciata rispetto a quella che caratterizzava la condizione dei figli incestuosi anteriormente alla pronuncia della Corte Costituzionale che ha ammesso la legittimazione del figlio a domandare l'accertamento giudiziale dell'identità dei genitori[51] e al successivo intervento del legislatore[52]: la violazione di una norma di condotta sanzionata penalmente da parte dei genitori *precludeva* l'accertamento della verità biologica, mentre su questo terreno sembra *imporla*.

Assumiamo pure, allora, che la norma che sanziona penalmente la surrogazione di maternità sottenda un principio di ordine pubblico internazionale. Come è stato opportunamente rilevato, il divieto penalmente sanzionato non *costituisce* un principio di ordine pubblico, ma è posto a salvaguardia di valori fondamentali che da principi di ordine pubblico devono ritenersi protetti[53]: ci si riferisce in particolare al divieto di fare commercio del corpo e delle sue parti, alla libertà personale della donna e alla conseguente inammissibilità di un potere di controllo sul suo corpo esercitato da soggetti privati, alla riserva di legge nell'imposizione di trattamenti sanitari. Ebbene, quando l'accordo di surrogazione supera gli stretti limiti entro i quali la GPA rispetta tali valori, esso lede principi di ordine pubblico internazionale; sicché una sentenza straniera che per ipotesi condannasse la madre surrogata a consegnare il bambino agli aspiranti genitori non potrebbe essere eseguita in Italia.

È giustificato riproporre la preclusione in relazione all'atto straniero che istituisce o certifica il rapporto di filiazione tra il bambino e il genitore d'intenzione? La risposta è negativa, anche ritenendo – come noi effettivamente riteniamo – che il divieto di maternità surrogata sanzionato penalmente sottenda principi di ordine pubblico internazionale. A dover essere confrontati con l'ordine pubblico internazionale – osservano ripetutamente le stesse sezioni unite[54] – non sono le norme straniere che legittimano o precludono un certo comportamento, ma gli effetti degli atti adottati in base ad esse. Ebbene, l'effetto del provvedimento attributivo della doppia genitorialità consiste nella costituzione del rapporto di filiazione tra il nato e il compagno o la compagna del padre biologico, che insieme a quest'ultimo ha partecipato al progetto procreativo e ha accolto il bambino

[49] V., *supra,* § 2.

[50] Nell'accertamento giudiziale della paternità e della maternità naturale richiesto dall'impugnazione del riconoscimento (art. 263 cod. civ.) la verità biologica non costituisce l'unico criterio di decisione, dovendo essere contemperata con il perseguimento dell'interesse del minore. Quando la nascita consegue a GPA, tuttavia, «l'interesse alla verità» avrebbe anche «natura pubblica» e imporrebbe «di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità»; sicché vietando la surrogazione della maternità il legislatore avrebbe imposto «l'imprescindibile presa atto della verità». Così la motivazione di Corte cost., 18.12.2017, n. 272, cit., pienamente condivisa da Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, cit.

[51] Cfr. Corte cost., 28.11.2002, n. 494, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2002, I, 1209, con nota di Di Paola, *Figli incestuosi: una connotazione giuridica destinata a scomparire.*

[52] Cfr. artt. 251 e 278 c.c., come rispettivamente novellati dalla l. 219/2012 e dalla l. 154/2013.

[53] Cfr. Calderai, *Il dito e la luna,* cit., 301-305.

[54] Cfr. Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit.

nella comunità familiare. Tale effetto non appare contrastante con alcun principio di ordine pubblico, e risulta anzi avvalorato dagli artt. 8 e 9 l. 40/2004. Al soggetto che ha acconsentito alla PMA eterologa viene riconosciuta la genitorialità del bambino sulla base della responsabilità che ha assunto acconsentendo alla procreazione; d'altra parte, l'atto con cui il *partner* del padre biologico chiede il riconoscimento del provvedimento straniero o la trascrizione dell'atto di nascita denota che al consenso alla procreazione ha fatto seguito un'assunzione di responsabilità rispetto ai compiti di cura e accoglienza.

Le sezioni unite obiettano che in questo modo si avalla una condotta contraria a principi di ordine pubblico e lesiva di valori fondamentali: di qui la necessità di contemperare la tutela dell'interesse del minore con la deterrenza nei confronti della surrogazione di maternità e l'individuazione di un opportuno punto di equilibrio nell'ACP[55]. È possibile replicare evocando la distinzione tra regole di condotta e regole di validità o efficacia, avvalorata dalle stesse sezioni unite nel contesto di una nota pronuncia[56]. Alle prime essendo riconducibile il divieto di surrogazione di maternità; alle seconde, la regola giurisprudenziale che nega efficacia al rapporto di filiazione istituito all'estero. La violazione di una regola di condotta può comportare l'invalidità del contratto quando comporta la conclusione di un accordo non voluto o si riflette sul suo contenuto, determinando la lesione di un interesse meritevole di tutela: è quanto risulta chiaramente dalla disciplina del contratto nullo e annullabile per vizi del consenso. Se infatti la violazione di una norma di condotta priva di riflessi sul contenuto e sugli effetti dell'atto potesse giustificarne l'invalidità, il rimedio opererebbe "fuori misura", legittimando la controparte del trasgressore ad avanzare pretese strumentali e opportunistiche. Ebbene, nella vicenda della GPA abbiamo a che fare con la violazione virtuale di una norma di condotta che si esaurisce nell'accordo di surrogazione; con un evento – la nascita del bambino – che non reca alcuna traccia della violazione pregressa; con atti giurisdizionali e amministrativi di uno stato straniero che anziché ledere interessi meritevoli di tutela attuano quello del minore ad essere pienamente e tempestivamente accolto nella famiglia che lo ha voluto. D'altra parte, il rifiuto di riconoscere ai provvedimenti giurisdizionali e alle certificazioni straniere effetti che non appaiono in alcun modo caratterizzati dalle modalità della procreazione ha, anche in questo ambito, una valenza strumentale: quella di dissuadere i cittadini italiani dal ricorso alla GPA facendo leva sul diniego del riconoscimento del rapporto di filiazione.

Se lo stato italiano vuole ottenere questo risultato, se ne assuma la responsabilità politica sanzionando la condotta degli aspiranti genitori che ricorrono alla GPA oltre i confini nazionali. Non, invece, negando effetti ad atti e provvedimenti che quella condotta assumono a semplice presupposto, e che anziché ledere interessi meritevoli di tutela soddisfano l'esigenza del minore di essere accolto nella sua famiglia d'origine.

4. *Gestazione per altri, adozione in casi particolari e valutazione giudiziale dell'interesse del minore*

Si è già ricordato che l'ACP – alla quale le sezioni unite affidano l'istituzione del rapporto tra il bambino generato mediante GPA e il genitore d'intenzione – è stata in-

[55] La sintesi svolta nel testo si riferisce ad entrambe le sentenze pronunciate dalla S.C. nella sua composizione più ampia: Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, cit.; Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit.

[56] Cfr. Cass., sez. un., 19.12.2007, n. 26724, in *Corr. giur.,* 2008, 223, con. nota di Mariconda, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità.*

teressata da un'evoluzione significativa e apprezzabile. Se da un lato sorgono rapporti di parentela tra il bambino e i familiari dell'adottante, dall'altro le sezioni unite escludono che il dissenso del genitore precluda l'adozione qualora sia contrario all'interesse del bambino, in quanto nonostante la crisi del rapporto di coppia il *partner* ha manifestato con coerenza la disponibilità ad assolvere i compiti propri della figura genitoriale[57].

Se anche si prescinde dalla durata del procedimento di adozione e dalle sopravvenienze che possono verificarsi nel corso di esso, resta il fatto che il rapporto con il bambino generato mediante GPA può costituirsi solo per iniziativa del genitore d'intenzione. Ed è proprio questo aspetto – pur nel contesto di un'apprezzabile evoluzione dell'istituto – a sollevare perplessità sull'adeguatezza dell'ACP a regolare lo scenario conseguente alla nascita del bambino[58]. L'adozione implica che la famiglia d'origine sia totalmente o parzialmente inadeguata ad assecondare la crescita del minore; qui, invece, abbiamo a che fare con un bambino che subito dopo il parto viene accolto dalle persone che ne hanno voluto la nascita e costituiscono, dunque, la sua famiglia unica e originaria.

Ora, nella loro più recente pronuncia le sezioni unite giustificano il ricorso all'ACP proprio in considerazione del fatto che essa permette al giudice, tramite le indagini dei servizi sociali, di verificare che il rapporto con il genitore d'intenzione risponda all'interesse del nato[59]. In motivazione si insiste sull'esigenza di evitare che il bambino generato mediante GPA acquisti automaticamente lo stato di figlio del genitore non biologico. L'ACP viene ritenuta preferibile perché a differenza del riconoscimento del provvedimento giudiziale o della trascrizione dell'atto di nascita permette di verificare che il rapporto destinato a sorgere risponda effettivamente all'interesse del minore.

Senonché, quando un bambino è stato concepito naturalmente non è forse sulla base di un meccanismo automatico che gli viene attribuito lo stato di figlio? Tanto automatico che il consistente dibattito etico e giuridico relativo alla contraccezione e all'interruzione della gravidanza è focalizzato proprio sui limiti entro i quali l'uomo può interferire con gli automatismi istituiti dalla natura, per chi crede da Dio. Se l'automatismo funziona e porta alla nascita, come osserva Zatti, il bambino è figlio di chi ha contribuito a generarlo a prescindere dalle sue qualità morali: «il padre è padre per essere geneticamente padre… lo è se ha rifiutato il figlio, se ha fatto il possibile per far abortire la donna, se è un violentatore»[60]. Parimenti automatico – per riprendere un'espressione cara alla Corte Costituzionale, «ad instar naturae»[61] – il meccanismo di attribuzione della paternità e della maternità previsto dalla legge nel caso di ricorso alla PMA eterologa (artt. 8, 9 l. 40/2004).

A seguito del ricorso a GPA, invece, si ritiene necessario il controllo del giudice, che pure consegue a diversi atti di assunzione di responsabilità da parte del genitore di intenzione. Dopo avere acconsentito all'intervento di PMA che avvia la gravidanza, quest'ultimo chiede al giudice straniero [ottenendolo] il provvedimento giudiziale che

---

[57] V., *supra,* ntt. 40, 41.

[58] Condividiamo, dunque, l'opinione di Salanitro, *Maternità surrogata ed ordine pubblico,* cit., 1831, il quale ravvisa nell'assenza della legittimazione del minore ad ottenere la costituzione del rapporto – riservata all'iniziativa del genitore d'intenzione – l'inconveniente più rilevante della soluzione incentrata sul ricorso all'ACP.

[59] Cfr. Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit.

[60] *Maternità e surrogazione,* cit., 197.

[61] Benché evocata per argomentare un risultato diverso da quello al quale siamo orientati nel testo: quello di avvalorare la legittimità costituzionale della regola che preclude alle coppie omosessuali femminili l'accesso alla PMA (art. 5 l. 40/2004). Cfr. Corte cost., 23.10.2019, n. 221, cit., in relazione alla quale v., *supra,* § 2.

gli attribuisce la genitorialità; chiede all'autorità amministrativa estera [ottenendola] la certificazione che ne riproduce il contenuto; domanda infine [senza ottenerla] la trascrizione dell'atto nei registri dello stato civile italiano.

Perché, allora, al verificarsi di una situazione che vede entrambi i componenti della coppia assumere la responsabilità della procreazione e dell'educazione del bambino in modo ripetuto ed esplicito si ritiene necessaria una verifica giudiziale dell'interesse del minore? L'unica spiegazione plausibile è che il disvalore attribuito dalla legge italiana alla GPA sia talmente elevato da imporre un supplemento d'indagine sulle qualità morali e sulle attitudini educative del genitore d'intenzione. Se tuttavia si aderisce ad una logica ispettiva come quella implicita in tale valutazione, si deve ammettere che in molte altre situazioni la genitorialità debba essere attribuita solo a seguito di un accertamento volto a verificarne la rispondenza all'interesse del minore.

Controlli pubblici sulla comunità familiare sono certamente necessari al verificarsi di evidenze che denotano il rischio di un pregiudizio per l'interesse del minore nel contesto in cui vive. Ugualmente necessari se il minore è destinato ad essere affidato ad una nuova famiglia, che si sostituisce o si affianca a quella originaria quando quest'ultima non offre condizioni idonee alla crescita. Non sembrano invece necessari – o almeno, non più di quanto avvenga quando il minore viene accolto dai genitori naturali – a seguito della nascita conseguente a GPA e ad una chiara assunzione di responsabilità da parte di entrambi i componenti della coppia.

5. *Tutto ciò che è reale è razionale? Hegel e le sezioni unite*

Per concludere il saggio, concentriamo l'attenzione sul più recente intervento delle sezioni unite[62]. Come si è anticipato, la S.C. ribadisce la soluzione adottata tre anni prima nella stessa composizione, ma la motiva diversamente: non tanto per il contenuto degli argomenti impiegati – almeno in parte, considerati nelle pagine precedenti – quanto per lo stile adottato dall'estensore. Si riscontrano tre caratteristiche salienti.

La motivazione, in primo luogo, è costellata da considerazioni di carattere etico, che evidentemente la Corte ritiene necessarie per argomentare o rafforzare la decisione. Non si tratta di una novità nella giurisprudenza relativa alla GPA. Assai di frequente viene ricordato il «giudizio di inesorabile condanna»[63] espresso dalla Corte Costituzionale, in base al quale la maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[64]. Nonostante le giurisdizioni superiori amino ricordarlo adesivamente[65], l'enunciato lascia alquanto perplessi per la sua estrema genericità: se si può concordare sul fatto che la GPA non rispondente ad un intento genuinamente solidaristico possa ledere la dignità della donna, la valutazione appare invece arbitraria quando riferita alle relazioni conseguenti alla nascita del bambino, ed in particolare a quelle tra il bambino e la coppia genitoriale. Così, invece, viene intesa e condivisa dalle sezioni unite, che in uno dei passaggi meno felici della motivazione ritengono il figlio generato mediante GPA «in qualche modo vittima» della condotta degli

[62] Vale a dire su Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit.

[63] Così Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento,* cit., 456.

[64] In questi termini la motivazione di Corte cost., 18.12.2017, n. 272, cit.

[65] V., oltre a Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit., Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, cit.; Corte cost., 28.3.2022, n. 79, cit.; Corte cost., 9.3.2021, n. 33, cit.

aspiranti genitori. L'opinione contrasta con il quadro emergente da alcune sentenze di merito, che rappresentano l'ambiente familiare del bambino come equilibrato e idoneo alla crescita e registrano la piena accettazione del fenomeno da parte del contesto sociale in cui il nucleo familiare si trova inserito[66].

In occasione del loro più recente intervento, tuttavia, le sezioni unite non si limitano a ricordare il giudizio della Consulta, né a sottolineare il disvalore che indubbiamente si ricava dalla previsione della sanzione penale. La Corte, infatti, deplora a più riprese la pratica della GPA e la condotta di coloro che vi fanno ricorso, evocando contestualmente istanze etiche come «il costume», «la coscienza sociale», «la fisionomia inconfondibile della comunità nazionale», «il sé dell'ordinamento», che coinciderebbe «la sua identità», l'«aspirazione identitaria connessa al tradizionale modello di filiazione». Così, le coppie che si recano all'estero per diventare genitori svolgono «turismo procreativo», pretendendo di soddisfare il loro «desiderio di genitorialità ad ogni costo…attraverso il corpo di un'altra persona utilizzato come mero supporto materiale». La GPA offende la dignità della donna in quanto riduce il suo corpo «ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri», rendendo la gravidanza un «mero servizio gestazionale» e il parto l'«atto conclusivo di tale prestazione servente». La trascrizione dell'atto di nascita e il riconoscimento del provvedimento giurisdizionale straniero sono dunque inammissibili sul piano etico, prima ancora che giuridico, in quanto non essendo funzionali «alla realizzazione del miglior interesse del minore», ma all'attuazione di «quello degli adulti che aspirano ad avere un figlio a tutti i costi» avallerebbero «un'inaccettabile mercificazione del corpo della donna» e legittimerebbero «in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante».

Certo, il tema è tale che l'interferenza tra il piano etico e quello giuridico è difficilmente evitabile; né si vuole qui sostenere che la motivazione di una sentenza possa e debba essere asettica, cioè del tutto impermeabile a valutazioni di carattere etico e politico. L'enfasi che caratterizza la motivazione, tuttavia, induce a domandarsi se le sezioni unite abbiano considerato che i giudizi espressi nel contesto di una sentenza, in quanto pronunciati in nome del popolo (art. 101, comma 1° Cost.), hanno un valore diverso da quelli di un privato; e che valutazioni così pesanti nei confronti dei genitori comportano uno stigma che rischia di ripercuotersi sui figli. Come potranno essere accolti questi ultimi se verso i genitori – dai quali almeno nella più tenera infanzia essi dipendono integralmente – la «coscienza sociale» ripetutamente evocata dalle sezioni unite esprime una condanna così severa? È marcata la differenza di intonazione che intercorre tra la sentenza in commento e la motivazione di diverse pronunce di merito. Il giudice più vicino alla concreta esperienza delle famiglie che hanno fatto ricorso alla GPA tende ad evitare valutazioni di ordine etico sul ricorso alla pratica[67].

La motivazione è poi caratterizzata da frequenti contraddizioni, non dissimulate – come spesso accade – ma esplicitate. Non si tratta di infortuni occorsi in sede di redazione del testo, ma di una tecnica argomentativa intenzionalmente perseguita.

Si insiste, così, sulla necessità che il bambino nato a seguito di GPA non sia discriminato a causa della condotta degli adulti che vi hanno fatto ricorso; nondimeno, il suo interesse ad ottenere lo stato di figlio del genitore d'intenzione può essere sacrificato in considerazione della «legittima finalità di disincentivare il ricorso alla maternità surrogata».

---

[66] Cfr. App. Firenze, 28.1.2020 (decr.), cit.; App. Bari, 9.10.2020 (decr.), cit.

[67] V., *supra,* nt. 35.

L'ordine pubblico internazionale include l'interesse del minore e svolge una funzione non più solo preclusiva ed oppositiva, ma anche promozionale e positiva, «consistente nel favorire l'ingresso di nuove relazioni genitoriali»; senonché, questo non comporta il riconoscimento dello stato di figlio, ma solo «un temperamento, una mitigazione (non già, beninteso, un superamento) della aspirazione identitaria connessa al tradizionale modello di filiazione».

Il bambino non ha diritto all'ACP, la quale può realizzarsi solo per iniziativa del genitore d'intenzione; ed è ugualmente vero che «chi con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto…determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati "lecitamente"». Ciò nonostante, l'ACP soddisfa «l'ineludibile esigenza di assicurare al bambino nato da maternità surrogata gli stessi diritti degli altri bambini».

L'esemplificazione potrebbe continuare; la interrompiamo qui per evitare di appesantire il testo.

Nel corso della motivazione, in terzo luogo, si afferma più volte la necessità che le soluzioni adottate siano coerenti con «il sistema», a sua volta strutturato in modo tale da riflettere «il costume e la coscienza sociale»: l'entità alla quale le sezioni unite fanno riferimento sembra essere non solo un insieme di norme ordinate sulla base di criteri razionali – ciò che corrisponde ad una nozione "laica" di «sistema» – ma un complesso integrato di norme e valori con il quale ogni soluzione deve risultare coerente.

Ebbene, i tre aspetti qui evidenziati ci riportano a Hegel, ciò che a ben vedere non sorprende nel contesto di una sentenza orientata a giustificare il diritto esistente: se «ciò che è reale è razionale»[68], e la realtà del diritto sono le norme che la giurisprudenza ricava dalle disposizioni vigenti, esiste certamente una ragione sulla base della quale tali norme possono essere giustificate.

È hegeliana la pretesa di fondare la soluzione adottata sul piano etico, realizzando un'unità – o quanto meno, avvalorando una significativa convergenza – tra diritto e costume [*ethos,* coscienza sociale, comunità nazionale ecc.][69]. Parimenti hegeliana la scelta di allentare i vincoli di coerenza nell'argomentazione per riproporre a più riprese l'antitesi tra istanze confliggenti – tutte ritenute ugualmente accoglibili – ed avvalorarne il superamento in una sintesi che mantiene elementi di entrambe [*Aufhebung*][70]. Siccome ripugna al costume e alla coscienza sociale, dei quali il divieto di maternità surrogata costituisce espressione, che il bambino generato mediante GPA sia riconosciuto come figlio di chi lo ha voluto «a tutti i costi», ma non si può negare la rilevanza di quel legame, si supera la contrapposizione con l'ACP. Nuovamente hegeliana l'idea che gli interessi dei singoli – anche se ritenuti meritevoli di tutela, come quelli del nato a seguito di GPA – siano assoggettati ad una valutazione di compatibilità con un'istanza politica superiore[71]: in quest'ottica si giustificano i frequenti appelli al sistema, di norme e valori, con il quale le soluzioni adottate devono risultare compatibili.

---

[68] Così Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio,* tr. it. G. Marini, Laterza, 1999, XIII rist. (2022), *Prefazione,* 14; Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio,* tr. it. B. Croce, 4ª ed., Laterza, 1963, § 6, [6 s.]

[69] Quale risulta sostenuta in Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche,* cit., §§ 485, 486 [446 s.]; §§ 513, 514 [460-461].

[70] Riscontrabile in molti luoghi dell'opera hegeliana, tra cui l'*Enciclopedia delle scienze filosofiche,* cit., §§ 214, 215 [183-185].

[71] Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche,* cit., § 515 [461 s.].

Alla logica ordinaria – basata, direbbe Hegel, su determinazioni puramente intellettuali[72] e sul rispetto del principio di coerenza – le sezioni unite sostituiscono una dialettica che ammette la contraddizione e ne promuove il superamento in nome di una qualche istanza etica superiore: il sistema, la comunità nazionale, la coscienza sociale, in ultima analisi lo stato.

Le nostre preferenze sono rivolte ad un modello di argomentazione più asciutto e rispettoso del principio di non contraddizione: tale, dunque, da permettere un controllo di razionalità sull'itinerario che conduce alla decisione.

Per concludere il saggio con una nota di ottimismo, che si riscontra in tanti scritti di Zatti, osserviamo però che la dialettica hegeliana offre una convincente chiave di lettura della giurisprudenza più recente. Alla tesi in base alla quale al bambino generato mediante GPA deve essere attribuito lo stato di figlio del genitore d'intenzione, le sezioni unite hanno contrapposto per due volte l'antitesi che esclude il riconoscimento degli atti stranieri attributivi o certificativi dello stato di figlio ed ammette che il rapporto possa assumere rilevanza giuridica solo mediante il ricorso all'ACP. La fisionomia di tale istituto è tuttavia profondamente mutata, realizzandosi così, nello stesso tempo, la conservazione e il superamento delle posizioni iniziali: ora il bambino ha rapporti di parentela con i congiunti del genitore adottivo, e grazie all'interpretazione evolutiva promossa dalle sezioni unite la negazione dell'assenso da parte del genitore non impedisce l'adozione se è contrario all'interesse del minore.

Due acquisizioni che incrementano la tutela offerta dalla legge a tutti i bambini adottati e adottandi; non solo a quelli che essendo stati generati mediante GPA hanno conosciuto una sola comunità familiare.

[72] HEGEL, *Enciclopedia delle scienze filosofiche,* cit., §§ 62 [68] e 162 [146].

VALENTINA DI GREGORIO

LA MEDIAZIONE FAMILIARE NEL NUOVO PROCESSO DI FAMIGLIA

SOMMARIO: 1. Famiglia e conflitto di coppia: l'opportunità di una soluzione conciliativa. – 2. La mediazione familiare nel contesto normativo *ante* riforma. – 3. Le tipologie di mediazione familiare e il ruolo del mediatore. – 4. Le nuove norme sulla mediazione familiare nel processo di famiglia: un'occasione perduta? – 5. Il divieto di ricorso alla mediazione. – 6. Brevi note conclusive.

1. *Famiglia e conflitto di coppia: l'opportunità di una soluzione conciliativa*

La crisi attraversata dai sistemi di giustizia tradizionali e il superamento della tendenza alla supremazia di una sola posizione a favore di modelli di soluzione dei conflitti di tipo conciliativo risponde ad un'esigenza di organizzazione delle relazioni coerente con i mutamenti della società contemporanea.

È ormai condivisa dalla comunità degli studiosi delle discipline giuridiche e psicologiche l'idea che lo sfruttamento delle risorse delle parti e l'emersione dei veri interessi sottostanti alle pretese, spesso offuscati da mere prese di posizione, rappresenti, al di là della contrapposizione tra torti e ragioni, un efficace metodo per pervenire a soluzioni alternative al contenzioso, con benefici dal punto di vista della celerità nella composizione della lite, della riduzione dei relativi costi economici e con l'allontanamento del rischio di amplificazione e di reiterazione delle sofferenze e dei disagi che caratterizzano le controversie[1].

In ambito familiare, la coppia che contrae matrimonio, forma un'unione civile o intraprende un rapporto di convivenza, riversa in quello che gli psicologi definiscono il "contratto di coppia", desideri emotivi, affettivi e relazionali, bisogni, aspettative che nel tempo possono non ricevere più soddisfazione a causa dei cambiamenti insiti nello sviluppo del ciclo vitale o per le mutate esigenze dei membri della famiglia.

Da un vissuto divenuto intollerabile per la disillusione nascente dalla mancata realizzazione delle aspirazioni iniziali, dallo svelamento di situazioni e di aspetti dapprima sconosciuti dell'altro, dal venir meno della progettualità comune, scaturisce la crisi che causa la fine del rapporto[2].

È questo il momento del contrasto tra il "patto coniugale" su cui si fonda la relazione, rappresentato dagli aspetti consapevoli ed espressi che confluiscono nella costruzio-

---

[1] Alcune riflessioni sull'opportunità di percorrere strade alternative al contenzioso giudiziale possono leggersi in CARBONNIER, *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore*, Milano, 1997, 25; RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992, 161; AUERBACH, *Justice without law? Resolving Disputes without Lawyers,* Oxford University Press, N.Y, 1983, 12, secondo cui lo strumento conciliativo permette di conquistare una "giustizia senza diritto", fondata sulla partecipazione e sul consenso.

[2] Ricorda ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, I, 1, *Tratt. dir. fam.* diretto da Zatti, Milano, 2011, 33, che a partire dalla riforma del diritto di famiglia la separazione è concepita come un rimedio all'intollerabilità della convivenza in cui "la soglia di resistenza dell'unità familiare" viene "a coincidere con la soglia di tolleranza di ciascun coniuge".

ne di una realtà condivisa e di un progetto, e il "patto segreto", costituito dall'intreccio – anche inconscio – di desideri e paure inespresse, cui si accompagna il "patto dichiarato" che corrisponde all'impegno formale assunto, la promessa[3].

Nella contrapposizione tra il modello prefigurato e quello realmente vissuto, i partner si trovano a fronteggiare lo sgretolamento del rapporto e la definizione dei loro diritti e doveri futuri, impreparati sui fattori di stress che si accompagnano alla separazione, incapaci di comprendere e rielaborare il processo evolutivo che si svolge tra i contrapposti sentimenti di amore/affetto/unione da un lato, e dolore/rancore/distacco dall'altro, fonte di smarrimento e incomprensioni.

Le trasformazioni del nucleo familiare connesse ai fenomeni della separazione inevitabilmente attraggono nell'orbita della riorganizzazione della vita futura i figli che, soprattutto se minorenni o in tenera età, devono ricollocare le immagini genitoriali in un contesto rivisitato e superare le difficoltà generate dai sentimenti di prevaricazione e vendetta che i genitori nutrono reciprocamente[4].

Di qui l'esigenza della ricerca di una soluzione concordata che supporti la famiglia nell'evitare soluzioni drastiche connaturate all'opzione contenziosa, scongiurando costose ed estenuanti consulenze tecniche sui membri della famiglia scandite da udienze in cui le testimonianze sui fatti accaduti costringono le parti a rivivere situazioni capaci di innalzare il livello dello scontro.

Il dialogo tra le parti che la mediazione avvia, finalizzato alla riattivazione del canale di comunicazione interrotto, responsabilizza i genitori nella condivisione delle scelte future, in vista della ricostruzione di un nuovo assetto familiare[5].

Anticipando questioni e problematiche attuali, già nel 1981 Vincenzo Roppo si chiedeva, nel suo libro *Il giudice nel conflitto coniugale*, se le problematiche familiari dovessero essere affrontate non solo in sede giudiziaria, ma anche nel quadro di interventi di tipo amministrativo, attraverso la mediazione di consultori o l'affidamento dei compiti ad un giudice onorario oppure dovessero essere ricondotti all'autonomia della famiglia[6]. L'area di osservazione dell'opera riguarda i contrasti all'interno di una famiglia nello svolgimento della sua fase fisiologica, non destinata quindi ad una crisi irreversibile ed è centrata sugli artt. 145 e 316 c.c.

Le perplessità dell'A. riguardano l'intervento di operatori esterni diversi dai pubblici poteri, mentre è sottolineata l'importanza della prevenzione della crisi e dei conflitti familiari attraverso il sistema dei servizi sociali e valorizzata l'autonomia privata della famiglia**.**

L'interrogativo ha trovato oggi una risposta nella legge delega n. 206/2021 che, nel prevedere un riassetto "formale e sostanziale" della disciplina del processo civile, nella

---

[3] Si tratta di classificazioni proprie delle scienze psicologiche. V. sul tema Scabini - Cigoli, *Il famigliare. Legami, simboli e transizioni*, Milano, 2000, 75.

[4] V. Cigoli, Psicologia della separazione e del divorzio, Bologna, 1998; Migliorini - Rania, *Psicologia sociale delle relazioni familiari*, Bari, 2008.

[5] È la stessa Cassazione (6.5.2019, n. 11842, in *Fam. e dir.*, 2020, 815) a sottolineare il ruolo chiave, in situazioni caratterizzate da alta conflittualità, suscettibile di determinare conseguenze pregiudizievoli sulla salute psico-fisica della prole, del giudice che può disporre percorsi di supporto alla genitorialità, anche tramite l'ausilio di consultori o dei servizi sociali per assicurare la tutela del superiore interesse del minore ad una crescita serena ed equilibrata che potrebbe essere garantita anche tramite una mediazione familiare (il riferimento legislativo è agli ordini di protezione contro gli abusi familiari, regolati, prima della riforma, dall'art.342 *ter*, 2° comma, c.c. che richiamava esplicitamente i centri di mediazione familiare).

[6] Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981, 271 ss.

finalità di realizzare obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione, ha affidato alla mediazione un – benché prudente – ruolo nella ricomposizione del conflitto.

Come è noto, l'attuazione della riforma, avvenuta con d.lgs. n. 149/2022, si è concretizzata in una revisione della struttura normativa del processo che riconosce maggiori spazi agli strumenti di risoluzione del conflitto alternativi al contenzioso civile, come la mediazione civile e commerciale, l'arbitrato, la negoziazione assistita e la mediazione familiare.

Il nuovo rito unificato per le controversie in tema di stato delle persone, di minori e di famiglia contempla la mediazione familiare quale metodo di risoluzione della controversia integrativo al processo, con cui le parti, esprimendo la loro libertà di autodeterminarsi, ottengono o creano "la loro giustizia"[7] delineandone una disciplina negli artt. gli artt. 473-*bis*.10, 473-*bis*.14 del codice di procedura civile e, quanto alla professione di mediatore familiare, negli artt. 12-*bis*–12 *sexies* delle disposizioni di attuazione dello stesso codice, vietandone il ricorso nei casi di violenza di domestica e di genere (artt. 473-*bis*.40 e 473-*bis*.43).

All'interno del codice civile, il rilievo alla mediazione familiare è attribuito, per opera dell'art. 1 del d.lgs. n. 149/2022, nel nuovo testo dell'art. 337-*ter*, 2° comma, c.c., secondo cui il giudice prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori "in particolare, qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare", al quale è conferito il valore di mezzo per consentire ai genitori di condividere il nuovo progetto, nel quadro della loro responsabilità genitoriale.

L'importanza di una soluzione concordata emerge altresì dalla nuova formulazione dell'art. 316, 3° comma, c.c., che promuove in via prioritaria la ricerca dell'accordo anche tramite l'ascolto del figlio minore e amplia, in subordine, il potere di intervento dell'autorità, consentendo al giudice, in mancanza di accordo tra i genitori, di provvedere direttamente ad assumere la decisione, senza più suggerire, come invece previsto nel testo previgente, le determinazioni più utili nell'interesse del figlio e dell'unità familiare, né formulare giudizi di idoneità del genitore.

2. *La mediazione familiare nel contesto normativo ante riforma*

Come mezzo di soluzione concordata dei conflitti, lo strumento della mediazione, considerato da un punto di vista generale e non circoscritto al diritto di famiglia, viene promosso già fin dalla metà del secolo scorso negli Stati Uniti con le prime *Alternative*

[7] All'autoresponsabilità nel diritto di famiglia, con specifico riferimento alla mediazione familiare, si riferisce la relazione della Corte di cassazione del 15.12.2022 n. 113 sul d.lgs. n.149/2022, reperibile all'indirizzo *www.cortedicassazione.it*. Precursore del ruolo di rilievo della mediazione familiare nella soluzione dei conflitti familiari è P. Rescigno, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della mediazione familiare*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, III, Padova, 1999, 338 ss. e in *Giur. it*., 1994, IV, 73 ss.; Id., *Diritto di famiglia e mediazione familiare: il punto di vista del giurista*, in *La mediazione familiare, per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, a cura di Ardone - Mazzoni, Milano, 1994, 133. Tra i principali scritti nell'ambito delle scienze psicologiche e delle tecniche di composizione dei conflitti v. J.M. Haynes - Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare. Principi fondamentali e sua applicazione,* 2ª ed., Milano*,* 3, 18, ss.; Parkinson, *La mediazione familiare*, *Modelli e strategie operative*, Trento, 2013, 36. Mazzei - Neri, *La mediazione familiare. Il modello simbolico generazionale*, Milano, 2017; Scaparro (a cura di), *Il coraggio di mediare*, Milano, 2001; Id., *Una famiglia come un'altra*, Milano, 1997; Id. (a cura di), *Genitori ancora. La mediazione familiare nella separazione*, Milano, 1994.

Dispute Resolution (*ADR*), rivolte ad offrire una risposta all'arretrato del carico giudiziario del contenzioso civile[8], diffondendosi successivamente anche in Europa[9].

Nell'ordinamento italiano, negli ultimi trent'anni, una serie di interventi legislativi, attuati soprattutto all'interno di leggi settoriali (nei contratti di lavoro e agrari, nel diritto societario, nei contratti di servizi per l'energia e le telecomunicazioni, nel diritto tributario, in materia consumeristica) hanno testimoniato l'attenzione rivolta alla mediazione e alla conciliazione, quali metodi per fronteggiare i conflitti con finalità deflattive, culminata nel d.lgs. 4.3.2010, n. 28, primo testo organico in materia di mediazione civile e commerciale, anch'esso oggetto di modifiche da parte del d.lgs. n. 149/2022[10].

Alla normativa sulla mediazione civile e commerciale ha fatto seguito il d.l. 12.9.2014, n. 132, che ha introdotto la negoziazione assistita dagli avvocati che prevede, oltre al tentativo di conciliazione, nell'ambito della crisi della coppia, l'obbligo dei professionisti di informare le parti circa la possibilità di tentare una mediazione familiare (art. 6, 3° comma)[11], testimoniando il favore del legislatore per una riorganizzazione delle relazioni familiari concordata non contenziosa[12].

In ambito familiare, il legislatore richiama la mediazione già nel 1997, nel quadro della previsione di servizi di preparazione e di sostegno alla relazione genitori-figli, di contrasto della povertà e della violenza, nonché di misure alternative al ricovero dei minori in istituti educativo-assistenziali che dispone possa essere perseguita attraverso "servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori al fine del superamento delle difficoltà relazionali"[13].

---

[8] Pound, *The causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, *American Bar Association Report*, 1906, rist. 1964; Auerbach, *Justice Without Law?* cit., 40. In materia di famiglia, il pioniere della mediazione è COOGLER, *Structured Mediation in Divorce Settlement: a Handbook for Marital Mediation*, Lexington MA, 1978.

[9] V. sul tema Galletto, *La mediazione nello spazio giudiziario europeo e in Italia*, in *La nuova mediazione civile e commerciale in Italia*, a cura di Id., Roma, 2014, 55; Cuomo Ulloa, *La conciliazione; modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008; Id., *La mediazione nel processo civile riformato*, 2015, Bologna; Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 450 ss.; Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 ss.; Pupolizio, *La mediazione familiare in Italia*, Torino, 2007, 15. Sul ruolo non secondario delle ADR rispetto alla giustizia tradizionale: Resta, *Giudicare, conciliare, mediare*, in questa rivista, 1999, 544.

[10] La legge di riforma del processo ha modificato alcuni articoli del decreto n. 28/2010, come l'art. 5 sulla condizione di procedibilità e i rapporti con il processo, l'art.8 sul procedimento, l'art. 8-*bis* sulla mediazione in modalità telematica, l'art. 11 sulla conclusione del procedimento e ha introdotto gli artt. 5 *bis*-5 *sexies* e l'intero capo II-*bis*, sul patrocinio a spese dello Stato, applicabili a partire dal 30.6.2023.

[11] D.l. n. 132/2014, convertito in l. 10.11.2014, n. 162.

[12] Sulla necessità per i figli di mantenimento del rapporto parentale: Ferrando, *I diritti dei minori nella famiglia in difficoltà*, in *Fam. e dir.*, 2010, 1174. Riguardo alla condizione psicologica del minore nell'ambito dei rapporti familiari v. Migliorini - Rania, *op. cit.*; J.M. Haynes - Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare*, cit.,13, 61 ss.; Parkinson, *La mediazione familiare. Modelli e strategie operative*, loc. cit. Nell'art. 6 della l. n. 162/2014, che prevede il ricorso alla negoziazione assistita nelle controversie tra coniugi relative alla separazione personale, alla cessazione degli effetti civili del matrimonio e scioglimento del matrimonio, modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, scioglimento delle unioni civili (ex art. 25 l. 76/2016), è stato introdotto, con l. n. 206/2021 (art. 35), il comma 1-*bis* che, riguardo ai genitori, introduce lo strumento della negoziazione nelle controversie relative alla modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio, alla determinazione e modifica dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente (matrimoniale e extramatrimoniale), alla modifica delle suddette condizioni già determinate, alla determinazione e modifica degli alimenti. Il comma 3 *bis* ammette che in negoziazione possa essere stabilita la corresponsione di un assegno di divorzio *una tantum.*

[13] L. 28.8.1997, n. 285, "Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza", artt. 3 lett. a) e 4, lett. i).

Prima della riforma del processo di famiglia, le sole disposizioni del codice civile che contemplavano la mediazione familiare erano l'art. 342-*ter* e l'art. 337-*octies*, mentre il codice di procedura civile non conteneva alcun richiamo.

L'art. 342-*ter* c.c., sugli ordini di protezione, nel 2° comma, per il caso di condotta pregiudizievole del coniuge convivente (applicabile anche alle unioni civili ex art.1, 14° comma, l. n. 76/2016), ha attribuito al giudice il potere di disporre, tra gli altri provvedimenti, "l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati…". La norma è stata sostituita dagli artt. 473-*bis*.69, 473-*bis*.70, 473-*bis*.71 c.p.c.

Ulteriore riconoscimento legislativo era stato concesso alla mediazione familiare nel panorama normativo italiano dalla l. 8.2.2006, n. 54, sull'affidamento condiviso che, nell'introdurre il principio della "bigenitorialità", aveva previsto, nell'art. 155 *sexies* c.c., poi confluito nell'art. 337-*octies* (*Poteri del giudice e ascolto del minore*) c.c., il ricorso al mediatore familiare, su invito del giudice. Quest'ultima norma, che nel primo comma disciplinava l'ascolto del minore, prevedeva che il giudice potesse rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 337-*ter* c.c. per consentire ai coniugi (pur in assenza di esplicito richiamo essa si considerava applicabile anche ai genitori non uniti in matrimonio) di giungere ad un accordo tramite la mediazione, avuto riguardo alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

Secondo quanto previsto dall'art. 3 del d.lgs. n. 149/2022, il contenuto del primo comma dell'art. 337-*octies* sui poteri del giudice è stato trasfuso nell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., mentre il secondo comma, che riguardava l'ascolto del minore, è confluito negli artt. 473-*bis*. 4 e 473-*bis*.5 che sostituiscono anche i previgenti articoli 336-*bis* c.c. e 38-*bis* disp. att. c.c.

Le modalità di attuazione dell'ascolto sono invece dettate negli artt. 152 *quater* e *quinquies* disp. att. c.p.c., mirati a salvaguardare la delicata posizione del minore, sia rispetto alla partecipazione di altri soggetti processuali, sia ai fini della regolarità delle procedure informatiche adottate per la registrazione, la conservazione e l'inserimento nel fascicolo informatico delle dichiarazioni rese.

Nel quadro europeo, già nel 1996 la Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti del fanciullo aveva valorizzato la mediazione familiare, stabilendo che per prevenire e risolvere i conflitti ed evitare procedure che coinvolgano un fanciullo dinnanzi ad un'autorità giudiziaria, "le parti incoraggiano la mediazione o ogni altro metodo di soluzione dei conflitti, nonché la loro utilizzazione per concludere un accordo nei casi che le parti riterranno opportuni" (art. 13)[14].

Una visione favorevole al ricorso a strumenti di conciliazione del conflitto nel diritto di famiglia è presente anche nel Reg. UE/2201/2003 Bruxelles II-*bis,* sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale che, nel quadro dei rapporti genitori/figli, ha riconosciuto, nell'art. 55, lett. e), esplicito rilievo alla mediazione quale strumento di soluzione dei conflitti, trovando conferma anche nel successivo Reg. UE/2019/1111 (sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale e sulla sottrazione internazionale di minori), il cui art. 25 prevede che l'autorità giurisdizionale provveda, direttamente o, se del caso, con l'assistenza delle autorità

[14] Adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.1996 e ratificata in Italia con l. n. 77 del 20.3.2003.

centrali, a invitare le parti a valutare se siano disposte a ricorrere alla mediazione o ad altri mezzi di risoluzione alternativa delle controversie, salvi i casi in cui ciò contrasti con l'interesse superiore del minore, non sia appropriato nel caso specifico o non ritardi indebitamente il procedimento.

Il legislatore della riforma, nel quadro del potenziamento degli strumenti alternativi, attribuisce alla mediazione la natura di mezzo di composizione di una lite, ma la definisce come un istituto dalle caratteristiche "endoprocessuali o extraprocessuali" in quanto non volta alla riconciliazione della coppia in crisi, ma a rimettere ai coniugi/conviventi la "possibilità" di ricercare un dialogo riguardo all'individuazione di condizioni personali e patrimoniali successive alla separazione e al divorzio soddisfacenti per entrambi e a conservare una relazione che, nel caso di presenza di figli, è destinata a protrarsi nel tempo.[15]

Che la mediazione non sia un mezzo per riconciliare persone che intendono separarsi è indubbio, essendo finalizzata a tale obiettivo la terapia di coppia. Ciò non significa tuttavia che essa debba essere sottratta all'insieme delle ADR[16]: lo scopo che le parti si prefiggono negli incontri di mediazione non è quello di riconciliarsi, ricreando la situazione precedente al conflitto, ma di trovare un accordo, anche tramite la negoziazione assistita, per la gestione del nuovo assetto di vita posteriore alla separazione (o al divorzio), purché esso sia compatibile con il carattere indisponibile dei diritti dei soggetti coinvolti (il minore, il maggiorenne economicamente non autosufficiente ed anche, per certi aspetti, il coniuge economicamente debole) e nel rispetto di principi come il *best interest of the child* al cui riguardo il potere statuale mantiene un controllo in termini di reazione al pregiudizio che potrebbe derivare dal conflitto dei genitori[17].

3. *Le tipologie di mediazione familiare e il ruolo del mediatore*

Al mediatore è affidato il compito di aiutare la coppia a trovare un accordo che permetta ad entrambi i genitori soprattutto di continuare a svolgere il proprio ruolo.

[15] Secondo la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, p. 57, la mediazione familiare non costituisce un vero istituto di risoluzione alternativa della controversia, perché anche quando produce un accordo non risolve di per sé la lite, «essendo sempre necessario un ulteriore momento più specificamente giuridico-formale». Si legge nel testo della relazione: "In particolare, con riferimento alle ipotesi in cui si tratta di provvedimenti riguardanti i figli, essa si propone come un percorso di ristrutturazione e rigenerazione della relazione tra le parti, nella difficile transizione tra la relazione affettiva e il mantenimento di quella genitoriale. È in questo quadro psicologico e comunicativo che interviene l'assistenza di un terzo professionista, il mediatore, che svolge la sua opera con strumenti che non sono puramente giuridici, in un contesto qualificato, o setting, che non faccia percepire alle parti la tensione agonistica e avversariale del processo, ma semmai rafforzi in loro la capacità comunicativa e di confronto e con essa il proposito di mettersi d'accordo. Di qui una serie di peculiarità che deve rispettare la disciplina giuridica di questo istituto, che presenta caratteristiche al contempo endoprocessuali ma anche extraprocessuali". Confida nel maggior successo della mediazione nelle liti relative a rapporti durevoli Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 117; v. anche Licci, in Tiscini, *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10.10.2022, n° 149*, *Quaderni di Judicium*, 2023, 790.

[16] Sul nuovo assetto normativo in tema di mediazione Cecchella, *La riforma del processo in materia di persone, minorenni e famiglie*, in Id., *Il processo civile dopo la riforma, d.lgs. 10 ottobre 2022, n.149*, Bologna, 2023, 289. Ascrive la mediazione al campo delle ADR, anche dopo la riforma, Noviello, *La mediazione familiare indotta dal giudice,* in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, a cura di Cecchella, Torino, 2023, 77 ss.

[17] Sulla necessità di riempire di contenuto il concetto di "bene" da conservare o perseguire per il minore e sull'intervento del giudice a tutela del figlio nel diverso caso del rischio di pregiudizio nell'esercizio della potestà (oggi responsabilità genitoriale) di genitori separati o divorziati v. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, cit., 52.

Mediare significa "stare nel mezzo", essere a metà di due mondi separati, mettere in relazione due parti contrapposte: è un processo che consente di far evolvere in modo dinamico una situazione conflittuale, aprendo uno o più canali di comunicazione bloccati allo scopo di trovare un accordo che non sfocia necessariamente in un rapporto amichevole, ma incrementa l'efficacia della gestione delle situazioni di incertezza delle relazioni, contribuendo alla conservazione del rapporto interpersonale nell'ambiente familiare[18].

La mediazione opera attraverso l'attività di un terzo imparziale, fornito di adeguate competenze, che non "decide" per altri, ma supporta le persone nel trovare un accordo sul futuro della famiglia, sull'affidamento dei figli minori, sulla gestione della loro vita futura, sugli aspetti educativi, sulla definizione di alcuni aspetti patrimoniali, come l'assegno di mantenimento e la casa familiare, senza sostituirsi al giudice, né all'avvocato, né al consulente, valorizzando l'autodeterminazione e la capacità delle persone di riorganizzare la vita e di sfruttare le risorse presenti in ciascuna (*empowerment),* sviluppando il loro desiderio di riacquistare il senso di dignità e di rispetto perduti.

Gli approcci metodologici nel campo della mediazione si dividono sostanzialmente in due modelli di base: la mediazione "globale", cui si riconducono anche la mediazione strutturata e la mediazione negoziale e la mediazione "parziale", che comprende la mediazione sistemica, la mediazione dialogica, la mediazione terapeutica e la mediazione relazionale-simbolica.

Gli obiettivi di carattere generale sono comuni a tutti i metodi e consistono nella facilitazione della riorganizzazione delle relazioni familiari attraverso il ripristino della comunicazione interrotta, nella condivisione della responsabilità e delle competenze verso i figli, nel superamento del conflitto distruttivo e nella conservazione del rapporto per gli aspetti di interesse comune.

La mediazione globale si basa su un approccio di carattere cognitivo, con l'obiettivo di ristabilire un equilibrio tra le due posizioni tramite l'attiva partecipazione della coppia nella ricerca di un accordo che possa durare nel tempo, con il minimo accesso degli aspetti emozionali che vengono considerati solo nel quadro di una corretta valutazione del significato di alcune decisioni riguardo ai figli[19]. Si tratta di una tipologia di mediazione che generalmente non coinvolge i minori ed è svolta da un mediatore che, per la sua specifica formazione, è in grado di affrontare problemi inerenti anche i profili patrimoniali derivanti dalla crisi, come la divisione dei beni comuni, l'assegnazione della casa di abitazione, l'entità dell'eventuale assegno per il coniuge e l'apporto di ciascuno per il mantenimento dei figli. L'intervento del mediatore è qui centrato sulla possibilità di

---

[18] Pongono in evidenza questo aspetto: J.M. Haynes, *Divorce mediation. A Practical Guide for Therapists and Counselors*, Springer, New York, 1981; J.M. Haynes - G. Haynes, *Mediating Divorce: A casebook of Successful Family Negotiation*, San Francisco, 1989; Turchi - Gherardini, *La mediazione dialogica*, Milano, 2014; Canevelli - Lucardi, *La mediazione familiare*, Torino, rist. 2014, 11 ss.; Lenzi, *La poetica della mediazione*, in *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, a cura di Cosi e Foddai, Milano, 2003, 50-56, secondo cui "il tempo nuovo della mediazione" allontana dal passato i confliggenti, chiusi in un'esperienza di dolore, per aprire verso un futuro in cui essi possono tornare ad essere protagonisti del loro rapporto.

[19] Sostenitore della mediazione globale è Haynes, *The Fundamental of Family Mediation*, New York University Press, 1994. J.M. Haynes e Buzzi, *Introduzione alla mediazione familiare*, cit., 3, 18 ss., descrivono altri modelli riconducibili alla categoria della mediazione globale, come la mediazione "trasformativa", connotata dalla realizzazione del processo di *self empowerment* e dal reciproco riconoscimento (*recognition*), attraverso un "confronto costruttivo" e un "dialogo riflessivo" e la mediazione "valutativa" che, comportando un grado di intervento del mediatore piuttosto elevato, è considerata inadatta ai conflitti familiari.

modificare le opzioni/soluzioni che ciascuna parte propone e di trasformare le soluzioni di partenza per raggiungere un accordo. Nella versione "strutturata", la mediazione si prefigge il fine di aiutare a migliorare le condizioni di vita secondo una procedura che consente a tutti di ottenere il massimo vantaggio e di sfruttare le medesime opportunità, sulla base del presupposto della potenzialità insita nelle persone di affrontare una separazione e di trarre dalla sofferenza la capacità di assumere decisioni razionali e responsabili[20].

La mediazione parziale si svolge ed è incentrata su problematiche di tipo relazionale[21].

Il modello più diffuso di mediazione parziale è quello c.d. «sistemico», fondato sulla psicologia sistemica, che ha costituito la base della terapia familiare e prevede la partecipazione dei figli anche minori. L'attenzione del mediatore è qui concentrata sulla comunicazione e sulle interrelazioni fra i soggetti appartenenti al sistema, dei quali il mediatore intercetta i messaggi che vengono inviati attraverso i canali di comunicazione verbali e non verbali, con l'obiettivo di modificare le regole che governano il sistema e individuare le possibili soluzioni al conflitto. Le sedute si concentrano sulla funzione genitoriale e sui rapporti intercorrenti tra i genitori e tra questi e i figli e, solo marginalmente, su aspetti patrimoniali, lasciati alla competenza dell'avvocato.

In tale pratica si ritiene fondamentale, ai fini della riuscita dell'intervento, nell'ambito dell'ascolto delle parti, l'elaborazione delle emozioni e dei vissuti attraverso un apporto empatico del mediatore che non assume un ruolo attivo, ma di orientamento nella percezione dei sentimenti originati dal conflitto. Il percorso è spesso proposto dagli specialisti della mediazione "relazionale -simbolica" che si occupa dei legami (di coppia e tra generazioni) e del fondamento delle relazioni familiari al di là dei cambiamenti storici; in una sua variante, la metodologia è seguita anche dai sostenitori della consulenza tecnica, quale terreno idoneo alla trasformazione non traumatica delle relazioni familiari e alla composizione del conflitto[22].

---

[20] Il metodo, sviluppato da COOGLER, *Structured Mediation in Divorce Settlement*, cit., si articola in quattro fasi: definizione del problema, raccolta delle informazioni, formulazione delle opzioni, scelta dell'opzione, secondo il criterio della migliore soluzione possibile cui segue la redazione di un verbale del processo di mediazione che costituisce la base per il lavoro dell'avvocato. La mediazione negoziale differisce dalla mediazione strutturata per l'adozione della tecnica del *problem solving,* in cui il mediatore traduce le posizioni in interessi reali e per l'utilizzo del *brainstorming* che conduce le parti all'elaborazione di tutte le possibili soluzioni e a sviluppare la loro creatività, sospendendo il giudizio critico.

[21] MAZZEI - NERI, *La mediazione familiare. Il modello simbolico generazionale*, cit.; CIGOLI - SCABINI, *La mediazione familiare: l'orizzonte relazionale-simbolico,* in SCABINI e ROSSI, *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie,* Milano, 2004, 19 ss.

[22] CIGOLI, *Introduzione. Divorziare: diritti, dolori, eternità dei legami*, in AA.VV., *La consulenza tecnica nei procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 14, ma anche 40. Costituisce una variante della mediazione parziale la mediazione terapeutica (TFM) che procede secondo un approccio clinico e si concentra non tanto sul conflitto, quanto sulle persone, sugli aspetti emotivi della crisi alla ricerca della soluzione emotiva e affettiva, focalizzata sulle interazioni, sulle variazioni relazionali intervenute nella coppia e sulle interazioni della famiglia, comprensiva di parenti, amici ecc., escludendo approfondimenti sui fatti e sulle posizioni delle parti. Al negoziato segue, in questa tipologia di mediazione, il *follow up*, vale a dire la verifica di routine della tenuta dell'accordo a distanza dalla sua conclusione. V., sul tema, IRVING, *Divorce Mediation: the Rational Alternative, PLP*, Toronto, 1981; IRVING - BENJAMIN, *Family Mediation: Theory and Practice of Dispute Resolution*, Toronto, 1987. Un altro modello utilizzato nella prassi è quello della mediazione dialogica (TURCHI - GHERARDINI, *La mediazione dialogica*, cit., 61 ss.), fondata sull'abilità del mediatore di generare, attraverso una diversa lettura della "configurazione discorsiva" del conflitto, e quindi attraverso il linguaggio e l'uso dei simboli, un'altra realtà rispetto a quella anticipata dalle parti in conflitto, intesa come patrimonio comune ad entrambi che non era stata individuata nella fase critica del rapporto, idonea a innescare un processo di assunzione di responsabilità.

È essenziale, nella mediazione sistemica, che il professionista possieda competenze di tipo psicologico o psicopedagogico tali da sostenere la coppia (e la prole) nella comprensione delle ragioni dei cambiamenti e delle scelte compiute, considerato che, in questo caso, nella stanza di mediazione, oltre che sulle posizioni di ciascun partner, il mediatore si concentra sul vissuto dei bambini o dei ragazzi con i genitori separati, sollecitando un approccio basato sulla bigenitorialità, con particolare attenzione ad evitare l'instaurarsi di meccanismi di colpevolizzazione che comporterebbero il fallimento del percorso e l'avvitamento dei genitori su se stessi.

Il tema della genitorialità può essere trattato anche nei confronti dei figli maggiorenni che assistono al dissolvimento del legame dei genitori in un momento in cui anch'essi percepiscono il desiderio di autonomia e allontanamento dal nucleo familiare: la necessità di costruire nuove esperienze fuori dalla famiglia deve rendersi compatibile con il senso di radicamento dell'esperienza familiare, sicché il mediatore, anche in una fase di cambiamento della fisionomia della famiglia, deve essere in grado di aiutare il figlio ad evitare sia reazioni di accelerazione nello svincolo, sia reazioni di blocco dell'indipendenza[23].

In Italia è utilizzato spesso il modello "integrato", che dà spazio alla dimensione emotivo-affettiva e alla ridefinizione dei rapporti tra i partner con la collaborazione dell'avvocato al quale è affidato il compito di "integrare" il lavoro del mediatore per gli aspetti patrimoniali[24].

Riguardo alle capacità del mediatore, la riforma ha il pregio di aver potenziato i requisiti di formazione e competenza con regole che dovrebbero assicurarne la professionalità e l'adeguata formazione.

L'art. 4 del d.lgs. n. 149/2022, a tal fine, introduce il capo I-*bis*, intitolato "*Dei mediatori familiari*" nelle disp. att. c.p.c., all'interno del Titolo II, offrendo una legittimazione normativa di rango primario ad una figura professionale rimasta a lungo ai margini del sistema processuale, ordinata da alcuni anni secondo la norma UNI 11644.2016 che detta regole sull'attività e sui programmi di formazione del mediatore[25].

La professione di mediatore familiare rientra oggi ufficialmente tra le professioni non organizzate in ordini o collegi o "professioni associative" regolate dalla l. n. 4/2013 (art. 1, 2° comma), restando al di fuori delle professioni ritenute di particolare interesse pubblico o attinenti a interessi costituzionalmente garantiti regolate in ordini professionali.

---

[23] Canevelli - Lucardi, *La mediazione familiare*, cit., 72 ss. Non è favorevole alla presenza dei bambini nella mediazione Bernardini, *La mediazione familiare tra affetti e diritti,* cit., 104 ss.*;* Id., *Finché vita non ci separi,* Milano, 1995*; contra,* Rampolla, *La mediazione globale e la mediazione parziale*, in *La mediazione familiare*, a cura di Cagnazzo, cit., 103.

[24] Bernardini, *La mediazione familiare tra affetti e diritti*, in *Il coraggio di mediare,* a cura di Scaparro, Milano, 2001, 13-127; Id., *Una famiglia come un'altra*, Milano, 1997; Id. (a cura di), *Genitori ancora. La mediazione familiare nella separazione*, Milano, 1994. La necessità di un dialogo tra tutti gli attori del dramma familiare è posta in luce da. Scaparro - Vendramini, *Pacificare le relazioni familiari*, Trento, 2018 e da Servetti - Rodella - Vendramini, *Mediazione familiare: il giudice, l'avvocato e il mediatore*, in *Officina del diritto,* Milano, 2023.

[25] I corsi di formazione, realizzati di concerto con le associazioni professionali di mediatori familiari, possono trarre origine anche da un'iniziativa accademica (così l'Università di Genova che ha già avviato più edizioni), devono avere una durata di due anni, forniscono competenze di tipo psicologico, legale, di tecniche di mediazione e prevedono lezioni frontali, *role playing* e tirocinio (240 ore), in vista del superamento di due livelli di esami necessari per l'esercizio dell'attività e l'iscrizione alle associazioni nazionali di categoria.

Gli artt. 12 *bis* - 12 *sexies,* in conformità a quanto disposto nella l. n. 206/2021, rinviano, quanto all'individuazione delle regole deontologiche, delle tariffe applicabili, della disciplina dell'attività del mediatore e della sua formazione, agli emanandi decreti ministeriali, prescrivendo nel contempo la redazione e la conservazione di un elenco di mediatori familiari presso ogni tribunale, fissando i requisiti di iscrizione e la costituzione di un comitato di controllo[26].

La riforma del processo ha ritenuto indispensabile mettere ordine in un settore fino ad oggi poco regolamentato, puntando sulla qualità delle competenze del mediatore al quale è richiesta una condotta morale specchiata, un'adeguata formazione e una specifica competenza sul diritto di famiglia, tutela dei minori, violenza domestica e di genere, nel rispetto della normativa dettata dalla l. n. 4/2013 sulle professioni non organizzate in ordini o collegi o "professioni associative", con lo scopo di supportare le persone nella soluzione dei problemi, senza prendere alcuna decisione, né compiere alcuna valutazione di ordine professionale o etico, né assumere ruoli diversi, come l'avvocato o il terapeuta.

Qualunque sia la scelta metodologica adottata, la disciplina della professione di mediatore familiare fissa regole di selezione degli operatori, assicurando, tramite il sistema giudiziario e con la collaborazione delle associazioni professionali di mediatori familiari, un controllo sulla loro competenza e serietà.

4. *Le nuove norme sulla mediazione familiare nel processo di famiglia: un'occasione perduta?*

La riscrittura del processo civile e la creazione del rito unificato in materia di persone, minorenni e famiglie, nel riconoscere alla mediazione uno spazio normativo, ne ridimensionano al contempo la valenza operativa all'interno del sistema di preclusioni previsto nella fase introduttiva del procedimento.

In precedenza contemplata solo all'interno dell'art. 337-*octies* c.c. (e nell'art. 342-*ter*, 2° comma), la mediazione familiare ha ricevuto considerazione sul piano normativo, come anticipato, nell'art. 473-*bis*.10 c.p.c. (*mediazione familiare*) e nel successivo art. 473- *bis*.14 (*deposito del ricorso e decreto di fissazione dell'udienza*), norme collocate nel Titolo IV *bis*, inserito nel del II libro del codice di procedura civile, con cui il legislatore ha inteso proporre alle parti una soluzione diretta a comporre la lite, senza tuttavia incentivare realmente il ricorso a tale strumento.

A tale constatazione si perviene non tanto per ragioni legate alla non obbligatorietà della mediazione, profilo sul quale, in virtù della natura e dell'indisponibilità di molti dei diritti oggetto di contesa e dell'esigenza primaria di tutela della parte più debole del rapporto (almeno finché non saranno previste sul piano delle politiche sociali misure dirette a sostenere i costi) si concorda, quanto per l'articolato meccanismo di scadenze processuali della fase introduttiva del giudizio che prefigura difficoltà di utilizzo dello strumento.

[26] Oggi sono già presenti presso molti tribunali sportelli informativi sulla mediazione familiare che conservano un elenco di mediatori familiari con professionalità accertata secondo la normativa UNI 11644.2016. L'art. 12-*ter* disp. att. c.p.c., che innova sul punto, dispone che l'elenco dei mediatori familiari sia tenuto dal Presidente del tribunale, formato da un Comitato presieduto dal Presidente del tribunale, composto anche dal Procuratore della Repubblica e da un mediatore che esercita l'attività nel circondario del tribunale, designato dalle associazioni professionali inserite nell'elenco del Ministero dello sviluppo economico, revisionato ogni quattro anni.

Riguardo alla volontarietà, le nuove disposizioni concepiscono la mediazione come un'opportunità offerta alle parti che possono/devono essere informate della sua utilità.

Nel primo comma dell'art. 473-*bis*.10, l'intento "rafforzativo" dello strumento conciliativo della mediazione si traduce nella facoltà del giudice, in ogni momento del processo, di "informare" le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e di "invitarle a rivolgersi a un mediatore" scelto tra le persone iscritte nell'elenco formato a norma delle disp. att. del c.p.c. cui si è fatto cenno sopra (capo I-*bis* – Dei mediatori familiari – artt. 12-*bis*- art. 12-*sexies*).

La finalità dell'informativa è chiara e delimitata: rimettere al giudice, anche in una fase avanzata del procedimento, il compito di suggerire alle parti di rendersi artefici delle scelte successive all'allentamento o allo scioglimento del vincolo e riorganizzare le relazioni familiari previa raccolta di notizie (presso gli sportelli informativi) circa la finalità, i contenuti e le modalità del percorso di mediazione, al fine di valutare se intraprenderlo con l'ausilio di un professionista qualificato.

Il secondo comma dell'art. 473-*bis*.10 riprende il contenuto del primo nel rendere possibile per il giudice, sempre in via discrezionale, qualora ne ravvisi l'opportunità e comunque con il consenso delle parti, il rinvio dell'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 473-*bis*.22 (che coincidono con i provvedimenti temporanei e urgenti ritenuti opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle domande da questi proposte e dei figli, tra cui la fissazione dell'assegno, i provvedimenti sulle istanze istruttorie con fissazione del calendario del processo e sulla discussione della causa), per consentire che esse, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli, finalità questa già presente nell'art. 337 *octies*, 2° comma c.c. rispetto ai provvedimenti di cui all'art. 337-*ter c*.c.

La disposizione da ultimo citata, in tema di provvedimenti relativi ai figli, nel prevedere, nel 4° comma, il recepimento da parte del giudice degli accordi raggiunti dai genitori, ne valorizza il contenuto quando essi costituiscano l'esito di un percorso di mediazione familiare, armonizzandosi con le disposizioni dettate a favore di soluzioni conciliative, in ossequio al principio di cui all'art. 22 lett. a) della l. 206/2021 che dispone il coordinamento delle norme collocate nei diversi testi legislativi vigenti.

L'art. 473-*bis*.10 non impone un obbligo di informativa che invece compare nell'art. 473-*bis*.14, dedicato alla fase introduttiva del procedimento.

La norma, in cui non è più prevista l'udienza presidenziale, prevede nel 4° comma che il presidente, con lo stesso decreto con cui designa il giudice relatore, fissi l'udienza di prima comparizione (2° comma), informi il convenuto che la costituzione oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza implica le decadenze previste negli artt. 38 e 167 c.p.c., informi la parte della possibilità, in presenza dei relativi presupposti, di presentare istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato e informi le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare, con esclusione dei casi di violenza domestica o di genere.

Nonostante l'obbligo di informativa, la mediazione familiare, ancorché ritenuta degna di una collocazione nel contesto del codice di procedura civile, è inserita in un meccanismo processuale che ne indebolisce il valore di strumento di soluzione dei conflitti.

Sotto questo profilo, la serrata sequenza dei tempi di deposito degli atti introduttivi e delle successive memorie fissata nell'art. 473-*bis*.14 e 473 *bis*.17, – peraltro non prevista nei criteri della legge delega – che prevede specifiche decadenze, con riguardo ai diritti disponibili (ex art. 473-*bis*.19), appare confezionata in modo tale da frustrare il ruolo

della mediazione e vanificare, in sostanza, nella maggioranza dei casi, il suo effetto pacificatorio.

I termini previsti dalle nuove norme del codice di procedura civile (60-30-20-10-5 giorni), assoggettati alle decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c. e la previsione, per parte attrice, della facoltà di replicare in modo "chiaro e specifico" sui fatti allegati dal convenuto, modificando e precisando a pena di decadenza, le domande e le conclusioni già formulate, oltre alle domande ed eccezioni che sono conseguenza delle difese del convenuto, indicando i mezzi di prova e i documenti entro venti giorni prima della data dell'udienza (art. 473-*bis*.17, 1° comma), cui corrisponde analogo diritto del convenuto da esercitarsi entro dieci giorni da tale data (art. 473-*bis*.17, 2° comma) e la previsione di un'ulteriore memoria per l'attore entro cinque giorni (ex art. 473-*bis*.17, 3° comma), appaiono ostili ad un percorso di mediazione.

Il regime di preclusioni introdotto sul piano istruttorio, finalizzato a raccogliere entro la prima udienza, tutto il materiale necessario perché il giudice possa provvedere sulle istanze delle parti "senza ulteriori rinvii"[27], considerato che il percorso di incontri si snoda generalmente in un periodo di tempo di circa tre mesi, tra sessioni congiunte e separate, impedisce che la mediazione possa "funzionare".

Inoltre, la necessità di adottare da subito il complesso delle strategie di difesa, *ivi* compresa la domanda di addebito, rimasta graniticamente e anacronisticamente nel palinsesto normativo, enfatizza la lite, in contrasto con lo spirito della mediazione.

L'informativa sulla mediazione perde dunque di significato perché le parti si trovano costrette, tramite il deposito di tutte le memorie, a schierare tutta «l'artiglieria» di cui dispongono contro l'altra parte, perdendo l'opportunità di superare la fase più critica del conflitto e subendo gli effetti devastanti dell'estremizzazione di ciascuna delle posizioni.

Il giudice potrebbe consentire lo svolgimento del percorso di mediazione rimettendo le parti in termini, sulla base di un accordo[28] e con istanza congiunta, ma tale soluzione non è contemplata a livello legislativo e allo stato attuale non è chiaro l'orientamento dei tribunali sul punto (sarebbe stato opportuna un'esplicita previsione nella trama normativa per la fase dell'udienza di comparizione davanti al giudice relatore), sicché resta il dubbio di incappare nel meccanismo delle preclusioni, ad onta del provvedimento del giudice, soprattutto nel caso in cui, in presenza di un accordo sulla sospensione dei termini, una delle parti revochi il mandato al proprio avvocato, affidando l'incarico ad un altro professionista che potrebbe eccepire la decadenza non ritenendosi vincolato all'accordo intercorso in precedenza; maggiori garanzie potrebbero essere offerte, sotto l'aspetto indicato, da una circolare ministeriale interpretativa o da un pronunciamento della Cassazione.

Così com'è concepito, l'ingresso della mediazione familiare nel processo risulta dunque difficilmente praticabile, con la conseguenza che se non sono le stesse parti spontaneamente e preventivamente a rivolgersi a un mediatore, le *chances* di addivenire ad una soluzione della controversia tramite mediazione rischiano di svanire.

5. *Il divieto di ricorso alla mediazione*

A causa della preoccupante e crescente diffusione del fenomeno della violenza di genere e familiare, nell'impianto del nuovo processo di famiglia è previsto un esplicito

[27] Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, cit., 60.

[28] Ne rileva la possibile valenza CARRATTA, *Le riforme del processo civile,* Torino, 2023, 145.

divieto del ricorso alla mediazione familiare quando dal contesto conflittuale emergano segnali di violenza.

La finalità protettiva delle vittime di condotte aggressive integranti violenza giustifica il precetto dell'art. 473-*bis*.43 che vieta di ricorrere alla mediazione familiare nei casi di violenza intra-familiare e spiega l'eliminazione del riferimento alla mediazione nelle norme che attualmente regolano gli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 473-*bis*.69, 473-*bis*.70, 473-*bis*.71 c.p.c.) nel cui ambito era in precedenza previsto che il giudice potesse disporre l'intervento dei servizi sociali o di un centro di mediazione familiare (così era disposto nell'art. 342-*ter*, 2°comma c.c.).

L'art. 473-*bis*.70, quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, consente al giudice, su istanza di parte (come previsto anche antecedentemente al d.lgs. n. 149/2022), l'adozione di un decreto contenente provvedimenti contro la parte che ha tenuto la condotta pregiudizievole (ordine di cessazione della condotta, allontanamento dalla casa familiare, prescrizione di non avvicinamento ai luoghi frequentati dal beneficiario), può disporre l'intervento servizi sociali e delle associazioni a tutela delle vittime di abusi e imporre il pagamento dell'assegno di mantenimento a favore dei soggetti che a seguito dei provvedimenti suddetti restino prive di mezzi adeguati, ma non può più disporre, come stabilito nel testo dell'art. 342-*ter*, 2° comma c.c., l'intervento di un centro di mediazione familiare.

Le ragioni sono riconducibili alla necessaria armonizzazione delle nuove norme con le prescrizioni contenute nella Convenzione di Istanbul del 2011, recepita in Italia con l. n. 77/2013, secondo cui è precluso il ricorso a mezzi di conciliazione laddove vengano violati diritti umani con condotte integranti violenza domestica o di genere nei confronti delle donne o di altri membri della famiglia, anche minorenni, atti di violenza che il Consiglio d'Europa intende reprimere quale primario obiettivo delle sue azioni (art. 48).

Il compimento di atti di violenza domestica, nelle sue versioni fisica, psicologica ed economica, anche in forma di prevaricazione e di sopraffazione verso un membro (o più) della famiglia, oltre che di violenza assistita, tali da integrare anche eventuali condotte rivelatrici dell'inadeguatezza di un genitore violento, non è compatibile con l'avvio o il mantenimento di un percorso diretto a favorire la comunicazione e il riavvicinamento di posizioni in conflitto.

In particolare, l'art. 473-*bis*.42, 3° comma, all'interno della sezione I del capo III (*Disposizioni speciali*), del codice di procedura civile, dedicata alla violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori (art. 473-*bis*, n. 40), prevede espressamente, nel rispetto della Convenzione, che in presenza delle condizioni sopra indicate, il decreto di fissazione dell'udienza non contenga l'invito a rivolgersi ad un mediatore familiare previsto dall'art. 473-*bis*.14. La norma, in attuazione dei principi contenuti nell'art. 1, 23° comma, lett. f), m), n) della legge delega che escludono il ricorso alla mediazione nei casi di violenza di genere o domestica, impedisce l'inserimento dell'invito del giudice nel decreto quando nei confronti di una delle parti è stata pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche non definitiva, o provvedimento cautelare civile o penale o, ancora, quando pende procedimento penale in una fase successiva ai termini di cui all'art. 415-*bis* c.p.p. (che si riferisce all'avviso all'indagato della conclusione delle indagini preliminari) per abusi o violenze.

Il successivo art. 473-*bis*.43, come accennato, è rivolto specificamente alla mediazione familiare per escluderne l'avvio o la prosecuzione in conformità a quanto disposto nell'art. 473-*bis*.42, 3° comma, relativamente alle condotte di cui all'art. 473-*bis*.40 (*abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte*

nei confronti dell'altra o dei figli minori), quando tali condotte sono allegate o comunque emergono in corso di causa (1° comma).

Il 2° comma della norma dell'art. 473-*bis*.43 impone al mediatore di interrompere immediatamente il percorso di mediazione familiare intrapreso se emerge notizia di abusi o violenze: il mediatore è quindi tenuto ad accertarsi, durante il dialogo con le parti e con i figli – se si tratta di una mediazione in cui è prevista la partecipazione dei figli minori – attraverso le metodologie utilizzate nel campo di sua competenza se all'interno della famiglia si siano verificate situazioni in cui siano emerse condotte violente o abusive che possano precludere il percorso di mediazione o giustificare l'interruzione dell'attività diretta a cercare un accordo.

In tema di violenza di genere o domestica, come già accennato, è richiesta un'adeguata formazione nell'art. 12 *sexies* disp. att. c.p.c. (come da principio indicato nell'art. 1, comma 23, lett. p della legge delega) che valorizza la necessità di una specifica competenza del professionista mediatore familiare, mirata non solo a conoscere – quanto meno nei suoi principi generali – il diritto di famiglia, ma anche a possedere le competenze per identificare un fenomeno sempre più diffuso nell'ambito delle relazioni familiari ove potrebbero emergere situazioni di vittimizzazione secondaria che ricorre quando le stesse autorità chiamate a reprimere il fenomeno ne sottovalutano o non ne riconoscono la sussistenza consentendo indirettamente il perpetrarsi degli atti di violenza[29].

Sotto questo profilo, al mediatore sono richieste conoscenze in campo giuridico e psicologico, oltre che di tecniche di mediazione che gli consentano di comprendere, dai colloqui nella stanza di mediazione, se le situazioni esaminate siano incompatibili con il percorso a causa della ricorrenza di segnali di un'attitudine "potenzialmente" violenta di un coniuge o di un convivente al quale sarebbe concesso, in tal modo, di approfittare della mediazione per avvicinarsi alle vittime, in contrasto con la norma che prescrive, invece, l'allontanamento.

Qualche dubbio interpretativo residua anche in questo caso riguardo al significato riservato al concetto di "allegazione" e di "emersione" di notizie in corso di causa, di cui all'art. 47 -*bis*.43, 1° comma, c.p.c., posto che con tale espressione si potrebbe intendere sia la mera conoscenza dei fatti attraverso le dichiarazioni dei soggetti coinvolti, sia l'avvenuta presentazione di eventuali denunce.

La *ratio* di queste disposizioni, dirette a impedire il ricorso allo strumento conciliativo, induce a ritenere che qualsiasi notizia di violenza emersa anche da mere dichiarazioni e/o descrizioni di situazioni e condotte tenute da parte dei soggetti coinvolti nel percorso comporti la necessità per il mediatore di astenersi dallo svolgimento dell'attività.

6. *Brevi note conclusive*

Gli strumenti alternativi al processo nel diritto di famiglia non riconciliano, né restituiscono l'amore perduto, i progetti, la felicità, ma se governati da professionisti competenti sul tema, possono consentire un'attenuazione dei rancori e il superamento delle difficoltà generate dalla disgregazione familiare a favore della continuazione del progetto genitoriale. Il dialogo della mediazione, attraverso la riattivazione del canale

[29] Per l'importanza della formazione del mediatore v. la Relazione della Cassazione n. 113/2022, cit., 104 ss.

di comunicazione e la ricerca dell'accordo, aiuta la coppia genitoriale (e non) a ritrovare un accordo, responsabilizzandola nell'organizzare e gestire la vita futura della famiglia.

Il valore deflattivo della comunicazione e della condivisione del progetto genitoriale futuro affiora anche dall'art. 473-*bis*.50 c.p.c., secondo cui il giudice, quando adotta i provvedimenti temporanei e urgenti ex art. 473-*bis*.22, indica le informazioni che ciascun genitore è tenuto a comunicare all'altro, allo scopo di evitare derive conflittuali derivanti dall'esigenza non soddisfatta di un genitore di avere notizie sulla vita del figlio da parte dell'altro. Nella medesima direzione sembra operare la norma nella parte in cui richiama il "piano genitoriale" (cui si riferisce anche l'art. 473-*bis*.12, ultimo comma) che il giudice può proporre per facilitare l'organizzazione della vita dei figli in campo scolastico, educativo, sociale, ludico, nelle alternanze di tempo con i genitori, che dovrebbe limitare al minimo i motivi di contesa, tenuto conto anche dei piani proposti dalle parti[30].

Le soluzioni indicate dal legislatore contribuiscono a rimuovere il rischio di un'"etero-gestione" dei rapporti genitori-figli che, nei casi di aspro conflitto, si trasforma in una "supervisione" da parte di soggetti estranei alla famiglia, non sempre così necessario. Tra questi, il coordinatore genitoriale (che oggi pare aver trovato una veste giuridica nella figura dell'esperto nominato su richiesta delle parti ex art. 473-*bis*.26,) riguardo alla cui partecipazione alle dinamiche familiari rinnovo le riserve che ho ritenuto di esprimere in passato[31], che insieme ai terapeuti, ai consulenti a vario titolo coinvolti, al curatore del minore, agli educatori, ai rappresentanti dei servizi sociali, cristallizzano una figura di genitore bisognoso di una sorta di "amministrazione di sostegno", affievolendone identità e funzioni[32] che, invece, devono invece essere valorizzate nel processo di adattamento alla nuova situazione, cui tende la mediazione[33].

L'utilità del raggiungimento di un accordo si concilia anche con la norma dell'art. 473-*bis*.49 c.p.c. che, nell'introdurre nel primo comma la novità del cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e nel ridurre sempre più la distanza fra separazione e divorzio, incoraggia le parti a regolare definitivamente e complessivamente le condizioni personali post-coniugali anche con

[30] Nella maggioranza dei Tribunali è adottato lo schema di piano genitoriale redatto dal CNF. Il piano accettato dalle parti e poi disatteso dà origine ad un comportamento che può essere sanzionabile ex art. 473-*bis*.39.

[31] La figura dell'esperto, iscritto all'albo dei consulenti tecnici d'ufficio o al di fuori di esso, in caso di accordo tra le parti, è stata introdotta "per intervenire sul nucleo familiare al fine di superare i conflitti tra le parti, fornire ausilio per i minori e agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazione tra genitori e figli" Sul coordinatore genitoriale, Piccinelli - Mazzoni - Carter, *La coordinazione genitoriale, dagli Usa un nuovo intervento di supporto per le coppie in separazione/divorzio ad elevata conflittualità cronica*, in *Dir. fam. min*. 2014, 1 ss.; più recentemente D'Adamo, *La coordinazione genitoriale nella riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2023, 481.

[32] Si può pensare alla pericolosità di certe categorie nosografiche, come la PAS (*Parental Alienation Syndrome*, elaborata da Gardner, *The Parental Alienation Syndrome,* Creative Therapeutics, Cresskill, 1992), che hanno trasformato in sindromi le dinamiche relazionali della coppia in separazione: la strumentalizzazione di questa figura, non riconosciuta dalla scienza medica come patologia, e invocata nell'ambito di rapporti genitoriali complessi per colpevolizzare uno dei genitori spesso allo scopo di ottenere l'affidamento esclusivo del minore, ha prodotto effetti opposti al superamento della crisi, enfatizzando per converso il contrasto e privando, nei casi più estremi, i figli dei loro genitori. V. *ex multis*, Bruch, "*Parental alienation syndrome: Junk science in child custody determinations*", in *European Journal Law Reform*, 2002, 3, 383; Gulotta - Cavedon - Liberatore, *La sindrome da alienazione parentale (PAS). Lavaggio del cervello e programmazione dei figli in danno dell'altro genitore*, Milano, 2008. I dubbi sulle modalità di valutazione dei comportamenti riconducibili a sindromi di natura patologica emergono anche in giurisprudenza: recentemente v. Cass., 16.5.2019, n. 13274, in *Dir. fam. e pers.*, 2019, 1156 ss.

[33] Sul punto, Walsh, *La resilienza familiare*, trad. E. Ranieri, Milano, 2008, 19 ss.

riferimento alla prole, prevenendo il rischio che una successiva discussione sullo scioglimento del vincolo dopo la separazione favorisca l'insorgere di un nuovo contenzioso[34].

In questo scenario, la riforma delinea la mediazione familiare come una risorsa per gestire la vicenda della separazione o del divorzio nel rispetto della bigenitorialità.

Come si è tentato di porre in evidenza, tuttavia, nel momento in cui si valorizza la mediazione sul piano normativo se ne afferma contestualmente l'ontologica debolezza: ne deriva che laddove non siano le parti stesse, prima di iniziare la causa, a confidare nella mediazione della quale abbiano avuto notizia tramite la diffusione di una cultura sul tema o grazie ad un atteggiamento di tipo collaborativo dei difensori che ne propugnino il ricorso, lo strumentario processuale non appare congegnato *prima facie* in modo da favorirne l'utilizzo.

Spetta dunque ancora agli avvocati e ai professionisti che gravitano intorno alla coppia e alla famiglia costretta a fronteggiare il trauma della separazione, in una prospettiva di cooperazione scevra da egoismi professionali e da preconcetti anacronistici e consapevole della peculiarità delle situazioni di conflitto che coinvolgono soggetti fragili come i figli minori, involontari partecipi della degenerazione della relazione tra i loro genitori, adoperarsi sinergicamente per promuovere un confronto costruttivo e sospingere le parti a negoziare i termini di un accordo che, in un terreno ove la contesa in giudizio perpetra e alimenta sofferenze, può pervenire a pacificare i rapporti familiari.

[34] Il dibattito sull'ammissibilità della domanda contestuale separazione/divorzio in sede giudiziale e/o di domanda congiunta vede contrapposte le tesi favorevoli (così, ad esempio, in giurisprudenza i Tribunali di Milano, Genova, Firenze). In dottrina, nel senso del cumulo: Lenti, *Domanda contestuale di separazione e divorzio e domanda congiunta dei coniugi*, in *QG Altalex*; F. Danovi, *Per l'ammissibilità della domanda congiunta (cumulata) di separazione e divorzio (prime riflessioni nell'era della riforma Cartabia)*, in *Fam. e dir.*, 2023, 493; Tommaseo, *Riforma Cartabia e domanda cumulata congiunta di separazione e divorzio: i tribunali di Milano e di Firenze*, in *QG Altalex*, 24.5.2023; M. Paladini, *Il* simultaneus processus *di separazione e divorzio*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di Cecchella, Torino, 2023, 54.

GILDA FERRANDO

LO STATO DI FIGLIO NEL PRISMA DELL'INTERESSE DEL MINORE

SOMMARIO: 1. L'interesse del minore come clausola generale. – 2. Diritti e interesse del minore. – 3. Interesse del minore e adozioni. – 4. Interesse del minore e stato di figlio: l'accertamento. – 5. *Segue*. La contestazione di stato. – 6. Interesse del figlio alla stabilità delle relazioni familiari e responsabilità per la procreazione. Lo stato dei figli di coppie omogenitoriali.

1. *L'interesse del minore come clausola generale*

L'ingresso dell'interesse del minore tra le circostanze rilevanti nell'attribuzione dello stato di figlio ed il suo progressivo espandersi ad aree sempre più vaste ha impresso una nuova curvatura al rapporto tra genitori e figli e ne ha rinnovato gli stessi fondamenti. Con la sua flessibilità ha reso possibile una maggior aderenza delle regole giuridiche alla multiforme realtà delle famiglie, una realtà cangiante all'interno di una società in profonda trasformazione.

Sono passati 25 anni da quando Paolo Zatti[1] ci faceva riflettere sulle implicazioni sistematiche che derivano dall'ingresso di un elemento di tipo soggettivo in un giudizio fino ad allora centrato sul dato oggettivo della verità delle origini. E nello stesso tempo ci avvertiva dei rischi di fraintendimento, dei malintesi in cui si può cadere.

In modo esplicito se ne è parlato come di nozione "ambigua" e "confusa"[2], una confusione a volte molto pericolosa perché ha rischiato di vestire coi panni dell'interesse dei minori operazioni tendenti, invece, a perseguire finalità di tutt'altra natura. Pensiamo ad esempio, a quella meteora che è stata la c.d. "sindrome di alienazione parentale" (PAS), finalmente accantonata dalla giurisprudenza, prima[3], e poi dalla recente riforma del processo civile[4]. In nome dei diritti degli adulti travestiti da diritto del minore alla bigenitorialità, sulla base di teorie psicopedagogiche non accreditate dalla comunità scientifica, veniva infatti imposta una relazione, sottovalutando le ragioni del rifiuto. Viene invece definitivamente chiarito che il diritto alla bigenitorialità è prima di tutto un diritto del minore e deve essere quindi declinato secondo modalità concrete capaci di realizzare effettivamente il suo *best interest*[5].

---

[1] ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.,*1997, I, 78, nota a CASS., 23.2.1996, n.1444 e CASS., 24.9.1996, n. 8413.

[2] LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2022, 73 ss.; ID., *Filiazione genetica e interesse del minore. La rotta perduta è perduta*?, in *Jus civile*, 2021, 3, 613.

[3] CASS., 16.5.2019, n.13272, in *Corr. giur.*, 2020, 159, con nota di CASSANO e GRIMALDI, *L'alienazione parentale nelle aule giudiziarie: ragioni dei minori e decisioni irragionevoli tra giurisprudenza e normativa sovranazionale*; CASS., 24.3.2022, n. 9691, in *Fam. e dir.*, 2022, 910, con nota di DANOVI, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale).*

[4] V. in particolare art. 473-bis 25 c.p.c.: «nella consulenza psicologica le indagini e le valutazioni su caratteristiche e profili di personalità delle parti sono consentite nei limiti in cui hanno ad oggetto aspetti tali da incidere direttamente sulle capacità genitoriali, e sono fondate su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica».

[5] CASS., 24.3.2022, n. 9691, cit.

Altre volte a vestire i panni dell'interesse del minore è un malinteso "interesse superiore". Ricordo la vicenda della fecondazione eterologa dove a sostegno del divieto contenuto nell'art. 4, c. 3, l. n. 40 si adduceva, tra l'altro, un supposto interesse del bambino che sarebbe leso a causa sia del rischio psicologico correlato ad una genitorialità non naturale, sia per la violazione del diritto a conoscere la propria identità genetica, intendendosi la c.d. "naturalità della procreazione", come un valore superiore non derogabile. In questo caso è stata la Corte costituzionale a mettere le cose a posto chiarendo che il divieto, lungi dal realizzare l'interesse del minore, in realtà mirava ad impedirne il concepimento e la nascita, evento a partire dal quale soltanto ha senso parlare di diritti e interessi del minore[6]. Il problema si pone ancora oggi con riguardo alla regola (art. 5, l. n. 40) che riserva alla "coppia" (ed alla coppia di sesso diverso) l'accesso alla fecondazione eterologa escludendone la donna sola (e le coppie di donne). In questo caso il principio che si fa valere è quello della coincidenza tra interesse del bambino e garanzia della doppia figura genitoriale, sovrapponendo, «il velo del migliore interesse del minore ad una sostanziale valutazione di interesse pubblico»[7] .

Anche nella recente sentenza delle S.U. l'inammissibilità del riconoscimento degli atti di nascita stranieri che indicano la doppia paternità del figlio nato da GPA all'estero[8], viene, tra l'altro, motivata in considerazione dell'esigenza della valutazione in concreto dell'interesse del minore al riconoscimento da parte del genitore intenzionale, esigenza che sarebbe soddisfatta solo nel corso del procedimento giudiziale di adozione particolare e non in quello amministrativo innanzi all'ufficiale di stato civile. In questo modo non solo si confonde tra "interesse concreto del minore" e "diritto" del figlio all'identità e allo stato nei confronti di colui che è responsabile della sua venuta al mondo e che per questo è già suo genitore. Ancor prima si fa un uso retorico dell'"interesse del minore" strumentale alla realizzazione del "superiore interesse" alla prevenzione e sanzione della maternità surrogata. Il fatto che qui siano in gioco diritti fondamentali della persona dovrebbe invece far tenere distinte la legittima finalità sanzionatoria della condotta degli adulti dalla tutela dei diritti del bambino[9]. Non si deve infatti perdere di vista che è il bambino al centro della scena: perché è vero che la maternità surrogata è illegale[10], è vero che il contratto

---

[6] Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 802, con mio commento, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, ivi,* 2014, II, 392: «*la PMA di tipo eterologo mira a favorire la vita*». Proprio in quanto mira a rendere possibile una nascita che altrimenti non ci sarebbe stata, essa pone «*problematiche riferibili eminentemente al tempo successivo alla nascita*».

[7] Zatti, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale,* cit., 88.

[8] Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, con nota di Calderai e mia opinione. In precedenza, v. Cass., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 740, con commento di Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*, 737 ss. E cfr. anche il mio commento, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 815.

[9] Al riguardo v. Corte cost., 28.11.2002, n. 494, in *Familia*, 2003, 848 ss., con note di Ferrando e Landini, a proposito dei figli nati da incesto e v. anche, a proposito della fecondazione eterologa, Corte cost., 26.9.1998, n. 347, in *Corr. giur.*, 1998, 1294, con nota di Carbone; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51, con nota di Palmerini; Cass., 16.3.1999, n. 2315, in *Corr. giur.*, 1999, 429 ed *ivi*, a p. 401 un commento di Schlesinger, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 523, con nota di Palmerini; in *Fam. e dir.*, 1999, 237, con nota di Sesta, *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore.*

[10] A partire da Corte cost., 18.12.2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 546, con commento di Gorgoni, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello* status filiationis*, ivi*, 540 ss. e in *Corr. giur.*, 2018, 446, con mia nota, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore.*

è illecito[11], ma il bambino no, con la nascita è persona, titolare di diritti autonomi e non dipendenti dalla buona volontà di genitori o giudici[12].

2. *Diritti e interesse del minore*

Uno dei motivi di confusione più ricorrenti deriva dalla sovrapposizione tra "diritti" e "interesse" del minore. Vi è ormai un ampio consenso, anche in giurisprudenza, nel riconoscere che l'interesse del minore costituisce una clausola generale, una norma elastica, che attribuisce al giudice il potere di definire il precetto normativo in relazione alle circostanze del caso concreto, facendo perciò riferimento a quelle proprie del contesto in cui il minore si trova a vivere, tenendo conto della sua personalità, dei suoi bisogni esistenziali. Questi poteri discrezionali vanno d'altra parte esercitati avendo come punto di riferimento i principi generali del nostro ordinamento, i precetti costituzionali che li esprimono. Da questo punto di vista, la clausola generale vale a conformare il contenuto dei diritti del bambino tenuto conto del caso concreto. Il principio dell'interesse del bambino presuppone il riconoscimento dei diritti del bambino – di cui costituisce modalità attuativa – e si comprendono allora le ragioni per cui se ne cominci a parlare a partire dalla seconda metà degli anni Sessanta del secolo scorso quando si fa strada la cultura dei diritti del bambino, quando il bambino, da oggetto dei diritti degli adulti, viene riconosciuto come autentico titolare di diritti. Il carattere "funzionale" che, in questo contesto, assumono i poteri dei genitori nei confronti dei loro figli, porta ad attribuire "preminenza" all'interesse del minore. Il rapporto tra "diritti" e "interesse" del minore emerge con chiarezza nella Convenzione di New York, dove, a fronte del riconoscimento di un'ampia serie di diritti del fanciullo (diritto alla vita, alla salute, alla cittadinanza, all'identità, ad essere ascoltato, a partecipare alle procedure giudiziarie o amministrative che lo concernono, alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, a non subire interferenze nella vita privata, ad essere difeso da ogni forma di violenza, oltraggio, brutalità fisiche e mentali e così via) si pone la regola generale secondo cui «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente» (art. 3, l. 176/1991).

La clausola generale dell'interesse del fanciullo costituisce allora lo strumento per dare attuazione, nella varietà delle situazioni concrete, ai preminenti diritti del minore,

[11] Trib. Monza, 27.10.1989, in *Foro it.*, 1990, I, 298. V. inoltre Trib. Roma, 14.2.2000, in *Nuova giur. civ. comm*, 2000, I, 310; Trib. Palermo, 8.1.1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 221.

[12] Al riguardo è esplicita la Corte costituzionale quando invita il legislatore a porre rimedio ad una situazione in cui i figli «*proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi*» e lo invita «*a colmare al più presto il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori*»: Corte cost., 9.3.2021, n. 32 (est. Sciarra) (e v. anche Corte cost., 9.3.2021, n. 33 (est. Viganò)) entrambe in *Nuova giur. civ. comm*, 2021, I, 616, con nota di Checchini, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale.* Per un commento, cfr. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità*, in *Questione giustizia online*; Gattuso, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in *giudicedonna.it.*; Ferrando, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 2021. Per una discussione delle due sentenze, v. *La tutela dei nati all'interno di coppie omoaffettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4/2021, con contributi di Bilotti, G. D'Amico, Ferrando, Salanitro, Venuti.

orientando alla sua realizzazione le decisioni che lo riguardano. Essa richiede che il giudice tenga conto non di un concetto astratto, riferito ai minori come categoria, ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona, della unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, del contesto personale, familiare, sociale ed economico in cui egli vive, ed in considerazione di ciò prenda la decisione che per lui, in quel momento ed in quell'ambiente, meglio promuova i suoi diritti[13].

Questa distinzione, apparentemente nitida, nella pratica si offusca quando il discorso cade non sull'interesse *del minore*, inteso nella sua specifica concretezza, ma sull'interesse *dei minori*, intesi come categoria astratta. Da questo punto di vista, l'interesse *dei minori* è la ragione sostanziale per cui la legge riconosce un certo diritto[14], essendo il diritto nient'altro che un interesse giuridicamente protetto grazie alla previsione di adeguate forme di tutela[15]. È dunque appropriato parlare di interesse *dei minori* in una prospettiva di politica del diritto, quando si mira ad ottenere la protezione di interessi ancora sforniti di tutela. Quando invece la tutela è stata assicurata e il diritto è stato riconosciuto, è di "diritti" che occorre parlare. I due piani, quello dei *diritti dei minori* e quello dell'*interesse del minore*, non debbono essere confusi: il rischio di una tale confusione essendo da un lato quello dell'indebolimento delle posizioni di diritto soggettivo del minore che finirebbero per scolorare nella più debole posizione di mero interesse; dall'altro quello di un fraintendimento della nozione stessa di "interesse del minore" quando la si valuti in base a criteri astratti e generalizzanti, piuttosto che particolari e concreti, come si conviene invece a questa clausola generale[16].

Va aggiunto qui, per concludere queste considerazioni di ordine generale, che né i "diritti" né l'"interesse" del minore costituiscono valori per così dire "tiranni", ammettendo gli uni e l'altro bilanciamenti giustificati all'interno del quadro costituzionale. Per quanto riguarda l'interesse del minore, il bilanciamento può riguardare interessi di cui il minore stesso è portatore[17], altre volte interessi che fanno capo a soggetti diversi[18]. Più problematico ritenere che possa effettuarsi anche riguardo ad interessi di carattere generale o pubblicistico, dato che nell'ambito dei rapporti familiari, di cui qui ci stiamo occupando, si assiste ad uno scolorire dell'interesse pubblico come valore che giustifica

[13] Come avevo argomentato a suo tempo: v. *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*,1998, 167 ss.

[14] Come ha spiegato molto bene Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 73 ss.

[15] Ad esempio, il riconoscimento del "diritto di conoscere le proprie origini" presuppone che in termini generali ed astratti, venga considerato come meritevole di tutela l'interesse corrispondente, l'interesse di sapere chi ci ha messo al mondo. Cfr. Corte cost., 18.11.2013, n. 278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 285, con nota di Long; Cass., sez. un. 25.1.2017, n. 1946.

[16] Pensiamo, ad esempio, alla "presunzione" che due genitori siano sempre meglio che uno, presunzione sulla cui inconsistenza, v. Zatti, *Interesse del minore*, cit., 86 ss., il quale contesta che vi sia «una valutazione legale che assumerebbe la perfetta ed esclusiva congruenza dell'interesse del minore con l'acquisizione del rapporto di filiazione con due genitori» (p. 88). L'inserimento da parte del legislatore prima (art. 250 c.c.) e della Corte costituzionale poi (n. 341/1990) dell'interesse del minore nelle valutazioni da compiere nell'attribuzione della paternità ci dice che «l'interesse del minore a non avere un padre nocivo vale più del principio di verità: e che quest'ultimo non trova forza in un astratto "*best interest*" ad avere due genitori».

[17] Si pensi al riconoscimento del figlio nato da rapporti parentali (art. 251 c.c.) dove si confrontano l'interesse al riconoscimento con quello ad evitare i pregiudizi che potrebbero derivare dal rendere pubblico l'incesto.

[18] Si pensi all'assegnazione della casa familiare dove l'interesse, per quanto "prioritariamente" considerato del figlio, si confronta con quello di altri soggetti portatori di interessi propri sulla casa (art. 337 sexies): Cass., 31.3. 2022, n. 10453, in *Fam. e dir.*, 2023, 267, con nota di Diquattro. Si pensi anche a come l'interesse del minore vada ponderato nelle decisioni relative alla frequentazione con i nonni (art. 317 bis): Cass., 23.11.2022, n. 34566, in *Fam. e dir.*, 2023, 105, con nota di Tommaseo.

il sacrificio di prerogative individuali, essendo la famiglia quella formazione sociale, intesa nel senso dell'art. 2 Cost., tesa a promuovere e non a comprimere – come accadeva in passato – il fiorire delle personalità dei suoi componenti[19].

3. *Interesse del minore e adozioni*

Nella seconda metà del secolo scorso l'interesse del minore si afferma come criterio di soluzione delle questioni inerenti ai rapporti tra genitori e figli, ai modi in cui affrontare le difficoltà da superare nel corso del loro svolgimento (artt. 330, 333 c.c.), e in occasione della crisi del rapporto di coppia e della separazione tra i genitori (art. 337 bis ss. c.c.). Nel corso del tempo, ed ora con la recente riforma del processo civile, sono state affinate le regole del procedimento entro il quale l'interesse del minore prende forma, essendo evidente, come più volte la Corte europea di Strasburgo ci ha fatto osservare, che è da questo che dipende l'effettività della sua tutela. Ascolto del minore (artt. 473 bis 4, 5, c.p.c.), nomina di un curatore speciale che ne sia effettivamente portavoce (artt. 78, 80, 473 bis 8 c.p.c.), tempestivo controllo da parte del giudice sull'operato dei servizi (art. 403 c.c.) concorrono ad affinare gli strumenti processuali necessari ad attuare, nella concretezza di ogni vicenda, i diritti del minore, il diritto alla "propria" famiglia (art.1, l. adoz.), il diritto ad intrattenere rapporti con entrambi i genitori (artt. 315 ss. c.c., 337 bis. ss. c.c.), in uno con i suoi fondamentali diritti ad essere protetto da ogni forma di violenza e di deprivazione fisica e morale.

Ormai da tempo l'interesse del minore non costituisce soltanto criterio ordinante dello svolgimento del rapporto con i genitori, ma ha trovato altri fertili campi di applicazione. Si pensi soltanto a come, nel suo nome, il sistema delle adozioni sia stato profondamente rimodellato. La considerazione del diritto del minore alla propria famiglia come preminente rispetto ad interventi diretti a costituire nuovi rapporti parentali sostitutivi di quelli d'origine ha portato a ridisegnare i rapporti tra adozione e affidamento (l. n. 173 del 2015), da un lato, e tra le due forme di adozione del minore, ordinaria (artt. 6 ss., l. adoz.) e particolare (artt. 44 ss.), dall'altro.

Gli orientamenti della Corte di Cassazione tendono sempre più a considerare l'adozione piena come strumento residuale cui fare ricorso solo in casi di abbandono irrimediabile[20], quando il bambino è abbandonato o non è riconosciuto alla nascita o i genitori stessi sono consapevoli della propria incapacità[21].

In tutti quei casi in cui non si riscontri un abbandono irreversibile, ma situazioni più fluide di difficoltà anche gravi ma non irrimediabili, di c.d. "abbandono relativo", di

---

[19] La Costituzione «*non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti*» (Corte cost., 28.11.2002, n. 494, cit.). V. però Corte cost. n. 33/2021, ove si ritiene che gli interessi del minore vadano «*bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore*».

[20] V. Cass., 24.11.2015, n. 23979, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, I, 669, con nota di Cinque, *La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei "parenti sociali"*; Cass., 18.12.2015, n. 25526, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, I, 680; Cass., 14.4.2016, n. 7391; Cass., 30 .6.2016, n. 13435, cit. Cui *adde*: Cass., 22.11.2021, n. 35840, in *Fam. e dir.* 2022, 777, con nota di Figone; Cass., 15.12.2021, n. 40308; Cass., 25.1.2021, n. 1476; Cass., 13.2.2020, n. 3643.

[21] Cosicché ci si è chiesti se la sua applicazione non finirà per essere circoscritta ai casi di bambini «non riconosciuti alla nascita, a quelli maltrattati da genitori violenti e a quelli totalmente trascurati da genitori inesistenti sul piano educativo e affettivo»: v. Lenti, *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, *Nuova giur. civ. comm*., II, 785 ss., specie p.788.

"semi abbandono permanente"[22], si tende a privilegiare quella forma di adozione "semplice" – o "mite"[23] – disciplinata dall'art. 44, adozione che non rimuove i rapporti con la famiglia d'origine, ma ve ne aggiunge di nuovi[24].

L'art. 44 costituisce una valvola di sicurezza che apre la via dell'adozione ad una molteplicità di situazioni in cui il minore si trova ad averne bisogno[25]. Al suo interno la lettera d) costituisce una autentica clausola generale che il giudice può concretizzare in relazione ai singoli casi. Una volta letta nel prisma dell'interesse del minore, l'ampia dizione di "impossibilità di affidamento preadottivo" si presta ad abbracciare situazioni molteplici in cui è nell'interesse del bambino dare veste giuridica a relazioni familiari già vissute come tali e che costituiscono "vita familiare" nel senso indicato dall'art. 8 CEDU.

Da questo punto di vista, l'interesse del minore vale a concretizzare i presupposti dell'adozione particolare, dandogli forma[26]. Ma non ci si è fermati a questo. Anche la disciplina degli effetti dell'adozione semplice ha ricevuto l'impronta dell'interesse del minore, dato che è stato proprio ragionando su di esso che la Corte costituzionale ha ritenuto che essi debbano prodursi anche nei confronti delle reti parentali dell'adottante[27]. In seguito alla sentenza n. 79/2022, le due adozioni, ordinaria e semplice, producono ora i medesimi effetti nei confronti dell'adottante e della sua famiglia dato che l'adottato è, nell'uno e nell'altro caso, figlio a tutti gli effetti dell'adottante.

Ad evolvere non sono soltanto le regole di accesso all'adozione semplice, è anche la disciplina degli effetti e delle condizioni procedurali[28]. Il motore che rende possibile questa trasformazione è l'interesse del minore, la necessità di realizzare, nella concretezza di ciascun caso, i suoi diritti fondamentali.

---

[22] Da ultimo Cass., 22.11.2021, n. 35840, cit.; Nella giurisprudenza di merito, v. in particolare, Trib. min. Bari, 7.5.2008, in *Fam. e dir.*, 2009, 301.

[23] Cass., 22.11.2021, n. 35840, cit.

[24] A proposito dei rapporti tra i due procedimenti, v. Cass., 1.7.2022, n. 21024, in *Fam. e dir.*, 2023, 260, con nota di Rizzuti, *L'adozione mite tra nuovi paradigmi e incertezze applicative*.

[25] A questa forma di adozione si fa ricorso tutte le volte in cui corrisponda all'interesse del minore dare veste giuridica a rapporti parentali di fatto, siano quelli stabiliti nel corso di affidamenti originariamente intesi come temporanei (Corte eur. dir. uomo, *Moretti e Benedetti c. Italia*, 27.4.2010), a relazioni nate in base a regole di diritto straniero (come la *kafalah* di diritto islamico) (Trib. min. Trento, 10.9.2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 149, con nota di Long, *Adozione «extraconvenzionale» di minori provenienti da paesi islamici*. E v. Cass., 2.2.2015, n. 1843, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 707, con nota di Di Masi, *La Cassazione apre alla "kafalah" negoziale per garantire in concreto il "*best interest of the child*"*), alla relazione con il genitore "sociale" o "di fatto" (il compagno/a della madre o del padre: ad esempio, v. Trib. min. Milano, 28.3.2007, in *Fam. e min.*, 2007, 83; App. Firenze, 4.10.2012, in *Minori giust.*, 2013, 366.), o con il "genitore intenzionale" nel caso di coppie dello stesso sesso che hanno fatto ricorso alla PMA all'estero (a partire da Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, 2368 ss., con nota di Casaburi e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1135, con commento di Ferrando, fino a Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit.), o per rendere efficaci in Italia adozioni compiute da persone singole all'estero (Cass., 14.2.2011, n. 3572, in *Fam. e dir.*, 2011, 697, con nota di Astone, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*).

[26] Ad esito di questo processo, si può concludere che nel nostro ordinamento vi sono «*due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, si in ordine alla relazione con il richiedente l'adozione*». V. Cass., 5.4.2022, n. 10898, *Fam. e dir.* 2022, 666, con mia nota.

[27] Corte cost., 28.3.2022, n. 79, in *Fam. e dir.*, 2022, 904, con nota di Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1013, con nota di Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità.*

[28] Per quanto riguarda l'assenso dell'altro genitore esercente la responsabilità genitoriale (art. 46 l. adoz.), v. Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit., che ne ritiene superabile il rifiuto sulla base di una valutazione in concreto dell'interesse del figlio minore.

Resta una differenza fondamentale: solo nel caso di adozione ordinaria vengono completamente recisi i rapporti con la famiglia d'origine. È questo l'effetto tipico dell'adozione ordinaria del minore abbandonato. Anche a questo proposito, si sollecita un ripensamento nella prospettiva della tutela del preminente interesse del figlio e tenuto conto dell'evoluzione degli istituti adottivi.

Nel modello originario della legge, la famiglia adottiva deve sostituire pienamente quella d'origine segnando una completa soluzione di continuità rispetto alla situazione familiare al cui interno è maturata la situazione di abbandono. Nel trascorrere del tempo, questo modello, per la sua rigidità, si è dimostrato non sempre adeguato. In molti casi, l'esigenza di non interrompere i rapporti con la famiglia di origine ha portato a preferire forme di adozione "mite", nello stesso tempo è divenuto possibile, per chi è stato adottato con adozione piena, riallacciare il filo della propria storia familiare, andare alla ricerca delle proprie origini[29].

Ci si può allora chiedere se, anche per l'adozione c.d. "ordinaria", l'interruzione dei rapporti con la famiglia d'origine debba essere effetto necessario ed automatico, o non possa, invece, essere esclusa quando la conservazione di quei rapporti sia nell'interesse del bambino[30]. Anche sotto questo profilo, la rigidità della disciplina dell'adozione c.d. "piena", si scontra con la varietà delle situazioni reali in cui deve essere applicata e con l'esigenza di perseguire in ciascuna di esse il "preminente interesse del bambino"[31].

4. *Interesse del minore e stato di figlio: l'accertamento*

L'interesse del minore costituisce dunque criterio ordinante della disciplina delle relazioni tra genitori e figli e di quella delle adozioni dei minori. Più recente è la sua considerazione come elemento rilevante nel contesto delle questioni di stato. Anche in questo caso, esso si rivela strumento che, grazie alla considerazione della specificità di ciascun caso concreto, consente di superare la rigidità delle regole che tradizionalmente ne caratterizzavano la disciplina.

La valutazione dell'interesse del minore è stata introdotta dalla riforma del 1975 per il secondo riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio nel caso in cui il genitore che ha riconosciuto per primo non vi consenta (art. 250 c.c.). Questo al fine di proteggere il minore da riconoscimenti "tardivi" e quindi potenzialmente "interessati". È il genitore che ha riconosciuto per primo a valutare in via preliminare l'interesse del figlio minore al secondo riconoscimento. L'intervento del giudice è previsto in via sussidiaria per considerare, nell'interesse del bambino, le ragioni del rifiuto ed eventualmente emettere sentenza che tenga luogo del consenso mancante.

---

[29] V. nota 14.

[30] La giurisprudenza di merito, nel pronunciare l'adozione piena del minore, ha talvolta disposto prescrizioni per consentire relazioni con la famiglia di origine (c.d. "adozione aperta"): Trib. min. Bologna, 9.9.2000, *Fam. e dir*. 2001, 79, con nota di Figone; Trib. min. Bologna, 20.11.2002, in *Minori giust*., 2003, I, 272.

[31] In questa prospettiva la prima sezione della Corte di cassazione (5 gennaio 2023, n. 230) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, c. 3, l. adoz. nella parte in cui afferma che con l'adozione cessano i rapporti con la famiglia d'origine, senza consentire una valutazione in concreto da parte del giudice. Il caso riguarda un bambino rimasto orfano della madre vittima di femminicidio commesso dal padre, per il quale l'adozione è l'unica via percorribile, ma nello stesso tempo appare contrario al suo interesse interrompere i rapporti con la nonna materna.

Per quanto riguarda l'accertamento giudiziale della paternità, la valutazione dell'interesse del minore è stata introdotta dalla Corte costituzionale[32]. E va ora considerato come la nuova disciplina del curatore speciale del minore (art. 78 c.p.c., come modificato dalla l. n. 206/2021) ne renda possibile la nomina nel caso in cui il giudice ravvisi un possibile conflitto di interessi tra il genitore che agisce e il minore rappresentato. Viene in tal modo generalizzata la rilevanza di questo principio in sede di accertamento di stato e smentita l'idea della necessaria corrispondenza tra stato giuridico e verità biologica della filiazione.

Nell'attribuzione di stato, al dato oggettivo della generazione si aggiunge, dunque, un elemento ulteriore, estraneo al paradigma tradizionale delle azioni di stato, un elemento di tipo soggettivo: la sussistenza dell'interesse del minore.

Come Paolo Zatti avvertiva con molta chiarezza, ad essere messo in discussione è il «rapporto tra valore della verità e certezza dello stato personale, e interesse soggettivo all'accertamento», questione che «tocca …le scelte primarie del legislatore circa … i fondamenti della filiazione», quel principio di verità cui era saldamente ancorato il sistema e la cui mancanza ne consente l'impugnativa» (art. 263 c.c.). «Il valore sistematico del principio è dunque la caduta dell'assunto per cui è di per sé miglior interesse del minore avere due genitori anziché uno»[33].

La disciplina del secondo riconoscimento si inserisce in una profonda riforma della condizione dei figli nati fuori del matrimonio, ispirata a nuovi equilibri tra *favor legitimitatis*, *favor veritatis*, principio di responsabilità. Nel sistema del codice civile del 1942 la ricerca della verità biologica della filiazione era limitata a salvaguardia di valori ritenuti preminenti: la tutela della famiglia legittima dalla minaccia dell'adulterio (art. 250) e dell'incesto (art. 251), il *favor legitimitatis* che limitava i casi di disconoscimento della paternità (art. 235), la protezione di una sfera di irresponsabilità maschile contro azioni "temerarie" – protezione che veniva meno solo in presenza di comportamenti di gravità tale da non giustificarla, o palesemente rivelatori della paternità (art. 269, 274 c.c.) -. Con la riforma del 1975 e poi con quella della filiazione del 2012, non solo vengono meno la gran parte dei limiti all'accertamento della verità, ma le ragioni che giustificano quelli tutt'ora esistenti consistono non nella tutela di un interesse superiore o facente capo ai genitori, ma dell'interesse del figlio stesso (art. 250, 251 c.c.)[34].

Con la legge sulla PMA (l. n. 40/2004, artt. 8, 9)[35], poi è la "scelta" di essere genitori, il consenso prestato alle tecniche, e la responsabilità che ne consegue, a costituire il fondamento della filiazione anche quando, come nel caso dell'eterologa, non sia geneticamente fondata.

---

[32] Corte cost., 11.7.1990, n. 341, *Rass. dir. civ.*, 1992, 834, con nota di Sciancalepore. La sentenza mostra il fianco a critiche (ancora di recente, v. Lenti, *Filiazione genetica e interesse del minore. La rotta perduta è perduta?*, in *Juscivile*, 2021, 3, 613), considerata la asimmetria tra riconoscimento e dichiarazione giudiziale, dato che nel primo è il genitore che ha già riconosciuto ad opporsi al riconoscimento da parte del secondo, mentre nell'accertamento giudiziale è il secondo genitore, convenuto in giudizio, a sostenere che l'accertamento nei propri confronti è dannoso per il figlio, con evidenti, possibili strumentalizzazioni da parte del genitore che resiste in giudizio.

[33] Zatti, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, cit., 85 s.

[34] Anche per quel che riguarda il "parto anonimo", una delle ragioni che spiegano la perdurante sopravvivenza nel nostro ordinamento della facoltà che ha la donna di non riconoscere il figlio, è proprio quella di evitare che la madre sia costretta ad abortire, a partorire in solitudine, ad abbandonare il figlio appena nato.

[35] Ed ancor prima con le sentenze della Corte costituzionale (Corte cost., 26.9.1998, n. 347, cit.) e della Corte di cassazione (Cass., 16.3.1999, n. 2315, cit.)

L'interesse del minore, come dicevamo, si affaccia per la prima volta nella disciplina dell'accertamento di stato con il nuovo art. 250 c.c. In nome dell'interesse del minore diviene così possibile impedire l'accertamento della filiazione anche se biologicamente fondata, eventualmente spianando la strada al consolidamento di rapporti parentali di fatto con chi è già presente nella vita del bambino e se ne prende cura.

Nell'evoluzione normativa[36] e giurisprudenziale[37] che ha segnato l'art. 250 c.c., si tende a circoscrivere le ipotesi di inammissibilità del secondo riconoscimento a quelle situazioni più gravi che giustificherebbero la decadenza dalla potestà o di provata esistenza di gravi rischi per il minore, in ogni caso salvaguardando il suo interesse «a non 'subire' l'accertamento di una paternità vera, sì, ma per lui non conveniente»[38]. «*Il bilanciamento tra l'esigenza di affermare la verità biologica*» e «*l'interesse alla stabilità dei rapporti familiari*» – osserva ancora di recente la S.C.[39] – «*non può costituire il risultato di una valutazione astratta*». Occorre «*un accertamento in concreto … con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale*». Non, dunque, una sorta di presunzione che avere due genitori (per quanto astrattamente rientrante nei diritti identitari del figlio) sia effettivamente la soluzione migliore in ogni circostanza, ma la verifica in concreto dei comportamenti e della personalità del genitore in relazione alle esigenze di uno sviluppo equilibrato del figlio[40].

Nel caso di figli nati da rapporti parentali (art. 251) il riconoscimento presuppone sempre l'autorizzazione giudiziale che viene concessa «avuto riguardo all'interesse del figlio». In seguito alla sentenza della Corte costituzionale[41], e poi alla riforma della filiazione del 2012, non si ha più riguardo alla "buona fede" del genitore, ma esclusivamente all'interesse del figlio, dato che, in considerazione della personalità dei genitori, dell'ambiente familiare e sociale in cui il minore si trova a vivere, il riconoscimento da parte del genitore incestuoso potrebbe essere per lui più un danno che un vantaggio.

5. Segue. *La contestazione di stato.*

Anche nella contestazione di stato viene effettuata, sia pur in modo più articolato, la valutazione dell'interesse del bambino.

L'avvio di questo processo, che in anni recenti riceve una decisa accelerazione, inizia nel 1983 con la modifica dell'art. 244 c.c. (l. n. 184/1983 di riforma dell'adozione) e la previsione che l'azione di disconoscimento possa essere esercitata anche da un curatore speciale. Nella disciplina attuale[42], il curatore è nominato dal giudice, su richiesta del minore, se ha compiuto i 14, altrimenti del pubblico ministero, o dell'altro genitore[43].

---

[36] Con la riforma della filiazione del 2012, ed ora con il d.lgs. n. 149/2022.

[37] Ne dà conto diffusamente Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 142 ss., 162 ss.

[38] Zatti, *op. cit.*, 85.

[39] Cass., 30.6.2021, n. 18600.

[40] Nel caso di specie, la Corte di Cassazione ha cassato la sentenza di merito che aveva «*del tutto omesso di esaminare l'incidenza dell'allegazione relativa alla sostanziale abitualità della condotta violenta e prevaricatrice del padre biologico nei confronti della madre e dei suoi familiari, frutto di un modello culturale di rapporti di genere che doveva invece essere posta in evidenza nell'operazione di bilanciamento rimessa al giudice di merito in sede di valutazione dell'interesse del minore al riconoscimento*».

[41] Corte cost., 28.11.2002, n. 494, cit.

[42] In seguito alle modifiche operate dalla riforma della filiazione del 2013.

[43] In seguito alla riforma del 2013, questa disciplina si applica anche all'azione di contestazione dello stato (art. 248, u.c.).

Nel 1991 la Corte costituzionale[44], ha posto una precisazione essenziale: tale nomina può aver luogo solo se è conforme all'interesse del minore.

Nel verificare l'ampiezza dei poteri che spettano al Pubblico Ministero nel fare istanza per la nomina di un curatore speciale che promuova l'azione di disconoscimento nell'interesse del figlio minore (art. 244, c.4) e gli stessi poteri del curatore nel promuovere tale azione[45] la Corte ha giudicato conforme a costituzione solo una lettura dell'art. 244 che valorizzi l'interesse sostanziale del figlio all'esercizio dell'azione di disconoscimento. Il giudice non deve perciò limitarsi a considerare il profilo oggettivo della verità, ma deve dare rilevanza all'interesse soggettivo del figlio «all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo, senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale»[46].

L'interesse del minore diviene perciò materia di apprezzamento non solo per escludere l'accertamento di una paternità biologicamente fondata (art. 250, 269), ma anche per impedire la contestazione di una paternità biologicamente dubbia (art. 244). La paternità si lega così non solo al fatto biologico della generazione, ma anche al fattore psico-sociale della responsabilità e della cura finendosi per riconoscere il diritto del figlio ad avere come genitori coloro che effettivamente svolgono i compiti relativi come prevalente su quello di chi è biologicamente padre ad essere riconosciuto come tale. L'interesse del minore viene in tal caso declinato come interesse alla stabilità affettiva, all'identità personale e sociale.

Anche per quanto riguarda i figli nati fuori del matrimonio[47], l'impugnativa del riconoscimento promossa del curatore speciale[48] può avvenire soltanto se conforme all'interesse del minore. È stata la Corte costituzionale nel 2017[49] a chiarire che, anche in questo caso, la nomina del curatore speciale è subordinata alla valutazione dell'interesse del figlio, valutazione che deve guidare anche la decisione nel merito.

La ricerca della verità biologica non costituisce infatti un valore assoluto. A sentire la Corte, «*pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della*

---

[44] Corte cost., 27.11.1991, n. 429, in *Giur. it*, 1992, I, 1, 385, con nota di M. D'Amico.

[45] Nel senso che la valutazione dell'interesse del figlio deve essere effettuata non solo in occasione della nomina del curatore speciale, ma anche da questi nel decidere se esercitare l'azione e va rinnovata nel giudizio di merito, v. Cass., 22.12.2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 857, con commento di Scia, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore, ivi,* 851 ss. A sentire la Corte «*la valutazione dell'interesse del minore effettuata dal pubblico ministero nell'istanza di nomina del curatore speciale non esonera il giudice dal compito di svolgere autonomamente questa valutazione nel corso di un giudizio di cognizione piena, con gli strumenti di cui dispone in tale sede, compreso l'ascolto del minore*»; Cass., 3.4.2017, n. 8617, in *Fam. e dir.*, 2017, 848, con commento di Bugetti. In senso contrario, v. Cass., 15.2.2017, n. 4020, in *Corr. giur.*, 2017, 452, con nota di Carbone.

[46] Corte cost., 27.11.1991, n. 429, cit.

[47] Per quanto riguarda i figli nati fuori del matrimonio, è noto che, all'unicità dello stato di filiazione, la riforma del 2012/2013 non ha fatto corrispondere, come pure era auspicabile, una disciplina unitaria delle azioni di contestazione della paternità e della maternità. La rimozione dello stato è consegnata all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Le differenze tra le due azioni – di disconoscimento e di impugnativa del riconoscimento – in ordine alla decorrenza del termine entro cui il padre può proporre l'azione (un anno dalla scoperta dell'adulterio nel primo caso, un anno dal riconoscimento nel secondo) non sono apparse ragionevoli alla Corte costituzionale: v. Corte cost., 25.6.2021, n. 133, che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, fissando nel giorno in cui il padre ha avuto conoscenza della non paternità il *dies a quo* di decorrenza dell'azione ex art. 263 c.c.

[48] Nel caso di figlio minore, l'azione può essere promossa da un curatore speciale nominato dal giudice su istanza del figlio che abbia compiuto i 14 anni, o altrimenti del pubblico ministero, o dell'altro genitore che abbia validamente riconosciuto il figlio (art. 264 c.c.).

[49] Corte cost., 18.12.2017, n. 272, cit.

verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento», bilanciamento che deve essere fatto tenendo conto, da un lato, delle «*esigenze di accertamento della verità"* e, dall'altro dell'«*interesse concreto del minore*». «*Tale bilanciamento comporta …* – fa notare la Corte – *un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore*». Il fatto che, nel caso di specie, fosse impugnata la maternità del bambino nato all'estero da gestazione per altri, pratica alla quale la Corte riconosce un grave disvalore in quanto «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane*» e vi sia dunque un interesse anche «*di natura pubblica*» alla repressione di tali pratiche, non esclude, neppure in tal caso, la necessità di una valutazione comparativa con l'interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari che va condotta tenuto conto della «*durata del rapporto instauratosi col minore e quindi (del)la condizione identitaria già da esso acquistata*» oltre che delle «*modalità di concepimento e della gestazione*».

In tal modo si generalizza la regola per cui nelle azioni di stato va presa in considerazione non solo la verità della generazione ma anche l'interesse del figlio alla conservazione del proprio stato anche se non biologicamente fondato: non ci si può limitare a considerare il profilo oggettivo della verità, si deve invece dare rilevanza all'interesse soggettivo del figlio «*all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo, senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale*»[50].

Per quanto riguarda il figlio, il suo diritto all'accertamento della verità viene tutelato senza limiti, sia di tipo probatorio (grazie alla generalizzazione del ricorso alla prova biologica), sia di tempo, essendo per lui imprescrittibili le azioni di contestazione dello stato (artt. 244, c. 5, art. 263, c. 2)[51] Nel caso di figlio minore che ha compiuto i 14 anni, compete al lui in via esclusiva, nel chiedere la nomina del curatore speciale, la valutazione del proprio interesse a promuovere l'azione[52].

Per quanto riguarda il padre, invece, al termine annuale di prescrizione – che è ora previsto anche per l'impugnativa di riconoscimento con decorrenza dal riconoscimento o dalla conoscenza della non paternità – si aggiunge la previsione di un termine quinquennale oltre il quale l'azione diviene in ogni caso improponibile (artt. 244, 263 c.c.). La garanzia della stabilità del rapporto prevale dunque sull'accertamento del suo fondamento biologico, nella ragionevole considerazione che entro quel termine il figlio abbia maturato una propria identità affettiva, relazionale e sociale che merita di essere preservata[53]. La legge in tal modo compie una valutazione generale e astratta dell'interesse del figlio alla stabilità senza che sia necessario rinnovarla in concreto nei singoli casi.

---

[50] Corte cost., 27.11.1991, n. 429, cit.; Corte cost., 18.12.2017, n. 272, cit.

[51] Bisogna peraltro tener conto del fatto che un limite all'accertamento tempestivo della verità effettiva della filiazione deriva dal meccanismo processuale che richiede un duplice giudizio, di contestazione e di accertamento, tale per cui l'esercizio dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità è subordinato alla rimozione giudiziale del precedente stato, non essendo ammissibile ottenere una sentenza di accertamento con efficacia condizionata alla rimozione del precedente stato. Un meccanismo che anche alla Corte costituzionale è parso discutibile: v. Corte cost., 14.7.2022, n. 177, sulla quale Bugetti, *Egemonia del figlio nelle azioni di stato e tutela dell'identità familiare del genitore*, in *Fam. e dir.*, 2023, 85.

[52] Corte cost. n. 272/2017, cit.

[53] V. Corte cost., 25.6.2021, n. 133: «*Un così lungo decorso del tempo (cinque anni dal riconoscimento) radica il legame familiare e sposta il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul consolidamento dello status filiationis, in una maniera tale da giustificare che la prevalenza di tale interesse sia risolta in via automatica dalla fattispecie normativa*».

Il problematico rapporto tra accertamento della verità e garanzia della stabilità dello stato incontra un altro snodo problematico nel caso di riconoscimento per compiacenza[54]. Il fatto che il padre abbia riconosciuto il figlio pur essendo consapevole che non fosse il suo interroga sull'ammissibilità dell'impugnativa da lui proposta alla luce di un principio di responsabilità, del divieto di *venire contra factum proprium*[55]. Nel caso di riconoscimento non veritiero fatto "per compiacenza" la ricerca della verità non costituisce un valore assoluto ma deve essere bilanciata con la ricerca «*dell'interesse concreto del figlio alla conservazione dello status acquisito*». Osserva la Corte costituzionale che «*il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata e non può implicare ex se il sacrificio dell'uno in nome dell'altro. L'esigenza di operare una razionale comparazione degli interessi in gioco, alla luce della concreta situazione dei soggetti coinvolti, impone al giudice di tenere conto di tutte le variabili del caso concreto*». Si tratta di una valutazione comparativa – aggiunge – che «è già contenuta nel giudizio di cui all'art. 263 ed è immanente ad esso».

La verità non costituisce dunque un valore assoluto neppure quando sia il padre a chiederne l'accertamento. La sua consapevolezza di non essere il genitore del figlio che ha riconosciuto sollecita, anche in questo caso, una valutazione comparativa con l'interesse concreto del figlio alla tutela della stabilità dei rapporti e della sua condizione identitaria.

6. *Interesse del figlio alla stabilità delle relazioni familiari e responsabilità per la procreazione. Lo stato dei figli di coppie omogenitoriali*

Ad esito di questo processo il fondamento della filiazione non può più essere individuato in modo univoco nella verità biologica che risulta dal parto per la maternità (art. 269 c.c.) e dalla discendenza genetica per la paternità (artt. 243 bis, 263 c.c.). «*L'art. 30 Cost.* – osserva la Corte costituzionale[56] – *non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale*». L'evoluzione normativa e giurisprudenziale "*ha portato a negare l'assoluta preminenza del favor veritatis e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali*». Ed il legislatore, «*cui l'art. 30, quarto comma Cost. demanda il potere di fissare limiti e condizioni per far valere la genitorialità biologica nei confronti di quella legale, ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione conseguente di responsabilità rispetto al favor veritatis*».

La genitorialità legale risulta così prevalente su quella biologica sia in ragione dell'interesse del figlio alla stabilità delle relazioni familiari ed alla tutela della sua iden-

[54] Corte cost., 25.6.2020, n. 127.

[55] Facendo seguito a Corte cost. n. 272/2017, anche la Corte di Cassazione ritiene che nel giudizio *ex* art. 263 c.c. la non veridicità non sia elemento decisivo, tenuto conto dell'interesse del figlio: Cass., 24.2.2020, n. 4791, in *giustiziacivile.com* 2020, con commento di Corbo; Cass., 27.10.2021, n. 30403. In precedenza, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Civitavecchia, 23.2.2009, in *Giur. it.,* 2009, 2205, e Trib. Roma, 17.10.2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 349, con nota di Stanzione. Seguendo l'opinione tradizionale, in passato la S.C. era incline ad ammettere l'impugnativa, eventualmente riconoscendo il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal figlio in conseguenza della condotta ondivaga del genitore Cass., 24.5.1991, n. 5886, in *Foro it.* 1992, I, 449; Cass., 26.3.2015, n. 6186, in *Foro it.*, 2015, I, 3114 con nota di Casaburi.

[56] Corte cost., 25.6.2020, n. 127.

tità personale, sociale ed affettiva, sia in ragione della responsabilità che il genitore assume nei confronti del figlio rendendone possibile la nascita (artt. 8, 9, l. n. 40/2004), o contribuendo a creare la situazione di fatto in cui il rapporto educativo ed affettivo prende forma e consistenza stabile.

In questo contesto, in cui la rilevanza del dato biologico scolora a favore della stabilità dei rapporti e della responsabilità per la procreazione, costituisce una nota stonata l'orientamento che rifiuta l'accertamento della doppia maternità e della doppia paternità da parte dei genitori dello stesso sesso[57]. Ed appare contraddittorio da un lato riconoscere che anche nel caso in cui il genitore abbia fatto ricorso all'estero a forme di PMA in Italia vietate vi sia l'esigenza "*di una tutela piena del generato nei confronti di chi, partecipando al progetto procreativo, ha assunto la responsabilità di farlo venire al mondo"* – dato che colui che *"con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati lecitamente*"[58] – e poi negare la trascrizione dell'atto di nascita straniero contenente l'indicazione dei due padri[59], o la formazione dell'atto di nascita con l'indicazione di due madri[60]. L'adozione ha lo scopo di rendere proprio il figlio altrui, non il proprio (art. 293 c.c.). Nella PMA è la scelta di far nascere un figlio che rende genitori, anche quando non si contribuisce alla nascita con i propri geni (artt. 8,9, l. 40)[61]. A quella scelta si collega la responsabilità per la nascita del figlio e il diritto del figlio alla certezza legale del suo stato.

---

[57] V. il mio commento a Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162: *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2023, cui rinvio.

[58] Cass., sez. un., 38162/2022 cit.

[59] Nel caso di figlio nato da maternità surrogata all'estero, la trascrizione della paternità intenzionale viene ritenuta contraria all'ordine pubblico internazionale: Cass., sez. un., n. 38162/2022 cit.

[60] Nel caso di fecondazione eterologa all'estero di una coppia di donne, la Corte di cassazione ammette la trascrizione dell'atto di nascita straniero che rechi l'indicazione della doppia maternità: Cass., 30.9.2016, n. 19599 (est. Lamorgese), in *Nuova giur. civ. comm*, 2017, I, 372, con nota di Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia* same-sex (*ivi*, 362); in *Foro it*., 2016, I, 3329, con nota di Casaburi; in *Corr. giur*., 2017, 18, con mia nota *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*; in *articolo29.it*, con nota di Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; Cass., 15.6.2017, n. 14878 (est. Dogliotti), in *articolo29.it*, con commento di Stefanelli, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*.

Nel caso di bambino nato in Italia, figlio di due donne che hanno fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero, la S.C. non ritiene ammissibile la formazione in Italia dell'atto di nascita contenente il riconoscimento da parte della madre intenzionale, nell'assunto che gli artt. 8 e 9, l. 40 si applichino solo nei casi previsti e consentiti dall'art. 5: Cass., 7.3.2022, n. 7413; Cass., 25.2.2022, n. 6383; Cass., 4.4.2022, n. 10844; Cass., 3.4.2020, n. 7668; Cass., 22.4.2020, n. 8029, entrambe in *Questione giustizia.it*, 2020, con note di Celentano e Ferrando. Altra è la questione decisa da Trib. Roma, ord., 9.9.2022, in *questionegiustizia.it*, 2022, con commento di Acierno, che ammette l'indicazione di "genitore" (e non di "padre" e "madre") per due mamme sulla carta d'identità del bambino.

[61] Che non si riferiscono esclusivamente alla fecondazione eterologa, pratica vietata al momento dell'emanazione della legge e divenuta ammissibile solo in seguito a Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in, 2014, I, 802, con mio commento *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa* (*ibid*., II, 392). Nel senso che la "liceità" della pratica non sia un presupposto per l'applicazione degli artt. 8, 9, l. 40, v. Cass., 15.5.2019, n. 1300, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, I, 1287, con commento di Faccioli, sentenza relativa alla fecondazione *post mortem*, anch'essa vietata. Al riguardo, v. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete,* in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, 1360.

PAOLO GALLO

ASSEGNI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO E VENIR MENO DELL'ARRICCHIMENTO

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il venir meno dell'arricchimento. – 3. Indebito e pubblica amministrazione. – 4. Indebito previdenziale. – 5. Gli alimenti. – 6. Il reddito di cittadinanza. – 7. Alimenti e mantenimento. – 8. Il mantenimento dei figli. – 9. Il mantenimento del coniuge. – 10. L'assegno di divorzio. – 11. Il punto delle Sezioni Unite.

1. *Il problema*

Le Sezioni Unite[1] sono intervenute in merito ad un problema di grande rilevanza pratica, cercando di riportare ad unità una giurisprudenza piuttosto articolata in tema di ripetibilità delle prestazioni alimentari ed in senso lato di mantenimento. Ci si domanda infatti se le prestazioni alimentari non dovute o devolute in eccesso rispetto al bisogno siano suscettibili di restituzione o meno. Da un lato è possibile richiamare la natura alimentare ed in senso lato assistenziale delle prestazioni in oggetto, il che sembrerebbe deporre nel senso dell'irripetibilità, dall'altro lato è però possibile considerare come si tratti di prestazioni che in alcuni casi possono essere ben eccedenti rispetto al bisogno alimentare in senso stretto, come per esempio in materia di assegno di separazione, divorzio e così via, con la conseguente necessità di non fare di ogni erba un fascio, ma piuttosto di distinguere a seconda della natura della prestazione in oggetto, nonché della sua entità.

Nel caso in questione si trattava di un marito che aveva chiesto la restituzione delle somme devolute alla moglie in esecuzione dei provvedimenti provvisori adottati in sede di procedimento ex art. 710 cod. proc. civ. poi successivamente riformati; la Corte territoriale disponeva la suddetta restituzione, tenuto conto del loro carattere indebito. In esito ad un successivo ricorso in Cassazione, la questione per la sua indubbia importanza veniva deferita alle Sezioni Unite, le quali hanno reso la decisione sopra indicata.

Si tratta di una questione indubbiamente complessa, dato che da un lato se si tratta di somme non dovute in base ai principi generali dovrebbero essere restituite (art. 2033 cod. civ.); dall'altro lato occorre però considerare anche la natura in senso lato alimentare delle prestazioni in questione, nonché il fatto che, specie nel caso in cui si tratti di somme di piccola entità, molto spesso sono già state consumate, con la conseguenza che un'eventuale restituzione potrebbe non essere concretamente praticabile, specie dopo il decorso di un lungo lasso di tempo.

La questione deve comunque essere affrontata per gradi, tenendo conto dei principi generali che presiedono la materia delle restituzioni, nonché le varie tipologie di prestazioni che possono assumere rilievo in questa sede, alimentari di mantenimento e così via.

[1] CASS., sez. un., 8 novembre 2022, n. 32914.

2. *Il venir meno dell'arricchimento*

In materia di arricchimento senza causa e più in generale di rimedi restitutori un problema generale che occorre porsi è cosa succeda nel caso in cui l'arricchimento inizialmente presente svanisca in tutto o in parte in un momento successivo; nei casi di questo genere ai fini della determinazione dell'obbligazione restitutoria nell'*an* e nel *quantum* occorre in altre parole far riferimento all'arricchimento originario o a quello che residua al tempo della domanda[2]?

In realtà non è possibile dare una risposta unitaria, tenuto conto del fatto cha già nel diritto romano si contrapponevano due logiche piuttosto diverse[3]; da un lato quella della *condictio*, con riferimento alla quale quello che contava era l'arricchimento iniziale, o meglio ancora la *datio* o la prestazione indebita, la quale doveva essere restituita a prescindere dalle vicende successive del bene; se cioè l'indebito consisteva nel pagamento non dovuto di una somma di denaro, doveva essere restituito il *tantundem*, quand'anche il denaro fosse stato rubato, fosse andato perso o ancora fosse stato consumato per acquistare generi alimentari e così via. Del tutto diversa era la logica dell'*actio de in rem verso*, la quale costituisce il primo nucleo della moderna azione di arricchimento, con riferimento alla quale quello che contava era l'arricchimento effettivamente conseguito; come è ben noto, l'*actio de in rem verso* si è sviluppata con riferimento agli acquisti del *pater familias*; se un figlio o uno schiavo privo della capacità giuridica acquistava un cespite patrimoniale, in conformità ai principi romani, il bene veniva acquisito dal *pater familias*, il quale non era però anche obbligato in virtù dell'atto negoziale posto in essere dal sottoposto; in queste condizioni l'*actio de in rem verso* costituiva una risposta di carattere equitativo, in virtù della quale il *pater familias* rispondeva non per l'intero, ma nei limiti dell'effettivo arricchimento; se per esempio un figlio o uno schiavo acquistava al mercato un cavallo, il quale moriva dopo poco tempo, il padre non era tenuto a devolvere l'intero corrispettivo, ma esclusivamente una somma di denaro rapportata all'effettivo arricchimento.

Queste due logiche si sono contrapposte nel corso del tempo e continuano per certi versi a contrapporsi anche ai nostri giorni. La questione in Germania è specificamente disciplinata dal § 818, 3° comma BGB, ai sensi del quale: "L'obbligazione di restituzione ovvero di rimborso del valore è esclusa se l'arricchimento è venuto meno presso chi l'aveva conseguito". La regola è molto chiara e comporta l'esclusione dell'obbligo restitutorio ogniqualvolta l'arricchimento sia venuto meno al tempo della domanda; si consideri ancora che in Germania il codice ha disciplinato in termini unitari arricchimento ed indebito, considerando l'indebito un'applicazione particolare del principio generale che vieta di arricchirsi senza causa a spese di un altro. Meno chiara è la situazione in Italia dove la disciplina dell'arricchimento senza causa è molto più embrionale (art. 2041 e 2042 cod. civ.), senza contare il fatto che in Italia l'indebito costituisce una fattispecie del tutto distinta dall'azione di arricchimento, la quale è altresì considerata sussidiaria (art. 2042 cod. civ.). Questo non esclude peraltro che come vedremo il problema si sia posto anche in Italia e sia stato variamente affrontato da parte specie della giurisprudenza e della legislazione speciale.

---

[2] Gallo, *Trattato di diritto civile,* VII, *L'arricchimento senza causa, la responsabilità civile,* Giappichelli, 2018, 85 ss.

[3] Flume, *Der Wegfall der Bereicherung,* in *Festschrift* Niedermeyer, Schwarts, 1953, 103 ss.

Ma prima di passare ad esaminare le varie applicazioni del principio del venir meno dell'arricchimento, occorre intendersi sul significato di questa espressione. Se il bene viene consumato, non si tratta di un caso di venir meno dell'arricchimento, proprio perché la sua consumazione ha consentito di effettuare un risparmio di spesa; piuttosto ai fini delle restituzioni si distingue se la consumazione ha avuto luogo in buona o in mala fede; nel primo caso l'obbligo restitutorio è rapportato all'arricchimento effettivamente conseguito; nel secondo caso subentrano invece le regole della responsabilità civile, con conseguente risarcimento integrale del danno (art. 2043 cod. civ.). Anche nel caso in cui il bene è stato alienato si distingue a seconda che l'alienazione sia avvenuta in buona o mala fede; nel primo caso il codice prevede la devoluzione del corrispettivo conseguito (art. 2038, 1° comma, cod. civ.); nel secondo ha invece luogo il risarcimento integrale dell'eventuale danno ulteriore (art. 2043 cod. civ.); se poi il bene è stato donato, subentra la responsabilità del donatario nei limiti dell'arricchimento (art. 2038, 1° comma, cod. civ.). In queste condizioni residuano unicamente i casi in cui come conseguenza della percezione di somme non dovute l'*accipiens* ha effettuato spese in più che altrimenti non avrebbe effettuato, con conseguente incremento del tenore di vita, come per esempio nel caso in cui abbia effettuato viaggi, abbia acquistato abiti nuovi, abbia cambiato l'automobile e così via. Nei casi di questo genere può veramente dirsi che l'arricchimento è venuto meno, proprio come conseguenza dell'innalzamento del tenore di vita, il che pone il problema di valutare la configurabilità o meno di un'obbligazione di carattere restitutorio.

3. *Indebito e pubblica amministrazione*

Un primo ambito in cui si è posto il problema anche in Italia è quello dell'indebito retributivo della pubblica amministrazione. In questo ambito un tempo la giurisprudenza in via pretoria aveva introdotto la regola in virtù della quale la pubblica amministrazione non è legittimata a ripetere le somme indebitamente pagate ad un dipendente, se il pagamento è avvenuto in circostanze tali da ingenerare nel dipendente l'affidamento circa il carattere dovuto dell'attribuzione[4]. A ben vedere la regola costituiva applicazione del principio generale in base al quale il venir meno dell'arricchimento può inibire l'esperibilità della domanda. Altri riconducevano invece la regola al principio di autoresponsabilità[5]. Un tale principio spiegherebbe in altre parole l'irripetibilità di quanto pagato spontaneamente o sulla base di un errore inescusabile.

Mentre nei primi tempi la giurisprudenza asseriva puramente e semplicemente il carattere non ripetibile delle somme indebitamente devolute ad un lavoratore, in seguito si è riconosciuta al dipendente la possibilità di provare che la restituzione delle somme percepite sarebbe incompatibile con il soddisfacimento dei suoi essenziali bisogni di vita; il che ovviamente non sempre avviene[6]. In questa prospettiva, se la p.a. aveva

[4] Cons. Stato, 24 giugno 1960, n. 686, in *Foro amm.,* 1960, I, 777; Cons. Stato, 26 giugno 1963, n. 486, in *Empas,* 1963, 486; Cons. Stato, 14 giugno 1967, n. 229, in *Nuova rass.,* 1968, 370; Cons. Stato, ad. plen., 30 marzo 1976, n. 1, in *Giur. it*., 1976, IV, 353; Cons. Stato, 28 agosto 1984, n. 669, in *Cons. Stato*, 1984, I, 681; T.A.R. Sardegna, 23 giugno 1989, n. 506, in *Tar,* 1989, I, 3279; T.A.R. Lombardia, 4 marzo 1981, n. 271, in *Lavoro,* 1981, 503.

[5] Pugliatti, voce «Autoresponsabilità (dir. priv.)», in *Enc. del dir.,* IV, Giuffrè 1959, 452 ss.

[6] Somme devolute a medico specialista: Cons. Stato, 9 novembre 1985, n. 505, in *Foro it.,* 1986, III, 146.

commesso errori, le si consentiva di correggerli, onde evitare di estendere l'illegittimità anche ad altri[7]. La ripetizione era poi sicuramente ammessa ove la p.a. al momento del pagamento avesse fatto espressa riserva di ripetizione[8]; o quando si trattava di somme che comunque non incidevano sul tenore di vita del dipendente[9].

In tempi più recenti il Consiglio di Stato ha peraltro limitato l'applicabilità di questi principi, consentendo in linea di principio la ripetibilità delle somme non dovute pagate ai dipendenti a titolo di stipendio, pensione, o altro ancora, a prescindere dalla buona fede dell'*accipiens*[10]; salvo il principio per cui la ripetizione deve avvenire con modalità tali da non recare eccessivo pregiudizio al dipendente[11]. Ne è conseguito un netto ridimensionamento della fattispecie.

La Corte EDU a sua volta ha precisato che la restituzione delle somme indebitamente versate dalla pubblica amministrazione è illegittima qualora, sussistendo la buona fede dell'*accipiens* l'amministrazione agisca per la ripetizione con notevole ritardo rispetto all'erogazione erronea; il che comporta di fatto un'abbreviazione dei termini di prescrizione[12].

4. *Indebito previdenziale*

Un altro caso è costituito dall'indebito pensionistico[13]; come specificamente sancito dall'art. 52, 2° comma, l. 9 marzo 1989, n. 88[14], nel caso in cui siano state devolute rate di pensione non dovute, non si fa luogo a ripetizione, salvo che l'indebita percezione sia dovuta a dolo dell'interessato[15]. In particolare secondo la Corte di Cassazione l'irripetibilità dell'indebito previdenziale è subordinata al ricorrere di quattro condizioni: a) il pagamento in base ad un provvedimento definitivo, b) la comunicazione del provvedimento all'interessato; c) l'errore imputabile all'ente erogatore, d) l'insussistenza del dolo, anche omissivo, dell'interessato[16]. Ne consegue che secondo la Corte dei Conti la ripetizione è possibile solo nei casi in cui le pensioni non dovute siano state percepite in mala fede[17], ancorché l'accertamento debba essere effettuato caso per caso[18]. Disciplina che peraltro è considerata dalla giurisprudenza di stretta interpretazione e quindi non estendibile analogicamente ad altre fattispecie simili[19], come confermato da parte

---

[7] Cons. Stato, 7 marzo 1962, in *Foro amm.,* 1960, I, 777.

[8] Cons. Stato, 4 marzo 1986, n. 2, in *Foro it.,* 1986, III, 245.

[9] Cons. Stato, 3 maggio 1986, n. 320, in *Foro it*., 1986, III, 327.

[10] Cass., 20 febbraio 2017, n. 4323.

[11] T.A.R. Catania, 1° settembre 2014, n. 2254.

[12] Corte eur. dir. uomo, 11 febbraio 2021, n. 4893.

[13] Muschio, *Indebito previdenziale,* in *Ripetizione d'indebito,* a cura di Bargelli, Giuffrè 2014, 311-341. Cass., 16 maggio 2013, n. 11922.

[14] Così interpretato in modo autentico da: art. 13, 1° comma, l. 30 dicembre 1991, n. 305.

[15] Maniaci, *Restituzioni e sanzioni civili indirette*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2012, II, 338; Cass., 2 agosto 2021, n. 22081; Cass., 7 settembre 2021, n. 24133.

[16] Cass., 23 febbraio 2022, n. 5984.

[17] Corte conti Reg. Campania, sez. giurisd., 15 12 2004, n. 1740, in *Riv. corte conti,* 2004, 193; Corte conti Reg. Basilicata, sez. giurisd., 19 maggio 2005, n. 111, in *Riv. corte conti,* 2005, 202.

[18] Corte conti, sez. riun., 2 luglio 2012, n. 2, in *Riv. corte conti,* 2012, 226.

[19] Cass., 7 marzo 2003, n. 3488; Cass., 17 novembre 2003, n. 17404; Cass., 29 settembre 2004, n. 19574; Cass., 27 settembre 2016, n. 18963; somme indebitamente conguagliate dal datore di lavoro: Cass., 7 luglio 2021, n. 19316; indennità di accompagnamento: Cass., 19 febbraio 2021, n. 4600; indennità economica correlata ai permessi retribuiti: Cass., 19 aprile 2021, n. 10274; prestazioni corrisposte agli invalidi civili: Cass., 20 maggio 2021, n. 13915; prestazioni economiche di assistenza sociale: Cass., 20 maggio 2021, n. 13917.

della Corte Costituzionale, che ha considerato giustificata la conseguente disparità di trattamento[20]; in particolare, in caso di omessa o incompleta segnalazione da parte del pensionato di fatti incidenti sul diritto o sulla misura della pensione, le somme indebitamente percepite sono ripetibili per questo solo fatto, indipendentemente dalla prova della mala fede dell'interessato[21].

In caso di indebito assistenziale che si è venuto a determinare in esito ad una visita di revisione, le somme devolute sono soggette a restituzione solo a far data dal tempo in cui il provvedimento è stato comunicato al percipiente, salvo che l'erogazione indebita sia dovuta all'assistito e non sussistano le condizioni per un legittimo affidamento[22].

In genere i trattamenti stipendiali e pensionistici sono pignorabili esclusivamente nei limiti del quinto (art. 545 cod. proc. civ.), come è stato confermato anche da parte della Corte Costituzionale con riferimento alle pensioni erogate dall'INPS[23]. Le limitazioni al pignoramento previste dall'art. 545 cod. proc. civ. valgono peraltro solo per il pignoramento eseguito presso l'ente erogatore e non anche quando il pignoramento sia eseguito presso l'istituto bancario[24].

Anche in materia di cassa integrazione in alcuni casi è disposta l'irripetibilità delle somme erogate (art. 1 *bis*, 1° comma, d. l. 11 giugno 2002, n. 108).

5. *Gli alimenti*

Un terzo ambito nel quale tradizionalmente si pone un problema di irripetibilità è costituito dalle prestazioni alimentari[25]. Sebbene nei tempi moderni i legami che tenevano unita la famiglia patriarcale si siano progressivamente sfaldati, con conseguente emersione della famiglia nucleare composta dai soli coniugi e dall'eventuale prole, la famiglia allargata continua a mantenere rilevanza sia sotto il profilo successorio dei chiamati alla successione legittima (art. 565 cod. civ.), che sotto quello delle prestazioni di carattere alimentare; se infatti una persona viene a trovarsi in uno stato di bisogno e non è in grado di provvedere al proprio mantenimento (art. 538, 1° comma, cod. civ.), i parenti nell'ordine indicato dal legislatore (art. 433 cod. civ.) sono tenuti a fornirgli gli alimenti; la misura degli alimenti è in genere limitata a quanto occorrente per la vita quotidiana; come precisa il legislatore, essi devono essere assegnati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle condizioni economiche di chi li deve somministrare; non possono inoltre superare quanto sia necessario per la vita dell'alimentando, avuto riguardo alla sua posizione sociale (art. 438, 2° comma, cod. civ.); con l'ulteriore precisazione che tra fratelli e sorelle gli alimenti sono dovuti nella misura dello stretto necessario (art. 439 cod. civ.), ma possono comprendere anche le spese per l'educazione e l'istruzione se si tratta di minore (art. 439, 2° comma, cod. civ.).

Tenuto conto del carattere strettamente personale degli alimenti, i creditori non sono legittimati ad agire in surrogatoria per richiederli (art. 2900 cod. civ.) e come precisa in modo specifico il codice, il credito alimentare non può essere ceduto (art. 447, 1° comma, cod. civ.) e l'obbligato agli alimenti non può opporre all'altra parte la com-

[20] Corte cost., 27 ottobre 2000, n. 448, in *Giur. cost.,* 2000, 5.
[21] App. Trento, 24 marzo 2016, n. 24.
[22] Cass., 4 agosto 2022, n. 24180.
[23] Corte cost., 30 novembre 1988, n. 1041; Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 506.
[24] Cass., 17 ottobre 2018, n. 26042.
[25] Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare,* Giuffrè, 1984.

pensazione[26], neppure quando si tratta di prestazioni arretrate (art. 447, 2° comma, cod. civ.). Ove peraltro l'obbligo alimentare sia stato soddisfatto per intero da uno solo dei coobbligati, questi può agire in regresso nei confronti degli altri[27].

Il codice tace circa la ripetibilità, ma consolidata giurisprudenza esclude altresì che le prestazioni alimentari siano suscettibili di ripetizione. Il principio è abbastanza indiscusso, sebbene a ben vedere privo di un preciso riscontro normativo. Milita a favore di questa soluzione per l'appunto la finalità alimentare delle somme in questione, calibrata nella misura strettamente necessaria al fine di assicurare al soggetto alimentato quanto strettamente necessario per sopravvivere dignitosamente; il *quantum* non è ovviamente determinato dal legislatore, ma deve essere determinato caso per caso da parte del giudice di merito alla luce di tutte le peculiarità del caso concreto.

Tenuto conto del fatto che in genere si tratta di somme sostanzialmente limitate, le quali vengono per lo più consumate proprio al fine di consentire al soggetto di sopperire alle sue più elementari esigenze quotidiane di carattere alimentare, abitativo e così via, si ritiene che esse non siano suscettibili di ripetizione. A ben vedere si tratta dunque di un'applicazione particolare del principio del venir meno dell'arricchimento, che abbiamo più sopra considerato.

Ricorrente è quindi in giurisprudenza l'affermazione che le somme erogate in applicazione di eventuali provvedimenti di carattere interinale, poi modificati o in virtù di provvedimenti di primo grado poi riformati in appello, non sono comunque suscettibili di restituzione; le somme erogate in eccesso non sono inoltre compensabili con quanto ancora dovuto, giusta il disposto dell'art. 447, 2° comma, cod. civ.); soltanto nel caso in cui tali somme in concreto non siano ancora state devolute, l'obbligato sarà tenuto a devolvere anche per il passato solo il minor ammontare stabilito dal provvedimento di riforma delle disposizioni preliminari o in sede di appello[28]; il che peraltro potrebbe determinare una disparità di trattamento tra il caso in cui l'obbligato abbia regolarmente adempiuto al suo obbligo alimentare nel *quantum* poi successivamente ridotto e viceversa il caso in cui l'obbligato non abbia ancora assolto al suo obbligo alimentare per il passato, con conseguente possibilità di assolvere al proprio obbligo alimentare anche per il passato in forma ridotta; il che tra l'altro potrebbe risultare punitivo per i soggetti più diligenti e premiale per quelli meno diligenti, che per l'appunto non hanno assolto per il passato al loro obbligo di carattere alimentare.

L'irripetibilità non opera peraltro sempre; ben affermata è la regola in virtù della quale se l'obbligazione alimentare non sussiste *ab origine*, come per esempio nel caso in cui non sussiste lo stato di bisogno, le somme sono state erogate indebitamente, con conseguente possibilità di ripetizione in applicazione dei principi generali (art. 2033 cod. civ.).

6. *Il reddito di cittadinanza*

In questo ambito un breve accenno merita anche il reddito di cittadinanza, il quale come è ben noto è stato varato dal governo per contrastare la povertà ed assicurare alle persone più indigenti o comunque prive di un reddito o della possibilità di trovare un lavoro, un minimo vitale con finalità molto simili a quelle delle prestazioni alimentari,

---

[26] Trib. Perugia, 30 aprile 1997.

[27] Cass., 9 agosto 1988, n. 4883; Cass., 23 gennaio 1993, n. 791.

[28] Cass., 5 novembre 1996, n. 9641, in *Fam. e dir.,* 1997, 115, con nota di Cubeddu, *Riforma in appello di condanna agli alimenti e ripetizione delle prestazioni eseguite.*

a carico però non dei parenti, ma dello stato; si tratta dunque di una misura di *welfare* finalizzata per l'appunto al contrasto della povertà.

I dubbi maggiori sorgono ovviamente con riferimento ai casi, peraltro numerosi, in cui il reddito è stato erogato a persone che in base a controlli successivi sono risultate essere non aventi diritto alla relativa erogazione. Nei casi di questo genere, diversamente che in ambito di obbligazioni di carattere alimentare in senso stretto, scatta peraltro l'obbligo incondizionato della restituzione, salvi gli eventuali profili di frode all'erario e così via. Può peraltro ritenersi che non sempre le somme in questione potranno in concreto essere recuperate, tenuto conto del loro basso ammontare, nonché del fatto che in genere esse sono state comunque già spese.

7. *Alimenti e mantenimento*

L'obbligo alimentare non va inoltre confuso con altri obblighi aventi un contenuto in un certo senso analogo previsti dal legislatore; si pensi per esempio all'obbligo che incombe su entrambi i coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia (art. 143, 3° comma, cod. civ.), all'obbligo dei coniugi di mantenere la prole (art. 147 cod. civ.), nonché ancora a quello dei figli di contribuire al mantenimento della famiglia (art. 315 cod. civ.). Si tratta infatti di doveri fisiologici all'esistenza stessa di una famiglia. Un tempo anche il marito era tenuto al mantenimento della moglie; opportunamente, la riforma del diritto di famiglia ha sostituito un tale obbligo di mantenimento, con quello di contribuire ai bisogni della famiglia, il quale grava su entrambi i coniugi. Resta comunque la differenza di fondo tra la figura del mantenimento e quella degli alimenti[29]; mentre l'obbligo di mantenimento è configurabile esclusivamente nei confronti di un coniuge a favore dell'altro, o dei coniugi a favore dei figli, l'obbligo alimentare ha un ambito di applicazione molto più vasto; in secondo luogo, anche sotto il profilo del contenuto, mentre l'obbligo di mantenimento deve essere rapportato alla condizione economica di chi è tenuto al mantenimento, e prescinde dallo stato di bisogno dell'avente diritto, l'obbligo alimentare non implica condivisione di uno *status*, ma piuttosto la devoluzione di quanto strettamente necessario per ovviare ad uno stato di bisogno dell'avente diritto.

8. *Il mantenimento dei figli*

I figli hanno ovviamente il diritto di essere mantenuti dai genitori, vale a dire hanno il diritto a ricevere tutta l'assistenza materiale necessaria[30]; in base all'opinione più diffusa un tale diritto è equivalente a quello che compete al coniuge e deve essere assolto mettendo a disposizione del minore tutte le risorse necessarie per assicurargli un tenore di vita consono a quello della famiglia[31]; questo non significa ovviamente che il minore abbia diritto ad indulgere negli agi e nell'ozio[32], ma piuttosto che abbia diritto a godere di tutte le risorse di cui ha bisogno in conformità alle possibilità economiche della famiglia. Un tale diritto non si interrompe necessariamente con il raggiungimento della

[29] Cass., 8 maggio 1980, n. 3033; Cass., 26 maggio 2020, n. 9686.
[30] Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro it.,* 2001, I, 187.
[31] Pret. Oristano, 4 dicembre 1986, in *Dir. fam. e pers.,* 1988, 374.
[32] Cass., 19 maggio 2009, n. 11538, *Dir. fam. e pers.,* 2010, 84.

maggior età, e addirittura con il matrimonio[33], ma si prolunga fino al conseguimento dell'indipendenza economica[34], senza che il genitore possa far appello all'interesse morale del figlio al fine di ottenere la riduzione dell'ammontare[35]; salva la prova che il mancato conseguimento dell'indipendenza economica è imputabile al figlio stesso, che per esempio ha rifiutato idonee opportunità di impiego[36] e così via[37].

Si tratta dunque a prima vista di somme nettamente superiori rispetto a quelle tipiche dell'obbligazione alimentare in senso stretto; ciononostante la giurisprudenza ha tendenzialmente esteso il regime degli alimenti in quanto ad incedibilità, incompensabilità[38] e soprattutto irripetibilità anche al mantenimento dei figli; ne consegue che quanto erogato a titolo di mantenimento dei figli non è suscettibile di ripetizione, anche nel caso in cui venga rimodulato al ribasso in sede di provvedimento definitivo o in sede di appello[39]; militerebbe a favore di questa soluzione sia il carattere sostanzialmente alimentare delle erogazioni in questione, sia il fatto che tali somme in genere vengono prontamente consumate, con conseguente impraticabilità delle restituzioni, sia ancora il fatto che non è configurabile un dovere di accantonamento in vista della restituzione, neppure nel caso in cui le somme in questione siano state percepite in mala fede; si tratterebbe in altre parole ancora una volta di un caso tipico di venir meno dell'arricchimento. In caso di riduzione del *quantum* viene peraltro meno l'obbligo di devolvere il maggiore ammontare in precedenza previsto e non ancora pagato[40].

In tempi più recenti la questione è peraltro stata riconsiderata da parte della giurisprudenza, sia in base alla considerazione che l'ammontare delle prestazioni di mantenimento può eccedere anche notevolmente nel *quantum* quanto dovuto a titolo di alimenti, sia in base alla considerazione che sarebbe ingiusto non disporre la restituzione ove risulti insussistente il diritto stesso al mantenimento, come per esempio nel caso in cui gli alimenti siano stati erogati da parte di un soggetto che in realtà non era il genitore effettivo[41], o in favore di soggetti che ormai avevano raggiunto l'autosufficienza economica, specie nel caso in cui fosse noto il rischio restitutorio[42], il che ovviamente comporta una progressiva erosione della sfera di irripetibilità anche in questo ambito.

9. *Il mantenimento del coniuge*

Come è ben noto attualmente è venuto meno il dovere di mantenimento del marito ed è stato sostituito dal dovere dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia in

[33] Cass., 26 gennaio 2011, n. 1830, in *Dir. fam. e pers,* 2011, 760; in *Fam., pers. e succ.,* 2011, 660, con nota di Achille, *Il mantenimento del figlio maggiorenne tra diritto positivo e prospettive di intervento legislativo*; si veda anche: Cass., 7 febbraio 1952, n. 295, in *Giur. it.,* 1953, I, 1, 540.

[34] Cass., 17 gennaio 1977, n. 210, in *Giust. civ.,* 1977, I, 1604, con nota di Dogliotti, *Ancora sull'obbligo del genitore al mantenimento del figlio maggiorenne;* Cass., 8 novembre 2010, n. 22678.

[35] Cass., 28 gennaio 2021, n. 2020.

[36] Cass., 25 maggio 1981, n. 3416, in *Giust. civ.,* 1982, I, 1335, con nota di Finocchiaro, *Chi è legittimato a chiedere l'assegno di mantenimento per il figlio diventato maggiorenne?*; Cass., 28 giugno 1994, n. 6215, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1995, I, 113.

[37] Cass., 22 giugno 2016, n. 12952, in *Nuova giur. civ. comm*, 2016, I, 1635, con nota di Esposito, *Il mantenimento del figlio maggiorenne e la sua cessazione.*

[38] Cass., 14 maggio 2018, n. 11689; Cass., 14 maggio 2018, n. 11689.

[39] Cass., 22 marzo 1993, n. 3363; Cass., 2 agosto 2013, n. 18538.

[40] Cass., 25 giugno 2004, n. 11863; Cass., 10 dicembre 2008, n. 28987; Cass., 4 luglio 2016, n. 13609.

[41] Cass., 4 dicembre 2012, n. 21675.

[42] Cass., 23 maggio 2014, n. 11489; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3659.

relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo (art. 143, 3° comma, cod. civ.). Questo non esclude peraltro che le capacità reddituali dei due coniugi possano essere molto differenti[43]; ne consegue che in caso di separazione il coniuge più svantaggiato sul piano economico ha diritto alla devoluzione di un assegno di separazione, purché ne faccia domanda[44], la cui funzione è quella di assicurare il mantenimento di un tenore di vita rapportabile a quello goduto in costanza di matrimonio (art. 156, 1° comma, cod. civ.)[45]; senza che a questi fini assumano rilevanza le scelte di vita dell'avente diritto al mantenimento[46] o la modesta entità del reddito del coniuge obbligato[47]. Funzione dell'assegno è dunque quella di colmare l'eventuale divario economico esistente tra i coniugi; a questi fini occorre prendere in considerazione non solo i redditi da lavoro, ma anche l'intera consistenza patrimoniale dei due coniugi[48], quali immobili[49] e così via[50]; anche la durata del matrimonio[51] ed il contributo apportato da un coniuge alla formazione del patrimonio dell'altro coniuge possono assumere rilevanza a questi fini[52]. Quello che comunque è sicuro è che gli alimenti costituiscono un *minus* rispetto al mantenimento, con la conseguenza che il riconoscimento al coniuge separato di un assegno alimentare in luogo di quello di mantenimento non costituisce extrapetizione; parimenti la domanda di alimenti avanzata per la prima volta in appello non comporta violazione del divieto di domande nuove[53].

Anche in questo ambito è peraltro frequente il caso in cui il *quantum* dell'assegno fissato nei provvedimenti interinali venga successivamente ridotto dal giudice con la sentenza che chiude il procedimento o ancora successivamente in sede di appello; ci si domanda quindi se le eventuali somme devolute in esubero siano suscettibili di restituzione o meno; in base ad un primo orientamento giurisprudenziale la soluzione era tendenzialmente negativa, tenuto conto del fatto che il regime delle prestazioni alimentari veniva esteso anche all'assegno di mantenimento in quanto ad incedibilità, incompensabilità e soprattutto irripetibilità[54]; salva l'impossibilità di ottenere il pagamento dei maggiori importi in precedenza dovuti, ma non erogati[55]; questa soluzione in alcuni casi veniva altresì argomentata facendo leva sull'art. 189 cod. proc. civ. ai sensi del quale il decreto presidenziale conserva i suoi effetti anche in caso di estinzione del processo[56]; si

[43] Cass., 5 gennaio 2001, n. 136, in *Giur. it.,* 2002, 66; Cass., 4 aprile 2002, n. 4800, in *Giur. it.,* 2003, 686; Cass., 11 novembre 2013, n. 25293.

[44] Cass., 23 luglio 1987, n. 6424, in *Nuova giur. civ. comm*, 1988, I, 456.

[45] Cass., 11 agosto 1994, n. 7358; Cass., 11 aprile 2000, n. 4558, in *Giur. it.,* 2000, 2235; Cass., 11 novembre 2003, n. 16912, in *Dir. fam. e pers,* 2004, 915; Cass., 27 giugno 2006, n. 14840; Cass., 21 marzo 2011, n. 6403; Trib. Arezzo, 4 marzo 2014; principio ribadito anche con riferimento alla separazione Berlusconi - Lario: Cass., 16 maggio 2017, n. 12196; Cass., 19 aprile 2018, n. 9294, in *Giur. it.,* 2018, 1326.

[46] Cass., 24 dicembre 2002, n. 18327, in *Fam. e dir.,* 2003, 275; Cass., 2 agosto 2013, n. 18542.

[47] Cass., 24 novembre 1981, n. 6237.

[48] Cass., 29 settembre 1977, n. 4163, in *Giust. civ.,* I, 87; Cass., 2 luglio 1990, n. 6774, in *Giust. civ.,* 1991, I, 1, 1799; Cass., 30 gennaio 1992, n. 961, in *Giust. civ.,* 1993, I, 3075.

[49] Cass., 19 ottobre 1981, n. 5446, *Dir. fam. e pers.,* 1982, 409; Cass., 28 ottobre 1982, n. 5632; si veda però anche: Cass., 12 aprile 2001, n. 5492, in *Giust. civ.,* 2002, I, 3237, con nota di Finocchiaro, *Patrimoni dei coniugi e loro redditi, ai fini dell'assegno di mantenimento ex art. 156 c.c.*

[50] Cass., 5 febbraio 2014, n. 2542; Cass., 24 febbraio 2014, n. 4305.

[51] Cass., 16 dicembre 2004, n. 23378; Cass., 7 dicembre 2007, n. 25618.

[52] Cass., 22 ottobre 2004, n. 20638; Cass., 7 dicembre 2007, n. 25618.

[53] Cass., 3 marzo 1994, n. 2128; Cass., 19 giugno 1996, n. 5677; Cass., 16 giugno 1997, n. 5381; Cass., 8 maggio 2013, n. 10718; Cass., 21 novembre 2017, n. 27695.

[54] Cass., 14 aprile 1980, n. 2411; Cass., 5 giugno 1990, n. 5384; Cass., 12 aprile 1994, n. 3415; Cass., 23 aprile 1998, n. 4198; Cass., 20 luglio 2015, n. 15186; Cass., 24 ottobre 2017, n. 25166.

[55] Cass., 12 giugno 2006, n. 13593.

[56] Cass., 5 ottobre 1999, n. 11029; Cass., 12 aprile 1994, n. 3415; Cass., 5 ottobre 1999, n. 11029.

riteneva inoltre che unica eccezione fosse il caso in cui risultasse provata la temerarietà della richiesta, con conseguente responsabilità ai sensi dell'art. 96 c.p.c[57]. Del resto la stessa Corte Costituzionale aveva ritenuto che il privilegio generale sui beni mobili del debitore di cui agli artt. 2751 n. 4 e 2778, n. 17 cod. civ. relativo ai crediti alimentari dovesse in via interpretativa ritenersi esteso anche al credito di mantenimento del coniuge separato o divorziato[58].

In seguito la giurisprudenza è giunta a ritenere che l'assegno di mantenimento del coniuge più svantaggiato, diversamente da quello di mantenimento dei figli, non ha natura alimentare, con conseguente ammissibilità della compensazione[59]; anche in questo ambito si è inoltre assistito ad una progressiva erosione della sfera di irripetibilità, sia nei casi in cui non sussista ab origine il diritto al mantenimento, sia nel caso in cui l'ammontare erogato sia risultato eccessivo, salva l'irripetibilità nei limiti delle prestazioni alimentari in senso stretto, che come abbiamo già avuto modo di rilevare sono di entità nettamente più contenuta rispetto all'assegno di mantenimento[60]. Questo da un lato frustra l'interesse di chi ha percepito le somme in questione a non restituirle, specie nel caso in cui sia trascorso un lungo lasso di tempo e siano comunque state consumate, dall'altro lato costituisce un corollario della progressiva attenuazione dei doveri di solidarietà familiare tra i coniugi successivi alla crisi coniugale ormai in atto da tempo.

10. *L'assegno di divorzio*

Leggermente più complesso è il discorso con riferimento all'assegno di divorzio, anche se la tendenza in atto alla progressiva attenuazione dei legami familiari è ancora più evidente in caso di divorzio, il che si riflette immancabilmente anche sotto il profilo della configurabilità delle obbligazioni restitutorie.

Sebbene lo scioglimento del vincolo matrimoniale determini la cessazione di ogni dovere reciproco tra i coniugi, permane tra di essi un certo grado di solidarietà postconiugale; in particolare ove le condizioni patrimoniali di uno di essi siano inferiori a quelle dell'altro[61] può essere disposta, se richiesta[62], la devoluzione di un assegno di divorzio[63]. In base all'opinione un tempo più diffusa, l'assegno era finalizzato a garantire il mantenimento di un tenore di vita rapportabile a quello goduto[64], o che comunque

[57] Cass., 10 maggio 1984, n. 2864; Cass., 8 settembre 1991, n. 9728.

[58] Corte cost., 21 gennaio 2000, n. 17.

[59] Cass., 19 luglio 1996, n. 6519; Cass., 26 maggio 2000, n. 9686; Cass., 26 maggio 2020, n. 9686.

[60] Cass., 20 marzo 2009, n. 6864.

[61] Cass., 8 maggio 2013, n. 10720; viceversa l'assegno non è dovuto ove in seguito al divorzio la situazione patrimoniale dei due coniugi si sia parificata: Cass., 17 luglio 2009, n. 16800, in *Dir. fam. e pers.,* 2010, 88.

[62] La domanda non richiede formalità particolari e può essere anche implicita: Cass., 26 giugno 1991, n. 7203, in *Dir. fam. e pers.,* 1992, 179; Cass., 5 luglio 2001, n. 9058, in *Familia,* 2002, 270; Cass., 28 aprile 2008, n. 10810, in *Fam. e dir.*, 2008, 977, con nota di Frassinetti, *Domanda implicita di assegno divorzile*.

[63] Capozzi, *L'assegno periodico al coniuge divorziato,* in *Dir. e giur.,* 1971, 161; la Corte di Cassazione ha considerato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla configurabilità del diritto stesso all'assegno, in quanto espressione della solidarietà post coniugale: Cass., 17 luglio 2009, n. 16789; si veda inoltre: Cass., 10 marzo 1976, n. 819, in *Riv. dir. civ.,* 1978, II, 113, con nota di Mezzanotte, *Sull'obbligo di corrispondere un assegno periodico a seguito di scioglimento di matrimonio.*

[64] Trib. Velletri, 17 novembre 1984, in *Dir. fam. e pers.,* 1985, I, 586; Cass., sez. un., 2 marzo 1990, n. 1652, con commento di Bianca, *Natura e presupposti dell'assegno di divorzio: Le sezioni unite della Cassazione hanno deciso,* in *Riv. dir. civ.,* 1991, II, 221; Cass., 2 luglio 1998, n. 6468, in *Fam. e dir.,* 1998, 565;

avrebbe potuto essere goduto[65], durante il matrimonio; sempreché ovviamente uno dei due coniugi venisse a trovarsi in condizioni più disagiate rispetto all'altro[66], e soprattutto non avesse la possibilità di procurarsi un reddito adeguato[67].

Parte della dottrina aveva peraltro contestato questi risultati, considerando che l'assegno post coniugale non può essere lo strumento per garantire situazioni di rendita di un coniuge nei confronti dell'altro; senza contare il fatto che la solidarietà post coniugale, se così concepita, può contraddire lo spirito della l. 1° dicembre 1970, n. 898, disincentivando di fatto sul piano economico lo scioglimento del vincolo matrimoniale; sebbene il matrimonio possa essere sciolto, di fatto il permanere dell'obbligo di garantire all'altro coniuge il mantenimento dello stesso tenore di vita goduto in precedenza, vale ad avvicinare in qualche misura l'assegno di divorzio a quello di separazione, a prescindere dal fatto che con il divorzio il vincolo matrimoniale non è più in atto. In questa prospettiva da più parti si era dunque auspicato un ridimensionamento del *quantum*, sganciandolo rispetto al tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, in modo da rapportarlo a quanto necessario per assicurare una condizione di vita libera e dignitosa; impostazione che sebbene tradizionalmente minoritaria sia in dottrina che in giurisprudenza[68], è stata infine recepita dalla Corte di Cassazione, la quale ha chiarito che l'assegno di divorzio, il quale ha natura prettamente assistenziale, non ha come finalità quella di consentire al coniuge più debole il mantenimento dello stesso tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, ma piuttosto quella di garantire l'indipendenza e l'autosufficienza economica del coniuge che lo richiede[69].

L'ordinamento italiano in questo modo si è adeguato grazie alla giurisprudenza all'evoluzione dell'istituto del divorzio che si è già verificata nella maggior parte degli ordinamenti europei, nonostante l'inerzia del legislatore[70]. Si aggiunga ancora che la legge italiana del 1970 sul divorzio poté essere varata solo in virtù di un compromesso con la Democrazia Cristiana, la quale acconsentì alla legge purché il divorzio non avesse ripercussioni sul piano economico, con conseguente diritto al mantenimento dello

---

Cass., 7 maggio 2002, n. 6541, in *Fam. e dir.,* 2003, 228; Cass., 26 febbraio 1998, n. 2087; Cass., 4 febbraio 2011, n. 2747, in *Foro it.,* 2012, 1184; Cass., 3 luglio 2013, n. 16597; Cass., 28 ottobre 2013, n. 24252; Cass., 13 gennaio 2014, n. 488; Cass., 30 aprile 2014, n. 9494; Cass., 30 aprile 2014, n. 9498; Cass., 6 maggio 2014, n. 9660; si veda anche: Cass., 3 luglio 1980, n. 4228, in *Dir. fam. e pers.,* 1980, 1134.

[65] Cass., 4 aprile 2002, n. 4800; Cass., 16 maggio 2005, n. 10210, in *Giust. civ.,* 2006, 894; Cass., 3 dicembre 2008, n. 28741, in *Fam. e dir*., 2009, 467, con nota di Vesto, *Tenore di vita potenziale e durata del matrimonio: motivo e misura dell'assegno divorzile;* Cass., 16 ottobre 2013, n. 23442.

[66] Cass., 8 gennaio 2014, n. 129; Cass., 4 aprile 2014, n. 7982.

[67] Cass., 5 aprile 2012, n. 5495, in *Giust. civ.,* 2012, 1203; Cass., 3 febbraio 2014, n. 2236; Cass., 5 febbraio 2014, n. 2537; Cass., 13 febbraio 2014, n. 3365.

[68] Cass., 2 marzo 1990, n. 1652, in *Foro it.,* 1990, I, 1165, con note di Macario, senza titolo e di Quadri, *La Cassazione rimedita il problema dell'assegno di divorzio.*

[69] Anche nota come sentenza "Lamorgese", dal nome del suo estensore: Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Nuova giur. civ. comm*, 2017, I, 1001, con nota di Roma, *Assegno di divorzio: dal tenore di vita all' indipendenza economica*; in *Giur. it.,* 2017, 1299, con nota di Di Majo, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*; in *Giur. it.,* 2017, 1795, con nota di Rimini, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*; Cass., 22 giugno 2017, n. 15481, in *Nuova giur. civ. comm*, 2017, I, 1473, con nota di Vesto, *Revisione dell'assegno post-matrimoniale: dal dogma del "tenore di vita" all'"autosufficienza" e autoresponsabilità economica.*

[70] Fortino, *Il divorzio, l'autoresponsabilità degli ex coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia,* in *Nuova giur. civ. comm*, 2017, II, 1254-1260; Quadri, *L'assegno di divorzio tra conservazione del tenore di vita e autoresponsabilità: gli ex coniugi persone singole di fronte al loro passato comune,* in *Nuova giur. civ. comm*, 2017, II, 1261-1273; Rimini, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale,* in *Nuova giur. civ. comm*, 2017, II, 1274-1282.

stesso tenore di vita. Impostazione, che sebbene oggetto di crescenti critiche, è riuscita a resistere fino all'intervento della Corte di Cassazione del 2017.

Anche il nuovo orientamento non è però del tutto esente da possibili critiche; si consideri infatti che a volte uno dei due coniugi, ancorché economicamente autosufficiente, rinuncia ad eventuali prospettive di carriera per contribuire in modo più pieno alla vita familiare e consentire viceversa all'altro coniuge di conseguire più elevati livelli di reddito; nei casi di questo genere il disconoscere il contributo del coniuge che ha rinunciato alla carriera al benessere familiare può essere ingiusto, specie nel caso in cui la coppia abbia optato per la separazione dei beni; del resto per ovviare a questo inconveniente in Francia il codice contempla espressamente la possibilità che venga attribuita al coniuge una somma a titolo compensativo del contributo arrecato al benessere familiare (art. 270)[71].

Ancora successivamente le sezioni unite della Corte di Cassazione, in parziale accoglimento di questi ed altri rilievi sollevati dalla dottrina, hanno nuovamente riconsiderato la questione, stabilendo che l'assegno di divorzio ha una funzione non solo *assistenziale*, ma anche *compensativa e perequativa*; ne consegue che ai fini della quantificazione occorre tener conto anche del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto[72]. Soluzione senza dubbio equilibrata, che evita gli eccessi della precedente decisione della Cassazione, consentendo al giudice di prendere in considerazione anche l'apporto dell'avente diritto all'assegno alla formazione del patrimonio comune e personale dell'altro coniuge, nonché la durata del matrimonio e l'età dell'avente diritto, con conseguente passaggio da una logica puramente assistenziale ad una logica compensativa.

Ne risulta comunque l'individuazione di due componenti dell'assegno di divorzio, una più strettamente assistenziale ed una compensativa, il che può riflettersi anche sotto il profilo delle restituzioni. Anche in questo ambito può infatti succedere che venga erogato un assegno il cui *quantum* viene poi successivamente ridotto o del tutto escluso per carenza di presupposti. Nei casi di questo genere si pone ovviamente un problema di eventuali restituzioni; al pari che in materia di mantenimento; in giurisprudenza originariamente prevaleva l'orientamento che assimilava l'assegno di mantenimento e di divorzio a quello alimentare in senso stretto, con conseguente tendenziale esclusione delle restituzioni, salvi i profili di eventuale responsabilità ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. a carico del soggetto richiedente. In seguito questa situazione si è però progressivamente modificata; da un lato la giurisprudenza ha riconosciuto che l'assegno di divorzio ha due

[71] Patti, *La giurisprudenza in tema di assegno di divorzio e il diritto comparato,* in *Nuova giur. civ. comm*, 2020, II, 454-459; Benanti, *Prestation compensatoire e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice,* in *Riv. dir. civ.,* 2020, 1087-1114.

[72] Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Giur. it.,* 2018, 1843, con nota adesiva di Rimini, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Nuova giur. civ. comm*, 2018, I, 1601, con nota di Benanti, *La nuova funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*; *ivi*, con commenti di Rimini, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile,* 1693-1703; Fortino, *L'assegno di divorzio come strumento per realizzare ex post il principio di eguaglianza tra coniugi*, 1704-1713; Quadri, *C'è qualcosa di nuovo oggi nell'assegno di divorzio, anzi d'antico*, 1714-1724; Buzzelli (a cura di), *Il nuovo assegno di divorzio*, Pacini 2019; Rimini, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia. La redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano,* in *Riv. dir. civ.,* 2020, 422-441; Porcelli, *L'assegno divorzile verso una nuova stagione*, Esi, 2020; Salerno, *Il diritto giurisprudenziale in materia di assegno di mantenimento nello scioglimento del matrimonio e dell'unione civile,* in *Riv. dir. civ.,* 2021, 187-203; Pasquili, *La solidarietà coniugale al tempo del divorzio,* in *Riv. dir. civ.,* 2021, 539-571.

componenti, quella assistenziale e quella compensativa, le quali rispondono ad esigenze differenti, dall'altro lato ha progressivamente limitato l'irripetibilità alla sola componente assistenziale in senso stretto[73], specie nel caso in cui sia l'assegno sia stato erogato in assenza dei requisiti richiesti[74]. Ancora una volta il tutto si inscrive in un processo di progressiva attenuazione dei doveri di solidarietà familiare, specie in caso di divorzio, il quale come è ben noto diversamente rispetto alla separazione tronca ogni legame tra gli ex coniugi, i quali sciolto il vincolo matrimoniale diventano estranei, il che ovviamente può riflettersi anche sotto il profilo delle restituzioni; se infatti il divorzio tronca ogni legame tra i coniugi, ne consegue che eventuali somme devolute indebitamente devono essere restituite in applicazione dei principi generali (art. 2033 cod. civ.), con riferimento ai quali sono dunque venute meno le ragioni che ne impedivano l'ingresso anche in ambito familiare. La famiglia non è infatti più un'isola che il diritto può solo lambire, secondo la ben nota espressione di Arturo Carlo Jemolo, ma diventa in misura crescente un ambito in cui gli istituti ordinari del diritto civile, dal contratto alla responsabilità civile e perché no ai rimedi restitutori, hanno pieno ingresso, pur con i necessari contemperamenti richiesti dalle peculiarità del caso concreto.

11. *Il punto delle Sezioni unite*

In queste condizioni appare come doveroso l'intervento delle Sezioni Unite, le quali hanno portato chiarezza in una materia piuttosto controversa ed in forte evoluzione; a ben vedere l'arresto non si pone peraltro in contrasto con il trend evolutivo in atto in materia di separazione e divorzio, ma piuttosto ne costituisce un punto di arrivo, o per lo meno una tappa importante.

Le Sezioni Unite, preso atto delle tendenze evolutive in atto e dei contrasti giurisprudenziali presenti in materia di restituzioni degli assegni di mantenimento e di divorzio, indicano alcune soluzioni di compromesso, le quali costituiscono sicuramente un primo passo verso una maggior chiarezza delle regole applicate in materia. In particolare le Sezioni Unite distinguono a seconda che siano stati esclusi i presupposti in base ai quali sono stati erogati gli assegni di mantenimento o di divorzio, come per esempio lo stato di bisogno, con conseguente restituzione integrale a far data dal tempo della devoluzione, unitamente agli interessi, o viceversa si sia unicamente rideterminato al ribasso l'ammontare degli assegni in questione, con conseguente esclusione della ripetizione.

Ne consegue pertanto che se il provvedimento che conclude il procedimento o quello reso in appello esclude l'*an debeatur*, l'intero ammontare deve essere restituito, unitamente agli interessi a far data dal pagamento, dato che come già precisato in precedenza da parte della giurisprudenza in caso di pagamento in esecuzione di una sentenza provvisoriamente esecutiva successivamente riformata, la ripetizione ha luogo a prescindere dall'accertamento della buona o della mala fede, con la conseguenza che gli interessi sono dovuti dal giorno del pagamento e non da quello della domanda[75]. Anche questa costituisce ovviamente una regola pretoria, non scritta nel codice, introdotta *ex*

---

[73] Cass., 9 settembre 2002, n. 13060; Cass., 10 ottobre 2003, n. 15164.

[74] Cass., 28 maggio 2004, n. 10291; Cass., 30 agosto 2019, n. 21926, in *Foro it.,* 2019, I, 3486; Cass., 18 ottobre 2021, n. 28646.

[75] Cass., 23 marzo 2010, n. 6942; Cass., 17 dicembre 2010, n. 25589; Trib. Roma, 7 settembre 2016, n. 7307; Cass., 18 ottobre 2021, n. 28646.

novo da parte della giurisprudenza. Se invece la modifica si riferisce unicamente all'ammontare dovuto con conseguente riduzione del *quantum debeatur*, viene esclusa la ripetizione, salva l'ulteriore precisazione che la sfera di irripetibilità si riferisce soltanto alla componente alimentare in senso stretto dell'assegno; si presume infatti che tali somme, in genere di lieve entità, siano comunque state consumate, con la conseguenza che specie a distanza di tempo non sarebbe opportuno disporne la restituzione; si tratta dunque a ben vedere dello stesso regime delle prestazioni alimentari, il quale opportunamente è stato limitato alla sola componente assistenziale dell'assegno; ed è proprio in questo che è possibile vedere l'aspetto più innovativo della decisione in questione; mentre infatti originariamente il regime delle prestazioni alimentari era stato esteso all'intera componente degli assegni vuoi di separazione e di divorzio, attualmente risulta chiaro che l'eventuale irripetibilità non si riferisce all'intero ammontare, ma solo all'eventuale componente assistenziale in senso stretto.

Ovviamente si tratta di una soluzione di compromesso che si fonda su evidenti ragioni equitative, vale a dire l'esigenza, tra l'altro molto sentita dai pratici, di evitare che le eventuali somme erogate ed in genere spese a distanza anche di un lungo lasso temporale possano essere rimesse in discussione ed oggetto di restituzione.

Rigorosamente parlando si consideri tuttavia che se il *quantum* viene rimodulato al ribasso, ne consegue che solo una frazione dell'ammontare devoluto era effettivamente dovuta; conseguenza ulteriore è che una parte dell'ammontare incassato non era dovuta, con conseguente configurabilità per lo meno in astratto dell'indebito; in termini del tutto generali le somme devolute senza causa sono infatti in linea di principio soggette a restituzione (art. 2033 cod. civ.)[76]; in genere anche la revoca dei provvedimenti cautelari comporta la loro decadenza[77]; questo principio deve però essere contemperato con quello del venir meno dell'arricchimento, in virtù del quale se le somme indebitamente devolute sono state consumate, si esclude la restituzione. Si tratta del resto di un principio che affonda le sue radici nel diritto comune e che come abbiamo avuto modo di rilevare continua a fare capolino nel diritto moderno specie quando si tratta di prestazioni in senso lato alimentari di modesta entità, le quali sono state consumate con conseguente impraticabilità delle restituzioni.

[76] Cass., 11 luglio 2018, n. 18266.
[77] Cass., 27 novembre 1999, n. 13292; Cass., 23 giugno 2008, n. 17028.

ATTILIO GORASSINI

GLI ADULTI ADULTERATI E LA FAME DI "FAMIGLIA". IL NUOVO CANNIBALISMO DELL'ANTROPOCENE

SOMMARIO: 1. I protagonisti sulla scena originaria della Famiglia e la comparsa e il moltiplicarsi delle maschere pseudo-familiari attraverso il Diritto. – 2. Famiglia, famiglie, vita familiare; libera sessualità, procreazione con deriva di ectogenesi pseudo-naturale e maternità surrogata. – 3. Dalla realtà lambita dal Diritto al Diritto 'ambito' per fondare come realtà giuridica di famiglia ogni relazione con profumo di fatti di sentimento. – 4. Il figlio ormai al centro della scena: da *famulus* a despota (anche solo) nella percezione degli adulti adulterati. – 5. La conservazione sociale della famiglia come istituto oltre la scadenza per funzione (o finzione?) di diritto. – 6. Antropocene e apoptosi per cannibalismo di valori giuridici sorretti solo da una egoità alterata priva di dignità reale.

1. *I protagonisti sulla scena originaria della Famiglia e la comparsa e il moltiplicarsi delle maschere pseudo-familiari attraverso il Diritto*

«Che cosa intendiamo, nel discorso comune, per "famiglia"' … il significato del termine ha … diverse estensioni … il linguaggio evolve, è un aspetto del costume. E il diritto prima o poi riflette l'evoluzione del costume» [1] [2].

Le famiglie, come le società, sono attraversate da processi di de-istituzionalizzazione e individualizzazione: nel tempo molti istituti del diritto di famiglia hanno conosciuto un progressivo ammodernamento che ha condotto ad una privatizzazione dei rapporti, anche se non di tutte le relazioni familiari; e soprattutto le ultime riforme hanno decretato un progressivo ammodernamento dei formanti, nei quali si è creata una scissione tra la materia delle relazioni di coppia (connotata da maggiore autonomia) e quelle riguardanti la filiazione (tese alla tutela pubblicistica del minore, ma anche del maggiorenne non autonomo o autosufficiente).

Ma anche rispetto alla parte ancora tendenzialmente istituzionale (quella della filiazione) il complicarsi delle situazioni si evidenzia con il sorgere dei cosiddetti "genitori di intenzione" e le adozioni oltre lo stato di abbandono, con l'apparire di una parentela multipla rappresentata da un lato come identitaria del nato, dall'altro come fonte di

[1] IUDICA - ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, 23a ed., Milano, 2022, 617.

[2] Il presente saggio è dedicato al Prof. Paolo Zatti ed è stato pensato tendenzialmente tralasciando le impostazioni strettamente giuridiche seguite ed evidenziate in altri miei scritti sul tema, cercando di spostare (ma senza tradire il passato: richiamo solo perché forse presupposte, *Un nuovo fonema giuridico: figlio*, in *Eur. e dir. priv.* 2018, 385 ss., *Lo stato unico di genitore*, in *Sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, Pisa, 2019, 405 ss. e *Dalla famiglia alle famiglie. Pluralismo di modelli o concetti alternativi?* in *Sui mobili confini del diritto*, vol. I, Torino 2022, 254 ss.) la visione prospettica dei fenomeni in modo che la realtà familiare possa essere rappresentata in modo più interessante per quell'acuto studioso del diritto (ma con ampia cultura non solo giuridica) a cui è dedicato, anche se probabilmente non pienamente conforme alla sua visione. Le citazioni bibliografiche e le notazioni sugli interventi giudiziari seguiranno tendenzialmente la stessa *ratio.* Anche perché è stato recentemente pubblicato ne *I tematici* dell'*Enc. del dir.*, il volume *Famiglia*, Milano 2022 da cui è possibile con facilità trarre le indicazioni omesse.

tutela dei suoi diritti successori e probabilmente anche frutto dello sbiadirsi della vera famiglia come realtà sociale oltre il gruppo dei parenti non stretti (conosciuti solo per nome e non con il nome di tutti…)[3].

Nei fatti, infatti, per la deriva della "parentela" si rende forse difficile giustificare la successibilità ereditaria per "gradi", così come la rappresentazione ereditaria e l'ordine del diritto dovere agli alimenti dei discendenti ascendenti e affini (nonostante il nuovo art. 434 c.c.) di cui all'art. 433 c.c., diventando principio solo il limite solidale per gratitudine del donatario, come obbligazione naturale legata allo stato di bisogno del donante che si estende ad ogni rapporto in odore di famiglia (ma non alla "donazione fatta in riguardo di un matrimonio" con evidente paradosso se il valore famiglia resta istituzionale…).

Questa situazione caotica, senza affrontare in questa sede le complesse problematiche successorie legate a questa evoluzione/involuzione frattale di famiglia[4], rende palese come si sia spostata la rilevanza giuridica dei fatti e si possa creare spazio per considerare gli ex amanti o gli ex coniugi o ex parenti o ex affini e/o i loro "familiari" come terzi a cui imporre una responsabilità aquiliana da illecito con risarcimento dei danni non patrimoniali anche da violazione d'identità[5].

Oggi giustamente si è osservato come il termine "famiglia" sia diventato "sintetico"[6]: forse tanto "liquido" che la Famiglia da florida isola autosufficiente[7], poi trasformata in arcipelago familiare[8] privo dell'isola familiare d'origine[9], è diventata "l'isola che non c'è" di Peter Pan inglobata come seconda stella a destra nel cielo di tutta la realtà vaporosa della realizzazione singolare dei diritti inviolabili dei singoli, con il solo limite di una solidarietà tra egoità, fondata sulla loro eguaglianza di *chance* nei fatti di vita contingenti.

«Non c'è termine del linguaggio comune più semplice di *famiglia*; eppure, oggi quando parliamo di *famiglia,* non sappiamo esattamente più di che cosa parliamo»[10].

Ma è solo il Costume che si riflette nel Diritto o è il Diritto che propone uno stile di vita che nel tempo porta alla modifica del tipo di vita esistente diventando Costume?[11]

---

[3] Emblematica in tal senso sembra Corte cost., 28.3.2022, n. 79, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1013 ss., con nota di Cinque, *Nuova parentela d'adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità.*

[4] Su cui per una prospettiva di sintesi interessante v. Nocera, *Adoption en casos especiales y unitad status filiationis en el derecho italiano… en el plano sucesorio,* in *Actualidad juridica iberoamericana*, n. 17 bis, 2022.

[5] V. ad es. Cass. 5.5.2020 n.8459. È ormai Caos nelle relazioni, la cui deriva estrema porta spesso al femminicidio e contemporaneo o successivo suicidio dell'altro come adulterazione dei rapporti sociali para-familiari. V. *oltre.*

[6] D'Agostino, *Dalla famiglia naturale alla famiglia sintetica*, in *La famiglia all'imperfetto*, Napoli 2016, 241 ss.

[7] Oltre Jemolo, "società naturale" ex art. 29 Cost., dunque non creata dal Diritto ma solo riconosciuta se fondata sul matrimonio, ma pur sempre famiglia anche se solo di fatto perché comunque società naturale proprio in virtù dell'art. 29 (e non mera formazione sociale ex art. 2).

[8] Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.

[9] Itaca che non c'è secondo Paradiso, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1306 ss.

[10] Ancora D'Agostino*, loc. cit.*

[11] La domanda, pur non apparente, mi sembra implicitamente assunta da Zatti, (*Familia, familiae. Declinazioni di una idea, I, La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9 ss. e soprattutto Id, *II, Il valore figure della convivenza e della filiazione, ivi*, 337 ss.), ma non indagata (ma forse non era ancora il tempo di farlo).

2. *Famiglia, famiglie, vita familiare; libera sessualità, procreazione con deriva di ectogenesi pseudo-naturale e maternità surrogata*

Forse tutto il magma semantico è partito dal riconoscimento indiretto nel diritto europeo (fornito dalle Corti nella interpretazione ai diversi livelli delle Carte) dello *status familiae alieno*[12] portando ad una rilevanza giuridica come famiglia ogni luogo di relazione dove si può sviluppare la personalità umana[13]: la famiglia diventa un "sistema famiglia" di soggetti che comunicano a vari livelli, si aiutano, si ostacolano, sino a diventare nel tempo indifferenti anche alla parentela genetica in favore della parentela da affezione.

Come effetto di rimbalzo della valenza data alla "vita familiare" dell'art. 8 CEDU che la collega strettamente alla vita privata espressione dell'identità personale[14], la "formazione sociale" ex art. 2 Cost. finisce con il prevalere sulla "società naturale" dell'art. 29 Cost.[15].

La famiglia è assunta come fosse una associazione non riconosciuta che può sempre trasformarsi in riconosciuta se gli associati lo chiedono; forse, un giorno, anche in ente del terzo settore….

In realtà sembra che abbia preso radici la tecnica della *interpretazione di chi legge* rispetto alla tradizionale interpretazione della legge[16]. La lettura delle Carte e dei documenti normativi di diverso livello è utilizzata spesso per far espandere modelli di vita che sono quasi eccezioni come fenomeni reali, trasformandoli in forme strutturanti le istituzioni formali di nuovi stili di vita imposti secondo una ermeneutica del "più probabile che non"[17].

E pur di raggiungere quanto voluto, si bilancia l'interesse del minore (considerato a parole come superiore) con il diritto dei singoli alla procreazione, soprattutto di fronte all'ombra di una forma di famiglia che appare nel diritto in un qualsiasi posto della terra secondo la legislazione ivi vigente, anche attraverso il semplice utilizzo della cosiddetta maternità surrogata, accettata da alcuni Stati e vietata in altri e sufficiente però per creare famiglia "dichiarata" nell'interesse del comunque nato, dimenticando di valutare i fatti di vita (durante la gestazione in utero c'è comunicazione tra madre e feto che inciderà inevitabilmente sulla sua persona)[18] e creando un coacervo di possibili soluzioni che possano comunque reggere nei singoli casi concreti, con una ectogenesi giuridica di

---

[12] Espressione di Senigaglia, *Vita familiare e minori. A trent'anni da "Diritto comunitario e legalità costituzionale" di Pietro Perlingieri*, in *Dir. fam e pers.* 2022, 1505 ss.

[13] Scalisi, *Famiglia e famiglie in Europa,* in *Riv. dir. civ.* 2013, 13 ss.

[14] L'approccio ermeneutico caratterizzante la giurisprudenza della Corte di Strasburgo riconduce il diritto alla vita familiare per ogni relazione in qualche modo consolidata in fatto caratterizzata da intensità d'affetti: V. Senigaglia, *op. cit.*, 1505 ss.

[15] Sintomatica ad es. sullo *status* di figlio per una concezione promozionale della vis espansiva virale del diritto europeo v. Corte Giust. UE, *Grande sez.* 14.12.2021, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 537 ss. con nota di Chiricallo.

[16] Salvo a ricordarsene alla bisogna anche oltre la famiglia nucleare: v. Cass., 15.7.2022, n. 22397.

[17] Si assume che le Corti possano ad ogni livello cogliere dai singoli fatti l'evoluzione della coscienza sociale attraverso la "struttura triangolare del giudizio di ragionevolezza", con suicidio, se necessario, anche della Carta Costituzionale: cfr. Bin, *L'interpretazione della Costituzione in conformità alle leggi. Il caso della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2022, 514 ss.

[18] Si ricordi che l'ambiente ormonale a cui il feto è esposto nel grembo materno potrebbe avere un ruolo non indifferente addirittura sulle future tendenze transgender: v. *Dossier Mind*, 2023, cit., 48. I bambini del resto ascoltano e prevedono cosa gli riserva il futuro: studio coordinato dall'Università di Padova (pubblicato su *Scientific American report*). Sulla rilevanza del periodo perinatale per la salute mentale cfr. Cattaneo - Dal Corso - Barbano*, La salute mentale nel periodo perinatale. Uno sguardo tra diverse disci-*

adattamento degli effetti al fatto procreativo ormai manifestatasi in un nuovo soggetto umano.

Nel mondo liberale (libertario?) di oggi la comunità familiare è stata relegata ai margini come una questione esclusivamente privata, al contrario spesso di altre forme associative di comunità[19]: la famiglia tradizionale assume il carattere di comunità oggetto di depressione sociale, mentre la realtà del cosiddetto terzo settore si pone tra interesse privato e interesse pubblico, anzi si impone economicamente come necessaria espressione di solidarietà e sussidiarietà nel mondo attuale (per insufficienza della famiglia?)[20].

Emblematica la vicenda relativa al sistema famiglia nella procreazione assistita e nella maternità surrogata[21], ove nel tempo sì è ammessa l'eterologa anche per le coppie omoaffettive maschili con conseguente genitorialità almeno d'intenzione[22].

Ma questo senza non lasciar prevalere comunque l'amore liquido alla Bauman, diviso tra desiderio di emozioni e paura di legami che non durano "finché mi piace" nella società contemporanea che plasma la generazione Ikea dell'usa e getta rispetto a tutto, compresi i partners e anche i figli[23].

In contemporanea, infatti, si è assistito ad un'accelerazione nell'accertamento della libertà dal vincolo tra ex[24] e ciò per poter ricominciare sul mercato dei rapporti parafamiliari come consumatori di rapporti affettivi sul mondo-mercato del sistema famiglia, soprattutto se non ci sono figli e con pochi vincoli di natura patrimoniale ma comunque facilmente "esdebitabili" per relazioni o filiazioni sopravvenienti.

3. *Dalla realtà lambita dal Diritto al Diritto 'ambito' per fondare come realtà giuridica di famiglia ogni relazione con profumo di fatti di sentimento*

Diventa famiglia in onore del dichiarato interesse del Figlio ogni relazione in cui si percepisce il sorgere del sentimento (dai nonni genetici o acquisiti per adozione, ad ogni persona di possibile interesse del minore come genitore-i sociali e compagno-i occasionali di ogni gender)[25].

---

pline, a cura di Cassoni Palumbo, Gigantesco, Milano 2022. E più in generale VERNY, *La vita segreta prima della nascita*, Milano 1981 e CUCCI, *Il ruolo della madre nello sviluppo del bambino*, in *Accenti*, cit., 36 ss.

[19] Cfr. PERROT, *Impresa, società e comunità umana*, in *Civ. Catt.* 2022, 209 ss.

[20] È calcolato che l'80 o il 90% delle associazioni di volontariato non avrebbe più ragione di esistere qualora la famiglia fosse in buona salute (CUCCI, *Il matrimonio ultimo simbolo di eternità dell'uomo occidentale*, in *Accenti,* cit., 95).

[21] Sulla procreazione assistita e gli interventi giurisprudenziali più importanti v. IUDICA - ZATTI, *op. cit.*, 650 ss. e SALANITRO, *Procreazione assistita (dir.civ)*, in *Enc. del dir.*, *Famiglia,* cit.,1015 ss.

[22] Dopo CORTE COST. 8.5.2009 n. 151 che ha ammesso l'utilizzo anche di più di tre embrioni, la CORTE EUR. DIR. UOMO 28.9.2012, ric. 33783/09 seguita da CORTE COST., 5.6.2015, n. 96 sulla diagnosi pre-impianto di coppia fertile, dopo quella della CORTE COST., 10.6.2014, n. 162 che ha ammesso l'eterologa precludendo però al riconoscimento per le coppie omoaffettive maschili o femminili (CORTE COST. nn. 32 e 33 del 2021); ma certo per le donne può ipotizzarsi l'ovulo di una e la gestazione di un'altra, diventando in qualche modo geneticamente o epigeneticamente entrambe madri (ma con seme di terzo); per gli uomini si può immaginare l'inseminazione in utero con il seme di entrambi … salvo accertamento ex post se richiesto … e accedendo comunque al limite ad una "adozione unilaterale": v. *oltre.*

[23] SEQUEIROS, *Il pensiero critico davanti alla cultura della banalità*, in *Civ. Catt.* 2021

[24] Con divorzio a sei o dodici mesi dalla separazione o quasi immediato nell'unione civile e unione di fatto e con la riforma Cartabia in vigore con possibile domanda contestuale di separazione e divorzio e senza causa bifasica…

[25] Con un paradossale "ritorno al futuro" dalla famiglia nucleare del secolo scorso ad una famiglia allargata pluripatriarcale …

La realtà sociale – si assume – la avverta ormai come esigenza, ma il fatto di sentimento nel diritto necessita di strutture formalizzate per essere riconosciuto come produttore di effetti[26]: anche nella forma minimale di un documento giudiziale di equità o nella creazione in *autonomos* di accordi di convivenza registrati. Come fiume carsico sembra si vada comunque verso una istituzionalizzazione "resiliente" della famiglia (fondata sul matrimonio o atto similare)[27].

Per cercare di far quadrare il cerchio del diritto ad ogni minore a vivere in una famiglia (e non soltanto in un nucleo di affetti) si segue una maggiore sottoposizione alla norma giuridica di ogni realtà d'affetti, considerando "principio famiglia" il diritto egualitario a contrarre matrimonio e fondare una famiglia di cui all'art. 12 della Convenzione di diritti dell'uomo: ma senza chiedersi se ci sia un motivo per cui nel testo si utilizza il termine matrimonio (anche nella rubrica)[28].

Si ricordi che Matrimonio significa letteralmente *matris munus*, dono della maternità: matrimonio da sempre rappresenta veste pubblica della sessualità e affettività di coppia e questo rimane come fascino arcaico delle nuove maschere della vita familiare.

La genitorialità diventa mezzo per radicare nel sociale la relazione sessuale delle persone come "aria di famiglia", il diritto diventa "ambito" per fondare sempre nuove realtà giuridiche da considerare famiglia in ogni relazione con profumo di fatti di sentimento (anche dei nonni genetici o acquisiti sino ad ogni persona possibile interesse del minore).

Oggi l'interesse fondamentale alla base delle coppie di volere riconosciuta dal diritto una famiglia (oltre gli interessi economici di ritorno: pensione sostentamento ecc.) viene assunto come diritto alla genitorialità, come altra faccia della medaglia del diritto del figlio alla famiglia, anche attraverso la forzatura dell'adozione nei c.d. casi particolari.

Ma proprio partendo dalle adozioni, non può essere la genitorialità l'interesse fondamentale della famiglia come coppia in sintesi con l'interesse del figlio, ma solo la crescita del figlio una volta nato (qualunque sia la modalità seguita). In realtà è difficile che si possa ritenere che esista e sia mai esistito un diritto ad essere genitore (il non esserlo in tante culture era considerata un destino avverso): forse si può sostenere un diritto alla cura della infertilità, ma non un diritto alla genitorialità…

Ma se non esiste un diritto ad essere genitori, l'intera questione giuridica cambia prospettiva assiologica. Esiste solo il diritto del figlio a non essere abbandonato, ad essere accudito una volta nato senza alcun diritto di riflesso alla genitorialità se non appunto nel "dovere e diritto" dei genitori di mantenere istruire ed educare i figli fin quando ne sono capaci (art. 30 Cost.). Allora il vero interesse fondamentale da rintracciare è un altro, l'interesse reale del figlio.

Ma è solo a vivere e crescere nel modo migliore ipotizzabile dopo che è nato, qualunque sia stata la gestazione? O forse occorrerebbe con certezza stabilire il punto di partenza di questo interesse … Esiste o no un diritto a nascere del figlio?

Il giurista contemporaneo ritiene che sia meglio si eviti di pensare il punto di partenza come genesi del diritto del nato e del dovere-diritto dei genitori: l'annichilimento

[26] Falzea, *Fatto di sentimento*, in *ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica* II, Milano 1997, 437 ss.

[27] V. Busnelli, *Introduzione*, a *Divorzio e famiglie, mezzo secolo di storia del diritto italiano*, Cedam 2022.

[28] Spesso forzando la semantica dell'art. 9 della Carta dir. UE, che parla di "diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia" (immaginando una disgiuntiva "o").

dei valori incompatibili viene lasciato alla contingenza dei fatti "bilanciati" come valori astratti dal diritto[29].

Una relazione di coppia stabile in realtà è necessaria per la cura della prole e se anche l'ossitocina (c.d. ormone dell'amore) non è risultata essere determinante secondo recenti studi di ingegneria genetica crisper, è stato confermato che educare e accudire è solo una parte di un programma genetico più complesso che pone il figlio cucciolo da crescere in posizione preminente nella vita di relazione non solo della madre[30].

Famiglia, bellezza e pace sono concetti che per quanto associati alla nostra specie appartengono in realtà al mondo animale[31] dal quale non possiamo dissociarci senza divenire *avatar* da metaverso nel Diritto.

Infatti ancor oggi non manca il culto del feto, forse vero ultimo baluardo giuridico premonitore del valore prevalente del successivo interesse del minore che altrimenti farebbe il suo ingresso sulla scena giuridica solo dopo la nascita e l'assestamento in una qualsiasi cornice di famiglia[32], senza indicazione certa di tempo se non l'*autonomos* della madre. Per cui nei sistemi giuridici contemporanei matura il paradosso del danno e del reato se l'interruzione della gravidanza non è liberamente scelta e voluta dalla donna-madre (senza alcuna possibile interferenza del padre)[33]. Il giurista evita di osservare come la gravidanza della donna è già relazione con il feto[34] (ed è forse per questo che nella *pma* il consenso alla procreazione chiude tutto, come un tempo chiudeva tutto l'atto sessuale; e forse per questo anche il compagno o compagna non può abdicare una volta dato il consenso alla procreazione assistita).

In realtà il diritto a procreare si potrà immaginare solo in presenza di una possibilità della ricerca scientifica di trarre gameti da ogni cellula staminale[35] e garantire una gestazione in un utero meccanico; il resto non può che essere dovere di essere genitori salvo cause di giustificazioni in deroga[36].

4. *Il figlio ormai al centro della scena: da* famulus *a despota (anche solo) nella percezione degli adulti adulterati*

Comunque, il figlio ad un certo tempo dato dai fatti di vita (contingenti?) si colloca ormai al centro della scena familiare, relegando verso la periferia gli altri protagonisti. Il

[29] Giocando sui termini linguistici si cerca la possibile soluzione nella differenza tra Persona e Soggetto. Ma viene prima il Soggetto o la Persona? Se viene prima il soggetto della persona, lo schiavo può essere liberato perché diventa soggetto in virtù del diritto o diventa *nel* diritto tale perché persona umana?

[30] V. la Newsletter di *Redazione Le Scien*ze in *www.lescienze.it*, gennaio 2023.

[31] Safina, *Animali non umani*, Adelphi, 2022

[32] V. Pionelli, *Il culto del feto. Come è cambiata l'immagine della maternità*, Cortina 2020, ricordando M. Oden, *Abbracciamolo subito*, Red ed. 2016.

[33] Nonostante la richiesta di parificazione Gender e la loro ossessiva rivincita nei confronti della vita omoaffettiva …

[34] Gli ormoni prodotti durante la gestazione modificano la struttura e la funzione di un importante circuito cerebrale, favorendo il legame della madre con il bambino: Wickelgren, *Come la gravidanza cambia il cervello*, in *Mind* n. 218 2023, 94 s.

[35] V. Regalado, *Alcune startup della Silicon Valley stanno cercando di riscrivere le regole della riproduzione*, in *www.technology review.it,* 29 ottobre 2021.

[36] Ad es. aborto giustificabile non solo come libertà: altrimenti con l'interruzione programmata della gravidanza si realizza un "*contratto a sfavore di terzo*" di cui la dottrina giuridica dovrebbe occuparsi (anche con l'acquisto della pillola abortiva si conclude la stessa tipologia di contratto…).

figlio comanda: da *famulus* diventa *princeps*. Il figlio non può essere costretto a frequentare o anche solo vedere chi non vuole[37].

Il nuovo *medium* di confine è rappresentato da un lato proprio dall'adozione unilaterale con relazioni affettive a struttura variabile non frattale[38]; dall'altro, dal limite al voler conoscere le proprie origini genetiche, come limite alla verità dei fatti di vita[39].

Il figlio, nella opzione originaria della realtà sociale famiglia, era schiavo (*famulus*) per la presenza della sola vera soggettività giuridica, quella paterna o materna, ma nella realtà socio emozionale probabilmente da sempre era servo "per amore" sino al limite della sua crescita e inserimento sociale con i riti di iniziazione per il riconoscimento nel gruppo; come esito perverso talvolta si verificava contrapposizione e prevalenza verso l'amore di sé stessi, diventandone schiavi per egoità soprattutto se ai vertici della gerarchia sociale, e rivendicando libertà con parricidi matricidi e sindrome di erode impuniti.

Il passaggio della famiglia normativa all'attuale famiglia affettiva istituzionalizzata ha profondamente sovvertito il rapporto tra le generazioni, anche rispetto alla genesi dei fenomeni.

Il modello normativo era mirato ad adattare il soggetto a norme e valori sociali attraverso regole e divieti sino al momento della sua collocazione nel gruppo.

Oggi il concetto di famiglia ha molte declinazioni ma essere genitori significa ancora, nel sociale, sempre collaborare per educare i figli nel migliore dei modi, anche nelle famiglie allargate, anche se la cogenitorialità (o pluri-genitorialità) è più complessa da gestire[40].

L'eccesso di famiglia affettiva multilivello sembra però abbia spostato addirittura l'obiettivo educativo di crescita verso la realizzazione della maggiore egoità dei figli, considerando talenti ogni espressione libera del sé dell'adolescente da imporre ai gruppi (senza preventiva iniziazione e riconoscimento del gruppo per medesimo *ethos* sociale).

Ma non sembra che ciò debba necessariamente corrispondere alla realizzazione del migliore interesse del bambino che spesso anzi finisce nell'angoscia di non essere in grado di corrispondere all'immagine di individuo speciale che i genitori (vecchi e nuovi, originari o acquisiti o ri-cambiati negli anni) gli hanno attribuito fin dalla prima infanzia.

Nella dittatura del relativismo anche dei rapporti familiari si rischia la malattia mentale e l'ammortamento deviante dei valori[41].

---

[37] Ad es. i nonni: Cass., 31.1.2023, n. 2881 (ma già Cass., 21.4.2015, n. 8100). L'art. 337 *ter* sancisce il diritto del minore ad un rapporto con il genitore, ciascuno dei genitori, naturali o sociali, con un suo necessitato ascolto di diritto o di fatto per delineare al meglio il suo interesse e stabilire chi debba *respondère* realmente, anche solo per il mantenimento se figlio maggiorenne.

[38] *Dalla famiglia alle famiglie. Pluralismo di modelli o concetti alternativi? , cit.*, 254 ss. Emblematica la Cass., sez. un., 30.12.2022, n. 38162 in relazione a una coppia omoaffettiva maschile di cittadini italiani in cui si esclude l'automatica trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero e dell'originario atto di nascita nel quale è indicato quale genitore del bambino il genitore d'intenzione oltre al padre biologico e anche se l'atto di nascita è stato formato in conformità della legge del luogo; l'adozione si ritiene rappresenti lo strumento che consente di dare riconoscimento giuridico con il conseguimento dello *status* di figlio al legame di fatto con il partner del genitore genetico che ha condiviso il disegno procreativo e si è preso cura sin dalla nascita, anche se si afferma che la gestazione per altri mina nel profondo le relazioni umane.

[39] In relazione all'anonimato della madre v. da ultima Cass., 9.9.2021, n. 22497. V. *oltre*.

[40] Cfr. Favez, *Genitori oggi*, in *Mind* n. 199, 2021. Sulla funzione educativa in diritto v. Di Rosa, *I termini giuridici della funzione educativa nell'attuale quadro delle relazioni tra genitori e figli*, in *Actualidad juridica Iberoamericana* n. 17 *bis* 2022, 806 ss.

[41] Basti ricordare l'utilizzazione da parte dei giudici della rilevanza della PAS (sindrome di alienazione parentale) spesso senza alcun limite all'accertamento: Cass., 24.3.2022, n. 9691. Con aumento statistico del femminicidio con successivo o contemporaneo suicidio dell'autore, alla variante dell'uccisione del figlio

Dilaga inavvertita e forte anche l'idea del figlio ostacolo, come sottofondo alternativo degli adulti adulterati dal proprio io che anelano una quotidianità libera[42]: i bambini vengono visti da alcuni come diritto assoluto inalienabile di desiderio da altri come un peso che impedisce di essere ciò che si desidera, un limite rispetto alle aspettative di un futuro che sparisce con la nascita del figlio (per poi ricomparire quasi sul finire della vita adulta).

Se un tempo non avere figli era considerata una disgrazia, oggi per molti – per gran parte del tempo di vita – una vera fortuna.

5. *La conservazione sociale della famiglia come istituto oltre la scadenza per funzione (o finzione?) di diritto*

In realtà ancora oggi si distingue il passaggio da coppia a famiglia, solo con la nascita del figlio che spesso crea crisi di coppia ma non azzera la famiglia ormai apparsa nella realtà dei fatti di vita.

Sono i figli che ancora trasformano la coppia in famiglia[43] e chiedono accoglienza, affetto per crescere bene, nella comunicazione e solidarietà tra generazioni.

La famiglia ha un'influenza decisiva sulla personalità dell'individuo, personalità che si sviluppa nel tempo e nel corso della vita, ma il cui processo inizia proprio in famiglia ed è in essa che si decide il destino dei figli[44]: purtroppo non tutti cominciano dallo stesso punto di partenza, e spesso è il diritto e non i fatti a determinare le diseguaglianze (anziché superarle).

Analizzando gli esiti degli studi in materia nella classificazione dei 10 più efficaci orientamenti educativi per crescere bene i figli con successo, non deve sorprendere che alcuni non riguardano affatto i bambini ma i genitori[45].

Certo, da sempre ci sono stati i genitori senza geni[46], ma il ruolo dei genitori di intenzione è cambiato radicalmente negli ultimi settant'anni: non sembra però abbia creato persone più felici nella realtà chiamata famiglia; nel mondo attuale la genitorialità si è trasformata in *burnout* come sindrome del figlio perfetto migliore degli altri e sindrome del figlio di non essere all'altezza delle aspettative[47].

Le fasi di transizione alla vita adulta sono sempre più posticipate e non sincronizzate: costruire una famiglia non è considerato (come già evidenziato) dai giovani spesso tappa essenziale del divenire adulti.

---

per far soffrire la madre (femminicidio collaterale) o alla soppressione della madre per dispetto al padre sino a poter ipotizzare il suicidio del figlio come parricidio/matricidio psicofisico. In realtà, quel limite per cui nessuna esigenza individuale è totalmente salva dal sacrificio in forza dell'interesse collettivo (di cui parlava Zatti, *op. cit.*, *spec.* 35 ss.) sembra ormai ampiamente superato (e forse, per colpa del Diritto).

[42] Si arriva anche a chiedere la produzione di farmaci idonei a sopprimere le mestruazioni della donna: v. Rossi, *Le mestruazioni sono obsolete*, in *Mind*, febbraio 2023, 12.

[43] Se può esserci famiglia fondata sul matrimonio senza figli, in presenza di figli la famiglia esiste anche nei fatti come società naturale (e forse per questo nel terzo comma dell'art. 30 Cost. la famiglia istituzionalizzata può costituire limite alla tutela giuridica dei figli non nati da matrimonio).

[44] Ogni tanto ancora la giurisprudenza se ne ricorda, ma da una diversa prospettiva: V. Cass., sez. III, 2.5.2022, n. 13752 in *Danno e resp.* 2023, 99 ss. e Cass., sez. VI, 11.11.2022, n. 33390.

[45] Epstein, *Le 10 regole del buon genitore*, in *Mind* agosto 2022, 30 ss.

[46] E la scorciatoia di una madre "surrogata" era conosciuta e praticata anche nell'oriente antico: basti ricordare l'utero in affitto di Hagar per dare un figlio ad Abramo (Gen. 16, 1-4). V. su ciò anche Zatti, *op.cit.* II, 368 ss.

[47] M. Mikolajczac I. Roskam, *Genitori sull'orlo di una crisi di nervi*, in *Mind, cit.* 39 ss.

In realtà c'è comunque ormai troppa distanza anche di anni tra genitori e figli: comunque si diventa genitori troppo grandi rispetto alla destinazione genetica programmata per il fatto procreativo.

Nelle moderne società manca il vero "adulto"[48]: la generazione tra i 40 e i 65 anni non è stata genitore nei tempi giusti e spesso i figli avuti tardi sono considerati maturi e adulti quasi subito perché non si è capaci di educarli e trasmettere loro i valori sociali ereditati dalle precedenti generazioni (anche perché si è cresciuti perseguendo valori individuali considerati consoni alla percezione della propria personalità e reclamati come dovuti dal diritto).

Così però anche socialmente non si cresce più insieme genitori e figli[49].

Così i genitori adulterati che rinnovano in età avanzata il desiderio in senso favorevole al figlio, lo crescono spesso come Narciso alla ricerca di nuovi modelli di like nella comunicazione dei social, come, comunque, manifestazione del proprio *ego*, non essendo disposti (o forse capaci) ad educarli in modo coerente, per esempio rimanendo a lungo con loro come figure di riferimento, anche autoritarie se necessario.

Le nuove generazioni, però, di fronte a questi comportamenti si sentono più adulti dei loro genitori, anche solo perché più capaci tecnologicamente e anche perché in gran parte gli attuali adulti non sono cresciuti veramente[50].

Così sia nella vecchia generazione sia nella nuova, sia nei genitori sia nei figli, si è solo allargata socialmente la cruna dell'ego[51].

Occorre rieducare gli adulti per ritrovare la funzione sociale della famiglia al di là del mero formalismo linguistico al plurale e recuperare così la funzione del diritto (oltre l'egolatria infrafamiliare).

6. *Antropocene e apoptosi per cannibalismo di valori giuridici sorretti solo da una egoità alterata priva di dignità reale*

Ma dunque cercando di fare sintesi a che punto siamo nel sociale e nel giuridico?

La nuova visione adultocentrica della filiazione (mascherata da *Best Interest of the Child*) ha trasformato gli adulti da generici adulteri d'altri tempi ad adulti adulterati dal sesso e dalle conseguenti scelte di vita, come conseguenza del prevalere del carattere identitario della Persona che si estende alla libertà di procreazione o non come scelta subita dal procreato[52].

Il non voler essere nominata della madre, sembra copra la difesa della sua egoistica scelta con la "farsa" di salvaguardare il concepito dalla interruzione della gravidanza: ma che fondamento ha ormai il nascere del concepito se bisogna garantire alla madre l'anonimato per salvaguardare il valore della sua vita e la sua dignità[53]?

---

[48] ZATTI (*op.cit* II, 365) scriveva "La maternità e paternità irresponsabili sono forse da guardare come una colpa storica del nostro sistema di vita".

[49] I genitori troppo anziani delegano o si esasperano, facendo crescere semmai di numero l'infanticidio e il figlicidio, o comunque il rischio di abusi familiari (tanto da prevedere un TITOLO IX-bis al libro I del c.c.)

[50] Nel passato i figli crescevano, diventavano adulti e genitori e arrivava il tempo in cui accudivano i padri e le madri, invertendo i ruoli sociali nella famiglia…; oggi non essendo i figli cresciuti neppure come genitori, non esiste alcuna inversione dei ruoli, perché i figli vengono affidati ad altri per la crescita (se non abbandonati a sé stessi…) e i genitori ormai vecchi lasciati a badanti o istituti di degenza …

[51] SEQUERI, *La cruna dell'ego, Uscire dal monoteismo del sé*, Milano, 2017.

[52] Per questi aspetti v. AMAGLIANI, *Stato unico di figlio*, in *Enc. del dir., Famiglia, cit.*, spec. 1322 ss.

[53] Cfr. MANTOVANI, *Lo stato di figlio*, *Artt. 231.249*, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2022. Il limite del figlio a conoscere le sue origini genetiche rappresenta un limite alla verità, forse anche per evitare ingestibili conseguenze giuridiche di un possibile incesto tra i novelli Edipo e Giocasta … Come già

Come, del resto, la *farsa* del doppio cognome come scelta-accordo dei genitori (naturali, uniti al matrimonio, adottivi ecc.), maturata dopo oltre un trentennio di meditazione della CORTE COST., 31.5.22, n. 131, attraverso mediazione, per preservarne la funzione identitaria di identificazione nei rapporti sociali e di diritto pubblico incompatibile con il meccanismo moltiplicatore dei cognomi al succedersi delle generazioni, fingendo di salvaguardare il preminente interesse del figlio[54] lasciando a esso come genitore successivo la scelta di quale tra i cognomi tramandare alla generazione futura, ma bloccando sin dall'inizio alla prima scelta l'opzione per gli altri figli (naturali, matrimoniali, adottivi, ecc.), anche se solo per evitare cognomi diversi tra fratelli (e/o sorelle)[55]. Può essere considerato disponibile da altri (anche se genitori) un diritto identitario del figlio[56]?

Del resto, il nome è identitario, se identitaria è la famiglia, il gruppo, la nazione, l'etnia …

Se in ragione di valori personali e di eguaglianza dei singoli individui si perde la Storia dei valori super consuetudinari dei Popoli, dei Gruppi, delle Famiglie in nome di una Umanità globalizzante e globalizzata che contemporaneamente vuole essere uniforme nella molteplicità ma egoitaria nella libertà individuale, la struttura delle istituzioni giuridiche barcolla nel cercare affannosamente il bilanciamento della Dignità della Persona (assunta a super valore giuridico) con i valori oltre la dignità, pur sagacemente utilizzando alla bisogna il dovere di solidarietà che è sua componente[57].

O è solo bilanciamento di una Giustizia rappresentata come novella Dike quale divinità umorale che si benda per non vedere ciò che è giusto per l'uomo come essere morale?

Dall'isola della Famiglia lambita dal Diritto si è prima arrivati all'arcipelago delle isole create dalle normative multilivello, per arrivare infine all'isola che non c'è, immersa nella caotica città metropolitana[58] delle relazioni a-spaziali ed a-temporali di una generica dichiarata rilevanza giuridica globale delle possibili famiglie immaginabili.

Che abbia ragione chi considera antropologia del futuro il postumano o il transumano[59]? Ma se non c'è l'uomo e l'umano non ci può essere forse Diritto[60].

---

osservato, anche la mera non conoscenza della propria derivazione biologica e della realtà epigenetica del periodo della gestazione, fa emergere la possibilità di un "incesto" psicologico latente (al di là di quello materiale di cui all'art. 564 c.p. rispetto al quale l'unica funzione attuale del diritto è di impedirne l'accertamento – ad es. perché nati dallo stesso donatore/trice – e fingere di impedire nuove forme di famiglie con parentela all'infinito considerato ancora valore ex art. 251 c.c.).

[54] A salvaguardia della sua identità: CORTE COST., 21.12.2016, n. 286.

[55] Ma perché l'adottato minorenne in genere non può aggiungere il suo cognome se conosciuto a quello dagli adottanti? E perché la procreazione artificiale *post mortem* legittima la conoscenza del padre e quella del donatore in vita non lo permette? È ancora il migliore interesse del figlio o è l'*escamotage* per trovare donatori disposti a "donare" nel mercato della fecondazione artificiale? Sulla problematica v. GIGLIOTTI, *Identità e conoscenza delle proprie origini*, in *Enc. del dir., Famiglia, cit*., 606 ss.

[56] Problema adombrato ma non sotto il profilo della indisponibilità per i genitori adulterati da AL MUREDEN, *Il cognome tra autonomia dei genitori e identità personale del figlio*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, II, 1092 ss. ed esaltato nelle possibili conseguenze da OLIVERO, *Eguaglianza e doppio cognome: un intreccio possibile*, *ivi*, 1099 ss. con una soluzione alternativa ritenuta possibile oltre l'*autonomos* genitoriale suggerita dai costumi della storica Sardegna capace di un'ombra di tutela identitaria anche del nato.

[57] Si rinvia a *Dignità della persona e conflitti di bilanciamento*, in corso di pubblicazione; e in generale sui problemi assiologici a DI ROSA, *Famiglia (bioetica e diritto*) in *Enc, del dir., Famiglia cit*., 389 ss.

[58] TESCIONE, *La megalopoli della famiglia come struttura sociale del terzo millennio*, in *Succ. Fam*. 2022, 601 ss.

[59] Su cui G.GUCCI, *Postumano e transumano*, in *Civ. Catt*. 2022,133 ss.

[60] FALZEA, *introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano 2008.

Forse la famiglia, l'isola che non c'è (più), è quella sempre cercata dal cuore dell'uomo che continua da sempre ad imporsi come realtà, oltre il diritto formalizzato o che assume di seguire il sociale nell'interpretazione normativa dei fatti, inscritta nell'essere proprio della realtà umana degli uomini[61].

[61] Nell'etica cristiano-giudaica (la visione finale del giardino Pasquale, ma presente anche in molte altre culture antiche) la metafora del giardino come realtà primordiale onnipresente dell'incontro dell'uomo e della donna, con il germogliare e il crescere dei frutti (peraltro realtà confermata dalla botanica moderna per la natura sessuata dei fiori, tra pistillo e stame) sembra indicare un luogo in cui si osserva l'invariante della famiglia (spunti in SONNET, *Ogni coppia è un giardino*, in *Accenti, cit.* 113 ss.).

GIOVANNI IORIO

APPUNTI PER UNA RIFORMA DELLE ADOZIONI IN ITALIA*

SOMMARIO: 1. L'attualità di un dibattito. – 2. I confini «angusti» dell'adozione «piena». – 3. Le adozioni «in casi particolari»: fattispecie eterogenee con un costante «punto di ricaduta». – 4. *Segue*: le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lettere *a*) e *c*). – 5. *Segue*: le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lettere *b*) e *d*). – 6. Per una nuova disciplina dell'adozione «mite». – 7. L'adozione da parte di persone omosessuali e dei *single*.

1. *L'attualità di un dibattito*

L'insegnamento di Paolo Zatti ha contribuito a formare e a far crescere una schiera di studiosi, compresi coloro che non sono stati suoi allievi. Quando la collega Arianna Fusaro ha promosso questa bella occasione di lavori in onore del Maestro, ho pensato di potermi associare nel formulare il mio personale ringraziamento per quanto ho imparato e tutt'ora imparo leggendo gli scritti di colui che oggi si celebra.

Non sono deputato a ripercorrere la produzione scientifica di Zatti. Né sarei capace di farlo (ci sono i suoi più vicini discenti per farlo). Il che mi libera – se così posso dire – dall'obbligo della «ortodossia» e mi consente di evocare due ricordi personali.

Il primo, attiene alla pubblicazione del libro del Nostro, intitolato *Maschere del diritto, volti della vita*[1]: un testo rispetto al quale provai un moto di felicità nel leggere pagine che parlavano – con un raro equilibrio fra sapienza e innovazione – di diritto e bioetica, del ruolo normativo della «dignità», del «corpo», di nuovi paradigmi della «capacità», dei dilemmi della nascita, della maternità surrogata, e così via.

Il secondo, ci riporta agli inizi del 2016, quando 250 giuristi (fra cui Paolo Zatti) firmarono un appello per includere la *stepchild adoption* nella legge sulle unioni civili. L'adozione all'interno dell'istituto di nuovo conio, si scriveva nell'appello, dà «una veste giuridica ad una situazione familiare già esistente di fatto» e «rappresenta la garanzia minima per i bambini che vivono oggi con i genitori dello stesso sesso». Sappiamo poi come sono andate le cose. E sappiamo, ancor di più, che le problematiche sull'istituto delle adozioni (in particolare, l'adozione «piena» e quella «in casi particolari») non sono affatto risolte. Anzi, le vicende degli ultimi anni dimostrano come il tema debba essere riproposto (faticosamente, non lo si può negare) all'attenzione del legislatore. Di questo ci si occuperà nelle brevi notazioni che seguono.

---

* Il presente contributo rappresenta il risultato degli studi condotti nell'ambito del «*JUST PARENT. Legal Protection for Social Parenthood*», progetto finanziato dal *Justice Programme* dell'Unione Europea (2021-2027) Numero di progetto: 101046382. Il contenuto di questo scritto esprime soltanto il punto di vista dell'Autore ed è di sua esclusiva responsabilità. La Commissione europea non assume alcuna responsabilità per l'uso che può essere fatto delle informazioni in esso contenute.

[1] ZATTI, *Maschere del diritto*, *volti della vita*, Milano, 2009.

Converrà ricordare che la legge italiana sull'adozione «piena» e sulle adozioni «in casi particolari» risale agli anni Ottanta del secolo passato[2]. Nel corso del tempo vi sono state alcune modifiche non semplicemente di dettaglio, anche se l'impianto normativo è rimasto invariato. Nel frattempo, però, è cambiato il mondo e, con esso, il diritto di famiglia. E la disciplina delle adozioni? L'impressione è che, in materia, i capitoli più importanti – quelli della svolta – debbano ancora essere scritti[3].

2. *I confini «angusti» dell'adozione «piena».*

La disciplina sull'adozione «piena» stabilisce i «requisiti» che deve possedere l'adottato (artt. 7 e 8 l. n. 184/1983): (a) età inferiore ai diciotto anni; (b) essere stato dichiarato in stato di adottabilità, che può pronunciarsi allorché il minorenne si trovi in stato di abbandono[4]. Questa situazione sussiste allorché: (1) egli sia privo di assistenza materiale e morale da parte dei genitori e dei parenti tenuti a provvedervi; (2) l'impossibilità di provvedere all'assistenza materiale e morale non dipenda da cause di forza maggiore di carattere transitorio[5].

In linea con il dettato della Costituzione (artt. 30, comma 2°, 31, comma 2°, Cost.) l'adozione in esame viene disposta per supplire all'incapacità permanente e definitiva della famiglia a svolgere la sua «funzione educativa»[6]: è proprio questa incapacità così grave e profonda a far sorgere l'interesse del minorenne ad avere una nuova famiglia. L'adottato, dunque, acquista lo stato di figlio degli adottanti (art. 27, comma 1°, l. n. 184/1983), i quali hanno la responsabilità genitoriale sul minore. Quest'ultimo prende il cognome paterno e materno (salvo diverso accordo)[7] ed ha nuovi fratelli, zii, nonni, cugini. La sua posizione all'interno del sistema successorio è identica a quella degli altri figli. Viene reciso, in definitiva, ogni legame con la famiglia di origine, continuando a sussistere solo gli impedimenti matrimoniali fra i consanguinei (art. 27, comma 3°, l. n. 184/1983)[8].

Il genitore adottivo, nell'istituto in rassegna, è genitore per sempre. Questo non vuol dire, sia chiaro, che chi ha adottato non potrà mai cessare dalla responsabilità

---

[2] Per un quadro generale del diritto di famiglia ai tempi nostri v. ID., *I nuovi orizzonti del diritto di famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, 2a ed., I.1, *Famiglia e matrimonio*, a cura di FERRANDO-FORTINO-RUSCELLO, Giuffrè, 2011, 3 ss.

[3] Il discorso sarà qui limitato al diritto italiano e alla giurisprudenza domestica. Sulle problematiche di più stringente attualità cfr. TREZZA, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata,* nota a CASS., 21.1.2022, n. 1842, in *Familia*, 2022, 235 ss. Più di recente, v. CASS., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, in *Federalismi.it*, 11.1.2023, in *Guida al dir.*, 2023, 2.

[4] V., per tutti, GIULIANO, *Stato di abbandono e grave pregiudizio per lo sviluppo della personalità del minore nella adozione "piena"*, in *Fam. e dir.*, 2020, 107 ss.

[5] In generale, è configurabile una situazione di abbandono quando «*si accerti che la vita offerta al minore dai genitori biologici sia inadeguata al normale sviluppo psico-fisico, così che la rescissione del legame familiare diviene uno strumento necessario per evitare per il bambino un più grave pregiudizio*» (CASS., 20.9.2021, n. 25341, in *dirittoegiustizia.it*, 21.9.2021). Il giudice è sempre chiamato a verificare la gravità e l'irreversibilità della condizione del minore, considerando il possibile percorso di recupero dei genitori (CASS., 23.2.2018, n. 4493, in *Dir. e giust.*, 2018, 26 febbraio 2018, CASS., 11.12.2019, n. 32412, *ivi*, 12 dicembre 2019).

[6] V., *ex multis*, CASS., 13.2.2020, n. 3643, in *Dir. e giust.* 2020, 14 febbraio 2020, che considera l'adozione come l'*extrema ratio*.

[7] V. CORTE COST., 27.4.2022, n. 131, in *Foro it.*, 78, I, 2233; in *Giur. cost.*, 2022, 3, 1403.

[8] V. peraltro, CORTE COST., 5.1.2023, n. 230, in *Dir. e giust.*, 2023, 10 gennaio 2023, la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 27, comma 3°, l. n. 184/1983, nella parte in cui stabilisce che con l'adozione legittimante cessano irreversibilmente i rapporti dell'adottato con la famiglia di origine, escludendo la valutazione in concreto del preminente interesse del minore a non reciderli secondo le modalità stabilite in via giudiziale.

genitoriale; potrà decadere, però, alle stesse condizioni che riguardano un genitore coniugato o un genitore che abbia riconosciuto il figlio.

Consapevole della rilevanza degli interessi in gioco, il legislatore richiede che gli adottanti siano fisicamente e moralmente idonei a educare, istruire, mantenere il minore abbandonato (art. 6 l. n. 184/1983). In particolare, l'adozione è consentita ai coniugi: (i) che siano uniti in matrimonio da almeno tre anni (tra di loro non deve sussistere e non deve aver avuto luogo negli ultimi tre anni separazione personale, neppure di fatto); (ii) che siano «*effettivamente idonei e capaci di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare*».

Sono esclusi dall'adozione «piena», dunque, i conviventi di fatto; nessuna apertura in questo senso si è avuta con la l. 20.5.2016, n. 76, recante la «*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*»[9].

Prescindendo per adesso dal discorso sull'adozione da parte di persone omosessuali[10], ci si deve domandare se il divieto in parola sia attualmente giustificato o corrisponda ad un'impostazione vetusta che le stesse trame normative consigliano di superare (beninteso, attraverso l'intervento del legislatore).

La questione, come noto, è al centro di un dibattito in cui si registrano posizioni divergenti e, spesso, poco inclini al dialogo. Rimanendo nell'alveo di considerazioni giuridiche, peraltro, è possibile mettere a repertorio alcuni argomenti a favore del superamento del sistema vigente[11].

In primo luogo, assodato il fatto che quello matrimoniale non è più il solo modello organizzato di famiglia all'interno del nostro ordinamento[12], ci si accorge che la disciplina sulle adozioni, nel nostro sistema, prescinde dal requisito di «essere coppia» in una serie di casi che pure sono caratterizzati dal «definitivo» abbandono dei genitori biologici. Ci si riferisce ad alcune fattispecie di adozione «in casi particolari», di cui ci si occuperà in seguito[13]. Se è così, si deve concludere che il tema dell'adozione non è legato indissolubilmente (come si continua a sostenere nel solco di una tradizione non più attuale) all'esistenza di una coppia di genitori[14].

Inoltre, va evidenziato che il quadro normativo attuale finisce per attribuire una posizione di privilegio al figlio adottivo matrimoniale. È vero, il minore nato fuori dal matrimonio potrà essere adottato; tuttavia, la disciplina non sarà quella dell'adozione del figlio all'interno del matrimonio (non sarà, appunto, un'adozione «piena»). In questo modo il corpo normativo sulle adozioni non è più armonico con il principio dell'unicità dello *status* di figlio, sancito dalle riforme del 2012 e del 2013. Si deve rammentare che

[9] Il mantenimento dello *status quo* emerge, in *primis*, dall'art. 1, comma 20°, della l. n. 76/2016; inoltre, la parte della legge dedicata alle convivenze di fatto (art. 1, comma 36° e ss.) tace totalmente sul tema delle adozioni.

[10] Su cui si tornerà *infra*, § 7.

[11] V., per un approfondimento, Iorio, *Le adozioni in Italia fra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Familia*, 2022, 496 ss.

[12] V., *ex multis*, Al Mureden, *Le famiglie ricomposte tra matrimonio, unione civile e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 966 ss.

[13] V. *infra*, § 3.1.

[14] Il che, se si riflette, affievolisce (e non poco) un possibile argomento a favore del mantenimento del regime vigente: quello per cui l'istituto matrimoniale sarebbe più «strutturato» rispetto a quello della convivenza di fatto. Ed infatti, se – come si studierà – per espressa previsione legislativa un *single* può adottare (pure in quei casi in cui un genitore biologico non potrà più essere titolare della responsabilità genitoriale), questo vuol dire che l'adozione non va ancorata all'idea di una coppia di adottanti (a prescindere dal fatto che si sia di fronte ad un legame matrimoniale, ad un vincolo nascente dall'unione civile o a una convivenza di fatto).

la l. 10.12.2012, n. 219, recante «*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*», ha affermato definitivamente il principio di uguaglianza giuridica di tutti i figli, a prescindere dalla loro nascita dentro o fuori dal rapporto matrimoniale. La delega è stata attuata con il d.legis. 28.12.2013, n. 154, il quale ha ridisegnato profondamente alcuni istituti del diritto di famiglia; tanto che qualche interprete ha sottolineato come il decreto delegato superi la forza innovativa che, a suo tempo, si era rinvenuta nella Riforma del 1975.

Di fronte a questi nuovi scenari, ritengo sia inevitabile porre mano all'attuale disciplina delle adozioni, da sostituire con una legge organica e ispirata ai principi attualmente innestati nel nuovo diritto di famiglia. Le tappe da compiere, è evidente, sono ancora molte, come sembra confermato dalla vigente disciplina sulle adozioni «in casi particolari», su cui ora si deve svolgere lo sguardo.

3. *Le adozioni «in casi particolari»: fattispecie eterogenee con un costante «punto di ricaduta»*

La legge sull'adozione prevede la «adozione in casi particolari» (così è rubricato il titolo IV della l. n. 184/1983)[15]. L'art. 44, comma 1°, stabilisce che i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 7, comma 1° (che si riferisce allo «stato di adottabilità»):

(a) da persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo, anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento, quando il minore sia orfano di padre e di madre;

(b) dal coniuge nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge;

(c) quando il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3, comma 1°, della l. n. 104/1994 e sia orfano di padre e di madre;

(d) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo.

Nei casi di cui alla lettera *a*), *c*) e *d*) l'adozione è consentita, oltre che ai coniugi, anche a chi non è coniugato.

Si tratta di fattispecie eterogenee[16]. Ed infatti, mentre per l'adozione «piena» si può ragionare attorno ad alcuni punti fermi («stato di abbandono» e «stato di adottabilità»; venir meno definitivo dei rapporti giuridici con i genitori di sangue), di fronte all'adozione in esame si dovrà distinguere: talvolta saremo in presenza di uno stato di adottabilità del minore; altre volte si prescinderà da questo stato. Ancora, in alcune circostanze non vi sarà più alcun vincolo con un genitore di sangue; in altri casi questo vincolo sussisterà e potrà avere giuridica rilevanza.

Un minimo comune denominatore, tuttavia, esiste: l'interesse del minorenne. Si deve ricordare che, ai fini della pronuncia della sentenza di adozione, il tribunale non soltanto dovrà verificare l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 44 della l. n. 184/1984; accerterà pure se l'adozione «*realizza il preminente interesse del minore*» (cfr. l'art. 57, comma 1°, l. n. 184/1983).

---

[15] Sull'estrema attualità dell'istituto in esame v., nell'ambito di tematiche di cui non ci si occupa in questa sede, CHIRICALLO, *Maternità surrogata e adozione in casi particolari: il doppio* "non liquet" *della Consulta*, in *Familia*, 2021, 421 ss., nota a CORTE COST., 9.3.2021, n. 33.

[16] POLISENO, *La funzione sociale dell'adozione in casi particolari fra coppie di fatto e persone singole: un giusto incentivo per il legislatore*, in *Quest. Giust.*, 2, 2019, 101 ss.

Ora, realizza appieno l'interesse del minorenne una disciplina la quale, attraverso il richiamo all'art. 300 cod. civ., prevede che l'adozione in casi particolari non crei alcun rapporto civile tra l'adottato ed i parenti dell'adottante?[17]

La Corte costituzionale, nel marzo del 2022, ha dato una risposta negativa[18]: l'adozione «in casi particolari», si è affermato, lungi dall'assecondare il mero desiderio di genitorialità, «*dimostra una precipua vocazione a tutelare l'interesse del minore*»[19], che si realizza riconoscendogli lo *status* di figlio. Entro questo quadro, l'adottato «in casi particolari» «*si vede privato del riconoscimento giuridico della sua appartenenza proprio a quell'ambiente familiare, che il giudice è chiamato, per legge (art. 57, comma 2°, l. n. 184 del 1983), a valutare, al fine di deliberare in merito all'adozione. Ne consegue che, a dispetto della unificazione dello* status *di figlio, al solo minore adottato in casi particolari vengono negati i legami parentali con la famiglia del genitore adottivo*»[20]. Irragionevolmente, spiegano i giudici delle leggi, un profilo così rilevante per la crescita e per la stabilità di un bambino viene regolato con la disciplina di un istituto, qual è l'adozione del maggiore d'età, plasmato su esigenze prettamente patrimoniali e successorie. In tal modo, la norma censurata (l'art. 55 l. n. 183/1983, nella parte in cui richiama l'art. 300 cod. civ.) «*priva il minore della rete di tutele personali e patrimoniali scaturenti dal riconoscimento giuridico dei legami parentali, che il legislatore della riforma della filiazione, in attuazione degli artt. 3, 30 e 31 Cost., ha voluto garantire a tutti i figli a parità di condizioni, perché tutti i minori possano crescere in un ambiente solido e protetto da vincoli familiari, a partire da quelli più vicini, con i fratelli e con i nonni*»[21].

L'intervento della Consulta, è evidente, avvicina in maniera significativa – sotto l'aspetto appena studiato – la disciplina dell'adozione «in casi particolari» a quella «piena». Certo, le differenze fra i due istituti permangono (e, almeno per alcuni aspetti, un regime in parte differenziato merita approvazione)[22].

In particolare, l'adottante ha l'obbligo di mantenere l'adottato, istruirlo, educarlo ed assisterlo moralmente, conformemente a quanto prevede il nuovo art. 147 cod. civ. Se l'adottato ha beni propri, l'amministrazione di essi, durante la minore età, spetta all'adottante, il quale non ne ha l'usufrutto legale (ecco un tratto di disciplina differente rispetto all'adozione «piena»), ma può impiegarne le rendite per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione del minore, con l'obbligo di investirne l'eccedenza in modo fruttifero (art. 48, comma 3°, l. n. 184/1983).

Qualora l'esercizio della responsabilità genitoriale, da parte dell'adottante, cessi, è previsto che il tribunale per i minorenni, su istanza dell'adottato, dei suoi parenti o affini o del pubblico ministero, o anche d'ufficio, possa emettere i provvedimenti opportuni

---

[17] A norma dell'art. 55 l. n. 184/1983, alle adozioni particolari si applicano «*le disposizioni degli artt. 293, 294, 295, 299, 300 e 304 del c.c.*».

[18] Corte cost., 28.3.2022, n. 79. Per un approfondito commento di questa pronuncia v., fra gli altri, Sesta, *Stato giuridico della filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 904 ss.; Nocera, *Adopcion en casos especiales y unidad del* status filiationis *en el derecho italiano: ¿ cómo repercute en el plano sucesorio?*, in *Actualitad Juridica Iberoamericana*, 17-*bis*, 2022, 2310 ss.

[19] V. anche Corte cost., 23.10.2019, n. 221, in *Foro it.*, 2019, 12, I, 3782; in *Dir. e giust.*, 2019, 24 ottobre 2019, con nota di Marino; in *Giur. cost.*, 2019, 5, 2597; Corte cost., 9.3.2021, n. 32, in *Giur. cost.*, 2021, 2, 306; in *Foro it.*, 6, I, 1923.

[20] Cfr. la nuova versione dell'art. 74 cod. civ.

[21] In definitiva la norma censurata, per i giudici delle leggi, si pone in contrasto con gli artt. 3, e 31, comma 2°, Cost., nonché con l'art. 117, comma 2°, Cost., in relazione all'art. 8 Cedu, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

[22] Si rimanda, sul punto, al § 6.

circa la cura della persona dell'adottato e dei suoi beni, «anche se ritiene conveniente che l'esercizio della responsabilità genitoriale sia ripreso dai genitori» (art. 50 l. n. 184/1983).

Ancora, l'art. 55 della l. n. 184/1983 richiama, in materia, alcune disposizioni che regolano l'adozione dei maggiorenni: artt. 293, 294, 295, 299 e 304 cod. civ. (in base al primo comma di quest'ultimo articolo «*la adozione non attribuisce all'adottante alcun diritto di successione*»).

Infine, a differenza di quello che accade nell'adozione «piena» (caratterizzata dalla irrevocabilità), la adozione «in casi particolari» può essere revocata nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 51 e 53 l. n. 184/1983).

4. Segue*: le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1º, lettere a) e c)*

Se è vero che nelle adozioni «in casi particolari» sono rinvenibili diverse situazioni di partenza, non sembra sia preclusa all'interprete la possibilità di distinguere le stesse in base a due distinte classi di appartenenza. Si tratta di un'opera di sistemazione cui si sono dedicati di recente i giudici delle leggi, affermando che da un lato vi sono le adozioni caratterizzate dal fatto che determinati soggetti si stanno occupando del minorenne (art. 44, comma 1º, lettere *a* e *b*); dall'altro vi sono le adozioni il cui tratto distintivo risiede nella difficoltà o nell'impossibilità di taluni minori di accedere all'adozione «piena» (art. 44, comma 1º, lettere *c* e *d*)[23].

Ai fini che qui interessano, tuttavia, mette conto procedere ad una diversa classificazione delle adozioni «in casi particolari»: in primo luogo, ci si occuperà delle adozioni di cui all'art. 44, comma 1º, lettere *a*) e *c*); in secondo luogo, di quelle disciplinate dall'art. 44, comma 1º, lettere *b*) e *d*).

Qual è un significativo tratto comune delle prime due fattispecie? In esse la responsabilità di entrambi i genitori è cessata definitivamente, in quanto defunti. Si potrà dire, è vero, che nelle adozioni di cui alla lettera *a*) si rinviene un nucleo di persone (i parenti sino al sesto grado e gli affidatari) presenti nella vita del minorenne, il quale non verserà in uno stato di abbandono; e che nelle adozioni di cui alla lettera *c*), al contrario, il minorenne (che sia dichiarato o meno adottabile) potrà incontrare – a cagione della situazione di salute in cui si trova – più difficoltà ad essere inserito in una famiglia adottiva. Non vi è dubbio, però, che le due situazioni sono accomunate dalla circostanza che la responsabilità dei genitori è definitivamente cessata.

Se è così, non si comprende perché l'adottato «in casi particolari» (che, si ripete, è definitivamente privato delle cure dei genitori) sia sottoposto ad una disciplina *minor* (ad esempio, mancanza di usufrutto legale in capo agli adottanti, esclusione del diritto di successione di quest'ultimi nei confronti dell'adottato, revoca dell'adozione).

Ritengo che sia utile riflettere sulla recente pronuncia della Corte costituzionale (la quale ha dichiarato l'incostituzionalità del sistema attuale, nella parte in cui non consentiva di riconoscere vincoli familiari giuridicamente rilevanti fra l'adottato ed i parenti dell'adottante)[24], per affermare che la disciplina delle adozioni «in casi particolari» qui in considerazione appare irragionevole e discriminatoria. Non vi è alcuna plausibile ra-

[23] Corte cost., n. 79/2022, cit. In dottrina, per lo studio delle adozioni sotto il prisma della responsabilità genitoriale, cfr. Casaburi, *In tema di adozioni di minori e limitazione della responsabilità genitoriale*, in *Foro it.*, 4, 2018, 1428.

[24] Corte cost., n. 79/2022, cit.

gione, in sostanza, per cui il minorenne adottato ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. *a*) e *c*) sia sottoposto ad una disciplina diversa (oggettivamente meno tutelante) rispetto a quella prevista per l'adozione «piena».

L'impressione (o, se si vuole, l'auspicio) è che l'arresto della Corte costituzionale del marzo del 2022 farà da apripista a ulteriori interventi in grado di superare una disciplina la quale, nelle sue applicazioni concrete, non tutela adeguatamente gli interessi dei minori adottati. La materia, peraltro, non dovrebbe essere rimessa esclusivamente alle pronunce dei giudici delle leggi e dei giudici di legittimità. Il legislatore, di fronte a movimenti tellurici così rilevanti, ha il compito di uscire dal suo torpore al fine di dettare un sistema moderno e coerente del diritto delle adozioni. Tanto più che alle incongruenze appena rilevate se ne aggiungono altre, riguardanti le fattispecie di adozioni «in casi particolari» di cui ora ci si deve occupare.

5. Segue*: le adozioni ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lettere* b*) e* d*)*

Si è detto poc'anzi che il legislatore, nella materia di cui ci si sta occupando, è un convitato di pietra. Talvolta, si badi, è intervenuto a modificare il corpo normativo del 1983; si sente la necessità, però, di un'organica disciplina di riforma che tenga conto del nuovo volto del diritto di famiglia, quale si è delineato attraverso le riforme del 2012/2013 e in virtù dell'introduzione nel 2016 della normativa sulle unioni civili e sulle convivenze di fatto.

Nel frattempo, è la giurisprudenza a farla da padrona, come emerge dall'analisi delle fattispecie di cui all'art. 44, comma 1°, lettere *b*) e *d*)[25]. Si cominci il discorso da quest'ultima.

Da qualche anno i tribunali italiani consentono l'adozione alle coppie omosessuali in applicazione dell'art. 44, comma 1°, lett. *d*) della l. n. 184/1983. È noto a tutti che, in un primo momento, la giurisprudenza aveva interpretato la «impossibilità di affidamento preadottivo» come un'impossibilità di fatto: di essa si sarebbe dovuto discutere, in sostanza, nei casi in cui non fosse stato possibile dare in affidamento il minore, già dichiarato in stato di abbandono, a causa delle sue precarie condizioni di salute o per l'indisponibilità di una famiglia ad accoglierlo[26]. La giurisprudenza romana, invece, ha iniziato a interpretare la constatata impossibilità di affidamento preadottivo come impossibilità non solo di fatto, ma anche di diritto. In tal modo si può applicare l'art. 44, comma 1°, lettera *d*) anche ai casi in cui il minorenne, in quanto accudito, non può essere dichiarato in stato di abbandono e, conseguentemente, posto in affidamento preadottivo[27].

L'indirizzo della giurisprudenza di merito è stato recepito, nel 2016, anche dalla Suprema Corte: «*in tema di adozioni in casi particolari, l'art. 44, comma 1°, lettera d) della*

[25] Nel prosieguo del discorso, dopo aver passato in rassegna le due figure di adozione in casi particolari, si ragionerà su alcuni elementi «selettivi» che possono accomunare le stesse.

[26] Trib. min. Ancona, 15.1.1998, in *Giust. civ.*, 1998, Trib. min. Ancona, 15.1.1998, in *Giust. civ.*, 1998, I, 1981con nota di Picardi; Trib. min. Potenza, 15.6.1984, in *Dir. fam. e pers.*, 1984, 1039.

[27] App. Roma, 23.12.2015, in *Foro it.*, 2016, 2, I, 699. Nello stesso senso, ormai *ex multis*, Trib. min. Roma, in *Foro it.*, 2016, 1, I, 339, Trib. min. Roma, 30.12.2015, in *Ilfamiliarista.it*, 2016, con nota di Scalera; App. min. Torino, 27.5.2016; Trib. min. Genova, 3.7.2019, in *Ilfamiliarista.it*, 2019. Cfr. anche, sull'espressione «constatata impossibilità di affidamento preadottivo», Corte cost., 18.7.1986, n. 198 n. 198, in *Giur. it.*, 1987, 1, I, 1336, richiamata dai giudici romani.

l. n. 183/1984, integra una clausola di chiusura del sistema, intesa a consentire l'adozione tutte le volte in cui è necessario salvaguardare la continuità affettiva ed educativa della relazione tra adottante ed adottando, come elemento caratterizzante del concreto interesse del minore a vedere riconosciuti i legami sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendono cura, con l'unica previsione della condicio iuris *della "constatata impossibilità di affidamento preadottivo", che va intesa, in coerenza con lo stato dell'evoluzione del sistema della tutela dei minori e dei rapporti di filiazione biologica e adottiva, come impossibilità «di diritto» di procedere all'affidamento preadottivo»*[28]. Aggiungono i giudici di legittimità: «*la mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando, inoltre, implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine sull'interesse dei minori), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio partner*»[29].

A chi si riferisce, dunque, l'orientamento appena ricordato? Da un lato, viene in considerazione il convivente di diverso sesso del genitore biologico, che non rientra nella lettera *b*), riguardante il solo coniuge[30]. Dall'altro, il *partner* in un'unione civile o il convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno spesso condiviso con quest'ultimo un percorso di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero, posto che la l. 19.2.2004 n. 40 (recante le «*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*») consente l'accesso alla PMA alle sole coppie di diverso sesso.

Non solo. L'art. 44, comma 1°, lettera *d*) della l. n. 183/1984 torna ad invocarsi di fronte a quella che, sempre più comunemente, viene definita la adozione «aperta» o «mite»[31]. Si tratta di quei casi, come ricordano di recente i giudici delle leggi, in cui «*il minore non abbandonato, ma i cui genitori biologici versino in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (cosiddetto "semi-abbandono permanente"), può sfuggire al destino del ricovero in istituto o al succedersi di affidamenti temporanei, tramite l'adozione in casi particolari, che viene applicata sul presupposto dell'impossibilità di accedere all'adozione piena (art. 44, comma 1°, lett. d), impossibilità dovuta proprio alla mancanza di un abbandono in senso stretto*»[32]. L'adozione «in casi particolari», che non recide i legami con la famiglia di origine[33], «*consente, pertanto, di non forzare il ricorso all'adozione piena. Quest'ultima, in difetto di un vero e proprio abbandono, andrebbe a ledere il "diritto al rispetto della vita familiare" dei genitori biologici, come sottolinea la Corte EDU, la quale cautamente suggerisce proprio il percorso della*

[28] Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Guida al dir.*, 2016, 29, 15, con nota di Finocchiaro; in *Dir. e giust.*, 2016, 23 giugno 2016, con nota di Figone; in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 4, 1013. Si veda anche Cass., 26.6.2019, n. 17100, in *Ilfamiliarista.it*, 2019, con nota di Pisano.

[29] L'indirizzo affermatosi, va pur detto, è stato sottoposto talora a serrate critiche a causa della «torsione normativa» operata. Cfr., *ex multis*, Nocco, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso: due sentenze contro una lettura "eversiva" dell'art. 44, lett. d), l. n. 184/1983*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 209 ss.

[30] Sul tema dell'adozione piena del convivente dello stesso sesso, pronunciata in un altro Paese, v., fra i tanti, Perrino, *Brevi note sul riconoscimento di sentenza straniera di adozione in favore di coppia dello stesso sesso*, in *Fam. e dir.*, 2017, 559 ss.

[31] Sul rapporto tra il procedimento di dichiarazione dello stato di abbandono e quello per adozione mite v., oggi, Cass., 1.7.2022, n. 21024, in *Dir. e giust.*, 2022, 4 luglio 2022. Sulla differenza fra adozione «mite» e adozione «piena» v. Cass., 23.6.2022, n. 20322, in *Mass. Giust. civ.*, 2022.

[32] Corte cost., n. 79/2022, cit.

[33] Cass., 13.2.2021, n. 3643, in *Guida al dir.*, 2020, 18, 53; Cass., n. 12692/2016, cit.

adozione semplice»[34]. In questo modo, finisce per rovesciarsi l'originaria configurazione dell'adozione «in casi particolari», quale *extrema ratio* rispetto all'adozione piena[35].

Si passi, ora, all'art. 44, comma 1º, lett. *b*), della l. n. 183/1984. Non era difficile pronosticare, pure di fronte a questa fattispecie, un allineamento della giurisprudenza di legittimità all'interpretazione evolutiva già prospettata per la lettera *d*) della disposizione. Ed infatti, la Corte di Cassazione, nell'aprile del 2022, ha censurato la pronuncia del giudice di appello, il quale aveva escluso l'adozione *ex* art. 44, comma 1º, lett. *b*), sul solo presupposto che, non sussistendo lo stato di abbandono della minore, la stessa coesistenza dei rapporti tra quest'ultima, il padre e il ricorrente (nuovo marito della madre pienamente accettato dalla bambina), non corrispondesse al suo concreto interesse[36]. Invero, osservano i giudici di legittimità, l'impossibilità del padre biologico di far fronte al mantenimento della figlia, «*nella sua incontrovertibile nettezza, per ragioni afferenti alla sfera economica, unitamente al pieno consenso dell'adozione, denota una manifestazione d'intenti apprezzabile nel senso che essa risponde al miglior interesse della minore, garantendole un contesto familiare più adeguato per lo sviluppo della sua personalità, in piena sintonia con i princìpi affermati dalla Corte costituzionale*». Anche per questa fattispecie, dunque, vale la considerazione per cui il minore non abbandonato, il cui genitore però versi in condizioni che impediscono in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale (c.d. «semi-abbandono permanente»), può sfuggire al destino del ricovero in istituto tramite l'adozione in casi particolari; adozione, fra l'altro, che consente l'inserimento del minore in un ambiente familiare caratterizzato da rapporti giuridicamente vincolanti con i parenti dell'adottante[37].

Il quadro normativo e l'evoluzione giurisprudenziale tratteggiata possono essere ordinati in questo modo. Fra le fattispecie esaminate ve n'è una che muove dallo stesso presupposto che riguarda l'adozione piena: ed infatti, l'art. 44, comma 1º, lettera *d*) (o meglio, la sua interpretazione tradizionale) si riferisce al minorenne che sia stato dichiarato in stato di abbandono e, dunque, sia adottabile; tuttavia, vi è un'impossibilità di fatto di procedere all'affidamento preadottivo. Ed ancora, fra le fattispecie esaminate ve ne sono alcune caratterizzate dal fatto che il minore adottato non ha (al di fuori del rapporto che si instaura con l'adottante e di quello pregresso con un genitore biologico) vincoli giuridicamente rilevanti con l'altro genitore biologico. Ci si riferisce, in particolare, ai seguenti casi: (i) adozione del convivente di diverso sesso del genitore biologico, in circostanze in cui l'altro genitore biologico sia defunto (art. 44, comma 1º, lett. *d*, l. n. 184/1983); (ii) adozione da parte del *partner*, nell'unione civile, del genitore biologico o del convivente dello stesso sesso del genitore biologico, che hanno condiviso con lo stesso un percorso di procreazione medicalmente assistita effettuata all'estero (art. 44, comma 1º, lettera *d*, l. n. 184/1983); (iii) adozione da parte del coniuge del genitore biologico, in circostanze in cui l'altro genitore biologico sia defunto (art. 44, comma 1º, lett. *b*, l. n. 184/1983).

Ebbene, non si comprende perché nelle descritte fattispecie (in cui si fa palese l'interesse del minore all'instaurazione in via definitiva di un rapporto di filiazione), il

[34] V., ancora, Corte cost., n. 79/2022, cit. I giudici delle leggi si riferiscono alle seguenti pronunce della Corte EDU: sentenza 21.1.2014, *Zhou* c. *Italia*, paragrafo 60; grande camera, sentenza 10.9.2019, *Strand Lobben* e altri c. *Norvegia*, paragrafi 202-213; sentenza 13.10.2015, *S.H.* c. *Italia,* paragrafi 48-50 e 57.

[35] Così Cass., 15.12.2021, n. 40308, in *Dir. e giust.*, 2021, 17 dicembre 2021, con nota di Di Lallo; Cass., 25.1.2021, n. 1476, in *Foro it.*, 2021, 6, I, 2055.

[36] Cass., 5.4.2022, n. 10989, in *rivistafamilia.it*, 7 aprile 2022, con nota adesiva di Trezza.

[37] Corte cost., n. 79/2022, cit.

regime giuridico sia diverso (*rectius*: meno tutelante) rispetto a quello che si rinviene nell'adozione «piena». La disparità, anche alla luce delle considerazioni in precedenza svolte in ordine all'unificazione dello *status* di figlio all'interno della famiglia, appare non più giustificabile. Essa andrebbe corretta non solo grazie ad un intervento dei giudici delle leggi, ma soprattutto in virtù di un ripensamento generale della materia da parte del legislatore. La necessità di un nuovo diritto delle adozioni si evidenzia alla luce delle ulteriori considerazioni che ci si accinge a compiere.

6. *Per una nuova disciplina dell'adozione «mite»*

Un profilo di omogeneità presentano altre due fattispecie ricavabili dalla disciplina qui in considerazione: ci si riferisce all'adozione «mite» da parte del coniuge (art. 44, comma 1°, lettera *b*, l. n. 184/1983) o da parte del convivente (art. 44, comma 1°, lettera *d*, l. n. 184/1983)[38]. In queste vicende, lo si è detto, il genitore biologico continua a mantenere una relazione giuridicamente rilevante con il minorenne. Il che giustifica alcuni tratti di disciplina i quali, inevitabilmente, si devono distaccare dal corpo normativo riguardante l'adozione «piena».

Questo non vuol dire, però, che l'attuale disciplina sulle adozioni «in casi particolari» meriti di essere confermata integralmente. Le ragioni per una significativa modifica della stessa, in realtà, sono molteplici. A tal fine converrà fissare alcuni brevi appunti di lavoro:

(a) l'adozione «mite» nasce da questo presupposto iniziale: il minore non può considerarsi *tout court* abbandonato. Accade però che uno dei genitori versi in una condizione che impedisce in maniera permanente l'effettivo esercizio della responsabilità genitoriale: di fronte al c.d. «semi-abbandono permanente» si inserisce l'adozione del coniuge o del convivente. È dunque indispensabile che ci sia l'assenso dei genitori dell'adottando, come attualmente previsto dalla legge sulle adozioni (art. 46, comma 1°, l. n. 184/1983). Ed è altrettanto necessario che il diritto positivo disciplini i casi in cui non consti il consenso dei genitori[39], nonché la materia della revoca del consenso[40]. A quest'ultimo proposito, essendo l'assenso del genitore biologico direttamente collegato all'esercizio della responsabilità genitoriale dell'adottante (art. 48 l. 183/1984)[41], ed essendo il suo esercizio legato alla precedente valutazione del giudice circa gli interessi del minore (che saranno tutelati al meglio attraverso l'adempimento di questo ufficio), si deve concludere che non sarà consentita una revoca *ad libitum* dell'assenso da parte del genitore biologico. Correttamente, dunque, la legge sulle adozioni esclude la possibilità di una revoca dell'assenso allorché l'esercizio della responsabilità genitoriale dell'adot-

[38] Per un inquadramento della figura, anche alla luce dell'esperienza europea, v. THIENE, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. e dir.*, 2020, 1067 ss.

[39] V. l'art. 46, comma 2°, l. n. 184/1983.

[40] V. l'art. 47, comma 1°, l. n. 184/1983. Di recente, v. CASS., sez. un., 30.12.2022, n. 38162, cit., secondo cui, in tema di adozione «in casi particolari», ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. *d),* l. n. 184/1983, «*l'effetto ostativo del dissenso del genitore biologico all'adozione da parte del genitore sociale deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore, sicché il genitore biologico può validamente negare l'assenso all'adozione del partner solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia intrattenuto alcun rapporto di affetto e di cura nei confronti del nato, oppure, pur avendo partecipato al progetto di procreazione, abbia poi abbandonato partner e minore*».

[41] Il secondo comma di questa disposizione stabilisce che «*l'adottante ha l'obbligo di mantenere l'adottato, di istruirlo ed educarlo conformemente a quanto prescritto dall'articolo 147 del codice civile*».

tante inizi a dispiegarsi (ossia dal momento della pronuncia della sentenza *ex* art. 47, comma 1°, l. n. 184/1983).

(b) Nell'adozione «mite», dunque, nonostante il fatto che l'adottante, previo assenso, possa essere chiamato ad esercitare la responsabilità genitoriale, non viene meno il rapporto giuridico fra il genitore biologico e il minorenne. Del resto, la stessa disciplina sull'adozione in casi particolari prevede che, nel momento in cui cessi l'esercizio della responsabilità genitoriale da parte dell'adottante, il tribunale è chiamato a valutare se l'ufficio in parola possa essere ripreso dai genitori (art. 50 l. n. 184/1983).

Di fronte alla questione del «controllo» sull'esercizio della responsabilità genitoriale, la legge n. 184/1983 però tace. Non si vuol dire, con ciò, che il sistema non offra delle risposte: basterà avere riguardo, infatti, alla disciplina civilistica sulla «crisi» della famiglia e, in particolare, al terzo comma dell'art. 337-*quater* cod. civ., secondo cui «*salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non sono affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al giudice quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse*». Il genitore non affidatario, dunque, non ha la responsabilità genitoriale; tuttavia, ha il diritto ed il dovere di vigilare sull'istruzione e sull'educazione del minorenne.

Ci si deve chiedere, però, se la disposizione appena ricordata sia soddisfacente anche ai fini dell'adozione «mite», la quale si è fatta strada nelle aule dei tribunali e, per ciò stesso, non è attualmente assistita da una normativa che tenga conto delle plurime questioni da essa nascenti. Non è chi non veda, infatti, che le vicende della separazione e del divorzio di cui si occupa la disciplina codicistica sono ben diverse da quelle che riguardano l'adozione «mite»: mentre nel primo caso il genitore non affidatario si dovrà relazionare (soltanto) con il genitore affidatario, nel secondo, il genitore biologico che si trova in difficoltà avrà, come interlocutori, sia l'ex coniuge o l'ex convivente sia l'adottante. Si tratta di una differenza, come è facile intendere, non soltanto numerica, che impone all'interprete (e al legislatore che verrà) di riflettere su quali siano gli strumenti più efficienti per consentire al genitore biologico di non rimanere completamente estraneo al percorso educativo e di istruzione del minore. Converrà forse pensare a soluzioni legislative che diano un adeguato spazio alla valutazione discrezionale del giudice, il quale dovrà essere chiamato ad adottare i provvedimenti più opportuni avendo riguardo, primariamente, agli interessi del minore[42].

(c) Una nuova disciplina sulla adozione «mite» non dovrà rinunciare ad occuparsi di alcune questioni successorie. In particolare, si deve ricordare che attualmente, a seguito della ricordata sentenza n. 79/2022 dei giudici delle leggi, l'adottato «in casi particolari» ha pieni rapporti di parentela con la famiglia dell'adottante: il che vuol dire che da un lato egli acquista diritti successori nei confronti dei parenti; dall'altro, pure quest'ultimi entrano nella categoria dei successibili alla morte dell'adottato. Per espressa previsione legislativa, invece, l'adottante continua a non avere diritti successori nei confronti dell'adottato (cfr. l'art. 55 l. n. 184/1983, che richiama l'art. 304 cod. civ.). L'esito, se si vuole, è paradossale. Non sembra, però, che esso possa essere corretto così facilmente per via interpretativa: ed infatti, qualora si voglia ritenere che nel caso di

[42] Talché non si dovrà escludere che, in alcune ipotesi, l'interesse del minore sia assicurato attraverso un'adeguata condivisione, da parte del genitore biologico, del percorso educativo portato avanti dal genitore affidatario e da quello adottante; altre volte, invece, si potrà pensare (sempre in ossequio al *best interest of the child*) che il genitore non facente parte quotidianamente dell'ambiente familiare in cui è inserito il minore non venga coinvolto (o coinvolto tenuamente) nelle vicende riguardanti la vita dello stesso.

morte prematura del figlio partecipino alla successione sia i genitori biologici sia i genitori adottivi, si prospetterebbe una non codificata (e dunque difficilmente ammissibile) forma di concorso fra le suddette categorie di genitori[43]. Più in generale, ci si deve domandare se un moderno diritto sull'adozione «mite» possa accontentarsi di un richiamo ad alcune disposizioni sull'adozione del maggiorenne, ossia ad un istituto che è ispirato principalmente a logiche patrimoniali e successorie.

(d) La riforma organica sul diritto delle adozioni (impostata secondo le linee di fondo su cui sin qui ci si è intrattenuti) dovrà pure affrontare altri snodi rispetto ai quali attualmente non vi è un'adeguata riflessione. In particolare, se è vero che la disciplina sull'adozione «mite» merita di essere oggetto, sotto alcuni profili, di un trattamento *ad hoc*, non pare però meritevole di conferma l'attuale previsione che esclude la possibilità per l'adottante di essere titolare dell'usufrutto legale sui beni del minore, potendo semmai impiegare le rendite dei beni di quest'ultimo per le spese di mantenimento, istruzione ed educazione (art. 48, comma 2°, l. n. 184/1983). Se, come sembra, l'usufrutto legale appare lo strumento più idoneo al fine di amministrare i beni del minore[44], non si vede il motivo per cui esso non debba essere dispiegato pure per le ipotesi di adozione «mite».

(e) L'attuale disciplina prevede che la revoca dell'adozione in casi particolari possa avvenire a seguito dell'accertamento di fatti gravi compiuti dall'adottato nei confronti dell'adottante (art. 51 l. n. 184/1983), oppure di fatti gravi compiuti dall'adottante nei confronti dell'adottato (art. 52 l. n. 184/1983). Si stabilisce, infine, che «la revoca dell'adozione può essere promossa dal pubblico ministero in conseguenza della violazione dei doveri incombenti sugli adottanti» (art. 53, comma 1°, l. n. 184/1983). Si dovrà pure riflettere, nel disegnare normativamente la figura giurisprudenziale dell'adozione «mite», se mantenere l'attuale regime delle revoche o se meglio adattarlo alle figure in esame. In effetti, se si considera che la revoca dell'adozione appare funzionale all'eventuale (piena) ripresa dei rapporti con il genitore biologico, si potrebbe integrare la disposizione da ultimo ricordata con una previsione del seguente tenore: «il tribunale, nel revocare l'adozione, valuta in via prioritaria la possibilità che sia ripreso l'esercizio della responsabilità genitoriale dei genitori». Inoltre, l'inserimento, sempre nell'art. 53 l. n. 184/1983, di una formula più generica circa i casi di revoca (ad esempio: «il tribunale dispone la revoca dell'adozione, a seguito di iniziativa del pubblico ministero o su domanda degli interessati, in conseguenza della violazione dei doveri incombenti sugli adottanti, e tutte le volte in cui il proseguimento dell'adozione pregiudichi gli interessi del minore») potrebbe rendere superflue le odierne fattispecie legislative di revoca dell'adozione (artt. 51 e 52 l. n. 184/1983).

7. *L'adozione da parte di persone omosessuali e dei* single

La Corte di Cassazione, occupandosi di adozioni in casi particolari, oggi lo dice a chiare lettere: «*la mancata specificazione di requisiti soggettivi di adottante ed adottando implica che l'accesso a tale forma di adozione non legittimante è consentito alle persone singole ed alle coppie di fatto, senza che l'esame delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge sia in astratto (l'impossibilità dell'affidamento preadottivo) che in concreto (l'indagine*

[43] Nocera, *op. cit.*, 2335.

[44] Si ricordi che, in base all'art. 325 cod. civ., «gravano sull'usufrutto legale gli obblighi propri dell'usufruttuario».

sull'interesse dei minori), possa svolgersi dando rilievo, anche indirettamente, all'orientamento sessuale del richiedente ed alla conseguente relazione da questo stabilita con il proprio partner»[45]. Si tratta di conclusioni che non possono essere più messe in discussione[46].

Ebbene, stando così le cose, vi sono ampi spazi per pensare ad un nuovo diritto dell'adozione «piena» che superi gli angusti requisiti soggettivi oggi richiesti agli adottanti.

Si consideri. In precedenza, si è riflettuto sul fatto che, nell'attuale sistema, non appare più giustificabile una disciplina che rimetta soltanto ai coniugi la legittimazione all'adozione piena; e si è osservato che la legittimazione dovrebbe spettare anche ai conviventi di fatto[47]. Se però, come si è appena rilevato, non è consentita alcuna discriminazione in ordine all'orientamento sessuale della persona adottante, si dovrà legislativamente prevedere – a guisa di logico corollario discendente dall'attuale diritto vivente – che legittimati all'adozione siano anche i contraenti l'unione civile e i conviventi di fatto dello stesso sesso[48].

Non solo. L'attuale sistema di diritto positivo prevede che, in determinate ipotesi, l'adozione in casi particolari possa essere disposta anche a favore di persone *single* (art. 44, comma 3°, l. n. 184/1983). In proposito, si è sopra rilevato che l'adozione da parte di persone non coniugate riguarda anche fattispecie caratterizzate dalla tendenziale «definitività» del rapporto di filiazione; tanto che – in una prospettiva futura – queste fattispecie dovrebbero ricevere lo stesso trattamento normativo dettato per l'adozione «piena»[49]. Se questo è vero, non si vede perché il quadro normativo non possa essere aggiornato prevedendo espressamente la legittimazione del *single* all'adozione «piena»[50]. Il punto è che l'uomo o la donna non sposati, già in base al diritto vigente, sono legittimati ad adottare «in casi particolari»: casi che mettono capo a fattispecie omogenee a quelle che giustificano l'adozione «piena». Il riconoscimento espresso dell'adozione legittimante a favore della persona singola, dunque, non deve considerarsi un'innovazione radicale ma un adeguamento coerente alle trame dello *ius positum*.

Il fatto è che l'adozione costituisce un «atto di responsabilità» soggetto a controllo giudiziale diretto a verificare, in concreto, l'idoneità della persona che si vuole assumere la responsabilità genitoriale a soddisfare gli interessi del minore. Impostato in questo modo il discorso, si potrà sicuramente dire che, in determinati casi, il giudice riterrà preferibile disporre l'adozione a favore di una coppia sposata; questo non per un ossequio formale all'istituto del matrimonio, ma perché avrà ritenuto che quelle persone, insieme, siano in grado di occuparsi al meglio delle esigenze dell'adottando. Parimenti, altre volte saranno da preferire persone conviventi di fatto, unite civilmente o persone singole. Non si tratta, dunque, di mettere davanti a tutto la "veste" familiare con cui gli adottanti si presentano, bensì la serietà dell'impegno e la loro idoneità ad essere genitori.

---

[45] Cass., n. 12962/2016, cit. V. anche Cass., n. 17100/2019, cit.

[46] Per un inquadramento della materia alla luce dei princìpi costituzionali v. Paterniti, Status *di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell'ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Riv. AIC*, 4, 2021, 228 ss; Attanasio, *La Consulta e il tema della omogenitorialità: un monito al legislatore sulla necessità di una più ampia tutela del superiore interesse del* minore, in *Familia*, 2021, 335 ss., nota a Corte cost., 9.3.2021, n. 32.

[47] § 2.

[48] Gli argomenti, in precedenza svolti, a favore di una riforma che consenta anche alle coppie conviventi di adottare (§ 2) debbono considerarsi riproposti di fronte ad una coppia omosessuale, la quale abbia contratto l'unione civile o che conviva di fatto ai sensi della l. n. 76/2016.

[49] V. *retro*, § 5.

[50] V., alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, gli attenti rilievi di Pesce, *La lunga marcia verso l'adozione piena da parte del "single": una decisione originale*, in *Fam. e dir.*, 2018, 151 ss.

LEONARDO LENTI

RILEGGENDO, 40 ANNI DOPO, I RAPPORTI FRA I CONIUGI E LA SEPARAZIONE PERSONALE DI PAOLO ZATTI

SOMMARIO: 1. Le pagine sui diritti e doveri nascenti dal matrimonio. – 2. Le pagine sulla separazione personale dei coniugi. – 3. La separazione consensuale. – 4. La separazione giudiziale: l'intollerabilità della convivenza. – 5. La separazione giudiziale: l'addebito. – 6. Una riflessione conclusiva.

1. *Le pagine sui diritti e doveri nascenti dal matrimonio*

Rileggere oggi le pagine di Paolo Zatti sui diritti e doveri nascenti dal matrimonio e quelle sulla separazione personale dei coniugi – pubblicate nel 1982 nel vol. III del *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno – fa capire molte cose sull'evoluzione di tali materie: in tutti i formanti, ma soprattutto in quelli dottrinale e giurisprudenziale.

Anzitutto le pagine sui diritti e doveri nascenti dal matrimonio: al momento della loro pubblicazione erano state un salutare bagno di realtà, che non permetteva più alla dottrina di chiudere gli occhi davanti al nuovo che avanzava, e tumultuosamente. Sono pagine ancor oggi giovani e fresche: nonostante i 40 anni trascorsi restano una trattazione della materia di indubbio riferimento.

L'atmosfera dottrinale che quelle pagine venivano a scuotere era ancora pervasa da alcuni dogmi ben radicati nella tradizione del passato.

Tra questi, anzitutto, l'idea che la famiglia fosse portatrice di un interesse suo proprio, unitario e superiore, di connotato implicitamente pubblicistico, sovraordinato a quello di ciascuno dei suoi componenti; un interesse che, in caso di conflitto con quello di uno dei coniugi, doveva avere la prevalenza, anche in mancanza di figli. Nell'accesissimo dibattito politico e giuridico italiano sull'introduzione del divorzio, una tale idea dell'interesse della famiglia era divenuta una bandiera, brandita a sostegno del principio di *indissolubilità* del vincolo.

Molta dottrina, inoltre, era assai restia a riconoscere l'importanza dirompente del principio di eguaglianza fra i coniugi, con annessa cancellazione della potestà maritale, frutto della riforma legislativa del 1975, e delle differenze tra marito e moglie riguardo all'adulterio, frutto di alcune note sentenze della Corte costituzionale degli anni 1968 e 1969. Tendeva a marginalizzarlo: sul piano sistematico cercava di evitar di attribuirgli l'importanza centrale che gli competeva e sul piano delle regole operative ne trascurava le molte importanti implicazioni.

Questi due punti erano strettamente intrecciati: secondo la normativa anteriore al 1975, infatti, il marito-padre, nel suo ruolo di *capo della famiglia*, era anche l'*unico interprete accreditato* dell'asserito interesse unitario e superiore della sua famiglia.

In questa atmosfera culturale era dunque frequente che si continuasse a riproporre anche dopo il 1975 l'insieme delle regole giuridico-morali sulla relazione coniugale e

sul governo della famiglia caratteristiche della tradizione canonico-napoleonica, per poi aggiungervi – quasi come corpi estranei al sistema – la menzione, o poco più, dell'eguaglianza tra i coniugi e della dissolubilità del matrimonio.

Benché i fermenti del nuovo apparissero qua e là nella giurisprudenza di merito, la Corte di cassazione era graniticamente schierata nella difesa a oltranza della tradizione. È un atteggiamento facilmente comprensibile, visto che buona parte dei suoi giudici si era formata in un'epoca antecedente all'inizio effettivo dell'attuazione dei principi costituzionali nella legislazione ordinaria, se non addirittura antecedente alla Costituzione stessa. Tale atteggiamento aveva incominciato a mutare solo con l'inizio degli anni '90, in corrispondenza con un importante ricambio generazionale dei suoi giudici[1].

Al tempo della pubblicazione del volume del Trattato Rescigno, il diritto della famiglia era ancora materia poco considerata nella cultura giuridica di matrice pandettistica, il cui dominio aveva iniziato a scricchiolare solo da pochi anni. La nuova generazione degli studiosi che vi si dedicavano con passione, dei quali Paolo Zatti poteva dirsi il decano, aveva fra i trenta e i quaranta anni d'età. La loro produzione scientifica era iniziata da poco: sono proprio di quegli anni le prime monografie accademiche importanti che manifestavano la piena consapevolezza dei grandi cambiamenti che erano intervenuti nella società, dei quali il diritto doveva tener conto, e che sapevano guardare al presente senza preconcetti ereditati dal passato e indirizzare gli sviluppi futuri.

In quell'atmosfera dottrinale e giurisprudenziale le lungimiranti pagine scritte per il Trattato Rescigno, come già detto, avevano un portato fortemente innovativo: i punti più meritevoli di segnalazione mi sembrano due.

Il primo consiste nell'aver posto al centro della trattazione dei diritti e doveri matrimoniali il *principio dell'accordo*, invece che il consueto catalogo descrittivo dei doveri elencati nell'art. 143 c.c.: si apriva così una strada feconda, poi seguita da gran parte delle successive trattazioni della materia.

Il secondo consiste nella scelta di non limitarsi ad analizzare le etichette dei diritti e doveri coniugali contenute nell'art. 143 c.c., ma di allargare l'orizzonte ad altri aspetti dei doveri reciproci, già in quel tempo altrettanto importanti nella vita familiare: soprattutto a quelli radicati nel principio di eguaglianza, estranei alle formulazioni tradizionali del diritto canonico-napoleonico e quindi non menzionati nel codice. Mi riferisco in primo luogo al dovere di rispettare la personalità dell'altro coniuge, in particolare quella della moglie, personalità da intendere sempre come paritaria rispetto a quella del marito, donde la contrarietà ai doveri matrimoniali degli atteggiamenti autoritari e prevaricatori del marito, una rilevante novità per l'epoca; e in secondo luogo al dovere di ciascun coniuge di collaborare alla realizzazione delle scelte esistenziali dell'altro, frutto del loro accordo, con particolare accento su quelle lavorative e professionali della moglie.

2. *Le pagine sulla separazione personale dei coniugi*

Rileggere le pagine sulla separazione personale dei coniugi produce un effetto in gran parte diverso: fa percepire con evidenza quanto tempo sia passato da allora e quante cose siano cambiate, nella società e nel diritto, riguardo alla rottura della relazione di

[1] Ricordo i nomi di due illustri giudici che hanno lasciato una traccia profonda nel campo del diritto familiare, che rappresentano in modo esemplare questo ricambio generazionale: prima c'è stato F. Santosuosso, poi c'è stata M.G. Luccioli.

coppia. A quel tempo la separazione era un istituto ben vivo e vitale, aveva una posizione centrale nel diritto matrimoniale, sulla quale neppure l'introduzione del divorzio aveva inciso in modo riduttivo: anzi, ponendola come causa di divorzio nei fatti pressoché unica, ne aveva confermata l'importanza.

Tutto all'opposto, oggi la separazione legale sembra un istituto ormai in via di estinzione, almeno come causa di divorzio. Data la facoltà di presentare contestualmente le domande di separazione e divorzio introdotta dall'art. 473-*bis*.49 c.p.c., la separazione si trova ormai ridotta a fase iniziale, endoprocessuale, del procedimento di divorzio, con la conseguenza, totalmente nuova, che non può più produrre i suoi effetti fra le parti dopo la conclusione del processo, in particolare quelli conseguenti all'addebito[2]. La sentenza conclusiva è infatti unica: pronuncia tanto sul divorzio quanto sulla separazione, pur se in capi separati. Ne consegue che gli effetti del divorzio superano in via definitiva quelli della separazione, in particolare la perdita del diritto all'assegno in caso di addebito.

Il cammino della separazione legale verso la sua estinzione, tuttora non concluso, consta di molte tappe, fra le quali ricordo solo la principale: l'affermazione della Corte suprema, immediatamente consolidatasi, secondo la quale l'insieme dei diritti e doveri personali tra coniugi si estingue con la separazione[3]. A questo modo la separazione legale diventava anche secondo il diritto vivente ciò che già era secondo le regole etiche più largamente accettate nella società, almeno dall'inizio degli anni '80 in poi: un divorzio, che però non permetteva un nuovo matrimonio e lasciava permanere i diritti successori reciproci, salvo addebito.

Le pagine di Paolo Zatti sulla separazione, a differenza di quelle sui diritti e doveri matrimoniali, espongono dunque un insieme di regole giuridiche molto diverse da quelle attuali, sicché è inevitabile che appaiano superate dall'evoluzione della giurisprudenza, della dottrina e, negli ultimi anni, anche dalle modifiche legislative sopravvenute.

Per apprezzarle nel modo giusto, però, bisogna collocarle nell'atmosfera della cultura giuridica familiarista del tempo in cui erano state pensate, scritte e pubblicate: come già accennato sopra, era in generale asfittica e molto restia ad abbandonare vecchie idee e principi e ad accettare il nuovo. A quel tempo era ancora in pieno svolgimento, lo scontro fra una concezione del matrimonio e della famiglia fortemente intrisa di elementi pubblicistici, che tendeva a porre stringenti limiti all'autonomia privata, e una concezione invece schiettamente privatistica: la prima aveva dominato nel diritto per secoli, mentre la seconda, ormai prevalente secondo i valori più comunemente accettati nella società civile, faceva però fatica ad affermarsi sul piano del diritto, almeno in Italia.

Nella dottrina e nella giurisprudenza, soprattutto di legittimità, l'attenzione e l'approfondimento erano dedicati molto più a scandagliare le *circostanze che permettevano ai coniugi di separarsi* – come si era fatto per secoli – piuttosto che a ragionare sulle *conseguenze della separazione*.

L'esatto opposto di oggi.

Coerentemente, nella percezione della dottrina del tempo, la separazione legale per eccellenza era quella giudiziale, nonostante la consensuale fosse già divenuta maggiori-

---

[2] Rinvio sul punto alle osservazioni contenute nel mio *Che ne resta della separazione legale come causa di divorzio?*, in *Jus civ.*, *Osservatorio dir. fam.*, 2021, n. 6, 2051.

[3] V. Cass., 7 dicembre 1994, n. 10512, una delle tante sentenze importanti e innovative redatte da M.G. Luccioli.

taria nei numeri[4]. E neppure era prevista la procedura consensuale per modificare gli accordi, introdotta solo successivamente dalla legge, nel 1998.

Quest'ultima era concepita più che altro come una possibilità offerta ai coniugi per evitar di rendere pubbliche le vicende, spesso sgradevoli, che li avevano portati alla separazione[5]; e per svelenire la lite, quasi transigendola. Si era infatti molto restii a considerarla come espressione di autonomia privata, e tanto meno a qualificarla come transazione, dato il mito dell'assoluta indisponibilità, che si affermava governasse la materia e che si cercava di rinvigorire con il richiamo all'art. 160 c.c.: come se l'indisponibilità giacesse in una sorta di subconscio della tradizione del diritto matrimoniale, tale da conferirle la patente di ovvietà[6].

Quanto alla separazione giudiziale, era molto spesso configurata come una separazione per colpa, analoga a quella anteriforma, tanto che la casistica giurisprudenziale sull'addebito, soprattutto in sede di legittimità, riprendeva per lo più quella sulla colpa del diritto previgente, perpetuandola. Al suo fianco, quasi fosse un'eccezione al sistema, si aggiungeva una nuova possibilità, aperta dalla menzione dell'intollerabilità della prosecuzione della convivenza: la separazione *per fatti incolpevoli*, per usare la qualifica che per lo più la dottrina di allora attribuiva alla separazione giudiziale senza addebito.

Bisogna poi tenere ben presente che all'inizio degli anni '80 era pressoché incontrastato il principio secondo il quale i doveri personali nascenti dal matrimonio non si estinguevano con la separazione legale, salvo l'ovvia eccezione della coabitazione e la riconfigurazione dell'assistenza morale. Quanto al dovere di fedeltà, la Corte suprema aveva svuotato di efficacia pratica la sentenza n. 99/1974 della Corte costituzionale, che ne aveva proclamato l'estinzione tra coniugi separati[7]. Così facendo, aveva potuto mantenere in vita la figura del mutamento di titolo della separazione, creazione giurisprudenziale del XIX secolo.

Fino al 1982 gli scritti dottrinali sulla separazione dei coniugi pubblicati in forma di libro o di ampia voce d'enciclopedia – la maggior parte dei quali era opera di illustri giudici, soprattutto della Corte suprema – offrivano ai lettori una trattazione da cui non emergevano sostanziali discontinuità rispetto al diritto vigente prima del 1975[8].

Nello stesso senso era orientata la Corte di cassazione, molte delle cui sentenze più importanti erano redatte dagli stessi giudici autori dei contributi dottrinali, poi citate a sostegno delle proprie tesi. Non solo, ma la Corte manifestava con forza il chiaro

---

[4] Ne dà una conferma indiretta la differente ampiezza dalla trattazione cui sia era sentito costretto Zatti: nell'edizione del 1982 a fronte di 8 pagine dedicate alla consensuale, ben 65 erano dedicate alla giudiziale.

[5] Un'eco del passato: nei lavori preparatori del *Code Napoléon* l'ammissione del divorzio consensuale era stata giustificata proprio principalmente con questo argomento.

[6] Sull'indisponibilità dei diritti in generale rinvio da ultimo a Olivero, *L'indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, Giappichelli, 2008, e in particolare alle sue acute osservazioni in tema di relazioni coniugali (71 ss.).

[7] Per condannare le "infedeltà" successive alla separazione, la Corte di cassazione impiegava la locuzione "dovere di particolare rispetto": ciò che era considerato contrario ai doveri matrimoniali non era tanto il fatto in sé e per sé di aver avuto rapporti sessuali con una persona diversa dal coniuge, quanto piuttosto la notorietà della nuova relazione nell'ambiente sociale frequentato, considerata offensiva dell'onorabilità del coniuge separato.

[8] L'ampio volume sulla separazione di F. Scardulla, allora molto noto, è l'esempio forse più clamoroso del deliberato rifiuto di prendere in seria considerazione le novità della riforma del 1975: l'edizione del 1977 poco si distingueva da quelle anteriori al 1975, come se i cambiamenti portati dalla riforma fossero stati minimi.

intento di marginalizzare in modo rigoroso il principio di dissolubilità matrimoniale, come se il principio di indissolubilità regnasse ancora, seppure un po' ammaccato[9].

3. *La separazione consensuale*

Le pagine sulla separazione consensuale sono costruite intorno all'idea che l'accordo dei coniugi abbia natura contrattuale. Di qui, tra le altre, una conseguenza molto forte: l'accordo non omologato può «valere fra le parti per gli aspetti alimentari e patrimoniali»[10]. Può dunque regolare «uno stato legittimo di non convivenza», a meno che le parti abbiano espressamente posto l'omologazione come condizione sospensiva[11]. Tali idee, allora minoritarie, sono evidentemente ben proiettate nel futuro.

Secondo l'opinione dominante a quei tempi l'asserto della contrattualità dell'accordo era difficilmente accettabile. E proprio su ciò erano fondati gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali allora largamente prevalenti – oggi ormai abbandonati – che Zatti, per coerenza con la propria posizione, contestava: che l'accordo fosse una semplice *condicio juris* e che l'atto decisivo da ogni punto di vista fosse l'omologazione; dunque il momento del controllo autoritativo del giudice e non quello in cui si esplicava l'autonomia privata. Ne nascevano varie conseguenze: la revocabilità dell'accordo fino all'omologazione; il compito del giudice di controllarne tutte le condizioni, non solo quelle riguardanti i figli (art. 158 c. 2° c.c.); l'inammissibilità dell'impugnazione con i rimedi tipici dei contratti.

La realtà effettiva delle circostanze fattuali, in nome delle quali il consenso era prestato, e la relativa consapevolezza da parte dei coniugi erano soggette al controllo del giudice al momento dell'udienza presidenziale e poi dell'omologazione. Era dunque un controllo *preventivo*: «il giudice – scriveva Zatti – può soltanto accertare esistenza, serietà, libertà del consenso» e «verificare che le clausole negoziate non siano nulle perché contrarie a norme imperative e a principi di ordine pubblico», come per esempio la dichiarazione espressa di *rinunciare* al mantenimento[12]. L'importanza attribuita a questo controllo preventivo toglieva ogni spazio a controlli successivi: l'accordo non poteva infatti essere impugnato per vizi della volontà o per simulazione; era modificabile solo se successivamente le circostanze di fatto erano mutate.

Nei decenni successivi tutto questo è cambiato.

In seguito all'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi negli anni '90 del secolo scorso, ormai giunta a compimento, è pacifico che anche all'accordo di separazione omologato si deve applicare la disciplina contrattuale in quanto compatibile, ivi compresi i rimedi consueti in caso di vizi della volontà e di simulazione. È un corollario dell'ormai pacifica contrattualità dell'accordo, che si impone per ragioni di coerenza sistematica.

---

[9] Esemplare a questo proposito è Cass., sez. un., 11 giugno 1981, n. 3777, est. Borruso (in *Foro it*., 1982, I, 184, e in *Giur. it*., 1982, I, 1, 1553), che ribadiva con il massimo di autorità la precisa volontà di stendere intorno al divorzio un saldo "cordone sanitario". Questo era infatti additato come un serio «*vulnus* potenziale» per l'istituto della famiglia, sicché all'autonomia privata doveva essere lasciato lo spazio più ridotto possibile (la sentenza riguardava gli accordi sull'assegno di divorzio stipulati al momento della separazione, capostipite dell'orientamento che li voleva nulli).

[10] Vd. 128.

[11] Vd. 127.

[12] Vd. 127, nota 15.

Ma non solo: è ormai ampiamente diffusa la constatazione che il controllo giudiziale preventivo è poco efficace a garantire che il consenso sulle condizioni della separazione sia davvero serio, libero e, soprattutto, pienamente consapevole delle circostanze di fatto, soprattutto riguardo alla situazione patrimoniale di ciascuna parte[13].

Nel 2014 un'importantissima novità è intervenuta anche nel formante legislativo, con il d.l. 132: la negoziazione assistita e la possibilità di presentare l'accordo all'ufficiale di stato civile. In entrambe queste procedure, e in modo inequivocabile nella seconda, il controllo dell'autorità sul merito di quanto concordato fra i coniugi sui loro rapporti economici è palesemente assente.

Benché oggi nessuno dubiti più della contrattualità dell'accordo, le sue ricadute extrapatrimoniali – anche in assenza di figli – continuano a rappresentare un blocco mentale che impedisce ai più di usare la parola *contratto* e li induce a preferire la locuzione *negozio giuridico familiare*[14].

4. *La separazione giudiziale: l'intollerabilità della convivenza*

Il tema principale della separazione giudiziale, a quel tempo, era l'identificazione delle circostanze che ne permettevano la pronuncia: quindi anzitutto quali fossero i «fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza»; e poi come fosse disciplinato l'addebito.

Le pagine in cui Paolo Zatti discute se l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza vada interpretata in modo *oggettivo* o in modo *soggettivo* sono molte, ben 18: ricostruiscono analiticamente il formante dottrinale, mentre per quello giurisprudenziale si limitano a riportare le affermazioni di principio che si leggevano in *tutte* le sentenze di Cassazione di quegli anni.

Il favore per l'interpretazione oggettiva era allora largamente maggioritario in dottrina e unanime nella giurisprudenza di legittimità[15]. Secondo il modello definitorio ripetuto dalla Cassazione un'infinità di volte con poche varianti, l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza doveva consistere in un insieme di fatti o di circostanze *obiettive*, tali da permettere al giudice di accertare l'esistenza di una situazione di notevole gravità, che rendesse la comunione di vita fra i coniugi oggettivamente penosa, e quindi insostenibile se non ricorrendo a virtù eroiche, in grado tale da non poter essere umanamente pretese. Veniva anche spesso sottolineato che lo standard richiesto doveva essere *rigoroso*: in particolare, la semplice allegazione dell'intollerabilità da parte di un

[13] I nuovi artt. 473-*bis*.12, 473-*bis*.18 e 473-*bis*.51 c.p.c., che regolano in modo molto severo i doveri d'informazione, sono proprio intesi a meglio garantire che tutte le informazioni rilevanti in materia patrimoniale siano immediatamente fornite e che siano veritiere e complete.

[14] Ma qual è il contenuto non patrimoniale di questo negozio, se non vi sono figli? Solo l'accordo dei coniugi di vivere separati. Ma questo, a mio avviso, non è affatto una clausola non patrimoniale contenuta nell'accordo, né tanto meno ne costituisce più la base: secondo il diritto d'oggi, la decisione di vivere separatamente è frutto della scelta individuale di un coniuge alla quale l'altro è soggetto, volente o nolente. L'accordo di vivere separati potrebbe anche essere una scelta di entrambi, ma ciò non ne farebbe il frutto di un accordo bilaterale. Si tratta dunque di una decisione che resta esterna all'accordo vero e proprio, sicché non ne costituisce un aspetto di contenuto non patrimoniale, bensì un mero *presupposto di fatto*. Sul punto rinvio al mio *Diritto della famiglia*, Giuffrè, 2021, in part. 667 sgg.

[15] Le pochissime voci dottrinali autorevoli a sostegno dell'interpretazione soggettiva – rammentate da Zatti a pag. 136, nota 15 – sono, in ordine cronologico di pubblicazione dei loro scritti in materia, quelle di L. Carraro, G. Ferrando, G. Vettori e G. Furgiuele.

coniuge, o addirittura anche da parte di entrambi, non poteva costituire di per sé una prova della sua sussistenza[16].

Nonostante questi proclami moraleggianti, fin dai primi giudicati successivi alla riforma del 1975 la regola operativa impiegata dalla giurisprudenza era stata in realtà opposta. Basta osservare che se la concezione *oggettiva* fosse stata quella davvero seguita, le domande rigettate avrebbero dovuto essere molto numerose: invece, come i dati statistici mostrano senza alcuna possibilità di dubbio, pressoché nessuna richiesta risulta essere stata respinta perché la penosità dei fatti addotti era stata giudicata insufficiente[17]. Questo era dunque il diritto vivente: ma attenzione, veniva mascherato, piuttosto che criticato.

Tutto ciò mi suggerisce due osservazioni.

La prima è che a quel tempo la fondamentale lezione metodologica di Gorla sulla tecnica di interpretazione delle sentenze[18] – per cogliere la *ratio decidendi,* cioè il principio di diritto atto a costituire precedente giudiziale – era ancora lungi dall'essere largamente accettata, troppo lontana com'era dai canoni del concettualismo della dottrina post-pandettistica[19]. Era normale che le frasette generali astrattizzanti come quelle richiamate sopra – recepite poi nelle massime (spesso *mentitorie*!) – fossero intese come principi di diritto e che le sentenze fossero pubblicate omettendo la narrazione dei fatti, rendendo così quasi impossibile valutare se tali frasette fossero effettivamente espressione delle regole operative impiegate. Ciò permetteva anche la formazione di orientamenti giurisprudenziali che erano però, in realtà, inesistenti.

Si sarebbe potuto rimediare studiando le statistiche giudiziarie. Ma nell'atmosfera culturale di 40 anni fa – questa è la seconda osservazione – era semplicemente impensabile raccontare il diritto vivente basandosi sulle prassi giudiziarie che i dati statistici rendevano manifeste, ma che la dottrina non prendeva in alcuna considerazione. Sulla questione dell'intollerabilità, affermare una lettura della norma guardando ai dati numerici della realtà avrebbe significato comportarsi – mi si permetta il paragone – come il bambino della famosa fiaba di Andersen, *I vestiti nuovi dell'imperatore*, che grida: "il re è nudo, il re è nudo".

Pur restando dunque sotto questi aspetti all'interno della gabbia metodologica della dottrina di quel tempo, Zatti aveva proposto un tentativo di mediazione fra le due posizioni, soggettiva e oggettiva, argomentato in modo molto attento e pacato[20]. A livello di dichiarazioni generali, di principio, il suo favore era per l'interpretazione *oggettiva*: era necessario che vi fossero fatti di una certa gravità, la cui esistenza potesse essere oggetto di prova, tranne il caso, comunque di gran lunga il più frequente, in cui entrambe le parti fossero d'accordo nel volersi separare. Tuttavia l'aveva subito svuotata, affermando

[16] Un esempio fra i moltissimi, spesso citato: Cass., 10 gennaio 1986, n. 67 (in *Dir. fam. e pers.*, 1986, 487).

[17] Solo nel 2007 la Corte suprema ha accolto in modo aperto ed esplicito l'interpretazione soggettiva, con la sentenza 9 ottobre 2007, n. 21099 (est. Sangiorgio), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 519, con mio commento, ove tra l'altro segnalo i rarissimi casi di rifiuto pubblicati in precedenza, l'ultimo dei quali risale al 1993 (ivi, 525).

[18] Mi riferisco ai celebri articoli metodologici pubblicati nei *Quaderni* del *Foro italiano* tra il 1966 e il 1969.

[19] Devo però tristemente constatare che anche oggi questa lezione metodologica, benché comunemente declamata a livello teorico, continua purtroppo a essere molto spesso disattesa nei fatti tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza. Siccome oggi si deve scrivere tanto e rapidamente – secondo lo sciagurato principio *publish or perish* – un modo facile e non immediatamente appariscente per risparmiare tempo e fatica è quello di lavorare sulle massime, invece che sul testo delle sentenze.

[20] Vd. 146.

che la gravità dei fatti addotti e la loro idoneità a rendere intollerabile la convivenza dovevano essere valutate in modo *soggettivo*, impedendo così al giudice di discostarsi dalle valutazioni delle parti in conflitto.

L'interpretazione soggettiva dei suddetti fatti mi sembra tolga ogni effettivo rilievo alla richiesta di una loro consistenza oggettiva: la regola operativa che ne consegue porta infatti a risultati identici a quelli cui porta la concezione soggettiva.

Dietro questa peculiare costruzione concettuale dell'intollerabilità della convivenza, mi sembra di percepire l'intento di dare spazio a un'esigenza *morale*, alla quale mi sembra però impossibile dare una veste giuridica, che penso gli sembrasse calpestata dall'interpretazione pienamente soggettiva: la famiglia – fondata sull'affetto tra i suoi componenti, con la condivisione della quotidianità che la connota – è una *cosa seria*, che dev'essere vissuta con il massimo di impegno, di apertura all'altro, ai suoi bisogni e alle sue ragionevoli aspirazioni; non è moralmente accettabile che possa essere cancellata per un semplice *capriccio*. La volontà anche unilaterale resterebbe quindi di per sé decisiva, ma dovrebbe essere basata su dati di una qualche seria oggettività.

5. *La separazione giudiziale: l'addebito*

La costruzione concettuale svolta nelle pagine dedicate all'intollerabilità non può essere ben compresa se lasciata a sé stante: la sua logica complessiva può essere percepita appieno solo se viene integrata con le pagine sull'addebito e con quelle sul mutamento del titolo[21].

La prima idea di fondo è che tra la miriade di fatti, che possono aver reso intollerabile la convivenza, bisogna fare un'attenta distinzione secondo la loro *gravità*, la quale si misura secondo il grado di incompatibilità che tali fatti presentano con i doveri reciproci nascenti dal matrimonio e quindi con il mantenimento della convivenza coniugale. Se sono gravi, secondo la valutazione *soggettiva che ne dà la parte istante*, ma in modo solo modesto, sono causa di separazione senza addebito; se la loro gravità è invece elevata, secondo la valutazione *oggettiva che ne dà il giudice*, sono causa di separazione con addebito. Dunque, in sintesi, i fatti in questione vanno da quelli che possono dare luogo solo all'intollerabilità, perché meno gravi, a quelli che possono dare luogo anche all'addebito (se richiesto), perché più gravi.

La seconda idea di fondo – nuova e alquanto suggestiva – è quella di porre al centro dell'attenzione la posizione del coniuge che ha subito le condotte illecite dell'altro, anziché di porre al centro, come di consueto, la posizione del coniuge che le ha tenute. Così facendo, la funzione dell'addebito sembra trasformarsi: non appare tanto quella di sanzionare il coniuge che ha violato i doveri matrimoniali, quanto piuttosto quella di proteggere l'altro coniuge, permettendogli di liberarsi da quei doveri che hanno fondamento logico e morale sulla convivenza e sull'armonia familiare, ovvero di liberarsi dall'obbligo di mantenere l'altro e soprattutto dagli automatismi della successione legittima e necessaria.

Al tempo in cui Zatti scriveva – come ho già ricordato in precedenza – era indiscusso che i doveri reciproci tra coniugi sopravvivessero alla separazione, salvo quelli radicalmente incompatibili con lo stato di vita separata. È quindi ovvio che fossero molte le

[21] Le pagine fondamentali che danno conto del pensiero di Zatti in materia si leggono nel cap. III, § 6 (153 sgg.), e nel cap. IV, § 5 (208 sgg.).

pagine dedicate a esaminare quali doveri si estinguessero e quali permanessero. Anche a questo proposito al centro vi era la posizione del coniuge che non aveva dato adito ai fatti che avevano reso intollerabile la convivenza. Ne conseguiva che non si sarebbe dovuti partire dall'idea che sopravvivessero tutti quelli non incompatibili con lo stato di separazione, come si leggeva nell'art. 156 c.c. previgente (ma non in quello vigente); ma che, all'opposto, si sarebbe dovuto «assumere a regola la "liberazione" da intromissioni, legami, obblighi che non si giustific[assero] per la sola permanenza del vincolo di coniugio». Le indicazioni cui porta questa soluzione sono inevitabilmente imprecise, fluide, tali da lasciare al giudice un margine di incertezza troppo ampio per orientarlo[22].

Porre queste idee alla base della sua lettura dell'intollerabilità della convivenza e dell'addebito aveva il fine di prendere le distanze dallo schema secondo il quale, «asserita la natura sanzionatoria dell'addebitamento», la condotta contraria ai doveri matrimoniali dovrebbe essere stata tale da aver «dato causa alla separazione determinando l'intollerabilità della convivenza»[23]; uno schema che a suo avviso riproponeva, inopportunamente, vecchi orientamenti elaborati prima del 1975.

Anche questo asserto va collocato nel tempo in cui è stato scritto: bisogna infatti ricordare che il nesso causale contro il quale dirigeva i suoi strali non era quello di oggi: era un nesso *presunto*, e per giunta oggetto di una presunzione che la giurisprudenza di legittimità di allora concepiva come pressoché *assoluta*, sicché qualsiasi violazione dei doveri matrimoniali di un qualche oggettivo rilievo non poteva non rendere intollerabile la convivenza. A questo modo la separazione, più che *con* addebito, finiva con l'essere *per* addebito, cioè causata dalle violazioni dei doveri coniugali, come se l'addebito si identificasse con la colpa del diritto previgente[24].

Il passo chiave che dipinge sinteticamente la posizione di Zatti mi sembra il seguente[25]: «il rapporto tra apprezzamento dell'intollerabilità e giudizio di addebitabilità viene così chiarito: con riferimento a un comune presupposto – la "rottura" tra i coniugi – la legge prevede la formulazione di due giudizi di incompatibilità, omogenei nella struttura ma differenti nel riferimento e in parte nei criteri. Con il primo si valuta la compatibilità tra la situazione indicata, e l'imposizione (della prosecuzione) dei rapporti che caratterizzano la piena unità familiare; con il secondo, si valuta la compatibilità tra la "rottura", in quanto qualificata dalla condotta di un coniuge in violazione dei doveri, e il prolungarsi dell'imposizione, a carico del coniuge leso e a favore dell'altro, di quei ridotti rapporti che caratterizzano la normale relazione tra coniugi separati»[26].

Una logica conseguenza di questa costruzione della separazione e delle sue cause, soprattutto guardando all'interesse del coniuge vittima delle condotte illecite dell'altro, era la perdurante ammissibilità del c.d. mutamento del titolo della separazione, caldeggiata da Zatti[27]: osservava infatti che «la separazione senza addebito si prospetta come un periodo nel quale è assai rischioso entrare e dal quale è bene uscire al più presto»[28].

---

[22] Lo riconosce lo stesso Zatti, ammettendo che al quesito su quali doveri permangano si può dare «solo una risposta indicativa» (204).

[23] Vd. 156.

[24] Come acutamente rilevato da R. Pescara, *Separazione personale con addebito o separazione per addebito?*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 89.

[25] Vd. 158 sg.

[26] È comunque bene ricordare che «l'imposizione (della prosecuzione) dei rapporti che caratterizzano la piena unità familiare» non era ovviamente comprensiva dell'imposizione di ripristinare la convivenza: mai nessun giudice avrebbe potuto costringere i coniugi a convivere se non lo volevano.

[27] Vd. 208 sgg.

[28] Vd. 211.

E negli anni in cui scriveva la via più rapida per farlo era proprio il mutamento del titolo, visto che il tempo d'attesa per il divorzio era di almeno 5 anni, oppure 6 o 7 in caso di opposizione.

6. *Una riflessione conclusiva*

Le proposte interpretative della separazione legale che si leggono nelle pagine di Paolo Zatti mi sembrano implicitamente fondate su una constatazione, accompagnata da una previsione: che l'istituto non avrebbe mai potuto uscire dalla sua configurazione tradizionale, eredità del diritto canonico. Da ciò un inevitabile condizionamento, che limitava fortemente ogni tentativo di darne un'interpretazione più adeguata alla realtà sociale e ai valori che proprio a partire da metà degli anni '70 del secolo scorso andavano via via affermandosi come quelli più largamente accettati nella società.

Ma le cose non sono andate in questa direzione (per fortuna, se mi si consente un giudizio personale). Il suddetto fondamento si è rivelato molto più fragile di quanto gran parte della dottrina di quel tempo immaginasse: gli sviluppi successivi lo hanno progressivamente demolito, trasformando la separazione legale in un istituto assai diverso, quasi un divorzio, ma senza possibilità di risposarsi. L'evoluzione dell'istituto, soprattutto per opera della giurisprudenza, è stata dunque molto diversa da quella allora ipotizzata da Zatti.

I punti salienti che hanno portato al diritto vivente di oggi – come lo disegna la Corte suprema sulla base di testi normativi che pur sono formalmente immutati dal 1975 – sono strettamente interrelati fra loro sul piano logico. Mi limito a un sintetico elenco:

a) oggi è pacifico che i diritti e doveri personali reciproci tra i coniugi separati si estinguano con la separazione[29];

b) oggi è indubbio che l'intollerabilità debba essere interpretata come soggettiva[30];

c) il nesso causale non è più oggetto di una presunzione pressoché assoluta, ma dev'essere positivamente provato dalla parte che chiede l'addebito contro l'altra[31].

Il punto *sub b* merita un'attenzione particolare perché assume un'importanza dirompente sul piano *sistematico*: se ottenere la separazione e poi il divorzio è un diritto di chi li chiede e se l'eventuale opposizione della controparte è irrilevante, perché non ha effetto preclusivo né dilazionatorio, e neppure incide sulle conseguenze economiche, è inevitabile concludere che il coniuge che vuole ottenerli è titolare di un *diritto potestativo* e che l'altro si trova in una condizione di *soggezione*.

Un'osservazione conclusiva mi sembra comunque doverosa: accogliendo la constatazione e la previsione accennate all'inizio del paragrafo, il tentativo di giungere a una visione rinnovata della separazione giudiziale, in particolare se con addebito, non poteva spingersi oltre il risultato – che oggi appare modesto – di darle una configurazione diversa da quella della separazione per colpa del diritto previgente. Proprio questo aveva fatto Paolo Zatti, e ben difficilmente – date le premesse – avrebbe potuto scrivere qualcosa di più "moderno" e di più aperto al futuro.

---

[29] Capostipite della svolta giurisprudenziale sul punto è Cass. 10512/1994 (cit. nota 4).

[30] La prima sentenza che lo ha affermarlo in modo esplicito è Cass. 21099/2007 (cit. nota 16).

[31] Capostipite della svolta giurisprudenziale sul punto è Cass., 20 dicembre 1995, n. 13021, con commento di Barbiera, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 885.

MANUELA MANTOVANI

SULLO *STATUS* DEI BAMBINI NATI DA GESTAZIONE PER ALTRI ALL'ESTERO. *NIHIL NOVI*? RIFLESSIONI A MARGINE DI CASS., SEZ. UN., 30 DICEMBRE 2022, N. 38162*

SOMMARIO: 1. Il "diritto vivente" rappresentato da Cass., sez. un., n. 12193 del 2019. – 2. La decisione della Corte costituzionale n. 33 del 2021. – 3. L'ordinanza della Prima Sezione n. 1842 del 2022 e la situazione di "vuoto normativo". – 4. Le Sezioni Unite tengono il punto … ma con un timido cambio di passo. – 5. La persistente inadeguatezza dell'adozione in casi particolari. – 6. Per una conclusione.

1. *Il "diritto vivente" rappresentato da Cass., sez. un., n. 12193 del 2019*

Non si intravede all'orizzonte un approdo certo e sicuro nel «travagliato percorso»[1] verso il pieno riconoscimento giuridico del legame di filiazione tra i bambini nati in virtù del ricorso a gestazione per altri all'interno di coppie omoaffettive e il c.d. genitore d'intenzione: colui che pur non avendo fornito alcun apporto genetico alla procreazione, ha condiviso con il partner il progetto genitoriale ed ha accolto e cresciuto il bambino fin dalla nascita, instaurando con lo stesso una stabile relazione affettiva - una vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu - unita all'esercizio in fatto dei poteri/doveri in cui si compendia la responsabilità di genitore.

La decisione delle Sezioni Unite che qui si commenta, affidata ad una penna raffinata e sensibile, è apprezzabile per lo sforzo profuso nella costante tensione – che si percepisce in significativi snodi del complesso e articolato percorso argomentativo – verso la ricerca di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto: da un lato la dignità della donna, alla cui tutela è preordinato il divieto penale di surrogazione di maternità (art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004)[2]; dall'altro, il diritto del

---

* Al tema che fa da sfondo alle riflessioni consegnate a queste pagine, Paolo Zatti, cui è dedicato questo contributo, ha pubblicato un lucido saggio, denso di suggestioni, alcune delle quali conservano intatta la loro attualità pur in uno scenario tutt'affatto diverso rispetto a quello che si prospettava allo sguardo dell'A. Ci si riferisce allo scritto *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 193 ss., poi confluito nel volume *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, 2009, 205 ss.

[1] Per riprendere l'espressione di Mirzia BIANCA, a commento dell'ordinanza interlocutoria della Prima sezione n. 1842 del 21.1.2022, che ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite, *Il travagliato percorso della tutela del bambino nato da maternità surrogata. Brevi note a margine dell'ordinanza di rinvio alle Sezioni unite n. 1842 del 2022*, in *Giustizia Insieme*, 27 ottobre 2022 (*https://www.giustiziainsieme.it/en/news/74-main/129-minori-e-famiglia/2501-il-travagliato-percorso-della-tutela-del-bambino-nato-da-maternita-surrogata-brevi-note-a-margine-dell-ordinanza-di-rinvio-alle-sezioni-unite-n-1842-del-2022*). Per un commento alla decisione n. 1842/2022 v. *infra*, par. 3, nonché U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa*? in *Giur. it.*, 2022, I, 1825 ss.; Angelo FEDERICO, *La maternità surrogata ritorna alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1047 ss.

[2] La sanzione colpisce «Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza […] la surrogazione di maternità […]»: e dunque tutti i soggetti coinvolti, compresi i committenti, genitori intenzionali, e la donna che si presta alla gestazione per altri. Com'è noto, e come del resto ricorda la decisione in commento, a fronte della previsione del reato di surrogazione di maternità, non si accompagna alcuna

nato – ancorché in virtù di una pratica penalmente vietata dall'ordinamento – al pieno riconoscimento del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia.

Anticipando qui l'esito delle considerazioni che si proverà di seguito a svolgere, la soluzione cui giunge la Corte – di sostanziale conferma di quella cui erano approdate le Sez. unite nel 2019[3] – non si sottrae, tuttavia, a rilievi critici e solleva perplessità, che affiorano da alcuni passaggi chiave della motivazione, rivelando qualche «strappo» nella coerenza della trama argomentativa.

Ma è bene procedere con ordine e prendere le mosse dalle pronunce, rispettivamente della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale, che hanno contribuito a delineare il «diritto vivente» in materia.

La prima in ordine di tempo – pare superfluo sottolinearlo – è la decisione, sopra menzionata, della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 12193/2019, e da qui è opportuno avviare la riflessione.

La pronuncia delle Sezioni Unite interviene in un panorama giurisprudenziale piuttosto frastagliato, in cui, di fronte al rifiuto da parte dell'ufficiale di stato civile di trascrivere atti di nascita formati all'estero o provvedimenti stranieri che attestano la filiazione anche nei confronti del genitore d'intenzione, i Giudici di merito si sono mossi un po' in ordine sparso: talora – per lo più nei casi di coppie di donne – ordinando all'ufficiale di stato civile la trascrizione dell'atto di nascita straniero – talaltra rigettando la domanda, ove la richiesta provenisse da coppie omogenitoriali maschili.

In questo mobile scenario, la sentenza delle Sezioni Unite segna l'epilogo di una vicenda relativa ad una coppia omogenitoriale maschile che, per realizzare il comune progetto di genitorialità, aveva fatto ricorso alla gestazione per altri all'estero – pratica ammessa, nella forma altruistica, nel Paese in cui la coppia aveva contratto matrimonio (Canada) – chiedendo all'Ufficiale di stato civile che fosse riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento al provvedimento straniero che attribuiva la paternità dei bambini (due gemelli) anche al partner del padre biologico. Di fronte al rifiuto dell'Ufficiale di stato civile, la coppia si rivolgeva alla Corte d'Appello di Trento, la quale, in accoglimento del ricorso, riconosceva efficacia in Italia - ai sensi dell'art. 67, della legge n. 218 del 1995 – al provvedimento straniero che indicava la doppia paternità, ordinandone la trascrizione nei registri dello stato civile[4].

---

espressa disposizione sullo status del minore nato da questa pratica (in Italia o) all'estero. Il legislatore non si è preoccupato di definire la condizione giuridica del nato, ancorché in virtù della pratica vietata.

[3] V. *infra*, nota 6.

[4] App. Trento, ord. 23.2.2017, in *Corr. giur.*, 2017, 935 ss., con nota di Ferrando, *Riconoscimento dello* status *di figlio: ordine pubblico e interesse del minore*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 986 ss., con commento di Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*; in *Fam. e dir.*, 2017, 669 ss., con commento di Baruffi, *Co-genitorialità*, same sex *e minori nati con maternità surrogata*.

Nel valutare la compatibilità con l'ordine pubblico del provvedimento straniero che riconosce la relazione di filiazione anche con il *partner* del padre genetico, il Giudice pone a base della decisione il preminente interesse del minore, qui declinato nell'aspetto del diritto dei nati a conservare nei confronti di entrambi lo *status* di figli, loro riconosciuto nello Stato estero per effetto del provvedimento giudiziario validamente emesso in quello Stato. «Il mancato riconoscimento dello *status filiationis* determinerebbe, infatti, un evidente pregiudizio per i minori, i quali non vedrebbero riconosciuti in Italia nei confronti del *partner* del genitore biologico ... tutti i diritti che a tale *status* conseguono». I minori sarebbero poi pregiudicati anche «sotto il profilo della perdita dell'identità familiare, legittimamente acquisita nello Stato estero», non trovando alcun rilievo giuridico nel nostro ordinamento i legami familiari instaurati e consolidati nel tempo anche con il genitore intenzionale. Né, infine – conclude la Corte d'Appello – costituisce ostacolo al riconoscimento del rapporto di filiazione «la incontroversa insussistenza del legame genetico tra i due minori e il *partner* del padre genetico, dovendosi escludere che nel nostro ordinamento vi sia un

Sulla vicenda trentina è successivamente intervenuta la Corte di Cassazione, che, sollecitata dal ricorso del P.G. avverso l'ordinanza della Corte d'Appello di Trento, ha rimesso la questione alle Sezioni unite[5], le quali – com'è noto – si sono pronunciate in senso nettamente contrario all'ingresso nel nostro ordinamento del provvedimento straniero che accerti il rapporto di filiazione tra il bambino, nato a seguito di surrogazione di maternità, e il genitore d'intenzione[6].

Fulcro della sequenza argomentativa, che sorregge l'intero impianto motivazionale, è la peculiare accezione del concetto di ordine pubblico internazionale fatta propria dalle Sezioni Unite. Così, da un lato esse accolgono la lettura evolutiva della clausola generale, come scolpita nella giurisprudenza di legittimità – e posta a base anche della decisione impugnata – secondo cui l'ordine pubblico internazionale è costituito anzitutto «dai principi della nostra Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali», sottolineando l'evoluzione del concetto in direzione di «un sempre

---

modello di genitorialità esclusivamente fondato sul legame biologico fra il genitore e il nato»; mentre assume rilievo il concetto di responsabilità genitoriale, «che si manifesta nella consapevole decisione di allevare e accudire il nato». Al di là della diversa fattispecie sottoposta a giudizio (in quel caso non si trattava di maternità per sostituzione), la decisione dell'App. Trento, cit., riprende testualmente ampi stralci della motivazione di Cass. civ., 30.9.2016, n. 19599 (in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, I, 362 ss., con Commento di Palmeri; in *Corr. giur*., 2017, 181 ss., *ivi*, 190 ss. il commento di Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli* status filiationis), relativa ad un caso in cui si chiedeva la trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio di due donne, una spagnola e l'altra italiana, che avevano contratto matrimonio in Spagna e qui avevano fatto ricorso alla p.m.a.: la donna italiana aveva fornito l'ovocita fecondato con i gameti di un donatore, mentre la compagna spagnola aveva condotto a termine la gravidanza. Sulla scia di Cass. civ., n. 19599 del 2016, v. anche Cass. civ., 15.6.2017, n. 14878 (in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, I, 1708 ss., con commento di Palmeri) che, sempre alla luce del concreto interesse del minore al mantenimento dello *status* di figlio nei confronti di entrambi i componenti della coppia come aspetto della propria identità personale, ha escluso il contrasto con l'ordine pubblico internazionale della trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero e relativo a un bambino nato all'interno di una coppia omosessuale, a seguito di fecondazione eterologa di una delle due *partner* con seme di donatore; più di recente, Cass. civ., 23.8. 2021, n. 23319, in *De Jure*.

[5] Cass. civ., ord. 22.2.2018, n. 4382, in *Foro it*., 2018, I, 782, con nota di G. Casaburi; in *Fam. e dir*., 2018, 837 ss., con nota di Dogliotti, *I "due padri" e l'ordine pubblico ... tra sezioni semplici e sezioni unite*; e v. altresì il *Focus* dal titolo *La trascrizione dei certificati di nascita fra sindaci, giudici e Sezioni unite: dieci brevi contributi per un dibattito attuale*, con i contributi di V. Barba, Cardaci, Dogliotti, Sassi, Stefanelli, Izzo, Tonolo, G. Casaburi, Venuti, reperibile al link *http://www.articolo29.it/focus-articolo29contributi-per-un-dibattito-attuale/*.

[6] Cass. civ., sez. un., 8.5.2019, n. 12193, in *Foro it*., 2019, I, c. 1951 ss., con nota di G. Casaburi, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*; in *Fam. e dir*., 2019, 653 ss., con note di Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri* (*ivi*, 667 ss.), e di Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento* (ivi, 677 ss.); in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, I, 737 ss., con Commento di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*.; in *Familia*, 2019, 345 ss., con nota di Mirzia Bianca, *La tanto attesa decisione delle Sezioni Unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore?* e v. anche l'Opinione di Ferrando, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2019, II, 816 ss.; Luccioli, *Dalle sezioni unite un punto fermo in materia di maternità surrogata*, in *Foro it*., 2019, I, 4027 ss.; Ead., *Qualche riflessione sulla sentenza delle Sezioni Unite n. 12193 del 2019 in materia di maternità surrogata*, in *GenIUS*, 2020, n. 1, 1 ss.; A. Gorgoni, *Vita familiare e conservazione dello stato di figlio: a proposito delle Sezioni unite sulla (non) trascrivibilità dell'atto di nascita da surroga di maternità all'estero*, in *Persona e mercato*, 2019, fasc. 4, 141 ss., spec. 153 ss.; Id., *Relazioni affettive e interesse del minore: il (discutibile) diniego delle Sezioni Unite della trascrivibilità dell'atto di nascita da maternità surrogata*, in *Dir. succ. e fam*., 2020, 539 ss., spec. 555 ss.; nonché l'Editoriale di G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata*, *ivi*, 2019, 337 ss.; Recinto, *La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere filiazione*, *ivi*, 347 ss.; v. inoltre il *Focus* dal titolo *L'interesse del minore e le esigenze di ordine pubblico nella sentenza delle Sezioni unite n. 12193/2019*, con i contributi di Venuti, V. Barba, Dogliotti, S. Izzo, Tonolo, in *GenIUS*, 2019, n. 2, 6 ss.

più marcato riferimento ai valori giuridici condivisi nella comunità internazionale ed alla tutela dei diritti fondamentali»[7]; dall'altro, precisano, tuttavia, che la valutazione di conformità va estesa anche «al modo in cui gli stessi (principi, N.d.A) *si sono incarnati nella disciplina ordinaria dei singoli istituti*, nonché dell'interpretazione fornitane dalla giurisprudenza costituzionale ed ordinaria, la cui opera di sintesi e ricomposizione dà forma a quel diritto vivente dal quale non può prescindersi nella ricostruzione della nozione di ordine pubblico, quale insieme dei valori fondanti dell'ordinamento in un determinato momento storico»[8].

Così intesa, la nozione di ordine pubblico internazionale diviene capace di attrarre nel proprio spettro visivo il divieto penale di maternità surrogata (art. 12, comma 6, L. 40/2004), che viene definito – appunto – di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di interessi costituzionalmente rilevanti quali la dignità della gestante e l'istituto dell'adozione [9].

Divieto che non tollera alcun bilanciamento con l'interesse del nato al riconoscimento del legame di filiazione anche con il genitore d'intenzione, poiché tale bilanciamento è già attuato dal legislatore proprio attraverso il divieto – presidiato dalla sanzione penale – di maternità surrogata. In tal caso, nella prospettiva delle Sez. un., va anzi accentuato il valore della verità biologica della filiazione [10] – «che riveste natura anche

[7] Cass. civ., sez. un., n. 12193/2019, punto 12.1 della motivazione, richiamando Cass. civ., 30.9.2016, n. 19599, cit. *supra*, nota 4.

[8] Cass. civ., sez. un., n. 12193 del 2019, punto 12.3. della motivazione. A sostegno della proposta ricostruttiva, le Sez. un. richiamano, riprendendone alcuni passaggi significativi (punti 12.1. e 12.2.), il proprio precedente rappresentato da Cass. civ., sez. un., 5.7.2017, n. 16601, che nell'escludere l'incompatibilità ontologica con il nostro ordinamento dell'istituto dei *punitive damages*, ha affermato che «la sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina Europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale» (così Cass. civ., sez. un., n. 16601/2017, cit., punto 6 della motivazione). Eppure, qualche perplessità suscita questa lettura della clausola generale di ordine pubblico internazionale, che sarebbe integrata non solo dai principi e valori fondamentali della Costituzione nonché di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui i predetti principi e valori «si inverano concretamente nella disciplina dei singoli istituti»; con la conseguenza che il suo contenuto sarebbe «destinato inevitabilmente ad essere influenzato dalla disciplina ordinaria degli istituti giuridici e dalla sua interpretazione». A riguardo, v. i rilievi critici mossi all'argomentazione delle Sez. un. n. 12193/2029, là dove accoglie una nozione di ordine pubblico internazionale, in cui la disciplina ordinaria dei singoli istituti – con una inversione della gerarchia delle fonti – assurge a «chiave di lettura di previsioni ad essa sovraordinate» (Venuti, *Le sezioni unite e l'omoparentalità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *GenIUS*, cit., 9). Da ultimo, alla ricostruzione dell'ordine pubblico internazionale come delineata dalle Sez. un. n. 12193, presta adesione Cass. civ., sez. un., 31.3.2021, n. 9006 (punto 16.1. della motivazione), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 797 ss., con nota di Tormen, *Via libera alla trascrizione dell'adozione per le coppie omoaffettive*, che ha ritenuto non contrastante con i principi di ordine pubblico internazionale il riconoscimento degli effetti del provvedimento giurisdizionale straniero di adozione di minore da parte di coppia omoaffettiva maschile che attribuisca lo *status* genitoriale secondo il modello dell'adozione piena, non costituendo elemento ostativo il fatto che il nucleo familiare sia omogenitoriale, ove sia esclusa la preesistenza di un accordo di surrogazione di maternità a fondamento della filiazione.

[9] Nel medesimo senso, v. già Cass. civ., 11.11.2014, n. 2400, richiamata al punto 13.1. della motivazione.

[10] Che in altri contesti – si pensi alle azioni di stato – appare invece recessivo. D'altra parte – che il principio di verità non rappresenti, neppure nel diritto riformato, «un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento con gli altri interessi coinvolti», è riconosciuto dalle stesse Sez. un. (punto 13.2. della motivazione), là dove riprende ancora il fraseggio di Corte cost., n. 272/2017: v., tra le tante, Cass. civ., 3.4. 2017, n. 8617, in *Foro it.*, 2017, I, 1532 ss.

pubblica, in quanto correlato ad una pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[11].

Rimane così in ombra, sovrastato dal divieto di maternità surrogata, l'interesse del nato al pieno riconoscimento giuridico del legame di filiazione anche con il genitore d'intenzione: colui l'ha accolto alla nascita esercitando in fatto quel fascio di diritti/doveri in cui si compendia la responsabilità genitoriale, avviando con il minore quella stabile relazione che è parte integrante della sua identità personale.

Seguendo il filo del ragionamento delle Sez. un. – che trovano una solida sponda nelle argomentazioni di Corte cost., n. 272/2017 – tale interesse «è destinato ad affievolirsi nel caso di ricorso alla maternità surrogata, il cui divieto viene a configurarsi come l'anello necessario di congiunzione tra la disciplina della p.m.a. e quella generale della filiazione, segnando il limite oltre il quale cessa di agire il principio di autoresponsabilità fondato sul consenso prestato alla predetta pratica, e torna ad operare il *favor veritatis* che giustifica la prevalenza dell'identità genetica e biologica».

Affievolito, ma non cancellato, l'interesse del minore troverebbe comunque tutela nell'istituto dell'adozione in casi particolari (art. 44, comma 1, lett. *d*) L. n. 184/1983), quale strumento adeguato ad attribuire rilievo giuridico alla relazione con il genitore d'intenzione[12].

In proposito, chi scrive aveva già manifestato perplessità circa la soluzione accolta dalle Sezioni Unite, in quanto – si osservava – «finisce per appannare l'interesse con-

---

[11] La frase riportata tra virgolette è estrapolata dalla sentenza della Corte cost., 18.12. 2017, n. 272 (Rel. G. Amato), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 540 ss., con commento di A. Gorgoni, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello* status filiationis; *ivi*, parte II, 552 ss., l'opinione di U. Salanitro, *Azioni di stato e* favor minoris *tra interessi pubblici e privati;* in *Corr. giur.*, 2018, 446 ss., con nota di Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore.* Tale è la sua forza evocativa, là dove stigmatizza ogni forma di ricorso alla gestazione per altri – senza distinzioni di modalità e contesti – da essere riprodotta sia nella sentenza delle Sez. un. n. 12193/2019 (punto 13.2. della motivazione), sia nella sentenza della Corte cost. n. 33/2021 e, infine, nell'ultima decisione – che chiude il cerchio – delle Sez. un. n. 38162/2022 qui in commento. A riguardo, è appena il caso di rimarcare come la vicenda scrutinata nella decisione n. 12193 non fosse in nulla assimilabile a quella su cui è intervenuta la pronuncia della Corte cost. n. 272 del 2017, e, anzi, per stessa ammissione del Giudice delle Leggi, «risulta parimenti estraneo alla odierna questione di legittimità costituzionale il tema dei limiti alla trascrivibilità in Italia di atti di nascita formati all'estero». La vicenda riguardava una coppia eterosessuale che aveva fatto ricorso ad una madre surrogata in India, con impianto di un embrione formato da ovociti di donatrice anonima e gameti dell'uomo appartenente alla coppia committente. Nel certificato di nascita il bambino risultava "riconosciuto come figlio naturale" del padre e della madre. In sede di richiesta della trascrizione del certificato di nascita legittimamente formato all'estero, l'ufficiale di stato civile sospendeva il procedimento ed effettuava segnalazione alla Procura della Repubblica sul rilievo che potesse ricorrere un'ipotesi di maternità surrogata. Su iniziativa del P.M. il Tribunale per i minorenni di Milano, avviava il procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità del minore, in pendenza del quale veniva riproposta, e questa volta trovava accoglimento, la richiesta di trascrizione in Italia dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero. Il Tribunale per i minorenni, su richiesta del P.M., essendo emerso dagli atti che il bambino era effettivamente frutto di gravidanza per altri, autorizzava, ai sensi dell'art. 264, comma 2, c.c., l'impugnazione del riconoscimento materno, nominando a tal fine un curatore speciale. L'azione proposta dal curatore veniva accolta in primo grado e la sentenza veniva impugnata in appello dalla madre "intenzionale". Data la già avvenuta trascrizione in Italia dell'atto di nascita, i giudici della Corte d'appello precisano i confini della questione loro sottoposta, che non è «quella di autorizzare la trascrizione di uno *status filiationis* giuridicamente riconosciuto solo all'estero e di costituire uno stato inesistente per l'Italia [...], bensì quella della rimozione, attraverso la proposta azione, di uno stato già riconosciuto a causa della non veridicità di quel riconoscimento in Italia trascritto».

[12] Proprio la via dell'adozione in casi particolari è stata ritenuta percorribile, al fine di preservare la continuità della relazione affettiva tra i committenti e il nato, nella vicenda sottoposta a Corte cost. n. 272/2017. Ed è soluzione che ormai può ritenersi pacifica in giurisprudenza, a partire da Cass., n. 12692/2016.

creto del bambino a consolidare, anche nei confronti del genitore d'intenzione, lo *status* legittimamente acquisito all'estero». E si aggiungeva che il ricorso all'adozione in casi particolari «ha il sapore di un estremo "rimedio" messo in campo al fine di salvaguardare la continuità della relazione affettiva tra il minore e il partner del genitore biologico», colui che ha condiviso il progetto procreativo e lo ha accolto e accudito fin dalla nascita, esercitando di fatto la responsabilità genitoriale. Ancora, si sottolineava come l'istituto ha «tutt'altra funzione ed effetti rispetto a quelli propri di un'adozione piena, e soprattutto – al di là dell'esito, non sempre scontato, di un percorso lungo e irto di ostacoli – non consente al bambino di acquisire la pienezza dello *status* di figlio nei confronti di entrambi i componenti della coppia, bensì una genitorialità, per così dire, "dimidiata"»[13].

2. *La decisione della Corte costituzionale n. 33 del 2021*

Ma lo scenario è destinato ad un repentino mutamento. Sorprendentemente, a distanza di meno di un anno dalla decisione n. 12193, è proprio la Prima Sezione della medesima Corte ad investire direttamente la Consulta, dubitando della legittimità costituzionale del "diritto vivente" come ricostruito dall'intervento nomofilattico delle Sezioni unite. In particolare, in relazione ad una vicenda pressoché identica a quella scrutinata dalle Sezioni unite, viene sollevata questione di costituzionalità del combinato disposto degli artt. 12, comma 6, l. n. 40/2004, 64, comma 1°, lett. g), l. n. 218/1995, 18 d.p.r. n. 396/2000, «se interpretati, secondo l'attuale conformazione del diritto vivente, come impeditivi, in via generale e senza valutazione concreta dell'interesse superiore del minore, della trascrizione dell'atto di nascita legalmente costituito all'estero di un bambino nato mediante gestazione per altri nella parte in cui esso attesta la filiazione dal genitore intenzionale non biologico, specie se coniugato con il genitore intenzionale biologico»[14].

Non altrettanto sorprendente – almeno quanto al risultato, forse prevedibile – la decisione della Consulta[15], là dove dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale delle norme denunciate.

---

[13] A riguardo sia consentito il rinvio a M. Mantovani, *Lo stato di figlio (art. 231-249)*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 2022, 45 s., da cui sono tratte le frasi riportate tra virgolette.

[14] Cass., ord. 29.4.2020, n. 8325, in *Nuova giur. civ. comm*., 2020, I, 1116 ss., *ivi*, 1109 ss., il commento di Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*; in *Fam. e dir*., 2020, con note di Ferrando, *I diritti dei bambini con due papà. La questione va alla Corte costituzionale*, *ivi*, 685 ss. e di Recinto, *Un inatteso "*revirement*" della Suprema Corte in tema di maternità surrogata*, *ivi*, 690 ss.; in *Corr. giur*., 2020, 902 ss., *ivi*, 910 ss., la nota di U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima Sezione si smarca... e apre alla maternità surrogata*; in *Familia*, 2020, 767 ss., la nota di Azzarri, *L'inviolabilità dello* status *e la filiazione dei nati all'estero da gestazione per altri*; Scalera, *Sui nati da maternità surrogata si va verso la "fase 2"*? in *Questione Giustizia*, 18 giugno 2020, disponibile al link: *https://www.questionegiustizia.it/articolo/sui-nati-da-maternita-surrogata-si-va-verso-la-fase-2*.

[15] Corte cost., 9.3.2021, n. 33, in *Nuova giur. civ. comm*., 2021, I, 616 ss., con commento di B. Checchini, *L'"omogenitorialità" ancora al vaglio della Corte costituzionale* (*ivi*, 609 ss.); in *Fam e dir*., 2021, 677 ss., con note di Dogliotti, *Due madri e due padri: qualcosa di nuovo alla Corte costituzionale, ma la via dell'inammissibilità è l'unica percorribile?* e Ferrando, *La Corte costituzionale riconosce il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori* (704 ss.); in *Giur. it*., 2022, 301 ss., con nota di Calderai, *Surrogazione di maternità all'estero – il dito e la luna. I diritti fondamentali dell'infanzia dopo Corte Cost. n. 33/2021*; Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri (ovvero, cosa accade se il diritto tradisce il fatto)*, in *BioLaw Journal - Riv. biodir*., 2021, n. 3, 13 ss.; sulle decisioni n. 32 e 33/2021 v. inoltre, con diverse accentuazioni, i contributi alla Discussione di Bilotti, *La tutela dei nati a seguito di violazione dei divieti previsti dalla l. n.40/2004. Il compito del legislatore dopo il giudizio della Corte costituzionale*; G. D'Amico, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentenze n. 32 e n. 33 del 2021*;

Difficile nascondere, tuttavia, che una certa sorpresa aveva suscitato quella sorta di «scarto», di disequilibrio tra la ricchezza e coerenza del percorso argomentativo – nell'ordinata scansione dei passaggi motivazionali che sembravano preludere a tutt'altro esito[16] – e la stringata, quasi laconica chiusa finale secondo cui: «Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata — nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori [...] — non può che spettare, in prima battuta, al legislatore — al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare la soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e principi in gioco»[17].

Tale impressione si era via via rafforzata nel ripercorrere i passaggi cruciali della motivazione.

La Corte, infatti, non smentisce la qualificazione del divieto penalmente sanzionato di surrogazione di maternità come «principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali» (Cass, sez. un., n. 12193/2019), tra cui segnatamente la dignità della gestante, richiamando il proprio precedente (Corte cost. n. 272/2017), in cui si affermava – sia pure *obiter* – l'elevato disvalore della maternità surrogata in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane»[18].

Rileva, tuttavia, che le questioni sottoposte al suo vaglio «sono però focalizzate sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata nei suoi rapporti con la coppia [...] che ha sin dall'inizio condiviso il percorso che ha condotto al suo concepimento e alla sua nascita nel territorio di uno Stato dove la maternità surrogata non è contraria alla legge»[19]; e che ha quindi condotto in Italia il bambino, per poi prendersene quotidianamente cura. Di qui l'interrogativo cui il Giudice delle leggi è chiamato a dare risposta: «se il diritto vivente espresso dalle Sezioni unite civili [...] sia compatibile con i diritti del minore sanciti dalle norme costituzionali e sovranazionali».

Dopo aver rammentato che il principio del miglior interesse del minore, in tutte le decisioni che lo riguardano (più volte richiamato nei suoi precedenti nonché dalle fonti internazionali e sovranazionali), è stato declinato dalla stessa Corte come «ricerca della soluzione ottimale "in concreto" per l'interesse del minore»[20], la Consulta afferma con decisione che «l'interesse di un bambino accudito sin dalla nascita [...] da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo è quello di ottenere un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i

---

Ferrando, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*; U. Salanitro, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*; e Venuti, *Diritti dei figli vs. genitorialità same-sex: antitesi o composizione? Il dialogo (muto?) tra la Corte costituzionale e il legislatore italiano*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2021, 919 ss.; nonché, con la lente del costituzionalista, A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online*, 1/2021 (11 marzo).

[16] Cfr. Acierno, *La Corte costituzionale "minaccia" un cambio di passo sull'omogenitorialità?*, in *Questione Giustizia*, 7 aprile 2021, reperibile al link: *https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-corte-costituzionale-minaccia-un-cambio-di-passo-sull-omogenitorialita*.

[17] Punto 5.9. della motivazione.

[18] Punto 5.1. della motivazione.

[19] Punto 5.2. della motivazione.

[20] Punto 5.3. della motivazione, ove il richiamo alla risalente decisione della Corte cost., n. 11/1981, in cui, nel decidere una questione di costituzionalità relativa all'art. 314/17 c.c. in materia di adozione speciale, si faceva espresso riferimento al criterio del "preminente interesse del minore alla ricerca della soluzione più adeguata".

componenti della coppia [...]». E ciò anzitutto poiché tali legami «sono parte integrante della stessa identità del bambino, [...] che vive e cresce in una determinata famiglia, o comunque — per ciò che concerne le unioni civili — nell'ambito di una determinata comunità di affetti [...]»[21]. È quindi indiscutibile l'interesse del bambino a che tali legami abbiano riconoscimento non solo sociale ma anche giuridico, «a tutti i fini che rilevano per la vita del bambino stesso, dalla cura della sua salute alla sua educazione scolastica, alla tutela dei suoi interessi patrimoniali e ai suoi stessi diritti ereditari: ma anche – e prima ancora – allo scopo di essere identificato dalla legge come membro di quella famiglia o di quel nucleo di affetti, composto da tutte le persone che in concreto ne fanno parte». In linea con le (per allora) più recenti decisioni (in particolare Corte cost. n. 272/2017), e in perfetta sintonia con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo[22], la Consulta riafferma tuttavia l'esigenza di un bilanciamento tra gli interessi del minore e «lo scopo legittimo perseguito dall'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore»[23]. Di qui il richiamo ai precedenti della Corte EDU sul tema, dai quali si evince che, proprio in ragione del variegato approccio degli Stati rispetto alla pratica della maternità surrogata, ciascun ordinamento gode di un certo margine di apprezzamento; ferma restando, però, «la rammentata necessità di riconoscimento del legame di filiazione con i componenti della coppia che di fatto se ne prende cura».

Così, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU sul punto, gli Stati ben possono rifiutare la trascrizione di atti di nascita o di provvedimenti stranieri che riconoscano sin dalla nascita del bambino il legame con il genitore d'intenzione - e ciò proprio al fine di scoraggiare pratiche procreative che ciascuno Stato può ritenere potenzialmente lesive della dignità delle donne che accettino di condurre la gravidanza per altri. E tuttavia, ciascun ordinamento è tenuto a «garantire la concreta possibilità del riconoscimento giuridico dei legami tra il bambino e il genitore d'intenzione al più tardi quando tali legami si sono di fatto concretizzati». Rientra nei margini di apprezzamento di ciascuno Stato «la scelta dei mezzi con cui pervenire a tale risultato, tra i quali si annovera anche il ricorso all'adozione»; sempreché — con le parole della Corte EDU, in piena consonanza con l'*Avis consultatif* del 10 aprile 2019 [24] — tale soluzione «sia in grado di costituire un

[21] Punto 5.4. della motivazione. Precisa opportunamente la Corte che «non è qui in discussione un preteso "diritto alla genitorialità" in capo a coloro che si prendono cura del bambino. Ciò che è qui in discussione è unicamente l'interesse del minore a che sia affermata in capo a costoro la titolarità giuridica di quel fascio di doveri funzionali agli interessi del minore che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio di responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano ad *libitum* sottrarsi». Significativo il richiamo della Consulta al precedente della Corte cost., n. 347/1998, che – seppur nel diverso contesto della p.m.a. eterologa, allora vietata – già evocava i diritti del minore «nei confronti di chi si sia liberamente impegnato ad accoglierlo assumendone le relative responsabilità».

[22] Corte eur. dir. uomo, 12.12. 2019, *C.E. c. Francia* (*https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-199497*); Corte eur. dir. uomo, 16.7. 2020, *D. c. Francia* (*https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203565*).

[23] Punto 5.5. della motivazione.

[24] Corte eur. dir. uomo, *Grande Chambre*, 10.4.2019, n. P16-2018-001, *Avis consultatif*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 764 ss., con commento di A.G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale. La Corte Edu torna nuovamente sul caso Mennesson*; v. anche Ferrando, *I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico*, *ivi*, II, 815 ss.; Gattuso, *Certezza e tempi «breves que possible»* per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere *Cedu 10/4/2019* (*http://www.articolo29.it/2019/certezza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/*); e cfr. i rilievi critici di Luccioli, *Il parere preventivo della Corte Edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o mal risolto dalla Corte di Cassazione?*, in *Giustizia insieme*, 22 maggio 2020 (*https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-civile/1106-il-parere-preventivo-della-cedu-e-il-diritto-vivente-italiano-in-materia-di-maternita-sur-*

legame di vera e propria filiazione tra adottante e adottato, e a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'*effettività* e la *celerità* della sua messa in opera, conformemente all'interesse superiore del bambino»[25]. La Consulta condivide il punto di equilibrio raggiunto dalla Corte EDU e lo ritiene corrispondente ai principi costituzionali: i quali, «per un verso non ostano alla soluzione [...] della non trascrivibilità del provvedimento giudiziario straniero, e *a fortiori* dell'originario atto di nascita, che indichino quale genitore del bambino il padre d'intenzione; ma per altro verso impongono che, in tal caso, sia comunque assicurata tutela all'interesse del minore al riconoscimento giuridico del suo rapporto con entrambi i componenti della coppia [...]». E tale tutela «dovrà [...] essere assicurata attraverso un procedimento di adozione effettivo e celere che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»[26]. A riguardo, la Corte recepisce il rilievo dell'ordinanza di rimessione là dove sottolinea come il possibile ricorso all'adozione in casi particolari – soluzione suggerita da Cass., sez. un., n. 12193/2019 – «costituisca una forma di tutela degli interessi del minore certo significativa, ma ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», in ragione di alcuni significativi limiti: *a*) questo tipo di adozione non attribuisce la genitorialità all'adottante; *b*) è ancora controverso, pur dopo la modifica dell'art. 74 c.c., se consenta di stabilire vincoli di parentela tra adottato e parenti dell'adottante[27]; *c*) richiede per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore biologico, che potrebbe essere negato in situazioni di sopravvenuta crisi della coppia o venir meno in altre vicende che coinvolgano il genitore biologico (si pensi al decesso di quest'ultimo)[28].

---

rogata-un-conflitto-inesistente-o-un-conflitto-mal-risolto-dalla-corte-di-cassazione-di-gabriella-luccioli). Nel Parere si sottolinea da un lato che «le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la "mère légale"» (par. 46); dall'altro, che «On ne saurait toutefois en déduire que les États parties soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger» (par. 50); ancora, che «d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger» (par. 53); infine, che «Ce qui compte c'est qu'au plus tard [...], le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé [...] il y ait un mécanisme effectif permettant la reconnaissance de ce lien. Une procédure d'adoption peut répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une *décision rapide, de manière à* éviter *que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien* (par. 54, corsivo nostro). En somme, vu la marge d'appréciation dont disposent les États s'agissant du choix des moyens, d'autres voies que la transcription, notamment l'adoption par la mère d'intention, peuvent être acceptables *dans la mesure où les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en* œuvre*, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant*» (par. 55, corsivo nostro). Val la pena ricordare che il Parere è stato pronunciato nelle more tra l'udienza di discussione e la pubblicazione di Cass., sez. un., n. 12193/2019.

[25] Punto 5.6. della motivazione.

[26] Punto 5.7. della motivazione. Poiché – si sottolinea – «Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito a una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata».

[27] Si rammenti che sul segnalato profilo di inadeguatezza è successivamente intervenuta la Corte Costituzionale, che ha rimosso l'ostacolo al riconoscimento dei legami parentali tra adottato e parenti dell'adottante: Corte cost., 21.1. 2022, n. 79, su cui v. *infra*, par. 5.

[28] Proprio su quest'ultimo aspetto, v. la recente decisione del Trib. Milano, 2.3.2023, reperibile in *http://www.articolo29.it/2023/si-allintegrale-trascrizione-dellatto-nascita-un-minore-nato-gpa-la-strada-dell-adozione-casi-particolari-non-concreto-percorribile/*, su cui v. il commento di P.L. Carbone, *Gestazione per altri e indicazione nell'atto di nascita italiano del genitore intenzionale. Una (obbligata) ridefinizione dei confini del* best interest *del minore da parte del Tribunale di Milano*, in *www.rivistafamilia.it*, 26.7.2023, 1 ss.

Qui la Consulta si arresta, e «di fronte al ventaglio delle opzioni possibili [...] tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica» alla luce dell'interpretazione attuale del diritto vivente[29], non ravvisa i presupposti per adottare una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata, ritenendo «doveroso» cedere il passo alla discrezionalità del legislatore. Al quale rivolge un severo monito ad intervenire, additando nel contempo la direzione verso cui orientare il proprio intervento: quello di una riforma della disciplina dell'adozione in casi particolari che adegui l'istituto «alle peculiarità della situazione in esame [...] assai distante da quelle che il legislatore ha inteso regolare con l'art. 44, comma 1, lett. *d*) della l. n. 184 del 1983»[30].

Analogo monito, ma dai toni ancor più perentori, viene rivolto al legislatore nella decisione gemella n. 32/2021[31], in una diversa vicenda che ha coinvolto due mamme. A seguito della rottura della relazione di coppia, la madre intenzionale di due gemelle, nate in Italia in virtù del ricorso a tecniche di p.m.a. eterologa, cui si era sottoposta all'estero la compagna al fine di realizzare un comune progetto di genitorialità, chiede all'ufficiale di stato civile che sia dichiarato il proprio stato di madre ai sensi dell'art. 8, l. n. 40/2004, o di essere dichiarata tale per aver prestato il consenso alla p.m.a. ai sensi dell'art. 6 della medesima legge. La madre biologica si oppone sia al riconoscimento sia all'adozione in casi particolari ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. *d*) l. n. 184/1983, rifiutando il consenso richiesto dall'art. 46 l. cit.; vieta altresì ogni rapporto tra la compagna e le bambine, nei confronti delle quali viene interrotta la continuità della relazione affettiva insieme all'esercizio di fatto delle funzioni genitoriali da parte della co-madre. Il Tribunale di Padova ritiene che gli artt. 8 e 9 della l. n. 40 non possano essere interpretati se non nel senso di escludere il riconoscimento dello stato di figlio ai nati tramite ricorso alla p.m.a. da parte di coppie dello stesso sesso in violazione dell'art. 5 l. cit., né ravvisa gli estremi per una lettura dell'art. 250, comma 4°, c.c. tale da consentire l'autorizzazione al riconoscimento da parte della madre intenzionale, superando il dissenso della madre biologica. Di qui il vuoto di tutela nel garantire l'interesse delle minori, che sollecita il Tribunale a sollevare l'incidente di costituzionalità delle norme denunciate là dove «sistematicamente interpretate non consentono al nato nell'ambito di un progetto di p.m.a. eterologa, praticata da una coppia di donne, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche della donna che, insieme alla madre biologica, abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione in casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore».

Anche riguardo a questa vicenda la Corte respinge le censure di incostituzionalità, dichiarando inammissibile la questione, con argomentazioni non troppo dissimili – pur

---

[29] Rappresentato da Cass., sez. un., n. 12193/2019, cit.

[30] Punto 5.8. della motivazione. Per l'inadeguatezza dell'istituto dell'adozione semplice (*ex* art. 44, comma 1, lett. *d*) quale strumento alternativo alla costituzione dello *status* in grado di assicurare al minore la continuità affettiva con il genitore d'intenzione, si era espressa l'ordinanza di rimessione che aveva sollecitato la decisione della Corte cost., n. 33/2021 (Cass., ord. n. 8325/2020, cit.); nella stessa linea, in dottrina, Ferrando, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso. Il cambio di passo della Consulta*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 937 ss., *ivi*, 94 s.; U. Salanitro, *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filiazione da procreazione assistita illecita*, ivi, II, 944 ss., che segnala tuttavia i limiti di una riforma dell'istituto; Cordiano, *Ultimi approdi della Corte costituzionale in tema di gestazione per altri*, cit., 21 ss.

[31] Corte cost., 9.3.2021, n. 32, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 616 ss., con commento di B. Checchini, *L'«omogenitorialità» ancora al vaglio della Corte costituzionale* (*ivi*, 609 ss.); e v. anche Bilotti, *La Corte costituzionale e la doppia maternità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 664 ss.; A.G. Grasso, *Oltre l'adozione in casi particolari, dopo il monito al legislatore. Quali regole per i nati da pma omosex e surrogazione*? *ivi*, 700 ss.

nella diversità delle norme censurate – da quelle poste a base della decisione n. 33/2021. Tuttavia, la peculiarità del caso e l'assenza di strumenti in grado di assicurare alle bambine la continuità della relazione affettiva con la madre d'intenzione, e a quest'ultima l'esercizio delle funzioni genitoriali, ha reso ancor più urgente la ricerca di soluzioni tali da colmare il vuoto di tutela dell'interesse dei nati tramite il ricorso a tecniche di p.m.a. vietate, i quali hanno interesse a che sia riconosciuta la relazione giuridica di filiazione con il genitore d'intenzione, ove sia accertata giudizialmente la sussistenza in concreto di tale interesse.

Ed è la stessa Corte – anche qui – a suggerire le possibili linee di un futuro intervento del legislatore diretto a colmare «il denunciato vuoto di tutela a fronte di incomprimibili diritti dei minori», auspicando una disciplina «che in maniera organica individui le modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore, nato da p.m.a. praticata da coppie dello stesso sesso, nei confronti anche della madre intenzionale»: in via esemplificativa, «una riscrittura delle previsioni in materia di riconoscimento», oppure l'introduzione di una «nuova tipologia di adozione, che attribuisca, con una procedura tempestiva ed efficace, la pienezza dei diritti connessi alla filiazione»[32].

Nelle pagine di commento alle due sentenze, chi scrive si interrogava intorno ai possibili scenari che si sarebbero prospettati di fronte ad una prolungata, colpevole inerzia legislativa dopo il deciso monito della Corte, là dove – quasi con una sorta di velata minaccia – lasciava intendere che ove il legislatore non si fosse prontamente attivato, non era da escludere un suo futuro intervento, che si preannunciava questa volta ben più incisivo e fors'anche nella direzione di una pronuncia di accoglimento delle questioni di costituzionalità prospettate… ma non dichiarate[33].

---

[32] Corte cost., n. 32, cit., punto 2.4.1.4. della motivazione. Lo schema decisorio adottato dalla Corte richiama quello della sentenza c.d. Cappato (Corte cost., 16.11.2018, n. 207), in cui il dispositivo di inammissibilità era accompagnato da eguale monito al legislatore, ma con assegnazione di un termine per intervenire. In quel caso, come si ricorderà, il mancato rispetto della scadenza temporale imposta al legislatore ha determinato un nuovo intervento della Consulta, questa volta nel senso dell'incostituzionalità dell'art. 580 cod. pen.: cfr. A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)*, in *Consulta online.it*., 1/2021 (11 marzo), 221 s. dell'estratto; v. anche Ferrando, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso*, cit., 942. Come sottolineato dai primi commentatori, la caratteristica peculiare delle due pronunce coeve risiede in ciò: al tradizionale dispositivo di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore, si accompagna – secondo un modello decisorio proprio allo strumentario della Corte – un monito rivolto allo stesso, dai toni assai perentori nella decisione n. 32/2021, più sfumati nella decisione n. 33/2021: lo sottolinea Giacomo D'Amico, *La Corte e il "non detto". Riflessioni a partire dalle sentenze n. 32 e n. 33 del 2021*, cit., 931; e v. anche Fabio Ferrari, *L'interesse del minore tra Protocollo 16 e discrezionalità del legislatore (passando per l'ufficiale di stato civile). Riflessioni a margine di C. cost., n. 33 del 2021*, in *BioLaw Journal-Riv. biodir*, 2021, n. 3, 127 ss., *ivi*, 128.

[33] Il rispetto di un rigoroso *self-restraint* emerge dalle stesse parole della Consulta: «Al riscontrato vuoto di tutela dell'interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio (...)» (sent. n. 32, punto 2.4.1.4. della motivazione); e ancora: «Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata (...) non può che spettare, in prima battuta, al legislatore (...)», e, più in là, che «questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore» (sent. n. 33, punto 5.9.): sottolinea questo fraseggio per avvalorare la tesi di una sorta di «dominio» da parte della Corte «del limite costituito dal rispetto della discrezionalità del legislatore», A. Ruggeri, *La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, cit.; e cfr. Giacomo D'Amico, *La Corte e il "non detto"*, cit., p. 932; in toni decisamente critici si esprime R. Bin, *L'interpretazione delle Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Fam. e dir*., 2022, 523, che parla di «sentenza suicida».

E osservava, a mo' di conclusione, come «nelle more di un auspicabile – quanto improbabile – intervento legislativo in grado di rispondere con la necessaria tempestività ed efficacia al pressante invito del Giudice delle leggi, il compito di comporre il delicato mosaico degli interessi in gioco nella ricerca di un ragionevole punto di equilibrio tra i beni costituzionali coinvolti, resta dunque affidato alla sensibilità giudiziale – nel suo ruolo di supplenza rispetto ad un legislatore inerte – al fine di colmare in via interpretativa il segnalato "vuoto di tutela" nel quale possono venire a trovarsi i nati tramite il ricorso a pratiche di p.m.a. vietate»[34].

3. *L'ordinanza della Prima Sezione n. 1842 del 2022 e la situazione di "vuoto normativo"*

La risposta della giurisprudenza non tarda ad arrivare nell'incessante dialogo tra le Corti.

Non trascorre un anno dalle decisioni della Corte costituzionale nn. 32 e 33, che la Prima sezione della Corte di cassazione[35] mette in discussione il diritto vivente formatosi a seguito dell'intervento nomofilattico delle Sezioni unite n. 12193, in quanto ritenuto non più adeguato a rispondere alle esigenze di riconoscimento del legame di filiazione con il genitore intenzionale.

Ravvisa quindi i presupposti per investire nuovamente le Sezioni Unite al fine di valutare se a seguito della pronuncia della Corte costituzionale non debba rimeditarsi la soluzione cui erano approdate le stesse Sez. un. nella decisione n. 12193 del 2019[36].

---

[34] Sia consentito il rinvio a M. Mantovani, *Lo stato di figlio* (artt. 231-249), in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2022, 53; cfr. altresì Ferrando, *Diritti dei bambini e genitori dello stesso sesso*, cit., 943, la quale ricorda opportunamente il precedente di Corte cost., n. 347/1998, che, nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità relativa all'art. 235, comma 1°, n. 2 c.c. sollevata dal giudice remittente in un caso in cui il marito aveva esercitato l'azione di disconoscimento del figlio nato durante il matrimonio, avendo acconsentito alla p.m.a. eterologa della moglie con seme di donatore estraneo alla coppia, ha affermato che «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali»: v. *infra*, nota 38.

[35] Cass., ord. 21.1.2022, n. 1842, in *Giur. it*., 2022, 1825 ss., con nota di U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa*?; in *Familia*, 2022, 235 ss., con commento di Trezza, *Ordine pubblico e legame biologico-intenzionale tra genitori omosessuali e figlio nato da maternità surrogata*; in *Nuova giur. civ. comm*., 2022, I, 1055 ss., *ivi*, 1047 ss., l'Opinione di Angelo Federico, *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*. inoltre Acierno, *Gestazione per altri. Una concreta possibilità di dialogo tra Corti*, in *Giustizia Insieme*; 22.2.2022 (*https://www.questionegiustizia.it/articolo/gestazione-per-altri-una-concreta-possibilita-di-dialogo-tra-corti*). Assai severo il giudizio espresso da Luccioli, in *Giustizia Insieme* 28 ottobre 2022 sull'ordinanza n. 1842 della Prima sezione, così come sulla precedente ordinanza n. 8325/2020, che ha sollevato la questione di costituzionalità poi decisa da Corte cost., n. 33/2021 (*https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2508-la-maternita-surrogata-di-nuovo-all-esame-delle-sezioni-unite-le-ragioni-del-dissenso*); e v. i rilievi critici mossi all'ordinanza n. 1842, anche sulla scorta delle osservazioni della Procura Generale in sede di udienza pubblica, di Bilotti, *La maternità surrogata di nuovo all'esame delle Sezioni Unite*, reperibile al link *https://www.centrostudilivatino.it/la-maternita-surrogata-di-nuovo-allesame-delle-sezioni-unite-della-corte-di-cassazione/*; e di Morace Pinelli, *Le persistenti ragioni del divieto di maternità surrogata e il problema della tutela di colui che nasce dalla pratica illecita. In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Fam. e dir*., 2022, 1175 ss.

[36] La questione di massima di particolare importanza è posta in questi termini: «Se e come sia superabile in via interpretativa tale situazione di vuoto normativo, non potendosi più il giudice, sia ordinario che di legittimità, riferire al diritto vivente prospettato dall'ordinanza di rimessione che, in base alla motivazione della sentenza della Corte costituzionale, non è idoneo ad impedire la lesione dei diritti fondamentali del minore a causa del mancato riconoscimento del rapporto di filiazione con il genitore

In particolare, l'ordinanza interlocutoria della Prima sezione ritiene che l'intervento della Corte (sentenza n. 33/2021) abbia inciso sul diritto vivente al punto da creare una situazione di «vuoto normativo» sul fronte della effettività della tutela dei nati da pratiche di maternità surrogata, essendo «venuto meno in un suo presupposto essenziale quel bilanciamento che costituiva il punto di equilibrio individuato dalla sentenza n. 12193/2019»[37]. Non solo per i rilevati profili di inadeguatezza della adozione in casi particolari, ma anche perché «una lettura della clausola di ordine pubblico come precostituita da una valutazione generale e aprioristica del legislatore, che comporti la prevalenza della finalità antielusiva sull'interesse del minore e che conduca necessariamente al diniego del riconoscimento dello *status filiationis*, non ha più alcun fondamento coerente nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale».

Ad avviso dei Giudici della Prima sezione, in assenza di un intervento legislativo – così fortemente sollecitato dalla Corte costituzionale – si rende dunque necessaria una nuova interpretazione del sistema normativo, in linea con le indicazioni della Consulta, che sia in grado di assicurare, ad un tempo, «una tutela adeguata ai diritti del minore e rispettosa dell'esigenza di salvaguardare i valori sottesi al divieto penale della surrogazione di maternità».

Sulla scorta del richiamo ad un noto e significativo precedente della stessa Corte costituzionale [38] – relativo ad un contesto per certi versi affine a quello di cui si discute – si ritiene che, nella perdurante inerzia del legislatore[39], il compito di ricercare nel complessivo sistema normativo «l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali in gioco» spetti al giudice e, *in primis*, alle Sezioni Unite nel loro ruolo istituzionale di vertice della funzione di nomofilachia, «le sole in grado di fissare nell'immediato un chiaro orientamento giurisprudenziale di legittimità in questa materia particolarmente sensibile».

Di qui l'apertura al dialogo con le Sezioni Unite[40], attraverso la proposta formulata nell'ordinanza interlocutoria per rispondere alla implicita «chiamata interpretativa

---

d'intenzione e nello stesso tempo per l'inadeguatezza della soluzione offerta dall'istituto di cui alla l. n. 184 del 1983, art. 44, lett. d)».

[37] Cass., ord. n. 1842/2022, cit. Nell'opinione dei giudici della I sezione, la situazione di vuoto normativo deriva dal venir meno dei due assunti su cui si basava il precedente delle Sezioni unite: «[…] in primo luogo il bilanciamento a priori in via generale e astratta, compiuto implicitamente dal legislatore e basato sull'attribuzione al divieto penale della surrogazione di maternità di un valore prevalente rispetto al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale. In secondo luogo la legittimità di tale esclusione aprioristica del riconoscimento per essere praticabile da parte del genitore intenzionale la via, alternativa alla delibazione della sentenza straniera o alla trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero, della adozione *ex* art. 44 lett. d) l. n. 184/1983». In tal modo «non può non riconoscersi che l'interpretazione della Sezioni Unite del 2019 ha visto venir meno un presupposto essenziale su cui si era basata e senza il quale non può che registrarsi, dopo la pronuncia della Corte costituzionale, la violazione sia del parametro costituzionale che di quello convenzionale nel ricorso esclusivo all'adozione in casi particolari».

[38] Corte cost., 22.9.1998, n. 347, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, 51 ss., con nota di Palmerini, *ivi*, II, 223 ss., il commento di Ferrando, *Inseminazione eterologa e disconoscimento di paternità tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*. Queste le parole della Consulta: «L'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

[39] «(…) in un ordinamento costituzionale, improntato alla realizzazione di uno Stato di diritto che tutela e garantisce i diritti inviolabili e fondamentali (…) non può essere concepita una categoria di diritti inviolabili e fondamentali sospensivamente condizionata *sine die* all'intervento del legislatore» (Cass., n. 1842/2022, in motivazione).

[40] U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?* cit., 1828.

posta in essere con la sentenza n. 33/2021»; e così assicurare ai bambini nati all'estero in virtù del ricorso a pratiche di maternità surrogata quella *effettività* e *celerità* della tutela del loro diritto alla relazione con il genitore d'intenzione, a più riprese sollecitata dalla Corte di Strasburgo[41]; e che l'adozione in casi particolari – quale strumento alternativo alla trascrizione del provvedimento straniero – per i rilevati profili di inadeguatezza, alla luce dei parametri costituzionali e convenzionali, non è allo stato idonea a garantire.

L'articolata proposta ermeneutica muove dalla condivisibile premessa – cui presta adesione anche la pronuncia n. 12193/2019[42] – secondo cui ciò che si recepisce attraverso il riconoscimento del provvedimento straniero non è «l'accordo di maternità surrogata e tanto meno la legittimità di una pratica procreativa che in Italia è sancita dal divieto penale», bensì gli *effetti* dello stesso, «l'atto di assunzione di responsabilità genitoriale» da parte del soggetto che ha deciso di essere coinvolto nel comune progetto procreativo, prestando il consenso all'avvio delle pratiche da parte del proprio *partner*. Vale a dire «la titolarità di quel fascio di doveri che l'ordinamento considera inscindibilmente legati all'esercizio delle responsabilità genitoriali. Doveri ai quali non è pensabile che costoro possano *ad libitum* sottrarsi».

Si tratta – osservano i giudici della Prima sezione – di attribuire efficacia in Italia ad un riconoscimento del rapporto di filiazione che è già avvenuto nell'ordinamento in cui il minore è nato, e in tal modo «dare continuità al suo *status* e ai diritti che ne derivano nei confronti dei soggetti responsabili della sua nascita, evitando i pregiudizi che deriverebbero dalla rimodulazione della sua identità e dalla eliminazione di una figura genitoriale».

La Prima sez. affida dunque alle Sez. un. la ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra i valori in gioco, nel segno di una cauta apertura al riconoscimento *ab initio* della relazione di filiazione estesa al genitore d'intenzione[43], attraverso la trascrizione dell'atto di nascita legittimamente formato all'estero o del provvedimento giudiziale straniero che accerta la genitorialità intenzionale; sempreché ciò appaia compatibile «con i valori sottesi al divieto di surrogazione» (la dignità della gestante e i principi che fondano la disciplina dell'adozione) nonché con «l'aspirazione del nostro Stato a scoraggiare prassi elusive poste in essere dal c.d. turismo procreativo».

In questo passaggio è condensato lo snodo più delicato della proposta ermeneutica.

L'ostacolo alla utilizzazione degli strumenti normativi esistenti (trascrizione e delibazione del provvedimento straniero) potrebbe invero superarsi ove si escluda ogni automatismo nella loro applicazione e la verifica di compatibilità con i valori sottesi al

[41] V., da ultimo, al di là dei diversi casi scrutinati, le più recenti decisioni della Corte eur. dir. uomo, 22.11.2022, ric. nn. 58817/15 e 58252/15, *D.B. e altri c. Svizzera*; Corte eur. dir. uomo, 6.12.2022, ric. n. 25212/21, *K.K. c. Danimarca*.

[42] Cass., sez. un., n. 12193, punto 12.2. della motivazione, ove si sottolinea come gli artt. 64 ss., l. n. 218/1995, «nel disciplinare l'ingresso nel nostro ordinamento di atti e provvedimenti formati all'estero non prevedono affatto il recepimento degli istituti ivi applicati, così come sono applicati dagli ordinamenti di provenienza, ma si limitano a consentire la produzione dei relativi effetti, nella misura in cui gli stessi risultino compatibili con la delineata nozione di ordine pubblico»; cfr. Cass. civ., sez. un., 31.3.2021, n. 9006, in *Foro it*., 2021, I, 2054 ss., con nota di G. Casaburi, *Le altalenanti sorti della genitorialità, non solo omoaffettiva, nella giurisprudenza dell'ultimo biennio*; nel medesimo senso v. già Cass., sez. un., n. 16001/2017.

[43] Pur nella consapevolezza che «Una materia sensibile come quella per cui si controverte tende invece a sottrarsi ad una valutazione di tipo automatico, ed è pertanto comprensibile che sia lasciato ai legislatori un ampio spazio di manovra nel predisporre strumenti alternativi e specifici finalizzati al riconoscimento della filiazione nei confronti del genitore intenzionale» (Cass., ord. n. 1842/2022, in motivazione).

divieto di surrogazione di maternità sia condotta con riferimento ad «ogni singolo caso concreto»[44]; sia guidata dal criterio di inerenza[45] nonché dai principi di proporzionalità e ragionevolezza in sede di bilanciamento dei diversi interessi in gioco, «senza che vi sia una aprioristica definizione di prevalenza» di un interesse a scapito dell'altro[46]. Tale compatibilità potrebbe ravvisarsi allorché, ad esito di una valutazione del singolo caso concreto, l'accordo di surrogazione rispettasse alcune stringenti condizioni: *a*) l'adesione libera e consapevole da parte della donna alla gestazione per altri, e non determinata da necessità economiche[47]; *b*) la possibilità di revocare il consenso alla rinuncia da parte della stessa all'instaurazione del rapporto di filiazione fino alla nascita del bambino; *c*) la necessaria sussistenza di un contributo genetico alla procreazione da parte di almeno uno dei componenti la coppia[48]; infine *d*) il rigoroso rispetto dei principi in tema di adozione [49].

Solo la compresenza delle condizioni indicate – nella prospettiva della Prima sezione – sarebbe in grado di scongiurare la lesione inferta alla dignità della donna, assicurando al contempo la salvaguardia dei principi posti a fondamento della disciplina dell'adozione e l'effetto dissuasivo verso prassi elusive del divieto di surrogazione dì maternità; e consentire così, ad esito di un ragionevole bilanciamento di tutti gli interessi in potenziale conflitto, la trascrizione del provvedimento straniero che accerti il rapporto filiale anche nei confronti del genitore d'intenzione.

Pare superfluo sottolineare come la soluzione interpretativa sottoposta al vaglio delle Sez. un., nel suo richiamo ad una valutazione caso per caso, estesa anche alle "tipologie" di accordo di gestazione, rappresenti altresì un evidente segnale di cauta apertura a forme di gestazione per altri solidale o altruistica[50].

---

[44] Cfr., a riguardo, G. Perlingieri - G. Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, ESI, 2019, 27 ss., 94 ss.; G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le sezioni unite in tema di maternità surrogata*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 337 ss.

[45] «Un'altra condizione è che la valutazione sia guidata dal criterio della inerenza nella valutazione dei valori costituzionali in potenziale condizione di conflitto» (Cass., n. 1842/2022, in motivazione).

[46] Illuminanti, a riguardo, le riflessioni di Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei* best interests of the child *come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 2023, 365 ss., spec. 369 ss.

[47] U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la prima sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata*, cit., 915 ss.

[48] In tema v., da ultimo, Corte eur. dir. uomo, 18 maggio 2021, ric. 71552/17, *Fjölnisdóttir c. Islanda*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 396 ss., con commento di B. Checchini, *«Vita familiare» vs «Maternità surrogata»: il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale tutela all'identità del nato?* La decisione riguardava la vicenda – piuttosto complessa – di un bambino nato all'estero tramite ricorso alla surrogazione di maternità da parte di una coppia di donne, con le quali il nato non aveva alcun legame genetico. La Corte, pur qualificando come "vita familiare" meritevole di tutela ai sensi dell'art. 8 Conv. eur. dir. uomo il nucleo affettivo sussistente di fatto, ha tuttavia escluso che il rifiuto dello Stato di riconoscere il legame giuridico di filiazione tra il nato e le due madri d'intenzione si ponesse in contrasto con il medesimo art. 8, in ragione del preminente interesse generale a preservare il divieto - penalmente sanzionato - di maternità surrogata, vigente nell'ordinamento islandese.

[49] U. Salanitro, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa*? cit., 1828.

[50] Sulla scia di posizioni dottrinali non ostili a forme di maternità per sostituzione altruistica o solidale: v., pur con diversità di accenti, Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, diretto da Zatti, I/1, cit., 62 ss, spec. 68 s., nota 154, là dove riflette sulla disarticolazione della maternità, ma in uno scenario che ancora non contemplava il ricorso alla pratica della surrogazione all'interno di coppie omogenitoriali; V. Scalisi, *Maternità surrogata: «come far cose con regole», in Riv. dir. civ.*, 2017, 1097 ss., spec. 1100; e, più di recente, A.G. Grasso, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello* status, Giappichelli, 2022, *passim*, spec. 31 ss., 197 ss.; Angelo Federico, *Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, in *Giust. civ.*, 2020, 647 ss., spec. 669 ss.; Id., *La «maternità surrogata» ritorna alle Sezioni Unite*, cit., 1052; U. Salanitro, *L'ordine pubblico dopo le Sezioni Unite: la Prima sezione si smarca… e apre alla maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2020, 915 ss.; S. Patti, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Dialogando con Michele Sesta*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 613 ss., spec. 615 ss.; De Marzo, *Interesse*

4. *Le Sezioni Unite tengono il punto … ma con un timido cambio di passo*

Si giunge così all'epilogo del «tormentato percorso», rappresentato dalla sentenza della Corte di cassazione a Sez. un. n. 38162/2022, che costituisce ad oggi il più recente approdo della evoluzione giurisprudenziale[51].

Come si diceva in esordio, la pronuncia in commento non si sottrae ad una serie di rilievi critici, che di seguito si proverà a svolgere, e, tuttavia, va apprezzata almeno per un – non trascurabile – aspetto. Le Sezioni unite tengono il punto, non arretrano di una virgola, non smentiscono nella sostanza la soluzione cui la Corte era pervenuta nella decisione del 2019 – ma, a differenza di quella, e più in sintonia con l'approccio della Corte costituzionale e della Corte Edu – scelgono un itinerario argomentativo che, specie in alcuni passaggi cruciali, orienta decisamente il *focus* sulla figura del bambino e il suo "*diritto fondamentale*" alla continuità del rapporto affettivo con entrambi i soggetti che hanno condiviso la decisione di farlo venire al mondo, senza che vi osti la modalità procreativa[52].

Questo, pur timido, cambio di passo si percepisce nelle variazioni di tono, nelle sfumature del linguaggio e nell'uso sapiente della parola; e può meglio apprezzarsi proprio accostandosi ad una lettura della decisione dalla peculiare prospettiva dell'analisi del linguaggio.

Da questo particolare osservatorio, e fin dalle prime battute della sequenza argomentativa, emerge netta la preoccupazione per la condizione del nato, che si traduce in un linguaggio misurato e quasi intriso – verrebbe da dire – di *pathos*.

---

del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata, in *Foro it*., 2023, I, 110, ss.; spec. 116 s.; Marella, *GPA: La necessità di uno sguardo (gius)realista*, reperibile al link *https://www.printfriendly.com/p/g/E6JVPv*; da ultimo, Dellacasa, *Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato*, in questo volume.

[51] La decisione può leggersi, tra gli altri luoghi, in: *Foro it*., 2023, I, 83 ss., con nota di De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*; in *Fam e dir*., 2023, 408 ss., con *Nota introduttiva* di Sesta (*ivi*, 427 ss.), seguita dai commenti di Recinto, *Le "istruzioni" per il futuro delle Sezioni Unite in tema di genitorialità* (*ivi*, 430 ss.); Dogliotti, *Maternità surrogata e riforma dell'adozione piena. Dove va la Cassazione? E che farà la Corte costituzionale? Commento a Cass., SS.UU., 30 dicembre 2022, n. 38162 e a Cass., 5 gennaio 2023, n. 230* (*ivi*, 437 ss.); e Spadafora, *Irriducibilità del totalitarismo "minoricentrico"*? (*ivi*, 456 ss.); v. inoltre i commenti di Mirzia Bianca, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia Insieme*, 6.2.2023 (*https://www.giustiziainsieme.it/en/minori-e-famiglia/2645-le-sezioni-unite-e-i-figli-nati-da-maternita-surrogata-una-decisione-di-sistema-ancora-qualche-riflessione-sul-principio-di-effettivita-nel-diritto-di-famiglia*); Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2023, II, 377 ss.; Calderai, *La dignità umana,* legal irritant *del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, *ivi*, II, 668 ss.; Sesta, *La maternità surrogata: il perfetto equilibrio delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. civ*., 2023, 387 ss.; *ivi*, 613 ss., la garbata replica di S. Patti, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata. Dialogando con Michele Sesta*; e v. altresì S. Patti e Mirzia Bianca, *Le Sezioni Unite e la maternità surrogata (Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162). Riflessioni a confronto*, in *www.rivistafamilia.it*, 21.3.2023, 1 ss.; v. inoltre la *Riflessione a più voci*, apparsa in *www.giudicedonna.it* (nn. 3 e 4/2022), con i contributi a firma di Acierno, M. D'Amico e Bissaro, Fadiga, Filice, Finocchi Ghersi, Montaruli; Renda, *Maternità surrogata all'estero e* status *del nato: le Sezioni Unite confermano l'intrascrivibilità e ribadiscono la via dell'adozione in casi particolari*, in *Corti supreme e salute*, 2023, 1 ss.; Fabio Ferrari, "*La giurisprudenza non è fonte del diritto". Nota a SS.UU., n. 38162 del 2022 in tema di maternità surrogata, ordine pubblico e preminente interesse del minore*, in *federalismi.it*., 8.3.2023. Per una più estesa riflessione, aperta ad uno sguardo comparatistico, Giaimo, *La gestazione per altri. Persistenti criticità e prospettive di regolamentazione in chiave comparatistica*, in *Dir. fam. e pers*., 2023, II, 698 ss.; da ultimo Marella, *GPA: La necessità di uno sguardo (gius)realista*, reperibile al link *https://www.printfriendly.com/p/g/E6JVPv*

[52] Punto 2 della motivazione. Coglie questa timida, eppur significativa, svolta, Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, cit., 377 ss.

«Il nato non è mai un disvalore e la sua dignità di persona non può essere strumentalizzata allo scopo di conseguire esigenze general-preventive che lo trascendono. Il nato non ha colpa nella violazione del divieto di surrogazione di maternità […]. Non c'è spazio per piegare la tutela del bambino alla finalità dissuasiva di una pratica penalmente sanzionata. Il disvalore della pratica di procreazione eseguita all'estero non può ripercuotersi sul destino del nato».

Ed ancora, richiamando le parole del Relatore di una storica pronuncia della Corte costituzionale: «La Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti[53], e non consente una *capitis deminutio* perpetua e irrimediabile dei diritti del bambino, come conseguenza oggettiva di comportamenti di terzi soggetti».

La forza del divieto, pur penalmente sanzionato, non può dunque fare schermo al diritto fondamentale del nato alla continuità della relazione anche con il genitore d'intenzione: colui che ha condiviso con il partner il progetto genitoriale ed ha accolto e accudito il bambino fin dalla nascita, instaurando con lo stesso uno stabile rapporto affettivo – una vita familiare ai sensi dell'art. 8 Cedu – unito all'esercizio in fatto della responsabilità genitoriale.

La preoccupazione per la condizione del nato è ben presente alle Sez. un., là dove riconoscono che nella prolungata inerzia del legislatore, seguita al fermo monito della Corte costituzionale, «il giudice […] non può lasciare i diritti del bambino indefinitamente sospesi, ma deve ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare, nel caso concreto, la protezione dei beni costituzionali implicati, tenendo conto delle indicazioni ricavabili dalla sentenza della Corte costituzionale».

Un altro significativo snodo della motivazione, che riporta al centro della scena il bambino e i suoi diritti, è il passo in cui si afferma che anche il *best interest of the child* «concorre a formare l'ordine pubblico internazionale»[54]; che se l'interesse del minore «non può certo rappresentare un diritto tiranno rispetto alle altre situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute […], nondimeno esso ha un ruolo centrale e preminente»; che l'inserimento dell'interesse del minore all'interno dell'ordine pubblico internazionale «apre uno scenario nuovo», favorendo l'ingresso di nuove relazioni genitoriali.

È in queste pregnanti affermazioni – e nel rinnovato linguaggio che le esprime – che si misura la distanza con il fraseggio della pronuncia n. 12193/2019.

Eppure, l'apertura al dialogo con la Prima sezione non si traduce nella svolta da questa auspicata: il percorso argomentativo viene presto ricondotto sui binari tracciati dall'autorevole precedente, il cui principio di diritto viene nella sostanza confermato.

In sintesi: *a*) poiché la pratica della maternità surrogata offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, non può esse-

---

[53] Corte cost., 28.11.2002, n. 494 (rel. G. Zagrebelsky), in *Familia*, 2003, 848 ss., con note di Ferrando e Landini, che, com'è noto, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 278, comma 1°, cod. civ., nella parte in cui escludeva la dichiarazione giudiziale della paternità e della maternità naturali e le relative indagini, nei casi in cui, a norma dell'art. 251, comma 1°, cod. civ., il riconoscimento dei figli incestuosi era vietato. È principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale quello per cui le condotte dei genitori, anche penalmente sanzionate, non possono ricadere negativamente sulla condizione giuridica dei figli, vittime incolpevoli delle conseguenze del comportamento dei loro genitori (come, appunto, nei casi di incesto o di alterazione o soppressione di stato).

[54] Lo sottolineano Mirzia Bianca, *Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia*, in *Giustizia Insieme*, 6.2.2023, cit.; e Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I «piccoli passi» delle Sezioni unite*, cit., 380.

re riconosciuta efficacia nel nostro ordinamento, ai sensi dell'art. 67, l. n. 218/1995, al provvedimento straniero che accerti il rapporto di filiazione tra il genitore d'intenzione e un bambino nato all'estero tramite ricorso alla surrogazione di maternità, ancorché avvenuta in conformità alla *lex loci*; *b)* il diritto fondamentale del nato al riconoscimento giuridico del legame con il genitore d'intenzione può tuttavia essere assicurato attraverso l'adozione in casi particolari, ai sensi dell'art. 44, comma 1°, lett. *d*), l. n. 184/1983.

La proposta interpretativa avanzata dall'ordinanza interlocutoria della Prima sezione, là dove invoca la ricerca di un «nuovo punto di equilibrio tra la ribadita contrarietà all'ordine pubblico internazionale degli accordi di maternità surrogata e la tutela dei diritti fondamentali del minore», non viene accolta.

Ad avviso delle Sez. un. la decisione della Corte cost. n. 33/2021 non avrebbe determinato alcun vuoto normativo: la Corte, infatti, pur segnalando i profili critici che rendono l'adozione in casi particolari «non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali», non ha ravvisato gli estremi per una dichiarazione di illegittimità costituzionale o per una pronuncia di rigetto interpretativa, ma ha optato per una pronuncia di inammissibilità-monito. Di fronte a questioni controverse ed eticamente sensibili, come quella sottoposta al suo vaglio, osserva un rigoroso *self-restraint* per preservare l'ambito di discrezionalità del legislatore.

Il legislatore è rimasto silente. Ma l'interprete non può valicare i limiti imposti al suo ruolo, attraverso «l'elaborazione di una norma nuova con l'assunzione di un ruolo sostitutivo del legislatore».

Assertiva e perentoria è l'affermazione delle Sez. un.: «La giurisprudenza non è fonte del diritto»[55]. Forse troppo assertiva, troppo perentoria. Basti qui richiamare alla mente, per tutti, il *leading case* della storica sentenza Englaro[56], ove la Corte di cassazione di fronte alla carenza di una specifica disciplina, riconosce a chiare lettere che «il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali»[57]. Le Sez. un. – per una «pluralità di ragioni», esplicitate in motivazione – non ritengono di adottare una interpretazione costituzionalmente orientata, nell'osservanza di un rigoroso rispetto di quei margini di discrezionalità che la Corte costituzionale ha inteso preservare al legislatore[58].

Eppure, come più oltre si dirà, la via dell'interpretazione conforme a Costituzione è stata sperimentata dalle Sez. un. per superare i residui aspetti di criticità sotto il profilo

---

[55] Punto 7 della motivazione. Sul punto v. CALDERAI, *La dignità umana,* legal irritant *del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, cit., 669 s.

[56] Lo ricorda FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I «piccoli passi» delle Sezioni unite*, cit., 378. Ed è significativo il richiamo proprio a questa decisione, non solo perché ha rappresentato una tappa fondamentale nell'avvio della riflessione poi sfociata nella l. n. 219/2017 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*), ma anche perché fu affidata alla stessa abile penna dell'estensore della pronuncia in commento.

[57] CASS. CIV., 16.10.2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 83 ss., con nota di VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*, *ivi*, II, 1 ss., il commento di SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza; la Cassazione e lo stato vegetativo*; in *Familia*, 2008, con nota di VENUTI, *Il diritto all'autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di cassazione sul caso E.E.*

[58] «Non c'è spazio, in altri termini, né per una penetrazione diretta – attraverso la ricerca di un bilanciamento diverso da quello già operato dal Giudice delle leggi – di quell'ambito di discrezionalità legislativa che la Corte costituzionale ha inteso far salvo, né per una messa in discussione del punto di equilibrio da essa indicato» (punto 7 della motivazione, in fine). Per inciso, va detto che la Corte cost. n. 33/2021 non ha «operato» alcun bilanciamento, ma si è limitata ad indicare il *tema* del bilanciamento ovvero gli interessi e i valori in potenziale conflitto.

della effettività della tutela dei nati da GPA – già segnalati dalla Corte cost. n. 33/2021 – che ancora si frapponevano alla piena adeguatezza dell'adozione in casi particolari, pur dopo il successivo intervento della Corte costituzionale n. 79/2022[59].

Saldamente ancorati nell'esito al precedente del 2019, pur col supporto di un più ampio apparato argomentativo, sono i passaggi in cui le Sez. un. si diffondono sul divieto di surrogazione della maternità (art. 12, comma 6°, l. n. 40/2004), definito norma di ordine pubblico internazionale[60] in quanto posto «a presidio del valore fondamentale della dignità della persona umana»[61]. E proprio la sanzione penale costituisce indice univoco della rilevanza del divieto, connesso all'«elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento attribuisce alla surrogazione di maternità»[62].

In queste scansioni argomentative, il linguaggio diviene perentorio – in un crescendo di toni fin quasi a sfiorare l'invettiva – nel condannare con fermezza «quali che siano le modalità della condotta e gli scopi perseguiti», il ricorso alla gestazione per altri quale pratica degradante della dignità della donna[63]. «Nella gestazione per altri non ci sono soltanto i desideri di genitorialità, le aspirazioni e i progetti della coppia committente. Ci sono persone concrete. Ci sono donne usate come strumento per funzioni riproduttive, con i loro diritti inalienabili annullati o sospesi dentro procedure contrattuali. Ci sono bambini esposti a una pratica che determina incertezze sul loro *status* e, quindi, sulla loro identità nella società».

---

[59] *Infra*, par. 5. Cfr. ancora Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I «piccoli passi» delle Sezioni unite*, cit., *loc. ult. cit.*

[60] Piena è l'adesione ad una accezione di ordine pubblico internazionale – quale parametro di valutazione della compatibilità del provvedimento straniero con i valori fondativi dell'ordinamento – come individuata dalla decisione n. 12193/2019 (v. *supra*, par. 1, testo e nota 8); critica questa ricostruzione Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, in *Questione Giustizia*, 27.6.2023, 1 ss. (*https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-superficialita-dello-scontro-ideologico-vs-la-profondita-della-riflessione-del-giurista*).

[61] Non è sfuggita ai primi commenti critici alla pronuncia la contraddizione – segnalata da ultimo anche nell'ordinanza n. 1842/2022 – secondo cui se il divieto penale del ricorso alla maternità surrogata ha il rango di principio di ordine pubblico, si fatica a comprendere come possa operare in via unilaterale, vale a dire solo per il genitore d'intenzione e non anche per il genitore biologico, colui che allo stesso modo – e forse con maggiore evidenza - ha aggirato il divieto (B. Checchini, "*Vita familiare" vs. "maternità surrogata": Il nuovo punto di equilibrio della Corte europea. Quale rilievo all'identità del nato?* cit., 402; Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, cit., 384). Può tuttavia osservarsi come ciò trovi verosimilmente ragione nell'esigenza di tutela del figlio incolpevole, che sarebbe altrimenti privato dello *status* nei suoi confronti (cfr. Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, cit., 7). Ma qui prende il sopravvento un altro fattore: quel principio di verità della procreazione che fonda il rapporto giuridico di filiazione sul legame di discendenza biologica, e che – in un diverso contesto, relativo al riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio – l'A. cui sono offerte queste pagine ha definito come «"titolo" primordiale alla paternità» (Cfr. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in *Tratt. dir. fam*., 2a ed., I, 1, Giuffrè, 2011, 54 ss., *ivi*, 57, all'interno di una più ampia e articolata riflessione sulle «figure» della paternità e della maternità). "*Tanta est vis veritatis*", osservavo a riguardo, mutuando una icastica espressione di Alberto Trabucchi (*La procreazione e il concetto giuridico di paternità e maternità*, in *Riv. dir. civ*., 1982, 610), riferita al matrimonio come fonte di legittimità dei figli (M. Mantovani, *I fondamenti della filiazione*, in *Tratt. dir. fam*., diretto da P. Zatti, 2a ed., II, Giuffrè, 2012, 17 s.); ripresa anche da Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, cit., 384: "Tanta è la forza del vincolo di sangue, verrebbe da osservare!".

[62] Punto 16 della motivazione. Lo rimarca Calderai, *La dignità umana,* legal irritant *del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, cit., 670.

[63] Anche in questa occasione le Sez. un. si affidano a quella espressione, di grande forza simbolica, utilizzata da Corte cost. n. 272/2017, secondo cui la pratica della maternità surrogata «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane».

La proposta ermeneutica della Prima sezione[64] – favorevole ad ammettere la trascrizione automatica del provvedimento straniero, che non si porrebbe in contrasto con l'ordine pubblico internazionale, ove, ad esito di una valutazione condotta caso per caso, attenta alle peculiarità delle singole situazioni, si accerti l'esclusione di ogni mercificazione del corpo della donna, e la conseguente lesione della sua dignità – non trova accoglimento.

In particolare, osserva la Corte: «nulla cambia per la madre e per il bambino se la surrogazione avviene a titolo oneroso o gratuito. [...] Nella maternità surrogata il bene tutelato è la dignità di ogni essere umano, con evidente preclusione di qualsiasi possibilità di rinuncia da parte della persona coinvolta». E ancora: «indipendentemente dal titolo, oneroso o gratuito, e dalla situazione economica in cui versa la madre gestante, la riduzione del corpo della donna ad incubatrice meccanica, a contenitore di una vita destinata ad altri, ne offende la dignità anche in assenza di una condizione di bisogno della stessa e a prescindere dal concreto accertamento dell'autonoma e incondizionata formazione del suo processo decisionale»[65].

La posizione delle Sez. un. non potrebbe essere più chiara: nessun dubbio, perplessità o tentennamenti nello stigmatizzare ogni forma di gestazione per altri, indipendentemente dai contesti e dalle modalità in cui questa si realizza.

Ben consapevoli che la proposta avanzata nell'ordinanza interlocutoria trova sostegno in una parte significativa del pensiero giuridico e culturale del nostro Paese, ed è condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità di Paesi a noi vicini per cultura e tradizioni giuridiche[66], non ritengono, tuttavia, di accogliere quella lettura, poiché «solo un divieto così ampio è in grado, in via precauzionale, di evitare forme di abuso e sfruttamento delle condizioni di fragilità» in cui può venirsi a trovare la gestante. La Corte riafferma i limiti dell'interpretazione e riconduce prontamente il giudice al suo ruolo: «non è consentito […] ritagliare dalla fattispecie normativa, per escluderle dal raggio di operatività dell'ordine pubblico», forme di surrogazione pur vietate ma non in grado «di ledere per le modalità della condotta o per gli scopi perseguiti, il nucleo essenziale del bene giuridico protetto»[67].

Il rischio paventato dalle Sez. un. è quello – comprensibile – di evitare il c.d. *slippery slope*[68], la china scivolosa: solo un divieto assoluto consente da un lato la tutela in via immediata della dignità della gestante, dall'altro di «prevenire eventuali derive

---

[64] V. *supra*, par. 3. In sintesi: liceità della pratica nell'ordinamento di origine (nella specie il Canada, ove è ammessa la gestazione per altri, limitatamente a quella non commerciale), in quanto frutto di una scelta libera e consapevole della donna, revocabile fino alla nascita del bambino e soprattutto indipendente da contropartite economiche.

[65] Punto 18 della motivazione. Coglie nel segno il rilievo di Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?* in *Questione Giustizia*, 7 giugno 2022, reperibile al link: *https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela*: «una volta che la gravidanza si è instaurata ed il bambino è nato, in che modo il suo mancato riconoscimento può riparare quel vulnus – ove, sì, effettivamente un vulnus vi sia stato – e risanare la dignità lesa?».

[66] BGH, 10.12.2014, e 5.9.2018.

[67] Né, d'altra parte, potrebbero introdursi distinzioni alla luce delle singole situazioni concrete, in cui escludere il contrasto con l'ordine pubblico internazionale: tale accertamento sarebbe attribuito in prima battuta non al giudice bensì all'ufficiale di stato civile, che non dispone dei necessari poteri di indagine (punto 18 della motivazione).

[68] Sull'argomento del c.d. pendio scivoloso, nel particolare contesto dell'aiuto medico a morire, v. le interessanti riflessioni di Canale, *L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso*, in questo *Liber amicorum*, I.

estreme di manifestazione del fenomeno, espresse da deprecabili forme di sfruttamento di donne in condizioni di bisogno e perciò vulnerabili».

Il perno dell'argomentazione ruota attorno alla *Dignità*.

La riflessione consegnata a queste pagine non consente di indugiare sulle delicate e complesse questioni che si affollano attorno al "macigno" della dignità[69]. Mi limito ad un cenno.

Tra le diverse dimensioni, prevale qui – come si è visto – la dimensione oggettiva riferita al «valore originario, non comprimibile e non rinunciabile di ogni persona».

La Corte accoglie una idea di dignità in senso assoluto, la dignità umana *tout court*, proclamata inviolabile nelle Costituzioni moderne e nella Carta dei diritti: *dignity as constraint*[70]. Ma c'è un'obiezione di fondo che si insinua nei discorsi sulla dignità. Il rischio che il riferimento alla dignità possa trasformarsi in uno strumento di imposizione autoritaria[71]. Il rischio, in altre parole, che attraverso il riferimento alla dignità si possa imporre ad altri ciò che è in contrasto con le proprie idee, con i propri valori di riferimento, con la propria visione dell'esistenza, in sintesi con la propria concezione dell'idea di dignità[72].

Rischio che si percepisce anche nel tema qui in discussione. Così, nel caso della donna che decide consapevolmente e senza alcuna contropartita economica, bensì animata da puro spirito altruistico, solidale, di mettere a disposizione il proprio grembo per un'altra donna che non ha avuto in sorte un grembo fertile; o per una coppia di uomini che, tramite il contributo solidale di questa donna, ha inteso condividere e realizzare un progetto di genitorialità. Ebbene, cosa sia «degno», fosse anche per quell'unica donna che spontaneamente e consapevolmente, si prestasse a questo disegno procreativo, è una decisione che le è sottratta a tutela della *sua* dignità: ma con evidente sacrificio della sua autodeterminazione, della propria percezione dell'idea di dignità.

Con le parole di Stefano Rodotà, sarebbe possibile fare emergere le diverse dimensioni della dignità: lo spartiacque sarebbe segnato dalle decisioni che la persona può prendere. «Se queste esauriscono i loro effetti nella sfera dello stesso interessato, il diritto all'autodeterminazione è destinato a prevalere [...]. Se, invece, le decisioni interferiscono nell'altrui sfera dell'umano, allora deve prevalere il rispetto dell'altro, che fa emergere propriamente l'aspetto relazionale della dignità»[73]. Nel nostro caso, potrebbe discutersi se la decisione della donna interferisca «con l'altrui sfera dell'umano», così da far riaffiorare la dimensione oggettiva della dignità.

---

[69] La letteratura sul tema è sterminata. Per limitarsi ad alcuni riferimenti essenziali: RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, spec. 154 ss., 179 ss., 200 ss.; ID., *Antropologia dell'*homo dignus, in *Storia e memoria*, 2010, fasc. 2, 107 ss., spec. 118; il tema della dignità è tra quelli più cari a Paolo Zatti, che ha scritto contributi di grande finezza sulla dignità: basti qui citare il brillante saggio, *Note sulla semantica della dignità*, in *Maschere del diritto. Volti della vita*, Giuffrè, 2009, 29 ss.; G. RESTA, *La dignità*, in *Tratt. biodiritto*, diretto da RODOTÀ e ZATTI, I, Giuffrè, 2010, 259 ss.

[70] Per una accezione rigorosamente oggettiva della dignità in questo contesto, CALDERAI, *La dignità umana,* legal irritant *del XXI secolo. Note minime sulla (in)disponibilità dei diritti inviolabili dopo S.U. 38162/2022*, cit., 670 ss.; cfr. MARELLA, *GPA: La necessità di uno sguardo (gius)realista*, 3 ss. reperibile al link *https://www.printfriendly.com/p/g/E6JVPv*

[71] RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 158.

[72] Il riferimento corre ancora alla sentenza Englaro, densa di riferimenti alla dignità, in cui l'estensore si disponeva ad accogliere una accezione in chiave marcatamente soggettiva (CASS. CIV., 16.10.2007, n. 21748, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, I, cit., 83 ss., spec. 96 ss. (punti 7.4 ss. della motivazione).

[73] RODOTÀ, *Antropologia dell'*homo dignus, cit., 120; e cfr. le considerazioni di ZATTI, *Note sulla semantica della dignità*, cit., 32 ss., 42 ss.

5. *La persistente inadeguatezza dell'adozione in casi particolari*

Escludere il riconoscimento automatico e *ab initio* del provvedimento straniero, «non cancella né affievolisce l'interesse superiore del minore», perché – come osservato in altra occasione dall'estensore della decisione in commento – «il nostro ordinamento non volta le spalle al nato», ma conosce e tutela rapporti di filiazione che hanno base «nell'accoglienza […] o nell'impegno in un condiviso disegno di genitorialità sociale».

La soluzione è quella individuata dalla decisione n. 12193 nell'adozione in casi particolari, *ex* art. 44, comma 1, lett. *b*); e che la Corte cost. (n. 33/2021), pur riconoscendo in essa una tutela certo significativa, ha ritenuto «ancora non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali»[74].

A togliere dall'*impasse* le Sez. un. viene prontamente in soccorso la Corte costituzionale[75] che, con un intervento «provvidenziale» – di poco successivo all'ordinanza interlocutoria n. 1842/2022, e relativo proprio una procedura di adozione da parte del genitore d'intenzione di un minore nato da pratiche di surrogazione di maternità – spiana in qualche modo il terreno alla successiva, imminente decisione.

Com'è noto, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 55, l. n. 184/1983, nella parte in cui, mediante il rinvio all'art. 300, comma 2°, prevede che l'adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante, eliminando così il maggior ostacolo che si frapponeva alla piena attuazione del principio di unicità dello stato di figlio. A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma citata, l'adottato acquista, a tutti gli effetti, lo *status* di figlio dell'adottante, entra a far parte della sua rete familiare, instaurando legami di parentela che – con le parole della Corte cost. – «contribuiscono a formare la sua identità e a consolidare la sua dimensione personale e patrimoniale»[76].

Confortate dalla tempestiva pronuncia, che cancella il più pesante profilo di inadeguatezza dell'adozione in casi particolari, tra quelli segnalati dalla Corte cost. n. 33/2021 – rimuovendo al contempo un ostacolo all'effettività della tutela dei nati da GPA – le Sez. un. hanno di fronte un altro scoglio da superare, pure questo messo in luce dalla Con-

---

[74] Chiaro in proposito l'ammonimento della Corte cost., n. 33/2021: «Ogni soluzione che non dovesse offrire al bambino alcuna *chance* di un tale riconoscimento, sia pure *ex post* e in esito ad una verifica in concreto da parte del giudice, finirebbe per strumentalizzare la persona del minore in nome della pur legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata».

[75] Corte cost., 28.3.2022, n. 79/2022 (Rel. Navarretta), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1021 ss., con commento di Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, *ivi*, 1013 ss.; Ferrando, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela. Cambia qualcosa per i nati da maternità surrogata?*, in *Questione giustizia*, 7.6.2022 (*https://www.questionegiustizia.it/articolo/adozione-in-casi-particolari-e-rapporti-di-parentela*); Sesta, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 904 ss.; Mirzia Bianca, *La Corte costituzionale e il figlio di coppia omoaffettiva: Riflessioni sull'evoluzione dei modelli di adozione*, in *Familia*, 2022, 364 ss.; Venuti, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2022, 567 ss.

A voler pensar male, si potrebbe insinuare il dubbio che la Corte costituzionale sia stata quasi sollecitata ad emettere la decisione n. 79/2022, così da poter rimuovere quello che la Corte cost. n. 33/2021 aveva indicato come il più pesante ostacolo, la pietra d'inciampo, all'adeguatezza dello strumento dell'adozione in casi particolari.

[76] Corte cost., n. 79/2022, cit. Sottolinea il forte richiamo alla salvaguardia dell'identità del minore, Cinque, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, cit., 1017: "è solo l'inclusione nel nucleo familiare nel suo complesso che fa sentire veramente figli; dunque il riconoscimento del vincolo con i parenti dell'adottante non ha solo valore in sé – per le sue conseguenze pratiche e simboliche – ma contribuisce anche a formare la stessa identità *di figlio*".

sulta: il necessario assenso all'adozione da parte del genitore biologico, il quale potrebbe opporsi in caso di crisi della coppia, rendendo in tal modo impraticabile l'adozione.

La norma di riferimento è l'art. 46, l. n. 184/1983, là dove attribuisce al giudice il potere di superare il mancato assenso solo se questo proviene dal genitore che non esercita la responsabilità genitoriale.

A costo di qualche «forzatura» ermeneutica, le Sez. un. trovano una via d'uscita, proponendo una interpretazione costituzionalmente orientata, una lettura evolutiva e funzionale dell'art. 46 cit., in collegamento con l'art. 57 l. cit., che prende le mosse dalla decisione del genitore biologico di condividere con il partner un comune progetto procreativo, con l'aver accolto e accudito il bambino fin dalla nascita, assumendone le relative responsabilità: in base a questa premessa, il dissenso del genitore biologico all'adozione «non può essere espressione di un volere meramente potestativo, ma va collocato in una dimensione funzionale»[77]. Ne consegue che «il dissenso dell'unico genitore biologico all'adozione da parte del genitore d'intenzione «può e deve essere valutato esclusivamente sotto il profilo della conformità all'interesse del minore secondo il modello del dissenso al riconoscimento» (del figlio nato fuori del matrimonio); vale a dire che tale dissenso «appare ragionevole quando non si sia realizzato tra quest'ultimo e il genitore d'intenzione quel legame esistenziale la cui tutela costituisce il presupposto dell'adozione».

Questi «rammendi» interpretativi non valgono ad attenuare la persistente inadeguatezza dell'adozione in casi particolari – sul piano dell'effettività della tutela dei nati da GPA – sotto altri rilevanti profili: anzitutto i tempi lunghi della procedura, di fronte alla pressante raccomandazione della Corte costituzionale e della Corte EDU, che richiedono un procedimento *effettivo e celere*; ancora, si pensi ad altre vicende, come la morte del genitore biologico, ma soprattutto – ciò di cui le Sez. un. mostrano piena consapevolezza – la circostanza che la procedura di adozione è prerogativa esclusiva degli adulti e il minore non ha alcun potere di attivarla. Eppure queste evenienze particolari – nella visione delle Sez. un. – non paiono comunque tali da ammettere o giustificare l'automatismo della trascrizione del provvedimento straniero che accerti la genitorialità anche del genitore intenzionale.

Pur con le recenti, significative aperture nel segno del superamento degli aspetti più evidenti di inadeguatezza (Corte cost., n. 79/2022) – anche a costo di acrobazie ermeneutiche, che ne piegano l'originaria funzione ad esigenze tutt'affatto diverse[78] – l'adozione in casi particolari non rappresenta oggi rispetto ai nati da gestazione per altri, quella «soluzione ottimale in concreto per l'interesse del minore» a più riprese invocata dalla Corte costituzionale, perché non realizza il diritto fondamentale del nato da GPA ad uno *status* pieno e certo, al pari di tutti i bambini indipendentemente dalle condizioni e dalle modalità della loro nascita.

---

[77] Punto 11 della motivazione, in fine. È la logica del *venire contra factum proprium*, la stessa che – anteriormente alla l. n. 40/2004 – aveva guidato il giudice a negare al marito che aveva espresso il preventivo consenso alla pma eterologa, l'azione di disconoscimento di paternità in caso di sopravvenuta crisi della coppia (Cass., n. 2315/1999); prospettava questa soluzione nelle more della decisione in commento, CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*, cit., 1021.

[78] Sottolineano i limiti dell'adozione in casi particolari: FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, cit., 380 ss.; molto critico, U. SALANITRO, *Maternità surrogata e ordine pubblico: la penultima tappa?*, in *Giur. it.,* 2022, 1831 s.; ID., *L'adozione e i suoi confini. Per una disciplina della filizazione adottiva da procreazione assistita illecita*, cit., 944 ss., 947; Ang. FEDERICO, *La "maternità surrogata" ritorna alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1052 ss.; DE MARZO, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, cit., 115; VENUTI, *Adozione in casi particolari e rapporti di parentela tra adottato e famiglia dell'adottante secondo la Corte costituzionale,* cit., 588 ss.

6. *Per una conclusione*

Come si anticipava in avvio della riflessione, è apprezzabile lo sforzo delle Sez. un. di riportare al centro della scena il bambino e i suoi diritti fondamentali, *in primis* il diritto allo *status*, riconoscendo che anche il *best interest of the child* è parte integrante dell'ordine pubblico internazionale, capace di incidere sulla sua funzione, che da «preclusiva e oppositiva» diviene «positiva», nel senso di favorire l'ingresso di nuove relazioni genitoriali.

Eppure queste affermazioni di principio non hanno la forza per condurre a quel passo ulteriore, vale a dire a riconoscere «l'alterità» del bambino rispetto alla pratica (pur vietata) che ne ha determinato la nascita[79]: in altre parole, a tener separate le due questioni di fondo: il diritto del nato al riconoscimento di uno *status* pieno e certo anche nei confronti del genitore intenzionale e la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità.

Quel passo ulteriore che la Corte non ritiene di poter compiere, preferendo seguire la logica dei «piccoli passi»[80].

Di qui la sostanziale conferma – pur con il supporto di più estese riflessioni – della decisione del 2019: il provvedimento giudiziario straniero di accertamento della genitorialità non è trascrivibile per le seguenti ragioni:

– perché «nella non trascrivibilità si esprime la legittima finalità di disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata; ed inoltre, perché […] finirebbe per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante»;
– perché «va escluso che il desiderio di genitorialità […] possa legittimare un presunto diritto alla genitorialità; ed inoltre, perché dalla disciplina della l. n. 40 del 2004 non possono trarsi argomenti per sostenere l'idoneità del consenso a fondare lo stato di figlio nato a seguito di surrogazione di maternità»;
– perché il riconoscimento della genitorialità non può essere affidato ad uno strumento di carattere automatico […], ma richiede «una valutazione di concretezza […], che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello *status*, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale».

L'approdo delle Sez. un., al termine di un percorso argomentativo assai ricco e in apparenza solido, lascia un senso di insoddisfazione, perché ai timidi, ma significativi segnali di apertura e alla costante tensione verso una soluzione che realizzi appieno i diritti dei bambini nati da pratiche di maternità surrogata, non segue quella svolta che le premesse sembravano, a tratti, prefigurare.

E ora? Ciò che si prospetta all'orizzonte è uno scenario a tinte fosche, sia nel contesto europeo, sia in quello interno.

Sul primo versante, va segnalato il parere negativo espresso dalla Commissione Affari europei del Senato sulla Proposta di Regolamento europeo in materia

---

[79] Lucide, sul punto, le riflessioni di Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, cit., 385; Ead., *I diritti dei bambini smarriti tra formule e modelli*, in *Questione Giustizia*, 12.5.2020: «la questione relativa allo stato del figlio è distinta ed autonoma rispetto a quella della liceità della tecnica prescelta per farlo nascere»; v. anche Venuti, *Ordine pubblico, gestazione per altri e diritti dei minori: riflessioni a partire dalla sentenza SS.UU. 30 dicembre 2022, n. 38162*, cit., 7 s.; De Marzo, *Interesse del minore, genitore d'intenzione e (guasti della) maternità surrogata*, cit., 116 s.

[80] Ancora Ferrando, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, cit., 378, 385.

di riconoscimento della filiazione e alla creazione di un certificato europeo della filiazione[81].

Sul secondo, è sufficiente ricordare le iniziative legislative in corso, in particolare l'approvazione alla Camera della proposta di legge, che estende la punibilità del reato di surrogazione di maternità, anche se commesso all'estero[82].

Nonostante due pronunce conformi delle Sezioni unite, e alla luce dei più recenti sviluppi, la condizione dei nati da pratiche di p.m.a. vietate, e, in ispecie, da maternità surrogata, resta tuttora incerta.

In questi contesti, dovrebbe affermarsi con forza il valore dell'accoglienza e l'assunzione di responsabilità nei confronti del nato, il cui diritto fondamentale – al pari di quello di ogni bambino, al di là delle circostanze e modalità in cui è venuto al mondo – è quello di conseguire uno *status* pieno e certo fin dalla nascita.

Ancora una volta, il compito di comporre il delicato mosaico degli interessi in gioco nella ricerca di un ragionevole punto di equilibrio tra i valori costituzionali coinvolti, resta affidato alla sensibilità giudiziale – nel ruolo di supplenza rispetto ad un legislatore inerte – al fine di colmare in via interpretativa le lacune che ancora permangono nel «tormentato percorso» verso il riconoscimento, ai nati tramite surrogazione di maternità, della pienezza del legame di filiazione con entrambi i componenti della coppia, che hanno dato vita ad un progetto condiviso di genitorialità.

[81] Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (2022/0402), adottata il 7.12.2022, su cui v. il *Focus*, pubblicato in *Fam. e dir.,* 2023, 505 ss., in cui possono leggersi le Audizioni di Emanuele Bilotti e Mirzia Bianca (*ivi*, 530 ss.), nonché il saggio di Maria Caterina Baruffi, *La Proposta di regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione* (*ivi*, 535).

[82] A.C. n. 887 (Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano), su cui v. Luccioli, *Il totem del reato universale e quei bambini dimenticati dal parlamento*, in *Giustizia Insieme*, 5.9.2023 (*https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2868-il-totem-del-reato-universale-e-quei-bambini-dimenticati-dal-parlamento-di-gabriella-luccioli*) e G. Zagrebelsky, *Maternità surrogata «reato universale»: quella formula ipocrita che danneggia i bambini*, Repubblica, 25.5.2023 reperibile al link *https://www.repubblica.it/politica/2023/05/25/news/zagrebelsky_maternita_surrogata_reato_universale-401622113/*

MARIA ROSARIA MARELLA

FRA MODERNIZZAZIONE E TRADIZIONE: L'INGRESSO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE NELLE RELAZIONI FAMILIARI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il tramonto del principio dell'immunità nella giurisprudenza. – 3. Gli illeciti endofamiliari e la modernizzazione del regime delle relazioni domestiche. – 4. Variazioni sul tema: doveri familiari e responsabilità da inadempimento. – 5. Il declino della *Doctrine of Intrafamilial Immunity in Tort* e il bilanciamento operato dalle corti nordamericane. – 6. Per concludere: oltre la retorica della modernizzazione.

1. *Introduzione*

Vent'anni or sono in un celebre saggio[1] Paolo Zatti riproponeva in termini aggiornati il problema – classico, eppure mai definitivamente superato – dei rapporti fra Stato e comunità familiare. In quelle pagine il tema della legittimità, ormai 'costituzionalizzata' negli artt. 29-31, dell'intervento del legislatore, del giudice, ovvero dell'amministratore nelle vicende familiari si intreccia alla questione, messa a sistema da Savigny, ma ancora ricorrente nelle riflessioni teoriche intorno alla famiglia, della priorità logica del fatto sociale-famiglia rispetto alla sua disciplina giuridica[2]. Una questione, quest'ultima, che piuttosto che sciogliersi nel (riconoscimento del)la performatività del discorso giuridico[3] – cioè del potere del diritto di 'costruire' la realtà – tende a rimodularsi man mano che le tentazioni pubblicistiche cedono il passo alle aperture al diritto comune e all'autonomia privata, e con esse all'illusione di un diritto di famiglia più 'leggero', in larga parte sottratto all'ingerenza statale. Con l'affilatezza e la lucidità che contraddistinguono la sua analisi, Zatti coglie esattamente proprio in quella celebrata tendenza alla privatizzazione della famiglia quale chiave di volta della famiglia moderna, egalitaria, rispettosa dei diritti e delle libertà individuali, la trama dei chiaroscuri e degli effetti-paradosso[4] prodotta dal riassestarsi ultimo dei rapporti fra fenomeno sociale e diritto statuale. È un quadro nel quale il deciso affermarsi del valore costituzionale della persona anche all'interno della comunità familiare è fattore di ulteriore complessificazione – *rectius*: giuridificazione – delle relazioni familiari, con "la funzione di garante del soggetto debole assunta dallo Stato"[5]. Della sostanza giuridica del processo di modernizzazione della famiglia è allora colta con chiarezza la cifra: nella ricostruzione offerta da Zatti il

---

[1] ZATTI, Familia, familiae. *Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 9-42; ID., Familia, familiae. *Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione,* in *Familia*, 2002, 337-350 ss.

[2] VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht, vol. IVIII, Berlin* 1840-1849, traduzione italiana curata da V. Scialoja dal titolo *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I– VIII, Torino, 1886, in particolare par. 54, p. 347 ss.

[3] MARELLA e MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014

[4] ZATTI, Familia, familiae, *cit*., 33.

[5] *Ivi*, 37.

superamento del paradigma gerarchico e comunitario avviene all'insegna di un'attenta ricerca di equilibrio da parte del legislatore del 1975 e della giurisprudenza successiva.

Non nelle esemplificazioni dicotomiche (pubblico/privato, comunitarismo/individualismo) [6] ma nell'elezione dei diritti della personalità dei membri della famiglia a modalità di relazione (coniugale, genitoriale)[7] è l'essenza del moderno regime giuridico della famiglia, nel quale una nuova e diversa idea di solidarietà, secondo modelli e standard prescritti dallo Stato, definisce l'equilibrio fra individuo e comunità.

Ora proprio questo equilibrio è quanto tende a rompersi in quella che è l'ultima propaggine della privatizzazione della famiglia, intesa come "irruzione del diritto comune nella *Friede* familiare"[8]: ovvero il superamento dell'immunità *in tort* e il riconoscimento della responsabilità da illecito endofamiliare, tema di cui tratta il saggio che dedico a Paolo Zatti.

In questa ulteriore svolta nel regime delle relazioni domestiche la tendenza all'intensificarsi della giuridificazione, già posta in luce, rischia peraltro di cambiare di segno, tendendo ad entrare in contraddizione con quella modernizzazione della famiglia che ha l'obiettivo, fra gli altri, di tutelare la libertà dei singoli.

2. *Il tramonto del principio dell'immunità nella giurisprudenza*

Nei sistemi di civil law il principio dell'immunità dei coniugi e, più in generale, dei congiunti rispetto alle azioni di responsabilità civile non è tradizionalmente il frutto di specifiche teorie giuridiche, né è incastonato in previsioni legali *ad hoc*, ma è piuttosto il precipitato di un costume diffuso e dell'assenza di azioni legali in merito[9]. È la stessa razionalità del diritto di famiglia tradizionale a contrastare l'ammissibilità di eventuali pretese risarcitorie endofamiliari in nome dell'unità e dell'armonia della famiglia. In particolare, la reciprocità dei diritti e dei doveri coniugali è alla base dell'idea che il danno inflitto da un coniuge all'altro costituisca di per sé sanzione dell'illecito commesso (specificamente: il danno cagionato all'integrità psico-fisica della moglie rappresenta ad un tempo la sanzione inflitta al marito-danneggiante). Più in generale, domina nella cultura del tempo e nella stessa cultura giuridica una concezione della famiglia quale comunità chiusa – e tendenzialmente sottratta alla pervasività del diritto – che risolve crisi e dissidi al proprio interno, secondo l'adagio "I panni sporchi si lavano in famiglia!"[10].

Come sappiamo, domina oggi la concezione opposta, secondo la quale la famiglia è costituita da un gruppo di individui uguali fra loro in quanto titolari di eguali diritti e doveri, esattamente come avviene nella sfera extrafamiliare. Ne consegue che il diritto comune debba avere ingresso nelle relazioni domestiche, l'autonomia privata così come la responsabilità extracontrattuale.

Il caso italiano rappresenta nel panorama europeo un esempio assai significativo di *stratificazione* del regime delle relazioni domestiche e, in particolare dei rapporti per-

---

[6] Sia consentito il rinvio a MARELLA, *Il diritto di famiglia nella società contemporanea*, Napoli, in corso di pubblicazione.

[7] ZATTI, *op. cit.*, 39.

[8] *Ivi*, 37.

[9] Cfr. S. PATTI, *Intra-Family Torts*, in "International Encyclopedia of Comparative Law", Vol. IV, Ch. 9, Moehr Siebeck, Tuebingen, 1998, 13.

[10] *Ivi*, 22. Sulle ragioni della persistenza dell'immunità nel diritto di famiglia pre-riforma cfr. P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 438 ss.

sonali fra i coniugi, giacché ove ricorrano ipotesi di danno c.d. endofamiliare, il diritto comune della responsabilità civile tende ad assumere portata generale tanto quanto il diritto speciale della famiglia, sovrapponendosi ad esso. Infatti un orientamento giurisprudenziale ormai alquanto consolidato tende ad accordare il risarcimento del danno ex artt. 2043-2059 c.c. ogniqualvolta la violazione di un obbligo coniugale – di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di coabitazione, di collaborazione – oltre a provocare la crisi familiare, si accompagni alla lesione di un diritto fondamentale della persona – la dignità umana, il diritto al libero sviluppo della personalità, l'autodeterminazione – cagionando un pregiudizio di carattere (per lo più) non patrimoniale.

Si tratta di una svolta alquanto recente, se consideriamo che ancora nel 1993 la Corte di Cassazione aveva riaffermato con forza il principio "*inclusio unius, esclusio alterius*" nel ribadire la specialità del diritto di famiglia e, dunque, la sua prevalenza assoluta sui rimedi di diritto comune nella casistica riguardata[11].

È il *revirement* della Cassazione del 2005 ad introdurre un *secondo livello* di disciplina, creando un'articolazione *stratificata* nel regime giuridico dei rapporti personali fra i coniugi.

La decisione, notissima, è occasionata da un caso di impotenza maschile che il marito cela alla moglie prima delle nozze[12]. Dopo aver tentato invano di indurre il marito a sottoporsi alle cure del caso, la donna, esasperata, lo cita in giudizio chiedendo la cessazione degli effetti civili del matrimonio per mancata consumazione e il risarcimento dei danni causati dal di lui comportamento sleale. Ma questa volta la Suprema Corte abbandona il terreno dell'esclusività del diritto speciale e supera il principio non scritto dell'immunità fra i coniugi. Afferma espressamente la Corte che il diritto di famiglia non deve essere interpretato come un sistema di norme conchiuso ed esaustivo, isolato all'interno del sistema giuridico; che, al contrario, le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona lo attraversano, così come attraversano ogni ambito del diritto; e che pertanto, la famiglia deve considerarsi non più come un'istituzione a difesa della quale i diritti irrinunciabili di ognuno possano essere compressi e mortificati, ma invece come una comunità solidale nella quale si realizzano le aspirazioni di autorealizzazione e crescita dei suoi componenti[13].

Nell'argomentare della Cassazione, in sostanza, l'ingresso della responsabilità civile nelle relazioni domestiche è legittimato da due diversi ordini di ragioni: la tutela dei diritti fondamentali *e* la volontà di sanzionare i comportamenti coniugali sleali, il secondo dei quali assume una sua autonomia nella misura in cui si sostanzia nell'individuazione di un obbligo di informazione prematrimoniale quale propaggine dei doveri di lealtà, correttezza e solidarietà derivanti dal matrimonio[14].

Dietro il *revirement* del 2005 non c'è solo la sensibilità di una giudice, il suo impegno costante nella tutela dei diritti fondamentali e il suo posizionamento femminista[15]. Una parte importante della storia è rappresentata dall'incidenza che ha avuto sul sistema italiano di responsabilità civile l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di danni non patrimoniali e, in quel contesto, la nozione di *danno esistenziale*[16].

---

[11] Cass. civ., 6 aprile 1993, n. 4108, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 624.

[12] Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giur. it.*, 2006, IV, 691.

[13] In questo senso già S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 41.

[14] Alcune voci in dottrina – Paradiso – hanno voluto sottolineare questo secondo ordine di ragioni esprimendo favore per una tutela 'rafforzata' del coniuge fedele. Si veda *infra,* § 3.

[15] Cfr. Luccioli, *Diario di una giudice*, Udine, 2016.

[16] Ziviz - Bilotta, *Il nuovo danno esistenziale*, Bologna, 2009.

In quel torno d'anni, infatti, la casistica italiana in materia di tutela aquiliana si è notevolmente arricchita con l'ingresso di molteplici, inediti aspetti della vita sociale nel novero delle fattispecie di danno ingiusto, allargando così l'accessibilità della tutela ex art. 2043 c.c.

La lente della responsabilità extracontrattuale cambia però inevitabilmente lo sguardo del giurista sulle relazioni umane e su quelle familiari, in particolare; e così, nell'argomentare delle corti che seguono (e qualche volta anticipano) il precedente del 2005, l'amore, l'affetto, la cura dell'altro, l'intimità, la lealtà, la solidarietà che costituiscono i fondamenti del matrimonio diventano quasi degli *assets*, dei beni immateriali ai quali i coniugi in quanto tali hanno vicendevolmente diritto. D'altra parte l'ingresso della responsabilità civile ispessisce il livello di giuridificazione delle relazioni domestiche e ne muta la qualità: i fondamentali del matrimonio non più protetti da regole di inalienabilità, ma da regole di responsabilità[17], diventano oggetto di pretesa più che di una doverosità sospesa fra diritto (speciale) e morale. È nella logica della *liability rule* di imporre una valutazione collettiva di cui le corti sono necessarie interpreti, secondo standard condivisi che, quantunque indirettamente, richiamano la razionalità, propria del mercato, della traducibilità dei valori à prix d'argent.

3. *Gli illeciti endofamiliari e la modernizzazione del regime delle relazioni domestiche*

Il tramonto del principio dell'immunità endofamiliare è stato originariamente percepito come una breccia nella specialità e, se vogliamo, nell'*eccezionalismo* del diritto di famiglia[18]. Oltretutto, la penetrazione nella famiglia del diritto del mercato e la corrispondente erosione dell'area di esclusivo appannaggio del diritto speciale sono viste come cartina di tornasole della progressiva modernizzazione della famiglia giuridificata. Tuttavia il declino dell'immunità 'in tort' sembra produrre effetti alquanto ambivalenti sulla fisionomia dell'opposizione famiglia/mercato e sull'identità della famiglia come simbolo della modernità di un sistema giuridico dato.

La comparazione giuridica può essere di grande aiuto in proposito, in controtendenza rispetto ad una radicata convinzione per la quale il presunto carattere eminentemente nazionale del diritto di famiglia metterebbe fuori gioco l'analisi comparatistica.

Quando affrontiamo il tema modernità/tradizione nel diritto di famiglia, assumiamo la modernità come fondata sui caratteri dell'individualismo, della garanzia delle libertà individuali, della contiguità alla razionalità del mercato, della sovversione degli elementi patriarcali eventualmente presenti nel diritto speciale.

Riguardato da questo punto di vista, dunque, il tramonto del principio dell'immunità endofamiliare quale sintomo di modernizzazione può associarsi ai seguenti quattro argomenti:

1. *Costituzionalizzazione del diritto di famiglia* – Le eccezioni al principio dell'immunità si giustificano in funzione dell'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei membri della famiglia all'interno delle relazioni domestiche.

---

[17] Secondo la nota griglia di Calabresi - Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Review*, 1972, 1089-1128. Cfr. Favilli, *La responsabilità adeguata alla famiglia*, Torino, 2015, 367 ss.

[18] Cfr. Camilleri, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'European Tort Law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 145 ss.

2. *Approssimazione alla logica del mercato* – La stratificazione dei differenti formanti nel regime delle relazioni personali fra i coniugi ammette la 'convertibilità' della cura, dell'amore, della solidarietà familiare in valori monetari.

3. *Declino (parziale) della specialità del diritto di famiglia* – Il diritto delle obbligazioni non solo fa ingresso nel governo delle relazioni domestiche tradizionalmente appannaggio del diritto di famiglia, ma ne mette in discussione il monopolio con successo.

4. *Empowering femminile* – La casistica relativa agli illeciti endofamiliari vede un predominio quasi assoluto delle donne quali parti attrici vittoriose. Tanto produce evidentemente una redistribuzione di potere in favore di soggetti tradizionalmente ascritti al ruolo di "coniuge debole".

Se tuttavia tentiamo una valutazione generale del fenomeno osservandolo più da presso, alcuni esiti 'dissonanti' balzano agli occhi.

a) Dobbiamo in primo luogo registrare la portata *redistributiva* del nuovo orientamento giurisprudenziale.

La responsabilità civile è in grado di esercitare una funzione sanzionatoria sul coniuge più abbiente, che resta invece tendenzialmente indifferente alle conseguenze *giusfamiliari* dell'addebito. I danni liquidati dalle corti – come la casistica evidenzia – sono per solito di ammontare ragguardevole. Ed è di altrettanta palmare evidenza che parte attrice sia per solito la moglie – ossia, tendenzialmente, il coniuge meno abbiente. Ne consegue che la giurisprudenza degli illeciti endofamiliari favorisce le donne piuttosto che gli uomini. Come interpretare questo dato? Mi sembrerebbe azzardato, se non addirittura erroneo, quanto meno in Italia, attribuire un tale esito a quel femminismo, talora definito *Governance Feminism*[19] che altrove è riuscito a incidere in maniera profonda sul diritto di famiglia, portando le corti e i legislatori a favorire le donne come mogli e come madri in materie come la divisione della ricchezza endofamiliare in sede di divorzio, il mantenimento a seguito di separazione e l'affidamento dei figli[20].

Ora, l'impatto del femminismo sull'orientamento delle corti italiane non può paragonarsi a quello conosciuto nell'esperienza nordamericana: in Italia esso è stato ed è certamente più sporadico e meno incisivo. L'affermazione degli illeciti endofamiliari è piuttosto da ascriversi ad un insieme complesso di fattori fra i quali annovererei l'attitudine paternalista delle corti, da una parte, e, dall'altra, la mancanza di presidi di welfare, quali ad es. forme di integrazione del reddito in favore delle donne separate o divorziate che ne abbiano necessità; ma anche fattori di carattere essenzialmente giuridico legati a talune specificità del sistema italiano, come le già menzionate dottrine del danno esistenziale prima e del danno non patrimoniale poi, e il grande potere persuasivo e normativo esercitato dalla costituzione italiana sul terreno dei diritti fondamentali.

---

[19] Con *governance feminism* si indicano quelle correnti femministe le quali 1. muovendo da una rigida (e imprescindibile) distinzione fra uomini e donne – fra maschile e femminile – 2. assumendo il femminile subordinato o quanto meno svantaggiato rispetto al maschile e 3. operando attivamente in favore delle donne (contro gli uomini), sono riuscite a portare le loro istanze dalle piazze sin dentro le sedi dei governi e dei parlamenti nazionali e anche oltre, nelle sedi internazionali della governance globale – Nazioni Unite, Banca Mondiale – da dove guidano la realizzazione dei loro progetti di 'giustizia femminista': cfr. HALLEY *et al.*, *From the International to the Local in Feminist Legal Responses to Rape, Prostitution/Sex Work, and Sex Trafficking: Four Studies in Contemporary Governance Feminism*, 29 Harv. J.L. & Gender 335, 340 (2006).

[20] In aggiunta al successo, in alcuni contesti, delle politiche proibizioniste in materia di pornografia e prostituzione, nonché all'inasprimento delle sanzioni penali in materia di molestie e violenza sessuale: cfr. HALLEY, *loc. cit.*

In particolare, è tendenzialmente coerente con la casistica esaminata un uso della responsabilità civile da parte delle corti quale surrogato di misure di *welfare* sostanzialmente inesistenti soprattutto quando si tratta di donne non lavoratrici o scarsamente implicate nel mercato del lavoro. A cui possono aggiungersi le ricadute nefaste del *gender pay gap*, tema sul quale non è possibile ora soffermarsi, ma che certamente incide sulla condizione femminile nel momento della crisi coniugale. È noto come la famiglia, specialmente nell'Europa del sud, sia diventata un anello essenziale del sistema di welfare, in quanto deputata a provvedere in prima istanza ai bisogni materiali e finanziari delle persone in sostituzione dell'assistenza sociale statale, ormai largamente smantellata a seguito dell'impatto delle politiche neoliberali sui bilanci pubblici[21]. Ma al momento della crisi coniugale i rimedi apprestati dal diritto di famiglia sono largamente inefficaci a questo riguardo. Ed ecco che l'ingresso della responsabilità civile nella crisi familiare si prospetta come soluzione adeguata allo scopo, con il coniuge sleale – il danneggiante – nella posizione di *cheapest cost bearer*.

In questo quadro, un ulteriore elemento sembra giocare un ruolo. Il paternalismo delle corti sembra alimentarsi di uno sguardo stereotipato alle identità individuali in gioco. La redistribuzione si coniuga qui dunque al profilo dell'identità. O meglio, al suo lato oscuro, quello degli stereotipi; di genere, in questo caso. Gli effetti redistributivi appena analizzati sembrano infatti rappresentare una risposta a – o trovare una ulteriore giustificazione in – una certa idea stereotipata della donna come tendenziale vittima della crisi coniugale. La tutela risarcitoria in tal modo riflette e nel contempo consolida quella serie di stereotipi di genere tanto ricorrenti in giurisprudenza – quanto poco analizzati nella letteratura giuridica italiana[22] – che determinano la fisionomia dei rapporti fra uomini e donne nel contesto giusfamiliare. In virtù di essi prevale un'immagine di donna che subisce il comportamento sleale del marito all'interno di una sfera domestica concepita come privata, intima e segregata rispetto alla sfera pubblica, ed è offesa nei valori e negli interessi più intimi che sono al cuore della sua personalità, come la dignità (di donna e moglie[23]).

Per contro alcune decisioni assai recenti segnalano uno slittamento della casistica verso un maggiore equilibrio fra i generi, con il conseguente affermarsi di stereotipi maschili altrettanto consolidati, come quello del marito tradito e indotto con la menzogna a vestire i panni del padre di figli non suoi, e la correlativa proiezione della vita familiare sulla scena pubblica, occasione e fonte di un pregiudizio risarcibile alla dignità intesa come onore[24].

b) Un'altra classe di conseguenze che il declino del principio dell'immunità endofamiliare produce può essere ricompreso nel concetto di *commodification*, mercificazione.

In linea generale il sistema di responsabilità civile rappresenta un particolare meccanismo di allocazione delle risorse[25]. Il torto realizza un trasferimento involontario di

[21] Cfr. Tsoukala, *Regolamentazione della sfera domestica e integrazione europea: ritratto di famiglia di una crisi (economica)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3/2015, 383 ss.

[22] Cfr., Möschel, *La tutela giuridica contro gli stereotipi di genere*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 3/2015, 443 ss., ma già Marella - Marini, *La costruzione sociale del danno, ovvero l'importanza degli stereotipi nell'analisi giuridica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1999, 3 ss.; Di Masi, *Danno patrimoniale da perdita del lavoro domestico maschile: la Cassazione contro gli stereotipi di genere in famiglia*, in *Danno e resp.*, 2015, 814 ss.

[23] Si veda la motivazione del tribunale di Brescia, sopra riportata.

[24] V. Trib. Reggio Emilia, 26 giugno 2020; Trib. Bari, 18 marzo 2019; Trib. Torre Annunziata, 24 ottobre 2016, n. 2643.

[25] Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica,* trad. di A. De Vita, V. Varano, V. Vigoriti, Presentazione di S. Rodotà, ristampa inalterata con *Presentazione* di E. Al

risorse dalla vittima al danneggiante: in termini di analisi economica, la disponibilità della risorsa colpita dall'illecito e protetta dalla *regola di responsabilità* è allocata all'autore del torto, il quale 'paga' per il trasferimento compensando la vittima attraverso il risarcimento del danno[26]. Il danno risarcito è quindi il prezzo del trasferimento non consensuale che il giudice liquida affidandosi a criteri di mercato. Pertanto gli obblighi coniugali di cura, assistenza morale e materiale, lealtà, ecc. – precedentemente avvertiti come doveri morali giuridificati – con l'intervento della responsabilità civile si configurano come risorse immateriali che ricevono una valutazione in termini monetari attraverso la liquidazione dei danni. In conclusione la solidarietà coniugale, il supporto morale e materiale, l'intesa sessuale subiscono un processo di 'soft commodification'.

In realtà, la via alla monetizzazione dei valori coniugali era stata aperta già prima del declino del principio dell'immunità da una giurisprudenza – presente tanto nei sistemi di civil law quanto di common law – aperta al riconoscimento della responsabilità per danni di terzi danneggianti per perdita dei servigi domestici della congiunta, *loss of consortium*, interferenza illecita nel rapporto coniugale. Vediamo questa casistica più da vicino.

ba) Le corti di common law e civil law riconoscono il valore economico dell'attività domestica svolta in favore dei propri congiunti quale autonoma posta di danno da risarcirsi al marito (e figli) in caso di uccisione della moglie. Più di recente la Corte di Cassazione italiana ha accordato un risarcimento del danno (patrimoniale) per la perdita – temporanea – della capacità di lavoro domestico ad una donna single ferita in un incidente stradale[27], così sancendo definitivamente il valore di *asset* familiare del lavoro domestico.

bb) In un celebre caso del 1986 la Cassazione ha accordato un risarcimento del danno al marito per la compromissione dell'apparato genitale della moglie a seguito di un intervento chirurgico mal eseguito. La responsabilità civile del chirurgo è stata cioè accertata non solo in favore della donna, in riferimento al danno biologico da questa subito, ma anche in favore del marito per la lesione del suo diritto ad avere rapporti sessuali con la propria moglie. Nella motivazione della sentenza la sessualità nel matrimonio è descritta come una risorsa cui i coniugi hanno reciprocamente diritto in base al diritto di famiglia vigente. Si configura con ciò una sorta di *jus in corpus* di cui i coniugi sono titolari in quanto tali, un diritto al corpo sessuato dell'altro/a protetto da una regola di responsabilità. Un caso analogo in common law è *Rodriguez v. Bethlehem Steel Corp*[28].

bc) Le corti italiane tendono a rigettare le azioni di danni nei confronti di terzi coinvolti nell'adulterio del coniuge di parte attrice. Nel diritto tedesco, per contro, i giudici tendono ad accogliere analoghe pretese risarcitorie laddove siano in gioco aspetti del matrimonio che possano essere compromessi solo da terzi, come nel caso di danni alla salute del coniuge incolpevole cagionati da un'infezione contratta in occasione di un rapporto extraconiugale. Più in generale, sono qualificabili come illecite ex § 823 BGB quelle condotte 'antimatrimoniali' di terzi che risultino in una lesione dell'integrità psico-fisica del coniuge leale[29]. Ricorrenti le pronunce di condanna a corrispondere a quest'ultimo lo *Schmerzengeld*, il *pretium doloris* dell'illecito, il cui ammontare riflette,

---

Mureden, Milano, 2015.

[26] Calabresi & Melamed, cit.

[27] Cass. civ., sez. III Ord., 26-05-2020, n. 9682, in *Foro it*., 2020, 10, 1, 3132.

[28] Rodriguez v. Bethlehem Steel Corp., 12 Cal.3d 382.

[29] Markesinis - Unberath, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, Hart Publishing, 2002, 369.

sia pur indirettamente, il valore del benessere presumibilmente garantito da una comunione di vita, quella coniugale, non perturbata dall'adulterio.

Ora la novità apportata dall'avvento degli illeciti endofamiliari rispetto allo scenario appena descritto sta in ciò, che l'idea dell'adempimento dei doveri coniugali come risorse di spettanza dei singoli coniugi prende piede anche *all'interno* della relazione coniugale[30]. Con una significativa eccezione: la casistica non registra fattispecie di illecito derivanti dal mancato adempimento dell'obbligo di contribuzione ex art. 143 3° co. c.c. da parte del coniuge che presta usualmente lavoro domestico e di cura, laddove abbiamo invece visto come quest'ultimo costituisca un'autonoma posta di danno in caso di ferimento/uccisione della casalinga/*caregiver* da parte di terzi. Il che conferma il ruolo di baluardo della specialità del diritto di famiglia che il sistema affida alla riproduzione e alla cura organizzate sulla base della divisione sessuale del lavoro all'interno della famiglia. È questo un terreno sul quale il diritto comune *non* contende spazio al dominio giusfamiliare[31].

c) Sono poi da considerarsi ulteriori ricadute dell'erosione del principio dell'immunità endofamiliare che sono in concreto legate all'ammontare dei danni liquidati dalle corti. In riferimento alla giurisprudenza italiana, ad esempio, le sentenze di condanna evidenziano la tendenza a quantificazioni alquanto generose, ciò che si può immaginare possa produrre nel medio periodo un effetto di deterrenza rispetto a condotte coniugali libertine (o libertarie) che il diritto di famiglia, come si è visto, non è di per sé teso a reprimere. Ma tanto, come già la Cassazione del 1993 aveva messo in luce, può anche incidere sull'esercizio della stessa libertà di 'uscire' da una relazione coniugale non più gradita al riparo da possibili 'ritorsioni'.

Nella stessa direzione si muove una casistica che concerne la caduta del principio dell'immunità endofamiliare nel rapporto genitori-figli, di cui sinora abbiamo taciuto. Ebbene i numerosi casi che la riguardano mettono in evidenza un'attitudine punitiva di comportamenti giudicati moralmente riprovevoli, come l'abbandono di figli non desiderati, ma anche non conformi a comportamenti convenzionali. Ecco alcuni esempi.

Nonostante l'accertamento giudiziale della paternità, un padre rifiuta di entrare in relazione con la propria figlia e di trattarla come tale, le nega ogni cura e attenzione, ogni tipo di sostegno morale e materiale. Questo comportamento è giudicato illecito dalla corte e nel giudizio civile (parallelamente si svolge altresì un procedimento penale) l'uomo viene condannato a risarcire alla figlia e alla di lei madre 40000 euro cadauna a titolo di danno morale. Alla figlia è riconosciuto inoltre il risarcimento del danno non patrimoniale (50000 euro) per il mancato godimento della relazione filiale e la lesione del suo diritto all'istruzione e all'educazione da parte del padre. La corte giustifica la severità della condanna argomentando sulla base dell'irragionevolezza del comportamento paterno e della amara consapevolezza maturata nella figlia di essere stata procreata come un animale piuttosto che come un essere umano (sic!)[32].

Un altro caso, analogo al precedente, si segnala per l'ammontare del risarcimento, decisamente esemplare: un padre è condannato a risarcire al figlio misconosciuto – mal-

---

[30] Per tutti sui doveri coniugali cfr. Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, nel *Trattato Rescigno*, 3, II, Torino, 1982.

[31] Cfr. Marella, voce «Lavoro domestico nella famiglia», in *Enc. del dir.*, I Tematici, IV 2022 a cura di Macario, Milano, 2022, 657 ss.

[32] Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 116.

grado l'accertamento giudiziale della paternità – e mai amato un danno di 2.582.284,50 di euro, di cui solo un quinto è commisurato al mantenimento negato, mentre il resto è dovuto a titolo di danno non patrimoniale per la ingiusta privazione di una normale relazione filiale. Dai fatti di causa risulta che il convenuto era un imprenditore di grande successo, i cui figli legittimi avevano goduto di grandi opportunità di educazione e carriera, negate invece all'attore[33].

In una più recente decisione della Cassazione, il collegio enfatizza la genesi degli obblighi genitoriali come direttamente discendenti dalla procreazione. Per la Suprema Corte gli obblighi dei genitori nei confronti dei figli insorgono al momento stesso della nascita, a prescindere dall'accertamento del legame parentale. Pertanto la violazione di tali obblighi che leda un diritto costituzionalmente rilevante configura un illecito aquiliano fonte dell'obbligo di risarcire il conseguente danno non patrimoniale[34]. Diventa una vera e propria *Fallgruppe*, una sorta di illecito tipico nel sistema, il *danno da privazione* (o lesione) *del rapporto genitoriale*, ricorrente, con varie sfumature, in molteplici sentenze di merito[35] e infine esteso dalla Cassazione alle relazioni "di affetto, di consuetudine di vita e di abitudini […] che infonda[no] nel danneggiato quel sentimento di protezione e di sicurezza insito nel rapporto padre figlio" pur in assenza di un vincolo di sangue[36].

Va detto che la tutela aquiliana assume qui un connotato identitario particolarmente marcato, atteggiandosi a (ulteriore) presidio del diritto dei figli minori alla bigenitorialità. In questa direzione la strada è stata spianata, dopo i primi precedenti favorevoli, dalla legge 54/2006 sull'affidamento condiviso, la quale nell'introdurre l'art. 709 ter c.p.c. [37] (oggi, post riforma Cartabia, confluito nell'art. 473 bis 39 c.p.c.), ha espressamente previsto il rimedio del risarcimento del danno in favore del figlio (2° co., n. 2) e dell'altro genitore (2° co., n. 3) in caso di gravi inadempienze degli obblighi genitoriali e/o di comportamenti che arrechino pregiudizio al minore o ostacolino "il corretto svolgimento delle modalità di affidamento"[38]. Dal canto suo la Suprema Corte, in una decisione del 2016[39], non ha esitato ad attribuire a tali fattispecie risarcitorie carattere sostanzialmente sanzionatorio e non compensativo, sollevando non poche perplessità, ma confermando la nostra ipotesi di lavoro.

Potremmo a questo punto tentare una conclusione provvisoria.

Se gli illeciti endofamiliari, nell'attribuire nuova rilevanza al ruolo e al potere dei singoli individui che compongono la famiglia, rappresentano, da una parte, un appros-

---

[33] App. Bologna, 10 febbraio 2004, in *Fam. e dir.*, 2006, 511.

[34] Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 4, 467.

[35] Trib. Bergamo, 17 gennaio 2020, n. 142; Trib. Lecce, 10 gennaio 2019, n. 3024; Trib. Torino, 17 luglio 2018, n. 3690.

[36] Cass. civ., sez. III, ord. 5 novembre 2020, n. 24689.

[37] In dottrina, senza pretesa di esaustività, cfr. A. D'Angelo, *Il risarcimento del danno come sanzione? Alcune riflessioni sull'art. 709-ter c.p.c.*, in *Familia*, 2006, 1031 ss.; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile: un lungo itinerario*, in La *responsabilità nelle relazioni familiari*, a cura di Sesta, Torino, 2008, XXXVII ss.; Tommaseo, *L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c.*, in *Fam. e dir.*, 2010, 1057 ss.

[38] V. Trib. Mantova, 25 maggio 2021 in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, al link *https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17510616/risarcimento-del-danno-il-genitore-che-ostacola-gli-incontri.html*, dove peraltro convenuta soccombente è la madre.

[39] V. Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e resp.*, 2017, 419 ss. In dottrina cfr. Alpa, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni punitivi: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2017, 1086 ss.; Ponzanelli, *I danni punitivi dopo le sezioni unite - il risarcimento punitivo: qualche riflessione introduttiva*, in *Giur. it.*, n. 10/2018, 2274 ss.; C. Scognamiglio, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1120 ss.

simarsi al paradigma individualista del mercato, ovvero – capovolgendo la prospettiva – una soglia di erosione della specialità del diritto di famiglia, dall'altra sortiscono l'effetto di rafforzare i legami familiari e gli stereotipi sociali che con essi si producono e riproducono.

Questo effetto di *backlash* svela anche l'attitudine tanto della responsabilità civile quanto dei diritti fondamentali, in quanto fonti di valutazioni eteronome, cioè statali, a svolgere la funzione di *pubblico* nel regime giuridico delle relazioni domestiche – quel pubblico sempre latente che i progetti di modernizzazione della famiglia aspirano invece a superare. Infatti la tutela dei diritti fondamentali di un membro della famiglia contro l'altro amplia significativamente la sfera di controllo del giudice sulla vita familiare. Le relazioni intime sono con ciò scandagliate alla luce di standard di condotta che, per definizione, prescindono dalle particolarità del singolo contesto emotivo e affettivo. In definitiva l'evoluzione del diritto italiano nel senso dell'ammissibilità degli illeciti endofamiliari appare animata da un malcelato intento punitivo nei confronti di comportamenti coniugali scorretti e sleali che palesemente confligge con le politiche che ovunque in occidente hanno portato all'affermazione del *no fault divorce*, e che in Italia hanno trovato accoglimento con l'approvazione della legge sul divorzio del 1970 e l'abolizione della separazione per colpa ex l. 151/1975.

4. *Variazioni sul tema: doveri familiari e responsabilità da inadempimento*

In dottrina la svolta impressa dalla giurisprudenza è tendenzialmente apprezzata negli esiti ma non sempre nell'ipotesi ricostruttiva principale.

È soprattutto – e sorprendentemente – la *ratio* stessa del nuovo corso, a partire dal *leading case* rappresentato dalla sentenza Luccioli, a essere misconosciuto da una certa letteratura[40]. Come abbiamo visto esaminando la decisione, il fulcro e la giustificazione ultima del superamento della specialità sta nella volontà di imprimere alla famiglia una spinta ulteriore verso la sua costituzionalizzazione, ciò che porta la S.C. ad affermare che la comunità famigliare non può essere il luogo in cui i diritti fondamentali individuali vengano ignorati o sacrificati, bensì deve essere vista e regolata come l'aggregazione sociale nella quale la loro tutela è prioritaria e imprescindibile, in quanto luogo primario di sviluppo della persona umana[41]. Ne discende che all'insufficienza dei rimedi di diritto di famiglia – *rectius*: alla loro estraneità alla logica degli human rights – il sistema debba rispondere affiancando ad essi la tutela offerta dal diritto comune, e segnatamente la tutela contro i danni predisposta dagli artt. 2043-2059 c.c. (in combinato disposto con le norme costituzionali di riferimento).

Ora, la dottrina cui facciamo riferimento tende negli esiti a enfatizzare questa seconda parte del percorso argomentativo della corte, dando particolare rilievo al dato della violazione dei doveri coniugali e implicitamente della ineffettività della tutela giusfamiliare – senza peraltro accedere alla distinzione marcata dalla giurisprudenza fra

[40] Per una prima critica all'argomento costituzionale messo in campo dalla sentenza cfr. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 3, 197 ss.

[41] Esattamente in tal senso S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, loc. ult. cit., ove esplicito è il richiamo all'art. 2 Cost.

L'argomento è curiosamente poco valorizzato in dottrina, anche ove non sia in discussione la natura extracontrattuale della responsabilità, a vantaggio dell'elemento dell'antigiuridicità: v. ad es. SCOTTI, *Obbligo e obbligazione nel diritto di famiglia*, Torino, 2010, p. 179 ss.

violazioni 'ordinarie' – di esclusiva competenza del diritto di famiglia – e violazioni di particolare gravità – le quali sole ammettono l'intervento della responsabilità civile, in quanto lesive di diritti fondamentali[42]. La ricostruzione privilegiata a tal fine è quella della contrattualizzazione degli obblighi ex art. 143 e 147 c.c. – eventualmente in riferimento alla dottrina dell'obbligazione senza prestazione[43] – al fine di attrarre nella responsabilità per inadempimento la risposta dell'ordinamento alla condotta sleale/inottemperante, spostando così l'asse del discorso dai diritti inviolabili al rapporto familiare e dunque al comportamento colpevole (dunque dannoso). La giustificazione di questa scelta ricostruttiva sta nell'insofferenza per un uso della "responsabilità del passante" che si ritiene incoerente ove sia in gioco un rapporto giuridico per definizione qualificato (da obblighi specifici) quale quello di coniugio o di filiazione. Si preferisce cadere nel paradosso di patrimonializzare *in toto* gli obblighi coniugali (o genitoriali), quand'anche relativi ai rapporti di carattere personale, pretendendo di ravvisarvi le caratteristiche prescritte dall'art. 1174 c.c. (o in barba all'assenza di esse), pur di salvare il sistema dall'aporia che si ritiene di rintracciare nell'esclusione di eventuali terzi estranei al rapporto familiare dalla responsabilità da illecito ingenerata dalla lesione di un diritto fondamentale – ad es. la dignità – che pure è tutelato nei confronti di tutti i consociati. In ultima analisi, si rimprovera la giurisprudenza di tutelare ex artt. 2043-2059 la dignità o altro diritto fondamentale solo nei confronti del coniuge fedifrago e non anche del terzo complice dell'adulterio[44]. In realtà la casistica mette bene in evidenza come i diritti fondamentali coinvolti possano essere violati solo dal coniuge o dal genitore non in quanto soggetto *debitore*, ma piuttosto per il contesto e le condizioni di fatto in cui la lesione del diritto fondamentale matura (il caso oggetto della sentenza Luccioli è esemplare al riguardo). Senza rischiare di cadere in una difesa a oltranza della giurisprudenza in oggetto, ciò che non è affatto nostra intenzione, è opportuno riconoscere che il delicato equilibrio fra diritti, doveri e libertà a suo modo realizzato dal moderno diritto speciale è alterato, ma non travolto, dalla giurisprudenza sui danni endofamiliari, nonostante le criticità che mettiamo in evidenza in queste pagine. In particolare, la spinta impressa dalla giurisprudenza in direzione di una più intensa costituzionalizzazione della famiglia attraverso la tutela dei diritti fondamentali dei suoi membri fa perno sul dovere di solidarietà posto a fondamento della responsabilità civile[45] che il singolo familiare si trova occasionalmente a violare in virtù della sua posizione e del particolare contesto relazionale in cui si muove, e non per la qualificazione giuridica del rapporto che lo lega al danneggiato. Quest'ultima rileva – ed è ovviamente determinante – ai fini del ricorso ai rimedi del diritto di famiglia, mentre con riguardo alla responsabilità aquiliana gioca

[42] Una dottrina in particolare (Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in Fam. pers. e succ., 2011, 3 s. della versione online) critica la S.C. per aver mancato con ciò di segnare un autentico superamento della specialità del diritto di famiglia, dal momento che sono solo le violazioni di particolare gravità e non già tutte le violazioni dei doveri familiari a trovare così risposta nel diritto comune. In realtà l'intento dell'A. appare piuttosto quello di ribadire e contrapporre la difesa del modello familiare comunitario – qui curiosamente affidata all'autonomia privata e alle sanzioni contro l'inadempimento – al montante individualismo di cui la tutela endofamiliare dei diritti fondamentali sarebbe espressione: a tal fine non si esita a riproporre ed esaltare i ruoli di genere nella famiglia contro la propensione per "la serialità anonima e indistinta" e "l'odio per la disuguaglianza", (p. 10) da cui la giurisprudenza Luccioli sarebbe affetta.

[43] Ad es. A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, 434 ss., sulla scorta di Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 929 ss.

[44] Paradiso, *op. cit.*, 5.

[45] Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. Proprio il principio costituzionale di solidarietà costituirebbe il comune denominatore fra diritto di famiglia e responsabilità civile secondo Montecchiari, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008, 115.

un ruolo solo sul piano del fatto, quale circostanza che occasiona o rende possibile la lesione dell'altrui diritto fondamentale.

Ove la tutela risarcitoria venga invece fatta discendere dall'art. 1218 c.c., gli effetti distorsivi del superamento dell'immunità che qui denunciamo si amplificano in maniera esponenziale. A farne le spese è soprattutto l'equilibrio diritti/doveri/libertà quale architrave (e condizione di esistenza) del moderno diritto di famiglia[46]. Ciò tanto più che l'accento esclusivo sugli specifici doveri di condotta del/la familiare priva di giustificazione – e di una giustificazione *di rango superiore* – l'alterazione di quell'equilibrio sia sul piano sistematico, sia sul piano della politica del diritto, in quanto oblitera l'elemento della tutela dei diritti fondamentali[47] e con esso la ratio ispiratrice dell'operazione di costituzionalizzazione della famiglia messa a punto dalla giurisprudenza.

Anche sul piano esclusivamente sistematico, l'esito di tale proposta interpretativa appare alquanto fragile. In primo luogo perché sembra muovere dalla piena sussumibilità dei doveri familiari ex art. 143 2° co. c.c. nella struttura dell'obbligazione, ciò che in dottrina è invece controverso – quando non radicalmente escluso – se solo si considera che di essi è revocata in dubbio la stessa giuridicità[48]. Se gli obblighi (i doveri[49]) familiari non hanno la struttura dell'obbligazione, l'inottemperanza ad essi non è qualificabile come inadempimento e non è applicabile la disciplina degli artt. 1218 e ss. Un ostacolo al riguardo è rappresentato dalla irriducibilità del contenuto di tali doveri ai dettami dell'art. 1174 c.c. E del resto sarebbe una forzatura anche logica assimilare il comportamento fedele e leale o l'assistenza morale o la cura verso i figli alla specifica prestazione cui è tenuto il debitore[50]. Se poi si solleva di poco lo sguardo dalle fattispecie in questione – che nell'economia del sistema vantano un ruolo tutto sommato residuale – ci si avvede di come la qualificazione in termini di obbligazione dei doveri ex artt. 143 2° co. e 147 sia tale da travolgere l'intero impianto del diritto di famiglia come diritto speciale, ciò che può non dispiacere – ma è una conclusione che non mi sentirei di sottoscrivere sic et simpliciter – ai critici della difesa strenua dell'eccezionalismo che ammanta il regime giuridico della famiglia[51], ma dovrebbe dispiacere moltissimo a chi ritiene che siano attualmente a rischio "il matrimonio e la famiglia come specifiche dimensioni

---

[46] Sui diritti di libertà dei coniugi alcuni accenni in Dogliotti, voce «Rapporti personali (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 383 ss., 391 ss.

[47] Giudicato da Paradiso (*op. cit.*, p. 9) addirittura "vago". Paradossalmente il focus esclusivo sulla violazione dei doveri familiari, alimentato da una valutazione delle fattispecie oggetto di pronuncia essenzialmente calibrata sugli indici di illiceità, che in maniera diretta o indiretta, si ritiene emergano dalle norme speciali, nega in radice spazio e ruolo alla tutela garantita da quella branca del diritto comune costituito dalla responsabilità aquiliana, proprio mentre in parallelo, ed esattamente sulla stessa linea argomentativa, conduce a biasimare la giurisprudenza per non aver voluto o saputo liquidare la specialità del diritto di famiglia in favore di un ricorso generalizzato al diritto comune (cfr. ancora Paradiso, loc. ult. cit.).

[48] Così P. Rescigno, voce «Obbligazioni (diritto privato)», in *Enc. del dir.*, XXIX, Milano, 1979, 140. Cfr. Ferrando, *Il matrimonio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, vol. V, t.1, Milano, 2002, 87; Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 118.

[49] Riprende il dibattito civilistico sull'autonomia della figura dell'obbligo rispetto alla categoria dei doveri giuridici Scotti, cit., 39 ss.

[50] Sulla non superabilità dell'elemento della prestazione (intesa quale comportamento specifico "finalizzato a un risultato utile per colui che ne è il destinatario") nella individuazione dei confini della responsabilità contrattuale magistrali come sempre le pagine di A. Di Majo, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 58 ss., spec. 65 ss.

[51] J. Rittich, Kerry and Halley, Janet E., *Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism* (2010). American Journal of Comparative Law, Vol. 58, No. 4, p. 753, 2010; Marella, *Critical Family Law.* American University Journal of Gender Social Policy and Law 19, no. 2 (2011): 721-754.

giuridiche, munite di una propria identità e caratterizzazione"[52]. Ed infatti non si può qualificare il rapporto di coniugio (o quello genitori-figli) in termini di debito/credito secondo lo schema dell'obbligazione civile senza ad esso/i sovrapporre – in maniera non episodica ma *strutturale* – la logica del conflitto fra interessi individuali contrapposti e la stessa matrice del soggetto di diritto universale e astratto propria del mercato. Ciò che mortifica i ruoli familiari che si vorrebbe rilanciare e manda definitivamente in soffitta la solidarietà familiare, da rimpiazzarsi eventualmente col dovere di correttezza e buona fede. È del tutto evidente che con questa mossa si liquida però la stessa ragion d'essere del diritto di famiglia, il suo specifico di diritto che *istituisce* una formazione sociale *sui generis*.

Qualche considerazione a parte merita la ricostruzione delle fattispecie *de quibus* alla luce dello schema dell'obbligazione senza prestazione[53]. Si tratta come noto di una teoria elaborata in Italia sulla scorta della dottrina tedesca degli *Schutspflichten*, a sua volta affermatasi in Germania in risposta alle insufficienze della disciplina dell'illecito extracontrattuale contenuta nel BGB[54]. Principalmente la dottrina richiamata assolve a due compiti: ricondurre alla responsabilità contrattuale gli esiti di rapporti privi di qualificazione giuridica specifica o soddisfacente (rapporti riferiti di frequente come "da *contatto sociale*"[55]); ampliare la sfera degli interessi tutelati nell'ambito di un rapporto obbligatorio. Ora, mi sembra che entrambe queste evenienze latitino nei casi riguardati dalla dottrina degli illeciti endofamiliari, in quanto: a) i rapporti giuridici interessati dal prodursi del danno sono precisamente e autonomamente qualificati, e lo sono addirittura in ragione degli status familiari, dalla cui vigenza i doveri di cui si discute discendono; b) gli interessi individuali coinvolti sono *istituzionalmente* presi in carico dalla disciplina dei rapporti familiari nel quadro di un attento bilanciamento fra libertà personali e bisogni esistenziali già provveduto dal legislatore del 1975. Lo stesso elemento della tutela dell'affidamento, normalmente indicato come fondamento imprescindibile delle fattispecie in oggetto[56], risulta ultroneo se riferito alle disfunzionalità di un rapporto generato da uno status e corredato da specifici obblighi giuridici. Cosicché nessuno spazio sembra residuare per un ricorso allo schema dell'obbligazione senza prestazione.

Peraltro, quelli che sono normalmente riferiti come "i guadagni" dello slittamento dalla responsabilità aquiliana alla responsabilità contrattuale, ossia un termine più lungo di prescrizione e la diversa distribuzione dell'onere della prova, appaiono, nel caso degli illeciti endofamiliari, decisamente controindicati e/o in evidente controtendenza rispetto ai più recenti interventi del legislatore, se solo si considera la netta riduzione del periodo di separazione precedente la pronuncia di divorzio in vista di una definizione il più certa e rapida possibile di vicende personali complesse e spesso dolorose. Analoghe considerazioni valgano per i rapporti genitori-figli, rispetto ai quali, peraltro, l'assolvimento di alcuni doveri genitoriali è già assistito da una tutela *ad hoc* di inequivoca

---

[52] Paradiso, *op. cit.*, 10.

[53] Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 545 ss.

[54] Si rinvia a Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 572 ss.; Id., *Il contatto sociale nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1 ss. La categoria dei c.d. doveri di protezione è recepita dalla dottrina italiana a partire da Emilio Betti (*Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, I, 13 ss.). Si veda in proposito A. Di Majo, *Le tutele*, cit., 58 ss., testo e note.

[55] Per una distinzione concettuale fra contatto sociale e ruolo dell'affidamento cfr. Breccia, *Relazione (diritto delle obbligazioni)*, in Aa.Vv., *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, vol. III, Napoli, 2018, 1483.

[56] Nicolussi, *Le Obbligazioni*, Milano, 2021, 19 s. e 51 ss.

natura extracontrattuale (473bis 39 c.p.c.) e da previsioni penalistiche (violazione degli obblighi di assistenza famigliare (art. 570) abuso dei mezzi di correzione (art. 571), maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli (art. 572), sottrazione di minore (artt. 573 e 574)).

Quanto al secondo profilo, un onere probatorio tutto spostato sul danneggiante tende nella sostanza a tradurre la prospettiva della tutela risarcitoria in una sanzione *automatica* di qualsivoglia inosservanza dei doveri familiari, con gli esiti di ordine sistematico che già abbiamo sottolineato e la prospettiva di manomettere il bilanciamento operato dal legislatore senza il suffragio dell'argomento costituzionale (a tanto non valendo il generico richiamo agli artt. 29 e 30 cost.).

L'esito conclusivo della critica 'contrattualista' alla giurisprudenza Luccioli è dunque quello di sovrascrivere la logica del diritto comune sulle relazioni familiari e il loro regime giuridico, non per ampliarne, arricchirne, o completarne il raggio d'azione – com'è nel caso della libertà contrattuale riconosciuta ai coniugi nel governo della crisi familiare, o, nella stessa ipotesi della tutela dei diritti fondamentali ex artt. 2043-2059 c.c. – né per decostruire la dicotomia famiglia/mercato, che invece si intende ribadire, ma per istituire un 'doppio' che faccia tornare i conti secondo una certa idea di rigore dogmatico.

5. *Il declino della* Doctrine of Intrafamilial Immunity in Tort *e il bilanciamento operato dalle corti nordamericane*

Nelle giurisdizioni di common law l'immunità 'in tort' fra familiari declina progressivamente a partire dal 1962, quando in Inghilterra e Scozia viene abolita l'*interspousal immunity in tort*, l'immunità fra i coniugi. Il suo superamento marca un cambio di sistema anche formale, avendo il principio rivestito in passato il rango di *black letter rule*, e richiedendo come tale l'intervento abrogativo del legislatore; diversamente da quanto è accaduto nelle giurisdizioni di civil law, dove il tramonto dell'immunità è stato piuttosto letto come uno degli effetti *naturali* del processo di costituzionalizzazione del diritto privato portato avanti dalle corti.

L'avvio delle riforme è salutato come un importante passo nel cammino verso la parità fra i generi, considerata la matrice patriarcale della regola in questione: nel common law tradizionale i coniugi erano considerati una sola persona e questa persona era il marito, nella cui sfera legale si dissolveva l'esistenza giuridica della moglie (*coverture*) [57]. Di qui due regole: una di carattere sostanziale – il torto commesso da un coniuge nei confronti dell'altro non può essere fonte di responsabilità – e una di carattere processuale – posto che i coniugi sono giuridicamente un'unica persona, non è ammesso agire in giudizio contro se stessi[58].

Sebbene accolto dunque con favore, il superamento della *doctrine* dell'immunità, diversamente dal caso italiano, non si è però tradotto in una tracimazione del law of torts, il cui impatto sulle relazioni familiari resta a tutt'oggi limitato. E questo nonostante i due principali argomenti *contro* – la salvaguardia dell'armonia familiare, da una parte,

[57] Questa doctrine è ben esplicata da Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1770, Vol. I, 442.

[58] Cfr. Andò, *Interspousal Claims at the Crossroads of Tort Law and Family Law: The Delicate Balance between Family and Individual*, 4 J. Civ. L. Stud. (2011). Reperibile on-line al link: *https://digitalcommons.law.lsu.edu/jcls/vol4/iss1/5*.

e, dall'altra, il pericolo di collusione tra familiari ai danni delle assicurazioni, nei casi di danni all'integrità fisica cagionati dalla guida di un familiare negligente – siano stati largamente ridimensionati.

Nelle giurisdizioni canadesi, il motivo della parità di genere riverbera certamente nella casistica, ristretta tuttavia a *hard cases*, indici di gravi fenomeni disfunzionali – come la violenza domestica contro le donne e gli abusi sessuali a carico di minori – che esorbitano le finalità e il funzionamento del diritto di famiglia. Si apre allora uno spazio per la law of torts, che tende però a richiudersi non appena la pretesa risarcitoria sia occasionata da un ordinario caso di crisi familiare, come tale inquadrabile nelle 'normali' previsioni del diritto di famiglia. All'opposto di quanto accade nel sistema italiano, nel quale – come si è visto – la giurisprudenza avverte i rimedi giusfamiliari come non interamente soddisfacenti, le corti canadesi ritengono infatti che quanto previsto dal diritto di famiglia garantisca una tutela senz'altro esauriente. Di conseguenza tendono a difenderne il monopolio in ambito domestico e ad assumere un atteggiamento di *self-restraint* laddove l'iniziativa giurisprudenziale dovesse introdurre un cambiamento 'di sistema' così importante da reclamare piuttosto l'intervento del legislatore.

In realtà, a scandire le divergenze fra le due tradizioni non valgono soltanto le considerazioni di politica del diritto sopra illustrate, ma anche specifiche ragioni tecnico-giuridiche. La diversa struttura della responsabilità civile in civil law e common law ha una profonda incidenza sulle sorti dell'illecito endofamiliare. E così, come nel sistema italiano la dottrina del danno non patrimoniale, nelle sue varie articolazioni, ha in una certa misura facilitato – se non promosso – l'apertura delle relazioni familiari alla tutela aquiliana, in common law la struttura strettamente tipica dei torts rende di frequente incompatibili le fattispecie astrattamente applicabili con la specificità delle situazioni che maturano in ambiente domestico. Così è in particolare per il *tort of negligence*, che se da una parte ha una portata generale tale da consentire in astratto di assecondare un'espansione della responsabilità civile in questa direzione, dall'altra si basa su standard di condotta (*standard of care*, *reasonableness*) che mal si adattano ai rapporti familiari[59].

La diffusione della c.d. *intimate liability* si è dunque realizzata soprattutto attraverso un numero ristretto di intentional torts, fra cui spicca l'*intentional infliction of emotional distress* (da qui in poi IIED)[60], il ricorso al quale è stato comunque circoscritto dalla volontà delle corti di non erodere lo spazio *naturale* del diritto di famiglia. È tuttavia interessante osservare come, cionondimeno, l'applicazione dell'IIED alle relazioni domestiche sia stato reclamata, quanto meno negli Stati Uniti, su due opposti fronti, quello conservatore da un lato, e quello di un certo femminismo, dall'altro. Nel primo caso l'IIED è stato visto come una sorta di moderno surrogato dei vecchi *amatory torts*, ormai abrogati nella maggior parte degli stati e principalmente volti a sanzionare le condotte adulterine del coniuge e di terzi allo scopo di preservare l'unità della famiglia. L'obiettivo neppure troppo dissimulato dei riformatori di stampo conservatore è qui quello di introdurre un dispositivo che in qualche modo saboti il meccanismo del divorzio senza colpa. Dinamica, questa, che già abbiamo evidenziato a proposito delle ricadute della casistica italiana sulla coerenza complessiva del sistema.

---

[59] Per un approfondimento sul punto rinvio al mio *"Love will tear us apart". Some Thoughts on Intrafamilial Torts and Family Law Modernization Between Italy and Canada*, in 7 Comparative Law Review (2), 2016.

[60] I cui requisiti sono fissati nella Section 46 del Restatement (Second) of Torts.

Sull'opposto versante femminista, invece, la configurabilità del tort di IIED nelle relazioni familiari è invocato in funzione redistributiva, considerato che le donne vittime di adulterio patiscono gravi conseguenze economiche in sede di divorzio, conseguenze che un'adeguata tutela risarcitoria è in grado di compensare almeno parzialmente. Anche in questo caso il gender gap in termini di potere economico porta, come già visto nel caso italiano, a cercare un rimedio di tutela estraneo alla logica giusfamiliare. Nel leading case statunitense, *Twyman v. Twyman*[61], questo profilo è esplicitamente portato in superficie dalla corte. Il caso è originato dal rifiuto di una moglie, Sheila Twyman, di sottoporsi a pratiche di *bondage* sadomaso richieste in modo pressante dal marito, William Twyman, quale condizione per salvare il loro matrimonio. Al rifiuto di Sheila, paralizzata dal ricordo angoscioso di uno stupro subito sotto minaccia di un coltello prima del matrimonio con William, quest'ultimo intraprende una relazione extraconiugale che porterà in breve al divorzio. La corte a maggioranza rigetta l'azione di danni promossa da Sheila a titolo di *negligent infliction of emotional distress*; ammette invece l'esperibilità *nell'ambito di un giudizio di divorzio* del rimedio risarcitorio sulla base dell'IIED, e rinvia ad altro giudice. Ma il punto cruciale su cui la corte dibatte è in realtà non già la *doctrine in tort*, ma, da un lato, la compatibilità di un'azione di danni fra coniugi con il sistema del divorzio no fault; dall'altro, l'intreccio fra l'eventuale condanna del marito al risarcimento del danno e una divisione della ricchezza familiare più favorevole alla moglie, ove entrambe le determinazioni siano assunte sulla base della valutazione di una stessa condotta. Si discute dunque dell'opportunità di trattare le due questioni, la divisione della marital property *upon divorce* e il risarcimento per IIED, in due distinti procedimenti ovvero nella stessa sede processuale, allo scopo di evitare l'indebita locupletazione che deriverebbe da una divisione della ricchezza familiare favorevole alla vittima in considerazione della 'colpa' del coniuge (ciò che è considerato pacifico alla stregua del Codice della Famiglia del Texas), cui si aggiunga una parallela ed eventuale condanna di quest'ultimo ad un cospicuo risarcimento del danno per l'angoscia psichica indotta (profilo che rimane invece controverso perché in tendenziale contrasto con la ratio del divorzio)[62]. La corte concluderà infine per il cumulo di cause, aprendo dunque la porta all'esperibilità dell'azione risarcitoria fra coniugi nel contesto di un divorzio per adulterio (ma *specificamente* connotato da un particolare contesto di violenza psicologica).

Sullo sfondo di questo complesso scenario si profila un ulteriore motivo di carattere strutturale, dato dallo stretto legame, proprio del sistema statunitense, fra responsabilità civile e mercato assicurativo. L'esiguità della casistica sembra infatti da ricollegare – oltre che all'orientamento dominante delle corti – anche all'impossibilità di ottenere una copertura assicurativa per *emotional distress* nel contesto delle relazioni affettive; il che, in combinato col sistema della *contingent fee*, scoraggerebbe gli avvocati americani dall'intentare questo genere di azioni. Infatti, ove non siano in gioco (coppie di coniugi con) cospicui patrimoni che garantiscano la prospettiva di un onorario professionale consistente, l'assenza di copertura assicurativa rende di per sé vana sul piano economico un'eventuale vittoria processuale.

Si fa strada così la rilevanza della classe sociale delle parti rispetto al profilo dell'effettività del diritto.

---

[61] Supreme Court of Texas, 1993. 855 S.W.2d 619. Può leggersi in Areen - Spindelman - Tsoukala, *Family Law. Cases and Materials*, Sixth Edition, New York, 2012, 734 ss.

[62] Così nella *dissenting opinion* del Chief Justice Phillips, loc. cit., 738 s.

Infine è il caso di sottolineare come nel dibattito nordamericano la costituzionalizzazione della famiglia attraverso il dispositivo dei diritti fondamentali sia vista da taluno non in continuità, bensì in contrapposizione con gli avanzamenti registrati dal diritto di famiglia negli anni '70 e '80 del Novecento, in quanto letta come fattore di penetrazione del controllo statale nelle relazioni familiari e di 'slittamento' del governo della famiglia verso il diritto pubblico, contro l'ispirazione egalitaria, *interamente privatistica*, ma altresì redistributiva, delle riforme inaugurate nel secondo dopoguerra, e soprattutto negli anni '70 e '80, dal *no fault divorce* alla parità fra i coniugi, all'uguaglianza dei figli nati fuori del matrimonio. Si è anche messo in evidenza come l'inquadramento nella cornice del diritto costituzionale di ideali come l'equità, la dignità, la giustizia delle e nelle relazioni familiari tenda a enfatizzare il portato individualistico delle possibili controversie fra congiunti, a spese delle finalità egalitarie e redistributive del diritto di famiglia moderno[63].

In questo quadro, la stessa difesa della natura privatistica del diritto di famiglia può ben ispirare un atteggiamento di diffidenza rispetto agli *intrafamilial torts*, se è vero che il tort law, per i motivi che si sono illustrati, si configura come "*public law in disguise*"[64].

6. *Per concludere: oltre la retorica della modernizzazione*

Nel loro complesso, le cautele manifestate oltreoceano mettono in guardia circa le possibili conseguenze inattese e/o indesiderate del congedo dalla razionalità giusfamiliare. La vicenda dell'illecito endofamiliare avverte che tale mossa non necessariamente porta a degli avanzamenti, non necessariamente è sintomo di modernità e progresso. Come ogni costruzione giuridica, anche la responsabilità civile può servire progetti diversi e raggiungere risultati differenti[65].

Nel caso dell'illecito endofamiliare, l'assunto che esso rappresenti un ulteriore passo verso la modernizzazione del diritto di famiglia, in virtù del declino della tradizionale dottrina dell'immunità *in tort* dei familiari, può essere facilmente ribaltato. E utilizzando la tecnica del *flipping* propria della strategia retorica dei Critical Legal Studies[66] è possibile affiancare ai quattro argomenti che militano per la tesi della modernizzazione, quattro argomenti paralleli che ne rovesciano le conclusioni, portando a galla gli effetti antiprogressivi del nuovo diritto 'stratificato':

1. Gli illeciti endofamiliari sono stati riconosciuti come occasione di avanzamento del processo di costituzionalizzazione del diritto di famiglia in quanto determinano una più intensa tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali dei singoli membri della famiglia. Questo argomento, tuttavia, nasconde il rafforzamento surrettizio dei vincoli

---

[63] Cfr. Leckey, *Family Law as Fundamental Private Law*, 86 The Canadian Bar Review, 2007, 69.

[64] Il case law su interspousal torts ha sollevato in particolare il problema della discrezionalità della giuria nel giudicare dell'outrageousness della condotta ai sensi del *Restatement Second of Torts* quando l'IIED riguardi la relazione coniugale. Dubbi sull'opportunità della sovrapposizione tort/divorzio sono manifestati da I. Mark Ellman e S.D. Sugarman, *Spousal Emotional Abuse as a Tort?*, 55 Md. L. Rev. 1268 (1996).

[65] Du. Kennedy, *Consciousness, Doctrine, and Politics in the History of American Family Law (February 2, 2020).* Harvard Public Law Working Paper No. 21-40; Dennis M. Davis, Karl Klare, *Critical legal realism in a nutshell*, in E. Christodoulidis, R.Dukes, M. Goldoni (eds.), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, 2019, 27 ss.

[66] Cfr. ancora Du. Kennedy, *Consciousness, Doctrine, and Politics in the History of American Family Law,* cit.; J. Esquirol, *Le strategie intellettuali dell'analisi critica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/2021, 187 ss.

familiari e la corrispondente restrizione della libertà personale che si cela dietro la retorica dei diritti quando a tutelare entrambi – diritti e legami familiari – sia la prospettiva di essere condannati a corrispondere al congiunto offeso una significativa somma di danaro a titolo di risarcimento del danno. Come già si è osservato, questo orientamento entra in collisione con il superamento dell'indissolubilità del matrimonio e, soprattutto, con l'affermazione del modello di divorzio *no-fault* dovuti alle riforme degli anni '70 e '80. E infatti da esso traspare un malcelato intento punitivo dei comportamenti sleali o non conformi ignoto al diritto speciale. Proprio il ruolo giocato dalla violazione degli obblighi coniugali (o parentali) nelle azioni risarcitorie sembra dunque il punto focale dell'analisi comparativa, laddove emerge come le cautele manifestate dalle corti di common law rispetto ad un ingresso indiscriminato della logica tortious nei rapporti familiari siano facilmente aggirate nelle giurisdizioni di civil law e in quella italiana, in particolare, facendo ricorso al *rights discourse*.

2. Un altro fattore di modernizzazione del diritto di famiglia è comunemente ravvisato nel suo progressivo approssimarsi ai paradigmi del diritto comune, cuore del diritto privato, sino ad assumerli come propri. Laddove, ancora in epoca recente, l'immunità dalla responsabilità civile all'interno della famiglia ha rappresentato una marcata eccezione rispetto al diritto comune e un ostacolo alla piena inclusione del diritto di famiglia nel diritto privato, la sua rimozione attraverso il riconoscimento degli illeciti endofamiliari elimina uno scoglio alla piena inclusione del diritto di famiglia nel diritto privato moderno. Senonché la dottrina degli illeciti endofamiliari sembra piuttosto riprodurre la dicotomia pubblico/privato all'interno delle relazioni domestiche, da un punto di vista generale perché implica un più penetrante controllo pubblico (cioè dei giudici) dei comportamenti degli attori privati nelle loro relazioni intime, e, dal punto di vista specifico del regime delle relazioni familiari, poiché la valenza redistributiva della tutela risarcitoria sembra destinata a svolgere un ruolo di supplenza del welfare in declino, che certamente si muove in una direzione opposta rispetto all'apertura dei rapporti familiari alla autonomia privata, cioè alle prospettive di negoziazione delle conseguenze economiche della crisi familiare che il movimento del diritto di famiglia "dallo status al contratto" offre, almeno sulla carta, ai coniugi[67].

3. Ancora sul fronte dei rapporti diritto speciale/diritto comune, l'ingresso del diritto delle obbligazioni nella disciplina dei rapporti familiari rompe il monopolio del diritto di famiglia e dunque rappresenta un passo ulteriore verso il superamento dell'eccezionalismo che ha sinora dominato questa branca del diritto.

Ma in realtà la dottrina degli illeciti endofamiliari produce un'iper-regolazione delle relazioni domestiche che entra in collisione con la razionalità giusfamiliare, la quale si presenta allora come una sorta di *soft law* se paragonata alla 'durezza' del diritto del mercato. Con l'effetto paradossale di sostituire alla genealogia patriarcale e autoritaria che informa la specialità del diritto di famiglia una regolamentazione delle relazioni intime persino più disciplinante.

4. Come abbiamo visto, una delle ragioni che spinse la Suprema Corte italiana a cambiare orientamento abbandonando il principio "*inclusio unius, exclusio alterius*",

[67] Il tema del riconoscimento della libertà contrattuale nei rapporti familiari è tuttavia da affrontarsi a sua volta in prospettiva critica, tenendo in debito conto i profili problematici messi in luce dall'analisi giusfemminista a proposito della diseguale distribuzione fra i generi del potere negoziale. Si consenta il rinvio a MARELLA, *La contrattualizzazione dei rapporti di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2003, 57 ss.

suggello della competenza esclusiva del diritto di famiglia nella disciplina delle relazioni domestiche, risiedeva nella constatata ineffettività dei rimedi apprestati dal diritto speciale di fronte alla violazione di doveri coniugali di lealtà e correttezza. Ovviamente questa presa di posizione non è neutra dal punto di vista del genere; al contrario, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, la portata redistributiva delle misure risarcitorie accordate ha nettamente favorito all'interno delle coppie le donne, in misure assolutamente prevalente parti attrici nelle cause occasionate da illeciti c.d. endofamiliari. Di fatto il marito sleale viene così a rappresentare il *cheapest cost bearer* nel contesto creato dalla crisi familiare, laddove la tutela prevista dal diritto speciale in risposta alla violazione degli obblighi coniugali non è in grado di garantire alla moglie offesa alcun supporto economico (salvi gli effetti di un eventuale assegno divorzile e le problematiche ad esso connesse) né a compensarla per il disagio patito. Oltre a ciò, la casistica a disposizione evidenzia come i comportamenti coniugali sanzionati dalle corti attraverso la responsabilità civile risultino particolarmente odiosi, ciò che sembra giustificare la vena punitiva che risarcimenti decisamente elevati lasciano trasparire.

Ora non tutte le correnti femministe sarebbero disposte a salutare questa svolta nel diritto delle relazioni familiari come una vittoria delle donne. Se assumiamo il diritto come una pratica discorsiva, non possiamo disconoscere che il discorso che la dottrina degli illeciti familiari produce è un discorso di subordinazione femminile e di vittimizzazione[68]. Come tale può considerarsi un successo di quel *Governance Feminism* che enfatizza la subordinazione sessuale ed economica delle donne e le considera vittime del presente sistema sociale (e giuridico). Mentre invece ad uscirne sconfitti sono quei femminismi, che abbiamo altrove definito post-strutturalisti[69], che rifiutano la visione vittimistica del *Governance Feminism* e aspirano ad un'analisi più sofisticata, per la quale le donne non sono né indefettibilmente vittime, né vivono una condizione di completa uguaglianza con gli uomini, e il diritto gioca un ruolo assai più complesso, nel quadro del quale le norme giuridiche se da un lato producono stereotipi femminili che consolidano la subordinazione delle donne, dall'altro costruiscono lo scenario nel quale donne e uomini continuamente negoziano fra loro le proprie rispettive posizioni nella prospettiva di un cambiamento che potrebbe persino sovvertire il presente ordine sociale a vantaggio delle donne[70].

L'analisi comparativa che si è sviluppata in questo contributo ha il merito di smascherare l'ideologia che sta dietro la retorica della modernizzazione del diritto di famiglia. È infatti piuttosto interessante che in sistemi giuridici come quelli nordamericani, nei quali la contrattualizzazione delle relazioni familiari è senz'altro più penetrante che da noi – contrattualizzazione universalmente riconosciuta come fattore di modernizzazione – le corti frenino sull'apertura della famiglia al law of torts. E non soltanto per ragioni tecnico-giuridiche, che pure hanno la loro rilevanza.

Ancora, insieme all'ambiguità della dicotomia tradizione/modernizzazione nell'analisi delle trasformazioni giuridiche, la comparazione svela la persistenza e l'attuale pervasività in entrambe le aree giuridiche della tensione pubblico/privato nella disciplina dei rapporti familiari. Accanto a ciò emerge altresì la complessità dei rapporti fra

[68] In questo senso si confronti la critica di Frug, *Postmodern Legal Feminism*, Routledge, New York and London, 1992.

[69] Marella, *Bocca di Rosa, Roxanne e le altre. Considerazioni in tema di sesso, mercato e autonomia privata*, in *Pólemos*, 2008, II, 35 ss.

[70] Du. Kennedy, *Sexy Dressing, etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*, Harvard University Press, 1993; Id., *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, cit.

decisione giurisprudenziale, effetti redistributivi del mutamento giuridico sugli attori sociali e ridefinizione dei rapporti di potere fra gruppi sociali e generi. Più in particolare, l'analisi della disciplina dell'illecito endofamiliare nelle giurisdizioni di common law svela per contrasto alcune debolezze dell'elaborazione giurisprudenziale nostrana in materia: la sottovalutazione dell'impatto del discorso dei diritti fondamentali sulle relazioni familiari e una fiducia forse semplicistica nella capacità del diritto di regolare ogni aspetto dei rapporti umani.

FRANCESCA NADDEO

CRISI CONIUGALE ED ACCORDI PREVENTIVI

SOMMARIO: 1. Autonomia coniugale e doveri inderogabili. – 2. Atti di disposizione e funzione determinativa. – 3. Diritti connessi alla crisi coniugale e disponibilità preventiva.

1. *Autonomia coniugale e doveri inderogabili*

L'obiettivo che il presente lavoro si prefigge è quello di verificare se ed in che misura esista un potere, in capo ai coniugi, di disporre dei diritti loro attribuiti *ex lege* in conseguenza della modifica o dell'estinzione del vincolo coniugale prima del perfezionamento delle relative fattispecie costitutive e dunque, in particolare, prima delle nozze o anche dopo la celebrazione ma prima della pronuncia giudiziale di nullità, di separazione personale o di divorzio[1].

Tale verifica presuppone, peraltro, la previa risoluzione della *vexata quaestio* circa la stessa ammissibilità di un'autoregolamentazione delle predette situazioni. Sebbene, infatti, la riforma del diritto di famiglia del 1975 abbia indubitabilmente segnato l'inizio di una parabola ascendente dell'autonomia privata nell'ambito delle relazioni familiari che non sembra ancora destinata ad arrestarsi, tale espansione, con specifico riguardo ai diritti e doveri nascenti dalla legge per effetto del matrimonio, è chiamata a confrontarsi con il dettato dell'art. 160 c.c. che ne sancisce *expressis verbis* l'inderogabilità.

Controverso, com'è noto, è l'ambito di applicazione della predetta disposizione, sia per quanto concerne l'oggetto – che un consistente orientamento dottrinale limita ai soli

[1] Il tema degli accordi preventivi al matrimonio o alla crisi del vincolo coniugale è stato ampiamente affrontato in dottrina: fra i contributi di carattere generale si ricordano, in maniera certamente non esaustiva e rinviando alle note successive per ulteriori riferimenti bibliografici, AMAGLIANI, voce «Patti prematrimoniali», in *Enc. del dir., I Tematici, I - Contratto*, Milano, 2021, 779 ss.; BARBA, *Patti prematrimoniali in previsione della crisi*, in *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo*, a cura di SALANITRO, Pisa, 2020, 205 ss.; AA.VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari,* a cura di LANDINI e PALAZZO, Milano, 2018, *passim*; COPPOLA, *Gli accordi in vista del divorzio*, nel *Trattato di dir. fam*., diretto da Bonilini, *La separazione personale dei coniugi. Il divorzio. La rottura della convivenza more uxorio*, III, Milano, 2016, 2843 ss.; RUSCELLO, *Accordi sulla crisi della famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, *passim*; RUGGIERO, *Gli accordi prematrimoniali*, Napoli, 2005, *passim*; OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I. *Ammissibilità e fattispecie*, Milano, 1999, 494 ss., nonché, per il diritto internazionale privato, ID., *I patti prematrimoniali nel quadro del diritto europeo*, in *Corr. giur.*, 2020, 794 ss.; ZATTI, *La separazione personale*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 3, t. 2, 2ª ed., Torino, 1996, 139 ss.

Negli ultimi anni, inoltre, numerose sono state le proposte di legge volte al riconoscimento e alla disciplina degli accordi prematrimoniali, fra le quali le più recenti sono la p.d.l. C. 244, presentata alla Camera dei Deputati il 23 marzo 2018, e il d.d.l. S. 1151, comunicato alla Presidenza del Senato della Repubblica il 19 marzo 2019, sulle quali cfr., tra gli altri, QUADRI, *In margine ad una recente iniziativa parlamentare in materia di "accordi prematrimoniali"*, in *Giust. civ.*, 2018, 291 ss.; AMAGLIANI, *Gli accordi prematrimoniali nel disegno di legge governativo per la riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, 609 ss.; BASINI, *I così detti "patti prematrimoniali". Note* de iure condendo, in *Fam. e dir.*, 2019, 1153 ss. Sulle proposte di legge precedenti v. per tutti SCIA, *Le proposte in tema di accordi prematrimoniali: tra valorizzazione dell'autonomia negoziale dei coniugi e specialità delle regole del diritto di famiglia*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 191 ss.

diritti di natura patrimoniale[2] – sia per quanto riguarda il limite temporale di operatività del divieto – da alcuni individuato nella cd. fase fisiologica del vincolo coniugale[3].

Entrambe le interpretazioni restrittive, invero, non convincono. Sotto il primo profilo, sebbene l'art. 160 c.c., sia collocato nel capo del codice relativo al regime patrimoniale della famiglia, deve ritenersi che la regola in esso contenuta abbia una valenza di carattere generale, atta a ricomprendere tanto le situazioni giuridiche soggettive a contenuto economico quanto quelle di natura strettamente esistenziale in titolarità dei coniugi[4]. Se pure, infatti, si volesse limitare la portata letterale della norma ai soli diritti e doveri patrimoniali, circoscrivendola in particolare agli obblighi di contribuzione sanciti dagli artt. 143, comma 3, 147 e 148 c.c., non ne discenderebbe di certo, come taluno ha sostenuto[5], la derogabilità dei diritti e doveri personali. A fronte di una gerarchia

---

[2] Cfr., tra gli altri, Ferrando, *Il matrimonio*, nel *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2002, 93; Sacco, *Del regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, in *Comm. dir. it. fam.*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, III, Padova, 1992, 16 ss.; Morelli, *Autonomia negoziale e limiti legali nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 1994, 107; Oberto, *op. cit.*, 600 s.; Grasso, *Il regime patrimoniale della famiglia*, nel *Trattato di diritto privato,* diretto da Rescigno, 3, Torino, 1984, 377; Pacia Depinguente, *Rapporti personali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, 407; Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, 103 ss.; Ferrari, *Gli accordi relativi ai diritti e doveri reciproci dei coniugi*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 784; Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997, 280 ss., il quale limita addirittura il carattere dell'inderogabilità al solo "nucleo essenziale" del dovere di contribuzione rappresentato dall'obbligazione alimentare, sulla base dell'idea che la *ratio* dell'indisponibilità consista nella "finalità di tutela della vita umana dei familiari", tipica ed esclusiva di tale obbligazione (ma *contra*, Ceccherini, *Contratti tra coniugi in vista della cessazione del* ménage, Padova, 1999, 34, che stigmatizza l'identificazione del nucleo essenziale del dovere di contribuzione sancito dall'art. 143 c.c., con l'obbligazione alimentare, di cui l'art. 433 c.c. prevede presupposti e caratteri ben distinti).

[3] Per tutti v. Angeloni, *op. cit.*, 274. Plurime sono le argomentazioni addotte a fondamento della tesi sopra esposta. In primo luogo, sarebbe la collocazione dell'art. 160 c.c. tra le disposizioni generali relative al regime patrimoniale della famiglia a confermare l'esclusiva riferibilità dell'articolo alla sola fase fisiologica del rapporto coniugale. In tal senso, l'A. richiama Oberto, *op. cit.*, 602. In secondo luogo, l'A. ritiene che l'inoperatività della norma sarebbe ulteriormente confermata da un insolito "silenzio normativo" circa la presunta indisponibilità del diritto al mantenimento del coniuge separato e del diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio, dal momento che l'indisponibilità di una determinata situazione giuridica di diritto di famiglia è sempre espressamente sancita dalla legge. Nello stesso senso v. Zatti, *La separazione personale dei coniugi*, Torino, 1988, 139, il quale ritiene che l'applicabilità del divieto *ex* art. 160 c.c. alla crisi coniugale sia certamente impedita dal radicale mutamento strutturale che investe i diritti e gli obblighi dei coniugi nel passaggio dalla fase fisiologica a quella patologica del rapporto.

[4] Estendono la portata dell'art. 160 c.c. anche ai diritti e doveri coniugali di natura personale TOMMASINI, *I rapporti personali tra coniugi,* nel *Tratt. dir. priv.,* diretto da Bessone, IV*, Il diritto di famiglia,* 1, Torino, 1999, 119; Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi*, nel *Commentario Schlesinger*, sub *artt. 143-148*, Milano, 1990, 215 ss.; A. Finocchiaro e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano, 1984, 722; Corsi, *Il regime patrimoniale della famiglia - Tomo II: Le convenzioni matrimoniali, Famiglia e impresa*, Milano, 1984, 25; Ruscello, *I rapporti personali fra coniugi*, Milano, 2000, 88 ss.; Santosuosso, *Il matrimonio*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1987, 220; L. Rubino, *Gli accordi familiari*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.* fondata da Bigiavi, *I contratti in generale*, diretto da Alpa e Bessone, II, 2, Torino, 1991, 1163.

[5] Alagna, *op. cit.*, 103 s., secondo il quale, nell'ambito delle situazioni di natura esistenziale, "i coniugi, in mancanza di uno specifico obbligo dichiarato indisponibile in modo chiaro e non equivoco, sono liberi di operare le scelte ritenute conformi al modo di vita prescelto", purché la decisione avvenga consensualmente. Più restrittiva la posizione di Ferrari, *op. cit.*, 785, che pone come condizione di liceità della deroga convenzionale la reciprocità dell'impegno, in quanto una eventuale rinuncia unilaterale, da parte di un coniuge, ad uno dei diritti in questione sarebbe "espressione evidente di un forte squilibrio nel rapporto fra i due coniugi", contraria al principio di eguaglianza fra gli stessi costituzionalmente sancito. L'autrice, inoltre, finisce per restringere la derogabilità ai soli diritti/doveri alla fedeltà ed alla coabitazione, in considerazione della "pregnanza" e "globalità del contenuto" degli obblighi di assistenza morale e materiale e di collaborazione nell'interesse della famiglia, che non potrebbero essere esclusi senza inficiare con ciò lo stesso significato del vincolo coniugale. Il potere di deroga, infine, viene negato in presenza di prole, ritenendo in tal caso preminente l'interesse all'unità della famiglia, che potrebbe essere minata da

costituzionale di valori che subordina e funzionalizza le situazioni giuridiche di natura economica a quelle di natura esistenziale, un'interpretazione del dato normativo che abbia come risultato quello di garantire alle seconde una tutela meno incisiva che alle prime è, infatti, palesemente assurda[6].

Sotto il secondo aspetto, appare condivisibile l'opinione di chi, pur ammettendo la distinzione fra i diritti e doveri nascenti dal matrimonio *ex* art. 143 c.c. e i diritti e doveri che la legge collega alle situazioni di crisi coniugale, ne sottolinea la sostanziale omogeneità, in quanto entrambe le tipologie hanno come presupposto l'acquisto dello *status* di coniuge, dal quale dipendono tutte le regole che disciplinano lo svolgimento e le vicende del rapporto matrimoniale, inclusa la cd. crisi. Tutte le situazioni giuridiche soggettive in discorso, pertanto, devono considerarsi "effetti" del matrimonio e come tali soggette all'inderogabilità di cui all'art. 160 c.c.[7]

Anche in tal caso, del resto, l'opposta interpretazione che, negando l'operatività della suddetta norma nella fase patologica, finisce per qualificare i diritti in tal fase nascenti come pienamente disponibili[8], appare in "singolare contrasto" [9], oltre che con il principio solidaristico che impronta di sé tutta la disciplina dei rapporti familiari, con la stessa evoluzione normativa in tema di autonomia negoziale, sempre più sensibile alle esigenze di tutela del contraente debole e, in definitiva, di giustizia contrattuale. E se nel diritto dei contratti la regola che demanda alla libera volontà dei privati – purché scevra da patologici condizionamenti – la determinazione dell'assetto contrattuale cede sempre più il passo alla normativa speciale volta a garantire l'effettivo equilibrio delle posizioni, nel diritto di famiglia – ove, più che in ogni altra area del diritto civile, "la logica patrimonialistica deve cedere di fronte all'ineludibile salvaguardia delle istanze della persona"[10] – la tutela del coniuge "debole" assurge a principio di carattere generale, direttamente ricavabile dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 29 Cost.[11]

---

siffatti accordi. Tuttavia, prima ancora che tale ricostruzione, per più versi criticabile, ad essere inaccettabile è la stessa visione di fondo che la ispira, secondo la quale "quando i coniugi con il proprio comune accordo si riconoscono condizioni di convivenza meno costrittive e vessatorie migliorano la propria condizione a mezzo dell'esercizio dell'autonomia …": quasi che il modello legale di famiglia fosse una sorta di "prigione" da cui evadere consensualmente!

[6] Cfr., in tal senso, Ruscello, *op. cit.*, 91. Sulla preminenza delle situazioni esistenziali rispetto a quelle patrimoniali si vedano, per tutti, le considerazioni di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale,* Napoli, 1991, 151 ss.

[7] E. Russo, Le convenzioni matrimoniali, nel *Commentario Schlesinger*, sub *artt. 159 - 166 bis*, Milano, 2004, 295 ss. e Id., *Gli "effetti inderogabili" del matrimonio (contributo allo studio dell'art. 160 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 569. Analogamente, Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale,* in *Familia,* 2003, I, 45 ss., il quale evidenzia come la regolamentazione della crisi coniugale non possa sfuggire al limite di cui all'art. 160 c.c. "perché presuppone pur sempre la persistenza del vincolo matrimoniale".

[8] Cfr., per tutti, Oberto, *op. cit.*, 387 ss.; Angeloni, *op. cit.*, 280 ss.; Id., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio: distinguishing o prospective overruling?,* in *Contr. e impr.*, 2000, 1142 ss.. In giurisprudenza, v. Cass., n. 6424/1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 459, secondo la quale "i rapporti patrimoniali tra i coniugi separati hanno rilevanza solo per le parti, non essendovi coinvolto alcun pubblico interesse, per cui essi sono pienamente disponibili e rientrano nella loro autonomia privata".

[9] Sono parole di Quadri, *Autonomia negoziale dei coniugi e recenti prospettive di riforma,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2001, II, 284 ss. Sul punto, sottolinea che è "un'altra sicura tendenza del nostro tempo (…) quella di non abbandonare la parte debole al potere contrattuale della parte forte" C.M. Bianca, *Diritto civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 17.

[10] Così Donisi, *Limiti all'autoregolamentazione degli interessi nel diritto di famiglia*, in *Rass. dir. civ.,* 1997, 532. L'A. sostiene che dietro la progressiva "patrimonializzazione" del diritto di famiglia si celi il gravissimo ed incombente pericolo di una sua "mercantilizzazione".

[11] Sul significato del principio di ordine pubblico nel diritto di famiglia si rinvia per tutti a Di Gregorio, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003, *passim*.

Né appare conforme ad un criterio di ragionevolezza limitare tale tutela alla sola fase fisiologica, sulla base dell'argomentazione che in quella patologica, allentandosi o addirittura estinguendosi il vincolo coniugale, non sarebbe più giustificata la deroga alle regole comuni. In tal modo, infatti, si abbandona la parte bisognosa al potere contrattuale del più forte proprio quando l'esigenza di protezione si fa più intensa[12].

Di contro, da una lettura assiologicamente orientata del dato normativo emerge come il principio di solidarietà economica possa e debba ritenersi valevole anche nella fase patologica, seppure con i dovuti adeguamenti richiesti dalle vicende del vincolo[13]. E così nella separazione – ove non la si consideri semplice "anticamera" del divorzio[14] –, non può dubitarsi che l'obbligo al mantenimento del coniuge meno abbiente, sebbene strutturalmente diverso ed autonomo rispetto all'obbligo di contribuzione, ne rappresenti espressione e adeguamento al venir meno della convivenza. Ma anche quando il vincolo coniugale più non sussiste o addirittura viene ad esser dichiarato come mai esistito, la valenza ultra-attiva della solidarietà coniugale, unitamente al principio di tutela della persona, impone di riconoscere l'inderogabilità degli obblighi di natura patrimoniale finalizzati a garantire al beneficiario un modello di vita economicamente autonomo e dignitoso.

Tali considerazioni devono ritenersi valevoli anche dopo la svolta recentemente operata dalla Suprema Corte in merito ai parametri di determinazione dell'assegno divorzile: sebbene, infatti, la giurisprudenza di legittimità abbia significativamente abbassato il livello di tutela del coniuge economicamente più debole, abbandonando il criterio del tenore di vita coniugale nella quantificazione dell'assegno[15] e dando, viceversa, un peso preminente al criterio contributivo[16], la funzione assistenziale dello stesso e dun-

[12] V. al riguardo, Auletta, *Gli accordi sulla crisi familiare*, cit., 52 ss.

[13] Sottolinea come i principi costituzionali di eguaglianza e di solidarietà coniugale che sono a fondamento della disciplina dei rapporti coniugali impongano, a tutela del coniuge "debole", una considerazione peculiare rispetto alle regole comuni, soprattutto nella definizione della crisi familiare, quando massima è la tensione tra libertà e responsabilità, i valori sul cui equilibrio si fonda il senso stesso dell'esperienza familiare, Quadri, *op. cit., passim.*

[14] Sull'autonomia funzionale della separazione personale rispetto al divorzio si vedano per tutti P. Perlingieri, *op. cit.*, p. 510 ss.; Autorino Stanzione, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, in Autorino Stanzione - Musio, *Il divorzio. Disciplina, procedura e profili comparatistici*, Milano, 2002, 205 ss.

[15] In particolare, secondo Cass., n. 11504/2017, in *Fam. e dir.*, 2017, p. 636, con nota di Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, "il parametro di riferimento cui rapportare il giudizio sull'"adeguatezza-inadeguatezza" dei mezzi dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio e sulla possibilità-impossibilità per ragioni oggettive dello stesso di procurarseli va individuato non più nel "tenore di vita avuto in costanza di matrimonio", ma nel raggiungimento dell'"indipendenza economica" del richiedente: se è accertato che quest'ultimo è economicamente indipendente o è effettivamente in grado di esserlo non deve essergli riconosciuto il relativo diritto". Per la Corte, infatti, "il parametro del "tenore di vita" – se applicato anche nella fase *dell'an debeatur* – collide radicalmente con la natura stessa dell'istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici: infatti, con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale – a differenza di quanto accade con la separazione personale, che lascia in vigore, seppure in forma attenuata, gli obblighi coniugali di cui all'art. 143 cod. civ. -, sicché ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo sia pure limitatamente alla dimensione economica del "tenore di vita matrimoniale" ivi condotto – in una indebita prospettiva, di "ultrattività" del vincolo matrimoniale".

[16] Cass., sez. un., n. 18287/2018, in *Fam. e dir.*, 2018, 1058 afferma infatti che "all'assegno di divorzio deve attribuirsi una funzione assistenziale e, in pari misura, compensativa e perequativa. Ai fini del riconoscimento dell'assegno si deve adottare un criterio composito che, alla luce della valutazione comparativa delle rispettive condizioni economico-patrimoniali, dia particolare rilievo al contributo fornito dall'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio, alle potenzialità reddituali future ed all'età dell'avente diritto". La Suprema Corte fonda il parametro "sui principi costituzionali di pari dignità e di solidarietà che permeano l'unione matrimoniale anche dopo lo scioglimento del vincolo", poiché "il contributo fornito alla conduzione della vita familiare

que la garanzia di un'esistenza informata al principio di dignità personale non è stata e non può essere certo obliterata[17].

Pertanto, nonostante le innegabili diversità rispetto alla prestazione alimentare, per quanto concerne in particolare i criteri giudiziali di quantificazione dei diritti in questione, i limiti alla loro disponibilità sono analoghi, dovendosi pertanto ritenere inammissibile sia una rinuncia preventiva da parte del titolare, sia una determinazione convenzionale che vanifichi sostanzialmente la funzione assistenziale della relativa prestazione[18].

Argomenti in contrario alla tesi sostenuta non possono desumersi dalla possibilità riconosciuta all'avente diritto di non proporre la domanda: com'è stato chiarito, infatti, non deve confondersi la disponibilità della norma civile con la disponibilità convenzionale del diritto[19]. In altri termini, la qualifica di un diritto come indisponibile comporta, sul piano sostanziale, una limitazione legale all'autonomia negoziale del suo titolare ma non sopprime, sul piano processuale, la facoltà del medesimo di agire o meno in giudizio per far valere il diritto stesso.

Infine, nemmeno la pretesa insindacabilità nel merito dell'accordo di separazione, dell'accordo fra i coniugi nella procedura di divorzio su domanda congiunta e delle convenzioni di negoziazione assistita in materia di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio *ex* art. 6 l. n. 162/2014 può essere addotta come indice della disponibilità dei diritti in questione: altro è, infatti, il giudizio sull'opportunità della scelta di separarsi o sull'equità dell'assetto di interessi predisposto dai coniugi – sicuramente precluso al giudice –, altro è la valutazione della liceità e meritevolezza di tutela dell'accordo in rapporto ai principi fondamentali dell'ordinamento e di quelli vigenti nella specifica materia familiare, quali appunto il principio di eguaglianza e di solidarietà[20]. Ove, come si è detto, si ritenga che gli obblighi di contribuzione e di mantenimento siano espressivi di questi ultimi principi, non può revocarsi in dubbio l'invalidità del patto con il quale i coniugi convengano l'eliminazione, totale

---

costituisce il frutto di decisioni comuni di entrambi i coniugi, libere e responsabili, che possono incidere anche profondamente sul profilo economico patrimoniale di ciascuno di essi dopo la fine dell'unione matrimoniale". Nonostante il richiamo ai principi costituzionali, tuttavia, com'è stato criticamente osservato, "la lettura delle Sezioni Unite (…) rischia di schiacciare il fine redistributivo e perequativo – pur declamato – sotto il peso della funzione compensativa; di svilire la dimensione comunitaria del matrimonio ed espandere una strisciante logica di scambio, che – già nelle prime applicazioni successive alla svolta del 2018, ha portato, di fatto, a una sistematica riduzione, nell'*an* e nel *quantum*, dell'assegno di divorzio" (Bargelli, *op. cit.*, 256, la quale cita, al riguardo, le successive sentenze di Cass., 30.8.2019, n. 21926, in *Fam. e dir.*, 2019, 1077, e Cass., n. 21234/2019, *ivi*, 1080, con nota di Al Mureden, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei big money cases*).

[17] Secondo Bargelli, *op. cit.*, 255, sarebbe peraltro "indiscutibile" che l'applicazione del criterio compensativo e del criterio contributivo possano, nel caso concreto, condurre anche ad escludere il diritto all'assegno divorzile.

[18] Autorino Stanzione, *op. ult. cit.*, 211.

[19] E. Russo, *Il divorzio all'americana; ovvero l'autonomia privata nel rapporto matrimoniale,* in *Foro it.,* 2001, I, 1319 ss., il quale spiega come la prima sia un carattere coessenziale a tutte le norme civili nel senso che l'attuazione dei diritti soggettivi civili è sfornita di azione pubblica ed è rimessa totalmente all'iniziativa del titolare dell'interesse protetto (principio della domanda/principio dell'onere della prova/principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato). Quando, invece, la legge parla di inderogabilità o indisponibilità di un diritto intende porre un limite all'autonomia negoziale delle parti, fermo restando che le stesse restano arbitre della facoltà insindacabile di agire o meno in giudizio per far valere i propri diritti.

[20] Cfr., tra gli altri, Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 198 ss.; Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione personale dei coniugi,* nel *Trattato di diritto privato,* diretto da Rescigno, 3, t. 2, 2ª ed., Torino, 1982, 139 ss.; Pignataro, *Forme di separazione personale*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da Autorino Stanzione, vol. II, *La separazione. Il divorzio*, Torino, 2005, 64 ss.

o parziale, del relativo diritto – invalidità che potrà essere rilevata sia in un controllo successivo che dallo stesso giudice della separazione o del divorzio [21].

Tuttavia, l'impossibilità di limitare o escludere, tramite autoregolamento, i diritti e doveri nascenti dal matrimonio non comporta la completa negazione dell'autonomia privata in tale settore. I concetti di inderogabilità e di indisponibilità, infatti, non coincidono, potendosi configurare degli atti di esercizio del potere di disposizione che non si traducano in una deroga alla situazione giuridica soggettiva che ne costituisce oggetto.

Occorre, al riguardo, partire dalla considerazione che se "per negozio di disposizione in senso tecnico si intende qualsiasi negozio che produca direttamente una modificazione in senso lato su un diritto"[22], a questa categoria possono ricondursi tutte le fattispecie che producono una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico.

Con riferimento alle situazioni familiari, è chiaramente escluso che l'autonomia privata possa incidere sulla nascita o sulla fine dei relativi rapporti, escludendone o procrastinandone l'acquisto, oppure estinguendone la titolarità tramite la rinunzia o il trasferimento ad altri[23]. Se, tuttavia, si incentra l'attenzione sulla terza categoria di effetti giuridici, rappresentata dalle vicende modificative del rapporto, e si considera che in essa va fatta rientrare anche la modifica della sua disciplina, può ipotizzarsi la configurabilità di un'autoregolamentazione dello svolgimento del vincolo coniugale che non si ponga in termini di deroga ai diritti e doveri contemplati dalla legge ma piuttosto di attuazione e specificazione del contenuto e delle modalità di esercizio degli stessi in sintonia con le finalità ordinamentali[24].

Con riguardo all'obbligo di contribuzione, ad esempio, un margine di operatività del potere di disposizione del correlativo diritto può riconoscersi nella determinazione del *quantum* della prestazione in base al parametro di riferimento dato dai "bisogni della famiglia": concetto essenzialmente relativo che, al di là di un *minimum* costituito da quanto è indispensabile per la sopravvivenza del nucleo familiare, a sua volta richiede di essere individuato sulla base delle circostanze di fatto e di altri parametri variabili, tra i quali la dottrina annovera appunto la stessa autonomia coniugale, "cui è rimessa, in definitiva, la determinazione del concreto tenore di vita della famiglia"[25].

---

[21] Il rilievo è di E. Russo, *Il divorzio all'americana*, cit., 1322 ss. Siffatta conclusione, del resto, è suffragata anche dall'esperienza di sistemi giuridici vicini al nostro nei quali è espressamente previsto il potere del giudice di rifiutare l'omologazione dell'accordo di divorzio ove esso sia "gravemente pregiudizievole" per uno dei coniugi (art. 90 c.c. spagnolo) o "sembri preservare insufficientemente" i suoi interessi (artt. 1088 ss. *nouv. Code proc. civ.* francese).

[22] D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 401 s.; nello stesso senso, P. Perlingieri - Femia, *Dinamica delle situazioni soggettive*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, 80.

[23] Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia*, cit., 148 s.; Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2004, 63; Fortino, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 1997, 154 s.; Ongaro, *Le invalidità del matrimonio*, in Aa.Vv., *Separazione divorzio annullamento del matrimonio*, Torino, 1999, 76; Sesta, *Diritto di famiglia*, Padova, 2005, 89; Mantovani, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia. Trattato*, diretto da Bonilini e Cattaneo, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, 425.

[24] In tal senso Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, 149; Naddeo, *Il governo della famiglia*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico* diretto da Autorino Stanzione, vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, Torino, 2a ed., 2011, 571 ss.; Stanzione, *Famiglia, Autonomia e Controlli*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2017, 6 s. In linea generale, sulla riconducibilità delle modifiche delle modalità attuative del rapporto alle vicende modificative dello stesso, inteso, sotto il profilo funzionale, come regolamento di interessi, v. P. Perlingieri, Sub *artt. 1230-1259*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Libro IV, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1975, 173; Stanzione, *Rapporto giuridico*, in *Studi di diritto civile*, Napoli, 1986, 211.

[25] Paradiso, *op. cit.*, 85 s.; analogamente, Falzea, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1977, 636; Cattaneo, *Corso di diritto civile. Effetti del matrimonio, regime patrimoniale, separazione e divorzio*, Milano, 1988, 43.

Tale discorso vale, *mutatis mutandis*, anche per tutti gli altri obblighi coniugali inderogabili a contenuto patrimoniale, i quali pertanto possono dirsi caratterizzati da una indisponibilità "relativa" che non impedisce un sia pur limitato ruolo dell'autonomia privata nella loro determinazione in base alle circostanze concrete.

2. *Atti di disposizione e funzione determinativa*

Una volta definito l'ambito di operatività dell'autonomia privata in rapporto alle situazioni giuridiche soggettive – ed in particolare, a quelle di contenuto patrimoniale – nascenti dalla legge per effetto del matrimonio, occorre qualificare la natura degli accordi determinativi di tali obblighi legali inderogabili. Desta perplessità, al riguardo la tesi che li ricostruisce come negozi di accertamento, con funzione ricognitiva, cioè, dell'obbligazione legale[26]. *In primis*, seppure si volesse ammettere la teorica configurabilità di una così controversa categoria negoziale[27], non potrebbe non convenirsi, infatti, che la sua sfera di operatività dovrebbe essere circoscritta alle sole situazioni pienamente disponibili[28].

Inoltre, la dipendenza dell'accordo determinativo dai presupposti contemplati dalla legge porterebbe alle estreme conseguenze di ritenere prevalente la legge sulla disciplina pattizia anche quando quest'ultima stabilisse un trattamento più favorevole per il soggetto tutelato. Di contro, dottrina e giurisprudenza sono sufficientemente concordi nel ritenere, in linea generale, lecita e meritevole di tutela – in considerazione della rispondenza dell'accordo all'interesse protetto dalla legge – la cd. deroga *in melius* rispetto a quella che sarebbe stata la determinazione in base ai criteri legali[29].

Problemi particolari suscita del resto la su esposta qualifica ove si tratti di accordi preventivi: come autorevole dottrina ha sottolineato, infatti, un negozio ricognitivo di

[26] Cfr., per tutti, AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 51 s.

[27] Si rinvia, in merito, alle considerazioni di CATRICALÀ, voce «Accertamento (negozio di)», in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 5 ss. ed alle ulteriori indicazioni bibliografiche ivi riportate.

[28] Sull'oggetto del negozio di accertamento v. per tutti, nell'ambito della dottrina favorevole alla sua configurabilità, GIORGIANNI, voce «Accertamento, (negozio di)», in *Enc. del dir.,* I, Milano, 1958, 227 ss.

[29] In giurisprudenza, già CASS., sent. n. 2270/1993, in *Corr. giur.,* 1993, 821, afferma testualmente: "Quando è di matematica evidenza la maggiore vantaggiosità della pattuizione in rapporto all'interesse protetto dalla norma (…) il disconoscimento della volontà liberamente manifestata dalle parti provocherebbe un inutile sacrificio dell'interesse protetto dalla norma; un sacrificio che risponderebbe ad una vecchia concezione del controllo pubblico del diritto privato e che non terrebbe conto dei valori di autodeterminazione e di negozialità che anche nel diritto di famiglia si vanno affermando". In dottrina, cfr., tra gli altri, ZOPPINI, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1990, 1331; E. RUSSO, *Il divorzio all'americana,* cit., 1319 ss., il quale rileva che l'unico rigoroso limite cui deve soggiacere la determinazione convenzionale è rappresentato dal "*minimum* inderogabile" di tutela giuridica; dopodiché, tutte le volte in cui l'autonomia privata non deroga il "parametro minimo legale", non può dubitarsi della meritevolezza di tutela di un'attività determinativa volta a regolare gli interessi e i diritti dei coniugi in maniera più rispondente alle proprie, specifiche esigenze personali. Ciò premesso, lo stesso A., con specifico riferimento alla determinazione *in melius* dell'assegno divorzile, osserva ulteriormente che, quando l'autonomia privata rispetta, anche per equivalente, il contenuto assistenziale dell'assegno, non vi è ragione di considerare illecita la manifestazione di autonomia; al contrario, "essa si sostituisce totalmente alla determinazione legale operata dal giudice, la quale può sempre essere richiesta qualora le circostanze dimostrino l'insufficienza della determinazione convenzionale rispetto al parametro minimo legale". Sul punto cfr. anche AUTORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., 212, la quale richiama ad implicito avallo della tesi la pronuncia della Corte cost. n. 87/1995 in cui il Giudice delle leggi, pur negando la rilevanza nei confronti dei terzi di accordi stragiudiziali tra coniugi attuativi di diritti "per il cui esercizio la legge predispone lo strumento del processo", ne afferma peraltro la piena efficacia tra le parti.

un'obbligazione legale la cui nascita ed entità è, al momento della stipula, assolutamente incerta, sarebbe radicalmente nullo per impossibilità o indeterminatezza dell'oggetto[30].

Tali problemi, invece, non si pongono se si accoglie la tesi per cui la funzione determinativa è distinta ed autonoma da quella di mero accertamento, prescindendo pertanto dalla verità delle situazioni accertate e dal reale contenuto del rapporto di fonte legale[31]. Ciò non toglie, tuttavia, che l'inderogabilità dell'obbligo oggetto della pattuizione incida sulla vincolatività della stessa, condizionandola a due presupposti: dal punto di vista genetico, che l'accordo non comporti, nella sostanza, l'abrogazione dell'obbligo legale; dal punto di vista funzionale, che circostanze sopravvenute non rendano l'assetto di interessi programmato non più rispondente agli interessi tutelati dalla legge nel caso di specie. Dal combinato disposto degli artt. 440 c.c., in materia di alimenti, 155 c.c., in tema di mantenimento del coniuge separato e 9 l. n. 898/70, in merito all'assegno divorzile, emerge infatti un principio fondamentale di ordine pubblico, valevole non solo nei confronti delle determinazioni giudiziali ma anche di quelle convenzionali, in base al quale le prestazioni economiche di natura assistenziale vanno adeguate alle mutate circostanze di fatto[32].

Poiché, dunque, la sottoposizione dell'accordo determinativo alla clausola *rebus sic stantibus* deve ritenersi costituire il "riflesso dell'inderogabilità dell'obbligo legale rispetto al quale si svolge l'attività determinativa delle parti"[33], un accordo determinativo che ne escluda l'operatività deve ritenersi radicalmente nullo.

---

[30] C.M. Bianca, *Diritto civile*, *II, La famiglia. Le successioni,* cit., 203. In senso parzialmente analogo Auletta, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 46 ss., il quale restringe tale conclusione ai soli accordi stipulati in vista di una crisi solo ipotetica – che tra l'altro, se stilati precedentemente o contestualmente alla celebrazione del matrimonio, vengono dall'autore sospettati di inficiare la stessa serietà del consenso alle nozze –. È invece ammessa la validità di accordi conclusi al momento della separazione ed in vista del divorzio, "o al momento in cui la crisi si profila o anche contestualmente alla riconciliazione ove i coniugi vogliano regolamentare gli effetti futuri di una eventuale nuova crisi", se peraltro l'accertamento è compiuto "sulla base dei presupposti esistenti al momento della stipulazione dell'accordo, con possibilità di revisione ove al momento della crisi essi risultino modificati". Anche Bargelli, *op. cit.*, 272, ritiene che un accordo preventivo sul mantenimento, "se non ancorato a un determinato indirizzo della vita familiare attuale e concreto", sarebbe nullo per difetto concreto di causa o per indeterminatezza dell'oggetto.

[31] Così Doria, *Autonomia privata e "causa" familiare,* Milano, 1996, 163; ma v. già E. Russo, *Gli atti determinativi del contenuto di obblighi legali nel diritto di famiglia*, in *Vita not.*, 1983, 11, ed ora in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, 221 ss., al quale si deve la prima teorizzazione della categoria dei negozi determinativi degli obblighi legali; cfr., inoltre, Id., *Il divorzio all'americana,* cit., 1319 ss.; De Nova, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, II, *Diritto privato*, Milano, 1998, 263. Mettono in evidenza gli inconvenienti derivanti dal ricorso alla figura del negozio di accertamento Ceccherini, *op. cit.*, 107 e Cerri, *Accordi prematrimoniali*, Milano, 2011, 90. In particolare, quest'ultimo A. ha osservato che l'*empasse* principale alla riconduzione delle intese sul regime economico post-matrimoniale nell'alveo del negozio di accertamento risiede proprio nella labile efficacia che contraddistingue tale figura negoziale, "dal momento che in ogni tempo può essere dimostrato un rapporto giuridico fondamentale diverso rispetto a quanto accertato".

[32] Doria, *op. cit.*, 168 ss. secondo il quale la *ratio* giustificatrice della sottoposizione dell'attività negoziale determinativa alla clausola *rebus sic stantibus* risiede nel fatto che "l'interesse tutelato dalla legge attraverso il riconoscimento del diritto agli alimenti e del diritto al mantenimento postula la necessaria modificabilità del regolamento convenzionale qualora quest'ultimo, per effetto di accadimenti sopravvenuti all'accordo determinativo, non sia più adeguato agli interessi che si intendevano soddisfare". In particolare, l'attività determinativa del contenuto dell'obbligazione alimentare e del contenuto dell'obbligazione di mantenimento nella separazione e nel divorzio subisce l'incidenza di fattori esterni e sopravvenuti rispetto alla programmazione negoziale, nella misura in cui tali fattori ne rendano necessario un adeguamento, in ragione della preservazione degli interessi sottesi all'inderogabilità dell'obbligo legale. In tal senso anche Bargelli, *op. cit.*, 274.

[33] Id., *ibidem.*

La cd. efficacia debole degli accordi determinativi non è incompatibile, del resto, con la loro qualifica contrattuale, poiché le regole generali in materia di contratto non possono essere automaticamente trasposte agli atti di autonomia "familiare", in virtù della specialità della materia e degli interessi tutelati.

3. *Diritti connessi alla crisi coniugale e disponibilità preventiva*

Alla luce delle predette considerazioni, si può ora tentare di dare al problema della disponibilità in via preventiva dei diritti coniugali patrimoniali una soluzione coerente e soprattutto unitaria, sottoponendo a vaglio critico gli attuali orientamenti giurisprudenziali che, in materia di accordi connessi alla crisi coniugale, giungono invece a conclusioni diverse e tra loro contraddittorie.

Com'è noto, infatti, gli accordi preventivi di divorzio vengono decisamente osteggiati dalle Corti che li bollano di nullità per illiceità causale, con una serie di argomentazioni delle quali alcune sono manifestamente infondate, altre superabili attraverso una corretta ricostruzione del potere di disposizione in via preventiva.

Si asserisce, *in primis*, che tali pattuizioni, condizionando direttamente o indirettamente il comportamento processuale delle parti nel successivo procedimento di divorzio, comporterebbero una violazione del diritto alla difesa ed un conseguente "commercio di *status*"[34].

Altra causa di illiceità degli accordi suddetti viene individuata nella contrarietà al principio di indisponibilità preventiva dei diritti patrimoniali conseguenti allo scioglimento del matrimonio, che sarebbe ricavabile tra l'altro dall'art. 160 c.c[35].

Si adduce, infine, a sostegno della radicale nullità delle pattuizioni preventive, l'impossibilità di sottoporre al controllo giudiziale di equità la liquidazione *una tantum* dell'assegno divorzile che, invece, è indispensabile affinché il regolamento di interessi fissato dalle parti possa essere definitivo[36].

---

[34] Una simile argomentazione, costantemente ribadita in numerose altre pronunce, è stata per la prima volta esposta da Cass., n. 3777/1981, in *Giur. it.,*1981, I, 1, 1159. Tale pronuncia, benché risalente, chiarisce inequivocabilmente la posizione assunta dalla Suprema Corte in merito alla validità degli accordi preventivi di divorzio. Ad avviso dei Giudici di Legittimità, detti accordi sono nulli per illiceità della causa: essi sortirebbero l'effetto di condizionare il comportamento processuale, inducendo "a seconda dei casi il contraente economicamente più debole a non difendersi nel giudizio di divorzio, pur di percepire, al più presto possibile, un vantaggio economico che il suo stato di inferiorità economica fa apparire più vistoso ai suoi occhi, facendogli con ciò stesso sottovalutare il bene del matrimonio, ovvero il contraente effettivamente più motivato al divorzio – perché più ottimista e più desideroso di rifarsi una vita – a subire anche odiosi ricatti concedendo sul piano economico molto più del giusto".

[35] Sempre in Cass., n. 3777/1981, cit. In dottrina, attestandosi sulla medesima posizione assunta dalla Corte, affermano la nullità degli accordi preventivi di divorzio per contrarietà alla "norma imperativa" posta dall'art. 160 c.c., Gabrielli, *Indisponibilità preventiva degli effetti patrimoniali del divorzio: in difesa dell'orientamento adottato dalla giurisprudenza,* in *Riv. dir. civ.,* 1996, I, 699 e Dalmotto, *Indisponibilità sostanziale e disponibilità processuale dell'assegno di divorzio*, in *Giur. it.,* I, 1993*,* 345 - 346.

[36] In tal senso Cass., n. 13128/1991, in *Giust. civ.,* 1992, I, 1239. *Contra*, Angeloni, *Autonomia privata*, cit., 431 e più recentemente, Id., *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio,* cit., 1146, per il quale la tesi che argomenta l'inammissibilità degli accordi preventivi di divorzio dalla presunta impossibilità di effettuare, al momento della loro stipulazione, il controllo giudiziale di equità relativamente alla liquidazione *una tantum* dell'assegno di divorzio non può affatto costituire un ostacolo all'affermazione della validità degli accordi, poiché il controllo di equità della corresponsione in unica soluzione dell'assegno divorzile vale esclusivamente nell'ambito dell'ordinario procedimento contenzioso, non anche nel corso del procedimento di divorzio su domanda congiunta e neppure per quanto concerne gli accordi dei coniugi definiti in via preventiva e stragiudiziale. Anche Ceccherini,

Partendo proprio da quest'ultima argomentazione, può sicuramente convenirsi, alla luce delle considerazioni su esposte, sull'illiceità di una pattuizione con la quale i coniugi escludano il potere di revisione in via giudiziale dell'accordo per il caso di mutamento delle circostanze di fatto nel tempo intercorso tra la sua stipula e l'avvio del procedimento divorzile[37]. E tuttavia, non si concorda sul fatto che una siffatta volontà delle parti sia *in re ipsa* nella stipula di un accordo preventivo, ritenendosi piuttosto che essa debba essere ricostruita caso per caso secondo le ordinarie regole ermeneutiche.

Inoltre, quand'anche risultasse che le parti abbiano inteso attribuire all'assetto di interessi predisposto carattere di definitività, può ipotizzarsi, in applicazione del principio di conservazione del contratto espresso nell'art. 1419 c.c., la salvezza del regolamento contrattuale "integrato" in via giudiziale con la clausola *rebus sic stantibus*, ammettendo pertanto il potere di ciascuno dei coniugi di chiedere la revisione della determinazione convenzionale nell'ambito del procedimento di scioglimento del matrimonio se le condizioni patrimoniali delle parti siano sensibilmente mutate nel periodo di tempo intercorrente tra la stipula dell'accordo e la pronuncia di divorzio[38].

Quanto all'argomentazione che fa leva sull'indisponibilità assoluta dell'assegno divorzile per sostenere la radicale nullità degli accordi preventivi, è evidente la sua contraddittorietà rispetto all'orientamento della stessa giurisprudenza in merito alla relativa disponibilità del medesimo assegno nel contesto del procedimento di scioglimento del matrimonio[39]. Orientamento avvalorato, del resto, dalla decisione della Suprema Corte

---

op. cit., p. 144, ritiene che l'accordo diretto a liquidare (in via preventiva) l'assegno divorzile in un'unica soluzione sia pienamente valido ed efficace tra le parti, a prescindere dalla valutazione di equità. Di diverso avviso è, invece, AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.,* 213 s., per la quale la norma dettata dall'art. 5, co. 8, l. 898/1970 deve ritenersi applicabile anche al procedimento di divorzio su domanda congiunta e dunque la determinazione della liquidazione *una tantum* dell'assegno divorzile è sempre subordinata alla garanzia del controllo equitativo del giudice, risultando incomprensibile come una pattuizione di identico contenuto possa incontrare limiti diversi a seconda del contesto negoziale in cui risulta essere inserita. Ciò non implica, peraltro, che gli accordi preventivi di divorzio vadano considerati nulli, poiché la sottoposizione alla clausola *rebus sic stantibus* dei patti tra coniugi volti a regolamentare i rispettivi rapporti patrimoniali post-coniugali – sia che vengano stipulati contestualmente, successivamente o precedentemente alla sentenza di divorzio – è la regola; sicché, nell'ipotesi in cui, nell'intervallo di tempo intercorrente tra la stipula dell'accordo e la pronuncia della sentenza di divorzio, dovesse verificarsi un mutamento delle condizioni patrimoniali delle parti, "non vi è ragione di escludere che ciascuno dei coniugi possa chiedere la revisione della determinazione convenzionale nell'ambito dello stesso procedimento di scioglimento del matrimonio".

[37] Cfr., per tutti, AULETTA, Gli *accordi sulla crisi coniugale,* in *Familia,* 2003, I, 45 ss., il quale sottolinea come l'effetto preclusivo non possa operare nemmeno a danno del solo obbligato.

[38] Fonda sul principio di buona fede la possibilità di controllo giudiziale degli accordi preventivi in rapporto alle circostanze di fatto esistenti al momento dello scioglimento del matrimonio FRANCO, *op. cit.*, 115 s.. Richiama in linea generale la buona fede "quale fonte integrativa ed eventualmente correttiva [in funzione protettiva] del programma contrattuale in tutti i casi in cui, nel momento in cui la regola che dev'essere applicata, [si dimostrasse] oggettivamente sproporzionata ovvero determina[nte] un'anomala ripartizione dei rischi e degli oneri tra le parti" ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ*., 2001, 230 ss. Sulla sottoposizione degli accordi preventivi alla clausola *rebus sic stantibus* cfr. anche RIMINI, *I patti in vista del divorzio: la Cassazione rimane ancorata alla nullità*, in *Fam. e dir*., 2021, 895; BARGELLI, *op. cit*., 274; NAZZARO, *Il contenuto degli accordi pre-crisi. I limiti di negoziabilità*, in AA.VV., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, cit., 86; PALAZZO, *Contratti in vista del divorzio e assegno postmatrimoniale*, *ivi*, 269 s.; TARDIA, *Gli "accordi prematrimoniali» tra timide aperture giurisprudenziali, autonomia negoziale e tutela del coniuge economicamente debole"*, in *Rass. dir. civ*., 2015, 256 ss., 258 ss.; spec., 283 ss.; T.V. RUSSO, *Il potere di disposizione dei diritti inderogabili. Riflessioni sul giudizio di meritevolezza degli accordi prematrimoniali regolativi della crisi della famiglia*, in *Rass. dir. civ.,* 2014, 459 ss.

[39] Sul punto, per una più approfondita ricostruzione delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito alla natura e alla disponibilità dell'assegno divorzile, si consenta il rinvio a NADDEO - VITERALE, *Accordi ante nuptias e limiti all'autonomia privata,* in *www.comparazionedirittocivile.it,* 2014, 13 ss.

a sezioni unite con la quale si è affermata la funzione composita dell'assegno divorzile, "assistenziale ed in pari misura compensativa ed equitativa", poiché è indubbio che la componente compensativa, a differenza di quella assistenziale, sia liberamente negoziabile dalle parti[40].

Nel momento in cui si ammette la sottoponibilità al vaglio del giudice anche degli accordi preventivi, la distinzione, operata dalla Corte, tra pattuizioni relative ad "un divorzio che le parti hanno già deciso di conseguire" e pattuizioni inerenti un divorzio che esse hanno "semplicemente prefigurato"[41] è *ictu oculi* priva di giuridico fondamento.

Com'è stato efficacemente sottolineato, infatti, "l'inderogabilità di un determinato nucleo di interessi (…) prescinde, *sub specie iuris*, dal momento in cui le parti regolano tali interessi" e pertanto la questione della validità degli accordi con i quali i coniugi dispongono dei diritti patrimoniali connessi alla crisi coniugale va risolta sulla base di criteri "del tutto identici ed indipendenti dalla circostanza che l'attività negoziale sia intervenuta precedentemente ovvero contestualmente all'avvio dei relativi procedimenti"[42].

Né può invocarsi a sostegno della nullità – come pure ha fatto la giurisprudenza[43]–, un preteso divieto di rinunzia a diritti futuri: a prescindere dall'erroneità della qualifica aprioristica dell'atto di esercizio del potere di disposizione in termini di abdicazione, tale potere, alla stregua del principio generale di cui all'art. 1348 c.c., salvo espresso ed eccezionale divieto (come ad es. quello di cui all'art. 458 c.c.), non è assolutamente pregiudicato dall'attuale inesistenza dei rapporti cui inerisce[44].

---

[40] Cass., sez. un., n. 18287/2018, cit., infatti, riconosce *expressis verbis* "la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco". Sulla rilevanza di tale decisione in rapporto alla questione della validità degli accordi preventivi di divorzio v. Rimini, *I patti in vista del divorzio*, cit., 892; Fusaro, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti prematrimoniali?*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1031 ss. Anche Salanitro, *Accordi prematrimoniali e sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 645 ss. ritiene che la suddetta pronuncia assesti un colpo definitivo alla tesi dell'indisponibilità del diritto all'assegno divorzile; l'autore, tuttavia, afferma che "nel diritto vigente, l'inefficacia di accordi prematrimoniali, più in generale in vista della crisi, trova un più sicuro fondamento nel rispetto delle regole procedurali, che presuppongono l'attualità del consenso al momento in cui si acceda alla procedura dell'accordo per la separazione, *ex* art. 158 c.c., e alla domanda congiunta per il divorzio, ex art. 4, comma 16°, l. 1°.12.1970, n. 898", auspicando l'intervento del legislatore che regolamenti la materia, prevedendo una disciplina specifica delle sopravvenienze.

[41] Distinzione teorizzata da Cass., sent. n. 9494/1992, in *Giur. it,* 1993, I, 1, p. 1495, per controbattere all'opposta tesi secondo la quale gli accordi di carattere preventivo sarebbero stati implicitamente riconosciuti dal legislatore mediante l'introduzione del procedimento su domanda congiunta *ex* art. 4, 13 co., l. 898/1970. *Contra*, sottolinea come la disponibilità o indisponibilità di un diritto non possa in alcun modo dipendere dal grado di certezza del suo evento generatore Pazzaglia, *Riflessioni sugli accordi economici preventivi di divorzio*, in *Vita not.*, 2001, 1023, il quale osserva, tra l'altro, che se l'obiettivo del legislatore fosse davvero quello di garantire l'"incommerciabilità" di *status,* allora andrebbero ritenuti inammissibili non solo gli accordi conclusi un anno prima ma anche, "anzi a maggior ragione" quelli conclusi un istante prima di presentare la richiesta congiunta. In modo ancor più netto, cfr. Oberto, *op. cit.*, 762.

[42] Doria, *op. cit.,* 192. L'A. specifica che "la valutazione di tale attività negoziale implica l'indagine sulla natura dell'atto e sulla natura degli interessi e delle norme che riguardano specificamente l'atto stesso: indagine che non subisce l'incidenza derivante dalla fase temporale in cui l'atto si colloca".

[43] App. Milano, 22/01/1980, in *Dir. fam. e pers.,* 1980, 881. In dottrina, l'inammissibilità di una rinunzia a diritti futuri è sostenuta da Bozzi, voce «Rinunzia (diritto pubblico e privato)», in *Noviss. Dig. it.,* Torino, 1968, 1141 s.; Macioce, voce «Rinuncia (Diritto privato)», in *Enc. del dir.,* XL, Milano, 1989, 941.

[44] In linea generale, sulla rinunziabilità dei diritti futuri, cfr. Sacco e De Nova, *Il Contratto,* in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, II, Torino, 1993, 288. Con specifico riferimento agli accordi preventivi di divorzio, v. Autorino Stanzione, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., 215; Dalmotto, *op. cit.*, 346; Oberto, *Gli accordi preventivi sulla crisi coniugale*, in *Familia*, 2008, 25 ss.; Palazzo, *op. cit.*, 269 s. Si chiede se si debba parlare, al riguardo, di rinunzia ad un diritto futuro o piuttosto di rifiuto all'acquisto Arceri, *La pianificazione della crisi coniugale: il consenso delle condizioni di separazione, accordi a latere e pattuizioni in vista del futuro divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2013, 99.

Per quanto riguarda, infine, la pretesa illiceità causale degli accordi preventivi in ragione dell'effetto di condizionamento del comportamento delle parti nel giudizio di *status*, vi è anzitutto da dire che l'argomento ha perso gran parte del suo peso con l'introduzione, ad opera della l. n. 162/2014, dei procedimenti stragiudiziali di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, che ha reso vieppiù evidente come la fonte dell'effetto estintivo dello *status* coniugale sia rappresentata dall'accordo fra i coniugi[45].

In ogni caso, anche con riguardo alla procedura giudiziale occorre operare una fondamentale distinzione tra l'ipotesi in cui il contratto abbia ad oggetto proprio lo *status* – come nel caso in cui l'attribuzione patrimoniale sia collegata sinallagmaticamente alla promessa di controparte di tenere un dato comportamento nell'ambito del giudizio di separazione o divorzio – da quella in cui l'influenza sui comportamenti processuali delle parti costituisca solo un effetto eventuale ed indiretto dell'accordo. Se è certa, nel primo caso, la nullità del relativo contratto per contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume, non altrettanto è a dirsi nel secondo, poiché il giudizio di invalidità non va effettuato sulle conseguenze pratiche, bensì sull'oggetto e sulla causa dell'atto[46].

D'altronde, com'è stato notato, se fosse sufficiente ad invalidare il contratto una influenza meramente potenziale e indiretta su diritti indisponibili, si dovrebbe concludere per l'illiceità causale di tutte le convenzioni matrimoniali stipulate prima del matrimonio, nonché delle donazioni obnuziali, "in quanto sospettabili di influire sul consenso matrimoniale"[47]. Di contro, solo la concreta verifica dell'esistenza di un nesso sinal-

---

[45] Bargelli, *Divorzio "privato" e "autonomia preventiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 252 s., la quale ritiene che la "degiurisdizionalizzazione" delle procedure di separazione e divorzio, "lungi dal risolversi soltanto in una semplificazione del procedimento, contribuisca a conformare l'autonomia nella crisi coniugale", affermando addirittura che il divorzio "privato" "sfida l'idea dell'indisponibilità dello *status* coniugale" ; diversamente, Bugetti, *Il divorzio tra intervento giudiziale e autonomia dei coniugi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 38, la quale, sebbene riconosca che "la riforma ha compiuto un passo di non poco momento verso la negozialità dello *status*", sostiene che "pur allentato il morso autoritativo, non è però mutato il carattere indisponibile dello *stato* di coniuge, arrestandosi l'autonomia dei coniugi alla scelta dello strumento più idoneo ad ottenere l'effetto dello scioglimento del vincolo tra quelli messi a disposizione dalla legge". In merito alle conseguenze della disciplina in tema di negoziazione assistita sui margini di operatività dell'autonomia coniugale cfr. anche Sesta, *Negoziazione assistita e obblighi di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. e dir.*, 2015, 303 ss.; Rimini, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 1045 s.; Ferlito, *"Gli accordi della crisi coniugale" e l'insopprimibile forza regolatrice dell'autonomia privata*, in *www.comparazionedirittocivile.it*, 2018, 9 ss.; Salanitro, *op. cit.*, 646.

[46] Lo evidenziano, tra gli altri, Comporti, *Autonomia privata e convenzioni preventive di separazione, di divorzio e di annullamento del matrimonio*, in *Foro. it.,* 1995, V, 6, 110; Autorino Stanzione, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., 215; Doria, *op. cit.,* 178 ss., che esclude il rischio della "commerciabilità dello *status"* argomentando anche dall'irrilevanza del contegno processuale ai fini della modifica di *status*; Ruggiero, *Gli accordi prematrimoniali,* Napoli, 2005, 149, il quale sottolinea come, in presenza dei presupposti di legge, lo scioglimento del vincolo matrimoniale sia oggetto di un diritto potestativo di ciascun coniuge; E. Russo, *Il divorzio all'americana,* cit*.,* 1319; Angeloni, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio,* cit., 1137 ss., il quale osserva che dalla normativa vigente in materia di divorzio (in particolare dall'art. 4, co. 9, l. 898/1970), è desumibile il principio della piena autonomia ed indipendenza delle questioni concernenti lo *status* rispetto a quelle relative ai rapporti patrimoniali conseguenti al divorzio. Anche Gabrielli, *op. cit.*, 695, sebbene contrario alla validità degli accordi preventivi, rileva che "lo scopo soggettivamente perseguito dagli sposi che concordano in prevenzione l'assetto economico che conseguirebbe dall'eventuale scioglimento del matrimonio non si identifica affatto con la causa dell'accordo, se di quest'ultima si tiene ferma la nozione oggettiva generalmente adottata dalla stessa giurisprudenza: uno scopo soggettivo ed eventuale, è semmai, motivo dell'accordo, che deve – per provocare nullità, ove illecito – venire provato in concreto, non già presumersi e deve inoltre essere comune alle parti ed il solo determinante".

[47] Conclusione ovviamente "incompatibile con le previsioni espresse dalla legge", come evidenzia Gabrielli, *op. cit.*, 695. Il parallelismo tra lo scioglimento del matrimonio e la situazione ad esso antagonista, rappresentata dalla celebrazione delle nozze, è osservato anche da Doria, *op. cit.*, 178 ss., Analogamen-

lagmatico tra prestazioni patrimoniali e consenso allo scioglimento del vincolo potrà condurre alla declaratoria della nullità dell'atto[48].

Del resto, se l'attenzione si sposta sugli accordi fra coniugi stipulati in previsione dell'annullamento del matrimonio ed aventi ad oggetto i diritti patrimoniali di cui agli artt. 129 e 129 *bis* c.c., è la stessa giurisprudenza di legittimità ad ammetterne, stavolta, la validità, in base alla considerazione che essi, a differenza degli accordi preventivi di divorzio, sono correlati ad un procedimento dalle forti connotazioni inquisitorie, volto ad accertare l'esistenza o meno di una causa di invalidità del matrimonio fuori da ogni potere negoziale di disposizione dello *status*[49].

La labilità della distinzione è, peraltro, palese, ove si pensi, da un lato, che anche l'esito del giudizio di nullità può essere condizionato dal comportamento processuale delle parti, soprattutto se esso riguardi un matrimonio concordatario (si pensi per tutte alla costituzione convenzionale di una causa di invalidità quale la simulazione), e, d'altro lato, che anche la pronunzia di scioglimento del vincolo coniugale richiede la verifica d'ufficio dei presupposti tassativamente previsti dalla legge[50].

---

te, nella più recente giurisprudenza di merito, Trib. Torino, 20.4.2012, in *Fam. e dir.*, 2012, 803, in cui si è coraggiosamente affermato: "Non appare agevole comprendere perché mai le intese preventive di divorzio dovrebbero essere nulle – perché dirette a disciplinare le conseguenze patrimoniali di un mutamento di *status* – mentre al contrario le intese preventive dirette a quel mutamento di *status* che si attua con la celebrazione delle nozze, vale a dire le convenzioni matrimoniali stipulate prima delle nozze, siano invece perfettamente valide". (…) Se, dunque, il nostro ordinamento "sollecita, per così dire, il soggetto a costruire le proprie prospettive matrimoniali attraverso la stipula delle convenzioni prematrimoniali", (…) non si riesce ragionevolmente a spiegare per quale motivo ciò non dovrebbe avvenire in relazione al divorzio".

[48] Autorino Stanzione, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio*, cit., 215, la quale conclude che "sarà, dunque, *quaestio facti* l'individuazione, caso per caso, dello scopo dell'accordo per verificare se l'intento delle parti sia esclusivamente quello di regolare in via preventiva i loro rapporti patrimoniali conseguenti all'eventuale divorzio, oppure di negoziare illecitamente il consenso allo scioglimento del matrimonio". Analogamente, Emiliozzi, *Autonomia contrattuale e invalidità del matrimonio,* Milano, 2001, 12. Secondo Grazzini, *Accordi in vista del divorzio: la crisi coniugale tra "causa genetica" ed "evento condizionale" del contratto,* in *Nuova giur. civ. comm.,* 2013, II, 442, poiché gli accordi preventivi di divorzio assai di rado hanno ad oggetto in modo diretto lo *status* coniugale e dunque il problema è stabilire se e quando debba inferirsi un'illecita influenza indiretta, il rischio di una tale influenza può ritenersi scongiurato tutte le volte in cui l'atto dispositivo di stato non sia inteso dalle parti quale oggetto di un *iuris vinculum* ma rimanga considerato a livello di mera condizione di efficacia. Per la configurazione degli accordi preventivi di divorzio alla stregua di negozi sospensivamente condizionati all'evento dello scioglimento del matrimonio v. anche Cerri, *op. cit*., 85; Oberto, *op. cit.,* 610; Ruggiero, *op. cit*., 160 ss.; Pazzaglia, *op. cit*., 1029. Per una più approfondita indagine sulla struttura degli accordi preventivi di divorzio e sul rapporto tra la causa genetica e i coelementi di efficacia sia lecito rinviare a Naddeo - Viterale, *op. cit*., 37 ss.

[49] Così Cass., n. 348/1993, in *Giust. civ.*, 1993, I, 605. Nella giurisprudenza di legittimità tale pronuncia assume centrale rilievo: affermata la validità degli accordi patrimoniali tra i coniugi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio, la Suprema Corte ha confermato la loro qualificazione in termini di transazione, operandone, inoltre, una netta differenziazione rispetto agli accordi preventivi di divorzio, ritenuti nulli perché idonei ad incidere sullo *status* coniugale. Di controversa interpretazione, la sentenza in esame è stata posta al centro di una disputa dottrinaria. Secondo parte della dottrina (tra gli altri, Casola, *Convenzioni patrimoniali tra coniugi in vista dell'annullamento del matrimonio: nuove aperture della Cassazione all'autonomia negoziale dei privati*, in *Giur. it.,* 1993, I, 1, 1670; Comporti, *op. cit*., 106 ss.), essa ha costituito un chiaro *revirement* della giurisprudenza di legittimità sul tema, che negli anni precedenti si era, invece, orientata nel senso della nullità degli accordi coniugali in vista della dichiarazione di nullità del matrimonio. Altra parte della dottrina (Angeloni, *Autonomia privata*, cit., 492), al contrario, ritiene che la sentenza in esame non abbia realizzato una netta inversione di tendenza, dal momento che l'invalidità degli accordi preventivi in vista della pronuncia di nullità del matrimonio era stata affermata dai giudici di legittimità esclusivamente in relazione agli "accordi sul comportamento processuale" (ma sull'erroneità della differenza tracciata dalla Corte v. Comporti, *op. cit*., 112).

[50] In senso critico sulla distinzione operata dalla S.C. tra accordi preventivi in vista della nullità del matrimonio ed accordi preventivi di divorzio, v., *ex plurimis*, Moretti, *"Accordi ora per allora" e nullità del matrimonio,* in *Contratti,* 1993, 141; Angeloni, *Autonomia privata*, cit., 433; Comporti, *op. cit*., 112; Au-

E' necessario, pertanto, superare anche in tal caso qualsiasi impostazione aprioristica nello studio della tematica e procedere, viceversa, ad un'indagine in concreto sull'oggetto di tali patti per verificare se essi, sotto la veste di regolamentazione convenzionale delle conseguenze economiche derivanti dall'invalidità del matrimonio, mascherino in realtà un atto dispositivo dello *status* – e come tali siano nulli – o piuttosto siano volti a regolamentare i diritti di cui agli artt. 129 e 129 *bis* c.c. – nel qual caso è opportuno ancora una volta sottolineare che la soluzione del problema inerente ai limiti del potere di disposizione delle situazioni giuridiche soggettive in discorso "prescinde dalla collocazione temporale in cui si esplica l'autonomia negoziale dei coniugi"[51], per incentrarsi sulla natura dei diritti patrimoniali riconosciuti nelle due fattispecie.

In particolare, data la natura di mantenimento dell'obbligo statuito dalla prima delle disposizioni citate, varrà il medesimo discorso già effettuato in merito agli obblighi di mantenimento nella separazione personale e nel divorzio. Quanto, invece, all'ipotesi prevista dall'art. 129 *bis*, ove si convenga con chi vi individua una fattispecie di responsabilità extracontrattuale e qualifica la convenzione preventiva con funzione forfetaria come patto di esonero da responsabilità, un limite alla disponibilità preventiva è dato dall'art. 1229 c.c. che prevede la radicale invalidità del patto nel caso in cui il responsabile abbia agito con dolo o colpa grave[52].

L'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità nei confronti degli accordi preventivi di divorzio appare vieppiù ingiustificato ove lo si confronti con l'orientamento ormai consolidato della stessa Corte Suprema in materia di accordi di separazione antecedenti all'avvio del procedimento giudiziale e non sottoposti ad omologazione nell'ambito dello stesso. Di essi, com'è noto, si afferma infatti la validità purché si pongano in una posizione di "non interferenza" rispetto all'accordo di separazione omologato o di "conclamata e incontestabile maggior rispondenza" rispetto all'interesse tutelato dalla legge[53]: criterio, quest'ultimo, a ragione stigmatizzato dalla dottrina come di mera creazione

---

TORINO STANZIONE, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio,* cit., 215, i quali, tra l'altro, rimarcano la natura inquisitoria che pure deve ascriversi al procedimento giudiziale di divorzio. In giurisprudenza, considerato il trattamento riservato agli accordi preventivi di divorzio, trova "assai singolare che invece siano stati ritenuti validi gli accordi in vista di una dichiarazione di nullità del matrimonio", CASS., sent. n. 23713/2012, in *Foro it*., 2013, I, 864, la quale ha ritenuto lecito e meritevole di tutela un accordo con il quale, prima del matrimonio, la futura moglie si era impegnata a trasferire al marito, in caso di "fallimento" del matrimonio, la proprietà di un immobile, a titolo di indennizzo delle spese da lui sostenute per la ristrutturazione di altro locale di proprietà della moglie medesima, destinato ad abitazione familiare. Al di là del rilievo evidenziato, peraltro, tale pronuncia si astiene dal prendere posizione contro il consolidato orientamento giurisprudenziale contrario alla validità degli accordi preventivi di divorzio, poiché ritiene il contratto concluso nel caso di specie estraneo alla "categoria degli accordi prematrimoniali in vista del divorzio, che intendono regolare l'intero assetto economico tra i coniugi o un profilo rilevante (come la corresponsione di assegno), con possibili arricchimenti e impoverimenti". Per un commento analitico alla sentenza *supra* richiamata, sia lecito rinviare a NADDEO - VITERALE, *op. cit*., *passim.*

[51] EMILIOZZI, *op. cit.,* 23.

[52] ID., *op. cit*., p. 39.

[53] Così, CASS., sent., n. 657/1994, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1994, I, 712 ss.; nello stesso senso, tra le altre, CASS., sent., n. 7470/1992, consultabile nel sito *www.leggiditalia.it/Cassazione Civile*; CASS., sent. n. 2270/1993, cit.; CASS., sent. n. 6424/1987, consultabile nel sito *www.leggiditalia.it/Cassazione Civile*; CASS., sent. n. 14791/2000, consultabile nel sito *www.foroitaliano.it/banche – dati on line/Cassazione civile* e, da ultimo, CASS., sent., n.16767/2012, consultabile nel sito *www.leggiditalia.it/Cassazione Civile*, in cui la Suprema Corte, affermata la validità delle intese coniugali stipulate in previsione della separazione nei limiti stabiliti dal principio di "non interferenza", ha, altresì, riconosciuto in capo al giudice il potere di disattendere le medesime qualora esse si pongano in contrasto con "interessi pubblicistici". La possibilità per i coniugi di regolamentare i loro rapporti patrimoniali in vista o in concomitanza di una separazione, nonché di integrare e modificare successivamente l'accordo omologato, senza sottoporre a controllo preventivo il loro accordo – oggi riconosciuta, seppur entro limiti ben definiti, come una delle forme più immediate

pretoria[54], ma che, peraltro, acquista giuridico fondamento se riferito non al rapporto tra patti antecedenti ed accordo di separazione omologato, bensì tra i primi e una successiva determinazione giudiziale. Se, infatti, le parti procedono ad una separazione consensuale, disponendo, nell'accordo di separazione omologato, degli stessi diritti oggetto del precedente patto in maniera difforme, dovrebbe dedursi, in base alle comuni regole ermeneutiche, che esse abbiano inteso consensualmente sciogliere quest'ultimo. Qualora, invece, l'accordo antecedente venga seguito da una separazione giudiziale, sembra coerente con la *ratio legis* sottesa alla previsione dei diritti in questione che la determinazione convenzionale *in melius* prevalga su quella, pur successiva, effettuata dal giudice.

Del resto, anche in materia di accordi preventivi di divorzio la giurisprudenza ha intuito tale principio, laddove ha distinto tra l'ipotesi in cui il patto venga invocato dall'obbligato per paralizzare o ridimensionare la domanda diretta a ottenere l'assegno divorzile e quella in cui l'obbligato stesso, al contrario, agisca per la declaratoria di nullità dell'accordo più favorevole al beneficiario, affermando che in quest'ultimo caso verrebbe a mancare la *ratio* di tutela del coniuge più debole che giustifica la nullità[55].

---

di espressione dell'autonomia negoziale nell'ambito della crisi matrimoniale –, in un passato non troppo remoto era invece molto discussa: v. per tutti, sul punto, Comporti, *op. cit.,* 107 ss., al quale si rinvia per una ricostruzione in senso critico delle "oscillazioni" della giurisprudenza.

[54] Cfr., tra gli altri, Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, cit., 368 ss.; Angeloni, *op. cit*., 252 ss.

[55] Con sent. n. 8109/2000 (in *Foro it*., 2001, I, c. 1318), la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla validità di una scrittura privata stipulata in sede di separazione di fatto (quindi perfezionata antecedentemente al divorzio e poi parzialmente trasfusa nel verbale di separazione consensuale) e diretta a regolare le conseguenze patrimoniali della crisi coniugale, ha respinto il ricorso del marito volto ad ottenere una sentenza dichiarativa della nullità del patto contenuto nella medesima scrittura privata, in virtù del quale egli si era obbligato ad effettuare un'erogazione mensile a favore della moglie "a tacitazione d'ogni pretesa economica di quest'ultima vita natural durante". Ribadito il principio in base al quale gli accordi conclusi in previsione dello scioglimento del matrimonio sono nulli per illiceità della causa, se n'è affermata, peraltro, la sua inapplicabilità al caso di specie per due concorrenti ordini di motivi. In primo luogo, tale principio – si legge nella sentenza – è stato affermato in fattispecie nelle quali gli accordi preventivi erano invocati per paralizzare o ridimensionare la domanda diretta ad ottenere l'assegno di divorzio e non (come nel caso di specie) per il conseguimento ad opera del coniuge istante di una pronuncia di accertamento negativo del suo dovere di corrispondere l'assegno divorzile. In secondo luogo, l'accertamento negativo richiesto dall'istante non ha ad oggetto l'esistenza del fatto costitutivo del diritto alla corresponsione dell'assegno, bensì la validità e l'efficacia di un accordo concretamente posto in essere. In una sentenza di poco successiva, poi, la Suprema Corte ha aggiunto che tale nullità relativa potrebbe essere fatta valere esclusivamente nell'ambito del procedimento divorzile: cfr. Cass., n. 15349/2000, in *Giust. civ.,* 2001, I, 1592.

In dottrina, considerazioni critiche sulla sentenza in questione sono espresse, tra gli altri, da Autorino Stanzione, *L'autonomia privata nella disciplina del divorzio,* cit., 216; E. Russo, *Il divorzio all'americana,* cit*.,* 1320; Angeloni, *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo,* cit., 1150; Passagnoli, *Gli accordi preventivi sugli effetti economici del divorzio*, in Aa.Vv., *Studi in onore di G. Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1321; Guarini, *La Cassazione conferma la nullità dei patti anteriori al divorzio,* in *Giust. civ*., 2001, 457 ss.; Balestra, *Gli accordi in vista del divorzio: la Cassazione conferma il proprio orientamento*, in *Fam. e dir.,* 2000, I, 431; Franco, *L'autonomia negoziale nel governo della crisi familiare: spinte evolutive e persistenti resistenze*, in Aa.Vv., *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, cit., 123 ss.

L'orientamento successivo della Cassazione ha, peraltro, riconfermato la tesi della nullità assoluta degli accordi preventivi di divorzio per illiceità causale: v. ad es., Cass., n. 788/2017, in *Guida al dir*., 2017, 77; Cass., n. 2224/2017, in *Riv. not*., 2017, 503 ss., secondo la quale "di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione – specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio, potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio"; Cass., ord. n. 11012/2021, in *Fam. e dir.*, 2021, 885 ss., con nota di Rimini, *I patti in vista del divorzio,* cit., 887 ss., nella cui massima si legge: "Qualora in sede di separazione personale i coniugi, nel definire i rapporti patrimoniali già tra loro pendenti e le conseguenti eventuali ragioni di debito-credito vantate da ciascuno, abbiano pattuito anche la corresponsione di un assegno da versarsi dall'uno in favore

Tale ricostruzione, peraltro, non è assolutamente sostenibile in un ordinamento giuridico come il nostro nel quale la nullità, per regola generale, può essere fatta valere da chiunque, mentre la c.d. nullità relativa, dichiarabile dal giudice solo su richiesta della parte a cui tutela essa è disposta, deve essere espressamente prevista dalla legge[56].

Pertanto, se si riconosce che gli accordi preventivi aventi ad oggetto la quantificazione dell'assegno divorzile possano essere invocati dal beneficiario qualora siano più vantaggiosi rispetto alla determinazione giudiziale, non si può, al contempo, rimanere arroccati sulla posizione dell'illiceità causale degli stessi ma occorre riconoscerne la validità ogni qualvolta – a prescindere dal fattore temporale della loro conclusione – non deroghino al relativo diritto ma piuttosto ne garantiscano una più compiuta realizzazione.

È opportuno, peraltro, puntualizzare che il giudizio circa la liceità e meritevolezza di tutela della determinazione *in melius* non può prescindere dalla valutazione concreta anche della posizione debitoria, onde evitare il rischio che un eccesso di tutela dell'interesse del coniuge "debole" comporti la lesione di diritti parimenti indisponibili della controparte. La determinazione preventiva, cioè, non può in tal caso avere effetto preclusivo nemmeno a danno dell'obbligato[57].

Una siffatta ricostruzione del potere di disposizione preventiva dei diritti patrimoniali connessi allo *status* di coniuge non soddisfa forse "le esigenze di certezza di cui le parti sono normalmente portatrici"[58], poiché l'effetto principale della stipulazione sarà, in sostanza, quello di invertire l'onere della prova circa lo stato di bisogno, ponendolo a carico di quella delle parti che adduce il mutamento della situazione pregressa.

E tuttavia ciò, lungi dal destituire gli accordi preventivi di qualsiasi utilità pratica, conferisce loro la funzione più consona al ruolo che l'autonomia privata è chiamata a svolgere nell'ambito dei rapporti familiari ed in particolare nel cd. diritto della crisi. Il pregio della determinazione preventiva, infatti – depurata dai rischi di prevaricazione e sopraffazione inevitabilmente collegati alla negazione di un potere giudiziale di supervisione e di controllo – è quello di consentire alle parti la ricerca di un assetto di interessi tendenzialmente soddisfacente per entrambe in un contesto temporale "sereno", in cui la mera eventualità della crisi priva la contrattazione degli acuti conflitti che normalmente si creano tra coniugi quando essa è invece in atto.

Il monito, peraltro, è che non si cada mai nell'errore di confondere il mezzo con il fine, obliterando che il potere di autoregolamentazione concesso ai privati è, soprattutto in tale ambito, strumento di realizzazione della persona e dei suoi diritti inviolabili nella comunità familiare e non principio assoluto o valore dotato di autoreferenzialità.

---

dell'altro "vita natural durante", il giudice del divorzio, chiamato a decidere sull'"an" del richiesto assegno divorzile, dovrà preliminarmente provvedere alla qualificazione della natura dell'accordo intervenuto tra le parti, precisando se la rendita costituita (e la sua causa aleatoria sottostante) "in occasione" della crisi familiare sia estranea alla disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali tra coniugi in materia familiare, perché giustificata da altra causa, e quindi verificare se debba essere riconosciuto il diverso diritto all'assegno divorzile, che può trovare fondamento soltanto in ragione della crisi familiare".

[56] Come nota AUTORINO STANZIONE, *op. ult. cit.*, 216.

[57] Sul punto, E. RUSSO, *Il divorzio all'americana,* cit., 1333 s., precisa che la protezione giuridica non è e non può essere unilaterale: è necessario accordarla in misura adeguata tanto al coniuge più debole quanto al coniuge economicamente più forte, al fine evitare spiacevoli ricatti ed ingiusti approfittamenti; di guisa che l'accordo negoziale sulle condizioni del divorzio possa costituire non soltanto "un garantirsi di poter sciogliere il vincolo con poco ma anche un garantirsi contro la potestativa volontà dell'altro coniuge"; analogamente, AULETTA, *Gli accordi sulla crisi coniugale*, cit., 50 s.

[58] *Ibidem.*

SALVATORE PATTI

NORME IN TEMA DI «VIOLENZA DOMESTICA O DI GENERE». PRIME OSSERVAZIONI

SOMMARIO: 1. La «tentazione» dei giuristi e l'esigenza di una visione interdisciplinare. – 2. Le norme dirette alla protezione nel caso di violenza domestica o di genere. La rilevanza dell'allegazione. – 3. Le norme dirette ad evitare la c.d. vittimizzazione secondaria. – 4. Provvedimenti per la tutela della vittima e in particolare del minore. – 5. Violenza tra familiari e risarcimento del danno.

1. *La «tentazione» dei giuristi e l'esigenza di una visione interdisciplinare*

Nelle pagine introduttive del *Trattato di diritto di famiglia*, da lui diretto, Paolo Zatti, al quale con affetto sono dedicate le pagine seguenti, ha ricordato che «È antica tentazione dei giuristi quella di trarre conclusioni sull'ordinamento giuridico dalla osservazione del proprio "ramo" del diritto». La esigenza di superare la suddetta tentazione emerge dal suo pensiero in merito a «violenze familiari e diritto penale». Il civilista, pur consapevole della funzione deterrente che anche il «suo» ramo del diritto può svolgere, deve prendere atto della maggiore efficacia del diritto penale per reprimere abusi e violenze domestiche e soprattutto deve cercare di «coordinare in una osservazione d'insieme quanto emerge dal diritto penale e dal diritto civile del nostro tempo»[1].

L'esigenza sopra segnalata è stata tenuta presente in occasione dell'emanazione delle nuove norme in tema di violenza all'interno dei rapporti familiari, poiché il legislatore – opportunamente – ha indicato la strada di una più intensa «collaborazione» tra giudice penale e giudice civile al fine di utilizzare elementi di giudizio e materiale probatorio emersi in sede penale[2]. Si parla in tal senso di una «corsia preferenziale», che dovrebbe consentire al giudice della controversia familiare di offrire tutela in tempi ragionevoli alle vittime di violenza all'interno della famiglia.

L'intervento legislativo a cui ci riferiamo è la c.d. legge Cartabia, che – come è noto – ha riformato il processo civile e i procedimenti in materia di famiglia e minorili, ed ha previsto norme tese a sanzionare (ed a prendere gli opportuni provvedimenti di tutela) nel caso di «violenze domestiche o di genere» (Art. 473 bis.40 e segg., c.p.c.)[3].

---

[1] Così ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, 2ª ed., diretto da Zatti, vol. I, 1, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Milano, 2011, 38 ss.

[2] In argomento v., tra gli altri ALBIERO, *I fatti di violenza e il processo*, *in La riforma del processo e del giudice per la persona, per i minorenni e per le famiglie, Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di CECCHELLA, Torino, 2023, 301 ss.

[3] Per un primo commento v. CECCHELLA (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie. Legge 26 novembre 2021, n. 206,* Torino, 2022. V. anche C. IRTI, *Violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 225 ss.

2. *Le norme dirette alla protezione nel caso di violenza domestica o di genere. La rilevanza dell'allegazione*

La sezione I del Capo III della legge Cartabia contiene le suddette «disposizioni speciali» dedicate alla «violenza domestica o di genere». Identica espressione si ritrova nell'art. 473 bis.40 c.p.c., che disciplina l'ambito di applicazione della nuova normativa, nel quale è stabilito che le disposizioni, contenute negli articoli successivi, si applicano «nei procedimenti in cui siano allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere poste in essere da una parte nei confronti dell'altra o dei figli minori».

Un primo rilievo merita l'espressione che, intendendo abbracciare tutte le fattispecie ipotizzabili, non si limita agli «abusi familiari» ma fa riferimento altresì alle «condotte di violenza domestica o di genere»[4]. Nessun dubbio, quindi, che le nuove norme debbano trovare applicazione alle unioni civili e alle convivenze. È noto che nella l. 20 maggio 2016, n. 76, il legislatore ha evitato di parlare di «famiglia» sia nel caso delle unioni civili, nella cui disciplina si riscontra tuttavia l'aggettivo «familiare», sia in quello delle convivenze. Chi scrive ha avuto già occasione di criticare questa scelta, poiché certamente anche nelle ipotesi suddette ricorre una famiglia[5]. La legge, comunque, fa riferimento alle «famiglie» e può ritenersi che il plurale serva a favorire l'inserimento, nella previsione legislativa, tra le altre, delle famiglie fondate sulle unioni civili.

Altra questione, che tuttavia non può essere affrontata in questa sede, riguarda l'opportunità di un «ritorno» all'uso del singolare, poiché l'idea di molteplici famiglie potrebbe nascondere aspetti e profili di discriminazione[6].

Fatta questa premessa, conviene subito mettere in luce che si tratta di una normativa innovativa e idonea a garantire maggiori possibilità di tutela rispetto a quella che all'inizio del nuovo secolo aveva previsto gli ordini di protezione contro gli abusi familiari.

La l. 4 aprile 2001, n. 154, che ha introdotto nel primo libro del codice civile gli articoli 342 bis e seguenti, ha comunque indicato il percorso da compiere disciplinando anzitutto l'ordine di cessazione della condotta lesiva rivolta al responsabile degli atti illeciti, nonché una serie di misure di sicura utilità, come l'ordine di allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinarsi e di frequentare determinati luoghi, etc.[7]. Posta la perdurante efficacia delle suddette misure di protezione, le innovazioni più importanti delle nuove norme riguardano il procedimento, la sua rapidità e l'effettività della tutela, dovute anche alla collaborazione tra giudice penale e giudice civile.

Si noti, anzitutto, il rilievo attribuito alla «allegazione» dei fatti che configurano abusi o violenze. Mentre in base alla teoria generale della prova il fatto allegato si considera vero soltanto se non viene contestato «specificamente» (art. 115 c.p.c.) o viene provato[8], nel caso in esame l'allegazione, dettagliata e circostanziata, acquista un peso specifico, sotto il profilo della verosimiglianza del fatto e, sia pure confortata da tenui

[4] Il riferimento specifico alla violenza di genere viene giustificato alla luce della esigenza di evitare l'equiparazione con la violenza contro le donne e di mettere in luce, ad esempio, la violenza nei confronti di appartenenti alle comunità LGBT.

[5] Cfr. S. Patti, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?,* in *Riv. dir. civ.,* 2022, 507 ss.

[6] *Ivi*, 516 ss.

[7] In argomento v., tra gli altri, Cianci, *Gli ordini di protezione familiare*, 2ª ed., Milano, 2003; S. Patti, *Illeciti familiari: nuove sanzioni*, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 294 ss.; Paladini (a cura di), *Gli abusi familiari*, Padova, 2009; Renda, voce «Abusi familiari e ordini di protezione», in *Enc. del dir., I tematici*, IV, Famiglia, Milano, 2022, 1 ss.

[8] In argomento si rinvia a S. Patti, *Le prove*, 2ª ed., in *Trattato* Iudica-Zatti, Milano, 2021, 13 ss.

elementi probatori, può essere considerata sufficiente per dar luogo alle misure di tutela previste dalla legge oppure per giustificare un procedimento «semplificato» e caratterizzato da ampi poteri officiosi del giudice.

La strada intrapresa appare da condividere per molteplici ragioni. L'esperienza insegna infatti che il responsabile – spesso anche di fronte all'evidenza – contesta la veridicità dei fatti allegati. Inoltre, dalla circostanza che gli atti di violenza e di abuso si verificano per la maggior parte all'interno delle mura domestiche, emerge la difficoltà di fornire prova di essi e la necessità di attribuire grande rilievo alla allegazione[9]. Ciò almeno in una prima fase: le esigenze di tutela della persona vittima di abusi o di violenza impongono di porre in essere nel più breve tempo possibile le misure di tutela, almeno in via provvisoria, cioè nell'attesa che le condotte oggetto di allegazione vengano accertate «nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria», come stabilito nell'art. 473 bis.42, comma 1°, c.p.c., norma che – ancora sotto il profilo probatorio – introduce l'importante regola secondo cui il giudice, al fine di accertare le condotte allegate, «può disporre mezzi di prova anche al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile».

In definitiva, le misure di tutela possono basarsi su un'allegazione. L'allegazione, tuttavia, già in base alle regole generali, deve essere circostanziata poiché soltanto un'allegazione che soddisfi tale requisito consente la contestazione circostanziata richiesta dall'art. 115 c.p.c. Nel caso in esame, peraltro, l'allegazione deve presentare la suddetta caratteristica perché il giudice è chiamato ad adottare le misure di tutela della vittima (eventualmente) senza attendere l'eventuale contestazione della controparte. Può quindi concludersi nel senso che l'allegazione dei fatti di violenza deve apparire, anche alla luce delle circostanze, *prima facie* veritiera.

Occorre infine ricordare che in alcuni casi le accuse di violenza non corrispondono alla realtà e si presentano pertanto esigenze di tutela – parimenti rilevanti – della persona ingiustamente accusata di aver posto in essere atti di violenza. Al prudente apprezzamento e all'esperienza del giudice, che tra l'altro potrà procedere all'interrogatorio libero delle parti e nominare un consulente tecnico d'ufficio competente in materia di violenza domestica o di genere, è affidata la decisione di adottare più o meno celermente le previste misure di tutela.

3. *Le norme dirette ad evitare la c.d. vittimizzazione secondaria*

Opportuno altresì il comma 2° dell'articolo 473 bis.42 c.p.c. che, tenendo conto delle peculiari caratteristiche dei procedimenti in questione, assegna al giudice e ai suoi ausiliari il compito di tutelare «la sfera personale, la dignità e la personalità della vittima», di garantirne la sicurezza, eventualmente evitando «la contemporanea presenza delle parti». L'esperienza dei tribunali dimostra infatti che, nonostante il possibile intervento di giudici e avvocati, l'incontro con l'autore della violenza è spesso occasione per il verificarsi di ulteriori episodi pregiudizievoli per la vittima. Si intende in tal modo combattere il fenomeno della c.d. vittimizzazione secondaria, cioè il ripetersi di episodi o situazioni di sopraffazione delle vittime – di solito donne o minori – costrette a incontrare il partner o il genitore violento; fenomeno che induce a volte a non denunciare le

[9] Tradizionalmente si è fatto ricorso alla prova testimoniale, nei tempi moderni può ipotizzarsi un maggiore ricorso alla fotografia o al filmato mediante dispositivi mobili.

violenze subite. L'art. 473 bis. 45 c.p.c. impone al giudice di evitare ogni contatto tra il minore e la persona indicata come autore degli abusi o delle violenze domestiche o di genere[10].

Coerente con la esaminata disposizione esaminata appare l'art. 473 bis. 43 c.p.c., che vieta di iniziare il percorso di mediazione familiare nel caso in cui siano state allegate o emergano in corso di causa condotte di violenza domestica o di genere e, a maggior ragione, quando sia stata pronunciata «sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche in primo grado, ovvero è pendente un procedimento penale». Nelle suddette ipotesi mancano infatti i presupposti per un positivo esito della mediazione e occorre comunque evitare il «contatto» tra la vittima e l'autore della violenza.

Analoga esigenza di evitare ogni contatto con la persona indicata come autore degli abusi o delle violenze è stata tenuta presente dall'art. 473 bis.45 c.p.c. nel caso di ascolto del minore.

Lo stesso articolo, al comma 2°, prescrive inoltre che «non si procede all'ascolto quando il minore è stato già ascoltato nell'ambito di altro procedimento, anche penale, e le risultanze dell'adempimento acquisite agli atti sono ritenute sufficienti ed esaustive». Evidente la *ratio* della norma, che corrisponde al principio di «economia processuale» ma soprattutto intende evitare al minore una esperienza spesso fonte di trauma o almeno di disagio.

Nulla è stato invece previsto con riferimento alla esigenza di informare adeguatamente il minore circa tutte le circostanze rilevanti sotto il profilo della formazione di un suo giudizio e di una sua valutazione dei fatti rilevanti nonché delle connesse conseguenze. Si è persa in tal modo l'occasione per colmare una lacuna della normativa, tenendo conto dei risultati delle recenti ricerche[11] che hanno messo in luce la necessità di una preventiva informazione al fine di porre il minore nella migliore condizione per rispondere con cognizione di causa in sede di ascolto.

Importante, infine, la norma (dall'articolo in esame richiamata) dell'art. 473 bis.5, comma 2°, c.p.c., che disciplina il diritto del minore a *non* essere ascoltato[12].

4. *Provvedimenti per la tutela della vittima e in particolare del minore*

Le disposizioni relative ai procedimenti nel corso dei quali siano stati allegati abusi familiari o condotte di violenza domestica o di genere si concludono con l'art. 473 bis.46 c.p.c., secondo cui quando all'esito dell'istruzione, anche sommaria, il giudice ravvisa la fondatezza delle allegazioni, adotta i provvedimenti più idonei a tutelare la vittima e il

[10] La Corte europea dei diritti dell'uomo ha di recente condannato l'Italia (sentenza 27 maggio 2021, J.L. c. Italia), poiché i giudici di merito nazionali, avendo utilizzato nella sentenza un linguaggio sessista e argomenti tali da veicolare pregiudizi sul ruolo della donna, in grado di ostacolare una protezione effettiva dei diritti delle vittime di violenze di genere, rispondono per aver violato l'art. 8 della CEDU. La sentenza è pubblicata in *Fam. e dir.*, 2022, 221 ss. con nota di Pellegrini.

[11] Cfr. *Children's right to information in EU civil actions, Improving children's right to information in cross-border civil cases*, edited by Carpaneto, Maoli, directed by Queirolo, S. Patti, Mota, Musseva, Rone, Pisa, 2021. Nel senso che l'ascolto del minore presuppone la preventiva informazione circa i problemi e le decisioni da prendere, v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, II, 1, *La famiglia*, Milano, 2017, 371 ss.

[12] Al riguardo v. Ballarani, *Il diritto a non essere ascoltato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, a cura di Bianca e Danovi, 2023 (in corso di pubblicazione).

Di Ballarani, v. già *Il diritto del minore a non essere ascoltato*, in *Dir. fam. e pers.,* 2010, 1807 ss.; Id., *Contenuto e limiti del diritto all'ascolto nel nuovo art. 336*-bis *c.c.: il legislatore riconosce il diritto del minore a non essere ascoltato*, *ivi*, 2014, 841 ss.

minore. Tra questi vanno annoverati quelli previsti dall'art. 473 bis.70 c.p.c., cioè ordine di cessazione della condotta pregiudizievole, allontanamento dalla casa familiare, ordine di non avvicinarsi a determinati luoghi, etc.

Con riferimento ai minori, conviene ricordare che essi possono essere vittime della violenza esercitata da uno dei genitori (o da entrambi) nei loro confronti. Possono essere altresì vittime per il fatto di avere assistito ad atti di violenza commessi da un genitore nei confronti dell'altro. La nuova normativa, nel complesso, sembra aver tenuto conto della gravità – anche sotto il profilo dei danni permanenti – dei suddetti illeciti e ha recepito il principio contenuto nell'art. 31 della Convenzione di Istanbul per coordinare l'intervento del giudice penale e di quello civile, nonché i principi di cui alla risoluzione del parlamento europeo del 5 aprile 2022 sulla tutela dei minori nei procedimenti di diritto civile, amministrativo e di famiglia[13].

La valutazione degli atti di violenza rileva in primo luogo ai fini dell'adozione dei provvedimenti relativi all'affidamento e alla collocazione dei figli minori. Il diritto del minore alla bigenitorialità può subire limitazioni – se si tratta di realizzare il suo *best interest* – quando dagli atti di violenza, subiti direttamente o indirettamente, deriva un grave pregiudizio[14]. Dall'esame della nuova normativa consegue la consapevolezza che i procedimenti di famiglia e minorili, compresi quelli di separazione, di scioglimento del matrimonio o dell'unione civile, etc., possono risultare particolarmente utili per consentire l'emersione dei fatti di violenza domestica e l'adozione di misure di tutela per i minori.

5. *Violenza tra familiari e risarcimento del danno*

La nuova normativa non contiene alcuna disposizione in merito alla richiesta di risarcimento del danno da parte della vittima di violenza all'interno della famiglia.

La scelta di non prevedere una disciplina specifica appare da condividere poiché, come da lungo tempo sostenuto[15], non occorre alcun intervento legislativo per considerare applicabile l'art. 2043 c.c., cioè la norma generale in tema di responsabilità civile.

In tal modo, il legislatore ha tenuto conto dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che da oltre un ventennio ammette il ricorso alla norma suddetta, pur se l'atto illecito è stato commesso da un familiare a danno di un altro familiare, ritenendo del tutto superata ogni forma di immunità e non sufficienti i rimedi «specifici», quali la separazione personale e la decadenza dalla responsabilità genitoriale, previsti nel libro secondo del codice civile[16].

Le nuove norme sopra brevemente analizzate confermano peraltro i limiti del rimedio del risarcimento del danno anche sotto il profilo della deterrenza[17]. Lo stu-

[13] Occorre inoltre ricordare la direttiva 2004/80/CE, che ha introdotto il diritto della vittima di violenza domestica o di genere ad un indennizzo a carico dello Stato. La Corte di cassazione ha stabilito che il suddetto indennizzo non può essere meramente simbolico bensì «equo ed adeguato»: cfr. Cass., 21 novembre 2022, n. 26757, in *Fam. e dir.*, 2021, 485 ss., con nota di Lusini, la quale, tra l'altro, analizza il rapporto tra la suddetta direttiva e la Convenzione di Istanbul.

[14] In questo senso, v. Cass., 24 marzo 2022, n. 286.

[15] S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 45 ss.

[16] In senso diverso v., tra gli altri, Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 935 ss.

[17] V. S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile: quarant'anni dopo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, 405 ss.

dioso della responsabilità civile deve prendere atto della inadeguatezza dell'antico strumentario e – come suggerito da Paolo Zatti – contribuire ad un'integrazione dei vari rami dell'ordinamento giuridico per garantire un'efficace tutela alle vittime della violenza.

ENRICO QUADRI

IL PRINCIPIO CONTRIBUTIVO TRA FISIOLOGIA E PATOLOGIA DELLA VITA FAMILIARE

SOMMARIO: 1. Principio contributivo e riforma del diritto di famiglia. – 2. Potenzialità operative del principio contributivo e relativa opportuna valorizzazione. – 3. Possibili linee di intervento tra principio contributivo e regime patrimoniale coniugale. – 4. Principio contributivo, economia familiare e disciplina delle conseguenze patrimoniali della crisi della famiglia.

1. *Principio contributivo e riforma del diritto di famiglia*

Già all'indomani della riforma del diritto di famiglia del 1975 apparve chiaro come il "principio contributivo" ne costituisse uno dei pilastri. Così, in effetti, fu subito evidenziato come il "dovere di contribuzione", in quanto da intendere, "nel quadro sistematico della novella", quale immediata "espressione del principio di solidarietà coniugale", valga ad "integrare nei rapporti patrimoniali l'ordinamento solidale, affidato alla determinazione congiuntiva e all'attuazione disgiuntiva dell'indirizzo familiare"[1].

In effetti, se si è d'accordo sulla "stretta interdipendenza tra esigenze personali ed esigenze economiche della famiglia"[2], sembra inevitabile, allora, conferire al principio in questione il valore di vera e propria "cerniera" tra i profili più squisitamente personali del rapporto matrimoniale ed i relativi risvolti economici[3]. Non a caso, è proprio in dipendenza di una tale impostazione che si tende a ritenere, con riferimento al nostro, come alla generalità degli ordinamenti a noi più vicini, che l'obiettivo della parità tra i protagonisti dell'esperienza familiare sia stato perseguito sviluppando l'intervento legislativo nella sfera dei relativi rapporti patrimoniali essenzialmente su due livelli[4].

---

[1] Ci si riferisce al noto contributo di FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 609 ss.

[2] ID., *op. cit.*, 623: se risulta indiscutibile che "unità e eguaglianza confluiscono in primo luogo nei rapporti personali", quasi inevitabile si presenta la conclusione secondo cui, ad un simile "ordinamento della famiglia su piano personale deve corrispondere, perché l'organizzazione paritetica possa svolgersi compiutamente, un ordinamento correlativo su piano patrimoniale" (614).

[3] In proposito, v. le considerazioni svolte in QUADRI, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, in *Familia*, 2004, 476, secondo prospettive già sviluppate in *Il principio di contribuzione come principio generale. La portata dell'art. 143 c.c. nel matrimonio e oltre il matrimonio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, 503 ss.

[4] In tale ottica, per tutti, cfr. già CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, Giuffrè, 1979, 46 s. e, con ampi rinvii alle esperienze straniere e, in particolare, a quella francese, DI MAJO, *Doveri di contribuzione e regime dei beni nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, spec. 357 ss. (il quale a ragione lamenta il mancato raccordo, da parte del nostro legislatore, tra il regime contributivo ed i regimi patrimoniali), nonché, oltre a ALAGNA, *Il regime patrimoniale primario della famiglia*, in *Vita not.*, 1977, I, 850 ss., e a PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, Giuffrè, 1990, 80 s., anche per ulteriori ampi riferimenti, CARAVAGLIOS, *La comunione legale*, I, Giuffrè, 1995, 53 ss. In proposito, v. le considerazioni sviluppate in QUADRI, *I rapporti patrimoniali tra i coniugi a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2006, 16 ss., nonché, da ultimo, in *L'autonomia, la proporzionalità e l'equità nei rapporti patrimoniali della famiglia*, in AA.VV., *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, a cura di PERLINGIERI, Esi, 2019, 410 ss., e in *Considerazioni introduttive in tema di rapporti patrimoniali nella famiglia*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di SALANITRO, Pacini, 2019, 469 ss.

Al primo livello, in tale prospettiva, si colloca, appunto, il regime contributivo, quale insieme di direttive inderogabilmente – in considerazione della copertura in tal senso fornita dall'art. 160 c.c. – legate alla qualità di coniuge. Al secondo livello si collocano le regole, di carattere invece almeno tendenzialmente derogabile, destinate ad operare subordinatamente alle prime, in ordine all'acquisto, alla gestione ed alla distribuzione finale dei beni. Insomma, con gli "aspetti comunitari rappresentati dal dovere solidale di contribuzione", a definire la complessiva sistematica legislativa valgono "i profili individualistici espressi dai regimi previsti nel capo sesto"[5]. Donde la corrente terminologia, di origine francese, che contrappone ad un "regime primario imperativo" una pluralità di "regimi secondari", di cui uno avente la dignità di "regime legale", pur sempre, comunque, derogabile dalla volontà degli interessati. Il sistema delineato nel 1975 risulta caratterizzarsi, così, da una parte, per la previsione del regime contributivo, quale tratteggiato negli artt. 143, comma 3°, e 144 cod. civ., dall'altra, per l'introduzione, come regime patrimoniale "legale", della "comunione dei beni", in quanto regime ritenuto più rispondente all'obiettivo di realizzare in maniera ottimale il principio della parità dei coniugi, attraverso una significativa perequazione delle rispettive situazioni patrimoniali[6].

È da credere che il carattere "legale" conferito al regime di "comunione dei beni" abbia finito col condizionare fortemente, da noi, la configurazione normativa del regime contributivo, inducendo a trascurare l'opportunità di una sua più puntuale articolazione, secondo quanto risulta avvenuto in altri ordinamenti, ove evidentemente maggiore è stata la consapevolezza del ruolo essenziale che il regime primario è chiamato a giocare, in considerazione del carattere pur sempre derogabile del regime patrimoniale legale[7].

Ma la fiducia del legislatore nella valenza, anche promozionale, dell'adozione di quello di comunione come regime patrimoniale "legale" si è dimostrata infondata e fin troppo noto è il conseguente fenomeno – quali che siano le sue motivazioni non pare il caso qui di approfondire – della "fuga" dalla comunione, essendo divenuta quasi di stile (e spesso neppure adeguatamente consapevole da parte dei nubendi) la scelta in senso separatista. E la gravità delle conseguenze di ciò si apprezza pienamente nel momento dell'eventuale crisi familiare, quando la carente operatività dal punto di vista solidaristico-perequativo del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza – appunto in conseguenza di una opzione separatista slegata da un effettivo superamento delle asimmetrie tra le parti – finisce inevitabilmente col proiettare il soddisfacimento della relativa esigenza sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici dei coniugi in occasione, appunto, della crisi. Il rischio, allora, di dar vita a pericolosi circoli viziosi è qui in agguato, come hanno dimostrato le ipotizzabili conseguenze di ancora recenti prese di posizione giurisprudenziali in materia di contribuzioni post-matrimoniali[8].

---

[5] Così, Falzea, *op. cit.*, 615.

[6] Per l'individuazione del fondamento dell'opzione legislativa a favore del regime di comunione, basti rinviare alle considerazioni di Oppo, *Autonomia negoziale dei coniugi e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 20, e, già, di Majello, voce «Comunione dei beni tra coniugi, 1), Profili sostanziali», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Ed. Enc. it., 1988, 2.

[7] In tal senso e per i rilievi che seguono, v. Quadri, *I rapporti patrimoniali*, cit., 18 ss. Denuncia l'eccessiva fiducia riposta dal nostro legislatore nell'introduzione del regime di comunione come regime legale, finendo, in buona sostanza, con l'affidare ad esso "ogni funzione solidaristica", Di Majo, *op. cit.*, 386.

[8] Ci si riferisce, in particolare, alle possibili conseguenze di una impostazione come quella, non a caso oggetto di un vivace dibattito, di Cass. civ., 10.5.2017, n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, 1859, su cui v. le osservazioni critiche svolte in Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoresponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur.*, 2017, 885 ss.

2. *Potenzialità operative del principio contributivo e relativa opportuna valorizzazione.*

La possibile via di uscita sembra necessariamente passare attraverso un'attenta valorizzazione del "principio contributivo", riscoprendone le potenzialità operative quale guida sicura per il bilanciamento – in attuazione del principio di parità, di cui all'art. 29 Cost. – degli interessi di volta in volta coinvolti, in tal modo superando, quindi, quel sapore di carattere eminentemente formale che l'ossequio ad esso ha finito con l'assumere nel tempo, nonostante che proprio alla operatività delle relative inderogabili direttive si ritenga unanimemente restare demandato, quale che sia il regime patrimoniale in concreto funzionante tra le parti, il conseguimento degli essenziali ed irrinunciabili obiettivi solidaristico-perequativi e di eguaglianza avuti di mira dal legislatore, in quanto attuativi del principio costituzionale di parità[9]. Obiettivi, che, oltretutto, oggi sembrano assumere una portata ben più ampia di quella originaria, in dipendenza dell'avvenuto esplicito riconoscimento legislativo, con la l. 20.5.2016, n. 76, da una parte, delle unioni tra persone dello stesso sesso che abbiano inteso scegliere la via – almeno quale loro attualmente consentita – della piena giuridicizzazione del proprio impegno di vita; dall'altra, della rilevanza, sempre sul piano giuridico, tra i "conviventi di fatto", degli stabili "legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale"[10].

In proposito, non si può fare a meno di rilevare come al principio in questione sia toccata, dal punto di vista operativo, una sorte decisamente peggiore di quella riservata ad altri principi in materia di diritto di famiglia (come, in particolare, a quello del carattere prioritario della tutela dell'interesse del minore). Nonostante la generalità dell'ossequio ad esso prestato, in effetti, esso non sembra avere realmente svolto, almeno fino ad ora, quel compito cui i "principi generali" si ritiene essere chiamati, riassumibile, secondo una sicuramente condivisibile ricostruzione, in "una funzione non solo interpretativa e integrativa, ma anzitutto direttiva e anche correttiva"[11]. È quella toccata al principio di contribuzione, insomma, una sostanziale emarginazione pratica, indiscutibilmente propiziata dalla carenza, nel nostro ordinamento a differenza che altrove, di un corpo di specifiche regole operative direttamente riconducibili ad esso. E questo col risultato, appunto, di fare riduttivamente assumere alla pur – come dianzi si è visto – chiara presa di posizione manifestata dal legislatore negli artt. 143, comma 3°, e 144 cod. civ. quasi il senso di una vuota dichiarazione di buone intenzioni.

---

[9] V., indicativamente, già Corsi, *op. cit.*, spec. 46 s., e Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 2006, 969 ss., nonché, ampiamente e anche per gli opportuni ulteriori riferimenti, Caravaglios, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e presunzione muciana*, Jovene, 1991, 153 ss.

[10] Per tale prospettiva, v. i rilievi svolti in Quadri, *L'autonomia, la proporzionalità e l'equità*, cit., 412, anche con riferimento a quanto osservato, con riferimento alla rilevanza del principio contributivo pure tra conviventi, in *"Convivenze" e "contratto di convivenza"*, in Aa.Vv., *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, II, Universitas Studiorum, 2017, 165 s. Sul punto, cfr. pure Trimarchi, *Doveri familiari e contribuzione*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., 483 ss. Per la valorizzazione della sussistenza, anche tra i conviventi, di "un reciproco e garantito dovere di assistenza morale e materiale", v. ora, del resto, Cass. civ., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1400.

[11] In tal senso, Oppo, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 476. È in una simile ottica che viene rivendicata al "regime della contribuzione" la "capacità di porsi come dato ordinante" in relazione alla "intera materia dei rapporti patrimoniali tra coniugi": Vettori, *Il dovere di contribuzione*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, II, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Utet, 1997, 1. Al riguardo, v. ora Federico, *Dovere di contribuzione e dinamiche familiari*, in Aa.Vv., *Sui mobili confini del diritto. Tra pluralità delle fonti ufficiali e moltiplicarsi di formanti normativi "di fatto". Scritti in onore di M. Paradiso*, a cura di Bivona, Cavallaro, Lazzara e Romeo, I, Giappichelli, 2022, 245 s.

Pare il caso, invece, di ribadire come l'unica via per superare con sicurezza i dubbi di legittimità costituzionale in ordine al sistema introdotto con la riforma del diritto di famiglia del 1975, imperniato sul carattere legale ma derogabile del regime di comunione, sia rappresentata proprio da un'adeguata valorizzazione del principio contributivo, inteso nella sua veste di "regime primario imperativo". Ciò dato che, come accennato, è appunto alla operatività delle relative regole inderogabili che resta comunque demandato, quale che sia il "regime patrimoniale" ("secondario") in concreto funzionante tra i coniugi, l'effettiva realizzazione del valore costituzionale di quella parità coniugale, di cui all'art. 29, comma 2°, Cost., destinata a restare decisamente povera di contenuti ove non sia assicurata reciprocamente alle parti una reale condivisione del governo della famiglia ed una adeguata partecipazione a quanto complessivamente costruito insieme, dal punto di vista economico, durante la realizzata comunità di vita.

Valorizzazione cui, pur in un contesto di ancora persistente carenza con riguardo alla disciplina dei rapporti tra i coniugi nella fase fisiologica del loro rapporto di vita, sembra, di recente, peraltro attestare apprezzabile sensibilità la giurisprudenza, anche nella sua più elevata espressione rappresentata dalle Sezioni Unite, almeno con riferimento ai riflessi, dal punto di vista economico, della rottura della compagine familiare. Essa, in effetti, dimostra di aver ben chiaro quel, dianzi prospettato, funzionale intreccio di operatività tra regime patrimoniale matrimoniale e regime economico post-matrimoniale, per cui ogni carente funzionamento del regime patrimoniale durante la fase fisiologica della convivenza, sotto quel punto di vista partecipativo e perequativo che rappresenta, come appunto evidenziato, la via obbligata alla parità, finisca, poi, col proiettare il soddisfacimento della relativa istanza sul piano dei meccanismi concernenti la definizione degli assetti economici in occasione della crisi familiare.

Così, proprio quella integrazione delle sfere, ad un tempo personali ed economiche, dei coniugi, che dev'essere reputata connaturata alla portata da riconoscere all'avere il legislatore fatto del principio contributivo l'architrave del regime economico coniugale, risulta ora assunta a fondamento delle nuove prospettive delineate in ordine alla conformazione degli assetti economici post-coniugali. E ciò con l'evidenziare come, proprio quale imprescindibile portato del principio di parità ed eguale dignità caratterizzante il rapporto coniugale, il costituire i concreti assetti familiari "frutto di scelte comuni fondate sull'autodeterminazione e sull'autoresponsabilità di entrambi i coniugi", tali da imprimere alle loro "condizioni personali ed economiche un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile"[12], non possa che rendere, ai fini della definizione degli assetti economici conseguenti al venir meno della compagine familiare, il vissuto e condiviso rapporto di vita comune fonte di "diritti inviolabili", di "doveri inderogabili", di "responsabilità", di "aspettative legittime" e di "legittimi affidamenti" dei componenti della famiglia[13].

Non può, però, non apparire alquanto paradossale che alla rilevanza dell'accennata integrazione delle sfere individuali nella concreta esperienza della comunità di vita si finisca col prestare, pur ora lodevolmente, attenzione solo – o almeno prevalentemente e con tutte le difficoltà che inevitabilmente si ricollegano ad un simile intervento di ca-

[12] Si tratta, in sostanza, del nucleo centrale della ricostruzione della problematica concernente la funzione delle contribuzioni post-matrimoniali, quale operata da Cass. civ., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, 2699 (confermata, con talune precisazioni, da Cass. civ., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit.).

[13] Per una simile configurazione della portata e dei contenuti del "rapporto" operante tra i coniugi in dipendenza della loro comunità di vita, v. Cass. civ., sez. un., 17.7.2014, n. 16379, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 36.

rattere, per così dire, postumo – nel momento della crisi familiare: senza, cioè, riflettere adeguatamente a quanto una maggiore valorizzazione dei riflessi del principio contributivo già nella fase fisiologica dell'esperienza familiare potrebbe valere ad evitare le problematicità connesse all'avvertita esigenza di ricostruire, tra le parti, (almeno) alla fine dell'esperienza stessa, un assetto economico realmente coerente col valore costituzionale della pari dignità di entrambi i coniugi.

La possibile via di uscita, come accennato, sembrerebbe, allora, necessariamente transitare attraverso un'ampia valorizzazione del principio stesso, riscoprendone, già allo stato e, quindi, anche al di là di futuri – sicuramente possibili ed auspicabili, ma di incerta realizzazione – interventi legislativi le potenzialità operative che ad esso non si mancò, in sede dottrinale, di ricollegare all'indomani della riforma del 1975. Assumendolo, insomma, quale guida sicura per il bilanciamento degli interessi di volta in volta coinvolti in ordine a quelle diverse problematiche, attinenti alla fase fisiologica della esperienza familiare, che proprio da una simile valorizzazione in sede interpretativa e applicativa potrebbero essere risolte in modo tale da evitare, per così dire, di sovraccaricare, poi, di contenuti perequativi la definizione degli assetti economici coinvolgenti le parti nel momento forse più delicato dell'esperienza familiare. Quel momento, cioè, della crisi definitiva della comunità di vita, nel quale, inevitabilmente, sono destinati a venire al pettine i nodi legati alla pregressa carente realizzazione del valore della parità nei rapporti patrimoniali coniugali.

3. *Possibili linee di intervento tra principio contributivo e regime patrimoniale coniugale*

Al riguardo, del resto, non può farsi a meno di ricordare, come proprio la prospettiva di una valorizzazione esegetica, in chiave immediatamente operativa, del principio contributivo avesse consentito di risolvere la lungamente controversa questione concernente la compatibilità o meno della "presunzione muciana", di cui all'originario art. 70 l. fall., col nuovo regime patrimoniale della famiglia.

Se la relativa incompatibilità, infatti, era risultata immediatamente di tutta evidenza nel caso di sussistenza, tra i coniugi, del regime di comunione, l'attaccamento ad una visione tradizionale della separazione dei beni, vista quale situazione di "vuoto" di vincoli, aveva spinto, invece, a ritenere persistentemente attuale la previsione di una tale presunzione nel caso, appunto, di coniugi in regime di comunione[14].

Il definitivo superamento dell'accennata posizione, a favore di una intervenuta globale abrogazione implicita della muciana[15], intervenne con una pronuncia, peraltro indubbiamente propiziata da una presa di posizione della Corte Costituzionale[16],

[14] Circa una tale posizione, cfr. Cass. civ., 17.2.1989, n. 954, in *Foro it.*, 1989, I, 2218, fino a Cass. civ., 24.2.1994, n. 1875, in *Foro it.*, 1995, I, 923.

[15] Abrogazione sancita, poi, a livello legislativo, con la sostituzione, nell'art. 70 l. fall., della disposizione concernente la "presunzione muciana", con una disposizione relativa a diversa materia (ad opera del d.l. 14.3.2005, conv. nella l. 14.5.2005, n. 80).

[16] Si tratta di Corte cost., 29.6.1995, n. 286, in *Corr. giur.*, 1995, 1338, la quale aveva concluso nel senso della inammissibilità della questione rimessagli (da Cass. civ., 22.11.1994, n. 910, in *Fam. e dir.*, 1995, 125), reputando trattarsi di questione da risolvere in via interpretativa da parte dell'autorità giudiziaria, ma non mancando, comunque, di adombrare, quale criterio di risolutivo cui ispirarsi, proprio il principio paritario posto a base della riforma del 1975. I termini della vicenda sono ripercorsi da Oberto, *Il regime di separazione dei beni (artt. 215-219)*, Giuffrè, 2005, 385 ss. Sul tema, anche per spunti anticipatori della successiva vicenda giudiziale, v. Caravaglios, *Rapporti patrimoniali tra coniugi*, cit., spec. 106 ss., 235 ss.

delle Sezioni Unite[17], le quali evidenziarono come l'attualità o meno della presunzione muciana fosse da ricavare non dal confronto "con i regimi, isolatamente presi, della comunione e della separazione dei beni", "il vero termine di raffronto" dovendo essere costituito, piuttosto, dal "principio che presiede alla disciplina complessiva dei rapporti patrimoniali fra i coniugi ... facendone espressione di precisi valori costituzionali": il "principio della parità e pari dignità dei coniugi", la cui piena realizzazione non può, evidentemente, dipendere dall'opzione, di volta in volta, per il regime di comunione o per quello di separazione.

Proprio la prospettiva sistematica adottata in tale occasione, così, ben potrebbe prestarsi a consentire un più efficace perseguimento, già attraverso possibili interventi sul piano esclusivamente esegetico[18], degli essenziali ed irrinunciabili obiettivi di solidale uguaglianza durante la stessa fase fisiologica dell'esperienza familiare di vita.

In proposito, il pensiero – anche alla luce di modelli sperimentati altrove – corre (almeno) ad un possibile ripensamento di problematiche quali quella della responsabilità per le obbligazioni contratte per il soddisfacimento di necessità familiari e quella del regime della casa familiare: regime, quest'ultimo, nel nostro ordinamento, come l'esperienza insegna, troppo angustamente, e soprattutto tardivamente – ove si ponga mente al carattere pure esistenziale degli interessi coinvolti – preso in considerazione al momento del venir meno della compagine familiare[19].

Inevitabilmente più complesso, in quanto inevitabilmente tale da coinvolgere interventi sul piano normativo[20], pare presentarsi il discorso – comunque strettamente connesso con quello concernente l'operatività del principio contributivo – concernente la conformazione del regime patrimoniale operante nella fase fisiologica, nella dialettica tra autonomia degli interessati ed intervento legislativo[21].

---

[17] Ci si riferisce a Cass. civ., sez. un., 12.6.1997, n. 5291, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 533, in una prospettiva per cui v. già Cass. civ., 9.3.1996, n. 1871, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 647, e Cass. civ., 29.12.1995, n. 13149, in *Corr. giur.*, 1996, 401.

[18] Interventi, evidentemente, da operare tenendo presente come, nel bilanciamento tra i principi generali di volta in volta coinvolti nella ricerca delle soluzioni da offrire in ordine alle singole questioni, i contrasti tra principi generali peculiari alla materia familiare, anche nei suoi profili patrimoniali, e principi generali comuni del diritto patrimoniale – e contrattuale in particolare – non possano essere riduttivamente risolti ragionando in chiave di "eccezione" (delle singole disposizioni che eventualmente ad essi si ispirino) ad una "regola" (rappresentata dalle direttive generali comuni alla materia patrimoniale), ma nel senso di una loro piena e prevalente operatività (nella già in precedenza evocata ampia prospettiva indicata da Oppo, *Sui principi generali*, cit., 476), in considerazione della relativa specificità e della gerarchia di valori – soprattutto, ovviamente, se di rango costituzionale, come quello della uguaglianza dei coniugi – tutelati in tale settore dell'ordinamento. E, al riguardo, v. le considerazioni svolte in Quadri, *Il principio di contribuzione come principio generale*, cit., spec. 505.

[19] In ordine a tali problematiche ci si limita qui a rinviare a quanto osservato – nell'ottica, appunto, di una adeguata valorizzazione del principio contributivo ai fini del conseguimento, anche in assenza di pur auspicabili interventi legislativi sul modello di altri ordinamenti, di soluzioni più consone al valore della parità tra i protagonisti dell'esperienza familiare – in Quadri, *Profili attuali del dovere di contribuzione*, cit., 479 ss., e, più di recente, *L'autonomia, la proporzionalità e l'equità*, cit., 413 ss.

[20] Peraltro, senza con ciò intendere trascurare gli spazi da ritenere dischiusi, nell'ottica valoriale innervante il principio contributivo, alle possibili opzioni di carattere esegetico in ordine a singoli aspetti operativi del regime legale di comunione (spazi, invero, troppo spesso ignorati dalla giurisprudenza, come si è cercato criticamente di evidenziare in Quadri, *L'oggetto della comunione legale tra coniugi: i beni in comunione immediata*, in *Fam. e dir.*, 1996, 177 ss.). Al riguardo, v. gli spunti di Federico, *Dovere di contribuzione*, cit., 245 s.

[21] Anche in proposito, per un più organico sviluppo delle considerazioni che seguono (e per gli opportuni riferimenti), si rinvia alla trattazione svolta in Quadri, *L'autonomia, la proporzionalità e l'equità*, cit., 418 ss. (nonché già *I rapporti patrimoniali*, cit., spec. 27 ss., e *Regime patrimoniale e autonomia dei coniugi*, in Aa.Vv., *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent'anni dalla riforma*, a cura di Auletta, Giuffrè, 2007, spec. 148 ss.).

Al riguardo, da un primo punto di vista, la scarsa propensione ovunque dimostrata ad allontanarsi dagli schemi legalmente tipizzati, in una con lo scarso favore dimostrato per gli schemi predisposti nel contesto della riforma del 1975, al di fuori della comunione e legale o della sua mera esclusione con la scelta separatista, dovrebbe indurre ad attirare l'attenzione del legislatore nel senso di una possibile "tipizzazione", in via normativa, di possibili varianti del modello "legale" di comunione, eventualmente, ormai, da aprire alla possibilità di opzione anche da parte dei "conviventi".

Tipizzazione, del resto, ben nota ad altri ordinamenti, dove non si manca di coinvolgere, in particolare, lo stesso criterio di ripartizione finale delle risorse, indubbiamente, allo stato, troppo rigidamente imbrigliato dall'inderogabilità di quella regola assolutamente paritaria (artt. 194, comma 1°, e 210, comma 3°), la quale – alla luce della intervenuta evoluzione dei rapporti familiari nella società – sembra chiamata a dover fare i conti con la crescente esigenza di aumentare gli spazi da riconoscere a consapevoli determinazioni autonome degli interessati.

Sotto un diverso profilo, pare il caso di rilevare come assai diffusa sia la spinta ad intervenire anche sull'opzione normativa di fondo in materia[22], quella, cioè, concernente la scelta del medesimo regime patrimoniale "legale". Pure al riguardo, del resto, le Sezioni Unite[23] non hanno mancato di cogliere quanto un regime che ponga capo ad una "ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare" valga a sdrammatizzare il discorso concernente i meccanismi che, al momento della crisi familiare, sono chiamati a governarne i profili economici, sempre in vista del perseguito obiettivo della garanzia della parità delle parti. Ma si deve trattare, evidentemente, di un regime tale da evitare quella macchinosità caratterizzante le regole operative dell'attuale comunione legale, la quale, come accennato, ha propiziato il fenomeno della "fuga" da essa.

Non a caso, e la prospettiva sembra ora potersi cogliere, anche se in filigrana, nella motivazione delle stesse Sezioni Unite, l'attenzione è da qualche tempo attratta – ma, invero, già lo fu all'epoca della riforma del 1975 – da un modello che ha acquistato progressivamente spazio negli ordinamenti a noi più vicini e sembra aver dato buona prova di efficienza, tanto da scoraggiare la pur possibile "fuga" da esso. L'allusione, ovviamente, è al modello tedesco della *Zugewinngemeinschaft*, di quel regime, cioè, di "partecipazione agli acquisti", anche in Svizzera assunto quale "legale", dopo essere stato messo a disposizione, in Francia, come regime comunitario opzionale alternativo.

4. *Principio contributivo, economia familiare e disciplina delle conseguenze patrimoniali della crisi della famiglia*

Come già dianzi sottolineato, è indubbiamente al momento della crisi che i nodi legati alla realizzazione del valore della parità nei rapporti patrimoniali familiari sono destinati a venire al pettine, dato che ogni carente operatività, sotto tale profilo, del regime patrimoniale nella fase fisiologica della convivenza finisce inevitabilmente col proiettare il soddisfacimento delle eventualmente insoddisfatte relative istanze perequative sul piano delle valutazioni concernenti gli assetti economici delle parti in occasione, appunto, della crisi e della delineazione dei meccanismi di intervento in tale fase.

---

[22] Appunto in tal senso, v., anche di recente, le conclusioni di Oberto, *Attualità del regime legale*, in *Il sistema del diritto di famiglia*, cit., spec. 527.

[23] Il riferimento è qui ad un significativo passaggio, sul punto, della motivazione di Cass. civ., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

La sistemazione economica nei rapporti delle parti, per così dire, "in uscita" dall'esperienza familiare si salda strettamente, allora, tanto all'operatività del regime patrimoniale scelto dalle stesse, dovendo sopperire alle relative carenze, quanto al regime contributivo, dovendo assicurarne la proiezione sui rapporti tra di loro in dipendenza della crisi familiare, in vista della rispettiva vita ormai separata.

Al riguardo, pare subito il caso di porre in evidenza come il sostenere che il principio contributivo sia destinato ad allungare la sua ombra sulla sistemazione economica in dipendenza della crisi[24] non si risolva necessariamente nell'avallare quell'idea di una "ultrattività" del vicolo, la cui contraddittorietà risulta palese in considerazione della funzione istituzionalmente propria del divorzio. Sembra, in effetti, nel giusto la giurisprudenza[25], quando ha inteso sottolineare che gli ex coniugi devono considerarsi "persone singole", così come, del resto, "persone singole" essi erano prima della contrazione dell'impegno di vita in cui si risolve la scelta matrimoniale. Ma riferirsi, nel momento della crisi, alla rilevanza del principio contributivo significa rifiutare fermamente di considerarli senza un passato di vita comune[26]: proprio il necessario dispiegarsi del principio di parità nella realizzata comunità di vita, se non pare potersi risolvere, nel momento dissolutivo, in una intimamente contraddittoria protrazione – anche solo dal punto di vista patrimoniale – degli effetti di un vincolo ormai venuto definitivamente meno, non può non comportare la valorizzazione, in vista ed ai fini della vita definitivamente separata, di quel profilo partecipativo e di condivisione di quanto eventualmente realizzato in comune, in cui si sostanzia proprio la portata del principio contributivo.

In effetti, non è in un senso, non a torto, definibile "criptoindissolubilista" che devono essere intese quelle "conseguenze perenni e ineludibili", che dal matrimonio "discendono", cui pure non ha mancato di alludere la giurisprudenza[27]. Quando si guarda al matrimonio, inteso quale "rapporto", come fonte di "diritti inviolabili", di "doveri inderogabili", di "responsabilità", di "aspettative legittime" e di "legittimi affidamenti"[28], ciò pare da intendere, piuttosto, nel senso del carattere necessitato di un'adeguata considerazione – nel momento della crisi e in vista della disciplina dei suoi risvolti economici – dell'assetto di vita, personale ed economico, venutosi a realizzare per le parti durante (e per effetto) del matrimonio: questo, proprio onde permettere che la rescissione del vincolo[29] consenta comunque che la definizione di assetti di vita – ormai effettivamente

[24] Così, Quadri, *Profili attuali*, cit., 485. E v. Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 972, nonché, di recente, Federico, *Dovere di contribuzione*, cit., 251.

[25] Ci si riferisce agli sviluppi argomentativi di Cass. civ., 10.5.2017, n. 11504, cit.

[26] In proposito, si rinvia alle riflessioni svolte in Quadri, *I coniugi e l'assegno di divorzio*, cit., 885 ss.

[27] Così, in particolare, Cass. civ., 2.5.1994, n. 4204, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 278.

[28] Secondo la prospettiva sviluppata da Cass. civ., sez. un., 17.7.2014, n. 16379, cit.

[29] In relazione alla quale la giurisprudenza da tempo configura quello ad "interrompere la convivenza" quale vero e proprio "diritto" (Cass. civ., 9.10.2007, n. 21099, in *Foro it.*, 2008, I, 128), annoverando tra i "diritti costituzionalmente protetti" senz'altro "la libertà di autodeterminarsi ed anche la stessa libertà di porre fine al legame familiare, riconosciuta nel nostro ordinamento dal 1970" (Cass. civ., 7.3.2019, n. 6598, in *Foro it.*, 2019, I, 1581). E la tendenza dell'ordinamento ad assicurare sempre più pienamente l'esercizio di una simile "libertà" sembra, in effetti, da assumere quale chiave di lettura dell'evoluzione, appunto, della disciplina del divorzio. In proposito, si rinvia alle considerazioni svolte in Quadri, *L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, i successivi interventi legislativi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 7 ss. Così, da ultimo, proprio in una tale prospettiva, pare assumere indubbio rilievo l'intervento acceleratorio della relativa procedura, operato attraverso l'introduzione (ad opera del d. legis. 10.10.2022, n. 149) dell'art. 473-*bis*.49 cod. proc. civ. (con la previsione della possibilità di "cumulo di domande di separazione e scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio").

ed inevitabilmente – individuali avvenga nel rispetto del valore della parità, di cui il principio contributivo rappresenta elettiva espressione.

L'assunzione del principio di "autoresponsabilità"[30] quale chiave di volta degli assetti economici post-coniugali può realmente acquistare, allora, il senso di un ragionevole approdo definitivo in materia, in quanto sicuramente più consono – se confrontato con la da noi accreditatasi prospettiva eminentemente assistenzialistica[31] – alla promozione ed al rispetto della pari dignità dei coniugi: a condizione, però, che sia assicurata tra di loro, quale base per la futura vita separata, una effettiva perequazione in ordine alla partecipazione alla complessiva economia familiare, cui ciascuno abbia contribuito durante la vita comune[32].

Il riferimento al "tenore di vita", quale espressione concreta della condivisa integrazione delle sfere personali e patrimoniali in cui si risolve il dovere di contribuzione, ha rappresentato, per quasi trent'anni, nella giurisprudenza, la via attraverso cui mettere in condizione l'ex coniuge di partecipare a quanto realizzato in campo economico durante la convivenza familiare[33]. Ma si è trattato di una via solo traversa[34], fin troppo facilmente imputabile di occultare una sistematicamente inconcepibile "ultrattività" del vincolo.

Proprio la rottura con una simile ricostruzione[35] ha fatto avvertire in pieno – soprattutto, evidentemente, in considerazione del dianzi denunciato pericolo di avvitamento in un circolo vizioso con la carente operatività del regime patrimoniale coniugale – i rischi della concezione in chiave "esclusivamente assistenziale" delle contribuzioni eventualmente da riconoscere in sede di divorzio, fondata sul persistente ossequio a quell'approccio "bifasico" al riconoscimento dell'assegno[36], radicato nelle conclusioni,

---

[30] Sul quale impernia la propria ricostruzione Cass. civ., 10.5.2017, n. 11054, cit., ma in un'ottica poi incisivamente rimodulata – come si avrà modo di vedere seguito – da Cass. civ., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

[31] Accreditata da Cass. civ., sez. un., 29.11.1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, 67, costantemente seguita, poi, almeno in linea di principio, dalla successiva giurisprudenza, ed esasperata, infine, nell'impostazione di Cass. civ., 10.5.2017, n. 11504, cit. Per la critica ad una simile prospettiva, che finisce col radicarsi nella configurazione delle contribuzioni post-matrimoniali quali forma di "aiuto" (secondo una terminologia impiegata, ad es., da Cass. civ., 2.3.1990, n. 1652, in *Foro it.*, 1990, I, 1165) al coniuge (più o meno) bisognoso, v. i rilievi svolti (con gli opportuni riferimenti), in vista della necessaria salvaguardia della pari "dignità" dei coniugi, in Quadri, *I coniugi e l'assegno*, cit., spec. 892 s.

[32] Per una tale conclusione, v. quanto osservato in Quadri, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giust. civ.*, 2014, 100 s. Proprio nell'accennata prospettiva, si può forse anche tentare di superare il persistente contrasto concernente la portata della previsione di "inderogabilità" di cui all'art. 160 cod. civ. In effetti, non si tratta, attraverso la relativa invocazione, come pure diffusamente paventato (v., ad es., Angeloni, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Cedam, 1997, 277 ss., e Oberto, *I contratti della crisi coniugale*, I, Giuffrè, 1999, 462 ss., nonché, più di recente, Palazzo, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 588), di tentare di rendere "ultrattivi" diritti e doveri matrimoniali, ma di assicurare, piuttosto, che le valutazioni destinate a definire gli assetti economici di coloro che hanno vissuto una esperienza di vita comune – proprio per restare coerenti con le relative concordi scelte esistenziali (di cui le stesse Sezioni Unite, del resto, nella loro decisione del 2018, non hanno mancato di sottolineare il carattere frequentemente "irreversibile") – non trascurino il grado di integrazione delle sfere personali e patrimoniali delle parti e le relative conseguenze sulla loro situazione al momento dell'estinzione del rapporto.

[33] Si tratta dell'indirizzo sistematizzato da Cass. civ., sez. un., 29.11.1990, n. 11490, cit., cui si è uniformata la successiva giurisprudenza fino alla recente svolta in materia.

[34] Parla, al riguardo, di "modo riflesso" di tenere conto dei criteri determinativi dell'assegno di divorzio, di cui all'art. 5, comma 6°, l. div., destinati, appunto, a riflettere nelle contribuzioni post-matrimoniali gli assetti di vita caratterizzanti la comunità di vita matrimoniale, Cass. civ., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

[35] Da parte di Cass. civ., 10.5.2017, n. 11504, cit.

[36] Circa il senso e la portata di una simile impostazione, funzionale ad una conformazione in chiave "eminentemente", se non addirittura "esclusivamente", "assistenziale" delle contribuzioni post-matrimo-

in materia, della decisione delle Sezioni Unite del 1990, ma, infine, contestato e definitivamente accantonato dalle stesse Sezioni Unite nella loro sentenza del 2018.

Punto di partenza del nuovo indirizzo[37] è stata la consapevolezza "del forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare sulla loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento". E il risultato "di una interpretazione dell'art. 5, comma 6, più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.", è stato dichiaratamente rappresentato[38] dall'abbandono della "rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio", con la piena valorizzazione – attraverso "una valutazione integrata" e con "rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio"[39] – "degli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima parte" della disposizione in questione (necessariamente da considerare, insomma, punto di riferimento di "un esame esegetico unitario", in quanto solo atto ad evitarne arbitrarie eterointegrazioni): "criteri", che "costituiscono nel loro complesso il parametro di riferimento", quindi, "tanto della valutazione relativa all'*an debeatur* quanto di quella relativa al *quantum debeatur*"[40]. L'attenzione, di conseguenza, per evitare di "azzerare l'esperienza della relazione coniugale", si è concentrata sulla "funzione perequativa e riequilibratrice dell'assegno di divorzio", in tal senso risultando declinato – con ciò finendosi, evidentemente, proprio con l'evocare scopertamente i riflessi del principio contributivo sulla definizione degli assetti economici post-matrimoniali – "il principio di solidarietà posto a base del diritto" ad esso.

Pare qui il caso solo di sottolineare come peso decisivo – in tale prospettiva assumendosi il necessario riferimento al "principio di autodeterminazione e di autoresponsabilità" – sia stato conferito, così, alla considerazione secondo cui "la conduzione familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile". La "preminenza della funzione perequativa", nel rendere sostanzialmente residuale la portata di quella assistenziale[41], diventa, seguendo un simile itinerario, attento alla "pluralità di modelli familiari" ed alla connessa inevitabile "molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento

niali, non si può qui che rinviare, anche per gli opportuni riferimenti in ordine alla discussione in materia, alle considerazioni (critiche) sviluppate in Quadri, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2018, 971 ss.

[37] Le citazioni che seguono sono tratte da Cass. civ., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, cit.

[38] Secondo una impostazione rispecchiata, del resto, nelle pp.d.ll. nn. 4605 della XVII legislatura e 506 della XVIII legislatura (da cui deriva il testo approvato dalla Camera dei deputati il 14.5.2019, peraltro decaduto con la fine della relativa legislatura).

[39] Da considerare, quest'ultima, vera e propria spia dell'effettiva realizzazione di una "comunione materiale e spirituale tra i coniugi", come non si manca di insistere ad evidenziare – nell'ottica della precedente pronuncia delle stesse Sezioni Unite – nella più recente decisione di Cass. civ., sez. un., 31.3.2021, n. 9004, in *Foro it.*, 2021, I, 1589.

[40] Secondo la chiara sintesi di Cass. civ., sez. un., 31.3.2021, n. 9004, cit.

[41] Circa una simile preminenza della "funzione perequativo-compensativa" nella ricostruzione della materia delle contribuzioni post-matrimoniali, quale operata dalle Sezioni Unite nelle loro decisioni del 2018 e del 2021, cfr. quanto osservato da Casaburi, *"Dicono e odono e poi son giù volte": I cinquanta anni della l. 898/1970*, in *Foro it.*, 2021, I, 3472 (e, *ibidem*, anche 3464 s.): questo contro il tentativo di ritorno – invero attraverso un travisamento della sostanza dell'impostazione delle Sezioni Unite (e v., in proposito, le considerazioni svolte in Quadri, *Gli effetti economici delle crisi coniugali*, in *Jus civile*, 2021, 1348 s., 1364) – ad una visione in chiave esasperatamente assistenziale delle contribuzioni stesse da parte di un persistente indirizzo della prima sezione della Cassazione, per il quale v., ad es., Cass. civ., 9.8.2019, n. 21234, in *Fam. e dir.*, 2019, 1080 e, ancora, Cass. civ., 8.9.2021, n. 24250, in *Foro it.*, 2021, I, 3445.

del vincolo", l'unica via per assicurare la concreta realizzazione del valore costituzionale della "pari dignità" delle parti.

Il ripetuto riferimento all'art. 29 Cost., allora, lungi dall'assumere il senso di una sistematicamente inconcepibile evocazione di "ultrattività" di un vincolo, per definizione, ormai definitivamente sciolto, vale semplicemente ad evidenziare come, nel momento del venir meno della comunità di vita, la situazione di ciascuno degli ex coniugi non possa che essere valutata – nel contesto di un "giudizio anche prognostico" – conferendo peso adeguato, in un'ottica dinamico-relazionale, ai riflessi ed ai condizionamenti che su di essa abbiano avuto i concordati assetti familiari. Ciò, appunto nella perseguita prospettiva "perequativo-compensativa"[42], valorizzando quel "contributo personale ed economico fornito da ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno ed a quello comune" (anche col "sacrificio delle aspettative professionali e reddituali"), destinato, allora, ad assumere un vero e proprio "rilievo causale" in ordine agli eventuali riconoscimenti patrimoniali in dipendenza della crisi familiare, in modo, oltretutto, da fugare possibili sospetti di creazione di "rendite di posizione" e di "ingiustificati arricchimenti".

Ed è da evidenziare come le Sezioni Unite, seguendo una traiettoria sostanzialmente non dissimile da quella tendente ad armonizzare i principi di "autoresponsabilità" e "solidarietà", abbiano anche inteso, in relazione alla funzione dell'assegno, superare la tradizionale contrapposizione tra quella "assistenziale" e quella "perequativo-compensativa", integrandole tra loro. L'allusione ad "una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa", infatti, è da leggere alla luce dell'attribuzione alla "funzione assistenziale" proprio di "un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà", parlandosi, allora, anche di un "criterio assistenziale-compensativo", in cui, una volta definitivamente accantonata qualsiasi distinzione tra "il criterio attributivo e quello determinativo" dell'assegno, "l'elemento contributivo-compensativo si coniuga senza difficoltà a quello assistenziale perché entrambi sono finalizzati a ristabilire una situazione di equilibrio che con lo scioglimento del vincolo era venuta a mancare", dovendo "l'adeguatezza dei mezzi" disponibili essere valutata "in relazione a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare"[43].

---

[42] Prospettiva, questa, dalla convinta adesione alla quale si è mossa, poi, Cass. civ., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit., per dare una risposta sistematicamente coerente alla questione dell'incidenza, sul diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di un assegno di divorzio, delle sue eventuali successive vicende esistenziali.

[43] In relazione alla tipologia dei comportamenti, tenuti nel corso della vita familiare comune, richiesti all'ex coniuge, onde poter aspirare a vedersi riconosciuto il diritto a contribuzioni post-coniugali, sembra serpeggiare, invero, almeno in una parte della giurisprudenza (e, non a caso, in quella più restia ad accogliere, nella sua reale sostanza, l'impostazione delle Sezioni Unite), una tendenza a concepire in termini eccessivamente restrittivi il criterio – quale identificato dalle Sezioni Unite – del "contributo dato dal coniuge debole con le sue scelte personali e condivise in favore della famiglia, alle fortune familiari". Ciò esasperando, ai fini della concreta operatività del criterio in questione in funzione perequativo-compensativa, pure attraverso una notevole accentuazione dei relativi oneri probatori a carico del richiedente, il (solo) profilo valutativo concernente "il sacrificio delle aspettative professionali" (e v., ad es., Cass. civ., 8.9.2021, n. 24250, cit., che allude, appunto come unico possibile parametro di riferimento, al "sacrificio sopportato per aver rinunciato a realistiche occasioni professionali-reddituali", espressamente richiamata, sul punto, da Cass. civ., 21.4.2022, n. 12800, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 1258, nonché seguita da Cass. civ., 13.10.2022, n. 29920). Con il rischio, così, di smarrire l'adeguata considerazione che comunque sembra meritare, al riguardo (se non altro alla luce della lettera stessa dell'art. 5, comma 6°, l. div., con la sua allusione al "contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare"), il contributo offerto "alla realizzazione della vita familiare" anche unicamente attraverso "le proprie maggiori

Certo, resta da chiedersi se lo strumento rappresentato dall'assegno di divorzio, sia il più funzionalmente idoneo a realizzare quella finalità partecipativa e "perequativo-compensativa", ormai dichiaratamente assunta quale obiettivo da realizzarsi durante la – o, almeno, al momento della dissoluzione della – comunità di vita familiare. E non è difficile accorgersi come l'assegno di divorzio, nella sua configurazione periodica, risulti, per sua stessa natura, comunque strumento che mal si presta a svolgere in maniera pienamente soddisfacente una simile funzione, nel rispetto della uguale dignità e libertà di ambedue i coniugi[44]. Esso, infatti, finisce col perpetuare a tempo tendenzialmente indefinito – e di qui, alla luce delle esperienze degli altri ordinamenti, la diffusa istanza, da ultimo recepita dalla stessa giurisprudenza[45], tendente a prevedere anche una eventuale predeterminabilità della relativa durata, ovviamente nei casi in cui ciò possa comunque valere a soddisfare le esigenze cui risulta finalizzata l'attribuzione dell'assegno – situazioni relazionali e di dipendenza, la cui intollerabilità è sicuramente destinata ad accentuarsi quale riflesso dei successivi possibili percorsi di vita affettivo-familiare degli interessati. Ma, allo stato, l'art. 5, comma 8°, l. div., con l'affidare solo alla concorde volontà delle parti il ricorso a soluzioni (definitive) *una tantum*, fa, appunto, dell'assegno periodico l'unico strumento disponibile in via generale per regolare i rapporti economici tra gli interessati[46].

Così, la via seguita nel contesto delle riforme che, altrove, hanno investito la problematica in questione si presenta, da tempo, sostanzialmente univoca. E, al riguardo, punto di partenza da cui muovere non può che essere quello consistente nel considerare troppo limitativa la scelta, operata con l'art. 5, comma 8°, l. div., di affidare (solo) all'accordo degli interessati l'adozione di assetti economici post-coniugali definitivi[47]. Chiara e diffusa praticamente ovunque, in effetti, si presenta – una volta appunto con-

---

incombenze familiari" (come, e sembra a ragione, conclude Cass. civ., 20.10.2021, n. 29195, in *Mass. Giur. it.*, 2021, in una prospettiva per cui v., con chiarezza, ad es., Trib. Venezia, 30.12.2019, in *Foro it.*, 2021, I, 3690, col sottolineare che "ai fini dell'indagine possono rilevare non solo i sacrifici professionali", ma anche il "contributo dato, formando la prole e divenendo il 'manager' della famiglia e della casa"). In proposito, v. quanto osservato – onde escludere la necessità di una, spesso praticamente diabolica, dimostrazione di proprie pregresse virtù quasi eroiche da parte del richiedente per poter aspirare all'ottenimento di contribuzioni post-matrimoniali in funzione perequativo-compensativa – in Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza: le sezioni unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1394 s.

[44] In tal senso sembrano da leggere – anche al di là delle peculiarità della fattispecie specificatamente affrontata – le considerazioni finali svolte da Cass. civ., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit. Per un simile, ormai diffuso, rilievo, cfr., ad es., Rimini, *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fondamento assistenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, spec. 1277 ss., e, di recente, anche per gli opportuni riferimenti, Porcelli, *L'assegno divorzile. Verso una nuova stagione*, Esi, 2020, 84 ss. Si tratta di una prospettiva per cui v., comunque, quanto osservato in Quadri, *Definizione degli assetti economici postconiugali ed esigenze perequative*, in *Dir. fam. e pers.*, 2005, 1311 s., nonché, da ultimo, *Il superamento della distinzione*, cit., 981.

[45] Ci si riferisce all'istanza a favore dell'introduzione, anche nel nostro ordinamento, della possibilità di accordare un "assegno temporaneo", fatta espressamente propria da Cass. civ., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit., su cui v. le considerazioni svolte, anche con riguardo al possibile ricorso ad una simile tipologia di assegno già "a legislazione invariata", in Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza*, cit., 1399 s.

[46] Onde pure Cass. civ., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit., non può far altro che auspicare, eventualmente dietro accorta sollecitazione del giudice, la ricerca ed il raggiungimento di un accordo tra le parti. Nel contesto della disciplina attualmente vigente della materia, in effetti, come rileva Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Fam. e dir.*, 2017, 649, l'assegno di divorzio costituisce pur sempre "l'architrave sul quale si deve reggere un sistema che miri a realizzare quella equa condivisione delle risorse della famiglia funzionale all'attuazione del principio di parità".

[47] In tal senso, v. le considerazioni svolte in Quadri, *Definizione degli assetti*, cit., 1312. In proposito, ampi sviluppi in Rimini, *Il nuovo divorzio*, Giuffrè, 2015, 150 ss.

siderata troppo limitativa una scelta del tipo di quella operata dal nostro legislatore – la preferenza, quale soluzione normale, per sistemazioni economiche dipendenti dalla crisi familiare di carattere definitivo, secondo una prospettiva che veda l'attribuzione di un assegno periodico solo quale soluzione eccezionale e, comunque, di ripiego (privilegiandosi, cioè, e ancora una volta il modello di riferimento può essere quello francese, contribuzioni nella "forma di un capitale", da corrispondere secondo modalità fissate, in mancanza di accordo, dal giudice)[48].

Insomma, quasi come logica conseguenza di una scelta esegetica che intenda meglio riflettere, a conclusione dell'esperienza comunitaria dei coniugi, la sostanza del principio contributivo in una conformazione in senso partecipativo e perequativo-compensativo delle contribuzioni che si radicano nella crisi definitiva della famiglia, pare – forse più che semplicemente opportuno – necessario intervenire sullo strumentario a disposizione non solo delle parti, ma anche del giudice. Del resto, è da credere che il riconoscere al giudice la possibilità di pervenire – di preferenza e, ovviamente, ove le circostanze lo consentano – ad un simile tipo di sistemazione economica, determinandone le modalità, possa valere a rappresentare un forte, se non decisivo, stimolo – in un'ottica di sicuramente auspicabile deconflittualizzazione della gestione della crisi familiare e delle sue conseguenze – per gli interessati a pervenirvi già in via concordata.

Il principio contributivo, così, proprio alla luce della ricostruzione sistematica ora avallata dalle Sezioni Unite, finisce col dimostrare, ai fini della delineazione della disciplina complessiva delle relazioni economiche familiari, una persistente forza pure quando, ormai, la famiglia non c'è più, ma sussiste ancora quell'esigenza di tutela dei suoi membri, ed in particolare di quelli più deboli, nella quale non si può fare a meno di individuare – nel contesto realizzativo del valore costituzionale della pari dignità dei protagonisti dell'esperienza familiare – la reale giustificazione ed il pregio di un simile basilare principio nel sistema della riforma del 1975.

[48] Si allude a quanto previsto, in particolare, dagli artt. 270 ss. *code civil*, in cui si delinea un regime non a caso – allineandosi a diffuse ricostruzioni dottrinali – evocato, in una con altre esperienze legislative, come possibile modello per un auspicato intervento del nostro legislatore da CASS. CIV., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, cit.

SILVIO RIONDATO

"PERSONA COMUNQUE CONVIVENTE" E LEGALITÀ PENALE, NELL'ALBUM DI "FAMIGLIA" DEL DELITTO DI MALTRATTAMENTI (ART. 572 C.P.)

SOMMARIO: 1. L'indeterminatezza della "persona comunque convivente" nella legge e nella giurisprudenza. – 2. Richiamo da parte della Consulta al rispetto della legalità penale (Corte cost. 98/2021). – 3. *Segue*. Sulla rilevanza di una pronunzia di cassazione valorizzata dalla Corte costituzionale: convivenza come rapporto suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, con un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza, a prescindere dall'esito concreto di tale comune decisione (Cass. 2911/2021). – 4. Il fallimentare recepimento da parte della Corte di cassazione del richiamo alla legalità penale: due decisioni divergenti. – 5. *Segue*. Convivenza come relazione affettiva parafamiliare, qualificata da continuità, stabilità, reale condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita (Cass. 38336/2022). – 6. *Segue*. Convivenza come rapporto di stabile prossimità, familiare o di altra natura, con frequentazione e condivisione prolungata di spazi e contesti deputati allo svolgimento di determinate attività (Cass. 45520/2022). – 7. La convivenza nel Progetto di riforma dell'Associazione nazionale dei professori di diritto penale. Proposta di ulteriore precisazione sulla base dell'importanza dell'affidamento unilaterale.

1. *L'indeterminatezza della "persona comunque convivente" nella legge e nella giurisprudenza*

Nell'ambito dei delitti contro la famiglia, fino al 2012 la previsione dei maltrattamenti in famiglia (art. 572, co. 1, c.p.) non includeva, quanto al soggetto maltrattato, la persona comunque convivente, persona poi contemplata a seguito della modifica introdotta dall'art. 4, co. 1, lett. *d*, l. 1° ottobre 2012 n. 172 (che ha ratificato la convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, Lanzarote 2007). Concerneva solo la «persona della famiglia», oltre ai soggetti legati da rapporti di autorità, o affidati per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte. Ma, nonostante il limite di senso familiare che almeno a prima vista potrebbe apparire tanto stringente da escludere convivenze, la norma, fin dall'origine svincolata da riferimenti giuscivilistici e interpretata, comunque, secondo le autonome direttrici penalistiche, ha storicamente assunto le vesti di banco di prova e cartina al tornasole vuoi rispetto all'ampliamento contenutistico della cosiddetta concezione giuridica della famiglia, vuoi nei confronti della valorizzazione immediata del dato extragiuridico sia normativo che fattuale. Ha finito per includere, sia pur non senza qualche contrasto giurisprudenziale, varie specie di c.d. famiglia di fatto e formazioni per nulla assimilabili a famiglie, cioè convivenze e relazioni più o meno stabili di vita, più o meno foriere di aspettative di solidarietà (anche solo unilaterali), non importa se in fatto o in diritto, condivisioni di progetti di vita pur solo potenziali, relazioni di tipo affettivo e non, anche a prescindere dalla coabitazione[1].

[1] Per più ampie indicazioni rinvio a RIONDATO, *Cornici di famiglia nel diritto penale italiano*, Padova Un. Press, 2014, 112 ss., nonché alla dottrina e giurisprudenza citate nelle note che seguono.

L'estrema varietà delle soluzioni, nonché l'opportunismo e comunque l'aporeticità dei criteri impiegati dalla giurisprudenza italiana nelle sue varie pronunzie che definiscono la famiglia e i rapporti familiari nel quadro dell'art. 572 c.p., emergono chiaramente dalle più accurate indagini[2]. Basti per ora solo menzionare il caso, storicamente trainante, della concubina non coabitante[3], e il caso della zia che convive con la nipote in virtù di un contratto di rendita vitalizia nella forma del cosiddetto vitalizio alimentare o contratto di mantenimento, una «famiglia» secondo la giurisprudenza penale che al riguardo valorizza rapporti di *assistenza* o *solidarietà* che sorgerebbero, in un apprezzabile periodo di *convivenza*, *per relazioni sentimentali o consuetudini di vita*[4] – si noti la non essenzialità del dato coniugale e/o parentale, nonché del dato sentimentale–; e casi che la giurisprudenza riesca ad inserire in una ancor più ampia accezione di famiglia, intesa cioè quest'ultima come *regime di vita* improntata a *rapporti di umana solidarietà* e a *strette relazioni*, dovute a *diversi motivi anche assistenziali*, pur *senza la convivenza o coabitazione*[5].

Come insegna Paolo Zatti, l'espressione «famiglia di fatto» è entrata nell'uso corrente dei giuristi per indicare non tanto un istituto quanto una questione[6]. Ebbene, la figura in commento si è rivelata inclusiva di una questione permanente, rivestendo il ruolo problematico di madre di tutte le battaglie contro ogni limite derivante da qualsiasi, precisa nozione di famiglia. La ragione è che mancano note tipiche idonee a fornire una stringente descrizione del novero degli appartenenti alla famiglia (maltrattati e maltrattanti) e dei relativi rapporti con gli implicati interessi, sicché non è parso letteralmente escluso un vasto ampliamento come quello indicato. In questo senso hanno molto contribuito letture informate allo scopo preventivo, dando rilevanza all'offesa a beni dell'individuo (salute, dignità, onore, ecc.) tramite le particolari modalità della condotta tipica, le quali ultime altrimenti, in molti casi, o non sarebbero state penalmente significanti, oppure lo sarebbero state in una cornice di molto meno intensa gravità e spesso nel quadro di una procedibilità condizionata a querela, cornice da molti ritenuta

---

[2] Pittaro, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. e dir.*, 2010, 933 ss. V. inoltre Giunti, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi*, nel *Trattato di diritto di famiglia. Le riforme*, diretto da Zatti, III, *Diritto penale della famiglia e dei minori*, a cura di Palermo Fabris, Presutti e Riondato, Giuffrè, 2018, 235 ss. Per l'ipotesi che la rilevanza della famiglia di fatto fosse frutto di analogia *in malam partem*, Riverditi, *La doppia dimensione della famiglia (quella "legittima" e quella "di fatto") nella prospettiva del diritto penale vigente. Riflessioni*, in *St. on. Franco Coppi*, I, Giappichelli, 2011, 560; o di discutibile estensione *in malam partem*: Miedico, sub *art. 572*, in *Codice penale commentato*, dir. da Dolcini e Gatta, tomo 3, Ipsoa, 2021, 743.

[3] Cass. pen., sez. VI, 18.12.1970, in *Giust. pen.* 1971, II, 835. V. anche Cass. pen., sez. II, 16.6.1959 in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, 577 (con commento critico di Pisapia G.D., *Spunti esegetici e dommatici sull'art. 572 c.p.*) che qualifica la concubina convivente *more uxorio* come membro di fatto della famiglia dell'uomo con cui convive. Di recente è stato escluso il caso di un uomo che non aveva mai coabitato e tanto meno convissuto con la donna, mentre aveva intrattenuto con lei una relazione clandestina per la quale un certo appartamento era solamente la base per gli incontri, senza che esistesse un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà (Cass. pen., sez. VI, 21.10.2020, n. 34086, secondo cui il reato di maltrattamenti presuppone una relazione tra agente e vittima che comporti un rapporto stabile di affidamento e solidarietà, per cui le aggressioni che il soggetto attivo compie ledono la dignità della persona infrangendo un rapporto che dovrebbe essere ispirato a fiducia e condivisione, sicché basta un regime di vita improntato a rapporti di solidarietà e a strette relazioni, dovute a diversi motivi, come nel caso di relazione sentimentale in cui vi sia stata un'assidua frequentazione della persona offesa tale da far sorgere sentimenti di solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale).

[4] Cass. pen., sez. VI, 3.7.1990, in *Mass. decisioni penali*, 1991, 186276; conf., di principio, sez. VI, 9 dicembre 1992, n. 539, in *Cass. pen.*, 1994, 938.

[5] Cass. pen., sez. III, 3.7.1997, n. 1440, in *Cass. pen.*, 1998, 2614.

[6] Si veda il paragrafo dedicato alla *Famiglia di fatto* in Iudica - Zatti, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Wolters Kluwer Cedam, 2022, 668.

inidonea alla protezione del soggetto c.d. debole. In tema di maltrattamenti si è attuata così una spiccata «demonumentalizzazione» della famiglia, con lo sgretolamento di ogni riferimento istituzionale[7], a favore della tutela della persona fisica. Permane tuttavia, a ben vedere, un problema serio di legalità-tassatività/determinatezza della fattispecie astratta (art. 25, co. 2, Cost.)[8].

Tramite l'introduzione legislativa, come accennato, della persona comunque convivente tra i soggetti passivi del reato, accanto alla persona della famiglia (anche nella rubrica), pareva realizzata una sorta di accondiscendenza legislativa rispetto agli ampliamenti recati in base alle segnalate esigenze preventive[9]. Oltre a rapporti stretti, come la classica figura della convivenza *more uxorio*, la novità si presta a contrassegnare relazioni non caratterizzate da una consuetudine così stretta di vita quotidiana insieme, cementata da un progetto comune[10].

Si tratta, di nuovo, di una locuzione affatto imprecisa, che finisce con l'incrementare l'indeterminatezza: la micidiale miscela prodotta dall'incrocio tra "convivente" e "comunque"[11], e dalla sommatoria tra famiglia c.d. di fatto in senso penalistico e convivenza comunque, realizza uno svincolo totale sia da qualsivoglia tipo familiare ben determinato, anzi da ogni connotazione di senso familiare, sia da qualsiasi precisa nozione di convivenza, sicché esiti di interpretazioni *ad libitum* sono ampiamente prevedibili. Non deve sorprendere che il reato di maltrattamenti in famiglia sia stato anche di recente ritenuto configurabile in presenza di un rapporto di convivenza giudicato di breve durata, instabile e anomalo, ma sorto in una *prospettiva* di stabilità e un'*attesa* di reciproca solidarietà[12].

La convivenza in esame è quindi ormai annoverata tra i più eclatanti casi di creazionismo del giure penale italiano[13], un caso appunto di punibilità svincolata dalla con-

---

[7] Su questi processi v., di recente, l'ampia disamina critica di Spena, voce «Famiglia e diritto penale (evoluzione)», *Enc. del dir. I Tematici*, IV, *Famiglia*, Giuffrè, 2022, 509 ss.

[8] Riondato, *Cornici*, cit., 24 ss., 29 ss., 126.

[9] Vallini, *Nuove norme a salvaguardia del minore, della sua libertà (integrità) sessuale e del minore nella "famiglia"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 152.

[10] Bertolino, voce «Maltrattamenti e abuso di mezzi di correzione», in *Enc. del dir. I tematici*, IV, *Famiglia*, Giuffrè, 2002, 696. V. inoltre Salemme, *Il delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di Fidelbo, Giappichelli, 2021, 346 ss.

[11] La locuzione "comunque" svolge qui la funzione di allargare piuttosto che restringere l'ambito applicativo della fattispecie (Bartoli, *Maltrattamenti contro familiari o conviventi*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di Bertolino, Giappichelli, 2022, 212).

[12] Cass. pen., sez. VI, 7.52021, n. 17888 (*https://www.neldiritto.it/sezioni/penale/18801/anche-una-convivenza-di-breve-durata-puo-dar-luogo-ai-maltrattamenti.html*), con ampio quadro giurisprudenziale. Il caso è il seguente: i due cominciarono a frequentarsi nel periodo natalizio del 2015 sino a convivere nel febbraio del 2016, ma il rapporto si rivelò conflittuale e, nella denuncia del 26 giugno 2016, la L. descrive le ingiurie, le minacce, le percosse a lei rivolte da O. , incline anche all'abuso di alcolici e a comportamenti aggressivi a sfondo sessuale; dopo la denuncia i due ripresero la relazione (caratterizzata da una intensa vita sessuale con pratiche anomale richieste dall'uomo e verso le quali la donna manifestò dissenso pur infine assecondando), trascorrendo assieme qualche notte per poi riprendere la convivenza verso la fine di agosto sino a una aggressione da parte di lui e a una lite, senza che, tuttavia, la loro relazione si interrompesse (anzi la L. accoglieva O. nella sua abitazione); nonostante le lesioni patite il 30 agosto 2016, la relazione ancora proseguì con una assidua frequentazione e, ai primi di ottobre, O. cominciò a portare le sue cose a casa della L.; seguirono altri episodi di minacce e lesioni sino a quando la donna si recò presso la Polizia locale dichiarando di avere cambiato la serratura della sua abitazione per difendersi da O. , il quale continuava a ingiuriarla e a minacciarla per telefono.

[13] Palazzo, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2022, 981; Maiello, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, 12, 130. Il problema della legalità-tassatività/determinatezza non si pone in termini di maggior intensità rispetto a quelli che connotano i risultati interpretativi in molti altri settori, specie quelli pregni come nel nostro caso di caratteri di co-disciplinarità (sui quali v. Borsari, *Diritto penale, creatività, co-disciplinarità. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova University Press, 2013, *passim*).

formità al tipo legale. Il tipo non è legale, costituzionalmente, così com'è indeterminato. Di conseguenza la creatività ha campo libero.

La Corte costituzionale ha richiamato in tema i giudici al rispetto della legalità penale (par. 2 e 3). Nonostante ciò, rimane difficile ricostruire, pur sulla base anche della successiva giurisprudenza, un dato che possa offrire utili indicazioni univoche davvero stringenti (par. 4, 5 e 6) quanto meno in prospettiva di riforma (par. 7).

2. *Richiamo da parte della Consulta al rispetto della legalità penale (Corte cost. 98/2021)*

Nel 2021 la Corte costituzionale[14] ha valorizzato un caso in cui il giudice *a quo* aveva ritenuto integrato il reato di maltrattamenti rispetto ad una relazione sentimentale in corso da quattro mesi, senza continua coabitazione, relazione definita seria, consolidata e fondata sulla condivisione dei rispettivi affetti, con stretto rapporto affettivo della donna offesa anche con la madre e la sorella del partner le quali con lui coabitavano, tanto che la stessa donna preparava spesso la cena per tutti e durante il fine settimana si fermava a dormire a casa loro. Perciò il giudice aveva riqualificato come maltrattamenti (art. 572 c.p.) l'originaria imputazione di atti persecutori (art. 612 *bis*, c.p., c.d. *stalking*) e su questa base aveva sollevato una certa questione di costituzionalità di contenuto processuale, qui non rilevante.

Secondo il giudice remittente, poiché sussisteva una stabile relazione affettiva, al caso non poteva attagliarsi la fattispecie di atti persecutori che dal 2013 pur contempla una specifica aggravante qualora il fatto sia commesso da chi è legato da relazione affettiva con la persona offesa (art. 612bis, co. 2, c.p., come sostituito dall'art. 1bis, co. 3, lett. *a*, d.l. 14 agosto 2013, n. 93 conv. con mod. in l. 15 ottobre 2013, n. 119). La previsione dei maltrattamenti, infatti, si presterebbe ad una interpretazione estensiva in grado di attrarre nel suo ambito le condotte di maltrattamento compiute in un contesto affettivo protetto, caratterizzato come tale da legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire mentre la reazione è inibita perché per la vittima profondo è il sentimento di dipendenza psicologica e irrinunciabile il progetto di vita intrapreso, pesante il senso di subordinazione o insuperabile il condizionamento materiale ed economico: la vittima ritiene comunque di dover accettare o di non poter o saper rompere il rapporto. Dal punto di vista dell'autore, il legame affettivo, sebbene sfibrato dalle mortificazioni, in uno con la soggezione psicologica della vittima, la sua dipendenza morale, il suo affetto, il suo condizionamento morale ed economico, il suo rispetto del valore stesso del rapporto, sono – sempre a detta del giudice – gli elementi che consentono la reiterazione, l'abitualità dei suoi comportamenti di negazione e mortificazione dell'impegno di stabilità, assistenza e reciproca fedeltà. Ciò in conformità a varia giurisprudenza della Corte di cassazione, che ritiene decisiva la condivisione di progetti di vita più del dato formale della condivisione di spazi fisici[15].

La Corte costituzionale coglie l'occasione per richiamare al rispetto del principio di legalità penale in tutte le sue estensioni, a partire dal divieto di analogia. Dopo essersi ampiamente soffermata sulla propria giurisprudenza riguardo al principio, la Corte rileva che il pur comprensibile intento, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale cui il ri-

[14] Corte cost., 28.4.2021, n. 98.
[15] Per tutte, Cass. pen., sez. VI, 9.5.2019, n. 19922.

mettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell'ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi, deve necessariamente misurarsi con l'interrogativo se il risultato di una siffatta interpretazione teleologica sia compatibile con i significati letterali dei requisiti alternativi «persona della famiglia» e «persona comunque [...] convivente» con l'autore del reato. Secondo la Corte, il divieto di analogia *in malam partem* impone di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra i due *partner* nel caso del processo *a quo*, consenta di qualificare la donna come persona (già) appartenente alla medesima "famiglia" dell'uomo; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un *partner* nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di "convivenza". In difetto di una tale dimostrazione, l'applicazione dell'art. 572 c. p. in casi siffatti – in luogo dell'art. 612-bis, co. 2, c. p., che pure contempla espressamente l'ipotesi di condotte commesse a danno di persona «legata da relazione affettiva» all'agente – apparirebbe come il frutto di una interpretazione analogica a sfavore del reo della norma incriminatrice: una interpretazione magari sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni illustrate dal rimettente, ma comunque preclusa dall'art. 25, secondo comma, Cost. La Corte conclude affermando che il mancato confronto con le implicazioni del divieto costituzionale di applicazione analogica della legge penale *in malam partem* in relazione al caso di specie comporta una lacuna motivazionale sulla rilevanza delle questioni prospettate, che ne determina l'inammissibilità.

A nostro avviso, chiaro e meritevole di condivisione è l'appello alla legalità penale proveniente dalla Corte costituzionale in tema di famiglia e convivenza nell'ambito del reato di maltrattamenti in famiglia. Peraltro ci sembra meno condivisibile la ragione per cui la Consulta, di fronte ad un caso che, secondo noi, pacificamente rientrava nel novero di quelli ascrivibili sia alla nozione penalistica giurisprudenziale di famiglia di fatto, sia alla locuzione "persona comunque convivente", senza necessità nemmeno di particolari estensioni dell'etereo dato letterale, nonché di analogia, ipotizzi – ma in realtà sostanzialmente affermi –, che il giudice *a quo* abbia realizzato un'analogia *in malam partem*. Non emerge di preciso quale sia il dato di partenza della pretesa analogia, né tanto meno il sospetto carattere analogico del percorso argomentativo seguito dal giudice di merito, il quale invece ha seguito certa giurisprudenza e perfino qualificato la propria come interpretazione estensiva, quindi non analogica, sicché non si potrebbe pienamente condividere l'affermazione della Consulta, secondo cui il remittente avrebbe omesso di confrontarsi col divieto penalistico di analogia.

In buona sostanza, la Corte costituzionale invoca una interpretazione c.d. tassativizzante, affidando ai giudici il compito di restringere i confini dei significati rilevanti. Tuttavia, ha scarsa forza opporre il divieto di analogia rispetto a norme di contenuto espresso in termini generici, poiché il divieto, a tutto concedere, è in grado di operare soltanto nei confronti di norme sufficientemente tassative/determinate, fermo restando il rilievo che il giudizio di determinatezza è connotato da un alto tasso di «politicità»[16].

[16] PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza/tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 327 ss. Cfr., anche per ulteriori, opportune considerazioni, CANTISANI, *Brevi riflessioni in tema di analogia a margine della recente casistica giurisprudenziale*, in *Legisl. pen.*, 28.4.2022, 5 ss. L'A. rileva inoltre (p. 17) che la Corte costituzionale lascia intravedere una correlazione diretta tra precisione linguistica e rischio analogico, quando esclude che la nozione di convivenza possa essere estesa ai rapporti affettivi caratterizzati da un'assidua frequentazione, e non da una stabile coa-

Il mancato rispetto della legalità penale concerne la segnalata indeterminatezza dell'art. 572 c.p.; ai giudici si potrebbe rimproverare di non aver tenacemente perseguito il vizio, anche tramite questioni di costituzionalità. La stessa Corte nel caso avrebbe avuto modo di sollevare di fronte a sé la questione.

Infine, rileviamo che la Corte costituzionale coinvolge una pronunzia di cassazione successiva all'ordinanza di rimessione, che avrebbe escluso il delitto di maltrattamenti in famiglia in un'ipotesi ritenuta dalla stessa corte assai simile a quella oggetto del processo a *quo*, cioè caratterizzata da una relazione instaurata da non molto tempo e da una coabitazione consistita soltanto nella permanenza anche per due o tre giorni consecutivi nella casa dell'uomo, ove la donna si recava, anche con la propria figlia[17]. Non propriamente, tuttavia, i casi sono tanto simili da poter essere paragonati, e non propriamente si è trattato di una esclusione, ma precisamente del riscontro di una insufficiente motivazione della sentenza d'appello oggetto di impugnazione. Il caso merita però di essere meglio esposto e commentato per quanto qui rileva.

3. Segue. *Sulla rilevanza di una pronunzia di cassazione valorizzata dalla Corte costituzionale: convivenza come rapporto suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, con un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza, a prescindere dall'esito concreto di tale comune decisione (Cass. 2911/2021)*

La cennata sentenza impugnata, dava atto dell'esistenza di una stabile relazione tra l'uomo e la donna offesa, la quale andò a vivere nell'abitazione di costui, anche portando talvolta con sé la propria figlia, sebbene successivamente se ne era allontanata, pur mantenendo in locazione il proprio appartamento, il canone del quale risultava pagato anche dall'uomo stesso. Su questa base fattuale è stata ritenuta la sussistenza di una stabile relazione sentimentale, connotata da assidua frequentazione e, talvolta, coabitazione, e da doveri di assistenza morale e materiale, in quanto tale caratterizzante il requisito della convivenza *ex* art. 572 c.p.

La Suprema Corte[18] anzitutto ricorda al riguardo la propria giurisprudenza secondo cui il delitto di maltrattamenti ha, quale presupposto, una relazione tra agente e vittima caratterizzata da uno stabile rapporto di affidamento e solidarietà, con la conseguenza che la condotta lesiva lede la dignità della persona infrangendo un rapporto che dovrebbe essere ispirato a fiducia e condivisione[19], ed è configurabile anche al di fuori della famiglia legittima, in presenza di un rapporto di stabile convivenza, come tale

bitazione, affermando che la determinatezza della fattispecie sarebbe svuotata ove al giudice penale «*fosse consentito assegnare al testo un significato ulteriore e distinto da quello che il consociato possa desumere dalla sua immediata lettura*». L'A. al riguardo osserva che, benché il significato del termine "convivenza" sia andato mutando nel contesto giuridico, anche in relazione all'evoluzione del concetto di famiglia, è lecito pensare che, nella sua immediatezza, il termine alluda pressoché unicamente alla condizione, letteralmente intesa, del «vivere insieme, in uno stesso luogo», sicché l'applicazione del termine ad una diversa casistica comporterebbe l'analogia. A noi pare, tuttavia, che il punto critico sia costituito anche se non soprattutto dalla circostanza che il testo in questione si riferisce alla convivenza «*comunque*», ciò che pregiudica l'aspirazione a ragionevoli interpretazioni tassativizzanti, nonché eventualmente la loro prevedibilità.

[17] Cass. pen., sez. III, 23 novembre 2020, dep. 25 gennaio 2021, n. 2911. Nel senso dell'esclusione, sulla scia della Corte costituzionale, Roiati, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive* de jure condendo, in *Sist. pen.*, 2023, *www.sistemapenale.it*, 15.

[18] 2911/2021, cit.

[19] Viene richiamata sez.VI, 25 giugno 2019, n. 37628, C, Rv. 276697.

suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza, senza che sia richiesto che tale convivenza abbia una certa durata, quanto – piuttosto – che sia stata istituita in una prospettiva di stabilità, quale che sia stato poi in concreto l'esito di tale comune decisione, come accade in presenza di una relazione sentimentale che abbia comportato un'assidua frequentazione della abitazione della persona offesa tale da far sorgere sentimenti di solidarietà e doveri di assistenza morale e materiale, o di un rapporto familiare di mero fatto in assenza di una stabile convivenza ma con un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza.

Ciò posto, la stessa corte rileva che la sentenza impugnata non offre adeguate indicazioni in ordine alla dimostrata esistenza di un rapporto collocabile nell'ambito di quelli individuati dalla giurisprudenza di legittimità come rilevanti ai fini della configurabilità del reato di maltrattamenti in esame. Invero, se pur nella sentenza impugnata si dà atto della sussistenza di una stabile relazione, definita "malata e tumultuosa", viene anche affermato che tale relazione risultava instaurata da non molto tempo e, quanto alla coabitazione, essa era consistita nella permanenza "anche per due o tre giorni consecutivi" nella casa del *partner* durante i turni di riposo dello stesso – ove la donna si recava, talvolta anche con la propria figlia, pur mantenendo la locazione del proprio appartamento il cui canone risultava versato anche dall'uomo. Si tratta, ad avviso del Collegio, di argomentazioni che non rendono adeguatamente conto della effettiva sussistenza di un rapporto di convivenza caratterizzato da stabilità e, soprattutto, da mutua solidarietà, atteso che dei doveri di reciproca assistenza morale e materiale che connoterebbero il rapporto tra i due viene soltanto fatta menzione, senza tuttavia offrire una giustificazione fondata su elementi oggettivi.

Il punto cruciale del deficit sta, dunque, nella mancanza di motivazione sui dati oggettivi, fattuali, che sorreggerebbero l'affermazione dell'esistenza di stabilità e dei correlati doveri di reciproca assistenza morale e materiale.

Orbene, ora paragoniamo questo caso a quello sotteso all'esaminata ordinanza di rimessione – pur con tutte le cautele derivanti dal fatto che tale ordinanza non è una pronunzia sul merito. Il secondo, diversamente dal primo, comporta, stando al giudice remittente, che per quattro mesi vi è stata una relazione affettiva forte e stabile, e un progetto di vita unito all'impegno di stabilità, assistenza e reciproca fedeltà, impegno di assistenza pur tradito dal partner maltrattante, ma non dalla donna offesa. Parrebbe non manchino i requisiti che, in relazione all'altro caso, la Cassazione ha enunciato, se il dato decisivo sono gli appena menzionati doveri, che sussistevano, e la stabilità, di cui sùbito si dirà. I due casi hanno in comune anche il dato della coabitazione non continua, la quale tuttavia non è mai stata considerata decisiva di per sé quanto all'esistenza di una convivenza o di una famiglia c.d. di fatto, mentre per il resto si tratta in entrambi i casi di coabitazione che ha un connotato di stabilità perché è stabilmente reiterata rispettivamente nei fine settimana e durante i turni di riposo del *partner*, sicché corrisponde, a nostro avviso, pure alla cennata, e rilevante per la Cassazione, assidua frequentazione della casa del compagno.

4. *Il fallimentare recepimento da parte della Corte di cassazione del richiamo alla legalità penale: due decisioni divergenti*

La Corte di cassazione ha poi recepito l'autorevole appello al principio di legalità penale, tentando di chiarire congruamente cosa debba intendersi per convivenza, in

modo tale da soddisfare il divieto di analogia penale. Gli esiti dei due tentativi che di seguito commenteremo paiono sancire un fallimento, poiché non solo sono entrambi insoddisfacenti rispetto al principio, ma anche divergono tra loro.

5. Segue. *Convivenza come relazione affettiva parafamiliare, qualificata da continuità, stabilità, reale condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita (Cass. 38336/2022)*

La prima pronunzia riguarda un caso in cui tra le due persone esisteva una relazione sentimentale ma senza un progetto di vita comune e senza una organizzazione stabile della quotidianità, relazione iniziata a gennaio, interrottasi per alcuni mesi e ripresa in luglio, sfociata secondo la decisione impugnata in una "convivenza" durata circa tre settimane, "senza previsione di durata" e dunque espressione "non di mera occasionalità"[20].

Al riguardo, la Corte di cassazione non aderisce al proprio precedente orientamento secondo cui la convivenza sussiste in una situazione caratterizzata dalla accertata esistenza di relazione sentimentale nella quale si sia instaurato un vincolo di solidarietà personale tra i "partner"[21]. Ritiene invece più pertinente al caso di specie l'orientamento secondo cui occorre valorizzare l'espresso riferimento, contenuto nell'art. 572 c.p. (nella sua versione modificata dall'art. 4 della L. 1 ottobre 2012, n. 172), alla figura del convivente, parificata a quella del familiare, come persona offesa di tale delitto, prendendo atto come con la formula "maltratta una persona della famiglia, o comunque convivente", il legislatore abbia inteso far riferimento a condotte che vedono come persona offesa il componente di una famiglia intesa come comunità qualificata da una radicata e stabile relazione affettiva interpersonale, ovvero il soggetto che ad esso componente sia parificabile in ragione di una accertata relazione di convivenza che, lungi dall'essere riconoscibile nella presenza non continuativa di una persona nell'abitazione di un'altra, è solo quella che si crea quando la coabitazione della coppia sia caratterizzata da una duratura consuetudine di vita comune nello stesso luogo[22]. Pertanto, secondo la Corte, di convivenza si può parlare solamente laddove risulti acclarata l'esistenza di una relazione affettiva qualificata dalla continuità e connotata da elementi oggettivi di stabilità: lungi dall'essere confuso con la mera coabitazione, il concetto di convivenza deve essere espressione di una relazione

[20] Cass. pen., sez. VI, 28.9.2022 (dep. 11 ottobre 2022), n. 38336.

[21] Sono indicate: Cass. pen. sez. VI, 3.11.2020, n. 37077, Rv. 280431; Cass. pen., sez. VI, 25.6.2019, n. 37268, Rv. 276697; Cass. pen., sez. VI, 12.6.2019, n 43701, Rv. 277987.

[22] La pronunzia si rifà a Cass. pen., sez. II, 23.1.2019, n. 10222, Rv. 275617; Cass. pen., sez. VI, 1°.12.2021, n. 46097, D., non mass.; Cass. pen., sez. VI, 6.9.2021, n. 39532, B., non mass. Nello stesso senso, più succintamente, sulla scorta del monito proveniente dalla Corte costituzionale, Cass. pen., sez. VI, 16.2.2022 (dep. 21.3.2022), n. 9663, secondo cui si impone una accezione ristretta di famiglia e di convivenza, quella cioè di una comunità connotata da una radicata e stabile relazione affettiva interpersonale, da una duratura comunanza d'affetti, che non solo implichi reciproche aspettative di mutua solidarietà ed assistenza, ma sia fondata sul rapporto di coniugio o parentela o, comunque, su una stabile condivisione dell'abitazione, ancorché, ovviamente, non necessariamente continua (annullamento con rinvio, in relazione ad un caso caratterizzato tra l'altro da coabitazione per un paio di mesi e nei fine settimana, reciproca assistenza in casi di malattia, assidua frequentazione, comune consuetudine con amici e parenti). Cfr. Cass. pen., sez. VI, 10.5.2022 (dep. 31.5.2022), n. 21087, che in un caso di maltrattamenti quotidiani della madre e della sorella, presso le quali l'uomo aveva vissuto per il breve periodo di un mese, ha ritenuto che se la convivenza si è protratta per un periodo limitato occorrerà che i maltrattamenti siano posti in essere in maniera continuativa e ravvicinata la durata complessiva dell'arco temporale entro il quale si manifestano le condotte essendo un dato tendenzialmente neutro ai fini della configurabilità del reato.

personale caratterizzata da una reale condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita. Di conseguenza la sentenza d'appello è stata annullata – si badi – per vizio di motivazione, sul punto.

Ci pare che questo orientamento non sia in grado di resistere alla considerazione che la convivenza non necessariamente deve consistere (anche) nella stabile coabitazione, quando sussistano altri "elementi oggettivi di stabilità"[23]. Ciò che conterebbe in logica interna, è la relazione affettiva continua e stabile, espressione di una stabile relazione personale caratterizzata da condivisione e comunanza materiale e spirituale di vita. Comunque, non si tratta di un orientamento giurisprudenziale connotato da un sufficiente grado di precisione, dato che continuità e stabilità sono affidate ad esiti anche imprevedibili di apprezzamenti giudiziali, così come l'intensità necessaria a costituire la pretesa comunanza materiale e spirituale di vita. D'altra parte, il rapporto instaurato dalla Cassazione tra famiglia e convivenza è, a tacer d'altro, del tutto estraneo alla lettera della legge, poiché per effetto dell'avverbio "comunque" si realizza una cesura incolmabile tra le due comunità, tanto che la stessa relazione affettiva – ammesso e non concesso che sia essenziale alla nozione di famiglia – risulta priva di carattere accomunante. Per vero, certa giurisprudenza formatasi in tema di maltrattamenti in famiglia ha finito, come nella decisione in questione, per elevare un eventuale dato probatorio, quale è la relazione affettiva, a elemento essenziale per l'esistenza (prima) della cennata famiglia c.d. di fatto e (poi) della convivenza – e il guazzabuglio interpretativo viene incrementato dalla insipiente introduzione della "relazione affettiva" attuale o pregressa tra le aggravanti degli atti persecutori. In altre decisioni recenti che pure non sanno prescindere dalla relazione affettiva fino a farne il fulcro dell'opera definitoria, si pretende che il dato testuale fondi una «assimilazione tra familiare e convivente», salvo poi contraddirsi quando si tratta di mantenere la qualifica di familiare al coniuge separato non convivente, caso in cui prevarrebbe il dato formale per esplicitate ragioni di prevenzione criminale[24], senza tema di deludere le aspirazioni legalitarie. Eppure, fin dall'origine l'art. 572 c.p. contempla, accanto alla famiglia, comunità estranee a relazioni affettive, nonché a coabitazione, e caratterizzate da rapporti di autorità o educazione, o istruzione o cura o vigilanza o custodia. Non meraviglia quindi che altra sentenza di cassazione, coeva a quella appena commentata, risponda all'appello alla legalità penale formulato dalla Corte costituzionale in tutt'altro modo, come esponiamo di seguito.

---

[23] Secondo Bartoli, *op. cit.*, 209, la convivenza può trarsi sia da elementi oggettivi indicativi di una vita quotidiana condotta assieme anche sul piano spazio-temporale, nonché da una decisione a monte di progetto di vita assieme consistente nella condivisione delle scelte significative.

[24] Cass. pen., sez. VI, 15.9.2022 (dep. 3.3.2023), n. 9187, in *Altalex* 23.3.2023, con nota di Carioli; Cass. pen., sez. VI, 20.12.2022 (dep. 6.3.2023), n. 9384. Secondo queste pronunzie, la definizione di convivenza proietta il rapporto, cioè la volontà della coppia avente stretto legame affettivo, in una dimensione di impegno e di progetto di vita, con decisione, liberamente revocabile, di comunione spirituale e materiale di vita, a prescindere dalla realizzazione concreta della stabilità. Vengono individuati inoltre una serie di elementi utili alla prova e quindi da non intendere come requisiti essenziali, tra i quali la coabitazione («che sempre più costituisce un dato recessivo», eventualmente mancante per varie ragioni). Per l'esclusione della coabitazione dai requisiti essenziali v. inoltre, Cass. pen., sez. VI, 24.2.2023, n. 8447, secondo cui il vero ed unico presupposto indefettibile è l'esistenza di una relazione interpersonale che per le sue caratteristiche sia equiparabile alla famiglia che origina dal rapporto coniugale, cioè una relazione basata sulla condivisione di un progetto di vita comune, improntata da affetto, solidarietà umana e reciproca assistenza (c.d. convivenza *more uxorio*).

6. Segue. *Convivenza come rapporto di stabile prossimità, familiare o di altra natura, con frequentazione e condivisione prolungata di spazi e contesti deputati allo svolgimento di determinate attività (Cass. 45520/2022)*

La cennata divergenza poggia sulla considerazione che il carattere comune alle ipotesi contemplate nella fattispecie dei maltrattamenti, comprese quelle relative alle relazioni di cura, istruzione eccetera, è il rapporto di prossimità che si crea in una stabile frequentazione, per cui il reato implica necessariamente una relazione personale attuale che comporta per la vittima e l'autore del reato la condivisione prolungata di spazi e contesti deputati allo svolgimento di determinate attività[25]. Secondo questo orientamento, correlatosi a consolidata giurisprudenza che ha ritenuto configurabile il reato di maltrattamenti in famiglia in ambito scolastico, nei luoghi di lavoro, come pure all'interno di strutture sanitarie, proprio l'elencazione contenuta nella seconda parte dell'art. 572 c.p., fa scoprire la *ratio* dell'incriminazione, rivolta verso condotte maltrattanti la cui commissione è agevolata dal rapporto di stabile prossimità che si instaura tra autore del reato e persona offesa, sicché la fattispecie attiene alla frequentazione prolungata e alla continua possibilità per il soggetto maltrattante di interagire con la vittima. Per la Corte, la prossimità tra vittima e soggetto maltrattante è quindi l'elemento che giustifica il trattamento sanzionatorio più grave rispetto a quello applicabile a colui che pone in essere le medesime condotte delittuose in assenza di una stabile relazione – di tipo familiare, ma anche di altra natura – con la persona offesa, proprio perché il legame interpersonale espone maggiormente la vittima alle condotte delittuose ed acuisce l'offensività delle stesse.

Questo orientamento, che pare attagliarsi anche al caso sotteso all'ordinanza di rimessione e alla sentenza costituzionale sopra esaminate, è secondo noi per certi versi più calzante, in quanto esprime in buona sostanza un nucleo iniziale di dati in qualche misura afferrabili, sui quali si erge una comunità in cui i legami interpersonali sono caratterizzati da affidamento, una comunità di affidamento (*Vertrauengemeinschaft*). Proprio l'affidamento è ciò che rende maggiormente esposta la vittima e acuisce l'offensività di condotte che ne disattendono le aspettative. Tuttavia non è ancora raggiunta una suffi-

[25] Cass. pen., sez. VI, 27.9.2022 (dep. 30.11.2022), n. 45520 (conf. Cass. pen., sez. VI, 15/02/2023, dep. 14.03.2023, n. 10914, e sez. VI, 26.04.2023, dep. 6.6.2023, n. 24331). La Corte non aderisce all'orientamento che riteneva configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia anche nei casi di cessazione della convivenza *more uxorio*, quando tra i soggetti permaneva un vincolo assimilabile a quello familiare, in ragione di una mantenuta consuetudine di vita comune o dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale *ex* art. 337 ter c.c. (da ultimo, Sez. 6, n. 7259 del 26/11/2021, dep. 2022, Rv. 283047). Secondo questo orientamento il reato sarebbe configurabile, nonostante l'avvenuta cessazione della convivenza, ove la relazione tra i soggetti rimanga comunque connotata da vincoli solidaristici, mentre si configurerebbe il reato di atti persecutori, nella forma aggravata prevista dall'art. 612 bis c.p., comma 2, quando non residui neppure un'aspettativa di solidarietà nei rapporti tra l'autore e la persona offesa, non risultando insorti vincoli affettivi e di assistenza assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale (tra le più recenti si veda Sez. VI, n. 37077 del 31.11.2020, Rv. 280431; Sez. VI, n. 37628 del 25.6.2019, Rv. 276697; Sez. VI, n. 25498 del 20.4.2017, Rv. 270673). Secondo altro indirizzo giurisprudenziale, le condotte vessatorie poste in essere da parte di uno dei conviventi *more uxorio* ai danni dell'altro, dopo la cessazione della convivenza, non sono riconducibili al reato di maltrattamenti in famiglia, potendosi ravvisare l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori *ex* art. 612 bis c.p., comma 2, ovvero, in difetto dei requisiti previsti da tale fattispecie, ulteriori e diverse ipotesi di reato (quali lesioni personali, minacce), poiché, terminata la convivenza, viene meno la comunanza di vita e di affetti, nonché il rapporto di reciproco affidamento che giustificano la configurabilità della più grave ipotesi di cui all'art. 572 c.p. (Sez. VI, n. 15883 del 16.03.2022, Rv. 283436; Sez. VI, n. 10626 del 16.2.2022, Rv. 283003-02; Sez. VI, n. 45095 del 17.11.2021, Rv. 282398; Sez. VI, n. 39532 del 6.9.2021, B., Rv. 282254; Sez. VI, n. 10222 del 23.1.2019, Rv. 275617).

ciente determinazione. Con l'espansione della famiglia c.d. fatto e poi con l'introduzione del "comunque convivente", i riferimenti alla condivisione di spazi e contesti deputati allo svolgimento di attività, con il conseguente rapporto di prossimità, che quest'ultima decisione della Cassazione valorizza, non sono correlati a quelle attività *determinate*, cioè cura, educazione vigilanza etc., che la stessa Corte mette in gioco, e che però sono tutte connotate, se non dai sottostanti rapporti *giuridici*, almeno da precisi *rapporti nominati* che poi devono realizzarsi in fatto[26], costituendosi l'affidamento e la conseguente presa in carico di un soggetto da parte di un altro. In tema di convivenza, quei rapporti restano indefiniti e in attesa che il giudice ne integri meglio i connotati, individuando creativamente anche doveri e obblighi di varia solidarietà sulla base della semplice situazione di fatto, così come del resto individua creativamente gli indici della cessazione della convivenza[27]. Tanto è vero che, per esempio, la sentenza di cassazione sopra esaminata (par. 3) cassa la decisione d'appello per difetto di motivazione in quanto non risultano elementi oggettivi da cui emergano i doveri di assistenza eccetera, senza alcun accenno alla necessità di coinvolgere qualche apparato giuridico o comunque normativo extragiuridico, neppure dati che esprimano qualsivoglia impegno da parte di uno o entrambi i partner. Infatti si afferma che il rapporto di *stabile* convivenza è come tale suscettibile di determinare obblighi di solidarietà e di mutua assistenza.

Orbene, pare opportuno rilevare che spesso, e soprattutto nei casi-limite concernenti relazioni affettive tra uomo e donna, nemmeno di fatto esiste un reale, reciproco affidamento con correlata presa in carico delle aspettative altrui, moralmente impegnativa, fermo restando che un rapporto di affidamento, se può eventualmente derivare da un legame sentimentale, non è ciò che crea il legame stesso, come lascerebbe invece intendere certa giurisprudenza[28]. L'affidamento corrisposto, bilaterale, è solo eventuale; di fatto, soprattutto nei casi più gravi il più delle volte all'uomo esso non passa nemmeno per l'anticamera del cervello, in una dimensione di dominio egoistico per cui la donna è riconosciuta solo come strumento e il suo affidamento, che invece di solito esiste, almeno inizialmente, viene a sua volta strumentalizzato dal *partner* maschio. Si aggiunga che l'affidamento di per sé rimane ben distinto dallo stato di soggezione che secondo molti sarebbe sotteso ai rapporti rilevanti *ex* art. 572 c.p., implicato da una immancabile supremazia di fatto[29]. L'affidamento non implica di per sé soggezione, e peraltro lo stato di soggezione non è essenziale[30], spesso si verifica solo quando i maltrattamenti già esistono e per effetto di questi.

---

[26] L'opinione corrente ammette, con vari accenti, la rilevanza di rapporti solo di fatto (v., per tutti, con ult. ind., Spena, sub *art. 572*, in Padovani, a c. di., Codice penale, II, 2019, Giuffrè, 3605).

[27] Su questi indici v. Cass. pen., sez. VI, 30.9.2022 (dep. 29.11.2022), n. 45400.

[28] Per es. Cass. pen., 15.9.2022, cit.

[29] Di recente, Spena, sub *art. 572*, cit., 3604, con ult ind.

[30] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 18.1.2023, n.8729, secondo cui per la configurabilità del reato di maltrattamenti non rileva il comportamento remissivo della vittima, perché richiedere alla persona offesa del reato di maltrattamenti di tenere comportamenti di passività, soggezione, docilità e accondiscendenza e, dunque, di non reazione alle condotte umilianti e violente, aldilà del non essere richiesto dalla norma e dall'imporre di non difendersi proprio rispetto ad un reato che lede un diritto umano, quale il diritto alla vita e all'integrità fisica e psichica, inverte l'oggetto dell'accertamento che viene illogicamente spostato dalla condotta dell'autore, di piegare la persona offesa proprio attraverso i maltrattamenti, all'eventuale condotta della vittima che è del tutto irrilevante; Cass. pen., sez. VI, 17/10/2022, n.809, secondo cui, a fronte di condotte abitualmente vessatorie, che siano concretamente idonee a cagionare sofferenze, privazioni ed umiliazioni, il reato non è escluso per effetto della maggiore capacità di resistenza dimostrata dalla persona offesa, non essendo elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice la riduzione della vittima a succube dell'agente.

7. *La convivenza nel Progetto di riforma dell'Associazione nazionale dei professori di diritto penale. Proposta di ulteriore precisazione sulla base dell'importanza dell'affidamento unilaterale*

Dal 2019 l'Associazione italiana dei professori di diritto penale (AIPDP) si è impegnata particolarmente in studi per la riforma del codice penale, compresi i delitti contro la persona, tra i quali i delitti in materia di famiglia e altre formazioni sociali esistenziali[31]. Il gruppo di lavoro per la riforma dei reati contro la famiglia ha presentato un provvisorio e comunque non esaustivo articolato concernente i *Delitti contro la persona in famiglia e nelle formazioni sociali esistenziali*, da utilizzare come base in vista di migliori sviluppi. Vi compaiono tra l'altro nuove definizioni generali, nuove proposte di formulazione per il delitto di maltrattamenti e per il delitto di atti persecutori, in una cornice che vede il bene giuridico di categoria incarnarsi solo nella persona fisica, e non nella famiglia o nella formazione sociale, le quali sono solo il contesto in cui tali delitti si collocano[32].

Quanto alle definizioni, è previsto: che, agli effetti della legge penale, si intendano per famiglia e formazione sociale esistenziale una pluralità di persone, almeno due, legate da un rapporto, di fatto o di diritto, di parentela o di affinità o coniugale o di unione civile o di adozione o di convivenza o di cura, vigilanza o custodia; che, agli effetti della legge penale, s'intendono per prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, gli adottanti e gli adottati, il coniuge, il convivente di fatto, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini di primo e secondo grado, gli zii e i nipoti, mentre nella stessa denominazione non si comprendono gli affini allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole; che, salvo che sia altrimenti stabilito, quando la legge penale considera la qualità di coniuge, questa si intende riferita alla parte di un matrimonio o di un'unione civile o di una convivenza paraconiugale, aventi effetti civili.

Inoltre, si specificano, contro creazioni giurisprudenziali di obblighi da solidarietà basata sul mero fatto, gli obblighi di protezione rilevanti, agli effetti dell'art. 40, co. 2, c.p. (rapporto di causalità) secondo cui non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo: colui che esercita la responsabilità genitoriale ha l'obbligo giuridico di proteggere il figlio minorenne, o comunque incapace e convivente, dalle offese alla vita, all'integrità fisica, all'intangibilità sessuale ed alla libertà individuale; parimenti dicasi per il prossimo congiunto e chiunque abbia, anche temporaneamente, sostituito il genitore nell'esercizio della responsabilità genitoriale o abbia comunque assunto la custodia del minore o dell'incapace; i coniugi non separati, i conviventi di fatto, anche su base non affettiva, e le parti di un'unione civile tra persone dello stesso sesso hanno l'obbligo giuridico di reciproca protezione contro fatti lesivi della vita o dell'incolumità personale; i componenti maggiorenni e capaci della famiglia e della formazione sociale esistenziale hanno l'obbligo giuridico di reciproca protezione contro fatti lesivi della vita o dell'incolumità personale.

---

[31] AIPDP-DiPLaP, *La riforma dei delitti contro la persona*, DiPLaP, 2023, 599 ss.; AIPDP, *Progetto di riforma del codice penale parte speciale, Riforma del codice penale in materia di famiglia e formazioni sociali esistenziali*, www.aipdp.it.

[32] Ferla, *Tutela della persona nell'ambito delle relazioni familiari. Prospettive di riforma dei reati contro la famiglia*, in AIPDP-DiPLaP, *La riforma*, cit., 689 ss.; Costanzo, *Interpretazione teleologica e reati contro la famiglia*, ivi, 665 ss.

Quanto alle formulazioni dei reati, il reato di maltrattamenti viene anzitutto proposto in due versioni, una alternativa all'altra, che nella fattispecie base rispettivamente suonano:

1) *Maltrattamenti contro familiari e conviventi. Violenza domestica.* Chiunque maltratta in maniera reiterata il figlio, il genitore, il coniuge o l'altra parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, oppure altra persona a cui è legato, o è stato legato, da una stabile relazione di convivenza, è punito con la reclusione da due a sei anni;
2) *Maltrattamenti contro la persona nella famiglia e nelle formazioni sociali assimilate.* Chiunque maltratta una persona della famiglia coniugale, para-coniugale o monogenitoriale o legata da intime consuetudini di vita, comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione, o una persona a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da due a sei anni.

A completamento (e in attesa di miglior coordinamento) viene la figura dei *Maltrattamenti contro persone in affidamento*: chiunque, in maniera reiterata, maltratta una persona che, per ragioni di età, di salute, di lavoro è affidata alle sue cure o alla sua custodia è punito con la pena da due a cinque anni.

Il delitto di atti persecutori viene modificato, per quanto qui interessa, nel senso che alla "relazione affettiva" si sostituisce la "stabile convivenza" (così come in altre norme rilevanti in tema di famiglia e formazioni sociali).

Senza qui poter entrare a fondo ed esaustivamente nel merito di queste e altre proposte dell'AIPDP in tema di famiglia e formazioni sociali, ai nostri limitati fini basti notare in primo luogo che le novità corrispondono ad un recepimento tendenzialmente ampio degli orientamenti prima giurisprudenziali e poi anche legislativi in tema di famiglie, unioni civili e convivenze, secondo le esigenze e tentando di rimanere nei limiti del giure penalistico[33], quindi anche tentando di trarre ordinate indicazioni dalla variegata casistica giurisprudenziale in tema di convivenza[34], e con l'arduo compito di riuscire a dare determinatezza mantenendo una elasticità sufficiente a consentire applicazioni ai casi nuovi del domani[35]. Emerge, tuttavia, tra l'altro, che nelle alternative di formulazione del reato di maltrattamenti si gioca ancora una partita molto aperta almeno sul fronte della sufficiente determinatezza, nonché su quello dell'estensione delle formazioni sociali rilevanti che nella definizione sopra riportata non trovano una puntuale precisazione di cosa caratterizzi la convivenza.

Con riferimento alla prima delle due formulazioni, si apprezza il tentativo di incrementare i dati tipici, ma ci si può ancora chiedere se la richiesta stabilità della convivenza (ora ridotta all'ambito "domestico", come da rubrica) escluda o includa, e se ragionevolmente sotto il profilo penalistico e *de iure condendo*, casi di brevissima convivenza[36] o un caso non facile come quello deciso dalla citata sentenza di cassazione 17888/2021, secon-

[33] Il profilo concernente i maltrattamenti sul luogo di lavoro è stato separato dagli altri e non è ancora stato oggetto di proposte condivise. V. al riguardo LARIZZA, *Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 c.p.*, in AIPDP-DiPLaP, *La riforma*, cit., 633 ss.; MERLI, *Contributo*, *ivi*, 637 ss.; LARIZZA, *Per una riformulazione dell'art. 572 c.p.: quadro di sintesi delle posizioni espresse*, ivi, 649 ss.; DE SIMONE, *La disciplina codicistica relativa ai delitti contro la libertà morale: spunti di riflessione per una futuribile riforma*, *ivi*, 313 ss. Inoltre rimane l'esigenza di coordinare la disciplina dei maltrattamenti con quella degli atti persecutori (v., nello stesso volume di AIPDP-DiPLaP, i contributi di DE SIMONE, NISCO e BACCO).

[34] Sull'opportunità in materia di individuare indicatori tipologici sulla base anche della casistica giurisprudenziale v., di recente, CANTISANI, op. cit., 29 s.

[35] L'esigenza di sufficiente elasticità in materia è affermata da RIVERDITI, *op. cit.*, 582.

[36] V. per esempio il caso sotteso a CASS. PEN., sez. V, 26.9.2022, n. 36194.

do cui, premessa la differenza tra coabitazione e convivenza per cui l'una non implica l'altra e viceversa, rileva un rapporto di convivenza di breve durata, instabile e anomalo, purché sia sorta una prospettiva di stabilità e un'attesa di reciproca solidarietà, come quando si diano sette mesi di coabitazione incostante con varie interruzioni, un legame affettivo influenzato anche dalla intensa attività sessuale, con una convivenza quindi di durata breve ma dalla Corte giudicata significativa per il mantenersi di una relazione di complicità, sollecitata dalla donna maltrattata, pur dopo le denunce da lei sporte e l'intervento della Polizia e dell'Autorità giudiziaria. Così, il requisito della stabilità viene valutato, se non proprio in potenza, quanto meno secondo criteri interni alla comunità del caso, anche solo unilaterali. Ma ciò che conta per la Corte, pare a noi, è la persistenza della relazione e quindi, potremmo dire, dell'affidamento che qualifica specialmente il rapporto di prossimità, affidamento che poggia su basi sia oggettive che soggettive, ed è ciò che impronta la rilevanza della convivenza nei contesti considerati.

L'affidamento, anche unilaterale, implica di fatto l'impegno solidale e l'attesa di reciprocità, pur unilaterali. Come ipotesi di lavoro, a noi questo sembra un dato da assumere nella fattispecie al fine di connotarne più precisamente i limiti[37]. Nell'alternativa tra dar rilievo all'affidamento bilaterale oppure solo a quello unilaterale, ci pare preferibile il secondo corno: affidamento unilaterale purché connotato da stabilità (ma non necessariamente per tutta la durata dei maltrattamenti). La legge potrebbe quindi contemplare come soggetto passivo la "persona convivente che a lui stabilmente si affida, con aspettativa di comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche se l'affidamento cessa durante i maltrattamenti".

La seconda formulazione definisce maggiormente e restringe molto di più l'ambito rilevante, anzitutto tramite le "*intime* consuetudini di vita", che in quanto tali escludono ogni convivenza in cui sentimenti e spirito non siano coinvolti[38]. Inoltre, una forte restrizione deriva dal requisito della *comunione* di interessi e da quello della *reciproca* assistenza e solidarietà, che è idoneo ad escludere le ipotesi di affidamento solo unilaterale. Qui pure parrebbe opportuno interrogarsi sull'opportunità di inserire quanto meno il dato dell'affidamento unilaterale, cioè la "persona che a lui si affida in una convivenza legata da intime consuetudini di vita, con aspettativa di comunione di interessi e reciproca assistenza e solidarietà, anche senza coabitazione e anche se l'affidamento cessa durante i maltrattamenti".

Si tratta, appunto, di proposte di lavoro, che esterniamo al fine di suscitare arricchimenti della nostra riflessione su un tema che ancora non ci sembra aver raggiunto un sufficiente grado di precisione, anche per la grande difficoltà di tener separati il

[37] Diversamente, viene proposto di valorizzare la stabilità della convivenza intesa come coabitazione tendenzialmente stabile, poiché tale convivenza coglierebbe il nucleo importante della figura dei maltrattamenti, che consisterebbe nella difficoltà per il soggetto maltrattato di sottrarsi al trattamento lesivo altrui (Trinchera, *La convivenza quale requisito tipizzante della fattispecie di maltrattamenti in famiglia. Una proposta di lavoro*, in AIPDP-DiPLaP, *La riforma*, cit., 729 ss.). Questa proposta, da cui emergono profili imprescindibili di importanza della convivenza, che peraltro a noi non sembra dover implicare così intensamente la coabitazione, ci parrebbe escluda quanto meno i casi in cui sarebbe possibile un *commodus discessus*, mentre però non connota affatto la convivenza tramite dati che indichino l'esistenza di uno stato di soggezione: la coabitazione pur stabile non esprime infatti da sé uno stato di soggezione, e nemmeno la difficoltà di sottrarsi ai maltrattamenti. Inoltre, a noi pare che lo stato di soggezione e la difficoltà di evitare i maltrattamenti non siano dati necessari. L'incriminazione è opportuna anche in relazione ai casi in cui vi è, per esempio, solo tolleranza dei maltrattamenti in atto.

[38] Trattasi di requisito che a nostro avviso schiude ad un eccessivo ingresso in sfere personalissime, oltre che a spinosi problemi probatori.

dato criminologico, che propone una casistica caleidoscopica difficilmente sintetizzabile in un tipo penalistico soddisfacente, la casistica giurisprudenziale che tende a recepire ampiamente il magma criminologico, e il dato normativo, i quali in materia tendono a confondersi scambiandosi i ruoli, e così pregiudicano la razionalità e chiarezza anche nel processo di individuazione di una futuribile, più congrua fattispecie astratta sufficientemente determinata.

FILIPPO ROMEO

FENOMENI MIGRATORI, TUTELA DEL MINORE E DIRITTO ALL'UNITÀ FAMILIARE

SOMMARIO: 1. Il diritto e lo straniero: una prima riflessione. – 2. Il diritto e lo straniero minore di età: il «*giusnaturalismo*» dei diritti del minore. – 3. La tutela del minore migrante e l'approdo alla legge n. 47/2017. – 4. La legge n. 47/2017. Profili salienti: il divieto di respingimento. – 4.1 (*Segue*) l'ascolto del minore e la figura del mediatore culturale. – 4.2. (*Segue*) le indagini familiari e il diritto all'unità familiare. – 5. Brevi riflessioni conclusive: un bilancio in chiaroscuro.

1 *Il diritto e lo straniero: una prima riflessione*

L'endiadi «*diritto e straniero*» impone una preliminare considerazione. Ogni qual volta il diritto è stato chiamato a dettare regole destinate «*ad altri*», è sempre emersa la relazione ostica – spesso anche destabilizzante – fra lo straniero e la comunità di accoglienza[1]. Non è un caso che muovendo dal concetto filosofico di «*alterità*» il diritto ha misurato sé stesso e la sua capacità di esprimere un'idea di «*identità*» definendo pretese e tutelando interessi. Ma vi è di più: ha codificato l'identità di un gruppo differenziandola dal gruppo di estranei, privi dei cc.dd. «*marcatori di appartenenza*»[2].

L'idea di straniero, del resto, è sempre stata funzionale a rinsaldare l'idea di identità di un gruppo sociale e politico di appartenenza, creando un rapporto di contrapposizione (*rectius* «*alterità*») con il gruppo «*di altri*». Non è dato dubitare, infatti, che «*altro*», «*straniero*» sono i nomi utilizzati per qualificare gli aspetti del mondo ancora non conosciuti. Invero – come ci ricorda Mario Ricca in un volumetto intitolato «*Polifemo. La cecità dello straniero*» – gli aspetti sconosciuti del mondo non si possono approcciare «*senza munirsi di un cerimoniale che scandisca l'approccio all'alterità e alla sua decodificazione*»[3]. Vero è che «*l'altro*» può essere foriero di rischi ma può, altresì, generare opportunità e vantaggi e quindi rappresentare un valore. Fondamentale, pertanto, risulta la promozione di una «*liturgia dell'incontro*». Solo così si può provare a commutare il rischio dell'ignoto, dell'altro, in occasione di conoscenza reciproca, magari anche solo a scopo difensivo: non si può combattere contro chi non si conosce[4].

---

[1] Sul punto v. CORDIANO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1299.

[2] A tal riguardo v. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, 62. Invero, all'emersione di parametri giuridici legittimanti trattamenti differenziati fra cittadini e stranieri si contrappone la proclamazione di un nucleo di diritti fondamentali incomprimibili in virtù del principio di eguaglianza sostanziale. Su tali profili spunti di sicuro rilievo si rinvengono in P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 294 ss.

[3] Cfr. RICCA, *Polifemo. La cecità dello straniero*, Palermo, 2011, 12.

[4] In questi termini RICCA, *op. ultima cit.*, 16 s. In argomento si rinvengono molteplici spunti di riflessione in RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013.

2. *Il diritto e lo straniero minore di età: il* «giusnaturalismo» *dei diritti del minore*

Le dinamiche sopra delineate – perpetuate quasi meccanicamente nelle politiche in tema di immigrazione, da sempre incentrate sul tema della sicurezza dei cittadini e della tutela dell'ordine pubblico – si attenuano, quasi svaniscono rispetto ai minori stranieri accompagnati e non accompagnati[5].

Ciò premesso, occorre prendere atto che il fenomeno dei «*minori non cittadini*» è estremamente delicato e complesso[6]. Alla ricostruzione della disciplina stessa, frantumata e stratificata in vari interventi *multigovernance* e multilivello, si accompagna, infatti, un bagaglio giuridico-culturale di Carte internazionali e di principi universali – marcatamente incentrati su una sorta di «*giusnaturalismo dei diritti dei minori*» – proclamanti diritti e libertà fondamentali, non sempre dotati di effettività[7].

Peraltro, la complessità del tema è accentuata da una circostanza tutt'altro che irrilevante: i nuovi dispositivi normativi di tutela si innestano in un quadro giuridico di riferimento all'interno del quale operano istituti di protezione del minore non sempre adeguati e, soprattutto, pensati per i «*minori cittadini*». Quanto evidenziato, inoltre, si scontra sul piano fattuale con una realtà multiforme e frammentata. Si delineano, infatti, prassi operative molto diversificate sul territorio e fortemente influenzate dalle risorse

---

[5] In ogni caso, come puntualmente osservato in dottrina, «*la disciplina dell'immigrazione è tenuta ad esprimere un bilanciamento tra principi concorrenti: l'interesse statale del territorio, a sua volta collegato alla tutela dei beni costituzionalmente rilevanti quali l'ordine pubblico, la sicurezza, la sanità pubblica e i diritti fondamentali della persona umana, riconducibili allo* status personae *come situazione unitaria e complessa indipendente dalla cittadinanza*» cfr. Carapezza Figlia, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, in *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, a cura di Corazza, Della Morte e Giova, Napoli, 2018, 206 s. L'A., al riguardo, ben sottolinea come si tratta di un concorso tra principi fondamentali che, per giungere a una soluzione adeguata, richiede un controllo di ragionevolezza sulla regola del caso concreto. In tale direzione v. anche le puntuali osservazioni di Lenti, *Diritto di famiglia e servizi sociali*, Torino, 2016, 349 dove si sottolinea l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela del minore e quelle di controllo dei flussi migratori. Sulla centralità del principio di ragionevolezza v. le considerazioni di Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 44.

[6] Il fenomeno dei minori stranieri non accompagnati, peraltro, rappresenta una componente strutturale dei fenomeni migratori che continuano ad investire il nostro Paese. Si tratta, infatti, di ingressi che - sia pur con talune oscillazioni - rappresentano un dato significativo nelle rilevazioni della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, cui è stato attribuito il compito di monitorare la presenza sul territorio nazionale. In questa prospettiva, ben si comprende, l'esigenza di affrontare il fenomeno in una logica di vero e proprio sistema. In questa prospettiva Albano, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Minorigiustizia*, 2017, 61. Sul punto v. anche Giova, *I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017*, in *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, cit., 97-99; Cottatellucci, *Nuovi cittadini, asilo e minori stranieri soli*, in *Minorigiustizia*, 2017, 13 s. Per una puntuale analisi statistica del fenomeno v. Bonifazi - Demurtas, *I minori stranieri non accompagnati: dimensioni e caratteristiche nello scenario europeo e italiano*, in *Minorigiustizia*, 2017, 33 ss.

[7] Ben sottolinea tali aspetti Cordiano, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300; Ead., *Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità*, in Cordiano - Senigaglia, *Diritto civile minorile*, Napoli, 2022, 229. In argomento v. anche Pascucci, *Diritto all'unità familiare dello straniero*, in *Fam. e dir.*, 2011, 827 ss. Ben si comprende, pertanto, la circostanza in base alla quale la disciplina degli istituti relativi al minore straniero non accompagnato abbiano richiesto una sorta di adeguamento interpretativo. Tale operazione - sottolineato da attenta dottrina - si è articolata attraverso «*una rilettura sistematica, in grado di far penetrare all'interno della trama normativa, valori di primaria rilevanza non adeguatamente tutelati dalle scelte legislative*» cfr. Carapezza Figlia, *Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo*, cit., 207. In questa direzione v. gli insegnamenti di P. Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 334, ove si osserva come la condizione del minore straniero non accompagnato rappresenta una sorta di osservatorio privilegiato della trasformazione dell'ermeneutica, in un'epoca giuridica, segnata dal costituzionalismo, ove la «*funzione di controllo diviene componente strutturale dell'interpretazione*».

finanziarie degli enti locali competenti. Inoltre, le prassi operative risultano condizionate da una componente antropologica altamente eterogenea: non è dato dubitare che i «*minori non cittadini*» divergono fra loro per età, etnie, stili di vita familiari, educativi e religiosi. Fondamentale, pertanto, risulta l'idea del «*vedersi reciproco*» come traduzione degli schemi d'azione custoditi nella mente altrui[8].

Tale eterogeneità antropologica – alla base anche dei fenomeni migratori degli adulti – diviene un elemento fondamentale nella componente minorile in virtù delle necessità educative e delle esigenze evolutive degli stessi minori. Fondamentale, in quest'ottica, risulta l'esigenza di intervenire tempestivamente: il fattore tempo, nelle sue molteplici accezioni (*i.e.* tempo di vita, tempo del percorso della migrazione, tempo del radicamento sul territorio di accoglienza), acquisisce per il minore – come sottolineato da attenta dottrina – un ruolo essenziale, in grado di giocare la partita dell'inclusione in modo determinante. L'osservazione, peraltro, rileva in modo veramente pregnante con riferimento ai «minori adulti» per i quali è decisamente più complesso il processo di integrazione e che, per ovvie ragioni, sono maggiormente esposti a rischi socio-relazionali[9].

3. *La tutela del minore migrante e l'approdo alla legge n. 47/2017*

Il c.d. «*giusnaturalismo dei diritti dei minori*» – le cui fondamenta poggiano su molteplici Carte internazionali – è stato determinante nel creare una stereotipizzazione positiva del minore straniero non accompagnato[10]. Quest'ultimo è sempre stato visto come un soggetto vulnerabile soprattutto nei casi in cui la migrazione ha determinato un precoce e traumatico svincolo dai legami familiari[11]. Non è un caso che la Risoluzione del Consiglio d'Europa del 26 giugno 1997 «*Sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi*» introduce un fondamentale principio di sussidiarietà in base al quale è lo Stato, l'autorità pubblica nelle sue differenti articolazioni, a dover dare una risposta efficace rispetto ai diritti e alle istanze del minore[12].

In quest'ottica, a fronte di uno sviluppo esponenziale del fenomeno migratorio, la verifica di efficienza del sistema di tutela del minore migrante ha fatto registrare risultati sconfortanti. Solo negli ultimi anni si è cercato di costruire un sistema calibrato sul *best interest of the child* e sulla salvaguardia dell'unità familiare, ritenendo indispensabile –

[8] Per questa prospettiva ricostruttiva v. Ricca, *Polifemo. La cecità dello straniero*, cit., 13, ove si sottolinea l'esigenza di «*varcare i confini*» ed entrare nei «*circuiti di senso*» elaborati - in una polifonia di forme di vita - da altri esseri viventi.

[9] Cfr. Cordiano, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300. In tali casi risulta fondamentale trovare un punto di equilibrio tra le misure di sostegno e le misure di controllo.

[10] Sul punto Cordiano, *Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità*, cit. 229.

[11] Sulla peculiare condizione di vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati v. Di Ruzza, *I minori stranieri non accompagnati*, in *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, cit., 91; Giova, *I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017*, cit., 98; Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, in *Juscivile*, 2017, 710; Tomai, *Tutela del minore, Reg. di Dublino III e diritto all'unità familiare*, in *Minorigiustizia*, 2017, 118 s.

[12] In questa direzione si colloca anche una recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dell'11 dicembre 2019. La Raccomandazione contiene principi fondamentali e linee guida per gli Stati e per i professionisti che operano nel sistema dell'accoglienza al fine di consentire una tutela effettiva dei minori stranieri non accompagnati e ciò al fine di favorire l'integrazione in ambito sociale, scolastico e lavorativo.

ove possibile – ricostruire quel sistema relazionale che si pone a garanzia del corretto sviluppo psicofisico del minore[13].

Il diritto all'unità familiare – sancito da diversi strumenti di diritto internazionale ed elevato nella legislazione interna a diritto di rango costituzionale – impone, già in occasione del c.d. «primo contatto» con il minore migrante, la verifica dell'esistenza di soggetti di riferimento adulti sul territorio di rifugio nonché la verifica della relazione di parentela con gli adulti indicati e ciò nell'ottica di mettere a punto un sistema di accoglienza maggiormente conforme al suo interesse. Ben si comprende, pertanto, come il tema dell'accoglienza sia strettamente connesso al tema della tutela del diritto all'unità familiare, sebbene il susseguirsi di interventi normativi non sempre abbia facilitato l'azione degli interpreti e degli operatori[14].

Il vero momento di svolta nella regolamentazione di questa delicata materia è ascrivibile al d.lgs. n. 142/2015[15] e, soprattutto, alla legge n. 47/2017[16] (c.d. legge Zampa). Il provvedimento da ultimo richiamato – marcando una chiara evoluzione rispetto al passato – affronta tutte le questioni che si pongono in relazione all'ingresso nel territorio italiano dei minori stranieri non accompagnati[17]. Al riguardo, non è dato dubitare che

[13] Sul punto Tomai, *Tutela del minore, Reg. di Dublino III e diritto all'unità familiare*, cit., 118 s.

[14] Ben sottolinea tale profilo Tomai, *op. ultima cit.*, 119. Si rileva, in particolare, come fino a qualche anno addietro, nel nostro ordinamento coesistevano molteplici norme, di rango diverso, che attribuivano a soggetti amministrativi e giurisdizionali competenze differenti ma sovente convergenti, in ordine alla tutela del minore straniero non accompagnato nonché alle attività preordinate e funzionali alla salvaguardia del diritto all'unità familiare.

[15] D. lgs. n. 142 del 18 agosto 2015 «*Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonche' della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale*».

[16] Legge n. 47 del 21 aprile 2017, n. 47 «*Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*». La c.d. legge Zampa - apprezzabile tentativo di dare una regolamentazione organica alla materia - si incentra sul divieto espresso di respingimento del minore straniero non accompagnato (sul punto v. *infra* § 4). Il provvedimento, anche in ragione delle dimensioni assunte dai fenomeni migratori, si pone l'obiettivo di apprestare strumenti idonei a fronteggiare una molteplicità di problemi complessi che spaziano dall'assistenza del minore al momento dello sbarco alla stabile integrazione nel paese di accoglienza. È opportuno in questa sede segnalare che, trascorsi oltre cinque anni dall'entrata in vigore della Legge Zampa, è stato pubblicato in Gazzetta, il 13 dicembre 2022, il d.P.R. 4 ottobre 2022, n. 191, «*Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, in attuazione dell'articolo 22 della legge 7 aprile 2017, n. 47, recante misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*». In argomento v. Morozzo della Rocca, *I diritti di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati durante e dopo la minore età*, in *Fam. e dir.*, 2023, 170 ss. ove si illustrano puntualmente le novità riguardo ai titoli di soggiorno rilasciabili ai minori stranieri non accompagnati i quali sono ora suddivisi in permesso per minore età, permesso per motivi familiari e permesso per richiesta di asilo. Il permesso per minore età rappresenta il titolo autorizzatorio di più immediata fruibilità, essendo rilasciabile al minore straniero non accompagnato non appena sia stato «*rintracciato nel territorio nazionale*» (art. 10, legge n. 47/2017). Tale titolo autorizzatorio, tuttavia, in un secondo momento può essere sostituito in favore di uno degli altri due titoli di soggiorno sopra menzionati. Il rilascio del permesso per minore di età - come stabilito oggi dal d.P.R. n. 191/2022 - può prescindere dall'esibizione del passaporto o di altro documento equipollente quando il minore straniero non accompagnato non ne disponga. La medesima esenzione documentale vale anche per il minore straniero non accompagnato che richieda il permesso di soggiorno per motivi familiari. Sul quadro normativo in materia di permesso di soggiorno v. Cordiano, *Minori in condizione di disagio o di particolare vulnerabilità*, cit. 233 s.

[17] La legge n. 47/2017 - come osservato in dottrina - sembra voler «*dare effettività al principio espresso dall'art. 2 della nostra Costituzione, che pone la persona e la garanzia delle sue libertà al centro dell'ordinamento giuridico, quale valore massimo da realizzare*» (cfr. Giova, *I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017*, cit., 99). Ciò premesso sarà importante verificare l'impatto che avrà sui minori stranieri non accompagnati la legge 1° dicembre 2018, n. 132 recante «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica*» (sul punto v. *infra* § 5).

l'attenzione dedicata alle complesse procedure di identificazione[18], alle misure di «*prima accoglienza*»[19] e alle misure di «*seconda accoglienza*»[20] mettono in luce (almeno in linea teorica) un approccio volto a promuovere una più efficace e strutturata politica di accoglienza del minore straniero non accompagnato[21].

In questa prospettiva, nel nuovo sistema di accoglienza assume una peculiare valenza l'istituzione presso ogni Tribunale per i Minorenni[22] di un elenco di tutori volontari

[18] In caso di mancanza di documenti attestanti l'età dichiarata o di dubbi sulla veridicità degli stessi o delle dichiarazioni rilasciate, in base all'art. 5 della legge n. 47/2017, tutti gli accertamenti - da eseguirsi ad opera di personale specializzato e qualificato - devono essere improntati al consenso informato ed avvenire alla presenza del tutore, anche provvisorio. Inoltre, il provvedimento di attribuzione dell'età deve essere comunicato all'interessato ed all'esercente i poteri tutelari ed è impugnabile con reclamo. Infine, se a seguito degli accertamenti socio-sanitario permangono dubbi, la minore età è presunta, in virtù di un *favor minoris.* In questa direzione si segnala una pronuncia della Cassazione civile ove si precisa che «*il margine di errore cristallizzato nell'accertamento sanitario non afferisce soltanto all'indagine medica ma guida, nei suoi esiti, anche l'accertamento demandato al giudice, correlandosi al primo l'affermazione della regola presuntiva per la quale, ove l'applicazione del margine di errore, in combinato con il range di età stimato dai sanitari, non consenta di addivenire con certezza alla determinazione dell'età, si presume nella persona esaminata quella minore*» (cfr. Cass., 3 marzo 2020, n. 5936 in *www.ilquotidinaogiuridico.it*). Sulle peculiari finalità del procedimento di attribuzione dell'età ai minori stranieri non accompagnati si segnala altra sentenza della Cassazione civile ove si afferma che «*l'attribuzione dell'età, nelle fattispecie in oggetto, non spiega efficacia solo ai fini dell'accesso al regime speciale di accoglienza previsto per i minori stranieri non accompagnati, ma è destinato a riverberare i suoi effetti anche in altri rami dell'ordinamento giuridico*» (cfr. Cass., 9 marzo 2020, n. 6520, in *www.ilquotidinaogiuridico.it*). Sul tema dell'accertamento dell'età v. le riflessioni di Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 723 ss. e di Montaruli, *La tutela dei minori stranieri non accompagnati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Il diritto dell'immigrazione*, a cura di Grasso e Betti, Roma, 2022, 45 ss., ed ivi in particolare 54 ss. Si segnala altresì una recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. I, 21 luglio 2022, Ricorso n. 5797/1 - *Darboe e Camara* c. *Italia*. Trattasi di sentenza di condanna dell'Italia a risarcire i danni non patrimoniali sofferti da un ragazzo straniero, giunto in Italia ancora minore e non accompagnato, per violazione dell'art. 8 Cedu ("*Diritto alla vita privata e familiare*"), stante l'assenza di garanzie minime nella procedura di determinazione dell'età; per violazione dell'art. 3 Cedu ("*Trattamento inumano e degradante*"), essendo il minore stato collocato, per oltre quattro mesi, in un centro di accoglienza per adulti in condizioni inadeguate; e per violazione dell'art. 13 Cedu ("*Diritto ad un ricorso effettivo*"), in combinato disposto con i richiamati artt. 3 e 8. Sul punto v. Cordiano, *La condanna della Cedu per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni inumane e degradanti dei centri di accoglienza*, in *Fam. e dir.*, 2023, 197 ss.

[19] L'art. 4 della legge n. 47/2017 prevede un primo inserimento dei minori in strutture di prima accoglienza a loro specificatamente destinate, dove devono permanere il tempo strettamente necessario, e comunque per non più di trenta giorni, dalla loro identificazione, che si deve concludere entro dieci giorni. La nuova previsione – apprezzabile sotto il profilo teorico – sconta, tuttavia, l'assenza di un sistema integrato di accoglienza, strutturato ed omogeneo sul territorio, che rende arduo il rispetto dei tempi sopra indicati.

[20] Con riferimento alle misure di «*seconda accoglienza*» occorre segnalare che l'art. 7 della legge n. 47/2017, muovendo dalla condizione di maggiore vulnerabilità dei soggetti, dà facoltà agli enti locali di «*promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari*», individuando l'affidamento familiare quale soluzione di accoglienza prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza. In questa direzione Giova, *I minori stranieri non accompagnati dopo la legge n. 47 del 2017*, cit., 107 s. ove si osserva come tale soluzione si inserisce nel vigente quadro normativo in materia di assistenza e protezione del minore.

[21] In questa direzione Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 388. Invero, già all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 47/2017 - spesso anche a causa della neutralità finanziaria che premette soltanto interventi a «*costo zero*» - sono emerse alcune criticità che, in alcuni casi, non hanno consentito di dare risposte efficaci e soprattutto immediate. Peraltro, come segnalato da attenta dottrina (cfr. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 710), la nuova disciplina pone al civilista «*il problema del coordinamento con i principi e le categorie che sottendono la disciplina generale dei mezzi di protezione del fanciullo che versa in situazione di disagio*».

[22] È opportuno rilevare che il d.lgs. n. 149/2022 di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti

al quale possono iscriversi, previa selezione e formazione, privati cittadini disponibili ad assumere la tutela del minore straniero non accompagnato (art. 11, legge n. 47/2017)[23]. È questo un passaggio saliente attesa la funzione di grande rilievo che assume il tutore volontario (provvisorio o definitivo che sia) in tutte le fasi della presa in carico dei minori stranieri non accompagnati. Ma non solo. Il tutore volontario costituisce una figura di supporto indispensabile in tutte le attività finalizzate a garantire al minore straniero non accompagnato – nel quadro dei procedimenti giurisdizionali e amministrativi che lo riguardano – l'effettivo godimento dei diritti fondamentali all'assistenza sanitaria, all'istruzione, all'ascolto e all'assistenza legale[24].

4. *La legge n. 47/2017. Profili salienti: il divieto di respingimento*

La legge n. 47/2017, fin dal primo articolo, garantisce l'equiparazione di trattamento dei minori stranieri non accompagnati con i minori di cittadinanza italiana o dell'Unione europea, in ragione della loro condizione di maggiore vulnerabilità[25]. Si af-

---

in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata ha previsto l'istituzione del Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie. In particolare, il Tribunale sarà composto dalla sezione distrettuale e dalle sezioni circondariali: alla sezione distrettuale andranno attribuiti, tra l'altro, i procedimenti relativi alla materia dei minori stranieri non accompagnati (v. l'art. 50.5 del r.d. n. 12/1941). L'art. 50 del d.lgs. n. 149/2022, rubricato «*norma di coordinamento*», prevede che «*A decorrere dalla data di efficacia delle disposizioni di cui alla sezione VII del capo IV, le parole "tribunale per i minorenni", ovunque presenti, in tutta la legislazione vigente, sono sostituite dalle parole "tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*».

[23] Si mira ad un progetto di «cittadinanza attiva» a favore dei minori stranieri non accompagnati che tende a coinvolgere l'intera popolazione, favorendo così, su tutto il territorio nazionale, un percorso di integrazione e di accoglienza (sul punto v. Morozzo della Rocca, *Tutela e curatela del minore*, in *Diritto civile minorile*, cit., 263 s.; Albano, *La tutela dei minori stranieri*, in De Robbio, *Stranieri e diritto*, Pisa, 2018, 240, ove si sottolinea come attraverso l'art. 11 della legge n. 47/2017 si evita la cattiva prassi di un tutore che ha in carico decine di minori stranieri non accompagnati). V., inoltre, Long, *La tutela volontaria di minori stranieri non accompagnati: punti di forza e criticità di un nuovo modello*, in *Minorigiustizia*, 2021, 181 ss. Sul tema dei tutori volontari, occorre inoltre segnalare la recente emanazione del d.m. Interno 8 agosto 2022, in tema di «*Disciplina delle modalità dei rimborsi e degli interventi in favore dei tutori volontari dei minori stranieri non accompagnati*». Invero, la complessità della materia - accentuata dalla stratificazione normativa - induce a ritenere che sarebbe stata preferibile la figura dei tutori con preparazione giuridica. In ogni caso, occorre ricordare che la competenza alla nomina del tutore per i minori stranieri non accompagnati ricade, in via esclusiva, sul Tribunale per i Minorenni.

[24] Il tutore volontario svolge un ruolo fondamentale nel tradurre sul piano concreto l'attenzione per la storia di ciascun minore in tutela, potendo contribuire in modo decisivo a trasformare i bisogni in diritti (per alcuni spunti di riflessione in argomento v. Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, cit., 398 ss.). Ciò premesso, occorre precisare che la figura del tutore volontario del minore straniero non accompagnato non rappresenta una novità assoluta rispetto alle singole realtà locali. Tuttavia, uno degli elementi di criticità che ha caratterizzato la «tutela volontaria» nella maggior parte delle regioni italiane è stata l'assenza di elenchi ufficiali da cui il giudice possa attingere per effettuare la nomina del tutore. Sottolinea tale criticità Albano, *Minori stranieri non accompagnati nella prospettiva dell'autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza*, cit., 63 s.

[25] I minori stranieri non accompagnati sono stati specificamente inclusi tra le «*persone vulnerabili*» dall'articolo 3 della direttiva 2008/115/CE del 16 dicembre 2008 recante «*norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*». Sulla direttiva in questione si è recentemente espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea con decisione del 14 gennaio 2021, C-441/19 - TQ c. *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, statuendo che prima di adottare una decisione di rimpatrio nei confronti di un minore non accompagnato, lo Stato membro interessato deve effettuare una valutazione approfondita della situazione di tale minore e accertarsi che nello Stato di rimpatrio sia disponibile un'accoglienza adeguata. In particolare, non sono compatibili con il diritto UE né normative nazionali che prevedano un trattamento differenziato minori in base al solo criterio dell'età, né prassi che consentano di procrastinarne l'allontanamento fino al compimento dei diciotto anni. Sul

ferma, almeno in linea teorica, la tutela globale del minore non accompagnato svincolata dall'appartenenza al territorio, ovvero riconosciuta senza il vincolo della cittadinanza.

Rispetto all'assetto previgente, notevole rilevanza assume l'art. 3 rubricato «*divieto di respingimento*»[26]. Si colma una lacuna legislativa del T.U. sull'immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) e in particolare dell'art. 19, comma 1, il quale, disponendo che non si può né espellere né respingere lo straniero verso uno Stato in cui lo stesso possa essere oggetto di persecuzione, non includeva nel richiamato divieto di respingimento i minori non accompagnati, ora inclusi nel comma 1-*bis*, novellato dall'art. 3[27]. In particolare, il nuovo comma 1-*bis*, stabilendo che «*in nessun caso può disporsi il respingimento alla frontiera di minori stranieri non accompagnati*», mette in primo piano la tutela del minore anche a discapito della sicurezza interna, in nome del principio inviolabile della tutela della vita umana[28]. Non a caso il divieto di espulsione che può essere derogato solo per motivi di ordine pubblico è, a sua volta, adottabile a condizione che tale provvedimento non comporti «*un rischio di danni gravi per il minore*»[29].

---

punto, v. la nota a sentenza di Fratea, *Rimpatrio del minore straniero non accompagnato: solo una lettura sistematica della Dir. CE 2008/115 assicura il rispetto del principio del superiore interesse del fanciullo*, in *Fam. e dir.*, 2021, 569 ss.

[26] Sull'importanza del divieto di respingimento v. le puntuali osservazioni di Cordiano, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1304, laddove si rileva che l'art. 3 della legge n. 47/2017 amplia ed arricchisce il novero dei diritti fondamentali riconosciuti ai minori stranieri non accompagnati, affiancando al preesistente divieto di espulsione (art. 19, comma 1, T.U. dell'immigrazione) un nuovo divieto di respingimento alla frontiera. Sul punto v. anche In questa direzione v. anche Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, cit., 388 ove si sottolinea che la legge n. 47/2017 consacra in termini assoluti il principio di «*non-refoulement*» sancendo il divieto assoluto di respingimento alla frontiera; Di Ruzza, *I minori stranieri non accompagnati*, cit., 91 s.

[27] Preme rilevare che l'art. 19 del T.U dell'immigrazione in commento è stato ulteriormente arricchito dall'art. 1, comma 1, lett. e), n. 1), d.l. n. 130/2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 173/2020. In particolare, il co. 1.1. dell'art. 19 prevede che «*Non sono ammessi il respingimento o l'espulsione o l'estradizione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che essa rischi di essere sottoposta a tortura o a trattamenti inumani o degradanti o qualora ricorrano gli obblighi di cui all'articolo 5, comma 6. Nella valutazione di tali motivi si tiene conto anche dell'esistenza, in tale Stato, di violazioni sistematiche e gravi di diritti umani. Non sono altresì ammessi il respingimento o l'espulsione di una persona verso uno Stato qualora esistano fondati motivi di ritenere che l'allontanamento dal territorio nazionale comporti una violazione del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, a meno che esso sia necessario per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica nonché di protezione della salute nel rispetto della Convenzione relativa allo statuto dei rifugiati, firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, resa esecutiva dalla legge 24 luglio 1954, n. 722, e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ai fini della valutazione del rischio di violazione di cui al periodo precedente, si tiene conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, del suo effettivo inserimento sociale in Italia, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine*». Per una disamina approfondita dell'art. 19 T.U. immigrazione, v. le riflessioni di Favilli, *L'attuazione del principio di non respingimento nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto dell'immigrazione*, cit., 105 ss., nonché Baraldi, *Il principio di non respingimento alla luce della riforma introdotta dal d.l. 130 del 2020 e della emergenza pandemica*, *ivi*, 121 ss. Sul d.l. n. 130/2020 cfr. inoltre Contini, *Le novità del d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare*, in *Foro it.*, 2020, nonché De Chiara, *Il diritto di asilo e il d.l. 130/2020: progressi e occasioni mancate*, in *www.questionegiustizia.it*, 2020.

[28] Si afferma, a chiare lettere, la prevalenza della tutela del minore sull'interesse generale alla sicurezza alla frontiera. Peraltro, come già previsto dall'art. 37-*bis* della legge n. 184/1983, questi fanciulli, qualora il giudice minorile ne ravvisi i presupposti, possono essere destinatari di un provvedimento di affidamento o di adozione. Su tali profili Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 712.

[29] Sulle ragioni di sicurezza interna non possono influire i principi vigenti in tema di superiore interesse del minore. Il minore potrà essere espulso solo in casi eccezionali: ad esempio, per motivi di terrorismo internazionale. In questo contesto, la richiesta (eccezionale) di espulsione dovrà essere fatta dalla Questura e rivolta al competente tribunale minorile, come disposto dal comma 4, dell'art. 31 T.U.

Nella logica dell'accoglienza al minore devono essere garantiti tutti i mezzi di protezione gradualmente disposti dalla legge dello Stato italiano nel pieno rispetto della tutela del superiore interesse del minore[30]. In questa prospettiva, la gradualità delle tutele dei minori a rischio è «*arbitrata*» dal diritto del minorenne di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia o, se questo non è oggettivamente possibile, di un'altra famiglia che gli dovrà essere procurata[31]. È questo un diritto che, proprio in ragione del suo ruolo ordinante, assurge a principio, all'insegna del quale, deve individuarsi non solo lo strumento di tutela, ma anche – come giustamente sottolineato da attenta dottrina – la definizione del contenuto[32].

4.1 *(*Segue*) l'ascolto del minore e la figura del mediatore culturale.* – Atteso che ogni forma di protezione finisce con l'incidere sulle relazioni primarie del minore, occorre valutare realisticamente tali legami: solo così si potrà individuare la soluzione più idonea a realizzare l'interesse fondamentale del minore sotteso al diritto di vivere, crescere ed essere educato nell'ambito di una famiglia.

Tuttavia, deve prendersi atto che i flussi migratori – oggi più che in passato – appaiono molto diversificati: sui barconi della speranza si registra la presenza non solo di grandi minori ma anche di bambini molto piccoli, abbandonati volontariamente dai genitori nella speranza che qualcuno possa garantire loro una vita migliore[33]. Sono queste le ipotesi – non fosse altro per la difficoltà (*rectius* impossibilità) di rintracciare i genitori o i parenti – in cui si configura generalmente una situazione di abbandono definitivo, che può condurre ad attivare una procedura di adozione. Rispetto ai grandi minori, viceversa, si configura generalmente una situazione fattuale di abbandono contingente, rispetto alla quale l'autorità giudiziaria minorile dovrà avviare una valutazione di diritto dell'abbandono medesimo[34] .

Con riguardo ai minori a rischio, stranieri e soli, la c.d. legge Zampa – come puntualmente riscontrato in dottrina – mette a punto una procedura volta a scrutare le peculiarità esistenziali di questi fanciulli e ciò al fine di realizzare il loro interesse ad

---

dell'immigrazione, oggi integrato dalla precisazione secondo la quale il provvedimento di espulsione non deve comportare «*un rischio di danni gravi per il minore*» e l'obbligo per il Tribunale di decidere con tempestività e comunque non oltre trenta giorni. Su tali profili Del Guercio, *I minori non accompagnati nel diritto europeo tra obblighi di protezione e diritti negati*, in *Minorigiustizia*, 2017, 138 ss.

[30] Muovendo dal presupposto che occorre agire nel superiore interesse del minore, risulta fondamentale ridurre, per quanto possibile, il numero dei ricoveri dei minori stranieri non accompagnati nelle strutture di accoglienza, favorendo - nell'ottica di un autentico progetto di integrazione - gli affidamenti familiari. In questa direzione v. Di Ruzza, *I minori stranieri non accompagnati*, cit., 92 s. ove si sottolinea come l'accoglienza del minore in strutture deve essere intesa come «*il primo passo verso un processo di integrazione, sociale e lavorativa, che deve portare – o, quantomeno, tendere – all'autonomia del minore*». L'accoglienza, in buona sostanza, rappresenta la fase iniziale di un percorso finalizzato all'effettiva integrazione.

[31] L'accompagnamento del minore straniero non accompagnato nel percorso di integrazione può essere garantito attraverso l'inserimento in una famiglia di affidatari.

[32] Cfr. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 713, ove si sottolinea l'esigenza di garantire una tutela quanto più possibile «*aderente possibile alla singolare dimensione antropologica e relazionale dell'interessato*».

[33] In questa prospettiva v. Senigaglia, *op. ultima cit*., 716.

[34] In particolare, occorrerà verificare la sussistenza di una rete di «*relazioni primarie*» nel territorio italiano e ciò al fine di appurare se lo stato di abbandono del minore abbia o meno il carattere della definitività.

essere destinatari di forme di protezione tempestive[35]. Non è dato dubitare, infatti, che questa situazione di abbandono contingente può portare il minore ad entrare in contatto con ambienti pericolosi, con pesanti ripercussioni sulla formazione e sulla sicurezza del fanciullo.

In questa logica assume prioritaria rilevanza l'art. 5 della legge n. 47/2017 che prevede l'inserimento dell'art. 19-*bis* nel d.lgs. n. 142/2015: in base al richiamato articolo nel momento in cui il minore straniero non accompagnato entra in contatto o viene segnalato all'autorità deve essere ascoltato[36]. Pertanto, il primo adempimento è il colloquio.

A tal riguardo, occorre evidenziare che il lemma «*colloquio*», in materia minorile evoca la categoria dell'ascolto, il quale, già nell'art. 12 della *Convenzione di New York* sui diritti del fanciullo, è riconosciuto come diritto fondamentale del minore, confermato poi dalle fonti multilivello. Del resto, lo stesso d.lgs. n. 142/2015, all'art. 18, comma 2, indica l'ascolto del minore come adempimento necessario per valutare il suo interesse, «*tenendo conto della sua età, del suo grado di maturità e di sviluppo personale*» e il comma 2-*ter*, introdotto dall'art. 15 della legge n. 47/2017 che conferma il diritto all'ascolto in tutti i procedimenti che riguardano il minore. Il colloquio, pertanto, così come prospettato dall'art. 19-*bis*, risulta strumento fondamentale per «dare voce» al minore nel momento in cui entra in contatto con l'autorità pubblica[37].

Il colloquio deve essere condotto dal personale qualificato della struttura di prima accoglienza ed in particolare da uno psicologo dell'età evolutiva, con il possibile ausilio delle istituzioni locali operanti nel settore minorile e con la partecipazione di un mediatore culturale[38]. Si attiva, pertanto, una procedura che esalta il senso del diritto all'ascolto del minore straniero non accompagnato e ne garantisce l'effettività grazie all'intervento delle professionalità sopra richiamate[39].

Risulta chiaro il senso dell'adempimento: fare emergere il vissuto, le circostanze del viaggio migratorio, la personalità nonché i bisogni di quel minorenne e ciò allo scopo di definire il suo interesse e disporre lo strumento di tutela che meglio lo possa realizzare. Si afferma, pertanto, una lettura di carattere esistenziale e relazionale, che penetra – come sottolineato da attenta dottrina – le «*radici più profonde della persona, non soltanto di tipo familiare, ma pure socio-culturale*»[40].

In questo percorso valutativo spicca la figura del mediatore culturale. Quest'ultimo – presente in tutte le trame della procedura diretta a proteggere il minore straniero non accompagnato – è preposto a realizzare l'inserimento del minore nella società, operando

---

[35] Al riguardo v. Senigaglia, *ibidem.* Tutti gli adempimenti procedurali messi a punto dalla legge n. 47/2017 per tutelare il soggetto vulnerabile devono avvenire nel lasso di tempo più breve possibile: ogni irragionevole ritardo, infatti, potrebbe determinare un pregiudizio irreparabile per il minore interessato.

[36] Sull'ascolto quale strumento di tutela del minore vulnerabile alla luce della legge n. 47/2017 v. Gambini, *Il diritto all'ascolto del minore «vulnerabile»*, in *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, cit., 143 ss.

[37] Espletato il colloquio l'autorità pubblica potrà attivarsi in modo maggiormente conforme all'interesse del minore straniero non accompagnato.

[38] La rete di competenze professionali chiamate ad intervenire in sede di colloquio evidenzia l'importanza che la legge attribuisce a questo momento.

[39] In considerazione della parità di trattamento del minore straniero non accompagnato e del minore cittadino italiano o dell'Unione europea (art. 1, legge n. 47/2017), uno dei primi adempimenti della procedura deve riguardare l'accertamento della capacità di discernimento del bambino.

[40] Cfr. Senigaglia, *Considerazioni critico-ricostruttive su alcune implicazioni civilistiche della disciplina sulla protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 720. Sul tema dell'ascolto del minore straniero non accompagnato v. anche Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, cit., 401 s.

una sintesi tra il sistema culturale del Paese di provenienza e quello di approdo. Una sintesi che, a ben vedere, costituisce la premessa di senso dell'interesse del minore e dunque la cifra all'insegna della quale definire il contenuto dei suoi diritti fondamentali[41]. Attraverso il mediatore culturale il bambino avrà la possibilità di narrarsi, rendendo davvero possibile la comprensione della sua storia e delle sue aspirazioni, agevolando così l'individuazione della forma di protezione più idonea.

4.2 *(*Segue*) le indagini familiari e il diritto all'unità familiare.* – Come già evidenziato, nella logica dell'accoglienza tracciata dalla legge n. 47/2017 assume un ruolo centrale il diritto del minore di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia. In questa prospettiva assumono un ruolo fondamentale le indagini familiari. Al riguardo, l'art. 6 della Legge Zampa presenta una disciplina assimilabile, per grandi linee, a quella delineata dall'art. 19, comma 7, del d.lgs. n. 142/2015, il quale prevede che, al fine di garantire il diritto all'unità familiare del minore straniero non accompagnato, debbano essere avviate tutte le iniziative necessarie alla ricerca e all'individuazione dei suoi familiari.

Il richiamato art. 6 attribuisce la competenza sulle indagini familiari nei riguardi del minore straniero non accompagnato richiedente asilo al Ministero dell'interno che, d'intesa con il Ministero della giustizia e con il Ministero degli affari esteri, svolgerà tutti gli accertamenti, avendo sempre riguardo al superiore interesse del minore. Le indagini familiari andranno svolte osservando l'obbligo dell'assoluta riservatezza e tutelando la sicurezza di tutti i soggetti coinvolti. Gli esiti delle indagini verranno comunicate al minore e all'esercente la responsabilità genitoriale anche in via provvisoria[42].

Tra le novità introdotte dall'art. 6 occorre segnalare che la soluzione dell'affidamento del minore straniero non accompagnato ai familiari idonei a prendersi cura di lui deve essere preferita al collocamento in comunità. Il ricovero in una struttura di accoglienza, infatti, deve costituire una soluzione residuale. In tal senso, una significativa conferma si rinviene nel successivo art. 7 della Legge Zampa che – integrando l'art. 2, comma 1, della legge n. 184/1983 – introduce il comma 1-*bis* in base al quale si prevede che «*gli enti locali possono promuovere la sensibilizzazione e la formazione di affidatari per favorire l'affidamento familiare dei minori stranieri non accompagnati, in via prioritaria rispetto al ricovero in una struttura di accoglienza*»[43]. Ad ulteriore riprova di quanto affermato, l'art. 2

[41] In questa direzione Senigaglia, *ibidem.* Spunti di sicuro interesse si rinvengono, altresì, in Cordiano, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 1300.

[42] Rimane invariata la competenza della Direzione Generale dell'immigrazione in ordine alle indagini familiari a favore dei minori stranieri non richiedenti asilo, come già previsto dalla lett. f), comma 2, d.p.c.m. 535 del 1999.

[43] L'art. 2 della legge n. 184/1983 ha subìto ulteriori integrazioni a seguito della recente Riforma del processo civile. Difatti, l'art. 28, comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), del d.lgs. n. 149/2022 ha inserito i commi 1.1. e 2 *bis*, i quali rispettivamente dispongono che «*Il minore non può essere affidato a parenti o affini entro il quarto grado di chi ha composto il collegio che ha adottato il provvedimento, del consulente tecnico d'ufficio e di coloro che hanno svolto le funzioni di assistente sociale nel medesimo procedimento*» e che «*Il minore non può essere inserito presso strutture o comunità pubbliche o private nelle quali rivestono cariche rappresentative, o partecipano alla gestione delle medesime strutture, o prestano a favore di esse attività professionale, anche a titolo gratuito, o fanno parte degli organi di società che le gestiscono, persone che sono parenti o affini entro il quarto grado, convivente, parte dell'unione civile o coniuge di chi ha composto il collegio che ha adottato il provvedimento, del consulente tecnico d'ufficio o di coloro che hanno svolto le funzioni di assistente sociale nel medesimo procedimento*».

è stato recentemente arricchito, con l'introduzione del comma 3 *bis*, dall'art. 9, comma 1, della legge n. 107/2020, ove si prevede che «*I provvedimenti adottati ai sensi dei commi 2 e 3 devono indicare espressamente le ragioni per le quali non si ritiene possibile la permanenza nel nucleo familiare originario e le ragioni per le quali non sia possibile procedere ad un affidamento ad una famiglia, fermo restando quanto disposto dall'articolo 4, comma 3*».

In definitiva, dal combinato disposto delle previsioni appena richiamate emerge chiaramente che il miglior interesse del minore straniero non accompagnato passa attraverso l'inserimento in una comunità familiare[44]. Quest'ultima soluzione – espressamente prevista, come già evidenziato, dall'art. 2, comma 1-*bis*, legge n. 184/1983 – deve essere letta in una prospettiva sistematica che tenga conto dell'intervento legislativo in materia di continuità affettiva dei minori in affido familiare. Tale norma, infatti, attribuisce rilievo ai «*legami affettivi significativi*» ed al «*rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria*». Detto scopo viene perseguito sia nell'ipotesi in cui all'affidamento segua l'adozione da parte di persone diverse dagli affidatari (art. 4, comma 5-*bis*, legge n. 184/1983, come introdotto dall'art. 1, legge n. 173/2015), sia qualora l'affidamento temporaneo venga seguito dal reinserimento del minore nella propria famiglia biologica. In entrambi i casi – come peraltro sottolineato in dottrina – assume rilevanza fondamentale l'esigenza di tutelare la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento, ove ciò corrisponda all'interesse del minore[45].

Il rimpatrio assistito e volontario – così come previsto dall'art. 8 della legge n. 47/2017 – viene adottato quando, sentiti il minore e il tutore e visti gli esiti delle indagini familiari nel Paese di origine o in un Paese terzo e la relazione dei servizi sociali competenti circa la situazione del minore in Italia, esso corrisponda al suo superiore interesse. Al riguardo, il Tribunale per i Minorenni competente opera una valutazione nella quale – a conferma di quanto evidenziato in precedenza – assumono un peculiare rilievo le risultanze che emergono dall'ascolto del minore e del suo tutore, nonché i risultati delle indagini familiari svolte nel Paese di origine o in un Paese terzo e la relazione dei servizi sociali concernente la situazione del minore in Italia.

5. *Brevi riflessioni conclusive: un bilancio in chiaroscuro*

Non è dato dubitare che in materia di tutela del minore straniero sono stati fatti numerosi passi avanti. Il giusnaturalismo dei diritti dei minori – sancito, come già ricordato, da diversi strumenti di diritto internazionale – si è arricchito, sul piano del diritto interno grazie anche alla c.d. Legge Zampa. Il provvedimento, come già evidenziato, affronta in modo organico e strutturato tutte le questioni inerenti all'ingresso nel territorio italiano del minore straniero non accompagnato.

Alcune misure di intervento, tuttavia, appaiono farraginose, rischiando di vanificare quella fondamentale esigenza di tempestività che sta alla base di ogni efficace politica di tutela del minore straniero. Al riguardo, basti pensare alla complessa procedura isti-

[44] La comunità familiare deve preferibilmente individuarsi nella cerchia dei suoi parenti eventualmente rintracciati all'esito delle indagini familiari o, in subordine, mediante l'affidamento a persone idonee. Sul punto v. Ippoliti Martini, *La protezione del minore straniero non accompagnato tra accoglienza e misure di integrazione*, cit., 403 s.

[45] A tal riguardo v. Ippoliti Martini, *ibidem.*

tuita dalla legge n. 47/2017 per determinare l'età del bambino ed ai tempi necessari per esperirla[46].

Gli stessi tempi di ascolto – alla luce dell'evocata parità di trattamento del minore straniero non accompagnato con il minore cittadino italiano o dell'U.E. (art. 1 della legge n. 47/2017) – potrebbero non rivelarsi brevi: il colloquio con il minore (soprattutto se infradodicenne), infatti, impone tempi adeguati già con riferimento all'accertamento della capacità di discernimento.

Il vero *vulnus* della normativa in esame, tuttavia, risiede altrove. Così come già avvenuto in occasione di altri recenti interventi normativi che hanno avuto il merito di spingere il tema della vulnerabilità al centro del diritto che cambia, non come espressione di disuguaglianza, ma come criterio di inclusione sociale per superare le disuguaglianze e, al tempo stesso, per garantire piena dignità alla persona, la legge n. 47/2017 subordina l'attuazione dei diritti riconosciuti al minore alla circostanza che non derivino nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica[47]. È come affermare, da una parte, il riconoscimento di inviolabili diritti dell'individuo e, dall'altra indirettamente, il disconoscimento, per ragioni economiche. Peraltro, con non poco rammarico, occorre rilevare che le ricorrenti (e pur comprensibili) esigenze di razionalizzazione della spesa pubblica finiscono con l'incidere negativamente – anche in questa circostanza – sulla piena realizzazione dei diritti umani e dei diritti fondamentali dei soggetti più deboli, rendendo difficilmente attuabili, rispetto ai minori stranieri non accompagnati, il soddisfacimento e l'effettivo godimento delle libertà proclamate dalla Carta costituzionale[48].

In questo scenario in chiaroscuro si è innestato il controverso d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 e la legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132 recante «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica*» che ha modificato profondamente il sistema di protezione internazionale, sia sul piano del riconoscimento delle domande che dell'accoglienza. Al riguardo, occorre rilevare che la richiamata normativa, pur non contenendo norme restrittive esplicitamente rivolte ai minori stranieri non accompagnati, in taluni casi, può impattare negativamente sul per-

[46] Su tale aspetto v. Del Vecchio, *L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali: la legge Zampa e il caso della* relocation, in *Fenomeni migratori ed effettività dei diritti*, cit., 130.

[47] Il comma 3 dell'art. 21 della legge n. 47/2017 statuisce «*dall'attuazione della presente legge, a eccezione delle disposizioni di cui all'articolo 16 e all'articolo 17, comma 3, non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica*». Quanto alle risorse per l'accoglienza dei minori non accompagnati, occorre rilevare che l'art. 1, comma 181 e comma 182 della legge n. 190/2014, ha trasferito la gestione del Fondo per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati – attraverso il quale si provvede alla copertura dei costi sostenuti dagli enti locali – dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali al Ministero dell'Interno. Può essere qui interessante rilevare che, se negli ultimi anni, per far fronte alle crescenti esigenze di accoglienza dei minori stranieri in relazione agli elevati numeri di ingressi, la dotazione del Fondo è stata incrementata (v., sul punto, Camera dei deputati, Servizio Studi, XVIII legislatura, consultabile in *www.camera.it*), la legge di bilancio 2023 (legge n. 197/2022) sul capitolo di spesa 2353 «*Fondo nazionale per l'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati*» presenta una dotazione di euro 117.780.580 per l'anno 2023, 155.000.000 per l'anno 2024 e 121.700.000 per l'anno 2025, riducendola, quindi, di 11 milioni di euro nel 2024 e di 44,3 milioni di euro nel 2025 (cfr. il Dossier della XIX legislatura, Legge di Bilancio 2023 - Profili di interesse della Commissione Affari costituzionali A.C. 643-*bis*, in particolare p. 91).

[48] Occorre rilevare che la legge prevede importanti novità sul piano strutturale e operativo di tutti gli organi che entrano in contatto con i minori stranieri non accompagnati incidendo - aspetto tutt'altro che irrilevante - su settori già fortemente carenti dal punto di vista delle risorse umane e finanziarie (cfr. Del Vecchio, *L'effettività nella tutela del minore straniero non accompagnato tra interventi strutturali ed emergenziali: la legge Zampa e il caso della* relocation, cit., 129). Conseguentemente la piena realizzazione del quadro prefigurato dalla legge n. 47/2017 resta rimesso allo sforzo delle singole amministrazioni.

corso di integrazione dei minori prossimi al compimento della maggiore età. Non si può sottacere, infatti, che prima dell'entrata in vigore del decreto sicurezza la maggior parte dei minori richiedenti asilo otteneva un permesso di soggiorno per motivi umanitari: pertanto, a seguito dell'abrogazione della c.d. protezione umanitaria, si è reso concreto il rischio per i minori richiedenti asilo di vedersi rigettata la domanda dalla Commissione territoriale. In caso di diniego prima del compimento della maggiore età, il minore potrà ottenere il permesso di soggiorno per «minore età» e – ove ne ricorrano i requisiti – potrà successivamente convertirlo in permesso per studio, lavoro o attesa occupazione. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di protezione internazionale dopo il compimento della maggiore età, appariva concreto il rischio per i neo-maggiorenni di non poter più regolarizzare la loro posizione. Nel tentativo di arginare il problema, il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 14, introdotto nel regolamento del T.U. sull'immigrazione dal d.p.r. n. 191/2022, prevede, in caso di diniego della protezione internazionale, che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo – rilasciato al minore straniero non accompagnato che nel frattempo sia divenuto maggiorenne – possa essere convertito in uno dei permessi indicati dall'art. 32 del T.U. sull'immigrazione[49]. Ad ogni modo, risulta molto importante valutare (*rectius* rivalutare) per ciascun minore straniero non accompagnato richiedente asilo se sussistono i presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale o speciale (molto più restrittivi di quelli richiesti per il riconoscimento della protezione umanitaria, nonostante il recente ampliamento dei presupposti della protezione speciale) ovvero se sussistono i presupposti per la conversione del permesso di soggiorno per minore età in permesso di studio o lavoro[50].

[49] La novità legislativa appare apprezzabile: si colma un vuoto di tutela che, sino ad oggi, aveva indotto i minori stranieri non accompagnati più vicini alla maggiore età «*a non chiedere l'asilo pur in presenza di biografie ipoteticamente eleggibili allo status per timore di ricevere un rifiuto dopo avere ormai compiuto la maggiore età, trovandosi così, senza più rimedio, privi di un titolo di soggiorno*» (cfr. Morozzo della Rocca, *I diritti di soggiorno dei minori stranieri non accompagnati durante e dopo la minore età*, cit., 172).

[50] Nonostante l'incremento delle fattispecie di protezione speciale previsto dal novellato art. 19, del T.U. sull'immigrazione (sul punto, v. *retro* nota 27) permangono alcuni problemi. In particolare, preso atto che i minori stranieri non accompagnati presenti in Italia sono in prevalenza diciassettenni è possibile che molti di essi, al compimento della maggiore età, non abbiano raggiunto un livello di integrazione per beneficiare della protezione speciale. Su tali aspetti v. le riflessioni di Fiore - Reggio, *L'accertamento dei fatti rilevanti nelle richieste di protezione internazionale avanzate da minori*, in *Il diritto dell'immigrazione*, cit., 73 ss., ed ivi in particolare 75.

UGO SALANITRO

RIFLESSIONI SISTEMATICHE SU UNA PROPOSTA DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELL'ASSEGNO DIVORZILE

SOMMARIO: 1. La proposta di riforma. – 2. La sopravvenienza delle nozze del coniuge beneficiario. – 3. Finalità dell'assegno divorzile e disciplina degli alimenti. – 4. Funzione compensativa e struttura temporale dell'assegno. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. *La proposta di riforma*

La tensione tra valori familiari e prerogative individuali trova nella disciplina della crisi coniugale uno dei punti di maggiore criticità, in cui si contrappongono le istanze di libertà ai vincoli della solidarietà: i tentativi di ricondurre ad un modello unitario le tecniche di bilanciamento degli interessi si scontrano con la varietà delle esigenze e dei valori che connotano le esperienze dei singoli e dei gruppi familiari[1].

Muovendo da questa prospettiva, penso che possa risultare di particolare interesse l'esame di una proposta di legge in tema di assegno divorzile, redatta da una prestigiosa associazione di cultori del diritto civile[2]: si intende verificare, con queste brevi note[3], se l'articolato declini in maniera adeguata il modello ispiratore della proposta di riforma e sia coerente con i principi di rilevanza sovraordinata.

La proposta di riforma vuole indirizzare il legislatore verso una soluzione per cui il Tribunale "*ove necessario, per porre rimedio allo squilibrio economico patrimoniale tra i coniugi, dispone il pagamento di un contributo [a uno dei coniugi] per consentirgli di diventare autosufficiente in conformità alle ragionevoli aspettative economiche e professionali sacrificate per la famiglia*". Il contributo, innovando rispetto all'attuale disciplina, è corrisposto sempre "*in una unica soluzione o a rate*": nel valutare "*la necessità e l'adeguatezza del contributo*", il giudice deve tenere conto della durata della comunione di vita e prendere in considerazione non solo le condizioni personali e patrimoniali dopo lo scioglimento del regime patrimoniale e il contributo personale ed economico prestato da ciascuno dei coniugi, ma anche gli accordi coniugali e ogni altra circostanza che sia ragionevole considerare ai fini della decisione.

Come emerge dalla relazione illustrativa, la proposta di riforma vorrebbe attribuire all'assegno una funzione esclusiva, definita "*compensativo – riqualificante*", per cui il contributo sarebbe finalizzato a consentire al coniuge economicamente più debole

[1] Mi sembra di cogliere in questi termini il senso più pregnante dell'insegnamento dell'Onorato: il richiamo è al saggio di Paolo Zatti, Familia, familiae, *Declinazioni di un'idea*, in *Familia*, 2002, 9, 337 ss.

[2] Pubblicata in *Annali SISDIC*, 2021, n. 6, p. 43 ss., 60 ss., preceduta da una relazione illustrativa e corredata dalla registrazione dei lavori della Commissione di studio "Diritto di famiglia" dell'associazione SISDIC.

[3] Che riprendono, anche nello stile, un intervento al *webinar* del 19 novembre 2021, *Presentazione delle proposte di legge della SISDIC*, III sessione, *Proposta di legge per la riforma della disciplina dell'assegno di divorzio*, i cui atti sono di prossima uscita in uno dei Quaderni degli Annali SISDIC, e che vogliono inspirarsi al metodo dell'Onorato, il quale ha interpretato il suo ruolo di giurista e di intellettuale senza mai sottrarsi alla prospettiva *de iure condendo* e alla partecipazione al dibattito politico.

di raggiungere quel livello di autonomia corrispondente alle aspettative professionali sacrificate.

Si tenga presente, tuttavia, che presupposto necessario del contributo resta, già in base al testo della proposta, lo squilibrio economico tra il percettore dell'assegno e il coniuge obbligato: per cui l'idea che la funzione assistenziale non sia riconosciuta, va sottolineato, deve essere intesa nel senso che il contributo non avrebbe lo scopo di garantire al coniuge c.d. debole, a meno che non si sia sacrificato per la famiglia, né l'autosufficienza, né tantomeno il mantenimento del tenore di vita familiare[4]. Va osservato inoltre che resta comunque un'ambiguità tra la funzione riconosciuta al contributo nella relazione illustrativa e l'articolazione dei criteri, molto ampia, contenuta nel testo della proposta, la quale non si riferisce soltanto alla compensazione dei sacrifici: ambiguità che è ancora più accentuata, poiché i criteri così articolati sono considerati rilevanti per valutare non solo l'adeguatezza, ma già la necessità del contributo.

L'abbandono della funzione assistenziale, secondo la relazione illustrativa, sarebbe inoltre coerente con il profilo più innovativo della proposta, il ricorso a una corresponsione *una tantum*, di natura esclusivamente compensativa, che potrebbe essere articolata in forma rateale, respingendo conseguentemente la possibilità di prevedere forme di contribuzione a tempo indeterminato.

Si tratta di una scelta coraggiosa, che indirizza in un certo modo l'evoluzione che ha caratterizzato la giurisprudenza degli ultimi anni, facendo venire definitivamente meno l'idea che il matrimonio sia caratterizzato da una forma d'indissolubilità economica che garantirebbe in perpetuo il tenore di vita familiare: idea che non poteva più reggere nel tempo a causa dell'articolazione delle forme di comunità familiare, essendo divenuto residuale il modello di coppia che aveva strutturato la propria organizzazione familiare confidando sull'indissolubilità del matrimonio[5].

La proposta, tuttavia, solleva numerosi dubbi, su tre dei quali si vuole richiamare l'attenzione del lettore.

2. *La sopravvenienza delle nozze del coniuge beneficiario*

La prima questione che va posta è se sia compatibile, con un assegno divorzile che mantenga soltanto la funzione compensativa (ancorché riqualificante), la regola che prevede la cessazione dell'obbligo di contributo nel caso di nuove nozze dell'ex coniuge creditore[6].

---

[4] In una diversa prospettiva, considera incongruo assumere una funzione esclusivamente compensativa in un assegno che abbia le caratteristiche indicate nel testo, M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. Le mobili frontiere tra autoresponsabilità e solidarietà postconiugale*, in *Familia*, 2022, 95 ss.

[5] Per un quadro d'insieme, si consenta il rinvio a Salanitro, *Per una riflessione sistematica sul diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 563 ss.

[6] La regola attualmente vigente, ai sensi dell'art. 5, comma 10, l. 1.12.1970, n. 898, non è oggetto di modifiche nell'articolato della proposta, così come pubblicata negli Annali (vedi, *op. cit.*, p. 66). Invero segnalo che nella relazione illustrativa del prof. Viterbo, introduttiva al *webinar* del 19.11.2021, si avverte che il mantenimento della regola sarebbe stato il frutto di un refuso e che quindi la stessa andrebbe considerata superata: trattandosi però di una abrogazione che non risulta essere stata segnalata, tantomeno giustificata, né nella relazione illustrativa, né nella registrazione dei lavori della commissione, mi pare ugualmente utile articolare qualche considerazione.

La norma vigente è coerente con la funzione (anche) assistenziale dell'assegno divorzile, proprio perché l'obbligo di mantenimento verrebbe a ricadere sul nuovo coniuge, sul quale graverebbero in via esclusiva anche le conseguenze di un nuovo scioglimento: non sarebbe invece coerente con l'esclusività della funzione compensativa del contributo auspicata dalla proposta.

Sarebbe incongruo che l'obbligo di pagare il contributo, corrispondente al sacrificio che ha subito il coniuge più debole, possa estinguersi se rateizzato, mentre sia acquisito definitivamente se concesso in unica soluzione. Seppure anche nella disciplina vigente sia prevista la corresponsione dell'assegno in un'unica soluzione, nondimeno l'effetto della capitalizzazione dell'assegno a tempo indeterminato sarebbe proprio quello di sottrarre le parti, che hanno entrambe espresso il consenso, alle sopravvenienze: di tale delimitazione del rischio, infatti, le parti tengono conto nella determinazione del *quantum*. Nell'ottica della riforma, invece, la rateizzazione del contributo è una tecnica funzionale anche e soprattutto all'interesse del debitore, il quale non è costretto a pagare in unica soluzione; non può andare perciò a danno del coniuge creditore, che ha già acquisito nel suo patrimonio il diritto alla prestazione di natura compensativa.

Il diritto all'assegno potrebbe venire meno, piuttosto, nel caso in cui il matrimonio avesse un effetto favorevole sulle condizioni economiche dell'ex coniuge, tale da eliminare lo squilibrio causato dai sacrifici delle aspettative professionali che hanno trovato occasione nella precedente vita matrimoniale[7].

In presenza di una regola che testualmente dispone, *de iure condito*, la cessazione dell'assegno divorzile in caso di nuove nozze, la dottrina e la giurisprudenza si sono misurate con il problema della compatibilità della permanenza o cessazione dell'assegno, al quale sia stato attribuito una funzione compensativa, soltanto in tempi recenti, dopo che si è affermata la natura composita del contributo e con specifico riferimento alla sopravvenienza di una convivenza *more uxorio*.

In particolare, il tema è stato oggetto di una decisione delle Sezioni unite[8], la quale ha negato la cessazione della componente compensativa dell'assegno divorzile in caso di nuova convivenza, rilevando che "*il contributo dato dal coniuge debole, con le sue scelte personali e condivise in favore della famiglia, alle fortune familiari e al patrimonio dell'altro coniuge, rimarrebbe ingiustamente sacrificato e non altrimenti compensato se si aderisse alla caducazione integrale*".

L'ingiustizia del sacrificio – alla quale si riferisce la decisione delle Sezioni unite, riprendendo argomenti già ventilati in dottrina[9] – non è invero limitata al caso

[7] Riprendendo una parte delle argomentazioni utilizzate in dottrina rispetto al diverso problema degli effetti della convivenza more uxorio, per le quali si cfr., tra gli altri, Cicero - Rinaldo, *Formazione di una nuova famiglia non fondata sul matrimonio e perdita del diritto all'assegno divorzile*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, 314 ss.

[8] Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1440 ss., con commento di E. Quadri; in *Fam. e dir.*, 2022, 113 ss., con note di Danovi, di Rimini e di Al Mureden; in *Giur. it.*, 2022, 1077 ss., con nota di Caterina; in *Foro it.*, 2022, 179 ss., con nota di Casaburi; in *Familia*, 2022, 75 ss., con note di M. Bianca e di Benanti. Il giudizio di rinvio è stato deciso da App. Venezia, 8.7.2022, n. 1571 in *Fam. e dir.*, 2023, 37 ss., con nota di Savi. Sulla nozione di convivenza e sugli oneri probatori interessanti puntualizzazioni in Cass., 4.5.2022 n. 14151, *ivi*, 134 ss., con nota di Bugetti; anche Cass., 25.1.2022, n. 2138 in *Giur. it.*, 2022, 2370 ss., con nota di Cosco e Cass., 25.1.2022, n. 2139, *ivi*, 1566 ss., con nota di Barbazza.

[9] Cfr. E. Quadri, *Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, 883 ss.; Dell'Anna Misurale, *Nuova relazione e perdita dei benefici economici post coniugali*, in *Giust. civ.*, 2020, 603 ss.

di nuova convivenza, e sussiste, senza dubbio, anche nel caso di nuove nozze[10], dove una soluzione interpretativa coerente sembra preclusa dalla sussistenza del dato testuale[11].

Essendo l'ingiustizia del sacrificio ormai emersa anche nel consesso giurisprudenziale più autorevole, si pone il problema se già *de iure condito* si possa sostenere un'interpretazione restrittiva del dato letterale, che ne limiti la portata all'estinzione della quota assistenziale: a sostegno di questa interpretazione, la regola vigente di cessazione integrale dell'assegno in caso di nuove nozze dovrebbe essere considerata espressione della natura esclusivamente assistenziale dell'indennità.

Il più recente orientamento giurisprudenziale – il quale, in contrasto con il dato testuale, ha negato la natura meramente assistenziale dell'assegno di divorzio, affermandone la funzione composita[12] – è il prodotto dell'evoluzione del contesto socioeconomico, che ha fatto emergere una distonia tra la disciplina vigente dell'assegno divorzile e gli interessi sottesi ai conflitti da regolare. Disciplina vigente che non è più in grado di normare la vicenda divorzile, perché non tiene conto del diverso ruolo della donna nel mondo del lavoro e della frammentazione dei modelli familiari[13], in cui la tradizionale ripartizione dei ruoli non è più il portato dell'imposizione sociale, ma il frutto, eventuale e non più prevalente, di una scelta condivisa.

L'emersione di una lacuna assiologica nella regolazione dell'assegno divorzile ha imposto l'esigenza di configurare, traendone i principi dai criteri di determinazione, una nuova disciplina diversamente articolata, con funzione integratrice secondo il modello

---

[10] In tal senso Quadri, *Diritto all'assegno di divorzio e convivenza*, cit., 888; Lenti, *Assegno di divorzio, obbligazione naturale e indebito*, in *Fam. e dir.*, 2021, 1156 ss., il quale rileva che "*il problema di politica del diritto è identico*"; M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. La funzione esclusivamente compensativa e i persistenti margini di incertezza sulla determinazione dell'assegno di divorzio*, in *Giustizia Insieme* (21.12.2021); Benanti, *Soltanto il convivente che non dimostri i propri sacrifici professionali perde l'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, I, 211 ss.; Travan, *Autoresponsabilità, compensazione e solidarietà: quale equilibrio? Le Sezioni Unite sulla sorte dell'assegno divorzile all'instaurarsi di una nuova convivenza stabile,* in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 434 ss., 455 ss. Nello stesso senso è l'opinione di S. Patti, in sede di conclusioni in un convegno romano, riportata da Morace Pinelli, *Diritto all'assegno divorzile e convivenza more uxorio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 1158 ss.

[11] Così Lenti, *Assegno di divorzio*, cit., 1156 ss., "*siccome il tenore letterale dell'art. 5 comma 10 l. 898\1970 non permette proprio una diversa interpretazione*".

[12] Sul quale, tra i tanti, si vedano: Rimini, *La nuova funzione compensativa dell'assegno divorzile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, 1693 ss.; C.M. Bianca, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in *Fam e dir.*, 2018, 955 ss.; E. Quadri, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, *ivi*, 971 ss.; Sesta, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, *ivi*, 983 ss.; Dell'Anna Misurale, *L'assegno divorzile sull'altalena dell'interpretazione*, in *Dir. succ. e fam.*, 2019, 681 ss.; Balestra, *L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni Unite*, in *Familia*, 2019, 15 ss.; Al Mureden, *Solidarietà post coniugale e compensazione del contributo endofamiliare nel nuovo assegno divorzile*, *ivi*, 29 ss.; Romeo, *Assegno divorzile e indipendenza economica dell'ex coniuge*, *ivi*, 71 ss.; T. Auletta, *La lettura della Cassazione, Prima Sezione, sulla natura e i criteri fissati su S.U. 18827\2018 riguardo all'assegno di divorzio*, *ivi,* 2020, 50 ss.; Di Gregorio, *Polifunzionalità dell'assegno di divorzio e tutela del coniuge debole*, *ivi*, 537 ss.

[13] Sull'evoluzione sociale e normativa della famiglia e sull'adattamento della disciplina del divorzio si vedano almeno: Sesta, *Matrimonio e famiglia a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1177 ss.; E. Quadri, *Crisi della coppia: a cinquant'anni dalla legge sul divorzio*, in *Foro it.*, 2020, V, 167 ss.; T. Auletta, *Legge sul divorzio e rapporti di coppia: mutamenti normativi ed evoluzione del diritto effettivo*, in *Divorzio 1970-2020. Una riflessione collettiva*, a cura di Cuffaro, Giuffrè, 2021, 3 ss.; Al Mureden, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 23 ss.; Marella, *Il futuro del divorzio (e del matrimonio) fra solidarietà e diritti individuali*, in *Fam. e dir.*, 2022, 737 ss.

dell'interpretazione evolutiva[14], adeguata al variegato contesto di comunità familiari: esigenza che ha trovato una sintesi nel fondamentale precedente delle Sezioni unite[15].

Coerentemente, si pone per l'interprete il compito di portare a compimento il percorso di riscrittura dell'ordinamento, individuando altre lacune assiologiche conseguenti, e, in questa prospettiva, appare necessario interpretare restrittivamente, limitandone la rilevanza alla componente assistenziale, anche la regola che dispone la cessazione dell'assegno in caso di nuove nozze.

Ove invece si ritenga preclusa l'interpretazione restrittiva, all'ingiustizia del sacrificio, evocata dalla giurisprudenza di legittimità, si dovrebbe porre rimedio rimettendo la questione alla Corte costituzionale[16].

In ogni caso, quale che sia la strada che si intenda percorrere rispetto al dato normativo vigente, non credo che sia dubbia la coerenza, con l'impostazione integralmente compensativa del contributo di divorzio, della scelta di eliminare l'effetto estintivo delle nuove nozze, che porrebbe un disincentivo al diritto primario di costituire nuove esperienze coniugali. Evitando in tal modo di perpetuare l'incongruità, ingiustificabile anche sul piano costituzionale, di disincentivare la formazione di nuove "società naturali" fondate sul matrimonio, inducendo il coniuge creditore del contributo a preferire, per mere ragioni di convenienza economica, forme più leggere di convivenza[17].

3. *Finalità dell'assegno divorzile e disciplina degli alimenti*

La seconda questione emergente attiene alle ripercussioni che l'approvazione di questa proposta potrebbe avere sulla disciplina generale degli alimenti.

In presenza di un contributo divorzile che avrebbe perso la sua funzione assistenziale, per assumere una funzione esclusivamente compensativa e limitata nel tempo, mi sembra ragionevole porre il dubbio se non si debba estendere la disciplina generale degli alimenti: estensione che potrebbe verificarsi con una disposizione espressa, ma che non si può escludere che debba ammettersi anche in via interpretativa, ampliando la portata semantica del riferimento al coniuge sino a comprendere anche il coniuge divorziato[18].

Il problema in concreto si pone in tutti quei casi in cui il coniuge in stato di bisogno non abbia diritto a un contributo compensativo, ovvero in quei casi in cui il contributo compensativo sia già stato integralmente corrisposto e il coniuge si trovi ancora in stato di bisogno.

Il riferimento al coniuge, senza ulteriori specificazioni, era più che sufficiente nella versione originaria della disciplina codicistica e si è da sempre applicato anche al coniuge separato, come confermato dall'art. 156 c.c., in assenza di una disciplina divorzile. Né

---

[14] Per l'argomentazione analitica si consenta il rinvio a SALANITRO, *La funzione compensativa dell'assegno di divorzio e la sopravvenienza di un nuovo rapporto: profili problematici dopo le Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 227 ss.; nello stesso senso si veda DANOVI, *Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica nel caso di nuova convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2022, 132 ss.

[15] CASS., sez. un., 11.7.2018, n. 18287, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 1607 ss., con nota di BENANTI.

[16] In tal senso QUADRI, *Diritto all'assegno di divorzio cit.*, 883 ss.

[17] Per una impostazione di segno diverso, volta a predicare la coerenza di una cesura definitiva dell'assegno in caso di nuove nozze o nuova convivenza, AL MUREDEN, *Assegno divorzile e convivenza tra autoresponsabilità e istanze compensative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 203 ss.

[18] In dottrina l'interpretazione estensiva del termine coniuge tra gli obbligati alimentari è proposta, tra gli scritti più recenti, da BIVONA, *Gli alimenti*, in *Diritto di famiglia*, a cura di AMADIO e MACARIO, Bologna, Il Mulino, 2016, 257 s.

rileva in modo univoco la sussistenza di una specifica regolamentazione alimentare in caso di annullamento del matrimonio (art. 129 s. c.c.), trattandosi di normativa che può essere considerata in deroga rispetto alla disciplina generale degli alimenti.

È pur vero che un'interpretazione del termine "coniuge", estesa anche al coniuge divorziato, non si è consolidata nella giurisprudenza: ma la soluzione più rigorosa si giustifica anche perché la previsione di un assegno con funzione assistenziale, per la sua natura speciale e derogatoria, ha precluso il ricorso alla disciplina generale degli alimenti. La giurisprudenza è ferma nello statuire che "*l'assegno divorzile, presupponendo lo scioglimento del matrimonio e costituendo effetto diretto della pronunzia di divorzio, prescinde dagli obblighi di mantenimento e di alimenti, operanti nel regime di convivenza e di separazione*"[19]: la massima, tuttavia, è funzionale a riconoscere l'autonomia del giudice che determina l'*an* e il *quantum* dell'assegno divorzile rispetto alle determinazioni in sede di separazione. Quando la giurisprudenza si pone il problema della concorrenza tra disciplina divorzile e disciplina alimentare, non ha dubbi nel considerare la posizione del coniuge, anche se divorziato, soggetta al coordinamento disposto dalla normativa alimentare[20].

La soluzione del problema dipende dalla questione, di chiaro sapore sistematico, se la disciplina degli alimenti tra i coniugi sia funzionalmente limitata al vigore del rapporto matrimoniale, per cui le discipline speciali sarebbero eccezionalmente ampliative[21], ovvero se abbia una portata potenzialmente più estesa, per cui le regole specifiche comporterebbero delle deroghe riduttive. Al riguardo, può assumere rilevanza l'ambito di applicazione degli obblighi alimentari degli affini, chiedendosi se costoro mantengano lo *status* anche dopo la cessazione degli effetti civili del matrimonio: l'interpretazione affermativa, sostenuta solo da una parte della dottrina[22], è presupposta dalla regola dell'art. 434 c.c. e ha trovato risalente conferma in sede di legittimità[23], per cui sarebbe congruo, in un quadro sistematico che mantiene la rilevanza dell'af-

---

[19] Tra le tante Cass., sez. I, 30.11.2007, n. 25010; Cass., sez. I, 10.4.1992 n. 4391; Cass., sez., I, 10.10.1983, n. 5881.

[20] In particolare, la questione è stata trattata da Cass., sez, I, 11.8.1994, n. 7358, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2511 ss., dove si nega che il soggetto divorziato, che chieda gli alimenti ai figli, sia tenuto previamente ad agire nei confronti del coniuge già obbligato all'assegno divorzile, per dimostrare che questi sia impossibilitato ad adempiere; sostenendo piuttosto – a dimostrazione della concorrenza funzionale dei due istituti – che sarebbe l'obbligato alimentare a dovere dimostrare che il soggetto bisognoso avrebbe potuto conseguire l'autosufficienza chiedendo una revisione dell'assegno divorzile. In precedenza assume rilievo il *dictum* di Cass., sez. I, 5.7.1982, n. 3993, secondo la quale "*al fine del riconoscimento e della quantificazione dell'assegno di divorzio, è irrilevante la circostanza che il coniuge istante abbia un figlio soggetto ad obbligo alimentare verso di lui, atteso che tale obbligo del figlio è di grado posteriore rispetto all'obbligo alimentare dell'altro coniuge (art. 433 c.c.), il quale permane anche dopo lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, seppure con particolare disciplina*".

[21] In questo senso mi pare l'impostazione di Dogliotti, *L'assegno di divorzio tra clausole generali ed interventi "creativi" della giurisprudenza*, in *Fam. e dir.*, 2021, 41 ss.

[22] Tra gli altri T. Auletta, *Alimenti e solidarietà familiare*, Giuffrè, 1984, 132 ss.; Dogliotti, *Filiazione, adozione, alimenti*, in *Tratt. Bessone*, IV, IV, a cura di T. Auletta, Giappichelli, 2011, 595; Pacia, *Sub art. 434 c.c,* in *Comm. Gabrielli, Della Famiglia*, a cura di Balestra, III, UTET, 2009, 505.

In senso opposto Sala, *Gli alimenti*, in *Tratt. Bonilini*, vol. II, Utet, 2016, 1914, e dottrina ivi citata; Venuti, *Solidarietà post coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata*, in *Divorzio 1970-2020, cit.*, 407, dove altre citazioni; *adde* Guida, *Divorzio e affinità: riflessi sull'attività notarile e spunti per moderne soluzioni applicative*, in *Notariato*, 2021, 597 ss.

[23] Secondo Cass., 7.6.1978, n. 2848, in *Dir. fam. e pers.*, 1979, 1092 ss., il vincolo di affinità e l'obbligo di corresponsione degli alimenti tra affini non vengono meno né con lo scioglimento del matrimonio, né con la cessazione dei suoi effetti civili. Nello stesso senso, incidentalmente in motivazione, Cass., 11.8.1994, n. 7358, *cit.*

finità dopo lo scioglimento del matrimonio, assumere che, ove mancasse la disciplina speciale, si sarebbe dovuto riconoscere la rilevanza alimentare anche al rapporto tra i coniugi divorziati[24].

La soluzione che ammette la persistenza dell'obbligo alimentare tra coniugi divorziati è stata autorevolmente proposta, *de iure condito*, con riferimento al caso di corresponsione in un'unica soluzione dell'assegno divorzile[25] ed è stata considerata ragionevole anche da chi ne ha negato la compatibilità con l'inciso finale della disposizione dell'art. 5, comma 8, l. div., che esclude espressamente la proponibilità di "*alcuna successiva domanda di contenuto economico*"[26]. Regola ostativa, quest'ultima, che si giustifica in una logica derogatoria e che appare coerente con la funzione prevalentemente assistenziale dell'assegno divorzile, ancorché capitalizzato, e con l'esigenza di evitare duplicazioni di sacrifici per il coniuge economicamente più forte.

Venuta meno la funzione assistenziale del contributo divorzile – e non riprodotta la regola ostativa nella versione dell'articolato di riforma – il problema della rilevanza della disciplina degli alimenti al coniuge divorziato emergerebbe in tutta la sua gravità[27]: il ricorso alla normativa contenuta nel codice civile potrebbe imporsi in base ad una interpretazione estensiva, costituzionalmente orientata, del lemma "coniuge", ove si consideri che l'obbligo alimentare serve ad attuare, nella forma minimale e meno onerosa per il debitore, quel principio di solidarietà post-coniugale che trova consolidato fondamento nell'ordinamento costituzionale[28].

4. *Funzione compensativa e struttura temporale dell'assegno*

Emerge una terza questione, che mi pare essere la più delicata e la più controversa, ma al contempo quella che investe direttamente il fulcro della riforma.

La proposta in esame, sul modo di intendere la natura compensativa dell'assegno, è in linea con la concezione espressamente assunta dalla recente sentenza delle Sezioni unite[29], facendo emergere un'importante convergenza tra lo sforzo della dottrina e la più autorevole giurisprudenza: l'assegno di natura esclusivamente compensativa è considerato un'indennità strutturalmente a tempo determinato, in quanto rivolta a compensare il vantaggio che il coniuge ha fornito entro la sfera temporale circoscritta della fase coniugale. La funzione compensativa, ci insegnano le Sezioni unite della Cassazione, è rivolta al passato e per questo ha natura essenzialmente temporanea.

---

[24] In senso opposto, ma con ragionamento speculare, Trabucchi, *Gli affini del divorziato: un rapporto che non ha senso*, in *Giur. it.*, 1978, I, 1, 518 ss.

[25] C.M. Bianca, *Diritto civile, 2.1 La famiglia*, Giuffrè, 2017, 529.

[26] Lenti, *Diritto della famiglia*, in *Tratt. Iudica Zatti*, Giuffrè, 2021, 775, il quale osserva che la persistenza dell'obbligo alimentare "*in realtà amplierebbe lo spazio concesso all'autonomia privata, anziché ridurlo … favorirebbe una maggiore diffusione della scelta di corrispondere l'assegno in unica soluzione …*".

[27] Tanto più che sarebbe incongruo non riconoscere il diritto agli alimenti al coniuge divorziato in un ordinamento che lo ammette, seppure in una posizione subordinata e temporalmente limitata, in caso di cessazione della convivenza di fatto (art. 1, comma 65, l. 20.5.2016, n. 76).

[28] Particolarmente interessante, in questa prospettiva, lo spunto di V. Barba, *I patti prematrimoniali tra diritto spagnolo e diritto italiano. Riflessioni in attesa della riforma legislativa e suggerimenti per un revirement della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 44, secondo il quale gli accordi rinunziativi in vista del divorzio potrebbero essere conformi al principio di solidarietà costituzionale in un ordinamento che ammetta l'obbligo alimentare del coniuge divorziato, sia pure in ultima posizione, secondo il modello normativo catalano.

[29] Cass., sez. un., 5.11.2021, n. 32198, *cit.*

Questa impostazione, pur così autorevolmente condivisa[30], può essere messa in dubbio, poiché non coglie del tutto la reale articolazione degli interessi rilevanti: non tiene conto, infatti, della circostanza che, ancorché si condivida l'idea che il contributo del coniuge alle fortune dell'altro coniuge sia delimitato nel tempo, gli effetti del contributo a vantaggio del coniuge favorito o a danno del coniuge che si è sacrificato sono, o possono essere, permanenti.

L'esempio della coppia, che ha deciso di impostare il rapporto familiare secondo la tradizionale regola di divisione dei ruoli, è ancora sotto i nostri occhi, seppure in recessione: il coniuge A, per merito del sostegno familiare del coniuge B, si può dedicare alla carriera sino a diventare dirigente, con vantaggi che durano tutta la vita; il coniuge B, che ha sacrificato la sua carriera a vantaggio del coniuge A, subirà in maniera permanente le conseguenze deleterie di questa scelta.

Quando gli effetti del contributo coniugale sono permanenti, a vantaggio e a danno dei due coniugi, appare congruo che l'indennità compensativa sia tendenzialmente a tempo indeterminato, senza che occorra richiamare la funzione assistenziale[31].

Non sembra che tale lettura sia in contrasto con il principio di autoresponsabilità, il quale non vale soltanto quale monito verso il coniuge che si sacrifica per la famiglia; in sede matrimoniale, l'autoresponsabilità non può non riflettersi anche verso colui che accetta, espressamente o implicitamente, che il proprio coniuge si sacrifichi per le attività endofamiliari[32].

È l'accordo tra coniugi che giustifica il sacrificio dell'uno a favore dell'altro e che, al contempo, fonda il contributo compensativo[33]: da un accordo, ancorché implicito, che prevede un sacrificio con effetti presumibilmente permanenti, non può che discendere un'assunzione di responsabilità del coniuge favorito altrettanto duratura nel tempo.

Resta il dubbio se tale soluzione sia in contrasto con i principi di autosufficienza e di concentrazione degli effetti post coniugali[34], principi a loro volta fondati sulla tutela della libertà e della dignità della persona, al fine di consentire la costituzione di nuovi rapporti interpersonali[35]: anche tali principi, tuttavia, devono essere bilanciati e bisogna evitare che la restituzione della libertà di costituire nuovi rapporti per il coniuge c.d. forte sia spinta al punto da comportare una ingiustificabile compressione delle aspettative, alla compensazione dei sacrifici, del coniuge c.d. debole.

Aspettative che trovano giustificazione nell'ordinamento, non solo perché conformi al principio di solidarietà coniugale e alla specifica rilevanza costituzionale della formazione sociale fondata sul matrimonio (che può consentire sacrifici che non sono

---

[30] E si veda anche Roma, *Assegno di divorzio e nuova convivenza tra inerzia legislativa, evoluzione interpretativa e mutamento sociale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 217 ss.

[31] Lo nota Lenti, *Assegno di divorzio*, cit., 1156 ss.: "*Tuttavia le conseguenze di quelle scelte possono essere tali da condizionare tutta la vita successiva, anche la sua parte vissuta in una nuova convivenza o in un secondo matrimonio. In questo caso credo occorra chiedersi se sia ragionevole, giusta, equa l'estinzione del diritto all'assegno, che è inevitabilmente anticipata rispetto alla previsione iniziale, ove si presentava come un vitalizio*".

[32] In tal senso, riprendendo uno spunto delle Sezioni Unite, Sesta, *Profili attuali della solidarietà post coniugale*, in *Divorzio 1970 - 2020, cit.*, 130 s.; Id., *L'assegno di divorzio: in viaggio di ritorno al tenore di vita?* in *Fam. e dir.*, 2022, 79 ss.; e M. Bianca, *La perdurante incertezza sulla natura dell'assegno divorzile*, *ivi*, 327.

[33] Sesta, *Profili attuali della solidarietà post coniugale, cit.*, 131.

[34] Ai quali sono ispirati i Principi di diritto europeo della famiglia; per un approfondimento, Pacia, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 227 ss.

[35] Ricorre nella dottrina più recente l'auspicio a una delimitazione temporale dell'assegno divorzile: tra gli altri Pasquili, *La solidarietà coniugale al tempo del divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 539 ss.

ammessi in altre formazioni sociali: ad es., limitazione alla libertà sessuale[36]), ma soprattutto perché le aspettative si sono consolidate in un quadro interpretativo granitico in cui i coniugi potevano confidare sulla garanzia del mantenimento del tenore di vita matrimoniale anche nella fase post-coniugale, quadro interpretativo che si colloca con certezza tra l'arresto delle Sezioni unite del 1990[37] e la sentenza "Lamorgese" del 2017[38].

Aspettative consolidate che sarebbero sconvolte dall'effetto sostanzialmente retroattivo della riforma, la quale, riguardando gli effetti dello scioglimento, andrebbe a ripercuotersi, vanificandole, sulle scelte di vita condivise durante il matrimonio.

Aspettative che non possono essere ignorate, anche perché il quadro economico di una parte significativa della società italiana non consente in realtà, quantomeno di regola, la riqualificazione professionale del coniuge che provenga da un matrimonio duraturo, sciolto in età matura: per cui se l'esigenza di ammettere, sia pure in casi eccezionali, l'assegno vitalizio vale nell'ordinamento francese[39] e in quello tedesco[40], che hanno un mercato del lavoro di gran lunga più dinamico, a maggior ragione sarebbe irragionevole una norma di legge che impedisca alla giurisprudenza italiana di articolare soluzioni congrue rispetto al concreto modello coniugale che è stato assunto dalla coppia divorziata[41].

5. *Brevi considerazioni conclusive*

In conclusione, mi sembra convincente l'idea portante di questa proposta di riforma di fondare il contributo divorzile, sussistendo uno squilibrio economico, esclusivamente sulla funzione compensativo – riqualificante[42].

La declinazione dell'idea andrebbe tuttavia rivista, come già illustrato, soprattutto per evitare che sia imposto un modello unico e rigido, che mal si adatti allo scioglimento delle esperienze di coppia più significative e durature: più in generale, ritengo che l'adesione a una concezione esclusivamente compensativa del contributo divorzile, per quanto auspicabile, non sarebbe risolutiva e che – fermo restando l'apertura a modifiche che consentano al giudice di articolare la concessione dell'assegno nel tempo, anche senza il consenso delle parti – una riforma normativa di più ampia portata dovrebbe coordinarsi con la disciplina alimentare e coinvolgere anche le regole sul regime patrimoniale della

---

[36] Sono i temi indagati, da prospettive diverse, da Bivona, *L'obbligo di fedeltà dopo la stagione delle riforme*, in *Familia*, 2019, 125 ss., e da Mauceri, *Risarcimento del danno e violazione del dovere di fedeltà coniugale*, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2017, 439 ss.

[37] Cass., sez. un., 29.11.1990 n. 11490, in *Foro it.,* 1991, I, 67 ss., con nota di E. Quadri.

[38] Cass., 10.5.2017, n. 11504, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, 1010, con nota di Roma.

[39] Cfr., sull'ordinamento francese, Benanti, Prestation compensatoire *e assegno di divorzio tra logica redistributiva e logica riparatrice*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1087 ss.

[40] Cfr., per il raffronto con l'ordinamento tedesco, Sesta, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Familia*, 2019, 3 ss.; Bilotti, *La tutela dell'ex coniuge debole tra istanze perequative ed assistenziali,* in corso di pubblicazione.

[41] La proposta di riforma sarebbe, infatti, ancora più rigorosa della disciplina suggerita dai Principi europei di diritto della famiglia: *Principle 2:8 Limitation in time. The competent authority should grant maintenance for a limited period, but exceptionally may do so without time limit.*

[42] Mi pare superabile la tesi che respinge la configurabilità stessa di una funzione compensativa, assumendo che i sacrifici andrebbero considerati espressione degli obblighi di contribuzione e di assistenza familiare, articolati in adempimento degli accordi coniugali sull'indirizzo della vita coniugale: tesi già sostenuta da C.M. Bianca, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà post coniugale*, in *Familia*, 2018, 955 ss.; Spadafora, *Il prezzo della fine dell'amore tra legge, giudice contratto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 1035 ss.; e ora riproposta da Bilotti, *La tutela dell'ex coniuge debole*, cit.

famiglia[43]. La proposta di riforma va allora rimeditata, esprimendo la massima attenzione, in una logica di ragionevole bilanciamento alla luce dei principi costituzionali, alla tutela della persona e all'articolazione concreta dei conflitti[44].

[43] Sulle prospettive di riforma cfr., almeno, Rimini, *Assegno di divorzio e regime patrimoniale della famiglia: la ridistribuzione della ricchezza tra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 422 ss. ed E. Quadri, *La quarta stagione del divorzio: le prospettive di riforma,* in *Divorzio 1970 - 2020*, cit., 79 ss.

[44] Sul piano del metodo appare pertinente il richiamo, oltre al già citato saggio di Zatti, dell'insegnamento di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4a ed., ESI, 2020, *passim*.

FRANCESCO SANGERMANO

FAMIGLIA E GIURIDICITÀ. DA ISOLA LAMBITA DAL MARE DEL DIRITTO A "FONTE" ISPIRATRICE DELLA NORMA GIURIDICA

Divenuto un classico del linguaggio giuridico il discorso incentrato sulla famiglia come una isola che il mare del diritto potrebbe soltanto lambire nelle note e feconde riflessioni di Arturo Carlo Jemolo, si riempie progressivamente di nuove connotazioni in cui il pluralismo e la molteplicità dei modelli familiari, la forza regolatrice dell'autonomia privata, la crescente attenzione anche in ordine alle criticità insite nelle istanze di genitorialità, un tempo forse impensabili, determinano lo sgorgare di una nuova dimensione della giuridicità.

Ed invero quando ci si cala in questo panorama complesso e caleidoscopico affluiscono all'attenzione del giurista come scienziato sociale una variegata e quasi infinita serie di concetti e valori, di sollecitazioni, di spunti problematici, di snodi assiologici che richiedono di essere analizzati, vagliati, ricomposti e trascesi nel segno del primato della persona e della più importante formazione sociale in cui ha origine, svolgimento, sviluppo, affermazione, realizzazione ed estrinsecazione l'esser uomo: la famiglia anche nelle sue attuali e multiformi declinazioni[1].

È un processo complesso, costantemente *in fieri*, che realizza una osmosi tra fatto e norma giuridica, tra realtà concreta e valoriale e fattispecie ed in cui la tavola di valori personalistici della Costituzione in una prospettiva di positivismo assiologico – non rarefatto e mai collocato anacronisticamente nel cielo dei concetti – apre all'interprete spazi di rilettura ed adeguamento del sistema di straordinaria fecondità ricostruttiva, ermeneutica ed applicativa.

Nessun istituto può ormai sottrarsi a questo destino: dal contratto alla proprietà sino, all'evidenza, alla famiglia il ragionamento del giurista persegue nel pensiero (le categorie) e nella vita (la prassi non solo giurisprudenziale) queste finalità; le categorie divengono serventi rispetto all'esigenza di apprestare strumenti finalmente adeguati alle diuturne istanze valoriali, filtrate e mediate dai principi assiologici consacrati nella Carta costituzionale, razionalmente aperta ma non subalterna acriticamente alla giuridicità so-

[1] Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti,* III, 4a ed., Napoli, 2020, 337-338: «I diversi modelli familiari come formazioni sociali sono garantiti dalla Costituzione (artt.2,3 e 29, comma 1) non come portatori di un interesse superiore e superindividuale, bensì in funzione della realizzazione delle esigenze individuali, come luoghi nei quali si sviluppa la persona (art. 2 cost.). La famiglia è valore costituzionalmente garantito nei limiti della sua conformità ai principi di ordine pubblico; essa, per quanto diverse possano essere le sue modalità di organizzazione, è finalizzata all'educazione e alla promozione di coloro che vi appartengono. Tale concezione non corrisponde all'esaltazione di prospettive libertarie o di gretto individualismo. Il riconoscimento normativo, contenuto nell'art. 2 cost., del primato della persona e delle formazioni sociali come poste al suo esclusivo servizio si accompagna alla contestuale affermazione dei doveri di solidarietà. In tal senso sussiste una unità originaria tra libertà e responsabilità: la libertà nella famiglia trova nell'unità e nei relativi doveri non tanto il limite quanto la funzione, il suo fondamento».

vranazionale bensì operante nel rispetto dell'identità culturale[2] dell'ordinamento nazionale di riferimento, in cui il giurista assolve il suo compito come mediatore privilegiato del raccordo tra il fatto e la norma giuridica.

Davvero nel diritto di famiglia si racchiude e si rivela una visione del mondo.

Ne rammentiamo alcuni di questi snodi tanto problematici quanto affascinanti (che richiederebbero ciascuno una propria trattazione): il rapporto tra famiglia e ordinamento giuridico nella cornice assiologica fondante e consacrata nella *grundnorm* Costituzionale; le formazioni sociali quali espressione di autonomia regolamentare ed ordinamentale; le riflessioni di Jemolo (per il quale nella materia familiare e matrimoniale il legislatore non riesce ad imbrigliare il fiume…) e Nicolò[3] (laddove quest'ultimo all'indomani della riforma del diritto di famiglia, primo momento importante del fenomeno di rivisitazione normativa dell'"ordinamento" familiare, guardava criticamente all'intervento del giudice *ex* art. 145 c.c., osservando che il dissidio dovrebbe comporsi all'interno della famiglia senza interferenze di soggetti esterni, posto che se l'accordo non si realizzasse autonomamente su criticità essenziali non vi sarebbe giudice in grado da far da paciere...); la giuridicità insita nell'agire dei privati a fronte di una progressiva accentuazione della controversa giuridicizzazione della famiglia nell'ordinamento statuale; il significato sottotraccia dell'assenza di definizioni codicistiche rispetto alla nozione di famiglia; il raccordo tra una valenza sociale, pregiuridica e *in rerum natura* con il diritto (come oggettivamente sembra ancora ricavarsi da una lettura atomistica dell'art. 29 Cost. ma che dovrebbe essere anche formalmente riattualizzato nella consapevolezza dell'affermarsi di nuovi modelli familiari); la famiglia "legittima" o le famiglie legittime in senso tecnico simmetricamente al dato ormai anche di diritto positivo della pluralità attuale di formazioni sociali familiari; i mutamenti normativi e assiologici, non solo storici, economici e sociali, nel passaggio e nelle trasformazioni dalla famiglia patriarcale, agricola alla famiglia nucleare (con la frammentazione compositiva della famiglia: da unità produttiva a unita di consumo); la concezione napoleonica della famiglia: nel codice della libertà, l'approccio autoritario e gerarchico; il sostanziale modello conservatore nel codice del 1865 (in cui in virtù del principio "libera Chiesa in libero Stato" si introduce e formalizza l'istituto del matrimonio civile); la visione corporativa della famiglia nell'ordinamento fascista (ove quest'ultima è istituzione subordinata allo Stato ed in cui l'interesse dei singoli, dei suoi componenti, viene distinto da quello dell'ente familiare dove domina e prevale la solidarietà corporativistica, richiamando anche le riflessioni di Antonio Cicu) in sinergia con la statualizzazione e la funzionalizzazione degli istituti di diritto privato; la ritrovata valenza della famiglia come sede privilegiata per lo sviluppo della persona umana nel diritto civile nella legalità costituzionale (un diritto integrato in maniera unitaria e complessa nella prospettiva del sistema italo-europeo delle fonti).

Così solo per evidenziare qualche aspetto dei sopramenzionati problemi e tematiche di studio, è indubbio che se per uno dei tanti paradossi con i quali la storia non smette di stupirci, sotto una dittatura cesarista (solo a tratti ambiguamente illumina-

---

[2] Cfr. con riguardo specifico alle problematiche della maternità surrogata i rilievi di G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni Unite in tema di c.d. maternità surrogata*, in *Dir. succ. e fam.*, 2/2019, 337 ss. Per una ampia trattazione dei problemi dell'ordine pubblico nella dialettica interna ed esterna cfr. G. Perlingieri e Zarra, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019.

[3] Cfr. Nicolò, *Osservazioni generali,* in *La riforma del diritto di famiglia* (Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione "Giorgio Cini" nei giorni 11-12 marzo 1972), *Quaderni della "Rivista di diritto civile",* Padova, 1972, 157 s.

ta) nasce un codice civile che nei suoi caratteri fondamentali appare sostanzialmente espressione di un codice del cittadino, conforme alla ideologia del pensiero liberale, basato su proprietà e libertà[4], al contempo in quella stessa codificazione il modello familiare è improntato ad un principio di autorità grazie anche alla personale fatica di Napoleone notoriamente attento alla parte del *Code* concernente i rapporti familiari, quasi che, verrebbe da dire, l'autoritarismo si disvela infine e si irradia nella concezione dei rapporti familiari con la direzione classicamente riconosciuta ed attribuita al marito.

Superata e abbandonata ogni visione panstatualistica e gerarchica del modello familiare con la fine dell'ordinamento corporativistico espressione del regime fascista, nella nostra Costituzione si consacra dal punto di vista assiologico il principio di una società pluriordinamentale: il pluralismo dei gruppi, degli individui si traduce non solo nella tutela di realtà associative idonee a produrre nel proprio ambito fenomeni di autorganizzazione e regolamentazione ma si concreta nella emersione, o meglio, nella irrinunciabilità delle peculiarità di quelle formazioni sociali quali la famiglia in cui l'uomo è autenticamente persona: in altre parole, in queste realtà si coglie una dimensione multiforme della giuridicità nel quadro e nel rispetto della cornice dei valori fondamentali dell'ordinamento.

Sviluppo della persona umana come singolo e come membro di formazioni sociali, in effetti, sono dati dell'esperienza che rilevano anche sotto il profilo dell'idoneità ad innovare l'esperienza giuridica nei suoi variegati strati, per utilizzare una espressione cara a Widar Cesarini Sforza.

La persona considerata nella sua interezza si pone quale centro fondante del nuovo ordinamento sociale (cfr. artt. 2 e 3 Cost.): per questo la concretizzazione del significato attuale ed effettivo di molte delle norme del codice civile del 1942, ben al di là della formulazione espressa dell'originario testo normativo, richiede una interpretazione razionale conforme a Costituzione che consente di cogliere e ricostruire la regola inespressa nel contesto assiologico contemporaneo[5].

La vita domanda costantemente al diritto forme di protezione conformi: e la vita nasce e si svolge nella famiglia anche nelle sue nuove e avveniristiche modalità inerenti la filiazione (basti pensare alle tecniche della procreazione medicalmente assistita[6]) o nel consolidarsi delle cosiddette convivenze di fatto: «la famiglia non fondata sul matrimonio, quando risponde all'esigenza di sviluppo delle persone che vi fanno parte, e/o di educazione dei figli rappresenta un valore meritevole di tutela. È un problema di costume e non soltanto di leggi. Se il costume muta – ma resta entro il quadro costituzionale –, il legislatore non può cristallizzarlo: sarebbe un atteggiamento velleitario e perdente[7]».

Non è più possibile registrare un astratto disallineamento tra comunità familiare e normatività calata dall'alto[8] ma, anzi, il diritto ne risulta per certi versi condizionato e

---

[4] Come ricorda G.B. Ferri, *Ordine pubblico*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 471.

[5] Cfr. G.B. Ferri, *Le temps retrouvé dell'art. 2059 c.c.*, in *Il potere e la parola*, Padova, 2008, 559.

[6] Cfr., al riguardo, le riflessioni di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti,* III, IV ed., Napoli, 2020, 61 in ordine alle problematiche etiche e giuridiche legate all'accesso alle tecniche di inseminazione.

[7] *Ivi*, 365.

[8] Cfr. Zatti, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea*, «Familia», 2002, 9 ss., che rileva come nel diritto di famiglia un aspetto irrinunciabile – è quello che «lo lega strettamente all'esperienza e all'evoluzione di una società e ne definisce la funzione non al modo di una costruzione normativa che il legislatore illuministicamente, o ideologicamente, impone al tessuto sociale, ma invece come di uno specchio che si adatta a riflettere – certo nella prescrizione e non nella descrizione – lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari in un contesto sociale» (2002, p. 10).

innervato da questa parallela realtà: il diritto non si limita più a lambire l'isola di questa primigenia formazione sociale (come spiega lo stesso Arturo Carlo Jemolo quando da par suo rileva che la sfera matrimoniale e familiare appare dominata da forze incoercibili, tanto che il legislatore non sembra qui dominare la materia ma piuttosto ne è dominato).

La norma nel diritto di famiglia similmente alla dimensione dell'autonomia negoziale si riempie di contenuti fattuali e valoriali che ridefiniscono in maniera accentuata se non addirittura smentiscono l'espediente retorico, quasi un ragionamento mitologico nella scienza positivistica della mera sussunzione del fatto nella fattispecie: come è stato ben evidenziato, «l'incremento del momento della conoscenza va a discapito dell'applicazione dello schema della "fattispecie", che presuppone il collegamento logico necessario tra la presenza normativa (norma da applicare) e la misura concreta, quasi che questa, ove sia formalmente accertata l'esistenza dei presupposti descritti dalla norma, divenga in un certo senso obbligata quanto alla formazione dell'atto decisorio e del suo contenuto (…). In realtà, adottando il punto di vista della conoscenza e della interpretazione allargata dalla norma ai fatti ed agli interessi, si rompe il raccordo tradizionale tra norma e fatto e quindi tra norma, presupposti di fatto e decisione finale; ed allora in luogo della fattispecie in sé stessa conchiusa si pone un'operazione in ogni caso aperta, in quanto non verificabile solo o non verificabile affatto alla luce di una fonte o di una norma desunta da una pluralità di disposizioni, ma destinata a parziali conclusioni nei limiti in cui ciò è consentito dallo svolgimento del processo interpretativo, la cui bontà (o legalità in senso sostanziale) deve saggiarsi semmai confrontandone l'esito con i principi normativi cui tale processo si è rifatto[9]».

In questo contesto, invero, quel meccanismo sillogistico si rivela insufficiente: «il sistema costituzionale rompe questo paradigma perché, come è ormai riconosciuto, le norme della Costituzione sono norme senza fattispecie, in quanto determinano uno spostamento dal criterio di valutazione della prescrittività legale al valore degli interessi, ponendo le premesse di quello che è stato definito un ritorno al diritto, nel senso di un superamento del formalistico principio di legalità per l'affermazione di un diritto conformato a giustizia. In sostanza, il testo costituzionale individua principi, riconducibili ad una sensibilità diffusa ancorché storicamente condizionata, che allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto. E se una tensione permane va risolta in chiave di bilanciamento, non certo secondo il paradigma della sussunzione del fatto entro la fattispecie astratta delineata dalla previsione normativa»[10].

Il diritto non è un corpo immoto ma sostanza compenetrata dalla vita che si ricompone quotidianamente nell'opera di razionalizzazione del giurista, novello Sisifo, in un incessante fluire e rinvigorirsi di categorie ordinanti mai fine a sé stesse.

Ma in questo disgregarsi della coerenza formale della fattispecie, il civilista non si muove, diversamente dal legislatore, come un orologiaio cieco, bensì come un costruttore del divenire della società mosso dalla ricerca dell'unità assiologica che permea l'ordinamento al cui vertice si situa la *grundnorm* e lo spirito costituzionale.

La Costituzione ha consentito di rileggere ogni istituto di diritto privato: se nel codice tendenzialmente delle libertà (quello napoleonico) il modello familiare era non

[9] Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, 159-160. Cfr. anche i rilievi di G. Perlingieri, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018.

[10] Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio,* Milano, 2017, 167-168.

paradossalmente improntato per contro ad una concezione autoritaria e diseguale, similmente ciò avvenne nella sua "traduzione" italiana sul nostro versante con il codice civile del 1865 per poi giungere sino a quello del 1942 inquadrato nella temperie ideologica e culturale del tempo con presenze assiologiche del regime assai meno invisibili di quanto si continui a ritenere.

Ma lo spirito della democraticità costituzionale unitamente alla tutela e alla promozione della persona nelle comunità intermedie permea necessariamente anche la famiglia: di qui la nota consequenziale riforma del 1975 per culminare con le più recenti normative con la definitiva ed integrale equiparazione dello *status* di figlio così come con la legge del 2016 in tema di unioni civili[11]: «la convivenza stabile e seria tra un uomo e una donna o tra persone dello stesso sesso, nessuno dei quali sia legato da un pregresso vincolo matrimoniale o unione civile, è un fenomeno di libertà che non si pone in contrasto con precedenti libere e ufficiali assunzioni di responsabilità e che non può colorarsi delle qualifiche di illegittimità o di illiceità»[12].

Si assiste ad una complessità reciproca tra il ruolo promozionale del diritto civile riletto nella legalità costituzionale e le istanze che promanano dall'affermarsi dei modelli familiari: è un processo dialettico continuo e non scontato, mai automatico; le nuove istanze familiari premono sulla norma, ne ispirano il contenuto; i principi assiologici normativizzati si riflettono in questo processo di adeguamento ma anche di filtro, di selezione, scomposizione e positivizzazione del dato che ispira e precede la norma prescrittiva (che deve vagliare e scegliere) ma nel rispetto della cornice valoriale della Costituzione: quest'ultima è *normatività vivente* mai statica o, peggio, chiusa o impermeabile.

In ciò si realizza il divenire costante dell'esperienza giuridica cara a Giuseppe Capograssi e a Riccardo Orestano.

Come è stato con ragione sottolineato, riprendendo la metafora dello specchio sviluppata nelle riflessioni di Paolo Zatti, «il crepuscolo del paradigma unitario complica il rapporto tra famiglia e diritto, là dove quest'ultimo non deve unicamente valutare il tipo di disciplina consono alle particolarità dell'istituto, ma *ab imis* è chiamato a identificare le nuove identità familiari giuridicamente rilevanti.(…) Il frammento della norma costituzionale che evoca la società naturale e una lettura articolata delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000) suggeriscono una visione del diritto di famiglia come necessario riflesso della realtà sociale, dalla quale riverbera un'immagine dominata dal pluralismo sia della famiglia sia dello stesso istituto matrimoniale. (…) L'esigenza di una costante fedeltà al tessuto sociale traghetta la formula costituzionale dal monismo al pluralismo e segna un percorso metodologicamente ineccepibile. Al contempo, tuttavia, la forza dell'inciso, in cui si rammenta che il diritto è prescrizione e non descrizione, basta a prefigurare l'illusorietà di una mera proiezione automatica dal sociale al giuridico. Al di là dello specchio, la scomposizione e ricomposizione dei nuclei, la proliferazione dei modelli e la proiezione multiculturale della famiglia consegnano un quadro denso di conflitti, nel quale si moltiplicano e si contrappongono le concezioni etiche e si dissolve l'accorpamento fra solidarietà e morale in quanto coscienza collettiva. Simile quadro si presta neutralmente a una descrizione, ma i conflitti etici e sociali non possono divenire,

[11] In argomento cfr. G. Perlingieri, *Interferenze tra unione civile e matrimonio. Pluralismo familiare e unitarietà dei valori normativi*, in *Rass. dir. civ.,* 1/2018, 101 ss.

[12] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti,* III, IV ed., Napoli, 2020, 357.

in quanto tali, norme: la dimensione prescrittiva impone delle scelte e la difficile via di una soluzione dei conflitti[13]».

In questo scenario, le svariate formazioni sociali «come la famiglia *ex* art. 29 Cost., ricorrono sostanzialmente al principio di democraticità, sancendo l'uguaglianza morale e giuridica, che rivoluziona la tradizionale nozione di comunità familiare: si pensi alla responsabilità genitoriale. Entra in crisi ogni forma di gerarchia autoritaria nelle comunità intermedie (…)[14]».

Vero è che la problematica in esame coinvolge organicamente anche il rapporto tra l'autonomia negoziale e la concezione mutevole nel tempo del diritto di famiglia: è sufficiente pensare, al riguardo, alla natura problematica dei cosiddetti accordi prematrimoniali o della crisi coniugale.

Nella regolamentazione del fenomeno familiare la dimensione pubblica e privata del diritto assume una connotazione complessa dove la posizione soggettiva del singolo non è mai disgiunta dalla rilevanza sociale dei modelli familiari in cui si svolge la sua personalità ma con un dato impensabile rispetto ad una concezione o istituto familiare normativo del passato: la tutela della persona nella famiglia rovescia la prospettiva, l'angolo visuale: non è la famiglia come ente che si subordina con un approccio dirigistico e totalizzante ad un interesse statualistico; piuttosto è la regola, la norma giuridica che viene permeata ed arricchita dai valori personalistici e solidaristici di modelli familiari autenticamente tali.

Ciò avviene nella formazione sociale e ciò avviene nella sua proiezione negoziale e regolamentare.

In questo contesto nella *causa del negozio* (in occasione o in vista) *della c.d. crisi coniugale* si riverberano come in un prisma concettuale ed al contempo foriero di conseguenze pratiche le opzioni ermeneutiche sottese al rapporto dialettico tra liceità e meritevolezza dell'interesse perseguito nell'autonomia negoziale comprensiva delle estrinsecazioni di questa autoregolamentazione che si allarga agli interessi familiari ben oltre una mera logica patrimonialistica.

Anche nei rapporti negoziali familiari è la ragione o causa concreta[15] del negozio a rivelarsi fondamentale: è quest'ultima che illumina e chiarisce il senso dell'operazione negoziale, la sua finalità ad es. "familiare" rispetto ad una fattispecie che se apprezzata *esteriormente* solo dal punto di vista del modello contrattuale utilizzato (tipico o atipico) rimarrebbe altrimenti muta o quantomeno neutra rispetto all'interesse o assetto familiare concretamente perseguito e che dovrà essere individuato alla luce delle regole di ermeneutica negoziale in stretta correlazione con la causa del contratto.

Come dire che ancora una volta il fatto condiziona lo schema regolamentare.

Può aggiungersi, in questo scenario, che le intese prematrimoniali possono realizzarsi in virtù dell'utilizzo da parte dei privati sia di modelli negoziali tipici, sia di negozi

---

[13] Cfr. Navarretta - Palmerini, *Famiglia e diritto. XXI secolo* (2009), in *Enc. giur. Treccani.*

[14] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti,* III, 4a ed., Napoli, 2020, 88-89.

[15] Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. Il contratto*, III, 2a ed., Milano, 2001, 542-453: «Abbandonato il riferimento alla causa tipica, quale astratta funzione del negozio, occorre piuttosto riconoscere nella causa la *ragione concreta del contratto.* In tal senso è decisivo osservare che la nozione di causa quale funzione pratica del contratto può avere una sua rilevanza solo in quanto si accerti la funzione che il singolo contratto è diretto ad attuare. Ora rispetto al singolo contratto, ciò che importa sapere è la funzione pratica che effettivamente le parti hanno assegnato al loro accordo. Ricercare l'effettiva funzione pratica del contratto vuol dire, precisamente, ricercare l'interesse concretamente perseguito».

non appartenenti ad una disciplina particolare: sarà appunto l'interesse concretamente perseguito (*la funzione pratico-individuale del negozio*, coniugando i rilievi di Luigi Cariota Ferrara che parlava rispetto ad interessi non meramente economici della causa come funzione pratico-sociale con quelli di Giovanni B. Ferri che ha coniato la formula della causa come funzione economico-individuale) alla luce dello specifico assetto negoziale predisposto dai soggetti, o, in altre parole, la sua finalità oggettivatasi nella regola contrattuale a determinare la contestuale rilevanza del significato peculiare dell'accordo posto in essere – al di là della sua tipicità o meno – in chiave di regolamentazione ad es. prematrimoniale di tipo contrattuale o in senso lato di tipo negoziale.

Ciò conferma, ulteriormente, la fecondità dell'intuizione dottrinale volta a distinguere tra la categoria della causa del negozio e quella del tipo: quest'ultimo in sé e per sé considerato è concetto, per così dire, neutro che può risultare come tale inidoneo a spiegare l'intento pratico oggettivatosi nella causa o funzione del negozio.

La causa nell'intesa prematrimoniale o, più in generale, nel negozio della crisi coniugale è *indissolubilmente compenetrata da un interesse familiare* che si riflette sulle peculiarità dell'onerosità o della gratuità dell'accordo stipulato: è tale interesse strutturalmente e funzionalmente composito (*rectius*: complesso) che contraddistingue il relativo negozio differenziandolo dalle generiche cause onerose o gratuite dei contratti aventi ad oggetto meri rapporti giuridici patrimoniali[16].

Né tale specificazione della natura dell'interesse negoziale quale interesse familiare proprio degli accordi negoziali in esame può assumere un valore meramente tassonomico o descrittivo.

Al contrario, nel giudizio di liceità dell'accordo dovrà valutarsi se l'interesse familiare composito – che differenzia il negozio di cui è espressione da altro consimile contratto strutturalmente identico – anche in relazione agli eventuali riflessi o ricadute sullo *status*, non rimanga, per così dire, schiacciato o condizionato pesantemente dal profilo, per certi versi connesso, proprio dell'interesse di tipo classicamente patrimoniale contestualmente perseguito che potrebbe illecitamente condizionare la perdita o il mantenimento dello *status* stesso di coniuge.

Se ne ricava la conferma della vitalità dell'autonomia negoziale e della sua intrinseca idoneità a varcare i confini tradizionali dei classici rapporti contrattuali a contenuto economico sino a ricomprendere nel proprio ambito concettuale ed operativo anche gli accordi in cui l'interesse familiare è organicamente compenetrato con quello patrimoniale tanto da caratterizzarne la causa in concreto.

Razionalmente controbilanciata dall'attenzione assiologica alla dimensione della solidarietà e dalla meritevolezza nell'attuale contesto civil-costituzionale, la forza regolatrice dell'autonomia negoziale ha resistito, invero, alle tendenze disgregatrici e apparentemente demistificanti: nell'autonomia continua a cogliersi il cuore della giuridicità di un diritto (privato) legato ontologicamente all'essenza di autocomposizione e definizione degli interessi anche esistenziali e familiari propria dell'uomo nella cornice assiologica dei principi personalistici.

Ed invero, «la diffidenza verso il negozio familiare e l'autonomia regolamentare nella famiglia non ha più ragione d'essere con il venir meno della concezione pubblicistica della famiglia. Si tratta piuttosto di valutare alla luce dei valori costituzionali e delle disposizioni inderogabili, la meritevolezza delle clausole e delle modalità nelle quali si

[16] Cfr. in generale C.M. Bianca, *Diritto civile. La famiglia. Le successioni*, II, 3a ed., Milano, 2001, 18.

sostanzia l'accordo. La patrimonialità non è né una caratteristica essenziale, né un limite alla libertà negoziale[17]».

Il diritto di famiglia sembra, in definitiva, guadagnare nuovi e crescenti spazi anche con riguardo all'autonomia negoziale[18] che ne costituisce, per certi aspetti, un profilo fondamentale quale esplicazione e realizzazione esistenziale e non meramente patrimoniale ed in cui risiede una insopprimibile forza regolatrice.

[17] P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti,* III, IV ed., Napoli, 2020, 373. Cfr. anche i rilievi di Castronovo, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, Relazione tenuta in occasione del *Seminario di studi in onore di G.B. Ferri*, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza - Dipartimento di Diritto e Procedura civile dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" del 7 novembre 2008, ora in *Eur. dir. priv.,* 2008, 100, quando evidenzia che «alla sopravvivenza del negozio come categoria generale non è necessario il rifugio tra le pieghe di un contratto, peraltro singolarmente avvilito da intrusioni eteronome che sembrano ridurre a una ipotesi velleitaria la volontà dei suoi autori. Insospettatamente ma sempre più esso conquista territori in quell'area delle situazioni soggettive personali tradizionalmente pensate come aliene all'ambito assegnato all'autonomia privata».

[18] Sull'autonomia negoziale di recente cfr. G. Perlingieri, *Il diritto civile tra principi e regole. Autonomia negoziale*, Napoli, 2022.

MICHELE SESTA

PERSONA DEL MINORE E RAPPORTI DI COPPIA NELLA RIFORMA DEI PROCESSI FAMILIARI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Famiglia e figli in movimento. – 3. La persona del minorenne. – 4. Il decreto n. 149/2022. – 5. Conclusione.

1. *Premessa*

La riforma del processo di famiglia non riguarda unicamente i processualcivilisti, se è vero, come ha scritto uno degli artefici della riforma, che il diritto processuale civile, in ultima analisi, altro non è che una declinazione o particolare proiezione del modo di essere dei diritti[1] e delle situazioni soggettive che intende tutelare, cioè del diritto sostantivo.

Di qui, la legittimazione di chi scrive a offrire una riflessione – da sostanzialista – sulla recente riforma, attuata in forza della l. 26 novembre 2021, n. 206 e del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che non solo regola il *procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie* (art. 3, comma 33°, del decreto, che introduce gli artt. 473-*bis*-473-*bis*. 71 cod. proc. civ.) e istituisce il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie (art. 30 d.lgs. n. 149/2022), ma reca plurimi profili di diritto sostanziale relativi a vari istituti del diritto di famiglia, mediante modifiche al codice civile (art. 1 e 2 d.lgs. n. 149/2022) e a varie leggi speciali (artt. 7, 8, 9, 27, 28 e 29 d.lgs. n. 149/2022).

2. *Famiglia e figli in movimento*

Vorrei iniziare ricordando telegraficamente che, come è a tutti noto, sul piano sociale e del costume le relazioni familiari hanno subito profondi mutamenti, specie nell'ultimo ventennio, che si sono riflessi nella corrispondente disciplina giuridica, a sua volta profondamente innovata dal legislatore e dalle corti interne e sovranazionali. L'osservazione sistematica delle riforme susseguitesi negli anni '10 mostra come, per quanto attiene alla relazione di coppia, si è passati dall'unico modello fondato sul matrimonio ad una pluralità di modelli ben differenziati tra loro, quali il matrimonio, l'unione civile tra persone dello stesso sesso, le convivenze anagraficamente dichiarate o meno tra persone di diverso o dello stesso sesso, mentre, per quanto riguarda i figli, è accaduto esattamente il contrario, atteso che la riforma Bianca ha abolito le partizioni che contrassegnavano il rapporto di filiazione a seconda che i genitori fossero o meno uniti in matrimonio[2].

---

* Lo scritto riproduce il testo della relazione tenuta al convegno *La riforma del processo di famiglia*, svoltosi il 15 dicembre 2022, presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna.

[1] Sono le parole di DANOVI, che si leggono nella *Presentazione*, a firma *La Direzione*, del n. monografico della rivista *Fam. e dir.* (fasc. 4/2022) dedicato interamente alla legge delega per la riforma del processo civile.

[2] SESTA, *La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 574 ss.

Nel saggio appena citato concludevo[3] che la funzione sociale della famiglia più che nel matrimonio come istituzione trova oggi il proprio fondamento nella procreazione: di qui la centralità del minore e del rapporto genitori figli, sul quale sembra debba essere ricostruito l'intero diritto di famiglia[4].

Tale fenomeno, che ha interessato sino ad ora soprattutto il diritto sostanziale e i suoi istituti, coinvolge adesso anche il processo[5].

Dopo un periodo caratterizzato da rilevanti riforme del diritto sostanziale della famiglia – si pensi, per restare agli ultimi vent'anni, alle leggi in materia di PMA, di affidamento condiviso, alla riforma della filiazione, alla legge sul divorzio breve e a quella sulla disciplina dell'unione civile e delle convivenze di fatto, nonché alla negoziazione assistita, che si pone a cavallo tra il diritto sostanziale e quello processuale – era particolarmente avvertita l'esigenza di una riforma organica dei processi della famiglia[6].

Dal punto di vista di chi vi parla, in primo luogo è interessante ricercare nella delega e nel decreto attuativo gli elementi di corrispondenza rispetto alla evoluzione conosciuta sin qui dal diritto sostanziale della famiglia, oltreché lumeggiare le principali innovazioni che sono state introdotte.

Richiamo nuovamente la trasformazione vissuta dal diritto di famiglia a partire dalla legge del 1967 sull'adozione speciale e, poi, dall'introduzione del divorzio nel 1970, dalla Riforma del 1975 a quella della filiazione del 2012/13, sino ai giorni nostri.

Volendo sintetizzare un percorso lungo oltre mezzo secolo può dirsi che si è passati da una visione, ben presente nel testo costituzionale, di tutela della istituzione «Famiglia» – per dirla con l'articolo 29 Cost., società naturale fondata sul matrimonio, in sé titolare di diritti prioritari, se non superiori, rispetto a quelli dei suoi membri, genitori e figli[7] – a una visione che pone in risalto le molteplici relazioni tra familiari e i diritti individuali dei soggetti coinvolti[8].

Il movimento è stato dai diritti della famiglia ai diritti del familiare, primi fra tutti quelli reciproci degli adulti a separarsi, divorziare e costituire una nuova famiglia e, corrispondentemente, quelli dei figli minori a mantenere i legami con chi li aveva generati. Il processo di precarizzazione della relazione di coppia è stato incrementato dalla successiva legislazione in materia di negoziazione assistita, di divorzio breve, di unione civile e convivenze[9].

A fronte di tale instabilità, l'ordinamento infatti oggi contrappone una forte consolidazione dei legami genitoriali e una prioritaria tutela dei minori[10], attuata attraverso strumenti giuridici che in passato non avevano ragione di esistere, perché la tutela legale si indirizzava essenzialmente in favore dei figli legittimi, cosicché i legami verticali erano garantiti dalla stessa indissolubilità del vincolo matrimoniale.

---

[3] *Ivi*, 578.

[4] AA.VV., *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, a cura di BILOTTI e SESTA, in *Fam. e dir.*, 2022, 1038 ss.

[5] POLISENO, voce «Minore (tutela processuale)», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da MACARIO, Giuffrè, 2022, 861.

[6] Sono sempre parole di DANOVI nella citata *Presentazione*.

[7] Sul modello della Costituzione, cfr. LIPARI, voce «Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da MACARIO, Giuffrè, 2022, 420 ss.

[8] ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da ZATTI, *Famiglia e matrimonio*, 2a ed., a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Giuffrè, 2011, 1, 23 ss.; ZATTI, Familia, familiae - *Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 28 ss.

[9] SESTA, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. e dir.*, 2019, 1051 s.

[10] M. BIANCA, voce «Minore (tutela sostanziale in generale)», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da MACARIO, Giuffrè, 2022, 887 ss.

Il legislatore esige che le relazioni filiali non risentano del venir meno o addirittura dalla mancanza *ab origine* della relazione orizzontale, che nel passato regime costituiva la base della famiglia[11]: dunque, come stato scritto, è proprio partendo dalla posizione dei figli che va ricostruito l'intero diritto di famiglia[12].

Muovendo da questa constatazione, un recente trattato di diritto di famiglia modifica la sistematica tradizionale e nell'esporre la materia anticipa la trattazione dei rapporti di filiazione rispetto a quella dei rapporti di coppia: come icasticamente scrive l'autore, Leonardo Lenti, è nato prima l'uovo della gallina[13]. Anche il recente *Codigo de las familias* cubano segue lo stesso percorso[14].

Il civilista, dunque, si accinge all'esame dell'importante provvedimento con la consapevolezza che al centro del diritto di famiglia ci sono i figli minori[15], i loro legami, i loro interessi e che l'ordinamento lascia liberi gli adulti in ordine ai loro rapporti, tanto che non più di famiglia si parla quanto piuttosto di famiglie, come, seguendo le idee del nostro festeggiato[16], recita l'intitolazione del nuovo procedimento e il nome del tribunale di nuova istituzione.

Già un superficiale approccio alla legge delega mette in evidenza come l'ispirazione del legislatore sia coerente con i percorsi seguiti dal diritto sostanziale ed esalti la centralità delle persone, e segnatamente dei minorenni[17], interessate dalle relazioni familiari nonché dalla pluralità delle medesime.

Più nello specifico, al centro delle preoccupazioni del riformatore stanno, da un lato, e si tratta del profilo di maggiore rilievo, gli interessi dei minorenni, dall'altro la libertà della coppia di sciogliere il legame che li vincola: sono i medesimi caratteri che hanno segnato il diritto sostanziale della famiglia in questo ventennio[18].

3. *La persona del minorenne*

Nella legge delega (l. n. 206/2021) vi sono molteplici aspetti che riguardano la persona del minore, i quali nel complesso confermano la consapevole attenzione del legislatore processuale, in conformità agli indirizzi sostanziali che ho sopra richiamato, alla acquisita centralità del minore nell'ambito della disciplina dei rapporti familiari.

Vanno in primo luogo ricordate le disposizioni dei commi 27°-36° della legge delega e in particolare la modifica dell'art. 403 cod. civ., recante la disciplina dell'intervento

---

[11] Garlati, voce «Rapporti tra coniugi (evoluzione storica)», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da Macario, Giuffrè, 2022, 1104.

[12] Malaurie e Fulchron, *Droit de la famille*, 5a ed., in Malaurie e Aynes, *Droit civil*, Paris, 2018, 382.

[13] Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2021, XIX.

[14] Cfr. Pérez Gallardo-Álvarez Tabío Albo-González Ferrer, *A propósito del nuevo Código de las Familias de Cuba: las razones por el sí*, in *Anales de legislación argentina*, 2023, 28 ss.

[15] Paradiso, *Dal matrimonio alla filiazione. Ritorno al futuro del diritto di famiglia*, in *Dalla famiglia fondata sul matrimonio alla famiglia fondata sulla procreazione?*, a cura di Bilotti e Sesta, in *Fam. e dir.*, 2022, 1046.

[16] Zatti, Familia, familiae - *Declinazione di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 9 ss.

[17] Sesta, *La prospettiva paidocentrica quale* fil rouge *dell'attuale diritto di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, 763 ss.; Ballarani, *Verso la piena autonomia privata in àmbito familiare?*, in *Dir. succ. fam.*, 2019, 46 s. Si v. già, con particolare riguardo al potere di controllo del giudice sull'esercizio della potestà genitoriale, le considerazioni di Zatti, Familia, familiae - *Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, in *Familia*, 2002, 355 ss.

[18] Cfr. Aa.Vv., *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di Salanitro, Pisa, 2019.

della pubblica autorità a favore di minori «moralmente o materialmente abbandonati o allevati in locali insalubri o pericolosi, oppure da persone per negligenza, immoralità ignoranza o per altri motivi incapaci di provvedere alla educazione di lui»; il dato più rilevante è che dopo il comma 1° è stato introdotto un articolato procedimento che coinvolge, oltre alla autorità amministrativa, come è stato sinora, il pubblico ministero e il tribunale per i minorenni (fino a quando non sarà sostituito dal nuovo organo giurisdizionale).

Altresì rilevanti il comma 30°, istitutivo del curatore speciale del minore, che prevede un'integrazione all'art 78 cod. proc. civ., e il comma 31°, riferito all'articolo 80 cod. proc. civ. relativo alla nomina del curatore. Queste disposizioni sono state poi trasferite nell'art 473-*bis*.8 cod. proc. civ. in forza dell'art. 3, comma 33°, del decreto delegato, il quale dispone, in maniera inderogabile, la nomina, anche d'ufficio, del curatore speciale del minore, in una serie di casi, relativi ai procedimenti di decadenza dalla responsabilità genitoriale; di affidamento dei minori ai sensi degli articoli 403 cod. civ. e 2 l. n. 184/1983; qualora dai fatti emersi nel procedimento venga alla luce una situazione di pregiudizio del minore tale da precludere l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori; oppure quando ne faccia richiesta il minore che abbia compiuto quattordici anni[19].

In ogni caso il giudice può nominare un curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni temporaneamente inadeguati a rappresentare gli interessi del minore.

La predetta norma dà attuazione al principio della centralità della persona del minore, che dal livello sostanziale si estende anche a quello processuale, con rilevanti effetti concreti sul ruolo di parte del minore e della sua rappresentanza processuale.

Interessante per il civilista è la modifica che il comma 33° della legge apporta all'art. 709-*ter*, comma 2°, n. 3 cod. proc. civ.[20], che è stato poi abrogato e sostituito dall'art. 473-*bis*.39 cod. proc. civ. come segue: «[il giudice può] disporre il risarcimento dei danni a carico di uno dei genitori nei confronti dell'altro anche individuando la somma giornaliera dovuta per ciascun giorno di violazione o di inosservanza dei provvedimenti assunti dal giudice»[21], introducendo così una nuova ipotesi di *astreinte.*

Di rilievo, infine, il comma 35°, che ha modificato l'articolo 6 della legge sulla negoziazione assistita[22], disponendo che la convenzione possa riguardare l'affidamento e il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, e la loro modifica, nonché la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesto ai genitori dal figlio maggiorenne e gli alimenti, così rimediando alla previgente irragionevole disparità di trattamento a carico dei genitori non coniugati ed ampliando sensibilmente l'ambito di applicazione di questo importante strumento alternativo di risoluzione delle controversie.

---

[19] Sui presupposti della nomina v. Donzelli, *Prime riflessioni sul minore come parte del processo alla luce della riforma del processo civile*, in *Judicium*, 31 gennaio 2022; Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. e dir.*, 2022, 386 ss.; Cesaro, *L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale del minore: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 64 s.

[20] Per l'assetto che precede il decreto delegato, v. Carapezza Figlia, *Illeciti civili e relazioni familiari*, in *Diritto civile minorile*, a cura di Cordiano e Senigaglia, Esi, 2022, 198 ss.

[21] Carratta, voce «Rito unico per le controversie», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da Macario, Giuffrè, 2022, 1244.

[22] Calogero, voce «Negoziazione assistita», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da Macario, Giuffrè, 2022, 946.

4. *Il decreto n. 149/2022*

Venendo all'esame del decreto delegato, esso si suddivide in cinque capi, a loro volta suddivisi in 52 articoli. Per quanto qui rileva, richiamo il Capo I recante «Modifiche al codice civile e alle disposizioni per l'attuazione del codice civile e disposizioni transitorie» e, solo per quanto di interesse, il Capo II, recante «Modifiche al codice di procedura civile e alle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie», nonché il Capo IV, recante « Modifiche alle leggi speciali», con specifico riferimento all'art. 9, «Modifiche alla legge 10 novembre 2014, n. 132, Negoziazione assistita», all' art. 27 «Modifiche alla legge n. 898/1970» e all'art. 29 «Altre modifiche di leggi speciali in materia di persone minori e famiglia».

L'art. 1 del decreto delegato reca dunque modifiche al codice civile, nell'ambito delle quali si segnalano, tra le numerose altre, quelle agli articoli 145, 156, 158, 250, 316, 316-*bis*, 320, 336, 337-*ter*, comma 2°, 374, 375, 376, 38 disp. att.

In modo specifico occorre soffermarsi sulla nuova formulazione degli artt. 145 e 316 cod. civ. che prevede:

A) quanto all'art. 145, notoriamente norma che non ha mai trovato applicazione[23], che in caso di disaccordo sulla fissazione della residenza o altri affari essenziali, il giudice, previo ascolto dei figli conviventi, qualora sia richiesto espressamente da uno o da entrambi i coniugi, adotta con provvedimento non impugnabile la soluzione che ritiene più adeguata all'interesse dei figli e alle esigenze della famiglia. La previsione del legislatore di consentire questo intervento «decisionale» del giudice ne conferma l'ampliamento dei poteri nelle vicende familiari, che in sede di riforma del 1975 attirarono tante critiche. La nuova disposizione appare singolare, perché parrebbe imporre ai coniugi, specie a quello «renitente», una decisione che coinvolge la sua libertà, e che, come tale, non risulta coercibile. È una scelta in controtendenza rispetto alla libertà da tempo attribuita ai coniugi quanto alle scelte che li concernono ed è facile dunque prevedere che la norma continuerà ad essere inutilizzata, oppure che le decisioni del giudice siano destinate a restare lettera morta e, forse, ad accelerare l'emersione della crisi coniugale.

Davvero una disposizione non opportuna, sulla quale la *Relazione Illustrativa* glissa, e che certo non contribuirà ad alleggerire i carichi degli uffici giudiziari.

B) quanto all'art. 316 cod. civ., il nuovo testo dispone che «In caso di contrasto su questioni di particolare importanza, ovvero per la scelta della residenza abituale e dell'istituto scolastico del figlio minorenne, ciascuno dei genitori può ricorrere al tribunale del luogo di residenza abituale del minore indicando i provvedimenti che ritiene opportuni. Il giudice, sentiti genitori, e disposto l'ascolto del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento, assume con decreto immediatamente esecutivo le determinazioni che ritiene più utili dell'interesse del figlio».

Anche in questo caso, il profilo da evidenziare riguarda l'attribuzione al giudice di poteri di decidere su scelte rilevanti della vita familiare ed in particolare che investono il figlio minorenne. Il potere conferito al giudice comporta la sostituzione dell'organo giudiziario alle prerogative genitoriali, abbandonando quella prospettiva di esse rispettosa,

---

[23] Lipari, voce «Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)», cit., 431; Lenti, *Diritto della famiglia*, cit., 453; Bonamini, *Gli accordi sull' indirizzo familiare*, nel *Trattato dir. fam.*, diretto da Bonilini, 2ª ed., *Famiglia e matrimonio - Regime patrimoniale*, Utet, 2022, I, 914; Tommasini, nel *Commentario cod. civ.*, diretto da Gabrielli, ne *La famiglia*, 2ª ed., a cura di Di Rosa, Torino, 2018, t. 1, *sub* art. 145 cod. civ., 598 e s.

discendente dall'art. 29 cost., che sta alla base delle vigenti norme, introdotte, peraltro non senza contrasti[24], dalla riforma del diritto di famiglia: si conferma così come la tutela degli interessi del figlio assuma una connotazione quasi di natura pubblicistica[25].

Da segnalare l'abrogazione dell'art. 336-*bis* e 337-*octies* cod. civ. in quanto le norme sull'ascolto del minore[26] sono state accorpate negli artt. 473-*bis*.4 e 5 cod. proc. civ. e negli artt. 152-*quater* e *quinquies* disp. att. cod. proc. civ.: dunque, l'ascolto esce dal codice civile, ove era stato introdotto dalla riforma della filiazione, ed entra in quello di procedura civile[27].

La prima disposizione stabilisce che «Il minore che ha compiuto gli anni 12 e anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano. Le opinioni del minore devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità. Il giudice non procede all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, se esso è in contrasto con l'interesse del minore o manifestamente superfluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato. Nei procedimenti in cui si prende atto di un accordo dei genitori relativo alle condizioni di affidamento dei figli, il giudice procede all'ascolto soltanto se necessario».

Come si vede, questa norma, facendo tesoro dell'elaborazione giurisprudenziale, disciplina in modo estremamente più analitico, rispetto all'attualità, il diritto del minore ad essere ascoltato.

La successiva disposizione regola le modalità dell'ascolto, con procedimento molto più articolato rispetto all'originaria previsione dell'art. 336-*bis*.

Dispone infatti l'art 473-*bis*.5 che «L'ascolto del minore è condotto dal giudice, il quale può farsi assistere da esperti e altri ausiliari. Se il procedimento riguarda più minori, di regola il giudice li ascolta separatamente. L'udienza è fissata in orari compatibili con gli impegni scolastici del minore, ove possibile in locali idonei e adeguati alla sua età anche in luoghi diversi dal tribunale. Prima di procedere all'ascolto, il giudice indica i temi oggetto dell'adempimento ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, i quali possono proporre argomenti e temi di approfondimento e, su autorizzazione del giudice, partecipare all'ascolto. Il giudice, tenuto conto dell'età e del grado di maturità del minore, lo informa della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto e procede all'adempimento con modalità che nei garantiscono la serenità e la riservatezza. Il minore che ha compiuto 14 anni è informato

[24] Si v. Giorgianni, *Il governo della famiglia*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile - 1 maggio 1967*, Padova, 1967, 45 ss.; Santoro-Passarelli, *Significato attuale del diritto nell'organizzazione e nella vita della famiglia*, in Aa.Vv., *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972*, Padova, 1972, 11 s.; Id., commento *sub* art. 145 c.c., in *Comm. Cian-Oppo-Trabucchi*, Padova, 1992, t. 2, 526 s.; Trabucchi, *Il governo della famiglia*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia. Atti del II Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 11-12 marzo 1972*, Padova, 1972, 50 s.; Schlesinger, *Il governo della famiglia*, ivi, 56 s.; in senso adesivo alla riforma, Roppo, *Il giudice nel conflitto coniugale. La famiglia tra autonomia e interventi pubblici*, Bologna, 1981, 29 ss.

[25] Cfr. Zatti, Familia, familiae - *Declinazione di un'idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione*, cit., 357 s.; Id., *Rapporto educativo e intervento del giudice*, ne *L'autonomia del minore tra famiglia e società*, a cura di Belvedere e Marcello De Cristofaro, Giuffrè, 1980, 189.

[26] In tema di ascolto v. Senigaglia, *I princìpi e le categorie del diritto civile minorile*, in *Diritto civile minorile*, a cura di Cordiano e Senigaglia, Esi, 2022, 42 e ss.

[27] Di Landro, voce «Responsabilità genitoriale verso i figli», in *Enc. del dir.*, *I tematici*, IV, *Famiglia*, diretto da Macario, Giuffrè, 2022, 1171 s.

altresì della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 473-*bis*.8. Dell'ascolto del minore è effettuata registrazione audiovisiva. Se per motivi tecnici non è possibile procedere alla registrazione, il processo verbale descrive dettagliatamente il contegno del minore»[28].

Di notevole interesse, infine, l'art. 473-*bis*.6, rubricato «Rifiuto del minore a incontrare il genitore», alla cui stregua «Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali. Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale». Dal tenore della rubrica, che si riferisce al rifiuto di «incontrare il genitore» sembra che la norma si riferisca a procedimenti di separazione e divorzio, ma non può escludersi una sua più estesa applicazione.

Ancora menzioniamo l'art. 473-*bis*.7, che regola le modalità di nomina del tutore del minore quando il giudice dispone, anche con provvedimento temporaneo, la sospensione o la decadenza dalla responsabilità genitoriale di entrambi i genitori; oppure del curatore quando dispone, all'esito del procedimento, limitazioni della responsabilità genitoriale. Ancora, l'art. 473-*bis*.8, che, come già ricordato, disciplina i molteplici casi di nomina del curatore speciale del minore, al quale possono essere attribuiti specifici poteri di rappresentanza sostanziale.

Una particolare sottolineatura merita in fine la regolamentazione della mediazione familiare[29].

In primo luogo, l'art. 473-*bis*.10, rubricato «Mediazione familiare», dispone che «Il giudice può, in ogni momento, informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore, da loro scelto tra le persone iscritte nell'elenco formato a norma delle disposizioni di attuazione del presente codice, per ricevere informazioni circa le finalità, i contenuti e le modalità del percorso e per valutare se intraprenderlo. Qualora ne ravvisi l'opportunità, il giudice, sentite le parti, e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 473-*bis*.22 per consentire che i coniugi, valendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

Sempre con riferimento alla mediazione familiare, l'art. 4, comma 1°, del decreto istituisce presso ciascun tribunale un elenco di mediatori iscritti presso le associazioni del settore secondo quanto disciplinato dalla legge 14 gennaio 2013 n. 4 e dispone che l'attività del mediatore, la sua formazione, le regole deontologiche e le tariffe applicabili siano regolate con d.m., nel rispetto delle disposizioni di cui alla predetta legge (art. 12-*bis* e ss. disp. att. cod. proc. civ.).

Quanto al procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie – regolato dall'art. 3, comma 33°, del decreto che introduce gli articoli 473-*bis*.11 ss. cod. proc. civ. –, merita qui ricordare che nel ricorso introduttivo (art. 473-*bis*.12) deve essere allegato un piano genitoriale che indica gli impegni e le attività quotidiane dei figli relative alla scuola, il percorso educativo, alle attività extrascolastiche, alle frequentazioni abituali e alle vacanze normalmente godute. Si osservi che ai sensi del successivo art. 473-*bis*.16,

[28] Poliseno, voce «Minore (tutela processuale)», cit., 881 ss.
[29] D'Adamo, *La riforma della mediazione familiare*, in *Fam. e dir.*, 2022, 390 ss.

la comparsa di risposta del convenuto deve contenere a sua volta un piano genitoriale, che ovviamente potrà più o meno discostarsi da quello depositato dal ricorrente. In sede di provvedimenti temporanei e urgenti ovvero di decisione della causa, il giudice potrà tener conto di quanto indicato dalle parti nei rispettivi piani genitoriali[30].

Richiede infine un cenno l'art 473-*bis*.18, rubricato «Dovere di leale collaborazione», alla cui stregua il comportamento della parte che in ordine alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116, nonché ai sensi del comma 1° dell'art. 92 e dell'articolo 96.

In breve, la tutela degli interessi del minorenne si conferma al centro della Riforma che ha notevolmente rafforzato i poteri ufficiosi del giudice.

Con riferimento al rapporto di coppia, appare di notevole importanza che si preveda all'art. 473-*bis*.49 cod. proc. civ. che nel processo di separazione tanto il ricorrente quanto il convenuto abbiano facoltà di proporre domanda di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, disponendo che quest'ultima sia procedibile solo all'esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale che abbia pronunciato la separazione e fermo il rispetto del termine previsto dall'art. 3 l. div., che pure viene modificato dall'art. 27 del decreto delegato, e che sia ammissibile la riunione dei procedimenti aventi ad oggetto queste domande qualora pendenti tra le stesse parti dinnanzi al medesimo tribunale, assicurando in entrambi casi l'autonomia dei diversi capi della sentenza, con specificazione della decorrenza dei relativi effetti.

Le novità normative riguardano quattro profili[31]:

– si prevede la possibilità della contemporanea proposizione della domanda di separazione giudiziale e di quella di divorzio da parte del ricorrente. In seguito alla riforma i tempi potranno ridursi in modo significativo, tenuto conto della concentrazione del procedimento nella prima udienza, nella quale potranno essere già emessi sia la sentenza parziale di separazione, sia i provvedimenti economici provvisori con decorrenza anticipata fino alla data di proposizione del ricorso;
– il coniuge convenuto in sede di separazione giudiziale potrà proporre a sua volta in via riconvenzionale la domanda di divorzio.

In entrambi casi la domanda di divorzio sarà procedibile soltanto all'esito del passaggio in giudicato della sentenza parziale di separazione e purché sia decorso il termine annuale previsto dall'art. 3. Potrà essere quindi proseguito il procedimento di divorzio già precedentemente instaurato;

– inoltre, è possibile la riunione dei distinti procedimenti di separazione e di divorzio che pendano davanti al medesimo tribunale;
– in sede di decisione il giudice dovrà aver riguardo all'autonomia dei diversi capi della sentenza con specificazione della decorrenza dei relativi effetti.

È evidente che una consimile disciplina consente al coniuge di ritenere definitivamente cessata la comunione materiale spirituale e rinunciare a valersi degli effetti della separazione, riducendo i casi di riconciliazione post separazione e di persistenza della condizione di meri separati dei coniugi. Non è chiaro se sia ammessa anche la

[30] Cfr. in argomento Trib. Verona 2 novembre 2022, in *https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17512712/piano-genitoriale-verso-unaposanticipazione-dellaposart-473.html*, ove si è recepito il piano genitoriale regolante in modo assai analitico il rapporto tra i genitori e il figlio.

[31] Paladini, *Il cumulo delle domande di separazione e divorzio*, ne *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, a cura di Cecchella, Giappichelli, 2022, 75 ss.

proposizione contestuale per i ricorsi di separazione consensuale e divorzio su domanda congiunta, disciplinati dall'articolo 473-*bis*.51, che prevede anche, a richiesta delle parti, la sostituzione dell'udienza di comparizione con il deposito di note scritte, recanti la dichiarazione di non volersi riconciliare. Il collegio provvede con sentenza con la quale omologa o prende atto degli accordi intervenuti fra le parti.

Sul piano sostanziale si è osservato che, alla luce di dette disposizioni, indirettamente l'addebito è destinato a estinzione perché i suoi effetti cessano con la pronuncia di divorzio[32]. Stessa sorte per l'assegno di mantenimento e per il parametro del tenore di vita, posto che la sua durata può resistere soltanto fino alla sentenza di divorzio e quindi per poco più di un anno.

Giustamente ci si è domandati che senso abbia a questo punto prevedere due tipi di assegno rispetto a una condizione dei coniugi che senza soluzione di continuità transita dalla separazione al divorzio. Com'era prevedibile, si è data attuazione a una modalità di risoluzione della crisi coniugale sulla scia di quella prevista dalla legge sull'unione civile, nella quale la separazione è sostituita dalla manifestazione unilaterale del proposito di sciogliere l'unione.

Sempre con riguardo ai rapporti di coppia l'articolo 1, comma 4°, lett. u, della legge delega contempla modifiche all'articolo 6 della legge in materia di negoziazione assistita prevedendo che gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione possono contenere anche patti di trasferimenti immobiliari con effetti obbligatori e che nella negoziazione assistita si possa concordare l'erogazione dell'assegno in unica soluzione (*una tantum*) con giudizio di congruità effettuato dai difensori, con certificazione dell'accettazione delle parti, previsione che risulta attuata dall'articolo 9 del d.lgs. n. 149/2022.

5. *Conclusione*

In chiusura è opportuno ricordare che l'art. 30 del d.lgs. n. 149/2022 – modificando il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 – istituisce il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, nuovo organo giurisdizionale costituito in ogni sede di corte d'appello o di sezione distaccata di corte d'appello, articolato in una sezione distrettuale e in una o più sezioni distaccate circondariali. La prima ha sede nel capoluogo di distretto della corte d'appello, le seconde sono costituite in ogni sede di tribunale ordinario del distretto. Le funzioni di questo nuovo organo prevedono l'esercizio della giurisdizione in primo e in secondo grado, in materia civile nei procedimenti aventi ad oggetto lo stato e la capacità delle persone, la famiglia, l'unione civile, le convivenze, i minori[33]. Il tribunale esercita altresì la giurisdizione in primo grado in materia penale, le funzioni di giudice tutelare e le altre funzioni ad esso deferite dalla legge.

Nel complesso, dunque, legge delega e decreto delegato vanno ben oltre la dimensione processuale: esse, infatti, contribuiscono a conferire al diritto delle persone, dei minori e delle famiglie una nuova dimensione, incentrata sui profili personali piuttosto che su quelli patrimoniali tipici dei rapporti di diritto privato, e, per quanto in questa sede rileva, l'autonomia scientifica e didattica di questa rilevante disciplina.

---

[32] Paladini, *Il cumulo delle domande di separazione e divorzio*, cit., 75 ss.

[33] Si realizza così l'auspicio di una ramificata diffusione territoriale del «giudice della famiglia» espresso da Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., 316.

ARIANNA THIENE

DALLA PARTE DELLE FAMIGLIE PER UN DIRITTO MINORILE GENTILE

SOMMARIO: 1. La svalutazione delle scienze umane nella riforma del processo civile in materia di persone, minori e famiglie. – 2. Relazioni genitoriali conflittuali: il nuovo art. 316 del codice civile. – 3. Famiglie fragili: l'intervento dei giudici e dei servizi sociali. – 4. Nuove previsioni legate all'art. 333 cod. civ.: il curatore e l'affidamento ai servizi sociali. – 5. La cura delle famiglie presa sul serio: il ruolo dei consultori.

1. *La svalutazione delle scienze umane nella riforma del processo civile in materia di persone, minori e famiglie*

La giustizia civile ha svolto nel tempo un ruolo fondamentale nella costruzione di un diritto minorile attuale e così riformare il processo civile significa contribuire per rinnovarlo[1].

Tra gli scopi della recente riforma del processo civile, avviata con legge delega 26 novembre n. 206 e completata con d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, vi è l'istituzione di un tribunale unico e specializzato per le persone, per i minorenni e per le famiglie, articolato su base circondariale (presso ogni sede di tribunale ordinario) e distrettuale (presso ciascuna sede di corte d'appello). Le sezioni circondariali divengono destinatarie delle competenze assegnate al tribunale per i minorenni dall'art. 38 delle disposizioni di attuazione del codice civile, dall'art. 403 del codice civile e dai titoli I e I bis della legge 4 maggio 1983, n. 184, delle competenze civili attribuite al tribunale ordinario nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone (ad esclusione delle cause aventi ad oggetto la cittadinanza, l'immigrazione e il riconoscimento della protezione internazionale), nonché quelle riguardanti la famiglia, l'unione civile, le convivenze, i minori e tutti i procedimenti di competenza del giudice tutelare. A questo lungo elenco vanno aggiunti i procedimenti aventi ad oggetto il risarcimento del danno endo-familiare. La sezione distrettuale del tribunale unico per la famiglia, in composizione collegiale (con giudici togati e onorari), è destinata a seguire i processi penali minorili, i procedimenti relativi allo stato di abbandono dei minori e quelli relativi all'idoneità all'adozione delle coppie che ne fanno richiesta[2].

---

[1] ZATTI, *Interventi sociali e ruolo del giudice nel campo familiare, in Atti del Convegno Funzione amministrativa e funzione giurisdizionale: rapporti interferenze conflitti*, Venezia, Fondazione Giorgio Cini 26-27 gennaio 1979, 133 ss. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi*, in *Vita not*., 1980, 1041 ss.; ID., *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2003, n. 1, 129 ss.; ora entrambi in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, 2005, Esi, 291 ss. e 301 ss.

[2] CESARO, *L'istituzione del nuovo tribunale unico per le persone, i minorenni e le famiglie: un progetto di riforma tra luci e ombre*, in *Questione Giustizia*, 2021, 3, 261 ss. In generale sulla riforma del processo di famiglia v. CECCHELLA (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie. Legge 26 novembre 2021, n. 206*, Giappichelli, 2022.

Va rilevato che divengono così di competenza del giudice monocratico circondariale anche le questioni familiari più intime e complesse, come quelle relative alla decadenza (art. 330 cod. civ.) o limitazione (art. 333 cod. civ.) della responsabilità genitoriale. Sono, infatti, rimaste inascoltate le critiche sollevate durante il (veloce) iter parlamentare. Particolarmente ficcanti le obiezioni dell'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza che, esercitando una delle sue funzioni istituzionali[3], ha messo in luce, con riguardo ai procedimenti *de potestate*, come «*la delicatezza e la complessità delle questioni porta, infatti, a ritenere che le stesse debbano essere trattate in composizione collegiale, in modo da consentire il confronto dei giudici togati con i giudici onorari, la cui funzione arricchisce di interdisciplinarità e competenze specialistiche il delicato settore dei procedimenti a tutela dell'infanzia, connotati sovente da multi-problematicità*»[4].

Le perplessità, condivise dall'Associazione Italiana dei Magistrati per i Minorenni e per la Famiglia[5], dall'Unione Nazionale Camere Minorili[6] e dal Tavolo nazionale affido[7], non sono riuscite a scalfire il corso inesorabile delle cose. È, infatti, prevalsa l'idea che l'apporto delle competenze pedagogiche, psicologiche e mediche debba restare fuori dalla camera di consiglio attraverso le consulenze tecniche, sottoposte a contraddittorio tra le parti. Anche procedimenti delicatissimi come quelli relativi agli allontanamenti dei bambini dal loro nucleo familiare a causa di maltrattamenti o a situazioni di grave pregiudizio e quelli ablativi o limitativi della responsabilità genitoriale sono destinati ad essere trattati da un giudice monocratico, lasciato solo a decidere sul destino dei bambini e delle loro famiglie senza la possibilità di confrontarsi con altri magistrati, togati o onorari[8].

Non sembra esagerato il timore che questo approccio svalutativo delle scienze umane porti con sé non solo il rischio di disperdere l'esperienza maturata negli anni dalla giustizia minorile, ma anche quello di immiserire la qualità degli interventi giudiziari destinati ad incidere sulle relazioni familiari.

L'indifferenza verso il sapere pedagogico è confermata dalla scelta di integrare l'art. 13 disp. att. cod. proc. civ., dedicato all'albo dei consulenti tecnici, con il riferimento alla neuropsichiatria infantile, alla psicologia dell'età evolutiva e alla psicologia giuridica e forense. Nessun riferimento alla pedagogia, che è scienza e professione di cura (*to care*) e

---

[3] Per un'analisi dei compiti affidati all'AGIA si vedano i contributi di Strumendo e De Stefani, *Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in Lenti (a cura di) *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, nel *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Zatti, IV, Giuffrè, 2012, 257 ss.; Morani, *Un nuovo organo monocratico, autonomo e indipendente, a tutela dei minori: l'autorità garante dell'infanzia e dell'adolescenza*, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 490 ss.; Fustaneo, *I diritti civili dei minori dopo l'istituzione dell'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 451 ss.

[4] La lettera di Carla Garlatti indirizzata alla Presidente del Senato si può leggere al link *https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/2021-11/ddl-as-1662-lettera-presidente-senato.pdf.*

[5] Dossier sulla Riforma giustizia di famiglia e minorile - Tribunale Unico per le persone, i minorenni e le famiglie, curato dall'associazione e consultabile al link *https://www.minoriefamiglia.org/index.php/documenti/attualita/773-dossier-riforma-tribunale-per-persone-minorenni-e-famiglia*. La presa di posizione è in linea con il pensiero di P. Vercellone, *La riforma della magistratura sta nel tornare a tanti anni indietro*, in Id., *Ragazzi e giudici. Scritti scelti*, FrancoAngeli, 2007, 351, convinto dell'importanza della presenza di esperti delle scienze umane nei procedimenti minorili.

[6] Il comunicato dell'Unione Nazionale Camere Minorili si può leggere al link https://lnx.camereminorili.it/comunicato-uncm-riforma-tribunale-per-persona/.

[7] La posizione si può leggere al link *www.tavolonazionaleaffido.it/wp-content/uploads/2021/11/2021.Comunicato-Tavolo-Nazionale-Affido-su-riforma-giustizia-minorile-.pdf.*

[8] Per approfondire il ruolo e le competenze dei giudici onorari cfr. Serra, *Il giudice onorario minorile*, 2a ed., FrancoAngeli, 13 ss.; Dettori, *Giustizia minorile e integrazione sociale*, 2a ed., FrancoAngeli, 2020 ss.

non nel senso di curare (*to cure*)[9]. Questa dimenticanza sorprende perché in base all'art. 2 del r.d.l. n. 1404 del 1934 i giudici onorari devono essere «due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti, dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia». Per tacere del fatto che l'art. 30 della Costituzione fa espresso riferimento al dovere dei genitori di *educare* i figli[10].

La verità è che la marginalizzazione di ogni prospettiva autenticamente educativa, favorita dall'implacabile tendenza alla medicalizzazione dell'infanzia, è la conseguenza della distanza, sempre più grande, tra cultura giuridica da un lato e sapere pedagogico dall'altro[11], in passato uniti nel pensiero e nell'agire dei Maestri del diritto minorile da una circolarità virtuosa[12].

Questa sensibilità, di cui oggi più che mai si avverte il bisogno, è presente in un meraviglioso carteggio, che voglio qui ricordare perché iconico del cammino di umanizzazione del diritto minorile[13]. Nel 1949 don Lorenzo Milani scrive al magistrato Gian Paolo Meucci, destinato a divenire Presidente del tribunale per i minorenni di Firenze per un lunghissimo periodo (dal 1966 al 1986), per invitarlo a tenere una serie di lezioni di diritto alla Scuola popolare di San Donato. L'empatia tra i due non sorprende perché Meucci, in ragione del suo infaticabile impegno per una revisione della cultura dell'infanzia e dell'adolescenza nel segno dell'educazione, della socializzazione e della non discriminazione, è rimasto un indimenticato riferimento[14]. La lettera di Don Lorenzo è accompagnata dal ciclostilato distribuito ai ragazzi, poi pubblicato in apertura del volume, scritto dallo stesso giudice nel 1980, *Essere con gli altri. Corsi di educazione civica per la scuola media*[15]:

"Carissimo,

la Scuola popolare di San Donato ha pensato di organizzare per te una serie di lezioni sui problemi del diritto. Questa parola ti parrà forse poco interessante, ma invece se ci pensi è un argomento che ti ha appassionato mille volte:

forse hai seguito sui giornali qualche processo celebre; forse hai dovuto qualche volta decidere tra due litiganti chi aveva ragione; forse hai violato tu stesso la legge (magari per il lume della bicicletta).

Mille volte hai usato dei Tuoi diritti:

quando dici mio; passi per un viottolo; denunci chi ti ha danneggiato; riscuoti un salario o una pensione e godi le tue ferie; chiudi la porta di casa tua. Scapaccioni il tuo fratellino.

---

[9] «Su una parete della nostra scuola c'è scritto grande *I care*. È il motto intraducibile dei giovani americani migliori. Me ne importa, mi sta a cuore. È il contrario del motto fascista *Me ne frego*». Le celeberrime parole di Don Lorenzo Milani, contenute nella *Lettera ai giudici* del 18 ottobre 1965, sono ora riprese in Silei, *Il maestro*, Orecchio Acerbo, 2017.

[10] *Amplius* Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in M. De Cristofaro - Belvedere, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, 1980, 211 ss.

[11] Per un'attenta analisi della figura del pedagogista Blezza, *Il pedagogista. Un professionista sociale e il suo esercizio*, ETS, 2021; Iori (a cura di), *Educatori e pedagogisti. Senso dell'agire educativo e riconoscimento professionale*, Erickson, 2018.

[12] Più che mai preziose le pagine di Moro, *Valori della famiglia e riforma della legislazione vigente*, Ed. La Scuola, 1970, 36 ss.; Id., *Il bambino è un cittadino. Conquista di libertà e itinerari formativi: la Convenzione dell'Onu e la sua attuazione,* Mursia, 1991; Fadiga (a cura di), *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza. Scritti scelti di Alfredo Carlo Moro*, FrancoAngeli, 2006; Meucci, *Da suddito a cittadino*, Cappelli, 1979; P. Vercellone, *Ragazzi e giudici. Scritti scelti*, FrancoAngeli, 2007; Fadiga, *Storie di giustizia minorile. Riflessioni e proposte*, Edizioni Junior, 2022.

[13] Pubblicato in Lancisi (a cura di), *… E allora Don Milani fondò una scuola. Lettere da Barbiana e San Donato*, Coines Edizioni, 1977, 33 ss.

[14] Raimondo, *Il giudice che guardava al futuro. Gian Paolo Meucci e i diritti dei bambini*, FrancoAngeli, 2017.

[15] Meucci, *Essere con gli altri. Corso di educazione civica per la scuola media*, Fabbri editori, 1980.

A volte una legge o una sentenza ti sono parse ingiuste.

Mille volte hai sentito nominare il codice e il tribunale, il giudice e l'avvocato, l'istruttoria e il processo, la parte civile e la difesa etc., ma forse non sapresti dire che cosa rappresentino esattamente questi nomi.

Ancora una volta ti invito ad istruirti.

E se io prete mi interesso alla tua istruzione non è per farti della propaganda, ma perché ho la certezza che allargando la tua mente a qualsiasi cosa bella vera e buona ti farò fare cosa grata al tuo Dio che te l'ha data per questo …

Ti saluta con affetto il tuo cappellano Lorenzo Milani

San Donato 29 ottobre 1949".

Di quella esperienza il Presidente Meucci scrive:

"Non ricordo di cosa parlai. Ricordo solo lo stanzone – uno stanzone che doveva essere una antica stalla – con tanti giovani e con Don Lorenzo seduto sulla panca come loro, che al termine della mia lezione mi subissò di domande le più diverse, sempre più provocatorie, sempre espresse in un linguaggio non diverso dei ragazzi, anzi più approssimativo e impreciso, come quello usato dal meno provveduto dei presenti.

Superai felicemente l'esame ed ebbi il più grande degli elogi che era dato sentire in quella strana scuola: che ero riuscito a non fare addormentare un operaio che aveva fatto il turno di notte"[16].

Non è facile capire quando e perché questo incantesimo relazionale tra discipline tutte fondamentali per una protezione *vera* dei diritti dei minori e delle famiglie è andato perduto. Richiamarlo ora non è semplicemente il frutto di un sentimento di nostalgia per una sensibilità apparentemente perduta, ma è utile per tentare di ricostruire un dialogo fruttuoso tra saperi esperti e per riscoprire la centralità della funzione educativa nel tessuto relazionale delle famiglie e il suo imprescindibile valore sociale per la costruzione di una società più solidale e armonica[17].

2. *Relazioni genitoriali conflittuali: il nuovo art. 316 del codice civile*

La Riforma Cartabia ha apportato modifiche significative anche ai profili sostanziali della disciplina privatistica della famiglia con scelte molto lontane dal *favor familiae* che percorre la nostra Carta fondamentale, che guarda al gruppo familiare come ad una comunità caratterizzata da una solidarietà di fini, di interessi e di bisogni[18].

Conferma, inoltre, la persistente assenza di qualsiasi collegamento tra riforme giudiziarie e politiche sociali a sostegno delle famiglie[19].

Colpisce la tendenza a riversare nel giudice, nei servizi sociali e in altre nuove figure (curatore speciale, curatore c.d. generale, collocatario, coordinatore genitoriale) una serie di nuovi compiti destinati ad incidere nell'intimità della relazione parentale anche in modo molto invasivo. Si tratta di interventi che sottolineano inevitabilmente la patologia dei rapporti con il rischio evidente di esacerbare l'isolamento delle persone dal

[16] Id., *La storia interiore della sua scuola*, in *Testimonianze*, 1999, 848.

[17] Per una declinazione del valore della solidarietà nell'ambito delle regole del diritto privato cfr. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, il Mulino, 2022, *passim*.

[18] Dalla Torre, *Famiglia e diritto*, in *La famiglia soggetto sociale. Radici, sfide, progetti*, a cura di Santolini e Sozzi, Città Nuova, 2002, 149 ss.

[19] Connessione auspicata da Moro, *La tutela giurisdizionale della famiglia*, in *La famiglia nel diritto pubblico*, a cura di Dalla Torre, Studium, 1996.

contesto affettivo e sociale. Il rischio è quello di esportare all'esterno i conflitti invece di tentare di riequilibrare le relazioni interne.

L'impressione, che speriamo verrà smentita nella prassi, è quella di scelte lontane dal quadro valoriale tracciato dalla nostra Costituzione, che configura in modo chiaro e solenne all'art. 31 il dovere della Repubblica (quindi dello Stato, delle Regioni e di tutti gli altri enti) di creare le condizioni che permettano al gruppo familiare di prendersi cura responsabilmente dei suoi membri[20].

Come è stato chiarito, la formula famiglia come *società naturale*, struttura relazionale umana fondamentale che precede e va oltre lo Stato in quanto titolare di diritti suoi propri[21], aveva l'evidente scopo di impedire il ripresentarsi di intrusioni statali nella sfera privata ed esistenziale della comunità familiare[22]. Una sorta di *self-restraint* di fronte alla potestà normativa, giurisdizionale ed esecutiva[23].

Le scelte, anche lessicali, delle Madri e dei Padri Costituenti, hanno rivelato negli anni tutta la loro lungimiranza. A fronte dell'evolversi delle relazioni affettive nel contesto sociale, hanno consentito il riconoscimento di nuclei che non rientrano nel canone della famiglia tradizionale[24], ma che si presentano come caratterizzati da reciproci impegni affettivi di assistenza morale e materiale nel segno della solidarietà, confidenza e attenzione dell'altro[25].

Lo Stato non ha quindi un potere di sostituzione nei compiti familiari, se non nei casi di grave incapacità. Con specifico riferimento alla relazione genitoriale questo principio di sussidiarietà si traduce in una libertà nelle scelte educative per i figli, in sintonia con quanto previsto dall'art. 3 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[26].

La centralità della famiglia nel percorso di crescita dei bambini emerge chiaramente dal testo, vario e articolato nei suoi contenuti, della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia[27], che enuncia solennemente una costellazione di diritti civili, politici e sociali[28], strettamente connessi tra loro grazie al principio unificante dei *best interests*

---

[20] Anche se sappiamo bene che la parte sociale della Costituzione è quella che ha subito gli arretramenti più pesanti: Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Feltrinelli, 2012, 141.

[21] Non è, dunque, una costruzione normativa che «il legislatore illuministicamente, o ideologicamente, impone al tessuto sociale»: Zatti, Familia*,* familiae - *Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, 10.

[22] Come noto, il testo originario dell'art. 147 del codice civile obbligava i genitori ad educare la prole in conformità al sentimento nazionale fascista: cfr. Thiene, *I diritti dei bambini e dei genitori nel pensiero di Gianni Rodari*, in *Il cielo è di tutti. La terra è di tutti. Gianni Rodari, l'educazione e i diritti dell'infanzia*, a cura di Benetton, ETS, 2020, 94.

[23] Per Zatti, Familia*,* familiae - *Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 19, è questa la *ratio* profonda del diritto costituzionale della famiglia.

[24] Carapezza Figlia, *Formazioni sociali familiari e diritti fondamentali nel sistema ordinamentale italo-europeo*, in Carapezza Figlia - Frezza - G. Perlingieri - Virgadamo, *Manuale di diritto di famiglia*, Esi, 2021, 1 ss., secondo cui la definizione di società naturale non porta con sé alcuna cristallizzazione del concetto di famiglia.

[25] «La famiglia (in senso esteso) si costituisce per volontà di una coppia di eguali. Nelle sue relazioni interne è fondata sull'autonomia nel rispetto della dignità, dell'eguaglianza, della reciprocità, della libera espressione della personalità individuale»: Zatti, Familia*,* familiae - *Declinazioni di un'idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 20.

[26] L'importanza degli aspetti educativi anche da un punto di vista giuridico è evidenziata da Agostinelli, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 155 ss.

[27] L'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza ha pubblicato il volume *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, consultabile in modalità *open access* al link *https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia_30_anni_convenzione.pdf*.

[28] Per un commento alle singole disposizioni rinvio al volume curato da Tobin, *The UN Convention on the Rights of the Child. A Commentary*, Oxford University Press, 2019.

of the child[29]. Gli Stati sono formalmente investiti del compito di favorire e supportare le famiglie, rafforzando le competenze delle madri e dei padri attraverso interventi di sostegno alla genitorialità sia di natura economica sia di servizi alla persona[30].

Anche per l'art. 33 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere garantita la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale[31].

In piena sintonia con questo quadro normativo la Corte europea dei diritti dell'uomo, al fine di garantire una protezione effettiva al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), è andata negli anni configurando una serie di obblighi positivi, investendo così gli Stati del compito di mettere in campo *tutte* le misure concrete per costruire e soprattutto conservare i legami familiari[32].

La recente riforma del processo civile, sembra per alcuni profili che indagheremo, lontana da questa sensibilità. Innanzi tutto la riscrittura dell'art. 316 del codice civile, dedicato alla responsabilità genitoriale, conferma l'impressione di un generale indebolimento del discorso educativo perché le integrazioni inserite al primo e al secondo comma non sembrano cogliere la complessità della relazione parentale[33], che racchiude la funzione educativa e quella sostitutiva, la cura della persona e dei beni del figlio[34].

A costituire un nodo di forte criticità è soprattutto la modifica del procedimento finalizzato a risolvere un contrasto insorto tra genitori (non in crisi come coppia) con riferimento alle scelte relative al percorso di crescita dei figli. Le nuove regole investono il giudice del compito di raggiungere una soluzione concordata con i genitori. Nel caso in cui ciò si riveli impraticabile, la nuova formulazione autorizza il giudice ad entrare nella sfera privata della famiglia adottando *direttamente* e *personalmente* la soluzione che ritiene più adeguata nell'interesse del minore[35]. La decisione del giudice potrebbe in astratto andare in una direzione diversa da quella indicata dai genitori[36].

---

[29] Lenti, «Best interests of the child» o «best interests of the children»?, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 157 ss.; Piccinni, *I minori di età*, in Mazzoni e Piccinni, *La persona fisica*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2016, 415 ss.; Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 407.

[30] Per un commento agli articoli della Convenzione incidenti sul diritto dei bambini a crescere nella propria famiglia cfr. M. Bianca, *Il diritto alla famiglia*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, cit., 241 ss.

[31] Zatti, Familia, familiae - *Declinazioni di un' idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 9.

[32] Per ogni riferimento rinvio a Lenti, *Diritto della famiglia*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2021, 983.

[33] G. De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici della novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1423-1424.

[34] Del resto è la definizione stessa di responsabilità genitoriale ad essere ancora incerta: cfr. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 214; Al Mureden, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità dei modelli familiari*, in *Fam. e dir.*, 2014, 466 ss.; G. De Cristofaro, *Dalla potestà alla responsabilità genitoriale: profili problematici di una innovazione discutibile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 780 ss.; Caredda, *La responsabilità genitoriale: spunti di riflessione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, 1424 ss.; Giardina, «Morte» della potestà e «capacità» del figlio, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1609 ss.; Senigaglia, *La semantica giuridica della responsabilità genitoriale*, in *La relazione tra Scuola e Famiglia nel segno del superiore interesse del minore*, a cura di Marescotti e Thiene, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, v. 10, n. 15-16, 2018, 6 ss. Per una sintesi delle varie posizioni Lenti, *Responsabilità genitoriale*, in *Il nuovo diritto della filiazione*, a cura di Mantovani e Lenti, nel *Trattato di dir. fam.*, diretto da Zatti, *Le Riforme*, II, Giuffrè, 2019, 375 ss.

[35] Le ragioni di questa scelta legislativa sono illustrate da Cevolani, *Esercizio della responsabilità genitoriale e poteri di intervento del giudice*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, 864 ss.

[36] La precedente versione attribuiva al giudice solo il potere di decidere a quale dei due genitori affidare la decisione concreta: Zatti, Familia, familiae - *Declinazioni di un' idea. I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, cit., 22.

Anche se in concreto questa norma continuerà ad avere scarsissima applicazione in ragione della crescente privatizzazione della famiglia che mal sopporta l'intrusione di estranei nelle sue scelte esistenziali[37], la modifica concettualmente non è di poco momento. Senza nessuna dimensione progettuale e attenzione per le esigenze di tipo relazionale, dialogico, educativo viene messo in dubbio che i genitori, che vogliono continuare un percorso di vita insieme, siano la guida ideale per i propri figli.

Il discorso giuridico e quello pedagogico non sono mai stati così distanti.

3. *Famiglie fragili: l'intervento dei giudici e dei servizi sociali*

Dalla sempre più fitta trama di condanne della Corte europea dei diritti dell'uomo[38], precedute e accompagnate da inchieste giornalistiche[39], emerge che il sistema di controllo sull'esercizio della responsabilità genitoriale troppo spesso non si è rivelato benevolo[40] a causa di una compressione dei diritti di difesa dei genitori, di un'inadeguata rappresentanza processuale del minore e di una generale svalutazione dell'importanza dei legami familiari nel percorso di crescita dei bambini[41].

Del resto il pericolo di un'espansione incontrollata della giurisdizione statuale sul problema educativo è stato ben segnalato in letteratura[42]. C'è infatti voluto del tempo perché la giurisprudenza arrivasse a definire i diritti dei genitori come diritti personalissimi di rango costituzionale, passaggio che ha finalmente consentito la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti *de potestate*[43].

La relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori[44] ha messo in

---

[37] Per una riflessione sul dovere di preservare l'autonomia e l'intimità della famiglia, sempre attuali le pagine di Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, nel *Trattato di diritto privato*, diretto da Pietro Rescigno, 3, *Persone e famiglia*, II, 2a ed., Utet, 1996, 63 ss.

[38] A partire dalla dura condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo, 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, in *Fam. e dir*., 2001, 5 con commento di Sonaglioni e nota di Paschetti. La successiva giurisprudenza è ricostruita da Mura, *I rapporti disfunzionali fra i genitori e i figli nel quadro di distonia dialettica tra la Corte EDU e le Corti italiane*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, 687 ss.; Thiene, *Semiabbandono, adozione mite, identità del minore. I legami familiari narrati con lessico europeo*, in *Fam. e dir*., 2020, 1069 ss.; Cottatellucci, *La vita familiare e la Cedu*, in *Diritto di famiglia e minorile: istituti e questioni aperte*, a cura di Id., Giappichelli, 2016, 168 ss.; Pesce, *La tutela dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 10; Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2016, II, 148 ss.; Long, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1059 ss.

[39] Mi riferisco all'indagine di pagine di Trincia, *Veleno. Una storia vera*, Torino, 2019, riguardante il caso dei "Diavoli della bassa modenese", sedici bambini tolti ai genitori per presunti abusi e riti satanici e alla più recente inchiesta di Tortorella, *Bibbiano e dintorni*, Roma, 2019, che ripercorre l'operazione di polizia denominata "Angeli e Demoni".

[40] Come di recente rammentato da Cordiano, *Il curatore del minore nei procedimenti* de responsabilitate. *Luci e ombre di un percorso*, in *Familia*, 2022, 520 e 526.

[41] Lenti, *Verso un nuovo diritto minorile?*, in *Cura dei legami e giurisdizione*, a cura di De Marco, FrancoAngeli, 2018, 71.

[42] Zatti, Familia*,* familiae - *Declinazioni di un' idea. II. Valori e figure della convivenza e della filiazione,* in *Familia*, 2002, 358.

[43] Cass., 21 novembre 2016, n. 23633, in *Nuova giur. civ. comm*., 2017, I, 560, commentata da Nascosi, *Ricorribilità per cassazione dei provvedimenti* de potestate; Cass., 4 novembre 2919, n. 28257, in *Nuova giu. civ. comm*., 2020, I, 642 preceduta dal commento di Thiene, *La Cassazione difende con fermezza il diritto dei bambini di crescere nella propria famiglia.*

[44] I compiti affidati alla Commissione parlamentare di inchiesta sono descritti in Thiene, *Famiglie vulnerabili e allontanamento dei bambini. Note a margine della l. 29 luglio 2020, n. 107, in attesa di una riforma necessaria***,** in *Nuove leggi civ. comm*., 2021, 33 ss.

luce l'uso giurisprudenziale troppo elastico delle previsioni contenute agli artt. 330 e 333 cod. civ[45]., unito ad una scarsa attenzione ai principi di proporzionalità, tempestività ed efficacia delle misure di protezione[46]. Ritengo opportuno, proprio per evitare fraintendimenti su un tema che deve superare le divisioni ideologiche e moralistiche incursioni[47], riportare testualmente le parole finali della Commissione: «se il complesso della normativa posta in essere può ritenersi *compliant* con i principi internazionali, le inefficienze del sistema, il diffondersi di indirizzi giurisprudenziali che forzano le norme primarie e la "mano libero" lasciata ai Servizi sociali nel momento dell'esecuzione, inducono fondate preoccupazioni circa il puntuale rispetto del principio, in base al quale l'allontanamento del minore dalla famiglia di origine deve costituire un rimedio residuale e, in ogni caso, esso non può essere disposto per ragioni connesse esclusivamente alle condizioni di indigenza dei genitori»[48].

Va detto che la riforma Cartabia costituisce senz'altro un passo in avanti per il superamento di queste criticità e di quelle emerse dai lavori della Commissione d'inchiesta sul femminicidio[49] e della Commissione parlamentare di inchiesta sui fatti accaduti presso la comunità Il Forteto[50].

Innanzi tutto perché il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha introdotto all'interno del codice di procedura civile un rito unificato applicabile a *tutte* le controversie relative allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie[51] di competenza del tribunale ordinario, del tribunale per i minorenni e del giudice tutelare[52]. Le nuove regole disegnano un nuovo procedimento considerato *giusto* ai sensi dell'art. 111 della Costituzione perché capace di garantire il pieno contraddittorio e i diritti di difesa di *tutte* le parti, comprese le persone minori di età[53].

---

[45] *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori*, settembre 2022, 94-95.

[46] Principi illustrati da Senigaglia, *Le misure di protezione dell'interesse del soggetto minore di età tra autonomia ed eteronomia*, in *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, a cura di Id, Pacini, 2019, 52 ss.

[47] C'è sempre il rischio di provvedimenti normativi non condivisi come avvenuto con l'approvazione della legge della Regione Piemonte, 28 ottobre 2022, n. 17, *Allontanamento zero. Interventi a sostegno della genitorialità e norme per la prevenzione degli allontanamenti dal nucleo di origine*: cfr. le osservazioni critiche di Long, *Allontanamento? Zero! La legge regionale 17/2022*, in *Il Piemonte delle Autonomie*, 2023, consultabile al sito *https://www.piemonteautonomie.it/*.

[48] *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori*, cit., 100-101.

[49] Mi riferisco in particolare alla Relazione su «La vittimizzazione secondaria che le donne subiscono insieme ai figli nei procedimenti di famiglia» è stata approvata il 20.4.2022 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul femminicidio, Doc. XXII bis n.10.

[50] I lavori e le audizioni della Commissione bicamerale di inchiesta sui fatti accaduti presso la Comunità il Forteto si trovano sul sito della Camera dei Deputati.

[51] I profili processuali relativi ai procedimenti finalizzati all'adozione dei provvedimenti ablativi o limitativi della responsabilità erano contenuti all'art. 336 cod. civ., che ora si limita a regolare la legittimazione ad agire. Per approfondire la precedente disciplina rinvio a Cordiano, *Responsabilità dei genitori. I procedimenti. Artt. 336-337*, in *Tratt. Schlesinger*, Giuffrè, 2020.

[52] Con esclusione dei procedimenti volti alla dichiarazione di adottabilità, dei procedimenti di adozione di minori di età e dei procedimenti attribuiti alla competenza delle sezioni istituite dal d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, conv. con modif. dalla l. 13 aprile 2017, n. 46.

[53] L'Autorità Garante per l'infanzia e l'adolescenza nella Relazione presentata al Parlamento nel 2019 aveva sottolineato la necessità di rivedere, alla luce dei valori costituzionali e dei principi del giusto processo, i procedimenti in materia di responsabilità genitoriale e gli allontanamenti al fine di garantire il diritto all'informazione delle parti, la nomina del curatore speciale e dell'avvocato del minorenne, oltre a tempistiche certe e all'impugnabilità dei provvedimenti. Cfr. Relazione al Parlamento 2019, p. 60 - 61 (consultabile su *https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/agia-relazione-parlamento-2019-web.pdf*).

Sono state, inoltre, introdotte importanti novità con riguardo al cruciale e tormentato rapporto tra giudici e servizi sociali. In particolare sono state finalmente definite all'art. 473-bis.27 cod. proc. civ. le modalità di intervento dei servizi sociali o sanitari nei procedimenti a tutela dei minori. D'ora in poi il giudice, quando dispone l'intervento dei servizi sociali o sanitari, *deve* indicare in modo specifico i compiti che vengono loro conferiti e deve fissare i termini per il deposito di una relazione periodica sull'attività svolta e i termini entro cui le parti possono depositare memorie.

Preziosa l'indicazione contenuta nel secondo comma perché nei procedimenti *de responsabilitate* il giudice è chiamato a decidere su situazioni largamente filtrate dagli accertamenti e dagli interventi già compiuti dai servizi sociali: nelle relazioni di questi ultimi vanno tenuti distinti i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e dai terzi e le eventuali valutazioni formulate dagli operatori che, ove aventi oggetto profili di personalità delle parti, devono essere fondate su dati oggettivi e su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica, da indicare nella relazione.

Viene poi finalmente superata l'antica e annosa questione della segretezza delle relazioni del servizio sociale. Nel segno del rispetto dei diritti di difesa e del principio del contraddittorio viene esplicitato il diritto delle parti di prendere visione ed estrarre copia delle relazioni e di ogni accertamento compiuto dai responsabili del servizio sociale o sanitario incaricati, trasmessi all'autorità giudiziaria[54].

Molto attesa, e davvero non più rinviabile, la riscrittura dell'art. 403 del codice civile, già modificato con la legge delega n. 206 del 2021[55].

La riforma ha avuto senz'altro il merito di dare consacrazione normativa alla figura del curatore speciale del minore[56], già presente da diversi anni nelle prassi giurisprudenziali virtuose[57] anche grazie al suo solido ancoraggio alle fonti internazionali[58].

---

[54] Sempre attuali le pagine di P. Vercellone, *La collaborazione fra servizi e giudici nel processo civile di famiglia e dei minori*, in Id., *Bambini, ragazzi e giudici. Scritti scelti,* cit., 343-344, secondo cui «la prima seria garanzia di buon giudizio è il contraddittorio, che cioè le parti possano esporre i loro punti di vista al giudice; regola funzionale ad attuare questa garanzia è che il giudice decida solo se ed in quanto le parti siano a conoscenza delle notizie sulle quali il giudice potrà decidere, le possano valutare, discuterne e contestarne la verità».

[55] Per commento alla nuova e complessa previsione v. Cordiano, *Il minore esposto a pericoli e abbandono e l'emergenza di provvedere nel riformato art. 403 c.c.*, in *Minori giust.*, 2022, 13 ss.; Thiene, *Giudici e servizi sociali al crocevia: il legislatore riscrive l'art. 403 c.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 309 ss.

[56] Cesaro, *L'estensione e valorizzazione della figura del curatore speciale: la riforma degli articoli 78 e 80 c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 48 ss.; Cordiano, *Il curatore del minore nei procedimenti* de responsabilitate. *Luci e ombre di un percorso*, cit., 519 ss.; Russo, *La partecipazione del minore al processo nella riforma del rito civile*, in *Fam. e dir.*, 2022, 643 ss.; Arceri, *Il minore nel nuovo processo familiare: le regole sull'ascolto e la rappresentanza*, in *Fam. e dir.*, 2022, 380 ss.

[57] Un orientamento esistente già prima della riforma del 2021, aveva valorizzato il quarto comma dell'art. 336, comma 4, del codice civile, che prevede l'obbligo di difesa tecnica anche in capo al minore, al fine di attribuirgli la qualità di parte in senso formale nei procedimenti ablativi e limitativi della responsabilità genitoriale. In tali giudizi il conflitto di interessi tra genitori e figli viene ravvisato *in re ipsa* con la conseguente necessità di nomina da parte del giudice di un curatore speciale del minore ex art. 78 c.p.c..: cfr., ad es., Cass. civ., sez. I, 16 dicembre 2021, n. 40490, in in *www.ilfamiliarista.it*, 7 febbraio 2022, con nota di Florio, *Nei giudizi de potestate il minore è litisconsorte necessario: nullo il procedimento senza la nomina del curatore speciale.*

[58] Il riferimento va alla Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996 e ratificata dall'Italia con l. 20 marzo 2003, n. 77, che prevede innanzi tutto il diritto del minore capace di discernimento di essere informato e ascoltato nei procedimenti che lo riguardano (art. 3). Contempla, inoltre, una serie di diritti procedurali a garanzia del minore quali: a) il diritto di chiedere di essere assistiti da una persona appropriata di loro scelta per aiutarli ad esprimere la loro opinione; b) il diritto di chiedere, essi stessi o per il tramite di altre persone o organi, la designazione di un rappresentante speciale, se del caso un avvocato; c) il diritto di designare un proprio

Ora la disciplina è contenuta all'interno dell'art. 473-bis. 8 (*Curatore speciale del minore*) cod. proc. civ.[59] con una significativa novità rispetto a quanto previsto in sede di legge delega attraverso la novellazione degli artt. 78 e 80 del codice di rito. Il terzo comma dell'art. 473- bis. 8 cod. proc. civ. prevede la possibilità per il giudice di attribuire con il provvedimento di nomina o con un provvedimento non impugnabile adottato nel corso del giudizio *specifici* poteri di rappresentanza sostanziale.

Questo inaspettato ampliamento dei compiti del curatore speciale ha colto di sorpresa anche i commentatori più attenti, che hanno immediatamente sottolineato il carattere di eccezionalità di questi poteri che devono essere ben delimitati e strettamente connessi al processo[60]. Non si comprende, infatti, come una figura meramente processuale possa svolgere compiti di rappresentanza sostanziale senza un contestuale provvedimento limitativo della responsabilità genitoriale. Il timore, confermato dalle prime applicazioni giurisprudenziali, è che funzioni genitoriali vengano sottratte alle madri e ai padri per essere affidate, addirittura con un'indebita sovrapposizione di istituti, ad un soggetto estraneo all'apparato pubblico[61].

4. *Nuove previsioni legate all'art. 333 cod. civ.: il curatore e l'affidamento ai servizi sociali*

L'art. 333 del cod. civ. non viene modificato dal legislatore, ma è una sorta di convitato di pietra, invocato in due disposizioni che destano non poche perplessità proprio per le ragioni che abbiamo messo in luce all'inizio di queste pagine.

Il decreto legislativo delegato ha introdotto, in modo del tutto inaspettato all'art. 473-bis. 7 cod. proc. civ., un'altra figura che rappresenta davvero una novità perché non era menzionata nella legge delega del 2021. Si tratta di una persona che il giudice *può* nominare al termine di un procedimento finalizzato alla limitazione della responsabilità genitoriale, facendo ricorso ai *provvedimenti convenienti* di cui all'art. 333 cod. civ.

---

rappresentante; d) il diritto di esercitare, in tutto o in parte, le prerogative di una parte in tali procedure. Con specifico riferimento alle ipotesi di conflitto di interessi tra il minore e l'esercente la responsabilità genitoriale, l'art. 9 sancisce il potere dell'autorità giudiziaria di designare un rappresentante speciale (anche un avvocato). *Amplius* Fioravanti, *I diritti del bambino tra protezione e garanzie: l'entrata in vigore, per la Repubblica italiana, della Convenzione di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 561 ss.; Cesaro, *La Corte Europea dei Diritto dell'Uomo e la figura del curatore speciale del minore*, in *Fam. e dir.*, 2019, 937 ss.

[59] Vengono confermate le ipotesi tassative in cui il giudice procede anche d'ufficio e a pena di nullità alla nomina. Si tratta dei casi in cui il pubblico ministero abbia chiesto la decadenza dalla responsabilità genitoriale di *entrambi* i genitori o in cui uno dei genitori abbia chiesto la decadenza dell'altro (lett. a); del caso di adozione dei provvedimenti ai sensi dell'art. 403 cod. civ. o di affidamento del minore ai sensi degli artt. 2 ss. della legge adoz., compreso l'affidamento ai servizi sociali ora inserito nella legge adozione (lett. b); delle situazioni in cui sia il minore che ha compiuto quattordici anni a farne richiesta (lett. d). A queste fattispecie, apparentemente ben delimitate, si aggiunge la *clausola generale* contenuta alla lettera c, che fa riferimento ad una situazione di pregiudizio per il minore, emersa nel corso del giudizio, tale da precluderne l'adeguata rappresentanza processuale da parte di entrambi i genitori. Il pensiero ovviamente corre proprio ai procedimenti finalizzati alla limitazione della responsabilità genitoriale. Il secondo comma prevede il caso di nomina facoltativa del curatore speciale quando i genitori appaiono per gravi ragioni *temporaneamente* inadeguati.

[60] Lenti, *Curatore speciale del minore e curatore "all'esito del procedimento"*, in *Jus civile*, 2023, 2, che propone l'esempio del consenso ad un trattamento sanitario di cui si discute nel processo e che deve essere manifestato al medico.

[61] Come emerge da due recenti decisioni del Tribunale di Treviso, sez. I, del 26 aprile 2022 e del 28 giugno 2022, in *Fam. e dir.*, 2022, con commento critico di Zanovello, *Poteri di rappresentanza sostanziale del curatore speciale del minore tra riforma del processo civile e anticipazioni giurisprudenziali*. Le pronunce traggono spunto da storie familiari diverse, ma si concludono entrambe con l'affidamento ai servizi sociali e la nomina di un curatore speciale con compiti di rappresentanza sostanziale.

Il legislatore si preoccupa di definire, in modo molto puntuale, il contenuto dell'eventuale provvedimento di nomina del curatore, che deve contenere l'indicazione: a) della persona presso cui il minore ha la residenza abituale; b) degli atti che il curatore ha il potere di compiere nell'interesse del minore e di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione del giudice; c) degli atti che possono compiere i genitori, congiuntamente o disgiuntamente; d) degli atti che può compiere la persona presso cui il minore ha la residenza abituale; e) della periodicità con cui il curatore riferisce al giudice tutelare circa l'andamento degli interventi, i rapporti mantenuti dal minore con i genitori, l'attuazione del progetto eventualmente predisposto dal Tribunale.

Questa inedita figura, definita anch'essa curatore non senza pericolo di fraintendimenti, non ha poteri di rappresentanza processuale del minore, ma è destinata ad inserirsi nella dimensione quotidiana delle famiglie[62]. Dimensione che dovrebbe venire scomposta con metodo analitico da un provvedimento giudiziale, che per quanto articolato non potrà, comunque, mai riuscire a tradurre la complessità e la varietà delle scelte esistenziali.

Difficile ricostruire quali sono i compiti e le responsabilità di questa sorta di *affidatario non collocatario*[63] perché la regola inserita nel codice di rito non è stata accompagnata da una disciplina dell'istituto sul piano sostanziale[64]. Nulla viene precisato in merito all'ascolto, lasciando così irrisolto il delicato problema di un'eventuale estensione dei limiti processuali, prevista per l'ascolto del curatore speciale[65]. Sorprende che non sia stato fissato un limite temporale all'incarico di questo curatore. Manca anche qualsiasi riferimento ad un'eventuale revoca[66].

Tra i provvedimenti convenienti che il giudice può adottare, ai sensi dell'art. 333 cod. civ., quando la condotta dei genitori appaia pregiudizievole per i figli, ma non così grave da dar luogo ad un provvedimento di decadenza, ricorre l'affidamento ai servizi sociali[67], stigmatizzato, non senza significato per quello che stiamo dicendo, come *paternalistico*[68].

---

[62] Non va, quindi, confusa con la figura del curatore speciale del minore e neppure con quella del coordinatore genitoriale, emersa dalla prassi, e ora prevista all'art. 473 bis 26 del cod. proc. civ., secondo cui il giudice, su istanza di *entrambe* le parti, può nominare un professionista con funzione di ausiliario, a sostegno del nucleo familiare. Si tratta di una sorta di *facilitatore*, il cui intervento è finalizzato a superare il conflitto tra le parti e ad agevolare la ripresa o il miglioramento delle relazioni tra genitori e figli. Cfr. Lenti, *Curatore speciale del minore e curatore "all'esito del procedimento"*, cit., 5 s.

[63] L'espressione è di Lenti, *Curatore speciale del minore e curatore "all'esito del procedimento"*, cit., 4. Nei corsi dedicati alla formazione dei curatori speciali ho sentito definire questa figura anche "piccolo tutore" o "amministratore di sostegno", senza che in quest'ultimo caso venisse chiarito chi sia il beneficiario, se il bambino oppure i genitori.

[64] Al riguardo si vedano le tempestive critiche di G. De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici della novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, cit., 1439, che sottolinea le difficoltà pratiche e le incertezze nei rapporti con i terzi di questo smembramento dei poteri inerenti ai profili c.d. non patrimoniali della responsabilità genitoriale che vengono distribuiti tra genitori, curatore e persona presso cui il minore ha la residenza abituale.

[65] Il terzo comma dell'art. 473 - bis.8 (*Curatore speciale del minore*) contiene una contraddizione difficile da ricomporre in via interpretativa: il curatore speciale procede all'ascolto del minore ai sensi dell'art. 315 bis, terzo comma, cod. civ., disposizione che prevede l'ascolto sostanziale, extragiudiziale (quello del genitore per intenderci). Subito dopo si richiamano i limiti previsti dall'art. 473-bis. 4 (Ascolto del minore), finalizzato a disciplinare l'ascolto processuale.

[66] Lenti, *Curatore speciale del minore e curatore "all'esito del procedimento"*, cit., 4.

[67] Sul tema Biancon, *La tutela dei diritti dei minori attraverso l'affidamento al servizio sociale*, in *Minori giust*., 2006, n. 1, 242; Dissegna (a cura di), *L'affidamento al servizio sociale dei minori di età tra norme e prassi operative*, Guerini e Associati, 2015; Lenti, *Gli affidamenti ai servizi sociali*, in *Fam. e dir*., 2018, 106 ss.

[68] Definisce *paternalistico* il provvedimento di affido al servizio sociale: Sergio, *Giustizia minorile alias giustizia paternalista. L'importante proposta di riforma processuale civile del 29 luglio 2019 della Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza Filomena Albano*, in *Questione giustizia*, 2021, 3.

Come noto, pur essendo una misura caratterizzata da un'intrinseca ambiguità e priva di un sicuro ancoraggio normativo, ha trovato negli anni un utilizzo sempre più intenso non solo da parte dei giudici minorili, ma anche da parte dei giudici ordinari[69].

Il legislatore si è finalmente fatto carico dell'esigenza, divenuta ineludibile, di dare una base giuridica a questa prassi non sempre rispettosa dei legami familiari e del ruolo genitoriale. I presupposti e gli effetti all'interno del sistema normativo minorile di questo controverso istituto sono ora previsti all'art. 5 *bis* della legge adoz.

Innanzi tutto il minore deve trovarsi nella condizione prevista dall'art. 333 cod. civ., e quindi deve essere formalmente prevista una limitazione della responsabilità genitoriale in capo ad *entrambi* i genitori. Inoltre la misura potrà essere adottata solo dopo che sono state poste in essere tutte le strategie di supporto per aiutare le famiglie in difficoltà nei compiti di cura e di accudimento dei figli. A questo riguardo il giudice dovrà indicare gli interventi di sostegno che sono stati proposti e le ragioni del loro insuccesso, spesso collegato alla scarsa collaborazione dei genitori.

Per evitare che questo strumento si risolva in una sorta di delega in bianco ai servizi sociali, come spesso accaduto in passato[70], il legislatore si è preoccupato al secondo comma di definire il contenuto *necessario* del provvedimento che dispone la limitazione della responsabilità genitoriale e il contestuale affidamento ai servizi sociali, che dovrà essere contenuto in un arco temporale non superiore a ventiquattro mesi[71]. Dovranno essere indicati: il soggetto presso il quale il minore è collocato (lett. a); gli atti che *devono* essere compiuti direttamente dal servizio sociale dell'ente locale, anche in collaborazione con il servizio sanitario (lett. b); gli atti che *possono* essere compiuti dal soggetto collocatario del minore (lett. c); gli atti che *possono* essere compiuti dai genitori (lett. d); gli atti che *possono* essere compiuti dal curatore (lett. e); i compiti affidati ai servizi sociale (lett. f).

Assistiamo così ad una scomposizione della vita delle famiglie e ad uno smembramento tra diversi soggetti dei compiti di cura, di gestione e di rappresentanza inerenti alla responsabilità genitoriale (sia con riguardo ai profili personali che patrimoniali).

La regia di queste delicate e complesse relazioni viene ufficialmente conferita ai servizi da terzo comma dell'art. 5 *bis* legge adoz. secondo cui: «il servizio sociale, nello svolgimento dei compiti a lui affidati e nell'adozione delle scelte a lui demandate, tiene conto delle indicazioni dei genitori che non siano stati dichiarati decaduti dalla responsabilità genitoriale, del minore nonché, ove vi siano, del curatore e del curatore speciale». In modo davvero incomprensibile scompare dalla scena il collocatario, che invece dovrebbe avere un dialogo costante con i servizi perché è la figura più vicina ai bisogni di crescita del bambino. In compenso compare il curatore speciale, non menzionato in precedenza.

---

[69] Le ragioni sono indagate in THIENE, *Gli affidamenti*, in *Diritto civile minorile*, a cura di CORDIANO e SENIGAGLIA, Esi, 2022, 324 ss.

[70] Si veda ad es. TRIB. COSENZA, 4 agosto 2020, n. 5786, in *Studium iuris*, 2021, 526, con annotazioni di ZANOVELLO. Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, cit., 307: «È vero che i servizi sociali svolgono la loro attività in autonomia, ma nel momento nel quale chiedono o ottengono un provvedimento del giudice, tale provvedimento deve essere vincolante anche per i servizi sociali e occorre vigilanza sul suo rispetto da parte di questi ultimi. Le prassi – occorre dirlo con franchezza – non sono sempre in questo senso; tuttavia, trattandosi di diritti fondamentali del minore, non penso che su tali aspetti si possa sorvolare».

[71] Questa è una precisazione importante perché la Suprema Corte aveva ritenuto legittimo l'affidamento del minore al servizio sociale disposto ai sensi dell'art. 337 *ter* c.c. anche se privo di un termine di durata, rientrando tra i doveri del servizio segnalare ogni circostanza idonea a determinarne la sua naturale cessazione o modificazione: CASS., 12 novembre 2018, n. 28998, in *Ilfamiliarista.it*, 2019, con nota di GALLUZZO, *L'affidamento ai Servizi sociali è lecito anche senza determinazione di durata*.

È evidente che il rispetto della vita privata e familiare, così tenacemente difeso dai giudici di Strasburgo, impone un'interpretazione rigorosa della disposizione. A tal fine sarebbe stata più opportuna una sua collocazione all'interno del codice civile perché si tratta di una misura di controllo ai compiti genitoriali, molto lontana dall'istituto dell'affidamento familiare, che è la più nobile e generosa forma di sostegno alla genitorialità. Ideale sarebbe stato prevedere un articolo 333 *bis* anche per ribadire la necessità di un formale provvedimento di limitazione della responsabilità genitoriale. Si sarebbe così definitivamente chiarito che l'art. 337 *ter*, comma 2, cod civ., non può più costituire una base giuridica sufficiente per l'adozione di un provvedimento di affidamento ai servizi sociali[72].

5. *La cura delle famiglie presa sul serio: il ruolo dei consultori*

La marginalizzazione del ruolo genitoriale sembra destinata a costituire l'inesorabile effetto delle previsioni che abbiamo appena esaminato. Il rapporto educativo parentale risulta, infatti, svilito in contraddizione con la scelta costituzionale di affidare la cura dei figli ai genitori[73].

Non è certo affollando di estranei lo spazio familiare che si risolvono i problemi legati alle carenze parentali. Non credo, inoltre, sia difficile prevedere un aumento della conflittualità con conseguenze rovinose su legami già fragili e sulla dimensione affettiva e sociale del gruppo familiare.

Si tratta, in altre parole, di una prospettiva di breve respiro che difficilmente potrà porre rimedio ad un contesto familiare poco attento alle dinamiche affettive e ai profili educativi. Di fronte all'espropriazione di compiti di cura irrinunciabili nelle relazioni genitori-figli è, infatti, latente il rischio di non rafforzare in modo adeguato il senso di responsabilità personale[74].

Per allontanare lo spettro del modello paternalistico[75] lo sguardo deve proiettarsi su un orizzonte più ampio perché il tema del sostegno alle famiglie ha una forte connotazione sociale e coinvolge responsabilità collettive[76]. La declinazione del

[72] A giustificare il ricorso all'affidamento ai servizi sociali non può quindi bastare la mera circostanza che i genitori abbiano rapporti fortemente conflittuali o tengano una condotta genericamente pregiudizievole per i figli. È necessaria la prova di vere e proprie violazioni dei doveri inerenti alla responsabilità genitoriale: sul punto le convincenti riflessioni di G. De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici della novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, cit., 1442 (in particolare nota 49).

[73] Sul tema Ballarani, *Diritti dei figli e della famiglia. Autonomia o integrazione?*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di Dalla Torre, t. I, *Teoria generale, Persone e Famiglia*, Giuffrè, 2010, 473 ss.

[74] Per una serie di storie, tratte dalla vita reale, che raccontano le mancanze e gli errori compiuti dai genitori nei confronti dei figli Negro e Sbressa Agneni, *Genitori scadenti*, Corsiero editore, 2022.

[75] Colpisce questo passaggio della *Relazione conclusiva della Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività connesse alle comunità di tipo familiare che accolgono minori*, cit., p. 125: «I casi più controversi oggetto di esposti alla Commissione riguardano proprio famiglie che, nel richiedere volontariamente aiuto ai servizi sociali per problemi di adolescenza o per incomprensioni familiari, si trovano a dover subire un procedimento davanti al Tribunale per i minorenni, attivato dai Servizi sociali, sulla base di valutazioni talora scarsamente approfondite, che porta a una decisione di limitazione della responsabilità genitoriale, con una pronuncia giudiziaria che talora arriva dopo vari anni in cui la famiglia si trova in una situazione di grave disagio, sia perché oggetto di vigilanza, sia perché impegnata a sostenere le spese di un procedimento giudiziario, con ciò determinandosi un clima familiare ancora più teso e problematico».

[76] È questo un approccio che vanta una consolidata tradizione di studi a livello pedagogico a partire dall'opera di Norberto Galli, *Educazione familiare e società*, Editrice La Scuola, 1965, considerata il fondamento scientifico della pedagogia della famiglia.

rapporto genitoriale non può essere affidata esclusivamente a regole giuridiche, ma presuppone la riscoperta del dialogo con altri saperi e il coinvolgimento di un più vasto arco di rapporti sociali e la profonda trasformazione di strutture extra-familiari. Va ritrovata, in altre parole, la sintonia – che illumina il ricordato carteggio tra don Lorenzo Milani e il giudice Gian Paolo Meucci – con la riflessione pedagogica anche internazionale[77], finalizzata a rilanciare la genitorialità da un punto di vista antropologico e culturale[78].

Partendo dalla consapevolezza che il sistema di protezione dei minori e il sostegno alla genitorialità non sono ambiti distinti[79], la famiglia, nelle sue molteplici declinazioni, deve diventare protagonista dell'intervento di protezione grazie alla promozione di forme diffuse di co-educazione e accompagnamento alla funzione educativa genitoriale, che consentono la creazione di legami e di coesione sociale[80].

Al fine di passare da un'ottica assistenziale ad un'ottica promozionale e di *empowerment* delle risorse del gruppo familiare[81], è fondamentale l'acquisizione di un metodo di lavoro che preveda la partecipazione attiva dei genitori per valorizzare la qualità delle relazioni affettive in cui i bambini sono quotidianamente immersi[82].

Per non abbandonare le famiglie alla loro solitudine affettiva e materiale[83] va innanzi tutto riscoperta l'originaria vocazione dei consultori che, nelle intenzioni del legislatore del 1975[84], avrebbero dovuto essere un luogo di *effettiva* rappresentanza degli interessi familiari e di sostegno alla genitorialità[85].

La prima finalità dei consultori, in base all'art. 1 lett. a della legge 29 luglio 1975, n. 405, avrebbe dovuto essere l'assistenza psicologica e sociale per la preparazione alla maternità e alla paternità responsabile e per i problemi della coppia e della famiglia, anche in ordine alla problematica minorile. È noto che questa funzione, mai veramente decollata, è divenuta marginale a seguito dell'approvazione della legge 22 maggio 1978,

---

[77] Dolan - Zegarac - Arsic, *Family Support as a right of the child*, in *Social Work & Social Sciences Review* (21), 2, 2020, 8 ss.; Daly, *Children and their rights and entitlements in EU Welfare States*, in *Journal of Social Policy*, (49), 2, 2020, 343 ss. Per ricostruzione del dibattito europeo cfr. Devaney *et al.*, *The conceptualisation and delivery of family support in Europe: A review of academic literature*, EurofamNet, 2021.

[78] Anche per i riferimenti bibliografici cfr. D'Addelfio - Vinciguerra, *Affettività ed etica nelle relazioni educative familiari. Percorsi di Philosophy for Children and Community*, FrancoAngeli, 2021.

[79] È questo il filo conduttore delle pagine di Milani, *Educazione e famiglie. Ricerche e nuove pratiche per la genitorialità*, Carocci, 2018.

[80] Quest'approccio è la chiave del successo del Programma di intervento per la prevenzione dell'istituzionalizzazione (P.I.P.P.I.), frutto della sinergia tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali e il Laboratorio di ricerca e intervento in educazione familiare dell'Università di Padova: cfr. Milani - Bello, *P.I.P.P.I. Programma di Intervento Per la Prevenzione dell'Istituzionalizzazione. Report di valutazione 2018-20. Sintesi, Ministero del Lavoro e delle politiche sociali*, Padova University Press, 2020; Milani *et al.*, *I risultati di P.I.P.P.I. e il loro impatto nelle politiche regionali e locali*, in *Studium educationis*, 2019, fasc. 1, 23 ss.

[81] Prospettiva condivisa anche negli studi sociologici. Si leggano le pagine di Donati, *La famiglia. Il genoma che fa vivere la società*, Rubbettino, 2013, che definisce l'intervento di empowerment come il «potenziamento delle relazioni propriamente famigliari, per far sì che le relazioni diventino più riflessive, più "capacitate" nelle loro potenzialità».

[82] Milani, *Nelle stanze dei bambini alle nove della sera. Contrastare e prevenire le diseguaglianze sociali*, Erikson, 2022, 100.

[83] Inquietante, ma necessaria, la lettura di Hertz, *Il secolo della solitudine. L'importanza della comunità nell'economia e nella vita di tutti giorni*, il Saggiatore, 2020, da cui si evince come la solitudine significhi sentirsi senza sostegno e cura da parte degli altri concittadini, dei datori di lavoro, della comunità e del governo.

[84] Indagate da Meucci, *Il consultorio familiare oltre l'OMNI*, in *Dir. fam. e pers.*, 1977, 1508 ss.; Moro, *I consultori familiari: evoluzione giuridica, operativa e culturale*, in *Studi Zancan*, 2005, 35 ss.

[85] Come efficacemente messo in luce da Zatti, *Interventi sociali e ruolo del giudice nel campo familiare*, cit., 139.

n. 194, che ha attribuito ai consultori pubblici tutta la questione relativa all'interruzione della gravidanza. Anche in ragione della successiva legislazione regionale di attuazione[86], all'interno degli organismi consultoriali hanno finito inevitabilmente per prendere il sopravvento gli aspetti medico-specialistici sui temi della contraccezione, della sessualità e dell'interruzione della gravidanza[87].

In una società come quella attuale, caratterizzata da inquietudini e insicurezze nuove, i consultori dovrebbero divenire centri di riferimento per le famiglie[88] anche grazie ad una differenziazione, con ricadute dal punto di vista organizzativo, degli aspetti sanitari da quelli psico-sociali[89].

Questo percorso non sarebbe un investimento solo per le famiglie disfunzionali o multiproblematiche, caratterizzate da una deprivazione multifattoriale e da un'assenza di reti parentali. In fondo ogni famiglia è destinata nell'arco della vita ad alternare momento di serenità e momenti di vulnerabilità. Anche le famiglie c.d. normali mostrano difficoltà crescenti a stare *insieme*.

Il dilagante individualismo e la fatica delle relazioni hanno contribuito non poco ad acuire lo smarrimento dei genitori di fronte all'impegno educativo[90]. Fronteggiare la sfida della crescita delle nuove generazioni è diventato sempre più problematico in ragione della crescente instabilità della struttura familiare[91].

La pedagogia ci insegna che la genitorialità è un processo di formazione continua perché le competenze parentali si sviluppano e si trasformano attraverso una continua assunzione di responsabilità (che è alla base dell'etica della cura) e attraverso l'esperienza e il confronto[92], fondamentali per costruire un profondo senso di identità e di appartenenza al proprio contesto familiare e sociale[93]

Il consultorio dovrebbe divenire così il luogo dove progettare percorsi di accompagnamento realizzati attraverso il coinvolgimento di diverse figure professionali e la condivisione educativa tra adulti, preziosa per promuovere un senso di comunità attraverso l'attivazione di reti informali di aiuto tra genitori[94].

---

[86] Anche se non sono mancati – soprattutto su impulso del Forum delle Associazioni Familiari – tentativi di ampliare la sfera di assistenza alla famiglia: C.M. Bianca, *I consultori familiari nel progetto di legge Regione Lombardia*, in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, a cura di Dalla Torre, t. I, *Teoria generale, Persone e Famiglia*, cit., 490 ss.

[87] Moro, *I consultori familiari: evoluzione giuridica, operativa e culturale*, cit., 37-38.

[88] Scrive Zatti, *Interventi sociali e ruolo del giudice nel campo familiare*, cit., 139. «da numerose leggi traspare l'idea che il consultorio possa e debba offrire la sede idonea a "socializzare" gli eventuali conflitti tra genitori e figli, e che, sia in questa occasione, come in quelle più gravi di inadeguatezza del gruppo familiare, possa e debba esprimere un intervento diretto a orientare la famiglia in difficoltà o a promuovere soluzioni integrative o sostitutive della famiglia, giudicata carente».

[89] È infatti necessario «trovare spazi e tempi che siano realmente luoghi trasformativi e generativi, in cui promuovere benessere, co-costruire nuovi saperi e riorientare lo sguardo verso una cura responsabile tra le generazioni»: Vinciguerra, *Generatività*, Scholé, 2022, 194.

[90] «Oggi diventa sempre più evidente che le famiglie, e i genitori in particolare, hanno bisogno di sostegno: non solo economico, sociale e istituzionale, ma propriamente di *sostegno educativo*»: D'Addelfio - Vinciguerra, *op. cit.*, 56. Il sentimento è descritto in chiave divulgativa (e ironica) da Tommasi, *Siate ribelli, praticate gentilezza*, Pickwick, 2018.

[91] Di Nicola, *Famiglia: sostantivo plurale. Nuovi orizzonti e vecchi problemi*, 2a ed., FrancoAngeli, 2017, *passim*.

[92] Pati, *Diventare genitori. Padri e madri nella complessità delle relazioni familiari*, in Aa.Vv., *Educare alla genitorialità tra differenze di genere e di generazione*, Editrice La Scuola, 2005, p. 139 ss.

[93] Garaci, *Identità del minore e* best interest of the child, in *Dir. fam. e pers.*, 2020, 1659 ss.

[94] Milani, *Educazione e famiglie. Ricerche e nuove pratiche per la genitorialità*, cit., 137; D'Addelfio - Vinciguerra, *op. cit.*, 78.

Si potrebbe andare oltre, configurandoli come sede istituzionale per la composizione di eventuali dissidi tra genitori e figli[95], che sono inevitabili[96] perché il percorso di crescita è il risultato di un rapporto dialettico tra responsabilità genitoriale e concreta libertà di autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali[97].

Recentemente lo sguardo si è proiettato su un orizzonte più ampio. Della necessità di rafforzare una cultura di interventi di prevenzione e sostegno alle famiglie, fondati su un approccio proattivo, si è fatto carico il V Piano nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, approvato dall'Osservatorio Nazionale per l'infanzia nel maggio 2021[98]. Dalla lettura degli obiettivi e le azioni delle politiche per l'equità emerge un'indicazione chiara: al fine di superare la persistente caratteristica del sistema minorile, connotato dalla predominanza degli interventi di emergenza su quelli di prevenzione e promozione, è necessario ridare slancio all'ambiziosa visione contenuta nella legge quadro n. 328 del 2000 per la realizzazione di un sistema integrato dei servizi sociali[99].

Per rafforzare le capacità dei servizi di intercettare e sostenere i bisogni delle famiglie va consolidato il percorso virtuoso già avviato con l'adozione delle *Linee di indirizzo per le famiglie in situazioni di vulnerabilità e per la promozione della genitorialità positiva*[100], che hanno completato il quadro nazionale degli strumenti di orientamento per gli operatori del pubblico e del privato sociale disegnato dalle *Linee di indirizzo per l'affidamento familiare*[101] e dalle *Linee di indirizzo per l'accoglienza nei servizi residenziali per minorenni*[102].

Queste nuove policy si trovano oggi a godere finalmente di consistenti finanziamenti[103]. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, presentato dall'Italia all'Unione europea alla fine di aprile 2021, considera prioritarie le politiche familiari. In particolare nella Missione 5, Inclusione e Coesione, M5C2 *Infrastrutture sociali, famiglie, comunità e*

---

[95] In ragione di quanto previsto dall'art. 13 della Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti del minore la via da seguire non è certo quella giudiziale: cfr. Fioravanti, *La Convenzione di Strasburgo sull'esercizio dei diritti dei minori*, nel *Codice Commentato dei minori e dei soggetti deboli*, a cura di Basini, Bonilini, Cendon e Confortini, Utet, 2011, 3656 ss.

[96] Senza che questo porti necessariamente con sé la crisi della famiglia: Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, cit., 210.

[97] Ballarani, *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, 2008, 38 ss.; Thiene, *Riservatezza e autodeterminazione del minore nelle scelte esistenziali*, in *Fam. e dir.*, 2017, 172 ss.

[98] Osservatorio nazionale per l'infanzia e l'adolescenza, *5° Piano di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva*, Dipartimento per le politiche della famiglia, maggio, 2021, 30: *https://famiglia.governo.it/media/2647/secondo-testo-5-piano-infanzia.pdf*.

[99] Su cui Carapezza Figlia, *Diritto c.d. "sociale" della famiglia*, in Carapezza Figlia - Frezza - G. Perlingieri - Virgadamo, *Manuale di diritto di famiglia*, cit., 207 ss.

[100] Le *Linee di indirizzo nazionali per l'intervento con bambini e famiglie in situazione di vulnerabilità*, approvate il 21 dicembre 2017 in Conferenza unificata Stato-Regioni, recepiscono pratiche per la protezione dell'infanzia già consolidate a livello internazionale e sperimentate con successo nel Programma di intervento per la prevenzione dell'istituzionalizzazione (P.I.P.P.I.). Possono leggersi al link *https://www.minori.gov.it/it/minori/linee-di-indirizzo-nazionali-lintervento-con-bambini-e-famiglie-situazione-di-vulnerabilita*.

[101] Approvate dalla Conferenza unificata Stato-Regioni il 25 ottobre 2012 allo scopo di sostenere i nuclei più fragili e di prevenire le separazioni dei bambini dai loro genitori e di promuovere misure come l'affidamento familiare diurno o residenziale part time e l'affidamento intra-familiare. Possono leggersi al link *https://www.minori.gov.it/it/minori/linee-guida-affido*.

[102] Approvate dalla Conferenza Unificata Stato-Regioni il 14 dicembre 2017 anche al fine di valorizzare la dimensione familiare che deve caratterizzare i servizi di accoglienza residenziale. Cfr. *https://www.minori.gov.it/it/minori/linee-di-indirizzo-laccoglienza-nei-servizi-residenziali-minorenni*.

[103] Milani, *Nelle stanze dei bambini alle nove di sera. Contrastare e prevenire le diseguaglianze sociali*, cit., 94-95.

terzo settore, si evidenzia l'esigenza di rafforzare il ruolo dei servizi sociali territoriali con particolare riguardo al sostegno alle famiglie e ai bambini e agli adolescenti[104].

Questa strategia politica, non più rinviabile a fronte delle inquietanti indagini ISTAT[105], dovrebbe partire dalla consapevolezza della portata sociale della famiglia e consentire così all'etica della cura di uscire dall'intimità delle case per divenire etica pubblica.

Solo ritrovate connessioni generative tra diritto e scienze umane possono portare a riscoprire il coraggio dell'utopia educativa[106].

---

[104] Mari, *L'affido familiare tra intervento pubblico multilivello e attività del privato sociale*, in *Federalismi.it*, 2021, n. 17, 123.

[105] Le famiglie italiane sono innanzi tutto povere di figli: cfr. l'indagine di Bilotti - Garaci - Milani - Serbati - Thiene, *ITALY- National Report on Family Support Policy & Provision*, in *Child and Family Support Policies across Europe: National Reports from 27 Countries* in Abela *et al.*, *Child and family support policies across Europe: National reports from 27 countries.* EurofamNet, 2021, 327 ss.

[106] Per usare le parole di Vegetti Finzi, *Il romanzo della famiglia. Passioni e ragioni del vivere insieme*, Mondadori, Milano, 2017, 132.

STEFANO TROIANO

IL DIRITTO ALLO STATO DI FIGLIO E IL PROBLEMA DELLA SUA EFFETTIVITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. L'impulso impresso dalla Riforma della filiazione del 2012 alla piena attuazione del diritto del figlio allo stato. – 2. Le ipotesi residuali di perdurante compressione di tale diritto e la loro giustificazione: la permanenza della categoria dei figli cc.dd. "irriconoscibili". – 3. Due casi problematici: a) i figli di colei che si è avvalsa del diritto di partorire nell'anonimato: il problema se sia precluso, in questi casi, l'accertamento giudiziale della maternità. – 4. *Segue*: b) i figli che non possono essere riconosciuti a causa dell'opposizione di un genitore al secondo riconoscimento: le novità della riforma Cartabia.

1. *Premessa. L'impulso impresso dalla Riforma della filiazione del 2012 alla piena attuazione del diritto del figlio allo stato*

Le riflessioni che seguono, dedicate all'effettività del diritto allo stato di figlio, traggono origine da un assunto che si può considerare ormai unanimemente condiviso, ovvero che la situazione giuridica di cui si tratta, in quanto posta a presidio del pieno ed armonico sviluppo della personalità dell'individuo in quella primigenia formazione sociale a tale scopo essenziale che è la famiglia, costituisce un fondamentale diritto dell'uomo, rientrante nella sfera di tutela garantita dall'art. 2 Cost. e riconosciuto altresì, quale specie del diritto alla vita familiare, da tutte le principali Carte internazionali di protezione dei diritti umani[1].

Compito dell'ordinamento è garantirne l'effettività, ciò che presuppone che non siano posti limiti non necessari all'accertamento pubblico dello stato di figlio, essendo precisamente tale accertamento a consentire al figlio di godere della pienezza della sua condizione filiale (nonché «di crescere e di essere educato», in primo luogo, «nella propria famiglia»)[2].

Di questo offre conferma anche il disposto dell'art. 30, ult. co., Cost., lì dove copre con la garanzia della riserva di legge «le norme e i limiti per la ricerca della paternità»[3].

Ormai oltre un decennio or sono, facendosi carico di questa esigenza di fondo, la riforma della filiazione[4], in consonanza con il principio di unicità dello stato di figlio, vero e proprio principio cardine della riforma[5], apportava alla disciplina della filiazione

[1] V. artt. 8 e 12 CEDU e artt. 7 e 9 Carta diritti fondamentali UE.

[2] Così l'art. 1, comma 1°, l. 4 maggio 1983, n. 184, come riformata dalla l. 28 marzo 2001, n. 149, che ribadisce, di conseguenza, il carattere residuale dell'adozione.

[3] È appena il caso di rilevare che, in ossequio al fondamentale principio di eguaglianza, il riferimento testuale alla «paternità» deve ritenersi comprensivo anche della maternità.

[4] Avviata con la l. 10 dicembre 2012, n. 219 e completata dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154. Nella sterminata letteratura in argomento ci si limita a menzionare solo alcuni dei principali commentari alla riforma, ovvero: C.M. BIANCA (a cura di), *La Riforma della filiazione*, Cedam, 2015; Mi. BIANCA (a cura di), *Filiazione: Commento al decreto attuativo. Le novità introdotte dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, 2014; DOSSETTI-M. MORETTI-C. MORETTI (a cura di), *La riforma della filiazione*, Zanichelli, 2013; FIGONE, *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale. Testo aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154*, Giuffrè, 2014.

[5] Cfr. art. 315 c.c.: «tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico». Secondo LENTI, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, 207, il principio di unicità dello *status* ha valore di

una serie di radicali correttivi tesi, nel loro insieme, a rimuovere alcuni vincoli residui e non necessari (e, in taluni casi, finanche odiosi) all'accertamento della filiazione.

In questa direzione muoveva, ad esempio, l'eliminazione del preesistente divieto di riconoscimento dei figli cc.dd. "incestuosi", sostituito con la regola, sancita nel riformulato art. 251 c.c.[6], che, senza più distinguere tra buona o mala fede del genitore, ha ammesso in ogni caso il riconoscimento del figlio nato da relazioni incestuose tra parenti o affini, salva solo la necessità dell'autorizzazione giudiziale, da prestarsi avuto riguardo all'interesse del figlio e alla necessità di evitare allo stesso qualsiasi pregiudizio[7].

Nello stesso senso si indirizzavano, ancora, le innovazioni apportate al sistema delle prove della filiazione.

Oltre a rivedere in termini ampliativi il concetto di possesso di stato, di cui venivano semplificati i fatti costitutivi (v. art. 237 c.c.), la riforma della filiazione provvedeva anche a rimuovere molti dei limiti alla prova della filiazione, ispirandosi ad una generale esigenza di liberalizzazione dei mezzi di prova, innovando significativamente l'originario impianto codicistico, che prevedeva invece (artt. 241 e 242 c.c.) rigorosi limiti alla prova della filiazione quando mancasse l'atto di nascita e il possesso di stato, stabilendo che la prova per testimoni potesse essere ammessa solo quando vi fosse un principio di prova scritta ovvero fatti gravi precisi e concordanti da cui potesse desumersi l'esistenza di un rapporto di filiazione[8].

Si pensi, ulteriormente, alla riformulazione della disciplina delle azioni di stato, cioè delle azioni che, proprio a tutela del diritto fondamentale allo stato di figlio, consentono di pervenire, attraverso una pronuncia del giudice, all'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del rapporto di filiazione. Prima della riforma del 2012, le azioni erano rigidamente divise tra loro in ragione del tipo di stato che miravano ad accertare o a rimuovere, con una disciplina ispirata ad un marcato *favor legitimatis*, che si traduceva soprattutto in rigorosi limiti alla proponibilità dell'azione di disconoscimento della paternità, esperibile inoltre solo da una cerchia molto ristretta di soggetti legittimati, e, per converso, nell'ammissibilità senza limiti e con legittimazione estesa a tutti gli interessati, dell'impugnazione del riconoscimento del difetto di veridicità, che altresì, a differenza dell'altra, era azione imprescrittibile (per tutti i legittimati). La riforma della filiazione, in linea con una tendenza già emersa in modo prepotente nella giurisprudenza[9], privilegiava invece nettamente l'esigenza di far conseguire al figlio una

---

«canone interpretativo generale di tutta la materia», mentre, per Ferrando, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Jus Civile*, 2013, 145 (anche in *Corr. giur.*, 2013, 525 ss.), esso costituisce «il super principio posto dalla nuova legge».

[6] Sul quale v., soprattutto, Auletta, *Riconoscimento dei figli incestuosi*, in *La riforma del diritto della filiazione*, Comm. sist. a cura di C.M. Bianca, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 478 ss.

[7] Cfr. Lisella, *Riconoscimento di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Comp. dir. civ.*, 2013, 5 (anche in Pane [a cura di], *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*, ESI, 2014, 57). Sia consentito rinviare inoltre a S. Troiano, *L'autorizzazione giudiziale al riconoscimento dei figli nati da parenti o affini*, in *Scritti in onore di Giovanni Iudica*, Giuffrè, 2014, 1397 ss.

[8] Tanta cautela, che era giustificata dalla mancanza, all'epoca di elaborazione del codice, di prove oggettive che potessero dare certezza circa l'esistenza del rapporto di filiazione, non ha oggi evidentemente più ragion d'essere, atteso che l'evoluzione scientifica offre ormai modalità di accertamento che consentono, con analisi genetiche o ematologiche che presentano un ridottissimo margine di errore, di provare con certezza quali siano i genitori biologici del figlio.

[9] V., per tutte, Corte cost., 10.2.2006, n. 50, in *Giur. it.*, 2006, 2242 s., la quale aveva già dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 274 c.c. nella parte in cui subordinava l'esercizio dell'azione per la dichiarazione di paternità o maternità naturale al previo esperimento di una procedura delibatoria di ammissibilità. La Corte, in particolare, aveva osservato come quella procedura si prestasse a strumentalizzazioni, risolvendosi in un ostacolo all'esercizio del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost., e ciò per giunta in

posizione corrispondente alla verità del rapporto di filiazione biologica (*favor veritatis*), salvi opportuni temperamenti lì dove sussistesse l'interesse a conservare la stabilità di una relazione nei fatti già instauratasi, quando cioè si fosse già costituito un rapporto effettivo tra genitori e figlio.

Temperamenti, quest' ultimi, comunque funzionali a garantire al figlio il diritto effettivo allo stato, inteso, in questo caso, come garanzia che, dopo un certo lasso di tempo, la certezza dello *status* già acquisito con caratteri di stabilità possa prevalere sull'interesse, qui recessivo, alla verità del rapporto di filiazione[10]. In questa prospettiva va, in particolare, letta quella che era apparsa, allora, come una delle più significative novità della riforma, ossia la nuova disciplina dei termini per l'esercizio dell'azione da parte dei legittimati diversi dal figlio, termini che sono stati resi sostanzialmente analoghi per entrambe le principali azioni di stato e che hanno altresì visto l'inserimento, nell'azione di disconoscimento di paternità, di un ulteriore termine "di chiusura", prevedendosi che, nel caso in cui ad agire siano la madre o il presunto padre, l'azione non possa essere proposta quando siano decorsi *cinque anni* dalla nascita. Specularmente, in materia di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità, dove l'originario impianto del codice non prevedeva limiti all'esperimento dell'azione per nessuno dei soggetti legittimati, si è mantenuta l'imprescrittibilità per il solo figlio, e si sono introdotti invece rigorosi termini decadenziali per gli altri legittimati (compreso il termine "tombale" di cinque anni dall'annotazione del riconoscimento)[11].

2. *Le ipotesi residuali di perdurante compressione di tale diritto e la loro giustificazione: la permanenza della categoria dei figli cc.dd. "irriconoscibili"*

Tutto questo articolato insieme di modifiche e di innovazioni introdotto dalla riforma della filiazione, pur rappresentando un innegabile straordinario passo in avanti, non è tuttavia riuscito a rimuovere del tutto, dal nostro ordinamento, qualsivoglia ipotesi in cui al figlio, per ragioni varie, sia negato l'accertamento dello stato di filiazione[12].

---

relazione a procedure volte alla tutela di diritti fondamentali, relativi allo *status* ed alla identità biologica, violando, altresì, il precetto della ragionevole durata del processo, gravato da un'autonoma fase, prodromica al giudizio di merito, priva, in realtà, di reale funzione.

[10] Venuta meno, con l'unificazione dello *status filiationis*, l'esigenza di attribuire o conservare al figlio lo stato per lui più favorevole, due sono infatti i contrapposti interessi che, nella disciplina delle azioni in esame, occorre bilanciare: da una parte, l'interesse del figlio, e di tutti i soggetti interessati, a che vi sia corrispondenza tra quanto risulta dagli atti dello stato civile e la verità biologica della filiazione; dall'altra parte, l'interesse alla certezza e alla stabilità dello *status* dal figlio acquisito e mantenuto nel tempo.

[11] È venuta in tal modo meno una grave discriminazione a carico del figlio nato fuori del matrimonio, che si trovava esposto senza limiti temporali alla possibilità di un'azione di terzi intesa a rimuovere il suo stato, con una regola che, per entrambe le azioni, come detto, tende ad assicurare che, dopo un certo lasso di tempo, la certezza dello *status* prevalga sull'interesse alla verità del rapporto di filiazione. Unico legittimato all'azione per il quale permane il regime dell'imprescrittibilità dell'azione è il figlio, come per il disconoscimento di paternità unico soggetto a cui il legislatore attribuisce, senza limiti di tempo, la possibilità di recidere lo stato di figlio che altri gli abbia attribuito volontariamente, con il riconoscimento. A lui solamente spetta, così, senza limiti temporali, la scelta tra i due interessi contrapposti, quello a mantenere lo stato di figlio acquisito anche nella consapevolezza della sua non veridicità, ovvero la scelta di far prevalere il *favor veritatis* circa le proprie origini biologiche.

[12] Si pensi, per fare qualche esempio, al caso di figlio nato da una relazione tra parenti o affini rispetto al quale il giudice neghi l'autorizzazione al riconoscimento o, ancora, a quello, di cui si dirà tra breve (v. *sub* par. 4) del figlio infraquattordicenne, già riconosciuto da un genitore che si opponga al suo riconoscimento tardivo da parte dell'altro genitore.

Alcune ipotesi, sia pure con un ruolo residuale, sono infatti rimaste, e su talune di queste, per varie ragioni paradigmatiche, è utile in questa sede soffermare l'attenzione, nella consapevolezza che, trattandosi di eccezioni ad un principio di inderogabile tutela della persona, la loro stessa sopravvivenza nel sistema richiede una giustificazione rafforzata, che ne attesti senza ombra di dubbio la ragionevolezza.

Di conseguenza non è scomparsa dall'ordinamento italiano la stessa categoria dei cc.dd. "figli irriconoscibili". Non vi è stata, in altre parole, l'abrogazione né espressa né tacita di quelle norme che a tale categoria di figli, nell'impossibilità di attribuire loro la titolarità formale dello stato, attribuiscono alcuni specifici e più limitati diritti nei confronti di coloro che li hanno generati, sul presupposto di un accertamento meramente incidentale del rapporto procreativo[13].

Il riferimento è, in particolare, a tre disposizioni: quella contenuta nell'art. 279 c.c., il cui comma 1°, dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 154/2013, stabilisce che «in ogni caso in cui non può proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità[14], il figlio nato fuori del matrimonio può agire per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione», mentre, «se maggiorenne e in stato di bisogno può agire per ottenere gli alimenti»[15]; e quelle contenute negli artt. 580 e 594 c.c., i quali, con formulazioni sostanzialmente corrispondenti, attribuiscono ai figli non riconoscibili aventi diritto al mantenimento, all'istruzione e alla educazione a norma dell'art. 279 c.c. un assegno vitalizio a titolo, rispettivamente, di successione legittima[16] e di successione necessaria (in qualità, dunque, di legittimari)[17].

Il d.lgs. n. 154/2013 ha infatti scelto di conservare tali disposizioni ad esse apportando solo alcune modifiche, chirurgiche e per lo più di carattere formale, ossia tese ad eliminare dalle stesse la terminologia, ormai antiquata, che distingueva tra figli legittimi e figli naturali. La scelta è apparsa in ogni caso opportuna, nella misura in cui è stata volta a garantire una tutela minima anche a coloro che, per determinati ragioni obiettive su cui si tornerà, non siano nella condizione di poter conseguire lo stato di figlio riconosciuto o dichiarato giudizialmente[18].

---

[13] Un accertamento, dunque, sul quale non si forma il giudicato e che non accerta uno stato di filiazione, bensì una condizione naturale che è mero presupposto di taluni diritti di natura patrimoniale nei confronti del genitore, diritti che hanno titolo nel fatto naturale della procreazione (v. Cass., 24.1.1986, n. 467, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1250). Sulla questione se, oltre a tali limitati diritti di natura patrimoniale l'accertamento di cui all'art. 279 c.c. comporti il sorgere in capo al genitore anche di taluni poteri-doveri di natura personale (più limitati però rispetto a quella discendenti dalla responsabilità genitoriale e circoscritti alla sola sfera educativa) si rinvia a S. Troiano, *op. cit.*, 1397 ss.

[14] Norma, questa, che andava a sua volta letta congiuntamente all'art. 278 c.c., il quale (sempre *ante* d.lgs. n. 154/2013) escludeva l'ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità naturale e le relative indagini, nei casi in cui è vietato il riconoscimento dei figli incestuosi.

[15] Ulteriormente, ai sensi dei commi successivi, «l'azione è ammessa previa autorizzazione del giudice ai sensi dell'art. 274» e «l'azione può essere promossa nell'interesse del figlio minore da un curatore speciale nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero o del genitore che esercita la potestà».

[16] Ai sensi dell'art. 580 c.c., l'assegno è «pari all'ammontare della rendita della quota di eredità alla quale avrebbero diritto, se la filiazione fosse stata dichiarata o riconosciuta», ferma la facoltà di ottenere su richiesta «la capitalizzazione dell'assegno (…), in denaro, ovvero, a scelta degli eredi legittimi, in beni ereditari».

[17] A norma dell'art. 594 «gli eredi, i legatari e i donatari sono tenuti, in proporzione a quanto hanno ricevuto, a corrispondere ai figli nati fuori del matrimonio di cui all'art. 279, un assegno vitalizio nei limiti stabiliti dall'art. 580, se il genitore non ha disposto per donazione o testamento in favore dei figli medesimi». La disposizione quindi prosegue precisando che «se il genitore ha disposto in loro favore, essi possono rinunziare alla disposizione e chiedere l'assegno».

[18] Riguardo al trattamento differenziato riservato in termini di diritti successori ai figli non riconoscibili, la *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo* (d.lgs. n. 154/2013) spiega la scelta di mantenerlo in quanto ritenuta «coerente con il sistema che attribuisce diritti successori "pieni" solo ai figli

È certo però che continuano ad esservi figli, nel nostro ordinamento, che, non per loro scelta, devono accontentarsi appunto di tale tutela minore, non potendo godere della pienezza del rapporto di filiazione, con i diritti e i doveri ad essa corrispondenti[19] e, in particolare, trovandosi a subire, in sede successoria, un trattamento diverso (anche se non necessariamente deteriore)[20] rispetto a quello spettante a tutti gli altri figli.

Ci si può chiedere allora se il legislatore della riforma, anziché mantenere ferma la differenziazione, non potesse trovare una soluzione per ripensare l'intera materia e giungere, in qualche modo, all'eliminazione anche di questa, sia pur residuale, categoria di figli[21].

Con riferimento specifico alle norme relative alla successione dei figli non riconoscibili, la valutazione è, in effetti, più complicata. A ben vedere, infatti, in una logica di massima considerazione dell'interesse del figlio, non sembrerebbe precluso al legislatore di adottare una regola che consenta anche a questi figli di conseguire i *pieni* diritti successori sul solo presupposto dell'accertamento incidentale del rapporto di filiazione. Non sembra, infatti, ragionevole negare i diritti successori pieni verso il proprio genitore a chi, per ragioni obiettive (come nel caso di autorizzazione negata dal giudice) o per ragioni personali ma tali da non poter essere ignorate dall'ordinamento (come nel caso di figlio c.d. "incestuoso" che, pur potendo, preferisca per una propria comprensibile remora non agire per la dichiarazione di paternità o di maternità, o in altri casi di impossibilità morale accertata in concreto), è preclusa la via dell'accertamento pubblico dello stato. Il risultato finisce per essere proprio quello, che la riforma della filiazione aveva, in via generale, voluto scongiurare, ossia di far ricadere sui figli le conseguenze negative di fatti o comportamenti a loro estranei[22]. D'altronde, non si può non evidenziare come lo

nati fuori del matrimonio, per i quali sia intervenuto il riconoscimento o l'accertamento giudiziale della filiazione».

[19] Cfr. V. Barba, *La successione* mortis causa *dei figli naturali dal 1942 al disegno di legge recante "Disposizioni in materia di riconoscimenti dei figli naturali"*, in *Fam., pers. e succ.*, 2012, 667.

[20] In particolare, l'assegno successorio di cui agli artt. 580 e 594 c.c., se ha l'effetto (in sé discriminatorio) di mantenere il figlio estraneo alla comunione ereditaria, può però anche di fatto acquisire, in ragione della sua natura vitalizia, un'incidenza sull'eredità maggiore rispetto a una successione a titolo di erede. È però certo che, sempre per la sua natura, esso si traduce in uno svantaggio per gli eredi del figlio, i quali non riceveranno, se non in via indiretta, il beneficio che al loro dante causa è derivato dall'assegno. Per queste riflessioni v. già A. e M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, II, Giuffrè, 1984, 2353 s.

[21] Secondo Garlatti, *Diritti dei figli nati fuori del matrimonio non riconoscibili*, in Mi. Bianca (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, cit., 239, il mantenimento di queste differenziazioni per alcuni figli non costituisce alcuna illegittima discriminazione, «posto che non possono ragionevolmente porsi sullo stesso piano i casi in cui la filiazione risulti legalmente accertata e i casi in cui non lo sia, in quanto non accertabile nell'interesse stesso del figlio». Ci sembra però che queste considerazioni colgano solo in parte i termini del problema: non è in discussione, infatti, l'opportunità di precludere l'accertamento dello stato nei casi in cui questo potrebbe essere di pregiudizio per il figlio, bensì l'opportunità di continuare a prevedere che in questi casi il mero accertamento incidentale del rapporto di procreazione non possa bastare a garantire al figlio, anche solo sotto il piano patrimoniale (ad es., in sede di successione), gli *stessi* diritti che spetterebbero ai figli il cui stato è accertato pubblicamente. Inoltre, come si vedrà nel prosieguo, anche nei casi in cui l'accertamento possa risultare in pregiudizio per il figlio, è sempre necessario verificare che al risultato della negazione dell'accertamento si pervenga solo a seguito di un rigoroso apprezzamento dell'effettiva incidenza dell'accertamento sulla posizione del figlio, evitando qualsivoglia automatismo o presunzione.

[22] In una prospettiva di riforma legislativa, ci pare che la previsione di diritti successori a contenuto "minore" potrebbe invece essere conservata e rimanere giustificata, come una sorta di contrappeso per la mancata costituzione di un rapporto pieno di filiazione, per quei soli figli che, volontariamente e in assenza di qualsiasi impedimento anche solo morale, preferissero rinunciare a conseguire l'accertamento pubblico dello stato, salvo poi indursi a far valere comunque una propria posizione successoria verso il genitore biologico (sempre che si ritenga che anche queste ipotesi debbano farsi confluire nell'ambito di applicazione degli artt. 580 e 594 c.c.).

status sia oggetto di un diritto fondamentale del figlio non perché costituisca, in sé e per sé, un bene della vita essenziale, ma in quanto è *funzionale* alla realizzazione di interessi ulteriori del figlio, di cui lo *status* è solo posizione riassuntiva. Se tali interessi ulteriori possono essere perseguiti, senza sacrificio di diritti altrui, anche indipendentemente da un accertamento formale della posizione degli stessi riassuntiva, non vi è ragione per negare la tutela piena di tali interessi a colui che sia pure in via puramente incidentale è accertato essere stato generato da una data persona.

Ribadiamo però che questo ragionamento vale per i diritti successori previsti dagli artt. 580 e 594 c.c., ma non può valere anche per la disciplina dettata dall'art. 279 c.c., in quanto questa, lungi dall'essere discriminatoria o penalizzante, si limita a prendere atto dell'impossibilità dell'instaurazione formale e piena del rapporto di filiazione, perché ritenuta *contraria all'interesse stesso del figlio*, temperando le conseguenze drastiche di questa impossibilità oggettiva consentendo comunque al figlio di conseguire tutti quegli effetti vantaggiosi che sono compatibili con la mancata costituzione del rapporto, tenendolo al contempo esente da obblighi nei confronti del genitore. La norma, in altre parole, è il risultato di un attento bilanciamento di interessi, che non si vede come avrebbe potuto essere conseguito diversamente.

3. *Due casi problematici: a) i figli di colei che si è avvalsa del diritto di partorire nell'anonimato: il problema se sia precluso, in questi casi, l'accertamento giudiziale della maternità*

Tra i casi di possibile, ma controversa, negazione del diritto allo stato di figlio si colloca in primo piano la preclusione che, secondo una determinata lettura delle norme attualmente vigenti in materia, potrebbe derivare dalla scelta della madre di partorire nell'anonimato, in esercizio del diritto sancito dall'art. 30 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, rafforzato dalla garanzia centennale di segretezza disposta dall'art. 93 Codice in materia di protezione dei dati personali (Cod. privacy)[23].

Se la tutela dell'anonimato della madre si traduca, di diritto o anche solo di fatto, in una preclusione all'esperibilità, da parte del figlio, dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità (e quindi in una condizione che esclude la legittimazione passiva della madre di cui all'art. 269 c.c.) è, infatti, quesito tuttora discusso, a cui la giurisprudenza sembra, di recente, avere dato risposta positiva, ma che merita, a un più attento esame, di essere meglio inquadrato alla luce del fondamento normativo del diritto all'anonimato, anche nel suo aspetto più durevole discendente dal disposto del citato art. 93 Cod. privacy.

La tesi secondo cui dal limite che l'art. 93 pone all'accesso ai dati identificativi della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata si dovrebbe trarre la conseguenza giuridica dell'inesperibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di maternità anche da parte del figlio che non sia stato adottato[24], trae argomento proprio dal rilievo secondo cui a ciò dovrebbe indurre la *ratio* della regola (evitare il condizio-

[23] Anche sul diritto della madre all'anonimato insiste ormai una vasta letteratura, alimentata da ripetuti interventi delle Corti (Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di Cassazione). Per la bibliografia essenziale in argomento si rinvia agli Aa. citati nelle note seguenti.

[24] Per il figlio adottato la preclusione deriva, infatti, già dal combinato disposto degli artt. 253 e 269 c.c. Come rileva BUGETTI, *L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato*, in *Corr. giur.*, 2020, 1478 ss., il problema si pone invece nei casi, invero rari, in cui il figlio, che sia stato riconosciuto solo dal padre, in possesso dell'attestazione di nascita, venga a conoscenza dell'identità

namento che sulla donna può esercitare la prospettiva anche solo futura ed eventuale di trovarsi confrontata con le proprie responsabilità, giuridiche e morali, di madre). Tale prospettiva potrebbe, appunto, concretizzarsi a seguito di un'eventuale azione di accertamento del rapporto di filiazione successivamente proposta dal figlio[25].

L'argomento, tuttavia, non convince appieno[26].

In primo luogo, si deve rilevare che il legislatore si è premurato di porre un limite solo all'accesso a quei certificati sanitari (cartella clinica e certificato di assistenza al parto) che documentano la nascita e le circostanze della stessa, ma senza in alcun modo precludere indagini circa altri fatti o circostanze che possano rivelare l'identità della madre[27].

In secondo luogo, occorre rilevare che, nel caso di specie, diversamente da quanto avviene per il figlio che sia stato adottato, il figlio agisce per ottenere l'accertamento formale del legame rispetto alla madre al fine specifico di ovviare all'assenza di *qualsiasi* legame materno. La negazione del diritto di agire si tradurrebbe quindi nella compressione totale del diritto del figlio al riconoscimento della maternità, che è dimensione certamente essenziale per lo sviluppo della sua personalità.

Oltre alla considerazione dell'importanza dell'interesse del figlio che verrebbe altrimenti sacrificato, decisiva è poi l'osservazione che la rilevata *ratio* del diritto all'anonimato non può dirsi realmente compromessa dall'ammissione di un perdurante margine di esperibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità da parte del figlio non adottato. L'eventualità che il figlio, pur non potendo, per tutta la durata della sua vita presumibile (ossia, passati i cento anni), avere accesso a tutte le informazioni cliniche e sanitarie che tale rapporto di filiazione attestano, riesca, nell'ambito di questo giudizio, a fornire la prova della maternità è, infatti, un'eventualità non inesistente ma certamente alquanto remota[28] (anche se non così remota da ritenere che l'esperibilità

---

della madre sulla base di autonome indagini, pur in assenza di condotte illecite dirette a disvelare il segreto in merito al nome della partoriente, che la p.a. è ovviamente tenuta ad osservare.

[25] In questi termini Cass., 22.9.2020, n. 19824, che ha applicato anche all'accertamento della maternità i limiti che la scelta della madre di partorire nell'anonimato pone al diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini, negando dunque l'esperibilità dell'azione ai sensi dell'art. 269 c.c. nei suoi confronti, fintanto che questa non revochi la scelta ovvero deceda (ipotesi, quest'ultima, nella quale, secondo il diritto effettivamente applicato dalle Corti, il diritto all'anonimato viene meno anche prima del decorso dei cento anni dalla formazione del certificato di nascita). Per i commenti a questa decisione v. Bugetti, *L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato*, in *Corr. giur.*, 2020, 1478 ss., Mendola, *Azione di accertamento dello stato di figlio e limiti al diritto all'anonimato materno*, in *Fam. e dir.*, 2021, 166 ss., Renna, *Dichiarazione giudiziale di paternità e anonimato materno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 388 ss., De Menech, *Parto anonimo e dichiarazione giudiziale della maternità: le nuove prospettive dell'identità biologica*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di Granelli, Giuffrè, 2021, 110 ss.

[26] Ritengono ammissibile l'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità, tra gli altri, Bugetti, *L'accertamento della maternità nei confronti della madre che si sia avvalsa dell'anonimato*, in *Corr. giur.*, 2020, 1478 ss., Granelli, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti*, in *Jus Civile*, 2016, 572 ss., Di Lorenzo, *Tutela dell'identità personale e verità della procreazione. "*Mors omnia solvit", in *Dir. fam. e pers.*, 2018, II, 1579 s. In giurisprudenza, cfr. Cass., 23.4.2010, n. 9727 e Trib. Milano, Sez. I, 14.10.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 476.

[27] Come rileva C.M. Bianca, *sub* art. 93, cit., 1400, la legge non sancisce quel divieto d'indagini cui si collega tradizionalmente l'improponibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità. Lo stesso A., in altra sede (*Diritto civile*, 2.1, *La famiglia*, Giuffrè, 2014, 390, nt. 256), osservava inoltre come nel caso in cui il figlio, venuto comunque a conoscenza dell'identità della madre, proponesse l'azione per l'accertamento giudiziale della maternità nei suoi riguardi, «la madre non potrebbe opporre il suo anonimato senza per ciò stesso ammettere la propria identità».

[28] Osserva al riguardo Renda, *L'accertamento della maternità: anonimato materno e responsabilità per la procreazione*, cit., 527, che «l'unico soggetto in grado di reclamare efficacemente la propria mater-

dell'azione giudiziale di accertamento della maternità, pur non preclusa in termini giuridici, lo sia in termini di fatto)[29].

Dubbia è, in ogni caso, la sussistenza di una effettiva (rilevante) somiglianza tra le due situazioni, e tra i diritti ad esse sottesi (alla conoscenza delle proprie origini e all'accertamento della maternità), che possa giustificare l'applicazione della stessa disciplina[30].

Né la regola può ritenersi implicita nel disposto dell'art. 30 d.P.R. n. 396/2000, norma di fonte regolamentare, atteso che i limiti alla ricerca della paternità (*rectius*: genitorialità) sono sottoposti alla già richiamata riserva costituzionale di legge[31].

Concentrando l'attenzione sul più recente arresto giurisprudenziale in argomento, si deve poi evidenziare come esso, nella prospettiva del già segnalato parallelismo che si pretende di instaurare tra la conoscenza dell'identità della madre e l'accertamento pubblico della genitorialità, si spinga ad estendere a quest'ultima situazione anche l'orientamento, maturato nell'interpretazione dell'art. 30 d.P.R. n. 396/2000 e dell'art. 93 Cod. privacy, secondo cui il divieto centennale di accesso alla conoscenza dei dati identificativi della madre verrebbe meno non solo quando questa revochi l'anonimato, acconsentendo a rendere nota la propria identità, ma anche quando questa deceda anticipatamente rispetto al decorso del termine di cento anni[32]. Trasponendo questi criteri al problema dell'accertamento della maternità, si giunge dunque ad affermare che l'azione per la dichiarazione giudiziale della maternità sia ammissibile ove proposta dopo la morte della madre. Sennonché, così ragionando si finisce, come è stato esattamente rilevato, per attribuire al decesso della persona un valore che a tale evento di norma non è mai riconosciuto nel regime delle azioni di stato[33] (e la cui rilevanza anche al fine di far cadere il divieto di rivelare l'identità della madre in deroga al disposto dell'art. 93 Cod. privacy, è peraltro il frutto di una creazione giurisprudenziale, a ben vedere di dubbio

---

nità sarebbe colui che potesse contare sulla provvidenziale, quanto improbabile, rivelazione dell'identità materna da parte del proprio padre biologico, così da provare i fatti posti a fondamento del proprio diritto esclusivamente con l'ausilio dei riscontri genetici».

[29] Proprio movendo da questa premessa, taluno (Renda, *op. cit.*, 527) propone invece un'interpretazione dell'art. 93, comma 2°, cod. protezione dati personali, che ne escluda in radice l'applicazione al figlio di ignoti, e ciò, in particolare, ipotizzando l'applicazione, al caso di specie, dell'art. 92, comma 2°, ossia del principio generale che consente l'accesso a dati contenuti in documenti sanitari da parte di soggetti diversi dall'interessato, in presenza della «documentata necessità (oltre che di tutelare una situazione giuridica di rango pari a quella dell'interessato, o consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile) di far valere un diritto in sede giudiziaria, di rango pari a quello dell'interessato, o - ancora - consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

[30] Al riguardo si è, in modo a mio avviso condivisibile, rilevato (Bugetti, *op. cit.*, 1478 ss.) che «i casi, anzi, sembrano tra loro antitetici: in uno si tratta di un figlio che conosce l'identità della madre e intende ottenere l'accertamento della genitorialità, mentre, nel secondo caso, di un figlio a cui è precluso l'accertamento della genitorialità biologica (avendo lo stato di figlio adottivo) e che intende conoscere l'identità della madre biologica che gli è ignota. I diritti sottesi alle differenti richieste sono tra loro altrettanto distinti: il diritto (peraltro di rango costituzionale) a conseguire lo *status filiationis* ed il diritto alla conoscenza delle origini».

[31] Così anche Bugetti, *op. cit.*, 1478 ss.

[32] Si veda, in un orientamento che pare ormai consolidato, Cass., 21.7.2016, n. 15024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 1484.

[33] Nota, infatti, Bugetti, *op. cit.*, 1478 ss., come dal tenore dell'art 276 c.c. («La domanda per la dichiarazione di paternità o di maternità deve essere proposta nei confronti del presunto genitore o, in sua mancanza, nei confronti dei suoi eredi. In loro mancanza, la domanda deve essere proposta nei confronti di un curatore nominato dal giudice davanti al quale il giudizio deve essere promosso») si desuma chiaramente che l'evento morte non incide in alcun modo sull'ammissibilità delle azioni di stato.

fondamento[34], oltre che, questa sì, potenzialmente idonea a mettere a repentaglio il perseguimento delle finalità a cui risponde il diritto all'anonimato).

In sintesi, dunque, siamo qui di fronte ad una situazione rispetto alla quale l'affermazione di una limitazione del diritto all'accertamento pubblico dello stato di figlio, pur ricorrente in giurisprudenza, non trova in realtà piena giustificazione. Una diversa interpretazione, in ossequio al principio della eccezionalità dei limiti posti dalla legge all'esercizio di tale diritto, sarebbe senz'altro auspicabile.

4. Segue*: b) i figli che non possono essere riconosciuti a causa dell'opposizione di un genitore al secondo riconoscimento: le novità della riforma Cartabia*

Un secondo caso paradigmatico di residua "irriconoscibilità" del figlio è offerto dall'ipotesi in cui il figlio non possa, almeno temporaneamente, essere riconosciuto da uno dei genitori, in quanto, trattandosi di minore di quattordici anni già riconosciuto da un genitore, al riconoscimento tardivo da parte dell'altro venga sollevata opposizione da parte del primo genitore, che neghi il suo consenso al secondo riconoscimento.

L'ipotesi, com'è noto, è regolata dall'art. 250, comma 4°, c.c., che è stato recentemente modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (c.d. *Riforma Cartabia*)[35]. Si tratta di un intervento di modifica che interviene a distanza di dieci anni dalle modifiche già apportate a questo articolo dalla precedente riforma della filiazione e che si appunta, più precisamente, proprio sul procedimento in virtù del quale il genitore che intende riconoscere il minore infraquattordicenne, e a cui sia però stato opposto il rifiuto dell'altro genitore, può ottenere dal giudice una sentenza che autorizza il riconoscimento e tiene luogo del consenso non prestato[36].

Il procedimento in parola era, infatti, già stato radicalmente innovato in occasione della riforma della filiazione del 2012, con modifiche[37] che, recependo alcune istanze correttive avanzate dalla dottrina negli anni precedenti, erano state volte, in prevalenza, a prevederne una disciplina più accurata e a renderne più snelli alcuni passaggi.

L'attuale riforma, pur confermando gran parte delle scelte compiute in quell'occasione[38], ritorna però su alcune di esse, prestandosi a valutazioni contrastanti proprio

---

[34] Cfr., sul punto, De Menech, *Parto anonimo e dichiarazione giudiziale della maternità: le nuove prospettive dell'identità biologica*, cit., 110 ss.

[35] In Gazz. Uff. 19.10.2022, serie gen. n. 245, suppl. ord. n. 5.

[36] In tal caso, il secondo riconoscimento non ha effetto senza l'assenso del figlio medesimo, se ultraquattordicenne (comma 2°), ovvero, nel caso in cui il figlio non abbia ancora compiuto quattordici anni, non può avvenire senza il consenso del genitore che abbia compiuto per primo il riconoscimento (comma 3°). Nel caso in cui detto genitore si rifiuti di prestare il proprio assenso o ometta di manifestare la propria volontà al riguardo, l'altro genitore può rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere la pronuncia di una sentenza costitutiva che tenga il luogo del consenso rifiutato dall'altro genitore.

[37] Disposte, in particolare, dall'art. 1, comma 2°, lett. d), della l. 10 dicembre 2012, n. 219. Il testo previgente a quella riforma era il seguente: «Il consenso non può essere rifiutato ove il riconoscimento risponda all'interesse del figlio. Se vi è opposizione, su ricorso del genitore che vuole effettuare il riconoscimento, sentito il minore in contraddittorio con il genitore che si oppone e con l'intervento del pubblico ministero, decide il tribunale con sentenza che, in caso di accoglimento della domanda, tiene luogo del consenso mancante».

[38] Si conferma, innanzitutto, che l'età sotto la quale è necessario il consenso dell'altro genitore è fissata ai 14 anni (di contro ai 16 anni del regime previgente al 2012) e si ribadisce l'essenzialità dell'ascolto del minore, due aspetti entrambi cruciali per dare forma e concretezza alla direttrice di valorizzazione dell'autonomia del minore nel compimento di scelte di rilievo esistenziale, già con coerenza perseguita dal legislatore del 2012.

sul piano della sua reale efficacia ed opportunità in relazione all'esigenza di favorire l'accertamento dello stato o, se si preferisce, di non frapporre ad esso ostacoli non necessari. Nel contesto di cui si tratta, più che in ogni altro, occorre, infatti, tenere a mente la posizione di preminenza in cui si colloca l'interesse del figlio, posto che la nuova formulazione del comma 4° lascia impregiudicata la fondamentale regola, enunciata nel primo periodo, che ricollega il consenso alla tutela dell'esclusivo interesse del figlio («il consenso non può essere rifiutato se risponde all'interesse del figlio»)[39].

Peraltro, secondo la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022, il significato della modifica apportata al comma 4° dell'art. 250 c.c. è solo quello di «armonizzare» il procedimento previsto in questo articolo «con i principi che reggono il nuovo rito unitario in materia di procedimenti per le persone, i minorenni e le famiglie», in attuazione del principio di delega di cui all'art. 1 comma 22°, lett. a), l. 26 novembre 2021, n. 206.

La premessa è, infatti, che le nuove disposizioni che regolano il predetto procedimento unitario, contenute in particolare negli artt. 473-*bis* e ss. c.p.c., si applicano, salvo solo circoscritte eccezioni, a *tutti* i procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni (art. 473-*bis* c.p.c.), incluso quello previsto, appunto, dall'art. 250 c.c. Ciò in linea con l'idea, a cui la riforma si ispira, tesa ad elevare il nuovo rito familiare a modello processuale (sì a tutela differenziata e speciale, ma) a cognizione piena e con carattere e vocazione generali.

Almeno nelle intenzioni, l'intervento di modifica dell'art. 250 c.c. è, dunque, limitato alla realizzazione di questa sola finalità, in coerenza con i limiti della delega ricevuta, e non si preoccupa pertanto di risolvere altri nodi problematici che erano rimasti pur a seguito della riforma intervenuta nel 2012, nonostante le numerose migliorie da questa apportate[40].

Alcune modifiche, come si è anticipato, acquistano però diretto rilievo anche sul piano della garanzia effettiva del diritto allo stato, e devono quindi essere apprezzate anche sotto questo specifico angolo visuale. Si può anticipare che il quadro che ne emerge presenta sia elementi positivi, sia talune perplessità, già evidenziate dai primi commentatori[41].

Tralasciando, perché esorbita dell'economia del presente contributo, il profilo attinente alla natura del procedimento, di cui viene ora esplicitato il carattere contenzioso[42]

---

[39] Anche oggi dunque il significato della norma è sempre quello di rimarcare, da un lato, che lo scopo del consenso del genitore che ha per primo riconosciuto il figlio, come richiesto dal comma 3° dell'art. 250 c.c., risiede nell'esclusivo interesse del figlio e, in particolare, nell'esigenza di impedire riconoscimenti tardivi ed interessati che concretamente muovano in senso contrario all'interesse del minore, alterando un equilibrio di relazioni affettive, materiali e sociali già consolidatosi (cfr. per tutti Sesta, *La filiazione*, in *Tr. Bessone*, Utet, 2° ed., 2011, IV, 4, 255; Ferrando, *La nuova legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *Corr. giur.*, 2013, 140), e, dall'altro, in coerenza con la natura funzionale del consenso, escludere che il potere del genitore di negare il consenso possa configurarsi come un vero e proprio diritto di veto, limitandone l'esercizio abusivo (v. sempre Ferrando, *op. ult. cit.*, 142).

[40] Si tratta di un aspetto stigmatizzato dai primi commentatori: v. G. De Cristofaro, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della "legge Cartabia" (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1422. Va però ribadito che il legislatore delegato si è mosso entro i binari segnati dai principi di delega e che un intervento di più ampia portata sarebbe stato, quindi, non giustificato.

[41] Il riferimento è sempre a G. De Cristofaro, *op. cit.*, 1418 ss.

[42] Prima di quest'ultima riforma, si riteneva invece che quello in oggetto fosse un giudizio camerale nella forma ma contenzioso nella sostanza: precisamente (Tommaseo, *La nuova disciplina dei giudizi sull'opposizione al riconoscimento successivo dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Giur. it.*, 2014, 2337 s.), un procedimento cameral-contenzioso in primo grado, deciso con sentenza impugnabile in appello nei

e che segue integralmente le regole del rito unitario di cui agli artt. 473-*bis* c.p.c., di particolare rilievo sono le modifiche alla disciplina specifica del procedimento.

Si ricordi che la formulazione previgente stabiliva, in primo luogo, che, in caso di rifiuto del consenso da parte dell'altro genitore, il genitore avesse facoltà di ricorrere al giudice competente, ricorso a seguito del quale il giudice fissava al genitore ricorrente un termine per la notifica del ricorso all'altro genitore. Qualora l'altro genitore non avesse proposto opposizione entro trenta giorni dalla notifica, il giudice decideva direttamente con sentenza che tiene luogo del consenso mancante; nel caso di opposizione, invece, il giudice, assunta ogni opportuna informazione, disponeva l'audizione del minore e assumeva «eventuali provvedimenti provvisori ed urgenti al fine di instaurare la relazione», a condizione che l'opposizione non fosse palesemente fondata.

La formulazione introdotta dalla riforma Cartabia elimina la fase relativa alla fissazione del termine per la notifica del ricorso e direttamente stabilisce che, in ogni caso, qualora il consenso dell'altro genitore sia rifiutato, il genitore che vuole riconoscere il figlio «ricorre al giudice competente[43] il quale, assunta ogni opportuna informazione e disposto l'ascolto del minore, adotta eventuali provvedimenti temporanei e urgenti al fine di instaurare la relazione, salvo che la difesa del convenuto non sia palesemente fondata».

Al di là delle variazioni lessicali, due sono le novità più significative.

Da un lato viene omessa la specificazione che l'ascolto del minore[44] è disposto dal giudice in caso di minore ultradodicenne e anche in caso di età inferiore ai dodici anni «ove capace di discernimento». In realtà, l'omissione di questa precisazione non implica una mutazione sostanziale della regola, essendo implicito in essa il rinvio alla regola generale sull'ascolto del minore ora enunciata dall'art. 473*bis* 4, comma 1°, c.p.c., a mente del quale il minore che ha compiuto gli anni dodici ed anche di età inferiore ove capace di discernimento è ascoltato dal giudice nei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano, se necessario con l'assistenza di un esperto o altro ausiliario.

Ben più significativa è l'altra novità che discende dalla riforma, ossia il fatto che cade la possibilità che il giudice, a fronte della mancata proposizione dell'opposizione entro i trenta giorni, emetta immediatamente la sentenza costitutiva[45] che tiene luogo del consenso mancante, evitando così l'avvio del procedimento contenzioso. Venendo meno questa opzione, si prevede invece che in ogni caso si instauri il procedimento contenzioso tra i genitori secondo la disciplina del rito unitario di cui agli artt. 473 *bis* ss. c.p.c., e ciò anche nel caso in cui l'altro genitore non si costituisca in giudizio: neanche in questa eventualità, infatti, il procedimento potrà essere chiuso dal giudice con

termini e nelle forme ordinarie. La natura camerale si riteneva fosse attestata sia dalla forma richiesta per l'atto introduttivo, ovvero quella del ricorso (propria, per l'appunto, del rito camerale), sia dal carattere spiccatamente inquisitorio del procedimento (sottolineata dalla possibilità per il giudice di assumere «ogni opportuna informazione»): le forme del giudizio erano dunque quelle dei procedimenti in camera di consiglio (v. anche Dogliotti, *La nuova filiazione fuori del matrimonio: molte luci e qualche ombra*, in *Fam. e dir.*, 2014, 489), integrate per quanto serve da norme del giudizio ordinario di cognizione.

[43] Ovvero, ai sensi del riformulato art. 38, comma 1°, disp. att. c.c., del tribunale ordinario.

[44] La scelta di preferire al termine «audizione» quello di «ascolto» evoca un ruolo maggiormente attivo del minore.

[45] "Costitutiva" quanto meno nel senso che essa si sostituisce alla dichiarazione di volontà mancante e ne produce i medesimi effetti, rimuovendo quindi, al pari del consenso, un impedimento all'efficacia del riconoscimento (per tutti Dogliotti, *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, 2015, 220).

una immediata sentenza costitutiva, ma egli potrà soltanto, previo l'ascolto del minore, assumere gli eventuali provvedimenti provvisori e urgenti al fine di instaurare la relazione, che dovranno però essere confermati (o revocati) in sede di decisione definitiva sul merito del ricorso.

Riguardo a questa novità, in termini positivi può essere apprezzata la circostanza che d'ora in avanti il giudice in nessun caso potrà decidere prescindendo dall'ascolto del figlio minore, ciò che pare, invero, in linea con l'esigenza, già rimarcata, che la decisione sia resa (e il riconoscimento autorizzato) nel primario interesse del minore[46]. La soluzione previgente, infatti, consentendo al giudice, nel caso di mancata opposizione, di emettere direttamente la sentenza che tiene luogo del consenso mancante senza ascoltare previamente il minore finiva per conferire all'inerzia dell'altro genitore nel proporre opposizione una rilevanza eccessiva e obiettivamente non giustificabile, dispensando il giudice dall'ascolto[47]. Sono state quindi accolte le riserve espresse sulla regola previgente da quegli autori che avevano rilevato[48] come le ragioni che possono indurre il genitore a non proporre opposizione possano essere le più varie, e andare dal ripensamento all'impedimento fino al timore di ritorsioni: ipotesi, queste, rispetto alle quali appariva dunque ingiustificata una regola che rimettesse tutto ad una decisione presa dal giudice senza l'assunzione di ulteriori informazioni né il previo ascolto del minore, sulla base, quindi, di una valutazione soltanto astratta dell'interesse del minore[49].

Altro riflesso positivo è che viene meno il dubbio, che si poteva sollevare con riguardo alla precedente formulazione, se il giudice potesse provvedere in ordine all'affidamento e al mantenimento solo nel caso in cui si fosse instaurato il giudizio contenzioso, oppure anche nel caso in cui avesse deciso direttamente in assenza di opposizione del genitore che ha rifiutato il consenso. La necessità che provvedimenti così delicati siano assunti in contraddittorio tra i genitori e a seguito di adeguata istruttoria (e dell'ascolto del minore) induceva ragionevolmente ad escludere la seconda possibilità[50], che ora è comunque esclusa *ex lege*, non essendo più prevista la possibilità che il giudice emetta la sentenza che tiene luogo del consenso prescindendo dal contraddittorio.

---

[46] Evidenzia tale funzione dell'ascolto, in particolare, Cass., 27.3.2017, n. 7762.

[47] Come è stato bene rilevato, si tratta di «un ascolto che proprio in un procedimento come questo (nel quale è in gioco l'*an* della instaurazione del rapporto giuridico di filiazione) assume una importanza cruciale: le opinioni manifestate dal minore sono infatti inevitabilmente destinate ad influire pesantemente sulla decisione finale del giudice, il quale assai difficilmente potrà discostarsi dagli auspici formulati dal minore capace di discernimento laddove quest'ultimo manifesti in modo chiaro, consapevole e fermo il proprio orientamento contrario o favorevole alla instaurazione del rapporto di filiazione" (De Cristofaro, *op. cit.*, 1421).

[48] M. Moretti, in Dossetti-M. Moretti-C. Moretti (a cura di), *La riforma della filiazione*, cit., 37.

[49] In consonanza con questi ultimi rilievi si era avanzata anche la tesi secondo cui la norma, pur nella sua oscurità, paresse delineare un procedimento monitorio simile a quello che si ritrova nel procedimento di ingiunzione, ma nel quale la funzione svolta dal giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo sarebbe svolta dall'eventuale giudizio d'appello, nel quale soltanto trovano piena attuazione il principio del giusto processo, il contraddittorio e le regole sull'audizione del minore nonché ogni valutazione di merito di rispondenza all'interesse del minore: ne discendeva che, in assenza di opposizione, il giudice avrebbe dovuto pronunciare senz'altro la sentenza sostitutiva del consenso mancante (o respingere il ricorso, ma in tal caso solo per motivi formali – ad es., per nullità della notificazione del ricorso –, perché nessuna valutazione di merito è possibile senza sentire il minore), ma tale sentenza non avrebbe potuto contenere i provvedimenti ulteriori relativi all'affidamento, al mantenimento e al cognome dei figli, che non possono essere disposti in difetto di contraddittorio (Tommaseo, *op. cit.*, 2337, il quale rilevava come la stessa lettera della legge, nell'attribuire alla sentenza un'efficacia costitutiva in quanto tiene luogo del consenso mancante, «lungi dal prendere atto di un tardivo consenso ne presuppone invece l'attuale e perdurante mancanza»).

[50] in questo senso v. Lenti, *op. cit.*, 205; e v. anche Tommaseo, *op. cit.*, 2337.

D'altronde, e qui sta la principale perplessità, non si può negare che la soluzione precedente consentiva, almeno nell'ipotesi di mancata opposizione, una definizione molto più spedita della decisione inerente allo stato del figlio, evitando lungaggini nella maggior parte dei casi inutili (è, infatti, un dato acquisito che i giudici tendono ormai a negare l'autorizzazione solo in casi estremi) e prevenendo possibili atteggiamenti dilatori dell'altro genitore[51]. Del resto, la regola precedente si spiegava ed era stata introdotta proprio nel quadro di un'esigenza di semplificazione e accelerazione del procedimento, che ora viene in buona misura vanificata[52].

Si deve dunque trarre, da queste ultime considerazioni, la conclusione che la ridisegnata disciplina del procedimento di opposizione sia in irrimediabile contrasto con l'esigenza di offrire garanzia effettiva al diritto del figlio allo stato[53]?

A mio avviso, la conclusione deve essere, invece, più sfumata.

Posto di fronte ad un'alternativa secca, ovvero quella tra garantire la definizione più semplice e spedita possibile della situazione del figlio, favorendo la costituzione (*rectius*: accertamento pubblico) dello stato, anche a costo di sacrificare l'accertamento in contraddittorio (e previo ascolto del minore) delle ragioni poste a base dell'opposizione (e quindi, dell'effettivo interesse del figlio), e quella di offrire, invece, la più elevata garanzia che la decisione relativa allo stato si regga sul compiuto accertamento dell'effettivo interesse del minore, al di là di presunzioni e automatismi, e a discapito della celerità del procedimento, il legislatore ha dovuto compiere una difficile scelta di bilanciamento e ha optato, in questo specifico caso, per il secondo corno dell'alternativa, ripristinando la pienezza della garanzia di un'effettiva corrispondenza dell'accertamento dello stato all'interesse del minore.

Mi pare che si tratti di una scelta comprensibile e condivisibile, in particolare se si è disposti a riconoscere che l'effettività del diritto allo stato di figlio debba essere apprezzata non tanto (o non solo) sul piano della speditezza dell'accertamento, sul

---

[51] Di «inutili perdite di tempo» discorre De Cristofaro, *op. cit.*, 1421, ad avviso del quale «la nuova formulazione della disposizione rende (…) assai meno nitido il criterio di ripartizione dell'onere probatorio e sembra prestarsi maggiormente a favorire la assunzione di atteggiamenti immotivatamente ed ingiustificatamente dilatori da parte di genitori intenzionati a paralizzare o anche solo a differire l'altrui riconoscimento per ragioni non strettamente inerenti alla protezione dell'interesse del minore». Tra le condotte di questo tipo può annoverarsi quella del genitore che, essendo a conoscenza della contrarietà del minore al secondo riconoscimento, si opponga al solo fine di attendere il raggiungimento da parte del minore della maggiore età, determinando questa, secondo la giurisprudenza (Cass., 13.1.2017, n. 781; v. già Cass., 3.1.2003, n. 14) la cessazione della materia del contendere e la rimessione della decisione al figlio.

[52] Alla luce di quella formulazione, si riteneva che il difetto di opposizione al ricorso da parte dell'altro genitore comportasse senz'altro l'accoglimento del ricorso senza necessità che il giudice accertasse la concreta rispondenza del consenso mancante all'interesse del figlio, ciò che poteva spiegarsi anche sulla base dell'idea che la mancata opposizione fosse significativa della volontà tacita di prestare un tardivo consenso al secondo riconoscimento. Solo in questa ottica si poteva, d'altra parte, spiegare perché l'audizione del figlio ultradodicenne fosse prevista dalla norma solo nel caso di opposizione: una simile previsione non avrebbe avuto senso qualora ci si fosse mossi nell'ottica in cui il giudice debba accertare la rispondenza del rifiuto all'interesse del minore anche in assenza di opposizione, non potendosi in questa prospettiva prescindere dall'ascolto del minore. Così anche Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, cit., 204 s., il quale, dopo aver rilevato come la legge avesse adottato uno schema di tipo monitorio, fondato sul silenzio-consenso, osservava che il giudice aveva solo il compito di controllare la validità della notifica, non anche quello di verificare la rispondenza del riconoscimento all'interesse del minore; v. pure Galluzzo, *La riforma della filiazione*, Dike, 2014, 53, e Lai, *La rappresentanza del minore nel giudizio ex art. 250 c.c., tra discutibili orientamenti della corte e poco rassicuranti interventi del legislatore*, in *Fam. e dir.*, 2014, 915 ss.

[53] Questa è, in definitiva, la valutazione di sintesi, nel complesso alquanto critica, di G. De Cristofaro, *op. cit.*, 1421.

presupposto (in sé indimostrato) che la costituzione dello stato sia sempre preferibile alla mancanza di esso, bensì sul diverso piano della verifica dell'effettiva rispondenza dell'accertamento dello stato all'interesse del figlio, almeno fintanto che questi, in quanto minore di quattordici anni, non sia in grado di esprimere una sua volontà autonoma al riguardo.

Finito di stampare
nell'ottobre 2023
Grafica elettronica - Napoli